

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی*

□ حجت‌الاسلام و المسلمین مرتضی
ترابی
عضو گروه فقه و اصول مجتمع
آموزش عالی فقه
مترجم: محمدرضا توکلی
عضو هیأت علمی گروه عربی
دانشگاه قم

چکیده

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال بدین معناست که طرف قرارداد (مالک) امتیاز ساخت و راه‌اندازی پروژه‌ای را در مدت زمان معین به طرف دوم (پیمانکار) اعطا نماید، به شرط آنکه طرف دوم در طول این مدت به منظور تأمین هزینه‌های ساخت و دستیابی به سودی معقول، به ساخت و اداره پروژه اقدام کند و با پایان دوره قرارداد بدوی دریافت معادل، تمام پروژه را به صورت سالم و در حال فعالیت به طرف اول تحویل نماید. این قرارداد جایز و بلا مانع بوده و به خودی خود شامل قانونهای کلی اجرای قراردادهای و قانونهای فرعی مربوط به صحت اجاره و قباله و مانند آن می‌گردد.

به عبارت دیگر، می‌توان این قرارداد را نوعی اجاره به حساب آورد و احکام اجاره را بر آن مترتب ساخت و نیز می‌توان آن را به عنوان قرارداد مستقل محسوب کرد که در این صورت احکام کلی مربوط به قراردادهای بر آن جاری می‌گردد. چون در این نوع قرارداد انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد، می‌تواند در پروژه‌های عمومی مورد استفاده قرار گیرد. البته شایان ذکر است که اجرای این قرارداد در منافع مشترکی که همه مردم از آن حق انتفاع دارند، مانند راههای عمومی و منابع آبی شبیه این موارد، در صورتی که باعث ایجاد مزاحمت برای دیگران شود جایز نیست، مگر

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی □ ۲۵

اینکه مصلحت مهم‌تری برای مسلمانان در میان باشد. در صورتی که شرکت مسئول این قرارداد، بیگانه و اجنبی باشد، لازم است سندهای قرارداد مذکور و نوع آن به گونه‌ای باشد که مستلزم هیچ‌گونه تسلط و سیطره از طرف کفار بر امور اقتصادی و دیگر امور مسلمانان نگردد.

در ضمن لازم است معوض یعنی فعالیت شرکت در ساخت و تعمیر و کارخانه‌ای که باید به طرف اول تحویل گردد و به ضمن صورت عوضی که در شرکت پرداخت می‌گردد - یعنی امتیاز بهره‌برداري و نحوه استفاده شرکت از این حق - و قیمت کالای تولیدی یا خدمتی که شرکت مزبور در دوره قرارداد ارائه می‌دهد، شفاف و واضح بوده و هیچ‌گونه ابهام یا مخاطره‌ای در آن راه نداشته باشد تا قرارداد صحیح باشد و شرعاً مستلزم غرر منفي نگردد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال، بوت (B.o.t) پروژه‌های عمومی، حق، قراردادهای جدید، انطباق فقهی.

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، حکم شرعی و تطبیقی فقهی

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از جمله قراردادهای جدیدی است که در عصر حاضر برای برطرف کردن مشکل سرمایه‌گذاری در اجرای پروژه‌های زیربنایی به وجود آمده است. به دلیل اهمیت این نوع قرارداد و نیز استفاده فراوان از آن در روابط اقتصادی کنونی، لازم است گستره تطبیق این قرارداد و موافقت آن با قواعد و احکام شرعی بررسی شود.

تعریف قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (بوت) و بیان مهم‌ترین ویژگی‌های آن

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (Uncitral) قرارداد بوت را این‌گونه تعریف می‌کند: «قراردادی که به پروژه‌های زیربنایی اطلاق می‌گردد آنگاه که دولت طرف قرارداد، صاحب امتیازی برای سرمایه‌گذاری و ساخت کارخانه یا ساختاری خاص برای پروژه‌های عمومی برگزیند. بر این اساس، دولت بهره‌برداری از آن مکان را بر اساس قوانین تجاری و تا زمانی معین به صاحب امتیاز واگذار می‌کند و بعد از اتمام زمان قرارداد، امتیاز پروژه به دولت باز می‌گردد.»^(۱) مهم‌ترین مواردی که در این تعریف ملاحظه می‌شود عبارت‌اند از:

اولاً: این توضیح، تعریف مستقیمی از قرارداد نیست، بلکه تعریفی از ساختاری است که به نام (بوت) مطرح شده و به همین سبب در آن قرارداد (طرف اول و طرف دوم - کارفرما و مجری طرح) و نیز عوضین (موضوع قرارداد) به صورت واضح و روشن مشخص نشده است. به همین صورت، در این تعریف به هر جوهره قرارداد که بر پایه ارتباط حاصل بین دو التزام استوار است نیز پرداخته نشده، یعنی التزام یکی از طرفین در برابر التزام طرف دیگر که بر پایه آن هدف و تصمیم واحدی شکل می‌گیرد که به نام قرارداد (عقد) شناخته می‌شود.

ثانیاً: تأکید تعریف مذکور بر مالکیت صاحب امتیاز بر پروژه تا پایان مدت، حال آنکه این امر در این نوع قرارداد لحاظ نگردیده، بلکه در قرارداد دیگری مشاهده می‌شود که بر همین شیوه بوده و به نظام (Bot) یعنی ساخت، بهره‌برداری و انتقال معروف است و توضیح آن در پی‌نوشت بیان می‌گردد.^(۲)

مجمع جهانی فقه اسلامی نیز این قرارداد را این‌گونه می‌شناساند:

تفاهم مالک یا نماینده او با سرمایه‌گذار (شرکت اجرایی) برای ساخت پروژه و اداره آن، استفاده از سود آن به صورت کامل یا با تفاهم دو طرف در یک مدت معین و مشخص و به منظور سرمایه‌شخص سرمایه‌گذار همراه با تحقیق و وصول درآمدی معقول برای وی و در نهایت تحویل پروژه در حال فعالیت و سالم به کارفرما.^(۳)

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۲۷
همان‌گونه که دیدیم، در این تعریف، عوضین (یعنی موضوع قرارداد) با اینکه از ارکان اصلی قرارداد مالی هستند، مشخص نشده‌اند.

تعریف منتخب: اعطای حق تأسیس و بهره‌برداری از یک پروژه مشخص و در طول یک دوره زمانی معین توسط طرف اول (مالک) به طرف دوم (شرکت اجرایی)، به شرط آنکه طرف دوم در این مدت، پروژه را به مقصد بازگشت اصل سرمایه و سود منطقی و مناسب، اجرا و بهره‌برداری کند و در پایان مدت قراردادها پروژه را بدون دریافت مبلغی دیگر، به صورت سالم و آماده فعالیت مطلوب به طرف اول تحویل نماید.

این قرارداد در زبان انگلیسی (Bot) نامیده می‌شود که چکیده کلمه انگلیسی زیر می‌باشد. Build یعنی ساخت، Operate: یعنی راه‌اندازی و بهره‌برداری و Transfer: یعنی بازگرداندن و انتقال که ما آن را نظام بوت می‌نامیم.^(۴)

سازوکار قرارداد ساخت بهره‌برداری و انتقال

اگر دولت تصمیم به ساخت پروژه‌ای از پروژه‌های زیربنایی گرفت و مایل به اجرای آن در چارچوب (Bot) بود، در ابتدا مناقصه‌ای را اعلام می‌نماید که شامل چارچوب قانونی و اجرایی است که پروژه بر پایه آن اجرا خواهد شد. این مناقصه علاوه بر چارچوب کلی، در برگیرنده معیارهای حکومت در اجرای پروژه، وقت لازم برای اجرای آن، مدت زمان بهره‌برداری بخش خصوصی از پروژه که دولت آن را برای سرمایه‌گذار تضمین می‌نماید و همین‌طور بودجه خدمات عمومی نیز می‌باشد.

بر پایه اطلاعیه مناقصه، گروهی از سرمایه‌گذاران، حقوق‌دانان، مهندسان و پیمانکاران بین‌المللی و محلی گرد هم می‌آیند تا اتحاد مالی (کنرسیوم = Consortium) را تشکیل دهند. در این کنرسیوم، اعضا در مورد نسبت و درصد شرکت هر یک در تأمین کل سرمایه «حقوق مالکیت یا سهام پروژه» به توافق می‌رسند، مبلغ سرمایه مذکور معمولاً بین پانزده تا سی درصد از کل سرمایه لازم برای اجرای پروژه است. به همین علت، کنرسیوم به انتخاب بانکها و مؤسسات سرمایه‌گذاری مبادرت می‌ورزد تا با دریافت وام از آنها، بقیه بودجه لازم برای پروژه را که بین هفتاد تا هشتاد و پنج درصد است پوشش دهد. آنگاه به بررسی کاملی می‌پردازد تا مطمئن شود سود حاصل از فعالیت پروژه در طول دوره امتیاز برای بازگشت اصل سرمایه و محقق نمودن درآمد مناسب کافی خواهد بود. در این مرحله، اگر اعضای کنرسیوم برای اجرای پروژه به تفاهم و توافق رسیدند، پیشنهاد خود را به حکومت ارائه می‌دهند. بعد از این مرحله، اگر پیشنهاد آنها بهترین مورد بود و دولت نیز با اعطای پروژه به آنها موافقت نمود، اتحاد مالی «کنرسیوم» اقدام به تأسیس شرکتی می‌نماید که با پایان دوره امتیاز، فعالیت آن نیز به اتمام می‌رسد. یکپارچه‌سازی و هماهنگ نمودن فعالیت اعضا و دریافت وام‌های لازم برای پوشش هزینه‌های لازم برای

اجرای پروژه، از وظایف این شرکت است. مسئولیت بازپرداخت قرضها و سود آن به وام‌دهندگان بدون برداشت از اصل سرمایه ویژه اعضای کنسرسیوم و دیگر شریکان پروژه نیز بر عهده این شرکت است. از دیگر وظایف این شرکت می‌توان به انعقاد قرارداد با دولت برای اجرای پروژه، امضای قراردادهایی که حقوق و التزامهای دو طرف را مشخص نماید و اجرای قراردادهای خارجی که برای اجرای پروژه لازم و ضروری است اشاره نمود. همکاری با شرکتهای پیمانکار، وارد کنندگان تجهیزات، دستگاه‌ها، مواد اولیه و... نیز در همین جهت قرار می‌گیرد.

بعد از ساخت پروژه، این شرکت یا خود اداره پروژه را در دست می‌گیرد یا با یک شرکت اپراتور (operator) برای بر عهده گرفتن روند اجرا و نگهداری، قرارداد می‌بندد. سود حاصل از پروژه در طول فعالیت برای پوشش هزینه‌های راه‌اندازی و نگهداری پرداخت دیون سرمایه‌گذاری استفاده می‌گردد و مبلغ باقی‌مانده، همان ورودی خالص یا سود حاصل شرکت از انجام این فعالیت به شمار می‌رود.

هم دولت و هم سرمایه‌گذار اجازه دارند بر روند اجرای صحیح جریان بهره‌برداری از پروژه و نگهداری آن بر طبق معیارها و الگوهای مورد توافق نظارت نمایند. بعد از آنکه دوره امتیاز استفاده از پروژه به وسیله شرکت به اتمام رسید، مالکیت - حق بهره‌برداری - از آن به دولت تحویل می‌گردد. در این مرحله دولت تصمیم می‌گیرد که با همان شرکت سابق همکاری خود را ادامه دهد یا حق بهره‌برداری را به شرکت دیگری واگذار نماید یا اینکه خود رأساً به اداره آن اقدام نماید (رسود، تطبیق قرارداد ساخت ۱۴۳۰: ۹ - ۱۰).

تفاهم‌نامه‌ها و قراردادهای اصلی تشکیل دهنده ساختار بوت (ساخت، بهره‌برداری و انتقال)

ناگفته نماند که تعریف مذکور بیانگر مفاد اصلی تفاهم‌نامه در قرارداد بوت است و فقط محصور و محدود در این تفاهم‌نامه نیست، زیرا دربرگیرنده گستره‌ای از تفاهم‌نامه‌ها، قراردادها و راهکارهای قانونی است که جهات متنوعی را شامل می‌شود. مهم‌ترین قراردادهای جانبی - علاوه بر قرارداد اصلی - عبارت‌اند از:

قرارداد پیمانکاری

قراردادی است که میان شرکت اجرای پروژه (کنسرسیوم) و «پیمانکار انتخاب شده برای اجرای امور لازم در مجموعه» بسته می‌شود. این پیمانکار معمولاً از مؤسسان شرکت اجرایی پروژه یا یکی از اعضای آن است.

قرارداد سرمایه‌گذاری

در زمره قراردادهای اصلی مجموعه قرار می‌گیرد. پروژه ممکن است شامل یک یا چند قرارداد سرمایه‌گذاری باشد. این قراردادها به منظور دستیابی به وامهایی که نیاز لازم برای سرمایه‌گذاری در پروژه را پوشش دهد، مابین شرکت

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۲۹

اجرایی پروژه و منابع مالی امضا می‌گردد. همان‌گونه که قبلاً نیز توضیح داده شد، سرمایه شرکت اجرای پروژه معمولاً بین پانزده تا سی درصد کل سرمایه لازم برای اجرای طرح را پوشش می‌دهد و مابقی یعنی هفتاد تا هشتاد و پنج درصد سرمایه باید از طریق قرض گرفتن از مؤسسه‌های مالی تأمین گردد.

بیمه قرارداد

این قرارداد را شرکت اجرایی پروژه با یک یا چند شرکت بیمه و به منظور ایجاد پوشش بیمه‌ای لازم برای پروژه در مراحل مختلف فعالیت آن و حتی در مرحله تحویل آن به طرف اول (کارفرما) به امضا می‌رساند.

قرارداد بهره‌برداری و نگهداری

در چارچوب ساختار نظام بوت، قرارداد بهره‌برداری و نگهداری از قراردادهای مهم و اصلی در پروژه‌های اجرایی به شمار می‌رود، زیرا تمامی جهات درگیر در پروژه اجرایی در نظام بوت یعنی دو طرف صاحب امتیاز (کارفرما) و طرف اجرایی (پیمانکار) و نیز تمامی طرفهای سرمایه‌گذار در پروژه، به نوعی تحت تأثیر آن قرار دارند.

قرارداد خرید محصول

این قرارداد نیز از جمله تفاهماتی است که در پروژه‌های بوت لازم الاجراست. در این نوع قرارداد معمولاً طرف اول (کارفرما - دولت) خرید محصول تولیدی پروژه محسوب می‌گردد.

ساختار اجرایی بوت حتماً باید دربرگیرنده این پنج نوع قرارداد باشد تا قابلیت اجرایی پیدا کند. البته قراردادهای دیگری نیز برپایه قرارداد اصلی و در ارتباط با مراحل مختلف اجرای پروژه وجود دارند. قرارداد استفاده از زمین مورد نظر برای اجرای طرح در طول دوره اجرایی به صورت اجاره و قرارداد وارد کردن مواد اولیه مانند سوخت در زمره این قراردادها قرار می‌گیرند. البته شایان ذکر است که تمامی این قراردادهای جانبی در چارچوب مفاد تفاهم‌نامه اصلی مابین شرکت و حکومت، اجرایی شده و در حقیقت این قراردادها نوعی شرط ضمنی در قرارداد اصلی به شمار می‌روند (محبی‌الدین احمد، تطبیق ساخت ۱۴۳۰: ۱۰).

البته باید گفت که شرکت پروژه که به نام مسئول (متکفل) یا ضامن (sponsor) نیز شناخته می‌شود، معمولاً از اتحاد چند شرکت (consortium/ اتحاد چند شرکتی) و از میان مجموعه شرکت‌های متحد در اجرای پروژه تشکیل می‌گردد. از آنجا که قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، در حقیقت نوعی اعطای امتیاز در پروژه‌های عمومی است، ناگزیر ابتدا باید معنای «پروژه عمومی» و «حقوق امتیاز» و در مرحله دوم موارد جواز تصرف در آنها بررسی شود. در نهایت یعنی مرحله سوم به مبحث تخریب فقهی قرارداد «ساخت بهره‌برداری و انتقال» به عنوان یک تصرف اعتباری در این موارد، پرداخته می‌شود.

۳۰ فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی/ سال اول/ شماره اول/ پاییز
۱۳۸۹

تعریف مرافق و مرافق عمومی (اماکن عمومی، پروژه‌های عمومی)

اصطلاح مرافق بدون در نظر گرفتن صفت عمومی برای آن، در فقه اسلامی در دو مورد به کار رفته است:
اول: ملزومات و پیوسته‌های همراه با یک شیء که مانند اصل آن شیء در مالکیت قرار می‌گیرد. مثل مرافق خانه نظیر آشپزخانه، راه‌پله، محوطه و حیاط، چاه آب و باغ موجود در حریم منزل و مانند آن، در مصباح در مورد مرافق این‌گونه آمده: «مرافق» جمع «مرفق» به کسر میم و فتح فاء مانند آشپزخانه و حیاط و مانند آن از قبیل تشبیه به اسم آلت (فیومی، مصباح المنیر ۱۳۴۱: ماده) است. مرافق به این معنا در کلام فقها و در بحث آنها از مواردی که همراه کالای فروخته شده به شمار می‌رود و مواردی که این‌گونه نیست، وارد شده است.

دوم: مکانی که به خودی خود غیرمملوک است، ولی در نزدیکی مکانی آباد قرار دارد و ارتفاع از مکان آباد به آن وابسته است و در ظاهر غیر از مالک مکان آباد، کسی در آن دست (ید) ندارد. مانند چشمه و مسیر جریان آب و مسیرهای گذر، چه برای منزل باشد و چه برای آبادی (ر.ک: اصفهانی، وسیلة النجاة (با حواشی گلپایگانی) بی‌تا: ۴۹/۲؛ حصکفی، الدر المختار ۱۴۱۵: ۵/۳۱۵؛ رافعی، فتح العزیر بی‌تا: ۳۱/۹). به عبارت دیگر، آنچه همراه با چیزی بوده، از توابع آن محسوب شده و به آن اختصاص دارد، ولی در عین حال غیرمملوک بوده و به اصطلاح حریم شیء نامیده می‌شود. از این مورد در باب «احیاء موات» سخن به میان می‌آید؛ به این صورت که آیا در تملک زمینهای موات با احیاء، شرط است که زمین موات، حریم برای مورد دیگری نباشد یا این شرط لازم نیست.

اما اگر کلمه «عمومی» را به عنوان صفتی برای مرافق قرار دهیم (مرافق عامه = اماکن عمومی = پروژه‌های عمومی = اموال عمومی) با اصطلاح جدیدی مواجه می‌شویم که در فقه اسلامی چندان آشنا نیست. اماکن عمومی (مرافق عامه) - آن‌گونه که تعریف شده - عبارت است از: مواردی که در آن به نوعی منفعت عمومی تحقق یابد، چه از طریق مادی مانند برآورده کردن نیاز یا تأمین یک خدمات مادی عمومی و چه به صورت معنوی و به وسیله حمایت مستقیم یا غیرمستقیم دولت در آن (نجفی، جواهر الکلام ۱۳۷۳: ۳۸/۳۲ - ۳۶).

مرافق عامه (اموال عمومی) در این تعریف دو مجموعه زیر را در بر می‌گیرد:

الف) آنچه در فقه اسلامی از آن به «اموال منافع عمومی» تعبیر می‌شود.

ب) تمامی دستگاههای حکومتی و خدمات عمومی که از وظایف مسئولیت‌های دولت به شمار می‌رود.

الف) اموال و منافع عمومی

در فقه اسلامی موارد سه‌گانه زیر جزو اموال و منافع عمومی قرار می‌گیرد:

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۳۱

۱. منافع مشترك

اموالی است که اسلام اجازه تملک آن را به یک فرد خاص نمی‌دهد، ولی به شرط حفظ اصل مال، همه مردم اجازه استفاده از آن را دارند و عبارت است از:

۱. راه‌ها و خیابان‌ها؛ ۲. آبها (منابع طبیعی آب مانند رودخانه‌های بزرگ)؛ ۳. معادن ظاهره (معادن روزمینی)؛ ۴. اوقاف عمومی که از این جمله است: الف) مدارس. ب) مساجد. ج) کاروانسرا.

۲. اموال عمومی مسلمانان

که شامل این موارد است:

۱. سرزمینهای آبادی که با زور و قهر فتح شده است.
۲. سرزمینهایی که با صلح و شرط آنکه متعلق به مسلمانان باشد به دست آمده باشد.
۳. زکات^(۵) که موارد وجوب آن مشخص است.

۳. اموالی که ملك امام است

این اموال دربرگیرنده دو مورد زیر است:

۱. انفال

الف) تمام سرزمینهایی که مسلمانان بدون جنگ و خونریزی به آن دست یافته‌اند، چه ساکنانش آن را ترک گفته باشند و چه با وجود زندگی در آنجا، خود را تسلیم نموده باشند.

ب) زمینهایی که اصولاً بایر هستند.

ج) کوهها، دره‌ها و جنگلها.

د) زمینهایی که مردم به سبب زلزله و مانند آن، آنجا را ترک کرده باشند.

ه) سرزمینهایی که مسلمانان بدون اجازه امام × با جنگ، آنجا را تصرف کرده باشند.

و) اموال برگزیده پادشاهان و زمینهای آنها و غنیمت‌های برگزیده.

ز) میراث شخصی که وارث ندارد.

ح) معادن بالمحنه (پنهان) در زمینهای انفال، (معادن قبل از احیا).

۲. خمس

موارد وجوب خمس در فقه امامیه هفت مورد زیر است:

الف) غنائمی که با زور جنگ از اهل حرب گرفته شده.

ب) معادن در حال بهره‌برداری.

ج) گنج.

د) اموالی که از طریق غواصی به دست آمده.

ه) مال حلال آمیخته به حرام.

و) زمینهایی که ذمی آن را از مسلمانان بخرد.

ز) سود حاصل از کار، به شرط آنکه افزون بر مخارج سال و اهل عیال باشد.

در این موارد پرداخت خمس واجب است. اموال خمس به دو قسمت مساوی تقسیم می‌گردد. یک قسمت آن برای برطرف ساختن نیاز فقرای ذریه طاهره «سادات» که زکات بر آنها حرام است استفاده می‌گردد. این قسمت از خمس در اموال عمومی وارد می‌گردد. قسمت دوم ملک امام × یعنی ملک امامت بوده و امام آن را در راه مصالح دین و جامعه اسلامی به مصرف می‌رساند. در زمان غیبت، فقها و مجتهدان عادل نایب امام × در اخذ این قسمت خمس که به سهم امام × معروف است و استفاده از آن در امور ذکر شده، مجاز می‌باشند.^(۶)

ب) ساختارهای حکومتی و خدمات عمومی

بر طبق تعریفی که ارائه دادیم، ساختارهای حکومتی و خدمات عمومی نیز در مجموعه مرافق (اموال) قرار می‌گیرند. ساختارها و دستگاه‌های حکومتی شامل تمام وزارت‌خانه‌ها، ساختارهای اداری و دستگاه‌های نظامی است که برای حفظ نظام و راحتی و آسایش زندگی به آن نیاز داریم. اما خدمات عمومی، میدان بسیار وسیعی را در بر می‌گیرد که اجرای آن از وظایف دولت و شهرداریها به شمار می‌رود. مواردی مانند تأمین برق، آب آشامیدنی سالم، خدمات پست و ارتباطات، سالنهای ورزشی، خدمات بهداشتی - درمانی، مراکز اورژانس و آتش‌نشانی، آسایشگاههای سالمندی، ادارات بیمه، از بین بردن زباله‌ها، ایجاد باغها و فضای سبز، تأسیس مراکز علم و دانشگاهها و مانند آن در این حیطه قرار می‌گیرند.

علت اینکه این قسمت تحت عنوانی مستقل ارائه شد این است که برخی از موارد مهم آن در منافع مشترک بیان شده در فقه نمی‌آید، هرچند قسمت دیگری از آن مانند مدارس، دانشگاهها و بیمارستانهای وقفی که ملک شخص خاص نیست، وارد در این قسم می‌گردد. تمامی این موارد در مبحث مرافق عمومی (اموال و اماکن عمومی) البته به معنای جدید آن قرار می‌گیرد.

دخل و تصرف در اماکن عمومی^(۷)

ولایت امام (حاکم شرعی) بر قسمت اول از اماکن عمومی، یعنی اموال و منافع مشترک - که هیچ کس بر آن حق

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۳۳
مالکیت ندارد ولی همه از آن حق انتفاع و بهره‌برداری دارند - تنها به رفع موانع و محدودیتهای موجود در امکان استفاده عمومی از آن بدون تبعیض، محدود است.^(۸) بنابراین، حاکم شرعی اجازه انتقال مالکیت آن از طریق اقطاع و مانند آن را به دیگران ندارد (ر.ک: شهید ثانی، مسالک الافهام ۱۴۱۳: ۱۲ / ۴۳۲ - ۴۴۰).

البته در اینکه آیا حاکم شرعی (امام) اجازه دارد حق انتفاع از این منافع - یعنی اعطای حق اولویت در بهره برداری از برخی از این موارد - را به برخی از مردم از طریق اقطاع اهدا کند یا دارای این حق نیست، اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان مثال، قسمتی از یک راه را که به عابران ضرری نمی‌رساند - در قبال دریافت عوض یا بدون آن - به شخصی واگذار نماید که توضیح این مورد انشاءالله در ادامه مطالب خواهد آمد.

اما در مورد قسمت دوم یعنی اموری که مالکیت آن در اختیار مسلمانان است امام باید آن را اقطاع کرده و منافع به دست آمده را برای مصرف در امور عمومی مسلمانان، به بیت‌المال واریز کند (همان: ۳۹۴).

در مورد قسمت سوم نیز امام حق دخل و تصرف مالی را دارد، هرچند امر منجر به انتقال مالکیت آن به دیگران شود. در خدمات عمومی نیز وضعیت به همین منوال است. ناگفته نماند که برخی از سازمانها و خدمات عمومی نامبرده شده در قسمت دوم از مرافق و اموال عمومی، از دایره معامله و اختصاص خارج است، زیرا در زمره اموری از فعالیتهای امام قرار دارد که به هیچ عنوان نمی‌توان اداره آن را به دیگران واگذار کرد. امور مربوط به ساختارهای اصلی حکومت از قضاوت و نظام و امنیت داخلی و مانند آن در این چارچوب قرار می‌گیرند. برای توضیح بیشتر، ناچار باید بحث را در دو مورد بگسترانیم:

اول: تصرف در منافع مشترک غیر وقفی

منافع مشترک وقفی بر دو قسم هستند:

اول: منافی که قابلیت انتفاع و نیز امکان تملک بخشی از آثار آنها با تصرف بخشی از آن وجود دارد که عبارت‌اند از: منافع آبی طبیعی مانند رودخانه‌های بزرگ - و معادن روزمینی - که نیاز به اکتشاف و استخراج ندارند.

دوم: مواردی که آثار ظاهری ندارند که قابلیت تملک داشته باشد و فقط قابلیت انتفاع دارند، مانند راهها و خیابانها و مانند آن. در هر دو مورد بالا، دخل و تصرف گاهی به گونه‌ای است که موجبات ضرر و زیان عموم مردم و ایجاد مزاحمت برای آنها در استفاده از منافع این موارد، بر آن مترتب نبوده و گاه جریان امر خلاف این موضوع بوده و موجبات ضرر و مزاحمت مردم در استفاده از این موارد نمود می‌یابد.

دخل و تصرفی که باعث مزاحمت مردم نگردد:

اگر در این امر ضرر و مزاحمتی برای مردم وجود نداشته باشد، تصرفات وضعی و تکوینی در آن شرعاً حرام

نیست، زیرا فرض انتفاع و تملک قسمتی از منافع این موارد - به شرطی که برای دیگران ضرر نداشته باشد - برای همه مباح و جایز است و اظهر نیز ثبوت حق سبق و تقدم بر آن به شرط عدم ایجاد ضرر برای دیگران است. علمای بسیاری نیز بر این امر تصریح کرده‌اند؛ علامه در التحریر می‌گوید:

معادن ظاهره (روزمینی) با احیا (بهره‌برداری) در تملک قرار نمی‌گیرند و به وسیله احیا، دیوارکشی، سنگ‌چین کردن یا بخشش سلطان به فرد خاصی تعلق نمی‌یابند. در حقیقت این منافع مانند آبهای جاری برای همه مباح بوده و اگر کسی قبل از دیگران به بهره‌برداری از این منافع پرداخت - به شرطی که ایجاد مزاحمتی برای سایرین نداشته باشد، حتی اگر بیش از نیاز خود نیز برداشت نماید - وجه بر عدم اشکال این امر قرار دارد. اگر دو نفر با هم به چنین مکانی برسند و به تفاهم - در استفاده از بهره‌برداری - نرسند، میان آنها قرعه انداخته می‌شود. البته هر دو نفر با هم نیز می‌توانند از آن بهره‌برداری نموده و سود حاصل را تقسیم نمایند. هر کس که مالی را از معدنی کسب نماید، صاحب آن شده و خمس مال مذکور بر او واجب می‌گردد (علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة ۱۴۲۰: ۲/۱۳۲).

علامه حلی در تذکره می‌گوید: آبهای گردآوری شده در ظرف و مانند آن مثل حوض و منبع و... مختص مالک آن بوده و هیچ کسی بدون اجازه مالک حق تصرف در آن را ندارد. این نوع آب، آب خاص نامیده می‌شود و فروش و تمامی تصرفات در آن مثل بقیه کالاها جایز است. اما قسمت دوم از انواع آب، آبهای عمومی نامیده می‌شود و عبارت است از: آبهایی که با فعالیت‌های انسانی و کندن جویبارها، جاری و ظاهر نگشته و در مکانهای جریان دارد که به شخص خاصی تعلق نداشته و در ظهور و جاری شدن آن، انسانها مؤثر نبوده‌اند. مانند آب فرات و جیحون و تمام وادیها و چشمه‌هایی که در کوهها و مانند آن جریان دارد و سیلابها و... مردم در تمامی این منابع، یکسان و مساوی هستند... سپس علامه در ادامه سخن خود می‌گوید: (بهره‌برداری از) آبهای عمومی برای همه مردم مباح بوده و هر کس قسمتی از آن را در ظرف، برکه، منبع، چاه عمیق و مانند آن جمع و تصرف نمود، صاحب و مالک آن می‌گردد. اگر دو نفر یا بیشتر از آن بر منبعی گرد آمدند، هرکس هر مقدار خواست آب بر می‌دارد. اگر آب کم بود یا محل ورود به آن به حدی باز نبود که تعداد زیادی از افراد با هم وارد آنجا شوند، حق تقدم با شخصی است که زودتر آمده است. اگر همزمان دو نفر وارد شدند، به دلیل عدم ثبوت اولویت، میان آنها قرعه انداخته می‌شود و در این زمینه مسلمانان و غیرمسلمانان تفاوتی ندارند (علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۴۰۶).

شهید ثانی، شیخ زین‌الدین می‌گوید: از این جمله (منافع مشترک بین مردم) است آبهای مباحی مانند چشمه‌ها، چاهها، باران، رودهای بزرگ مانند دجله و فرات و نیل و رودهای کوچکی که در تملک نیستند. مردم در تمامی این موارد با هم یکسان و مساوی بوده و هر کس زودتر از دیگران از آن بهره‌برداری نماید، حق تقدم با اوست و با

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی □ ۳۵

نیت تملک، مالک می‌گردد (شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ۱۳۸۷: ۷/ ۱۸۵).

شیخ محمدحسن نجفی، صاحب جواهر، در مورد انتفاع از معادن ظاهری (روزمینی) می‌گوید:

هرکس زودتر از دیگران به این معادن برسد، بدون خلاف و اشکال، حق بهره‌برداری از آن را دارد. به همین صورت، اگر دو نفر با هم برای بهره‌برداری اقدام کنند، بدون خلاف و اشکال، حق بهره‌برداری با متقدم است، به دلیل عمومیت حکم «من سبق الی ما لایسبق الیه مسلم فهو احق به» و به دلیل احکام دیگری در این‌گونه موارد، یعنی منافع مشترک بین مردم و حق سبق بیش از حد نیاز از منافع مشترک. نیز بر طبق آرای فاضل، شهیدین، کرکی و آنچه از مبسوط و غیر از آن نقل می‌شود این امر بلاشکال است. البته نظر خلافی نیز از برخی نقل شده مبنی بر اینکه شخص فقط مجاز به استفاده از منابع مذکور در حد عرف و متداول خود است. البته با توجه به اطلاق احقیق (من سبق الی ما لایسبق...) در ضعف این نظریه جای هیچ شکی باقی نمی‌ماند (نجفی، همان: ۳۸/ ۱۰۴).

البته این حکم با سخن گهربار پیامبر اعظم | یعنی «الناس شرک فی ثلاث الماء و النار و الکلاء» (قزوینی، سنن ابن ماجه ۱۳۷۳: ۲/ ۸۲۶؛ سجستانی، سنن ابی‌داود ۱۴۱۰: ۳/ ۲۷۸) و نیز کلام امام موسی کاظم ×: «ان المسلمین شرکاء فی الماء و النار و الکلاء» (طوسی، تهذیب الاحکام ۱۴۰۷: ۷/ ۱۴۶) در تعارض نیست، زیرا مفروض، بقای شراکت و عدم زیان مردم بر طبق این شیوه انتفاع است.

بنابراین، با تعرض به اینکه تصرف حکومت، به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، باعث ضرر دیدن مردم و ایجاد مزاحمت برای آنها نشود، دیگر دلیلی بر حرمت باقی نمی‌ماند. فرض وجود منابع آبی طبیعی وسیع مثل رودخانه‌های بزرگ نیز به همین صورت است. در این صورت نیز تصرف دولت در قسمتی از آن، با ایجاد سد و تصفیه آب و لوله‌کشی برای رساندن آب به منزل مردم و دریافت هزینه در قبال آن، به هیچ عنوان ایجاد مانع در استفاده مردم از بهره‌برداری از اصل این منابع مانند زمان قبل از تصرف دولت تلقی نمی‌گردد. همین‌طور است اقدام حکومت به ایجاد راهی عریض و حدید [اتوبان] در اراضی موات و گرفتن برخی عوارض و مالیاتها از استفاده کنندگان از راه جدید به شرط عدم تصرف در راه قدیم و نیز صرف عوارض کسب شده در مصالح عمومی. می‌توان گفت در مورد چنین بزرگراههایی قصد ایجاد کننده از آن مبنی بر مرسل (مورد استفاده) یا غیر سبیل بودن راه مدنظر است.

تصرفاتی که باعث ایجاد مزاحمت برای مردم می‌شود

اگر تصرف در این منافع باعث ایجاد مزاحمت برای مردم گردد، به نحوی که استفاده از این منافع مشترک ممکن نباشد مگر با شیوه‌ای خاص که در آن مردم ملزم به پرداخت مبلغی برای استفاده از مورد یاد شده گردند - به عنوان نمونه در قبال استفاده مردم از آن، اقدام به دریافت حق استفاده نمایند - در این صورت گفته شده که

۳۶ □ فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی / سال اول / شماره اول / پاییز ۱۳۸۹

تصرفات وضعی یا تکوینی که باعث در تنگنا قرار دادن مردم شود، جایز نیست، زیرا تمام افراد حق انتفاع از این موارد را دارند، مالکیت عین یا منفعت آن. البته حق اولویت در استفاده، متعلق به شخصی است که زودتر از آن منابع بهره‌برداری نموده است.

محقق بحرانی می‌گوید: به ظاهر در عدم جواز استفاده از مکانهای مورد استفاده عموم مردم مثل خیابانها، آبخوریها، راهها، گورستانها، بازارها و مانند آن به گونه‌ای که مانع انتفاع از آن در مورد تعیین شده گردد، هیچ خلافتی میان اصحاب وجود ندارد (بحرانی، الحدائق الناضرة ۱۴۰۵: ۷/ ۲۲۸).^(۹)

البته در مواردی که تصرف در آن به صلاح اکثریت مردم باشد، با استناد به موارد زیر می‌توان به جواز این‌گونه تصرفها حکم کرد:

۱. مقتضای مناسبت حکم (یعنی یکسان بودن مردم در استفاده) و موضوع (یعنی منافع عمومی) یعنی مساوی بودن مردم در منافع مشترک. این موضوع با اثبات حق برای فردی که با اجازه رسمی حاکم [دولت] به اصلاح منافع مشترک اقدام کرده و هزینه اصلاح را - در مواردی که دولت به تنهایی قادر به اجرای آن نیست - از مصرف کنندگان دریافت می‌دارد، منافاتی ندارد. آنچه ممنوع است، سوء استفاده از این منابع به وسیله افراد مختلف و در جهت منافع فردی و شخصی است. پس این‌گونه تصرفات به دو شرط جایز می‌گردد: اول آنکه با نظر و اجازه حاکم شرع باشد و دوم آنکه به صلاح تمامی مردمی باشد که به نحوی از آن منتفع گردند. ادله منع نیز هرچند در آن اطلاق وجود دارد، ولی در اصل به موضوع تملک منافع مشترک و عمومی از سوی اشخاص و سوء استفاده از آن در جهت منافع فردی و شخصی باز می‌گردد.

۲. منع تصرف در منافع عمومی - اگر ثابت هم شود - از قبیل احکام حکومتی خواهد بود نه احکام ثابت شرعی.

۳. اما از باب تزامم بین رعایت این حکم - یعنی عدم تصرف در منافع عمومی - و رعایت احکام دیگری مانند حفظ نسل از نابودی و مانند آن باید گفت که در این موارد باید به حکم قوی‌تر - در اینجا حکم به وجوب حفظ کلی نظام - و مانند آن عمل نمود. بر این پایه، جواز تصرف فقط به مواردی متوقف می‌گردد که حفظ نظام بر آن متوقف و استوار است، اما در مواردی که این تزامم وجود ندارد، تصرف نیز جایز نیست.

ناگفته نماند که بحث در اینجا پیرامون جواز یا عدم جواز بخششی (اقطاع) در منافع مشترک یعنی اقطاع ارفاق و عدم آن نیست، زیرا در اقطاع ارفاق، هدف رعایت منافع مقطع است نه عموم مردم و این امر خلاف مقام است، زیرا در بحث منافع مشترک، اولین و مهم‌ترین چیزی که مد نظر است، رعایت مصلحت همه مردم است، هرچند این امر مستلزم رعایت منفعت کسانی نیز باشد که نسبت به فعالیت و اصلاح و نگهداری منافع مشترک و عمومی

تلاش می‌کنند. به این صورت، کسانی که معتقد به جواز اقطاع مشترک به دیگران به شرط عدم ایجاد ضرر بر مردم هستند، ناچار باید به طریق اولی و همان‌گونه که مشخص است به دادن امتیاز این منافع عمومی به دیگران برای اصلاح و نگهداری و البته به شرط عدم ایجاد زیان و ضرر و هزینه برای سایر افراد نیز قائل باشند و آن را بپذیرند.^(۱۰)

به عبارت دیگر، منع اقطاع، دلیلی بر عدم جواز اعطای امتیاز این منافع به قصد اصلاح آن برای استفاده همگانی نیست، زیرا امری که در اقطاع یا عدم آن در منافع مشترک مورد اختلاف واقع شده، به زمانی باز می‌گردد که هدف، رعایت مصالح و منافع شخص مقطوع باشد نه زمانی که این اقدام در وهله نخست و با تأکید بر مصالح مشترک و همگانی صورت گرفته باشد. فرض مقام در این مرحله نیز اقدام به انجام این عمل برای رسیدن به مصلحتی است که همه مردم از آن بهره‌مند گردند. به عبارت دیگر، اقتضای شرایط زمانی بر این امر استوار باشد که بهره‌برداری و انتفاع از این منافع مشترک منوط به ایجاد تغییراتی باشد که بدون ضرر رساندن به دیگران، شرایط بهره‌برداری از این منفعت همگانی را فراهم سازد. در این صورت، گمان نمی‌کنیم هیچ یک از فقها به حرمت این امر قائل باشند، زیرا همان‌گونه که قبلاً توضیح دادیم، عدم تصرف در مواردی چون کلام معصوم × که «الس شركاء فی ثلاث...» با این نوع تصرفات متفاوت است.

دوم: تصرف در منافع مشترك موقوفه

اوقاف بر دو نوع هستند:

الف) اوقاف عمومی، مانند مساجد، مکانهای مذهبی، مکانهای عبادت و نیز اوقافی که وقف عموم مردم یا عموم مسلمانان و یا جمعیت زیادی از آنها چون علما، حجاج و دیگر اصناف باشد. این اوقاف خود به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱. آنچه استفاده از نتایج و منافع آن برای قشر و طبقه خاصی وقف می‌شود، مانند باغی که وقف شده تا سود حاصل از فروش میوه‌ها و محصولات آن صرف کمک به نیازمندان و درماندگان گردد.

۲. آنچه برای استفاده از عین آن وقف شده، مانند مساجد و پلها و کاروانسراها و مهمان‌خانه‌ها و... شکی نیست که در قسمت اول از وقف عام، تصرفات وضعی غیر ناقله جایز است. این تصرفات از طرف ناظر این اوقاف - به شرط وجود ناظر خاص - صورت می‌گیرد و در غیر این صورت، تصرف و نظارت بر عهده امام خواهد بود. عایدات و درآمد این اوقاف در همان مسیر مشخص شده وقف مصرف می‌شود، زیرا در اصل برای همان منظور وقف شده است. اما در مورد قسمت دوم از این اوقاف، هر نوع تصرف وضعی - چه ناقل یا غیرناقل - ممنوع و غیرمجاز است، زیرا این قسم از اوقاف - چه در عین چه در منفعت - تحت هر شرایطی غیرقابل تملک بوده و

شخص سابق فقط حق سبقت در انتفاع از آن را دارد.

علامه حلی می‌گوید:

منفعت مساجد، در عبادت در آنهاست و می‌توان از آن برای غیر عبادت نیز استفاده نمود. بنابراین، هرکس زودتر از دیگری به مکانی در مسجد رسید، در مدت زمان جلوس، احق بر دیگران در استفاده از آن مکان است، ولی اگر از آنجا بلند شد، این اختصاص از بین می‌رود و در صورت بازگشت [در استفاده از آن مکان] هیچ فرقی با دیگران ندارد. ولی اگر به نیت بازگشت به آنجا، بلند شد، در حالی که وسایل خود را در آنجا باقی گذاشته باشد، اولویت استفاده از آن مکان به وی تعلق می‌گیرد و در غیر این صورت، دیگر حق اولویت نخواهد داشت و فرقی نیز نمی‌کند که برای تجدید وضو بلند شده باشد یا رفع ناپاکی یا غیر از آن. اگر دو نفر با هم به مکانی رسیدند نیز اگر امکان اجتماع وجود نداشته باشد، بین آنها قرعه انداخته خواهد شد، هرچند در مکان نشسته باشد تا بر او قرآن خوانده شود یا علمی بیاموزد و افرادی پیرامون او جمع شده باشند. در این صورت، آن مکان از لحاظ حکم شبیه «قاعد الاسواق» خواهد بود.

سید ابوالحسن اصفهانی می‌گوید: مسجد از جمله مشترکات بوده و عبارت است از مکانی که برای عبادت و نمازگزاردن فراهم شده باشد، این مکان [مسجد] در زمره مرافق مسلمانان بوده و همه در استفاده از آن - البته به جز مواردی که نامناسب بوده و شرع آن را منع نموده مانند توقف انسان جنب و... - یکسان و مساوی هستند. بنابراین، شخصی که زودتر از دیگران به مکانی از مسجد به قصد نماز خواندن، قرائت قرآن، دعا و حتی تدریس و عظ و افتا و مانند آن برود، حق اولویت داشته و کسی حق تعارض یا ناراحت کردن او را ندارد، چه هدف وی از اقامت در آن مکان با فرد بعدی یکسان باشد، چه این‌گونه نباشد. بنابراین، هیچ کس حق ایجاد مزاحمت برای شخصی ندارد که به هر قصدی قبل از وی به مکانی رفته است. البته تقدم نماز به صورت جماعت یا فرادی به دیگر اغراض استفاده از مسجد، بعید نیست (اصفهانی، وسیله النجاة (با حواشی امام) بی تا: ۶۷۲).

البته در حرمت تصرف تکوینی و وضعی در دو قسمت گذشته، به اموری استناد شده که عبارت‌اند از: اماکنی که استفاده از آن نیازمند تصرف تکوینی در آن است، مانند مسجد کوچکی که گنجایش مردم را ندارد و در این صورت خراب کردن بنای وقفی و بازسازی آن به شرط اجازه متولی (ناظر) یا امام و اطمینان از بازسازی مسجد به شکل بهتر و مناسب‌تر از گذشته، پس از انجام اصلاحات مدنظر، جایز است. البته در این صورت، امکان استفاده عموم مردم از بنای جدید به صورت آزاد و رایگان و همچنین استفاده از مصالح مکان قدیمی مانند سنگها و غیر آن در ساخت بنای جدید - در صورت امکان - نیز شرط است.

همچنین در مواردی که منفعت مدنظر از مورد وقفی به خاطر تخریب ساختمان یا به طور کلی از بین رفته یا

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۳۹
آنقدر ناچیز شده باشد که به عبارتی به چشم نیاید - مانند پل یا مدرسه‌ای قدیمی که در استانه فرو ریختن است - در این صورت نیز بازسازی - در صورت امکان - جایز است، هرچند این امر مستلزم اجاره دادن قسمتی از آن زمین برای یک دوره زمانی یا فروش بخشی از آن باشد.

ب) اوقاف خاص که عبارت است از اوقافی که موقوفین آنها افرادی مشخص و معین هستند که از طرف واقف انتخاب شده‌اند، مانند وقف بر ذریه و اولاد. در این نوع وقف اگر طریقه انتفاع موقوفین از آن توسط واقف مشخص نشده باشد، اشکالی در جواز تصرفات غیرناقل در آن که به نفع موقوفین باشد - مانند اجاره و فروش میوه و دیگر تصرفات - وجود ندارد، اما اگر این تصرفات به ضرر موقوفین - چه کسانی که حاضر هستند و چه نسلهای آینده در وقف بر ذریه - باشد، در این صورت این گونه تصرفات جایز نخواهد بود.

حقوق امتیاز متعلق به منافع عمومی (مرافق) و تصرف در آن

در این زمینه چند مبحث وجود دارد:

۱. تعریف حق و بیان اقسام آن

در بیان ماهیت حق در بین فقها اختلاف وجود دارد، ولی تعریف مشهور آن عبارت است از: سلطه‌ای ضعیف و اعتباری بر دیگران^(۱۱) که قابلیت اسقاط نیز دارد (ر.ک: بحر العلوم، بلغة الفقیه ۱۴۰۳: ۱/ ۳۶).^(۱۲) بنابراین، تفاوت «حق» با «حکم» در این امر تبلور می‌یابد که حق سلطنتی قابل اسقاط و حکم اعتباری شرطی و به نوعی غیرقابل اسقاط است که وجوب سلطه برای مکلف را در پی ندارد. تفاوت «حق» با «ملکیت» نیز - با اینکه هر دو نوعی سلطه به شمار می‌آیند - در این است که حق سلطنتی ضعیف‌تر و پایین‌تر از مالکیت به شمار می‌رود. به عبارت دیگر، حق سلطنتی در یک جهت خاص و مالکیت سلطنتی در تمام جهات است. برخی فقها (خویی، مصباح الفقه‌بی تا: ۲/ ۴۲) نیز بر این باورند که حق، از انواع حکم بوده و فقط تفاوت در این است که حق قابل اسقاط است، ولی احکام دیگر این گونه نیستند. اما قول مشهور همان است که بیان شد.

۲. انواع حق

۱. حقوقی که فقط قابل اسقاط بوده و قابلیت نقل ندارند، مانند حق قذف.
۲. حقوقی که قابلیت اسقاط و انتقال قهری به دیگران را دارند، ولی قابلیت نقل اختیاری ندارند، مانند حق شفعه و حق خیار.
۳. حقوقی که اسقاط و انتقال و نقل به دیگران را دارا هستند، مانند حق تحجیر. ولی در هر صورت، قوام حق بر پایه اسقاط استوار بوده و هرچه قابل اسقاط نباشد حق به شمار نمی‌رود.^(۱۳)

۳. شناخت حق از حکم

«حکم» این‌گونه تعریف و شناخته می‌شود: «خطاب شارع راجع به افعال و اعمال مکلفین» (حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن ۱۴۱۸: ۵۵ به نقل از آمدی در الاحکام ۱/ ۴۹). تمایز «حکم» در «حق» در عدم قابلیت آن بر اسقاط یا نقل، نمود می‌یابد. با وجود این، بین برخی از احکام تکلیفی و وضعی با حق اشتباه می‌شود. اما ملاک در تشخیص حق از حکم عبارت است از رجوع به دلیلی که اعتبار شرعی را اثبات نماید. اگر بعد از این مرحله، بر قابل اسقاط بودن سلطه انسان دلالت حاصل شد، مورد مذکور حق خواهد بود و گرنه در زمره احکام قرار می‌گیرد.

اما اگر بعد از این مرحله نیز تشخیص صورت نگرفت و در حق یا حکم بودن مورد مذکور شک وجود داشت، در این صورت مرجع قابل استناد اصول علمی بوده و چون مقتضای اصل عدم سقوط است - به علت همراهی و ملازمت با آن و عدم سقوط - (ر.ک: طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب ۱۳۷۸: ۱/ ۵۵ - ۵۷)، حکم به عدم حق بودن می‌شود. بر این اساس، اگر در مورد حق یا حکم بودن امری، شک و شبهه پیش آمد، حکم به عدم جواز اسقاط و نقل آن داده می‌شود. البته با وجود این تا زمانی که آثار و ویژگیهای خاص عنوان حکم بر آن اثبات نگردد، حکم بودن مورد مذکور نیز مسجل و قطعی نخواهد بود.

اما اگر حق بودن مورد مذکور اثبات گردد، اما قابل اسقاط و نقل بودن آن به سبب شک در وجود مانع اثبات نشود - بعد از اینکه قاعدتاً [به علت حق بودن] باید شامل آنها باشد - مقتضای عموم در این صورت، صحت و درستی تصرف در آن خواهد بود.

سید طباطبایی & می‌گوید: پنهان نیست که طبیعت حق، اقتضای جواز نقل و اسقاط را دارا است، زیرا فرض بر این است که صاحب حق و مسلط بر آن بوده و در این صورت منع پیش آمده یا تعبدی است یا از قصور در کیفیت حق بر حسب نوع قرارداد و جعل آن خواهد بود. مورد اول که واضح و مشخص است و مورد دوم مثل اینکه حق قائم به یک شخص یا عنوان خاص باشد، مانند حق تولیت در وقف یا حق وصایت و مانند آن. در این صورت، شخص وقف‌کننده یا وصیت‌کننده یک فرد خاص و مشخص را مورد حق قرار می‌دهد، به نحوی که حق از او تجاوز ننماید و خارج نگردد [امور مربوط فقط در دست آن فرد خاص باشد] و یا مانند ولایت حاکم که مختص به یک عنوان خاص بوده و به همین جهت نمی‌تواند از آن به عنوان دیگری تجاوز و عبور نماید [قابلیت انتقال ندارد] و یا مانند حق شفعه در مورد غیر شریک.

بنابراین، اگر در اصل اینکه یک مورد حق است یا حکم، شک و شبهه‌ای ایجاد شد، اسقاط و نقل آن جایز نیست. به همین صورت، اگر اصل حق بودن آن ثابت شد، ولی منع تعبدی وجود داشت یا خود شخص یا عنوان «مقوم» بودند نیز اسقاط یا نقل، خالی از اشکال نیست. اگر در منع نیز شک پیش آمد، مقتضای عموم صحت

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۴۱
تصرف در آن است. به همین صورت، اگر در مقوم بودن شخص یا عنوان بر حسب جعل شرعی و پس از احراز قابلیت در عرف نیز شک پیش آمد، به گونه‌ای که شخص در نظر آنها مورد بود نه مقوم، در این صورت نیز مقتضای عموم - با توجه به کلام خداوند تبارک و تعالی «اوفوا بالعقود و احل الله البيع» و حدیث پیامبر | «الصلح جائز و المؤمنون عند شروطهم» و همین‌طور فحوای کلام ایشان | در «الناس مسلطون علی اموالهم» و موارد مشابه دیگر بعد از فرض صدق عناوین - بر صحت تصرفات دلالت می‌نماید. البته در صورت وجود شک در کسب و احراز قابلیت عرفی، به نحوی که در صدق آن نیز شک و شبهه راه یابد، دیگر نمی‌توان به آن استناد کرد (همان).

حق مال است یا نه

در مورد قسمت سوم از انواع که قابل اسقاط و انتقال و نقل بود، این سؤال پیش می‌آید که آیا حق، مال است تا معاوضه‌ها و مبادلاتی که با مال قوام یافته و انجام می‌گیرد بر آن نیز صحیح باشد یا خیر. علی‌الظاهر تعریف مال به این دسته از حقوق صدق می‌یابد، زیرا مال عبارت است از آنچه با وجود ندرت نسبی دارای منفعت عقلانی نیز باشد. بنابراین، همان‌گونه که برخی فقها در بیان پاره‌ای از حقوق تصریح و تأکید کرده‌اند، این دسته از حقوق در حیظه و گستره اموال قرار می‌گیرند.^(۱۴)

بعد از بیان اتفاق نظر بین فقها در مورد جواز نقل حقوق با عقد صلح، بررسی ما در اینجا راجع نحوه جاری شدن بعضی انواع قراردادها مثل بیع و اجاره در حقوق خواهد بود.

جواز مصالحه در حقوق

در مورد جواز نقل حقوق مالی با عقد صلح در میان فقها اختلافی وجود ندارد. محقق حلی & در این باره می‌گوید: صلح در مورد عین به عین [کالا به کالا] و عین به منفعت و نیز بر منفعت به عین یا منفعت به منفعت، صحیح و خالی از اشکال است (حلی، شرائع الاسلام ۱۴۰۷: ۲/ ۳۶۸). صاحب جواهر & نیز در ذیل آن می‌گوید: با توجه به معلومات مقتضی این امر و دیگر امور، صلح در مورد حق به صورت اسقاط یا نقل مانند حق خیار و حق تحجیر و حق شفعه با حق دیگری مانند آن یا با عین یا منفعت یا امور دیگری از این دست، مجاز و صحیح است (نجفی، همان: ۲۶/ ۲۳۰).

باید توجه داشت که منظور از صلح در اینجا، تسالم و موافقت است و به همین جهت در آن وجود درگیری قبلی دو طرف صلح، شرط نیست و به همین جهت یک قرارداد مستقل به شمار می‌رود نه فرع و شاخه‌ای از یک قرارداد دیگر. بنابراین، به سبب گستره وسیع دایره شمول و عدم تقید آن به شروط خاص می‌تواند مفید فایده قراردادهایی مثل بیع و اجاره و مانند آن باشد. به عبارت دیگر، حقیقت صلح عبارت است از رضایت، تسالم و

موافقت بر امری، چه آن امر از انواع اموال باشد یا نباشد و فرقی ندارد که مال مذکور عروض باشد یا یکی از انواع نقود، یا اصلاً امری که بر آن توافق شده یکی از انواع حقوق باشد، و باز فرقی ندارد که این تفاهم و رضایت مسبوق به خصومت و جدال یا همراه آن باشد یا وقوع آن محتمل به نظر آید. به هر حال، اطلاق کلمه «صلح» بر تمامی موارد یاد شده به صورت حقیقی و نه مجازی صدق دارد، یعنی موارد یاد شده هیچ ربطی به تحقق عقد صلح و اطلاق آن ندارد.

دلیل تأیید این مطلب نیز حدیثی است که از پیامبر | روایت شده با این مضمون: «صلح در بین مسلمانان جایز است مگر صلحی که حرامی را حلال یا حلالی را حرام نماید» (شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه ۱۴۱۳: ۳/۳۲). البته دلایل دیگری نیز وجود دارد که در جای خود به آن خواهیم پرداخت (ر.ک: بجنوردی، القواعد الفقهیه ۱۴۲۶: ۱۰/۵).

قابلیت حقوق در بیع (خرید و فروش)

در مورد اینکه آیا حقوق قابل بیع هستند یا نه بین علما اختلاف وجود دارد و معروف و مشهور عدم صحت قراردادان حقوق به عنوان معوض در معامله و بیع است.^(۱۵) اما قرار دادن حقوق به عنوان معوض را نیز برخی از محققان صحیح نمی‌دانند، ولی اظهر جواز بیع حقوق به هر دو صورت عوض و معوض در بیع است که البته برخی از فقهای محقق معاصر نیز آن را بیان کرده‌اند.^(۱۶)

تصرفات مالی در حقوق مربوط به اماکن و پروژه‌های عمومی

در مورد جواز صحت معاوضه در تمامی حقوقی که متعلق به انواع مرافق عمومی [اماکن عمومی] بوده و معاوضه بر آن اشکال و ایرادی ندارد، هیچ شکلی وجود ندارد. ولی عکس این امر جایز نیست، یعنی معاوضه بر خود آن مکان عمومی صحیح نخواهد بود، زیرا در زمره اوقاف یا املاک مسلمانان قرار دارد، ولی با وجود این، جواز نقل برخی از حقوق متعلق به قسمتی از آن مکان عمومی به فردی خاص و به شرط باقی ماندن اصل مالکیت آن مکان به صورت اولیه خود به عنوان وقف اشکال ندارد، مانند آنچه در بحث اقطاع ارفاق در زمینه منافع مشترک مجاز شمرده می‌شود. گفتنی است که در بحث صحت معاوضه‌های مالی در حقوق، شرط است که حق مورد نظر از انواعی باشد که به خودی خود قابلیت نقل دارد. بنابراین، بر احکام یا حقوق غیر قابل نقل و انتقال، معاوضه جایز نیست.

از مطالب ذکر شده چنین بر می‌آید که به طور کلی تمامی تصرفات مالی و اعتباری در اماکن عمومی که در چارچوب ولایت امام قرار می‌گیرد، برای او جایز است. البته امکان انتقال دائمی مالکیت اماکن عمومی که از منابع

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۴۳

مشترک مسلمانان و ملک آنها محسوب می‌شود، از سوی امام به دیگران به وسیله بخشش و مانند آن جایز نیست. اعطای اداره برخی از امور اداری که ولایت آنها مخصوص امام است - مانند قضا و امور مشابه - به دیگران به نحوی که برای خود امام ولایتی بر آن امر باقی نماند، حال چه در ازای دریافت عوض باشد یا بدون دریافت عوض انجام گیرد، نیز به همین صورت است. اما انواع تصرفات امام در آنچه ملک او محسوب می‌گردد، یعنی مقام امامت، جایز است. به همین صورت است جواز تصرف غیر ناقل برای امام در آنچه ملک مسلمانان است با بهره‌برداری مستقیم یا به وسیله اجاره و مانند آن و صرف کردن عایدات و درآمدهای آن در جهت مصالح عمومی مسلمانان.

بعد از توضیح احکام مربوط به اصل و چگونگی تصرف در اماکن عمومی، اکنون نوبت به بررسی نحوه استفاده از قرارداد ساخت بهره‌برداری و انتقال در اماکن عمومی می‌رسد.

استفاده از قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال در اماکن عمومی و اوقاف

شکی نیست که قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، نوعی تصرف وضعی و اعتباری است که در موضوع قرارداد، تصرفات تکوینی را در پی دارد. بنابراین و به خودی خود، جواز استفاده از آن به دسته‌ای از اماکن عمومی اختصاص می‌یابد که تصرف در آن جایز باشد. قبلاً بیان کردیم که تصرف در قسمت دوم و سوم از نوع اول و نیز برخی از قسمتهای نوع دوم از اماکن عمومی - طبق تقسیم‌بندی قبلی ما - برای امام جایز است. به عبارت دیگر، این امر شامل قسمتهایی از اماکن عمومی می‌شود که یا ملک مسلمانان است و یا ملک امام است و یا شامل ساختارهای حکومتی و خدمات عمومی می‌گردد. *مجموعه علمی و پژوهشی مطالعات فقهی*

حکم و تخریج فقهی قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال

بعد از بیان موارد جواز تصرف در اماکن عمومی و اوقاف، باید به بررسی صحت و سقم قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال به خودی خود و بدون در نظر گرفتن متعلقات آن بپردازیم. این بحث در چارچوب ادله عمومی وارد در تمامی قراردادهای و نیز ادله خصوصی وارد شده در نظایر این قرارداد - البته در صورت وجود - و بررسی سازگاری یا عدم سازگاری آن با قراردادهای ذکر شده به انجام می‌رسد تا در نهایت مشخص گردد آیا این نوع، از قراردادهای مذکور هست یا نه؟

اما بحث و بررسی قسمت اول «صحت یا بطلان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال»: ظاهر این قرارداد به خودی خود و با توجه به طبیعت آن و بدون در نظر گرفتن ملاسبات و شائبه‌های آن، شرعاً صحیح و فاقد اشکال است. دلایل این مدعا عبارت‌اند از:

اول: شمول ادله عمومی عقود با گفتار خداوند تبارک و تعالی: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و حدیث شریف پیامبر اعظم | «المؤمنون عند شروطهم». معنای وجوب وفای به عهد نیز ترتیب آثار و صحت و لزوم بر قرارداد است.

دوم: وجود دلیل خاص یعنی متون خاصی که از اهل بیت^ع نقل شده و دلالت بر صحت قراردادهایی از این قبیل است که در آن تعمیر و آبادی زمین همان عوض قرارداد به شمار می‌رود. برخی از این متون عبارت‌اند از:

۱. در کافی به نقل از علی بن ابراهیم، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از حماد، از حلبی، از ابی عبدالله^ع آمده که فرمود: قباله یعنی اینکه فرد، زمین بایر و خرابی را از صاحب زمین، بیست سال یا کمتر یا بیشتر از آن تحویل گرفته، آباد نماید و خراج آن را نیز پردازد؛ این ایراد و اشکالی ندارد (کلینی، الکافی ۱۴۰۷: ۵/۲۶۸).

در تهذیب به نقل از حسن بن محمد بن سماعه، از حسین بن هاشم، از ابن مسکان، از حلبی، از ابو عبدالله^ع آمده است: از ایشان درباره زمینی پرسیدم که از صاحب آن اخذ شده و چند سالی روی آن کار شود و آباد به صاحب اصلی برگردانده شود و عواید آن [در این چند سال] برای فردی باشد که بر زمین کار کرده، امام^ع فرمود: ایرادی ندارد (طوسی، تهذیب الاحکام: ۷/۲۰۵).

۲. در کافی از محمد بن یحیی بن محمد بن حسین، از صفوان، از یعقوب بن شعیب، به نقل از ابو عبدالله^ع آمده است: از امام^ع در مورد مردی پرسیدم که زمینی از زمینهای خراج دارد و آن را به شخص دیگری واگذار می‌نماید تا آن را اصلاح و آباد کند و خراج زمین را نیز پردازد و مابقی میان آن دو تقسیم گردد. امام^ع فرمود: ایرادی ندارد. گفت: هر بار از ایشان در مورد کسی پرسیدم که زمین خود را که حاوی درختان انار، خرما یا میوه‌های دیگر است به شخص دیگری می‌دهد و می‌گوید: این باغ را آبیاری و آباد کن و نیمی از محصول برای تو باشد، فرمود: ایرادی ندارد. باز درباره مردی پرسیدم که زمین خود را به دیگری می‌دهد و می‌گوید: آن را آباد کن و به مدت سه یا پنج سال هر چه خدا بخواهد در اختیار تو باشد، باز امام^ع فرمود: ایرادی ندارد (کلینی، همان: ۵/۲۶۸). فتوای فقهای امامیه نیز به همین مضمون است. علامه حلی^ع می‌گوید: جایز است زمینی را در مدت زمان معین، برای آباد کردن و پرداخت خراج تحویل گیرند (علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۳۴۱).

۳. سید طباطبایی در عروة الوثقی می‌گوید: جایز است زمینی را برای مدت زمان معین و به قصد اصلاح و تعمیراتی از قبیل لایروبی جویها و چاهها و کاشت درخت و مانند آن اجاره کنند. این گفتار معصوم^ع که: قباله زمین از اهل آن به مدت بیست سال یا کمتر و بیشتر و آبادانی و بازپرداخت خراج زمین ایرادی ندارد، و نیز سخنهاي مشابه، در همین جهت قرار می‌گیرند.

سید خوبی^ع می‌گوید: بر صحت قباله زمین به این معنا که شخصی زمینی را از دیگری دریافت کند تا اعمال

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۴۵

آبادانی از قبیل کاشت درخت و لایروبی جویها و چاهها و مانند آن را در مدت معینی انجام دهد، به شرط آنکه محصول زمین برای عامل بوده و پس از اتمام دوره قرارداد، زمین به صاحب اصلی بازگردانده شود، ایراد و اشکالی وارد نیست. این عمل، تقبیل و تقبل نام دارد و فعل صادر از دو طرف قرارداد را قباله گویند (خویی، المستند فی شرح عروه‌الوثقی بی تا: ۴/۴۹۲).

ناگفته نماند که جواز این مسئله بر طبق قاعده است، زیرا اعمال می‌توانند به عنوان عوض در معاوضات و معاملات قرار گیرند، حال چه معامله بیع باشد یا اجاره یا امثال آن. البته مفروض تعیین آن یا وجود نوعی شناخت اعمال است تا احتمال غرر (ضرر) یا جهالت (بی‌اطلاعی) معامله از آن مرتفع گردد (فاضل لنکرانی، الاجاره ۱۴۲۴: ۶۳۸).

واضح است که قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال نیز در همین حیطه قرار می‌گیرد، زیرا در آن، زمین یا مورد مشابهی تحویل گرفته می‌شود تا اصلاح و آباد گردد، به شرط اینکه حاصل زمین و عواید و منافع آن برای مدت معینی در اختیار فرد عامی قرار گیرد و تا انتهای مهلت قرارداد، زمین به صورت آباد و آماده به صاحب اصلی تحویل گردد. فقط یک مورد دیگر باقی می‌ماند که عبارت است از بحث سازگاری این قرارداد که آیا این قرارداد از نوع اجاره است، همان‌گونه که سید طباطبایی روایتهای نقل شده در این مقاله را به این احتمال حمل نموده، یا جعاله است، یا اصلاً قراردادی مستقل و جدا از این نوع قراردادها به شمار می‌رود. در عنوان بعدی در مورد همین موضوع سخن خواهیم گفت.

بحث در زمینه دوم (تطبيق قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال)

می‌توان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال را از طریق قراردادهای معلومی چون اجاره و مصالحه و قباله و به عنوان یک قرارداد مستقل و در حیطه این قراردادها تخریج کرد و نیز می‌توان آن را نوعی قرارداد جدید و نه منشعب از قراردادهای مذکور به شمار آورد.

۱ تخریج آن از طریق قراردادهای معلوم و مرسوم

الف) قباله

قباله به فتح قاف به معنای کفاله و در اصل «قَبَلٌ» و به معنای کَفَلٌ است. گویند: «قبلت العامل العمل تقبلاً»: ضامن گرفتم و این نادر است و اسم آن قباله است و نیز «تقبله العامل تقبلاً»: عامل، ضامن داد و قبول ضمانت کرد که این مورد نیز نادر است (ابن منظور، لسان العرب ۱۹۹۷: ۵/۱۹۵).

قباله در فقه برای بیان قراردادهای مختلفی به کار می‌رود، مانند قبول زمین خراجی از سلطان و قبول سهم یکی

از شریکان توسط شریک دیگر در برابر عوضی معلوم و قبول زمین از شخص برای عمران و آبادانی آن. جامع بین همه این قراردادها عبارت است از معاوضه بر حق انتفاع از زمین در برابر عوضی معلوم. در اینجا منظور همان مورد سوم یعنی قبول زمین از شخص دیگر برای آبادانی آن است. در اینکه آیا قباله یک قرارداد مستقل بوده و یا در زمره اجاره یا مصالحه قرار می‌گیرد اختلاف وجود دارد. شهید ثانی بر این باور است که قباله قراردادی مستقل و دارای احکام خاص خود است.^(۱۷) بر اساس این احتمال می‌توان قرارداد مورد نظر را بر قباله تخریج و استنباط کرد و آن را در زمره قباله به حساب آورد.

(ب) اجاره

ظاهراً قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال قبل و بیش از هر قرارداد دیگری شبیه به اجاره است، زیرا محور اساسی در این نوع قرارداد یا بر پایه تمکین طرف دوم در استفاده از زمین مملوکه طرف اول در مدت زمان معین و برای ساخت پاره‌ای از تأسیسات و استفاده از آن و در نهایت انتقال آن به طرف اول پس از پایان مهلت مقرر استوار است، یا عبارت است از اعطای حق امتیاز ساخت یک پروژه و بهره‌برداری از آن و سپس تحویل پروژه به طرف اول، مشروط بر آنکه عوض قرارداد، همان اقدام به اصلاح و ساخت در هر دو احتمال باشد. بنابراین، در چارچوب احتمال اول - یعنی تمکین طرف دوم در استفاده از زمین مملوکه طرف اول - صدق اجاره بر آن کاملاً مسجل و مشخص است و بر پایه احتمال دوم نیز معامله و قرارداد بر حق واقع شده و بدون شک این عمل - همان‌گونه که خواهد آمد - بیع تلقی نمی‌گردد و نوعی مصالحه به شمار می‌رود که فایده اجاره بر آن مترتب است.

البته در این صورت - یعنی اجاره تلقی شدن آن - در حیطة علمی این سؤال پیش می‌آید که موجر و مستأجر چه کسانی هستند؟ آیا مستأجر، عاملی است که زمین را آباد می‌کند یا ساختمان را می‌سازد و موجر، صاحب زمین است یا موضوع بر عکس بوده و موجر، عاملی است که نفس خود را برای آبادانی زمین اجاره می‌دهد و اجرت نیز همان منفعت زمین بوده و مستأجر نیز صاحب آن زمین است.

ناگفته نماند که پس از قیام دلیل بر صحت و سلامت این قرارداد بر هر کدام از دو احتمال پیشین، دیگر هیچ اثر عملی بر بیان اینکه موجر و مستأجر چه کسانی هستند، مترتب نخواهد بود. نظیر همین امر در تشخیص و تعیین خریدار و فروشنده در داد و ستدهایی که در آنها ثمن و مثن هر دو کالا یا هر دو از نقود هستند نیز رخ می‌دهد.

ملاک عرفی در تشخیص موجر از مستأجر این است که مستأجر کسی است که به خصوصیت منفعت موجود در مال استیجاری می‌نگرد و در این زمینه شبیه مشتری در داد و ستد است. حال آنکه موجر فقط به مالیه می‌نگرد و شبیه فروشنده است. به عبارت دیگر، موجر خواهان مالیه و مستأجر خواهان خصوصیت است است و به همین

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۴۷

سبب، موجر به سمت دست یافتن به پول نقد و ثمن می‌رود و مستأجر به طرف دست یافتن به اشخاص و کالا. بر این قیاس، اگر فرض کنیم هر دو طرف ناظر به خصوصیت باشند، به عنوان مثال توافق نمایند که یکی از آنها برای دیگری لباسی بدوزد و در عوض، دیگری برای او دیواری بسازد و در این صورت مبادله بین دو عمل یا دو منفعت یا بین منفعت و عمل واقع گردد، مانند مبادله بین اقامت یک ماهه در منزل در عوض دوختن لباس، در این گونه موارد چون نسبت بین دو طرف مساوی است، زیرا هر یک از آن دو خواهان خصوصیت هستند، هیچ کدام بدون دیگری موجر یا مستأجر نامیده نمی‌شوند و این مبادله‌ای است بدون تخصیص یکی از دو طرف به اسم موجر و طرف دیگر به نام مستأجر. شاید همین مطلب خود شاهدی باشد بر خروج این قرارداد از باب اجاره و به حساب آوردن آن به عنوان معاوضه خاصی که با توجه به قواعد کلی و عمومی و نیز نصوص وارد در این زمینه محکوم به صحت است (ر.ک: خوبی، المستند فی شرح العروة الوثقی: ۴/ ۴۹۴).

ج) بیع (داد و ستد) حق امتیاز

بنا بر مقتضای ظاهر، قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال به عنوان بیع نمی‌تواند مطرح گردد، زیرا معنای بیع تملیک رقبه و اصل مال (چه عین باشد، چه منفعت و چه حق) در برابر مال است و لازمه این امر دوام معامله و عدم مشروط شدن آن به مدت زمانی است که با پایان آن، معامله فسخ شود، حال آنکه در قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، اصل بر موقت بودن قرارداد و بازگشت زمین و حق امتیاز به صاحب اول و بدون دریافت مقابل، استوار است. ادعای امکان توجیه بازگشت مال به صاحب آن، بعد از مدتی با شرط ضمنی - هر چند اصل قرارداد بیع آن را نپذیرند - نیز به خودی خود مخدوش است، زیرا شرط در صورتی صحیح است که با مقتضای قرارداد مخالف نباشد. بنابراین، شرط بازگشت مال بعد از مدت زمان مشخص نیز مقتضای قرارداد بیع مخالف بوده و مغایرت دارد، زیرا در این صورت مقتضای شرط بر عدم مالکیت مالک بر مال خود مگر در یک دوره زمانی مشخص استوار خواهد بود و این امر بر خلاف مالکیت است.

د) المصالحه

می‌توان این قرارداد را در حیطة صلح و مصالحه بررسی نمود، زیرا صلح در نزد ما در بین قراردادهای دارای گسترده‌ترین مجال بوده و از طریق صلح می‌توان به بیشتر نتایج قراردادهای مرسوم و معهود دست یافت. این امر با توجه به کلام پیامبر اسلام | که «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً و حرم حلالاً» (شیخ صدوق، همان: ۳۲ / ۳) و از امام علی \times روایت شده قابل اثبات است (کلینی، همان: ۴۱۳ / ۷). در تحقق صلح نیز وجود خلاف و نزاع بین دو طرف شرط نیست و صلح ابتدایی که مسبوق به نزاع نباشد هم در نزد فقهای ما جایز است.^(۱۸)

هـ) الاقطاع

عبارت است از تخصیص قطعه‌ای از زمین و مانند آن از سوی دولت به اشخاص قادر به انجام فعالیت در آن، از طریق امتناع (بهره‌برداری) یا تملیک و مانند آن. اقطاع بر چند نوع است:

۱. اقطاع استقلال

عبارت است از اختصاص مالیات گروهی از مردم یا یک منطقه معین به شخصی خاص که در برابر خدمتی که لازم است به انجام رساند یا در عوض حق وی در ارتزاق از بیت‌المال یا حتی به عنوان بخشش و هبه به او عطا می‌گردد (مظفر، احیاء الاراضی الموات ۱۳۹۲: ۲۷۲).

۲. اقطاع ارفاق

این امر بنا بر قول مشهور عبارت است از اختصاص بخشی از مکانهای عمومی مثل راهها، صحن مساجد، مکانهای نشستن در بازارها و مانند آن، به فردی برای استفاده از آن در اهداف خاصی که به مصلحت عمومی لطمه نمی‌زند (همان: ۲۷۳). عده‌ای از فقها به مشروع بودن این نوع اقطاع تصریح کرده‌اند. اما شیخ طوسی و برخی دیگر از فقهای امامیه با صراحت و قوت، این نوع اقطاع را به علت عدم وجود دلیل بر مشروعیت آن ممنوع دانسته‌اند و این قول مشهور میان فقهای ماست و قبلاً نیز به توضیح آن پرداختیم.^(۱۹) این نوع اقطاع در برابر اقطاع تملیک که اکنون به توضیح آن می‌پردازیم ذکر شده و منظور از آن تخصیص اصل و منفعت شیء به استفاده کننده است.

۳. اقطاع تملیک

منظور از این نوع از اقطاع، تخصیص اصل و منفعت یک قطعه از زمین و مانند آن به فردی است که قدرت سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری از آن را داشته باشد. تمامی فقها این امر را جایز شمرده‌اند که از آن جمله‌اند: فقهای امامیه، مالکیه، شافعیه و حنابله و برخی از احناف که به جایز بودن این امر تصریح داشته‌اند.^(۲۰)

واضح است که قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال به سبب عدم تحقق مالکیت در آن، ربطی به اقطاع تملیک ندارد، اما راجع به سایر انواع اقطاع می‌توان گفت که شباهت این قرارداد با آنها در این است که در هر دو مورد حقی مربوط به حکومت یا عامه مردم، برای بهره‌برداری و انتفاع بخشی خاص تعلق می‌یابد. ولی تفاوت آن با اقطاع در این است که اقطاع معمولاً بلاعوض بوده و بیشتر شبیه نوعی بخششی است. به عبارت دیگر، از مقطع در قبال اقطاع درخواست عوض نمی‌گردد. البته شرط آن است که مقطع قادر به آباد کردن زمین باشد وگرنه حق بهره‌برداری از وی سلب می‌شود. اما قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال به این صورت نیست، زیرا در آن حق بهره‌برداری از زمین یا امتیاز در مقابل ارائه خدمات معینی به مردم و تحویل آن به حکومت پس از اتمام زمان

قرارداد، به فرد واگذار می‌گردد. به عبارت دیگر، در قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، محور اصلی بر پایه تأمین نیازی معین از نیازهای مردم در گردش بوده و هدف و تمرکز در آن بر حفظ منافع عمومی و بدون در نظر گرفتن منافع مقطع استوار است و این امر بر خلاف اقطاع است، زیرا در اقطاع، تمرکز در مرحله اول بر مصالح مقطع قرار دارد نه مصلحت دیگران.

۵. استصناع

تفاوت قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال با استصناع در این است که در قرارداد مذکور، همان‌گونه که قبلاً نیز توضیح دادیم، روال کار بر پایه اعطای حق امتیاز مربوط به اماکن عمومی از طرف دولت به فرد یا گروهی به خاطر ساخت کارخانه و... و تحویل آن به صاحب زمین (دولت) بعد از پایان دوره قرارداد، استوار است. در حالی که جریان در استصناع، حول محور مبادله ساخت کالایی معین و بر عهده فرد در قبال دریافت وجهی معین در گردش است. پس این دو قرارداد در حیطة ثمن و مثنی با یکدیگر تفاوت دارند. اما از نظر ثمن در قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، ثمن معینی غیر از منافع کارخانه‌ای که طرف اول آن را به طرف دوم می‌دهد وجود ندارد و این امر خلاف قرارداد استصناع است، زیرا ثمن در آن، مبلغ یا شیء مشخص است که نقداً یا به صورت اقساط به طرف دوم پرداخت می‌گردد. اما از نظر مثنی، به دلیل آنکه در قرارداد استصناع مثنی عبارت است از ساخت کالایی معین و تحویل آن به صورت مستقیم به سفارش دهنده [دولت]، با قرارداد ساخت و بهره‌برداری و انتقال متفاوت است، زیرا معوض در آن عبارت است از ساخت و بهره‌برداری برای مدتی معین.

از همین‌جا تفاوت قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، با قرارداد «اشغال عامه» که در حقیقت نوعی قرارداد پیمانکاری است مشخص می‌گردد. قرارداد «اشغال عامه» بین فردی از افراد قانون عام [نمایندگان دولت] و یک فرد و یا شرکت بسته می‌شود و در آن پیمانکار - با توجه به مقتضای عمل - متعهد می‌گردد به حساب آن شخص معنوی عمومی و در حیطة و چارچوب ساخت، اصلاح یا نگهداری اموال غیرمنقول و در جهت تحقق مصالح عمومی، در برابر مبلغ و حق الزحمه‌ای که در قرارداد مشخص می‌گردد، فعالیتها و تعهدهای خاصی را به انجام رساند. بنابراین، تفاوت قرارداد «اشغال عامه» با قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال در این امر نمود می‌یابد که عوض در «اشغال عامه» مبلغی مشخص و معین است که از طرف دولت و به سبب فعالیتهای ساخت، نگهداری و امثال آن توسط پیمانکار، به وی پرداخت می‌گردد. بر خلاف قرارداد ساخت، نگهداری و انتقال که در آن به غیر از حق انتفاع از زمین، اجرت و ثمن دیگری پرداخت نمی‌شود.

این قرارداد، قراردادی مستقل بالرأس بوده و مانند سایر قراردادهای لازم، بر دو طرف لزوم می‌یابد. می‌توان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال را یک قرارداد جدید و مستقل به شمار آورد. البته دو دلیل زیر، این نظریه را

تقویت می‌نماید:

مورد اول: فهم قانونی از این قرارداد، زیرا آن را به عنوان یک قرارداد مستقل ذکر کرده و به نامهایی چون بیع و اجاره و سایر قراردادهای متداول نام‌گذاری نکرده‌اند.

مورد دوم: قرارداد را از طریق قراردادهای مرسوم مثل اجاره به انجام رسانده و بقیه ویژگیهای آن را از طریق ایجاد شروط ضمن عقد قرارداد اجاره حاصل نمود، به گونه‌ای که قرارداد به دست آمده شامل تمامی ویژگیهای قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال باشد. ولی وقتی می‌توان آن را به صورت قراردادی جدید که تمام ادله عمومی عقود شامل آن می‌گردد به شمار آورد، اصلاً دلیلی بر این تکلیف بی‌مورد وجود نخواهد داشت. حال چه این قرارداد در گذشته وجود داشته باشد و چه این‌گونه نباشد. ولی در هر صورت با در نظر گرفتن آن به صورت اجاره، صلح یا قراردادی مستقل، احکام مربوط به آن تغییر خواهد کرد. دو مناقشه راجع به صحت قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال:

اشکال و نقض در عقود ممکن است در مرحله مقتضی یا مرحله مانع رخ دهد. اشکال در مرحله مقتضی مانند عدم وجود شرایط قرارداد یا دو طرف معامله و اشکال در مرحله مانع مثل اینکه معامله غرری یا ربوی یا دارای موانعی از این دست باشد. از آنچه بیان شد معلوم می‌گردد که قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال در مرحله مقتضی دارای ایراد و اشکال نیست. بنابراین، به بررسی مرحله مانع می‌پردازیم.

در اینجا دو مناقشه و بحث در مورد صحت این قراردادها وجود دارد که اگر بخواهیم حکم به صحت قرارداد مذکور نماییم حتماً باید به بررسی این دو مورد پردازیم. این دو مناقشه عبارت‌اند از:

۱. این قرارداد مشتمل بر غرر و مخاطره است.

۲. این قرارداد باعث سلطه کفار و سیطره آنها بر مسلمانان می‌گردد.

۱. لزوم غرر و مخاطره

گفته شده با اینکه معوض - یعنی ساخت یکی از ساختارها با ویژگیهای معین - در قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، معین و مشخص است، ولی عوض در آن مشتمل بر غرر و مخاطره است، زیرا عوض - یعنی امتیاز راه‌اندازی کارخانه برای مدتی معین - همراه با ابهام و عدم وضوح است، چرا که تعیین قیمت کالای تولیدی یا خدمات ارائه شده به مصرف‌کنندگان در طی مدت امتیاز که طولانی نیز هست، به راحتی و با دقت امکان‌پذیر نیست، چه این خدمت به مردم ارائه گردد و چه به دولت فروخته شود. جهالت و عدم اطلاع در شرطی که به عوضین موضوع قرارداد [عوض یا معوض] بر می‌گردد - در اینجا ثمن - باعث ایجاد جهالت در عوضین می‌شود

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی □ ۵۱

و این امر باعث غری شدن معامله و بطلان آن خواهد بود.

ولی می‌توان با ایجاد راهکارهایی در زمینه تفاهم بر شیوه‌ها و اسلوبهای مبتنی بر تعیین قیمت بازاری و میزان سود کالا یا خدمت ارائه شده - مانند توافق بر سر تعیین قیمت بر اساس هزینه تمام شده و نسبت و درصد سود دریافتی - به حل این مشکل پرداخت. البته در این صورت، پیمانکار باید اسناد و صورتهای دقیق و مفصل مالی را همراه با تعیین و توصیف دقیق و مشخص هزینه‌ها به کمیته مشخص شده در قرارداد تحویل نماید که در این صورت قیمت با توجه به هزینه‌ها و سود توافقی به دست می‌آید. در ضمن می‌توان قیمت جهانی را تعیین قیمت کالا و خدمات در نظر گرفت. راه دیگر نیز عبارت است از توافق بر تعیین قیمت بر اساس وحدت قیاسی که در آن قیمت کالا و کمیت آن در طی یک دوره زمانی طولانی مدت محاسبه و مشخص می‌گردد.

۲. ایجاد سلطه و سیطره کفار بر مسلمانان

دو عامل باعث این امر می‌گردد:

الف) طول زمان قرارداد: زیرا این قرارداد معمولاً بین بیست تا سی سال به طول می‌انجامد. این مطلب به معنای دادن فرصت کافی به کفار برای حضور طولانی مدت یا دائمی در کشورهای اسلامی است و باعث دخالت آنها در امور مسلمانان یا حداقل گسترش فساد اخلاقی در اماکنی است که آنها با مسلمانان به طور مشترک زندگی می‌کنند.

ب) ساختار این قرارداد - یعنی اعطای امتیاز ساخت پروژه‌های زیربنایی - باعث دخالت و گسترش تسلط بیگانگان بر امور اقتصادی مسلمانان می‌گردد و این امر منجر به دخالت آنها در امور سیاسی و فرهنگی کشورها و به منظور بقا و استمرار تسلط آنها بر بازار کشور خواهد شد.

تاریخ معاصر این امر را تصدیق می‌کند و حتی بسیاری از کشورهای اسلامی از قرن گذشته تاکنون این مطلب را تجربه نموده‌اند، زیرا بسیاری از دخالت‌هایی که در کشورهای مختلف انجام شده، از طریق کمپانیهای اقتصادی و اخذ امتیازهای مربوط به امور تجاری و اقتصادی به وقوع پیوسته که راه را برای انواع دخالت‌های سیاسی، فرهنگی و حتی نظامی غیر مسلمانان در کشورهای اسلامی و با بهانه دفاع از منافع خود فراهم ساخته است.

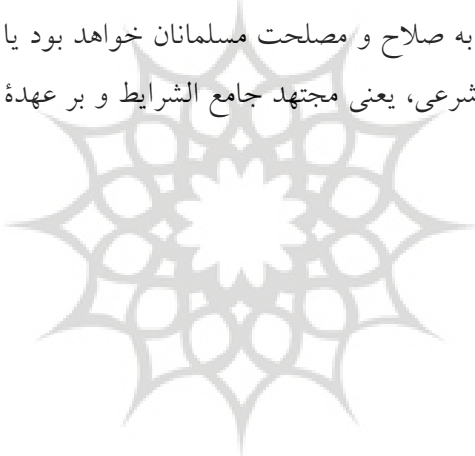
از جمله نمونه‌هایی که این مسئله را تأیید می‌نماید، فتوای عالم مجاهد سید محمدحسن شیرازی معروف به شیرازی کبیر + علیه اعطای امتیاز توتون و تنباکو به یک شرکت انگلیسی در ایران و اعلام تحریم استعمال آن در کشور از سوی ایشان است.^(۲۱)

جواب این اشکال به این گونه است که می‌توان بر طبق شرایط موجود به نحوی برنامه‌ریزی کرد که در کنار محافظت از احکام و اصول دینی و مانع شدن از دخالت کفار در امور داخلی مسلمانان، به پیشرفت و توسعه دینی نیز دست یافت. این امر به شرطی ممکن است که حاکم اسلامی به احکام اسلام و عزت مسلمانان ایمان و اعتقاد

۵۲ □ فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی / سال اول / شماره اول / پاییز
۱۳۸۹

داشته باشد. از طرفی امروزه ارتباط‌های بین‌المللی به گونه‌ای پیشرفت یافته که راه‌حلیها و گزینه‌های متعددی را به ویژه در زمینه موضوعهای اقتصادی فراروی دولتها قرار می‌دهد. حاکم اسلامی نیز می‌تواند تمامی این راهها را بررسی کند و راه‌حلی را انتخاب نماید که در آن احتمال دخالت بیگانگان در امور داخلی مسلمانان و گسترش تسلط آنها بر کشورهای اسلامی وجود نداشته باشد. برای رسیدن به این هدف باید در مرحله انتخاب شرکت پیمانکار و بررسی بندهای قرارداد و نیز تعیین شورای حل اختلاف و دیگر امور این‌چنینی، اصول استقلال کشور به طور کامل رعایت گردد.

در نهایت باید گفت تعیین اینکه آیا قراردادهایی که با کفار بسته می‌شود باعث سلطه کفار بر مسلمانان می‌گردد یا نه و تعیین اینکه آیا قرارداد مذکور به صلاح و مصلحت مسلمانان خواهد بود یا خیر، اموری است که در زمان عدم حضور معصوم × موکول به ولی شرعی، یعنی مجتهد جامع شرایط و بر عهده وی است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

پي‌نوشتها

(۱). راهنمای حقوقی (یونسیترال) در مورد پروژه‌های زیرساختی سرمایه‌گذاری شده توسط بخش خصوصی، ۲۰۰۱، ص ۴۶ United nations publication, A/cn. ۹/ ser. B سازمان توسعه صنعتی ملل متحد (UNIDO) نیز کتابچه راهنمایی را ویژه پروژه‌های سرمایه‌گذاری شده در نظام (بوت) منتشر نموده که در مقدمه آن این پروژه این‌گونه تعریف شده:

Bot is the terminology for a model or structure that uses private investment to undertake the infrastructure development that has historically been the preserve of the public sector

یعنی بوت اصطلاح ساختاری است برای استخدام بخش خصوصی برای انجام دادن پروژه‌های اقتصادی کلان که قبل از این فقط در اختیار بخش دولتی بود.

Unido: Bot, guide lines for infrastructure development through, Build – operate – transfer (BoT) projects ۱۹۹۶, page ۳).

(۲). به عبارت دیگر از اصطلاح (تملك و انتقال مالکیت) برداشت نمی‌شود که شرکت پیمانکار (سرمایه‌گذار) در طول دوره قرارداد مالک پروژه است، یعنی شرکت پیمانکار، نوعی دارای ید عارضی در پروژه است نه مالکیت، قراردادهای (Boot) در دوره‌های طولانی‌تری نسبت به قرارداد (Boot) اجرا می‌شود و معمولاً در پروژه‌هایی اجرا می‌گردد که سود برگشتی آنها اندک بوده و به همین جهت سرمایه‌گذار برای بازگشت اصل سرمایه خود و سود مناسب و معقول نیاز به زمان بیشتری در بهره‌برداری از پروژه دارد. در غیر این مورد، بقیه بندهای این دو قرارداد با هم مشابه بوده و برخی از محققان به بررسی آن – البته نه به طور کامل – پرداخته‌اند (رک: مقاله قرارداد (Bot) پروژه‌های عمومی و اوقاف، شیخ خالد بن مسعود بن عبدالله الرسود، قاضی دیوان دادرسی در جده و نیز مقاله‌ای با همین عنوان از احمد محمد نحیت، استاد فقه مقارن در دانشگاه بنو یوسف و دانشگاه بحرین. این دو مقاله در مجمع فقهی اسلام، دوره نوزدهم، امارت شارجه، دولت امارات متحده عربی منتشر شده‌اند).

(۳). قرارداد شماره ۱۸۲ (۱۹/۸) مجمع فقه اسلامی منشعب از سازمان کنفرانس اسلامی، برگزار شده در دوره نوزدهم، امارت شیخ‌نشین شارجه، ۱-۵ جمادی الاولی، ۱۴۳۰ق.

(۴). البته قراردادهای دیگری نیز شبیه نظام بوت وجود دارند که در زمینه سرمایه‌گذاری و ساخت پروژه‌های زیربنایی به وسیله بخش خصوصی به کار می‌روند. برخی از این قراردادها آن‌گونه که در راهنمای حقوقی یونسیترال (Uncitral) ص ۶ آمده عبارت‌اند از:

الف) ساخت، انتقال مالکیت، بهره‌برداری (Bot): زمانی به کار می‌رود که تأکید بر مالکیت دولت حاکم بر پروژه بلافاصله بعد از کامل شدن آن به دست بخش خصوصی و البته همراه با اعطای حق بهره‌برداری از آن در یک دوره معین توسط بخش خصوصی باشد.

ب) اجاره، بهره‌برداری و انتقال مالکیت (Blot).

ج) ساخت، امتلاک، بهره‌برداری، انتقال مالکیت (Boot): در این نوع پروژه، صاحب امتیاز به سرمایه‌گذاری پروژه‌ای از پروژه‌های زیرساختی، ساخت، بهره‌برداری و نگهداری آن ملزم می‌گردد و در مقابل، حق دریافت هزینه از مصرف‌کنندگان به وی اعطا می‌گردد. به این ترتیب، بخش خصوصی، مالک پروژه و امکانات و پرسنل آن است تا زمانی که مالکیت پروژه به دولت واگذار گردد.

د) ساخت، امتلاک، بهره‌برداری (Boot) به پروژه‌هایی اطلاق می‌گردد که صاحب امتیاز به طور دائم مالک آن شده و نیاز به ارجاع مالکیت آن به دولت وجود ندارد. ر.ک: راهنمای حقوقی یونستیرال (Uncitral)، پیشین، ص ۷. (۵). هرچند زکات در زمره اموال عمومی قرار می‌گیرد، ولی به دلیل عدم امکان انتفاع از آن به شرط بقای اصل، در زمره مرافق قرار نمی‌گیرد، زیرا مرافق بر اموالی اطلاق می‌گردد که بقا و دوام داشته و می‌توان در عین حفظ و بقای اصل، از آن انتفاع برد. به همین دلیل، مرافق شامل خمس و زکات نیست و صرفاً به قصد اشاره به انواع اموال عمومی و اموال امام، بیان گردیده نه به سبب ورود آن در بحث اموال عمومی.

(۶). خمس مانند زکات در زمره مرافق عمومی قرار نمی‌گیرد، زیرا نمی‌توان با حفظ اصل از منافع آن سود (انتفاع) برد، حال آنکه مرافق به اموالی اطلاق می‌گردد که بقا و دوام داشته و می‌توان با حفظ اصل، از آن سود برد. علت بیان خمس در این قسمت اشاره به اموال امام × بوده، نه ورود خمس در زمره اموال (مرافق) عمومی.

(۷). اموال عمومی را می‌توان به این موارد نیز تقسیم نمود:

۱. اماکن عمومی اداری. ۲. اماکن اقتصادی. ۳. اماکن خدمات عمومی چون پارکینگ‌های عمومی، خیابانها و میادین. ۴. اماکن شغلی. ۵. اماکن فرهنگی. ۶. امور خیریه و صدقه‌های عمومی (کمک‌های بلاعوض). ۷. اماکن بهداشتی. ۸. اماکن ورزشی (سالنهای اجتماعات و مناسبات و اماکن تفریحی و رفاهی).

(۸). علامه حلی & در بیان قسم دوم از انواع آب (یعنی آبهای عمومی) می‌گوید: دوم آبهای عمومی است و آن آبهایی است که با فعالیتهای انسانی و کندن آبراهه ظاهر و جاری نشده و در اماکنی جاری است که در ملک فرد خاصی نبوده و در آمدن و جاری شدن آن، تلاش انسانی مؤثر نبوده مانند آب فرات و جیحون و تمامی وادیهای دنیا و چشمه‌هایی که در کوهها و غیر از آن قرار دارند و نیز سیلابها، مردم در بهره‌برداری از این موارد یکسان هستند و اصل در مباحثات تساوی مردم در آن، روایتی است که عامه از پیامبر | نقل می‌کنند که حضرت فرمود:

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی □ ۵۵
«الناس شركاء في ثلاث: الماء و النار و الكلاء» و از طريق خاصه نيز احمد بن محمد از محمد بن سنان از امام موسی کاظم \times نقل می‌کند: از ایشان در مورد آب وادی پرسیدم، پاسخ دادند: مسلمانان در آب و آتش و چراگاه (چمن‌زار، بیشه، کلاه) مساوی هستند. در این مورد، میان علمای اسلامی اختلافی وجود ندارد (ر.ک: علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۴۰۶).

(۹). محقق نائینی می‌گوید: اوقاف عمومی مانند پلها و راهها و اوقاف در این زمینه مانند اموال مباح هستند، و به همین دلیل هر کس نمی‌تواند از آن انتفاع برد. ولی در هر صورت نه مالک اصل آن می‌گردد و نه مالک منفعت و تنها حق انتفاع بردن از آن را دارد (نائینی، المكاسب و البیع ۱۴۱۳: ۲/۳۸۶).

(۱۰). قول مشهور و معروف میان فقهای ما بر این استوار است که امام جایز نیست اماکن عمومی راهها و مساجد را به شخص خاصی ببخشد، به این جهت که این‌گونه موارد برای استفاده عمومی بوده و مالکیت در آن راه ندارد و بنابراین اقطاع آن امری بی‌معناست. معادن ظاهر و روزمینی بر خلاف زمینهای موات از این قبیل‌اند. عاملی می‌گوید: در این موارد، امام حق اقطاع ندارد و به این امر در خلاف، مبسوط، تهذیب، الغنیة، السرائر، الشرائع، التحریر، الدروس و المسالک تصریح و تأکید شده و در (مسالک و کفایة) نیز قول مشهور دانسته شده، اما در کفایة، اختلافی به عامه نسبت داده شده که با قول مشهور مناسبت ندارد، زیرا چیزی که تملک آن مجاز نباشد تحجیر یا عملی که در حکم تحجیر باشد نیز در آن جایز نیست. در تذکره در پایان شروط شرط احیا می‌گوید: سلطان می‌تواند در جاهای وسیع و خیابانها، اقطاع جلوسی نماید و فایده این کار نیز ارتفاق است، به گونه‌ای که هنگامی که برخاست، شخص دیگری غیر از او در آنجا جلوس نمی‌نماید. نیز در جامع المقاصد می‌گوید: شکی نیست که جواز این امر محتمل است، هرچند مثل آن نقل نشده باشد. از آنچه گذشت معلوم می‌گردد که هیچ کس حق تحجیر و احیای آن را ندارد و در شرائع و تحریر نیز به این موارد تصریح شده است (ر.ک: عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ۱۴۱۹: ۷/۳۶).

محقق کاشف الغطاء $\&$ نیز می‌گوید: اگر مواردی چون (حق عبور و مرور، حق شرب و حق میل) در زمینهای غیرمملوک مثل راهها و خیابانهای عمومی یا اهدایی باشد، هیچ معامله و خرید و فروشی بر آن صحیح نیست. این‌گونه موارد به حکم شبیه‌تر هستند تا به حق و به همین دلیل قابلیت نقل و انتقال یا اسقاط را در هیچ شرایطی ندارند. در کل، انسان در اماکنی مثل خیابانها و محله‌های عمومی، صاحب منفعت نیست و فقط حق انتفاع دارد همان‌گونه که همه در آب و آتش و هوا مساوی‌اند. البته در راههای اهدایی، یکی از شرکا می‌تواند بر سر حق خود با شریک دیگر به مصالحه دست یابد یا هر دو به توافق، حق خود را به دیگری واگذار نمایند که این نیز البته خالی از اشکال نیست که این موضوع را در جای خود بررسی خواهیم کرد (ر.ک: کاشف الغطاء، تحریر المجله ۱۳۵۹: ۱).

۱۸۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ۱۴۱۳: ۱۲/۴۳۳؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء: (۴۱۱).

(۱۱). منظور غیرگاهی مشخص است مانند حق قصاص و گاهی نیز مال است مانند حق رهن.

(۱۲). مصطفی احمد الزرقا نیز حق را این‌گونه می‌شناساند: «حق عبارت است از اختصاص سلطه‌ای یا تکلیفی که شرع نیز آن را تأیید می‌کند. سپس بیان می‌کند که قید اختصاص به سبب نپذیرفتن مواردی که اختصاص به شخص یا گروه معینی ندارد، آورده شده، زیرا معنای حق تحقق نمی‌یابد مگر آنگاه که یک ویژگی خاص برای صاحب حق که از دیگران نیز منع شده باشد - در نظر گرفته شود؛ بنابراین، مواردی مثل «اباحات عامه» از دایره آن خارج است. سپس می‌گوید: سلطه (که به عنوان قیدی در تعریف آمده) نیز بر دو نوع است: سلطه بر شخص و سلطه بر یک شیء معین. سلطه بر شخص مثل حق ولایت و سلطه بر شیء نیز مثل مالکیت. می‌گوییم: ورود و گنجاندن قید اختصاص در عرف حق اشکالی ندارد و شاید عدم پرداختن فقهای ما به آن از باب استلزام بیان قید «قابلیت اسقاط» بر معنای اختصاصی باشد. ولی بهتر آن است که در تعریف گنجانده شود (ر.ک: الزرقاء، المدخل الفقهی ۱۹۶۷: ۱/۳). ولی در تعریف این‌گونه آمده که شامل مالکیت نیز می‌گردد؛ حال آنکه مالکیت جزو حقوق نیست، بلکه اعتباری خاص و در مقابل آن است و همین‌طور شامل اموری است که قابل اسقاط نیست مثل حق ولایت. با اینکه قابلیت اسقاط از مقومات و ارکان حق به شمار می‌رود، ولی مواردی مثل حق ولایت در اصطلاح حق نبوده و در زمره احکام به شمار می‌آید.

(۱۳). نائینی برای اثبات این امر به عدم تحقق سلطنت صاحب حق در این مورد (یعنی در مورد اموری که قابل اسقاط نیستند) استدلال کرده و آن را به نوعی حکم شمرده، زیرا سلطنت به این معناست که زمام امور آن چیز یا شیء به دست صاحب سلطه باشد. این استدلال در مسلک نائینی مبنی بر اینکه حق، نوعی سلطنت است - همان‌گونه که گذشت - استدلالی تام و کامل به شمار می‌رود. اما اطلاق لفظ حق در امور قابل اسقاط مثل حق پدری، حق ولایت برای حاکم، حق استمتاع (همخوابی) با همسر، حق پیشی گرفتن در تیراندازی در مسابقات و درگیریها و حق وصیت، از قبیل اطلاق حق بر سایر احکام - مثل حق مؤمن بر مؤمن و حق همسایه بر همسایه - است. در حقیقت این موارد در زمره احکام قرار می‌گیرد نه حقوق. بر همین پایه است که نائینی به این صورت بر صاحب عروه اشکال گرفته است: مطالبی را که سید در حاشیه خود بر متن بیان کرده - مبنی بر تقسیم حقوق قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط و تعیین مواردی چون حق پدری و حق ولایت برای حاکم و حق استمتاع از همسر و حق پیشی گرفتن در تیراندازی قبل از پایان مسابقه و درگیری برای مورد دوم - وجهی (صحتی) ندارد، زیرا اینکه چیزی حق باشد ولی قابل اسقاط نباشد، منطقی و معقول نیست و اطلاق کلمه حق بر مثالهایی که بیان نموده از قبیل اطلاق کلمه حق بر سایر احکام - مثل حق مؤمن بر مؤمن و حق همسایه بر همسایه است، زیرا اموری مثل

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۵۷

پدری و ولایت و مثالهایی مانند آن به سبب ارتباط حاصل برای پدر و حاکم نیست و عجیب‌تر آن است که ایشان در صدر مسئله، حق را این‌گونه شناساند که نوعی از سلطنت و مرتبه‌ای پایین از مالکیت و از جنس و نوع مالکیت است و صاحب سخن، مالک و صاحب اختیار شیء است و با وجود این، حقوق را به قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط تقسیم می‌کند. بنابراین، اگر غیر قابل اسقاط باشد، پس چگونه بر آن سلطنتی و اختیار داشته باشد؛ چگونه زمام آن به دست او باشد (ر.ک: نائینی، منیة الطالب ۱۳۷۳: ۱۰۷ - ۱۱۱). تمامی این موارد به شرط آن است که حق را نوعی سلطنت اعتباری به شمار آوریم. اما اگر حق را حکم یا اعتبار دیگر به شمار آوریم، می‌توانیم بررسی حق بدون در نظر گرفتن اسقاط را توجیه نماییم، زیرا در این صورت، عدم اسقاط، مقتضای اصطلاح و لازمه آن خواهد بود.

(۱۴). سید خوبی می‌گوید: مال چیزی است که عاقلان به آن رغبت دارند و در ازای آن چیزی می‌دهند. واضح است که حق تحجیر و سنگجین کردن نیز مورد رغبت و علاقه و رقابت عقلا بوده و بنابراین، عقلاً و منطقیاً مال محسوب می‌گردد و از این نظر منعی در جواز معاوضه بر آن وجود ندارد (ر.ک: خوبی، مصباح الفقاهة: ۲/ ۴۲). امام خمینی & در استدلال در مورد صحت در نظر گرفتن حق به عنوان ثمن می‌گوید: به خاطر اینکه برخی از حقوق، جزو اموال هستند، در ازای آنها ثمن پرداخت می‌گردد و در مالیه، جز این قابل اعتبار نیست (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع ۱۴۲۱: ۱/ ۵۴ - ۵۵). ولی عده‌ای بر این باورند که این نوع حقوق، مال تلقی نمی‌گردد و این‌گونه استدلال می‌کنند که حقوق شبیه به ملک هستند و همان‌گونه که ملک مال نیست و فقط متعلق به آن می‌باشد، حق نیز مال نبوده و فقط به آن تعلق دارد و به همین دلیل در مالیه، قابلیت تعلق ملکیت به آن را شرط نموده‌اند. می‌گوییم: ملک به معنای مفعولی در بسیاری از موارد با مال قابل جمع است و به همین دلیل نسبت بین ملک و مال، عموم من وجه است و نیز به همین سبب، ادله ذکر شده در مورد عدم صحت اعتبار ملک به عنوان مال ناقص است. در مورد حق نیز وضع به همین گونه است، زیرا حق به معنای اسم مصدری و مفعولی قابل اعتبار به عنوان مال خواهد بود (ر.ک: حائری، فقه العقود ۱۴۲۱: ۱/ ۱۴۱).

(۱۵). یکی از محققان ادعای اتفاق و عدم اختلاف در این موضوع نموده و می‌گوید: اشکال و اختلافی در عین بودن بیع وجود ندارد و بنابراین منافع را شامل نمی‌گردد. تا آنجا که می‌گوید: منظور از عین در اینجا فقط عین خارجی که در تملک قرار می‌گیرد نیست، بلکه مراد از آن عینی است که در مقابل منفعت و حق قرار دارد... (ر.ک: نائینی، منیة الطالب: ۱/ ۱۰۱ - ۱۰۲). حنفیه، اعتقاد به عدم جواز خرید و فروش حقوق دارند، زیرا حقوق در نزد آنها به عنوان اموال محسوب نمی‌گردد، ولی بیع آن را به تبع زمین مجاز می‌دانند (ر.ک: ابن عابدین، حاشیة الرد المختار ۱۴۱۵: ۵/ ۱۶۹ و ۱۹۹؛ ابن نجیم المصری، البحر الرائق، ۱۴۱۸: ۶/ ۱۳۴).

(۱۶). (نک: کاشف الغطاء، همان: ۱/ ۱۸۲؛ امام خمینی، همان: ۱/ ۵۴ - ۵۵). در مقاله‌ای که در دوره گذشته مجمع فقهی به عنوان «حقوق الارتفاق» ارائه شد، به این موضوع پرداختیم.

(۱۷). شایان ذکر است که شهید ثانی قباله را فقط در تقبل سهم یکی از شرکا توسط شریک دیگر و در برابر وجهی معین به عنوان قراردادی مستقل می‌شناسد. وی در ذیل کلام محقق در شرائع الاسلام می‌نویسد: «اگر دو نفر بر نخل یا درخت دیگری شریک باشند، جایز است که یکی از آنها سهم دیگری را در برابر شیء و معلومی تقبل نماید.» این نوع قباله، خاص بوده و جدای از مزابنه یا معاقله است. اصل در قباله، روایت یعقوب بن شعیب از امام صادق \times است: از ایشان درباره دو نفر پرسیدم که در نخلی شریک هستند و یکی از آنها به شریک خود می‌گوید: یکی از این دو راه را انتخاب کن، یا این درخت را به این مقدار معین بردار و ثمره درخت هرچه بود، کم یا زیاد، نیمی از این مقدار توافقی را به من بده یا من به همین شرایط سهم تو را بر می‌دارم. امام \times فرمود: این مسئله ایرادی ندارد. همین‌طور از پیامبر \times روایت شده که نخلستان اهل خیبر را تقبل نموده و به همین صورت آنها را نیز مخیر نمود. ظاهر آرا و نظرات موجود بر این قرار دارد که معاملات این چنینی نوعی قباله به شمار می‌رود و احکام خاصی علاوه بر احکام بیع و صلح دارد، زیرا ثمن و مثنی یکی بوده و در صورت زیادت یا نقص نیز ربا حاصل نمی‌گردد. این معامله به لفظ تقبل بوده و از الفاظ ناقله در بیع خارج است (ر.ک: شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام: ۳/ ۳۷۰).

(۱۸). دلیل اثبات کننده این مطلب آن است که شهید اول قراردادی را که در آن یکی از شرکا سهم شریک دیگر را به بهای معلوم نقل نماید صلح می‌نامد، با وجود آنکه در روایت از آن به قباله و تقبل یاد شده است (ر.ک: شهید اول، الدروس الشرعیة ۱۴۱۷: ۳/ ۲۳۸).

(۱۹). ولی ظاهر این نوع از ارفاقات ایراد زیادی نداشته و به علت عدم وجود دلیل یا نصی که آن را منع نموده باشد، در صورت عدم ایجاد ضرر به مصالح عمومی، مانع شرعی ندارد. شاید اقطاع امتاع یا انتفاع - که در آن فقط منافع شیء بدون اصل آن، به فردی و در یک دوره زمانی محدود واگذار می‌گردد - نیز در همین حیطه قرار گیرد.

(۲۰). (ر.ک: مظفر، همان: ۲۷۵). اسلام صرف اقطاع را سبب تملک منبع طبیعی به دست مقطع نمی‌داند و تنها به فرد مقطع حق بهره‌برداری از آن را می‌دهد و تملک آن در صورت اقطاع تملیک خواهد بود و این حق یعنی اینکه او اجازه فعالیت در آن منبع را داشته و کسی اجازه ندارد این حق را از وی سلب کند و به جای او مشغول کار شود. علامه حلی نیز در القواعد این‌گونه به این مطلب تأکید کرده: اقطاع مفید اختصاص است. به همین صورت است شیخ طوسی آنگاه که در المبسوط می‌گوید: اگر سلطان قطعه‌ای از اراضی موات را به فردی بخشد، آن فرد به علت اقطاع سلطان نسبت به دیگران [بهره‌برداری از زمین] محق‌تر خواهد بود و در این امر هیچ اختلافی نیست.

قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی □ ۵۹

البته در پایان مهلت اقطاع و بهره‌برداری، با مقطع همراه با زمین معامله ملک خواهد شد (ر.ک: علامه حلی، قواعد الاحکام ۱۴۱۳: ۱/ ۲۲۱؛ شیخ طوسی، المبسوط ۱۳۸۷: ۳/ ۲۷۳؛ صدر، اقتصادنا ۱۴۱۷: ۴۸۷).

(۲۱). در سال ۱۸۹۰م ناصرالدین شاه قاجار، امتیاز انحصار خرید و فروش توتون و تنباکو در ایران را به مدت پنجاه سال به آقای میجر تالبوت صاحب شرکت انگلیسی Tobacco Regi که به نام شرکت ریجی معروف بود واگذار نمود. این قرارداد شامل بندهایی بود که همگی برای کشاورزان و تجار و عامه مردم زیان‌آور به شمار می‌رفت. برخی از این بندها عبارت است از:

۱. بر حکام ولایات تمام ایران لازم است کشاورزان را مجبور به دادن تعهد به شرکت بریتانیایی نمایند مبنی بر اینکه بدون اجازه شرکت صاحب امتیاز، حق خرید و فروش محصولات خود را ندارند و غیر از صاحب امتیاز هیچ کس اجازه صدور مجوز در این زمینه را ندارد. در ضمن خریدار و فروشنده باید در دفتر نمایندگی شرکت معامله نمایند و در غیر این صورت، شخص متخلف مجازات می‌شود.

۲. حق حمل و نقل تنباکو بدون اجازه شرکت مطلقاً ممنوع است.

۳. لازم است شرکت صاحب امتیاز، تمام تنباکوی موجود در ایران را خریداری نماید و فروشنده حق امتناع ندارد.

۴. اگر کسی به طور پنهانی به خرید و فروش تنباکو اقدام نمود یا تنباکوی غیرمجاز در نزد وی یافت شد، باید به شدت از سوی دولتمردان حکومت ایران مجازات شود.

۵. دولت موافقت نمود که از اعمال حق گمرک و عوارض اضافی بر تنباکو صرف نظر نماید.

به دنبال این توافق‌نامه بیش از دویست هزار خارجی به ایران آمدند و به سوء استفاده از مردم و تحقیر آنها و گسترش مفاسد اجتماعی و اخلاقی پرداختند.

آیت‌الله شیرازی در مورد این جریان از سامرا تلگرافی به شاه زد که گزیده آن به این صورت است: «دخالته بیگانگان در امور داخلی کشور و اختلاط آنها با مسلمانان و گسترش فساد زیر پوشش امتیاز تنباکو، منافی نص صریح قرآن کریم و قوانین الهی بوده و متعاقباً باعث ضعف دولت و عدم توانایی او در محافظت از سیادت و استقلال خود خواهد شد و این امر باعث بیشتر شدن نگرانی مردم و ما در مورد آینده مسلمانان شده است.»

ولی شاه با اشاره به عدم توانایی خود در لغو توافق‌نامه و خطرات موجود در این زمینه، از لغو قرارداد امتناع نمود. آیت‌الله شیرازی تلگراف دیگری فرستاد، ولی شاه بر موضع خود پافشاری نمود.

بعد از اینکه آیت‌الله شیرازی از تغییر موضع شاه در قبال امتیاز مذکور ناامید شد و اوضاع و شرایط اقتصادی به ضرر کشاورزان و تجار ایرانی تغییر پیدا کرد، ایشان فتوای معروف خود را در سال ۱۸۹۱م صادر نمود:

«بسم الله الرحمن الرحيم، امروز استفاده از توتون و تنباکو در هر شکل و صورتی حرام بوده و هر کس از آن

۶۰ فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی/ سال اول/ شماره اول/ پاییز
۱۳۸۹

استفاده نماید، در حکم محارب با امام عصر 4 خواهد بود. محمدتقی حائری شیرازی.»
این فتوا غوغای عجیبی در جامعه ایران برپا نمود و تمامی طبقات جامعه به آن لبیک گفتند، به نحوی که امتناع از استعمال دخانیات به عمل ملی و انقلابی و طاعتی دینی و اطاعت از امر رهبر دینی تبدیل شد. بنابراین، همه از استعمال دخانیات دست کشیدند و اماکن فروش تنباکو تعطیل شد و حتی پایبندی به عدم استفاده از تنباکو به قصر شاه نیز راه یافت و در نهایت شاه چاره‌ای جز لغو این قرارداد فراروی خود نیافت (ر.ک: سبحانی، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه ۱۴۱۹: ۳۳۳).



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

کتابنامه

۱. ابن عابدین، محمدامین، حاشیة الرد المختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارصادر، ۱۴۱۴ق.
۳. ابن نجیم المصری، عبدالله بن احمد بن محمود، البحر الرائق، تحقیق: زکریا عمیرات، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
۴. اصفهانی، وسیلة النجاة (مع حواشی الگلپایگانی)، بی‌تا.
۵. —، وسیلة النجاة، (مع حواشی الامام)، بی‌تا.
۶. امام خمینی، روح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۷. بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیة، تحقیق: محمد مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۸. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۵ق.
۱۰. حائری، سید کاظم، فقه العقود، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
۱۱. حصکفی، الدر المختار، بیروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۵ق.
۱۲. حکیم، السید محمد تقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، قم، المجمع العالمی لاهل البيت، ۱۴۱۸ق.
۱۳. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ط ۲، ۱۴۱۷ق.
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مستند فی شرح العروة الوثقی، تقریر مرتضی بروجردی، ۱۳۶۵.
۱۵. —، مصباح الفقاهة، قم، مکتبه الداوری، بی‌تا.
۱۶. رافعی، عبدالکریم، فتح العزیز، بیروت، دار الفكر، بی‌تا.
۱۷. راهنمای پروژه‌های صنعتی سرمایه‌گذاری شده در نظام (BOT) مربوط به سازمان توسعه صنعتی ملل متحد «Unido» ۱۹۹۶.
۱۸. راهنمای حقوقی «اونستیرال» در مورد پروژه‌های زیربنای سرمایه‌گذاری شده توسط بخش خصوصی، ۲۰۰۱.
۱۹. الزرقاء، أحمد مصطفی، المدخل الفقهی، ۱۹۶۷.

۶۲ □ فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی / سال اول / شماره اول / پاییز ۱۳۸۹

۲۰. سبحانی، جعفر، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، دارالاضواء، ۱۴۱۹ق.
۲۱. سجستانی، سلیمان بن الأشعث، سنن أبی داود، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ق.
۲۲. سود، شیخ خالد بن سعود بن عبدالله، تطبیق قرارداد ساخت، راه‌اندازی و انتقال در تعمیر اماکن عمومی و اوقاف، بررسی ارائه شده در مجمع بین‌المللی فقه اسلامی، مربوط به سازمان کنفرانس اسلامی، دوره نوزدهم برگزاری در شارجه، از یکم تا پنجم جمادی الاولی ۱۴۳۰ق.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعیة، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ق.
۲۴. شهید ثانی، زین‌الدین علی بن احمد، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ق.
۲۵. — مسالك الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۲۶. شیخ صدوق علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۳ق.
۲۷. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط، المکتبه المرتضویة لإحیاء آثار الجعفری، ۱۳۸۷.
۲۸. — تهذیب الأحكام، تهران، دار الکتب الإسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۹. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، قم، مکتب الإعلام الإسلامی، ط ۱، ۱۴۱۷ق.
۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، ۱۳۷۸.
۳۱. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۹ق.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الامامیة، تحقیق: ابراهیم البهادری، قم، مؤسسه الإمام الصادق مکتبه التوحید، ۱۴۲۰ق.
۳۳. — تذکره الفقهاء، چاپ سنگی.
۳۴. — قواعد الأحكام، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۳ق.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد، الإجارة، قم، المركز الفقهی لائمة الاطهار، ۱۴۲۴ق.
۳۶. فیومی، احمد بن محمد المغربی، المصباح المنیر، المطبعة العلمیة، ۱۹۲۲.
۳۷. قزوینی، محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، شركة الطباعة العربیة، ۱۳۷۳.
۳۸. کاشف الغطاء، محمد الحسین، تحریر المجلة، المکتبه المرتضویة، ۱۳۵۹.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.

قرارداد ساخت، بهره‌برداري و انتقال از نگاه فقهی □ ۶۳

۴۰. محیی‌الدین احمد، د. احمد، تطبیق نظام ساخت و تملک در تعمیر اوقاف و اماکن عمومی، ۱۳۳۰ق.

۴۱. مظفر، محمود بن محمدحسن، إحياء الأراضي الموات، قاهره، المطبعة العالمية، ۱۳۹۲ق.

۴۲. نائینی، محمدحسین بن عبدالرحیم غروی، المكاسب والبيع، قم، جماعة المدرسين، ۱۴۱۳ق.

۴۳. — منیة الطالب، قم، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳.

۴۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الكلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۷۳.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی