

بررسی نظریه مَلِكَ آنِ یَمَلِكِ (حق تملک)

تاریخ دریافت: ۹۳/۴/۱۷

تاریخ تأیید: ۹۳/۱۱/۲۷

اسماعیل نعمت اللہی *

چکیده

یکی از روابطی که فقها برای شخص با مال تصویر کرده‌اند و آن را از اقسام ملکیت به شمار آورده‌اند، مَلِكَ آنِ یَمَلِكِ یا حق تملک است. برای این نوع رابطه، مصادیق متعددی ذکر شده است؛ مانند حق غنمین نسبت به غنیمت پیش از قسمت، حق موصی له پیش از قبول وصیت، حق ورثه نسبت به ردّ مازاد از ثلث وصیت و حق شفیع نسبت به مال موضوع شفعه. در این گونه موارد، نوعی حق مالی وجود دارد که دارنده حق می‌تواند آن را با اعمال اراده به ملکیت منتهی کند. مباحث پراکنده‌ای درباره این نظریه، در کتب فقهی و حقوقی یافت می‌شود. این مقاله درصدد سامان دادن به این مباحث و بررسی ماهیت این رابطه و مصادیق و احکام آن است. به نظر نگارنده، مَلِكَ آنِ یَمَلِكِ، نوعی حق مالی است که برخی از آثار مَلِكِ را دارد؛ ولی پیش از تصمیم دارنده آن به تملک، مَلِكِ به معنای حقیقی نیست.

واژگان کلیدی: مَلِكَ آنِ یَمَلِكِ، حق، مَلِكِ، حق تملک، حق وضعی.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (esmail_nematollahi@yahoo.com).

مقدمه

پیدایش نظریه ملک ملک را به مذهب مالکیه نسبت داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۲). قرافی در فرق ۱۲۱ از کتاب فروق، ذیل عنوان «الفرق ... بین قاعدة من ملک أن یملک هل یعدُّ مالکاً أم لا و بین قاعدة من انعقد له سبب المطالبة بالملک هل یعدُّ مالکاً أم لا»، این قاعده را مطرح کرده است. وی معتقد است میان این قاعده که «آیا دارنده ملک، مالک است یا خیر؟» با قاعده دیگری که براساس آن «آیا کسی که سبب مطالبه ملک برایش فراهم شده باشد، مالک است یا خیر؟»، خلط شده است (قرافی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۸-۴۲). به نظر وی قاعده اول، قاعده‌ای بی اعتبار بوده، فروعی که بر آن مترتب شده است، نادرست می باشد؛ ولی قاعده دوم، معتبر است و فروعی که فقها برای قاعده ملک ملک ذکر کرده‌اند، بر این قاعده مترتب می شود. باید توجه داشت مفاد قاعده اول در کلام قرافی، جواز یا اباحه تملک است، نه حق تملک به معنای واقعی. جواز تملک که از جمله برای مخاطب ایجاب در عقود تملیکی وجود دارد، از محل بحث ما خارج است. مقصود ما در این مقاله، با قاعده دوم مطابق است؛ هرچند به تبع فقهای شیعه، از آن به ملک ملک یا ملک ان یملک تعبیر کرده‌ایم.

صاحب تحریرالمجله نیز از قاعده‌ای با عنوان «الإنسان قد لا یملک شیئاً و یملک أن یملک» نام می برد و شفعه و حیازت را از نمونه‌های آن معرفی می کند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، قسم ۱، ص ۹۷). نظریه ملک ملک در کتب فقهی شیعه، بسط و توسعه یافته است و فروع و مسائل متعددی بر مبنای آن مطرح گردیده است.

ابن طمی - از فقهای شیعه - ملک را به چهار دسته «ملک عین به تنهایی»، «ملک عین و منفعت»، «ملک منفعت به تنهایی» و «ملک انتفاع» تقسیم می کند و آنگاه می گوید «ملک الملک» نیز بر این اقسام افزوده شده است. وی تعریفی از ملک ملک ارائه نمی دهد و فقط به ذکر دو مثال برای آن یعنی غنیمت پس از حیازت و حق شفعه بسنده می کند (مروارید، ۱۴۱۳، ج ۳۵، ص ۴۸۰). شهید اول نیز ملک را با توجه به موضوع آن، به چهار دسته تقسیم می کند: «ملک عین»، «ملک منفعت»، «ملک انتفاع» و «ملک ملک». ایشان موارد جریان ملک ملک را معروف می داند؛ ولی برای آن دو ویژگی برمی شمارد: «از میان رفتن آن با اعراض» و «توقف ملکیت حقیقی بر قصد تملک»

(شهید اول، [بی تا]، ج ۱، ص ۳۴۸-۳۵۰/ نیز ر.ک: سیوری، ۱۴۰۳، ص ۳۳۸). برخی فقهای برجسته معاصر نیز همین اقسام را برای ملک برشمرده‌اند (رشتی گیلانی نجفی، [بی تا]، ص ۱۹).

از حقوقدانان کشورمان، دکتر جعفری لنگرودی در کتاب وصیت، این نظریه را مطرح کرده است و نکات سودمند و پراکنده‌ای درباره آن ارائه می‌کند که عمدتاً به کاربرد این نظریه در بحث وصیت مربوط است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰-۳۳).

برخی حقوقدانان عرب نیز به این نظریه توجه کرده‌اند؛ سنهوری - حقوقدان بزرگ مصری - ملک یا به تعبیر وی «حق تملک» را مرحله‌ای میان حق و جواز می‌داند و توضیح می‌دهد که حق، منفعتی دارای ارزش مالی است که مورد حمایت قانون قرار دارد و جواز (رخصت)، توانایی واقعی استفاده از آزادی‌های عمومی یا اباحه‌ای است که قانون درباره آزادی‌های عمومی اعطا می‌کند. هر شخصی در حدود قانون از آزادی‌های متعددی مانند آزادی کار، قرارداد بستن، تملک و امثال آن برخوردار است. اگر یکی از این آزادی‌ها مانند آزادی تملک را در نظر بگیریم، می‌توانیم از باب مقایسه میان حق و جواز، بگوییم: آزادی تملک، جواز می‌باشد؛ ولی مالکیت، حق است. میان جواز و حق، یک مرتبه بینابین وجود دارد که بالاتر از جواز و پایین‌تر از حق است. در مثال مذکور، آزادی تملک، جواز است و حق مالکیت، حق است و میان این دو حق تملک قرار دارد؛ بنابراین هنگامی که شخصی خانه‌ای را می‌بیند و به خرید آن رغبت می‌یابد، پیش از ایجاب بیع به وسیله بایع، وی از یک حق تملک عمومی نسبت به آن خانه و غیر آن برخوردار می‌باشد؛ این حق، جواز است. پس از آنکه وی ایجاب بایع را قبول کرد، ملکیت خانه برایش حاصل می‌شود و این مسئله، حق است؛ ولی پیش از قبول و پس از ایجاب، در مرحله بینابین جواز و حق نسبت به آن خانه قرار دارد. در این مرحله، چیزی بیش از جواز تملک آن خانه و کمتر از حق مالکیت دارد؛ یعنی حق تملک دارد؛ زیرا می‌تواند با اراده یک‌طرفه خود، بیع را قبول کند و مالک خانه شود.

به گفته سنهوری، حقوق غرب هنگامی این مرحله بینابین را کشف کرد که به مرحله شگفتی از پیشرفت رسید. این نکته را در حقوق جدید آلمان ملاحظه می‌کنیم. فن‌تور

(Von Tuhr) این مرحله بینابین را حق ایجادکننده (Droit Formateur)* می‌نامد و آن را به «توانایی که با توجه به یک وضعیت حقوقی خاص، به شخصی داده می‌شود تا یک اثر حقوقی را به صرف اراده خود ایجاد کند» تعریف کرده است و برای آن نمونه‌هایی مانند حق مخاطب ایجاب و حق شفیع در اخذ به شفعه ذکر می‌کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۹-۱۱).

سنهوری تصریح می‌کند که در فقه اسلام، وجود این مرحله بینابین از قرن‌ها پیش کشف شده است؛ برای مثال، قرائی در فروع، به روشنی حق تملک را در برابر جواز به کار می‌برد و از دارنده جواز، به «کسی که می‌تواند مالک شود» و از دارنده مرحله بینابین، به «کسی که سببی برای او فراهم شده است که به واسطه آن می‌تواند درخواست تملیک کند» تعبیر می‌نماید (همان، ص ۱۱). به نظر وی، با توجه به مطالبی که قرائی در این باره می‌گوید، می‌توان سه وضعیت را از یکدیگر تفکیک کرد:

۱. کسی که می‌تواند مالک شود؛ مانند کسی که می‌تواند مالک چهل گوسفند شود یا می‌تواند ازدواج کند یا می‌تواند خادم داشته باشد. چنین شخصی مالک نیست؛ بنابراین بر اولی زکات، بر دومی مهر و نفقه و بر سومی نفقه و مخارج نیست. به تعبیر حقوق غرب، این افراد حق ملکیت ندارند، بلکه جواز تملک دارند و جواز با حق، تفاوت دارد.

۲. کسی که برایش سببی برای درخواست تملیک فراهم شده است؛ مانند حیازت غنیمت نسبت به رزمندگان، بیع سهم به وسیله شریک نسبت به شفیع و بیت‌المال نسبت به فقیر. به نظر برخی فقها، این دسته نیز به مجرد وجود سببی برای درخواست تملیک، مالک نمی‌شوند؛ بنابراین رزمنده فقط با تقسیم غنایم، مالک غنیمت می‌شود، شفیع فقط با اخذ به شفعه، مالک موضوع شفعه می‌شود و فقیر فقط با درخواست و موافقت با آن، مالک بخشی از بیت‌المال می‌شود و به همین دلیل، اگر پیش از آن از بیت‌المال دزدی کند، حدّ سرقت بر او واجب می‌شود. این مرحله به تعبیر حقوق غرب، مرحله‌ای بینابین جواز تملک و حق مالکیت است.

* برخی حقوقدانان ایرانی این نوع حق را به حق مُشکل ترجمه کرده‌اند (قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص ۸۳).

۳. کسی که برایش سبب مالکیت فراهم شده است؛ برای مثال، کسی که زمینی را خریده است، حق مالکیت دارد (همان، ص ۱۲-۱۳).

شفیق شحاته نیز وجود این مرحله بینابین را متذکر می‌شود و برای آن به دریافت بخشی از طلب مشترک به وسیله یکی از طلبکاران و حق دیگر طلبکاران نسبت به آن بخش، مثال می‌زند (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ج ۱، ص ۱۰). سنه‌وری تصدیق می‌کند در مثالی که شحاته آورده است، شرکای دیگر از نوعی حق در مقدار دریافت‌شده برخوردارند که صرف جواز نیست؛ ولی حق ملکیت کامل هم نیست، بلکه حق تملک بخشی از آن با ابراز اراده است (همان، ص ۹-۱۱).

در سخنان سنه‌وری، نکات قابل ایرادی وجود دارد که بعضی از موارد در مباحث آتی خواهد آمد. یکی از اشکالات نظریه‌ای که ملک ملک را بینابین جواز و حق تلقی می‌کند این است که در دسته‌بندی حقوق / احکام، جواز و حق دو ماهیت متفاوت دارند؛ جواز از دسته احکام می‌باشد؛ ولی حق از دسته حقوق است. از این رو آثار آن دو نیز متفاوت است؛ از جمله اینکه حق، قابل اسقاط بوده، حتی برخی از مصادیق آن قابل انتقال می‌باشد؛ ولی حکم، قابل اسقاط و انتقال نیست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۳-۱۸). بر این اساس، چگونه ماهیت واحدی مثل ملک ملک می‌تواند بینابین آن دو تلقی شود. البته اگر گفته شود ملک ملک بینابین حق و ملک است، وارد نیست؛ زیرا در دسته‌بندی حقوق / احکام، حق و ملک هر دو از زمره حقوق‌اند و این نکته طبق نظر کسانی که ملک را مرحله بالاتر و شدیدتری از حق تلقی می‌کنند: «و هو أضعف من مرتبة الملك، أو أول مرتبه من مراتبه المختلفة فی الشدة والضعف» (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۱ / بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۴)، قابلیت پذیرش بیشتری دارد. در ادامه، نخست مصادیق این نظریه، سپس احکام و در انتها ماهیت آن بررسی می‌شود.

۱. مصادیق

با بررسی آثار فقهی و حقوقی، مصادیق متعددی برای این نظریه قابل دستیابی است. در ذیل به مصادیق مهم این نظریه اشاره می‌شود. همان‌گونه که خواهیم دید، برخی موارد را نمی‌توان مصداق ملک ملک به شمار آورد.

۱-۱. غنیمت

یکی از مواردی که به طور سنتی از مصادیق ملک ملک تلقی می‌شود، حقی است که سربازان مسلمان نسبت به غنایم پیش از قسمت دارند. درباره غنیمت، این بحث مطرح است که آیا استیلا بر غنیمت باعث تحقق ملکیت است یا اینکه استیلا، سبب ملک ملک می‌باشد و ملکیت حقیقی با قسمت محقق می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۳). به نظر برخی فقها، استیلا سبب ملک ملک است (مروارید، ۱۴۱۳، ج ۳۵، ص ۴۸۰).

۱-۲. شفعه

از نمونه‌هایی که به طور سنتی برای ملک ان‌یملک ذکر می‌شود، حق شفیع نسبت به تملک مورد شفعه است.* در این باره تصریح شده است که شفیع پیش از اخذ به شفعه، مالک نیست، بلکه مالک ملک است.**

۱-۳. حق موصی له در قبول وصیت

یکی از مهم‌ترین مصادیق ملک ان‌یملک، به حق قبول وصیت به وسیله موصی له مربوط می‌شود؛ چنان‌که می‌دانیم عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی مورد اختلاف است. در میان طرفداران ایقاع بودن نیز چند نظریه دیده می‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۸، ص ۲۵۰-۲۵۲ / یزدی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۰-۳۹۱ / جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۶-۳۶) که یکی از آنها ملک ان‌یملک است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۹-۳۵)؛ بدین معنا که پس از ایجاب موصی، موصی له می‌تواند با اعلام اراده، موصی به را به ملکیت خود درآورد. بسیاری از فقها حق موصی له را از مصادیق ملک ان‌یملک برشمرده‌اند.***

* «فإن كان العافی هو الشفیع صح عفوہ و توفر الحق علی المشتري لأنه ما ملک و إنما ملک ان‌یملک» (مروارید، ۱۴۱۳، ج ۳۵، ص ۴۸۰ / طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۳۸).

** «والشفیع قبل الأخذ بالشفعة لیس بملک، و إنما ملک [به] ان‌یملک» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۳۸).
*** «لأن الوصیة تقتضی ملک ان‌یملک مع الوفاة لا الملك حقیقة» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۸-۱۷)، «أن القبول شرط الوصیة لأن الوصیة تقتضی ملک ان‌یملک مع الوفاة لا الملك حقیقة» (ر.ک: همان، ص ۴۸۲)، «و كما أن الموصی مالک للمال ... فالموصی له مالک أن‌یملک» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶،

۴-۱. حق موصی له پیش از بلوغ

در صورتی که مادری ثلث مال خود را برای فرزندان وصیت کند، به این صورت که مال تا زمان بلوغ فرزندان در دست ولی باشد و وی پس از بلوغ آنان، مال را برای آنان تملک کند، مال مذکور تا پیش از بلوغ فرزندان، در حکم مال میت است و به ملکیت فرزندان در نمی آید، بلکه وضعیت آنان جزء ملک ان یملک است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۷۴).

۵-۱. لقطه

درباره لقطه، به یابنده حق داده شده است که شیء گم شده را با شرایطی تملک کند و از این حق به حق تملک: «لأنَّ الملك مقدَّم علی حق التملک» (علامه حلی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۶۳) یا استحقاق تملک (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۷۲) تعبیر شده است.

۶-۱. حق تحجیر و حیازت مباحات

در فقه شیعه، اثر تحجیر این است که برای تحجیرکننده، اولویت در احیا و تملک حاصل می شود، نه ملکیت* (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۹۴/ علامه حلی، [بی تا]، ج ۲، ص ۴۱۰/ خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۰۴)؛ بنابراین تحجیرکننده می تواند با انجام عملی که احیا محسوب شود، زمین تحجیرشده را تملک کند و به این اعتبار می توان حق تحجیر را مصداق ملک ملک دانست.

ص ۱۲۴)، «فكأنه بالوصية إليه ملك ان يملك ولو بغير اختياره» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۳، ص ۵۴)، «لأنَّ الوصية لزيد مثلاً لا تقضي بآنه ملك حقيقة و إنما تقتضي بآنه ملك ان يملك، و من المعلوم أنَّ الموصی ليس له ولاية علی الموصی له، فليس له تملیکه بغير اختياره» (همان، ص ۱۱۹) و «و كما أنَّ الموصی مالک للمال حينئذ فله نقله فی آی وقت شاء، فالموصی له مالک ان يملك أيضا فی آی وقت شاء و إن لم يكن وقت الملك باختياره» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۱۲۴).

* با این حال، به عقیده سیدیزدی، سلطنت بر شیء در صورتی حق محسوب می شود که به سبب دخالت غیردی حق در آن، ناتمام باشد و اگر سلطنت متصرف تمام باشد، ملک است، نه حق و از این رو می توان ادعا کرد تحجیر مفید تملک است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۴)؛ ولی ایشان در کتاب عروه، همانند دیگر فقهای امامیه، اثر تحجیر را حق اختصاص دانسته است (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۲۹۲).

برخی فقها توانایی حيازت مباحات را نیز مصداق ملک ملک به شمار آورده‌اند (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۳ / کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۹)؛ ولی به نظر می‌رسد توانایی حيازت، جواز و حکم تکلیفی است، نه حق تملک و پس از حيازت نیز شخص مالک تلقی می‌شود، مگر آنکه مقصود از شمارش حيازت مباحات به عنوان ملک ان‌یملک، مواردی باشد که شیء قابل حيازتی مانند گیاهان خودرو در ملک شخص قرار گرفته باشند و وی نسبت به آنها حق اختصاص و در نتیجه، حق تملک آنها را یافته باشد.

۷-۱. دارنده حق رجوع

دارنده حق رجوع مانند واهب که می‌تواند به مال موهوب رجوع کند، یا فروشنده مال به مشتری مفلس که می‌تواند به مبیع رجوع کند، پیش از آنکه رجوع کند، مالک نیست، بلکه مالک ملک است: «و حق الواهب ملک ان‌یملک» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، صص ۱۷ و ۴۱۷).

۸-۱. حق متهب پیش از قبض

در صورتی که شرط شود عین معینی به ملکیت مشروطه درآید، با قبول مشروطله، عین مذکور به ملکیت وی وارد می‌شود و نیازی نیست صیغه هبه خوانده شود؛ ولی در این باره که آیا برای تحقق ملکیت، قبض هم لازم است یا خیر، تردید شده است. در صورتی که قبض لازم شمرده شود، رابطه مشروطله پیش از قبض از قبیل ملک ملک خواهد بود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، صص ۲۰۴-۲۰۵). به نظر می‌رسد این مسئله به بحث شرط، اختصاص ندارد و می‌توان گفت در همه موارد، رابطه متهب با مورد هبه، پس از قبول و پیش از قبض از قبیل ملک ملک است. با این حال، صاحب‌جوهر، هبه پیش از قبض را فاقد هرگونه اثری اعم از ملک و غیرملک می‌داند (همان، ج ۲۸، ص ۱۶۴) و این امر با ماهیت ملک ان‌یملک سازگار نیست؛ چون چنان‌که خواهیم دید، ملک ملک دارای آثار متعددی است.

۹-۱. حق ورثه در ردّ زاید بر ثلث

در صورتی که مقدار وصیت بیش از ثلث ترکه باشد، وراثت حق دارند مازاد بر ثلث را تنفیذ یا ردّ کنند. حق ردّ مازاد را یکی از نمونه‌های ملک ان‌یملک شمرده‌اند؛ زیرا وراثت می‌توانند با اعمال اراده یک‌طرفه، وصیت به مازاد را ردّ کنند و مقدار زاید را به ملکیت خود درآورند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۱). همچنین اسقاط حق دریافت مازاد، اسقاط حق ملک ان‌یملک به شمار آمده است (ر.ک: بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۸۱).

۱۰-۱. حق عامل در مضاربه

در عقد مضاربه، درباره زمان ملکیت عامل نسبت به سود، چند نظر وجود دارد: ظهور ربح، انضاض (تبدیل اموال مال‌التجاره به وجه نقد)، قسمت و کاشف‌بودن قسمت از تحقق ملکیت در زمان سابق (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۴-۱۲۵). به نظر مشهور، عامل به ظهور ربح، ملکیت متزلزل می‌یابد و استقرار ملک، متوقف بر انضاض یا قسمت است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۳۷۳-۳۷۶ / کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۴)؛ ولی به نظر برخی فقها، عامل با ظهور ربح، مالک نمی‌شود، بلکه ملک ان‌یملک می‌یابد. * محقق کرکی طرفدار نظر اول است؛ ولی معتقد است براساس نظریات دیگر یعنی حصول ملکیت با انضاض یا قسمت نیز عامل پیش از انضاض یا قسمت، حق مؤکدی نسبت به اموال دارد که همان ملک ملک است. **

۳۷

حقوق اسلامی / بررسی نظریه ملک ان‌یملک (حق تمسک)

۱۱-۱. حق خیار

خیار را به «ملک فسخ‌العقد» تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱) و واژه ملک در این تعریف، به سلطنت تفسیر شده است، نه به معنای متعارف آن یعنی «اختصاص داشتن چیزی به کسی» (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۴۳). با این حال، به تصریح یکی از فقها، حق خیار از مصادیق ملک ان‌یملک نیست، بلکه فقط یکی از موارد آن

* «نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك العامل ان يملك، بمعنى أن له الانضاض ولو قدر رأس المال، فيتحقق الربح حينئذ ويتبعه تحقق الملك» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۳۷۵-۳۷۶).

** «بل لو قلنا أنه إنما يملك بالانضاض أو القسمة فالحكم كذلك، لأن له حقا مؤكدا إذ قد ملك ان يملك» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۸).

یعنی ارث خیار مشروط به ردّ مثل ثمن (بیع خیاری) را می‌توان مصداق ملک ان‌یملک دانست؛ از این رو که وراثت می‌توانند با دادن مثل ثمن، معامله را فسخ و مبیع را تملک کنند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۶۳). تفاوت این نوع خیار با دیگر خیارات در این است که متعلق این خیار، از ابتدا استرداد عین مورد معامله است، هرچند استرداد باید از راه فسخ عقد صورت گیرد، در حالی که در دیگر خیارات مانند مجلس، شرط و حیوان، متعلق خیار از همان ابتدا عقد است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۰).

به نظر می‌رسد حق خیار را نمی‌توان از مصادیق ملک ملک دانست؛ چون متعلق خیار، عمل حقوقی فسخ یا ردّ معامله است و متعلق اولی آن تملک نیست.

۱۲-۱. حق مخاطب ایجاب

چنان‌که در مقدمه گفته شد، یکی از حقوقدانان عرب، اختیار مخاطب ایجاب در قبول ایجاب و تملک مورد معامله را از مصادیق ملک ان‌یملک دانسته است (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ص ۹-۱۰)؛ این سخن قابل پذیرش نیست. مخاطب ایجاب می‌تواند با اعمال اختیار خود، عقد را قبول کند و مورد معامله را مالک شود و وضعیت وی تا این مقدار به وضعیت دارنده ملک ان‌یملک شباهت دارد؛ ولی تفاوت مهمی که میان این دو وجود دارد این‌که مخاطب ایجاب تا پیش از قبول، هیچ حقی نسبت به عین مورد معامله ندارد، بلکه فقط از نوعی جواز یا اباحه برخوردار است، در حالی که ملک ان‌یملک چیزی بیش از جواز تکلیفی است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۲۳). این‌که مخاطب ایجاب دارای ملک ملک است، فقط به باب وصیت مربوط است و قابل تسری به دیگر اعمال حقوقی نیست. به همین دلیل، مخاطب ایجاب تا پیش از قبول، هیچ حق مالی نسبت به مورد ایجاب ندارد و نیز در صورتی که وی پیش از قبول فوت کند، حق قبول وی به ارث نمی‌رسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۵).

۱۳-۱. اقاله

برخی حقوقدانان، حق متعاقدين نسبت به اقاله عقد را از مصادیق این نظریه شمرده‌اند و گفته‌اند:

متعاقدين [در بيع مثلاً] پس از عقد بيع نسبت به آنچه که از دست داده‌اند، سلطه‌ای دارند به نام ملک ان‌یملک که می‌توانند از طريق اقاله، این سلطه را به صورت مالکیت کامل درآورند و همین حق اقاله جزء ماترک هر عاقد است و به ارث می‌رسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۱ همان، ص ۷۶-۱۲۰).

به نظر می‌رسد اقاله از مصادیق ملک ان‌یملک نیست؛ زیرا دارنده ملک ان‌یملک، از حق یک‌جانبه‌ای نسبت به تملک موضوع آن برخوردار است و اعمال حق وی به رضایت شخص دیگری منوط نیست، در حالی که اقاله به توافق طرفین عقد منوط است. از این نکته معلوم می‌شود که اقاله به وراث منتقل نمی‌شود و همان‌گونه که برخی اساتید گفته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۵)، اقاله بر خلاف خیار، حق نیست تا به وراث منتقل شود. روشن است که وراث طرفین معامله یا وراث یک طرف و طرف دیگر می‌توانند معامله جدیدی منعقد کنند که اثر آن به اقاله شباهت داشته باشد؛ ولی این حق، متعلق به خودشان است و آن را از مورث خود به ارث نبرده‌اند.

۱-۱۴. معاطات

در باب معاطات گفته‌اند طرفین می‌توانند با تصرف در مالی که به سبب معاطات به دست‌شان رسیده است، آن را تملک کنند و به همین دلیل، سلطنت بر تصرف، باعث سلطنت بر تملک و مصداقی از ملک ان‌یملک است؛* ولی همان‌گونه که از همین عبارت معلوم می‌شود، در معاطات به صرف اراده نمی‌توان مالک شد، بلکه باید استیلا و تصرف در مال به قصد تملک صورت گیرد تا بعد ملکیت حاصل شود؛ بنابراین حصول تملک با واسطه تصرف است، در حالی که در ملک ان‌یملک، صرف اراده بدون هیچ واسطه‌ای، برای تملک کافی است.

۱-۱۵. تملک مبيع معدوم

از لحاظ فقهی، فروش میوه‌ای که هنوز به وجود نیامده است با شرایطی جایز می‌باشد

* «و حیث إن له التملک بسبب التصرف، فیکون من باب ملک ان‌یملک و ذلک لأجل السلطنة علی التملک بسبب السلطنة علی التصرف» (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۵۵).

(شہید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۵۵). به نظر برخی فقہا در این گونه موارد، خریدار مالک امر معدوم نمی‌شود، بلکه استحقاق و اہلیت می‌یابد کہ امر معدوم را پس از به وجود آمدن تملک کند و حق وی از قبیل ملک ان‌یملک است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۸، ص ۳۶۳-۳۶۴). اشکالی کہ بر این مطلب وارد می‌شود اینکہ بیع، تملیک تام و حقیقی است و اگر حق خریدار ملک ان‌یملک باشد، با ماہیت بیع سازگار نیست (بزدی، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۳۱۵ / بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۱۳۴-۱۳۵).

۱۶-۱. طلاق پیش از آمیزش

در صورتی کہ زوجہ پیش از آمیزش طلاق دادہ شود، مطابق آیہ ۲۳۷ سورہ بقرہ،* نصف مہر متعلق بہ زوج خواهد بود، مگر آنکہ زوجہ یا ولیّ وی از نصف دیگر ہم گذشت (عفو) کند کہ در این صورت، کل مہر متعلق بہ زوج خواهد بود.** برخی فقہا تعلق نصف مہر بہ زوج را از نوع ملکیت قہری می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲، ص ۵۳ / شہید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۵۸)؛ ولی برخی دیگر این احتمال را مطرح کردہ‌اند کہ طلاق پیش از آمیزش، منشأ ملکیت قہری زوج نسبت بہ نصف مہر نیست، بلکہ صرفاً اختیاری از نوع ملک ان‌یملک بہ زوج اعطا می‌کند و وضع شوہر در این بارہ همانند شفیع است؛ بدین معنا کہ همان‌گونہ کہ شفیع با بیع، ملک ملک می‌یابد، شوہر نیز بہ واسطہ طلاق پیش از دخول، حق تملک نصف مہر را بہ دست می‌آورد. اثر عملی این دو نظر این است کہ طبق نظر اول، نمائات مہر در فاصلہ عقد تا طلاق متعلق بہ ہردو آنہاست و طبق نظر دوم، بہ زوجہ اختصاص دارد؛ چون در ملک او حاصل شدہ است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۷۹ / علامہ حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۶۹-۵۷۰). اثر دیگر در این مسئلہ ظاہر می‌شود کہ اگر زوج بخواہد از نصف حق متعلق بہ خود گذشت کند، این کار را با چہ لفظی می‌تواند انجام دہد و آیا نیازمند

* «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيُصَفُّ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي بَيْنَهُنَّ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» (بقرہ: ۲۳۷).

** همچنین زوج نیز می‌تواند از نصف متعلق بہ خود «عفو» و گذشت نماید تا تمام مہر متعلق بہ زوجہ باشد؛ فروعی کہ خواہد آمد، بر ہمین فرض مبتنی است.

قبول زوجه است یا خیر؟ پاسخ این مسئله بر حسب اینکه مهر عین یا دین باشد و در ذمه زوج یا زوجه باشد، متفاوت است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۰۶-۳۰۸):

۱. مهر در ذمه زوج باشد و وی بخواهد از نصف دیگر آن نیز به نفع زوجه گذشت کند، یا مهر* در ذمه زوجه باشد - مانند آنکه عین مهر را دریافت و تلف کرده باشد - و زوج بخواهد ذمه زوجه را نسبت به نصف دیگر ابراء کند. در این دو صورت، بنا بر نظری که زوج نسبت را دارنده ملک ملک نسبت به نصف مهر می‌داند، گذشت زوج با هریک از الفاظ شش‌گانه (عفو، تملیک، هبه، اسقاط، ترک و ابراء) صحیح است و نیازمند قبول زوجه نیست. باید توجه داشت صحت استفاده از دو واژه تملیک و هبه نیز به اعتبار دلالت آنها بر ابراء و اسقاط حق می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۴۵۹/ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۱، ص ۱۱۰)؛ ولی بنا بر نظری که زوج را مالک نصف مهر می‌داند، گذشت وی صحیح نیست؛ چون دینی بر ذمه زوجه نیست تا زوج بتواند آن را ابراء کند. از این رو زوج فقط می‌تواند نصف باقی را هبه کند.

۲. مهر عین معین و در دست زوج یا زوجه باشد و زوج از نصف متعلق به خود گذشت کند. در این دو صورت، بنا بر نظری که زوج را دارنده ملک ملک تلقی می‌کند، گذشت زوج با هریک از الفاظ شش‌گانه (عفو، تملیک، هبه، اسقاط، ترک و ابراء) صحیح است و نیازمند قبول زوجه نیست؛ ولی بنا بر نظری که وی را مالک می‌داند، گذشت وی یک هبه ابتدایی است که با هریک از سه لفظ (عفو، هبه و تملیک) واقع می‌شود. از این رو نیازمند قبول زوجه و قبض است و زوج می‌تواند پیش از قبض، از گذشت خود عدول کند.

درباره حکم این مصداق از لحاظ بحث فعلی باید گفت طلاق پیش از آمیزش، به نظر بسیاری از فقها باعث تملک قهری زوج نسبت به نصف مهر است و به همین دلیل، از محل بحث ما خارج است؛ ولی طبق نظری که طلاق را موجب اختیار زوج برای تملک نصف تعلق می‌کند، اختیار مذکور مصداق ملک آن‌یملک است.

* مقصود بدل نصفی از مهر است که در دست زوجه تلف شده است.

۱۷-۱. فضولی

در عقد فضولی، مالک می‌تواند عقد فضول را تنفیذ کند و خود را مالک گرداند. برخی حقوقدانان حق تنفیذ مالک را از نمونه‌های روشن ملک ان‌یملک برشمرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۱-۱۲۰). در فقه نیز این نکته به صورت نظری احتمالی مطرح شده است.* به نظر می‌رسد حق مالک در عقد فضولی را نمی‌توان ملک ملک دانست؛ زیرا وی به صرف اعلام اراده خود بر تملک، مالک نمی‌شود، بلکه ملکیت وی نیازمند یک واسطه یعنی عمل حقوقی تنفیذ است.

۱۸-۱. رجوع از طلاق

برخی فقها رجوع از طلاق را به ملک ملک نکاح تفسیر کرده‌اند؛* ولی چنان‌که خواهیم گفت، این‌گونه موارد که در آنها تعبیر «ملک ان‌یملک» به کار رفته است، ولی متعلق ملک دوم فعل خاصی - در اینجا نکاح - است، از مصادیق ملک ملک مورد بحث نیست.

۱۹-۱. مصادیق دیگر

مصادیق ملک ان‌یملک به آنچه گفته شد، محدود نمی‌شود و علاوه بر اینکه ممکن است با تتبع در متون فقهی موارد دیگری نیز برای آن یافت، مصادیق نوپیدایی هم برای آن یافت می‌شود؛ از جمله اینکه سرقتی یا حق کسب و پیشه را نیز از مصادیق ملک ان‌یملک دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۲، ص ۳۲).

به طور کلی ممکن است گفته شود در هر موردی که شخص شرعاً مستحق تملک یک طرفه مال است (ابن ابی جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۱)، می‌تواند از مصادیق ملک ملک به شمار آید؛ بنابراین حق مدیون درباره تقاص از اموال دائن، حق مضطر در سال قحطی، و گذشت از قصاص در مقابل دریافت فدیة را می‌توان ملک ملک دانست. با این حال، باید توجه داشت برخی از مصادیق ظاهری حق تملک، در واقع جزء جواز تکلیفی‌اند، نه حق.

* «كما يمكن أن يقال: إنه بالعقد الفضولي ملك ان يملك الثمن» (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۷۷).

** «لأن الرجعة هي ملك ان يملك ذلك النكاح» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۷۸).

۲. احکام

با تتبع در مصادیق فقهی ملک ان‌یملک، می‌توان احکام متعددی برای ملک ملک یافت. باید متذکر شد مقصود از احکامی که در ذیل بررسی می‌گردد، احکام مربوط به ملک ملک پیش از اعمال اراده دارنده آن است؛ زیرا پس از اعمال اراده، ملکیت برای وی حاصل می‌شود و مانند هر مالکی می‌تواند در ملک خود تصرفات مالکانه داشته باشد. همچنین بنا بر نظریه ملک‌بودن ملک ملک، اشکالی در شمول احکام آتی نسبت به ملک ملک نیست؛ ولی بنا بر نظریه مورد انتخاب - یعنی حق‌بودن ملک ملک - ممکن است در جریان برخی از این احکام در ملک ملک تردید شود.

۲-۱. انتقال ارادی

برخی حقوقدانان ملک ملک را قابل انتقال ارادی به دیگران ندانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰)؛ ولی اطلاق این سخن را نمی‌توان پذیرفت و به نظر می‌رسد باید میان اقسام انتقال ارادی، قائل به تفکیک شد.

۱-۱-۲. صلح

همان‌گونه که در بحث ماهیت ملک ملک خواهیم دید، ملک ان‌یملک نوعی از حق است و نیز می‌دانیم که حق می‌تواند موضوع عقد صلح واقع شود (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۲۳۶). از این رو به نظر می‌رسد در جواز صلح آن، تردیدی نیست. درباره حق تحجیر و شفعه تصریح کرده‌اند که صلح آن، جایز است (همان/ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۸، ص ۵۶).

۲-۱-۲. بیع

از لحاظ فقهی (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۱) مبیع باید عین و در ملکیت بایع باشد؛ بنابراین مبیع واقع شدن ملک ملک با دو اشکال عین‌نبودن و مملوک‌بایع‌نبودن مواجه است. به نظر علامه حلی، بیع حق تملک صحیح نیست؛ ولی ایشان با توجه به حقی که تحجیرکننده دارد، صحت آن را نیز محتمل می‌داند (علامه حلی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۱۱). با این حال، برخی فقهای معاصر برای تحقق بیع، وجود ملک یا

ملک ملک را کافی دانسته‌اند.^x

درباره تحجیر نیز گفته‌اند فروش آن جایز نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۸، ص ۵۶)؛ ولی می‌تواند ثمن در بیع قرار گیرد (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۷۳). برخی فقها که ثمن قرار گرفتن حقوق را به طور کلی رد کرده‌اند، حق را تحجیر استثنا کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۳).

۳-۱-۲. هبه

در بحث حق شفعه گفته‌اند در صورتی که حق شفعه متعلق به چند شخص باشد، بعضی از آنها نمی‌توانند سهم خود را به اشخاص یا شرکای دیگر هبه کنند؛ چون مالک چیزی نیستند و فقط ملک ملک دارند.^{**} هرچند تعلیل مذکور عمومیت دارد؛ ولی به نظر می‌رسد حتی بر فرض عدم صحت هبه حق شفعه، نمی‌توان این حکم را به دیگر موارد تسری داد. همان‌گونه که ملاحظه شد، انتقال حق تملک در قالب صلح یا به عنوان ثمن در بیع جایز است. تفاوت هبه با این دو نوع تصرف، در رایگان بودن آن است و این نکته نمی‌تواند باعث تفاوت در حکم شود. علاوه بر این، برخی فقهای معاصر هبه حقوق قابل نقل را صحیح دانسته‌اند؛ هرچند ممکن است هبه مصطلح نباشد.^{***}

۴-۱-۲. وصیت

وصیت به مورد ملک ان‌یملک صحیح است؛ بنابراین شخص مفلس می‌تواند زمینی را که تحجیر کرده است یا اموال مباحی را که جمع‌آوری نموده است، یا سهم خود از غنیمت پیش از قسمت را وصیت کند (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۳۷). همچنین برخی فقها به طور کلی وصیت به حقوق قابل نقل و انتقال مانند حق تحجیر را

x «الموقوف علیه البیع أحد أمرین من الملک أو ملک ان‌یملک» (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۵).
 ** «قوله: ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم یصح. لأنه لم یملك شيئاً، و إنما ملک ان‌یملک» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۳۸۱).
 *** «يمكن أن يقال: بصحة هبة المنافع و هبة الحقوق القابلة للنقل، و إن لم تكن من الهبة المصطلحة و لم تشمل أخبار الباب لكفاية العمومات فی صحتها» (یزدی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۳ / بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۲۶).

صحیح دانسته‌اند.*

۲-۲. انتقال قهری (ارث)

براساس روایت نبوی معروف،** هر حقی که میت به جای گذاشته باشد، به وراثت وی تعلق دارد. بعضی از فقها تصریح کرده‌اند ملک ملک حق مؤکد است و به ارث می‌رسد (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۸) و برای تحقق ارث، وجود ملکیت یا حق یا استحقاق تملک در نتیجه تصرف (ملک ان‌یملک) کافی است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۲۳). مصادیق این مسئله را نیز قابل ارث دانسته‌اند؛ از جمله درباره قبول وصیت به وسیله موصی له گفته‌اند اگر موصی له پیش از اعلام قبول بمیرد، حق قبول به وراثت وی منتقل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۲۰). حق تحجیر نیز به ارث می‌رسد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۸، ص ۵۶/خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۴۰۷). همچنین میرزای قمی معتقد است: خیار از جمله حقوقی است که به میراث می‌رسد... و دلیل انتقال «حقوق» مثل «اموال» - پس آن - فی‌الجمله اجماعی است. هرچند در بعضی از مواضع خلاف کرده‌اند؛ مثل «حق الشفع» و «حق الرجوع در هبه» و عموم «ماترک» در آیه شریفه، شامل [این موارد] است و خصوص حدیث نبوی ﷺ که «ماترک المیت من حق فلوارثه» (قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۶۴).

۲-۳. رهن

رهن از تصرفاتی است که باید به وسیله مالک یا وکیل وی صورت گیرد؛ بنابراین مالک ملک تا زمانی که حق خود را اعمال نکرده و مالک نشده باشد، نمی‌تواند مال موضوع حق را رهن دهد. با این حال، درباره برخی مصادیق ملک ملک، احتمال صحت رهن می‌رود. چنان‌که گفتیم، دارنده حق رجوع مانند واهب یا فروشنده مال به مشتری مفلس، دارنده ملک ملک است. حال در صورتی که شخص مالی را که

* «فی متعلق الوصیة، و هو إما عین ... ولو حقا قابلاً للنقل والانتقال كحق التحجیر» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۸، ص ۲۷۸).

** «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه». این روایت در مجامع روایی شیعه نیامده است؛ ولی فقهای شیعه به آن عمل کرده‌اند (رک: عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۸۹).

نسبت به آن حق رجوع دارد، رهن دهد، صحت چنین رهنی مورد اشکال قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۱۲)؛ از یک سو صحت رهن متوقف بر این است که دارنده حق رجوع نخست باید رجوع کند تا مال در ملک وی داخل شود و سپس آن را رهن دهد، در حالی که فرض این است که پیش از رهن، رجوع نکرده است. علاوه بر این، رهن دادن نمی‌تواند سبب ملک تلقی شود؛ چون رهن مشروط به ملک است و اگر بخواهد سبب ملک باشد، دور لازم می‌آید. از سوی دیگر، با توجه به اصل صحت باید حکم کرد که راهن پیش از رهن رجوع کرده است. همچنین می‌توان گفت قصد رهن دادن همزمان با انعقاد عقد رهن اقتضا می‌کند که رجوع از هبه و بازگشت به ملکیت راهن صورت گرفته باشد و رهن در ملک راهن واقع شود؛ بنابراین صحت رهن قوی‌تر به نظر می‌رسد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۷-۱۸ / کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۷۱).

۲-۴. تصرفات دیگر

با بررسی در متون فقهی می‌توان مصادیق دیگری نیز برای تصرف حقوقی و اعتباری در متعلق ملک ملک یافت؛ برای مثال، سید یزدی حق تحجیر را در ردیف ملک عین و ملک انتفاع، برای صحت مزارعه کافی دانسته است (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۲۹۲)؛ هرچند بسیاری از فقهای معاصر با این نظر مخالفت کرده‌اند (ر.ک: فتاوی‌ای مرحوم اصفهانی، بروجردی، گلپایگانی و امام خمینی، در: یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۲۹۲-۲۹۳).

۲-۵. تقدم حق دارنده ملک ان‌یملک بر حق غرماء

در بحث مضاربه، تصریح شده است که در صورت فوت مالک، سهم عامل بر دیگر غرما مقدم است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۴۶). محقق کرکی در این باره می‌گوید: دلیل این حکم بنا بر نظری که عامل را پس از ظهور ربح مالک می‌داند، واضح است؛ ولی بنا بر سایر نظرات نیز دلیل آن این است که عامل ملک ملک پیدا کرده و لذا حق وی مانند حق رهن، به عین مال تعلق گرفته است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۵۷).

۲-۶. غصب

غصب در فقه به وضع ید بر مال غیر به صورت عدوانی تعریف شده است.^{*} شهید ثانی و صاحب جواهر در بیان یکی از نقض‌های وارد بر این تعریف گفته‌اند: وضع ید بر حق غیر مانند حق تحجیر و امثال آن که عرفاً مال تلقی نمی‌شود، غصب محسوب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۶ / نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۷، ص ۱۰-۱۱)؛ بنابراین می‌توان غاصب را نسبت به تلف مال موضوع این حق و منافع مستوفات و غیرمستوفات آن ضامن دانست.

۲-۷. اتلاف

در صورتی که پیش از اعلام اراده دارنده ملک ملک، مورد آن به وسیله دیگران اتلاف شود، چه حکمی دارد؟ در پاسخ می‌توان گفت: مورد ملک ملک ممکن است به وسیله کسی که این حق را به صورت رایگان برقرار کرده است (مانند موصی)، تلف شود. در این صورت، ضمانی بر وی نیست. در بحث وصیت گفته‌اند اتلاف مورد وصیت به وسیله موصی، در حکم رجوع از وصیت است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۳۰۱)؛ ولی در صورتی که اتلاف به وسیله ثالث صورت گیرد، بدل آن به عنوان مورد وصیت قرار می‌گیرد (یزدی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۶)، و به همین دلیل، حق ملک ملک موصی‌له به بدل مذکور تعلق خواهد گرفت.

براساس تصریح برخی فقها، ضمان اتلاف منوط به ملکیت تام نیست، بلکه وجود مرحله ناقصی از ملک که به آن حق گفته می‌شود نیز برای حکم به ضمان کافی است (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۶۵-۳۶۶). البته حکم به وجوب پرداخت بدل، منوط به اثبات مالیت آن است (همو، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۳۵) و چنان‌که خواهیم گفت، ملک ملک، حق مالی تلقی می‌شود.

درباره یکی از مصادیق این نظریه یعنی حق عامل در مضاربه نیز تصریح شده است که حق وی، حق مؤکد و اتلاف آن باعث ضمان است؛ خواه تلف‌کننده، خود مالک

* «الاستقلال بإثبات الید علی مال الغیر عدواناً» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۳).

باشد یا غیرمالک. در صورت اتلاف به وسیله مالک، وی ضامن سهم مزارع خواهد بود (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۸ / عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۶۳۰).

۲-۸. قابلیت اسقاط

ملکیت کامل با اعراض از میان نمی‌رود و قابل اسقاط هم نیست، بلکه فقط با اسباب شرعی قابل انتقال است؛ ولی دارنده ملک ملک می‌تواند همانند شفیع یا غانم آن را اسقاط کند: «إذ ملک الملک یسقط بالإزالة» (ر.ک: کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۵۱ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۳۱).

در این باره، ذکر پاسخ یکی از فقهای معاصر به پرسشی درباره اسقاط ملک ملک، مناسب است:

سؤال: قتلی عمداً واقع شده و اولیای دم، حق قصاص دارند. در میان اولیا، صغیر وجود دارد. قاتل حاضر است چند میلیون بدهد که راضی شوند و قصاص نکنند. آیا می‌شود چون به نفع صغیر است، بقیه را الزام کنند؟
جواب: نمی‌توانند بقیه را الزام به ترک قصاص کنند و رعایت مصلحت صغیر در ملک فعلی اوست، نه در ملک آن‌یملک و قبول نکردن، اضرار به صغیر نیست، بلکه عدم‌النفع است (اراکی، ۱۳۷۱، ص ۵۷۷).

۲-۹. تملک مورد ملک ملک به وسیله دیگران

در بحث تحجیر، این مسئله مطرح شده است که اگر تحجیرکننده به دلیل عذری به احیای زمین تحجیرشده مشغول نشود و دیگری آن را احیا کند، آیا احیاکننده، مالک می‌شود یا خیر؟ علامه حلی ثبوت ملک برای وی را مشکل می‌داند (علامه حلی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۱۱)؛ ولی در مسئله‌ای نسبتاً مشابه، یعنی در صورتی که پس از تحجیر، شخص دیگری بدون اذن حاکم و به طور قهر، زمین مورد تحجیر را احیا کند، فتوا به عدم ملکیت وی داده است (همان). فقهای دیگر نیز در مسئله اخیر، احیاکننده را مالک ندانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۴۱۹ / محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۹۴ / خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۰۴).

عدم حصول ملکیت برای شخصی غیر از احیاکننده، بنا بر نظریه ملک‌بودن ملک

ان‌یملک روشن است؛ ولی طبق نظریه حق‌بودن ملک ملک نیز دلیل آن این است که حصول ملکیت برای آن شخص با حق مالک ملک معارض است و در اینجا ترجیح با حق مالک ملک می‌باشد.

۱۰-۲. احکام دیگر

گفتنی است با تتبع در متون فقهی می‌توان آثار دیگری نیز یافت که ممکن است اهمیت آنها به احکامی که تاکنون نام بردیم، نرسد؛ برای مثال، فرزند علامه تصریح می‌کند که قسمت، اختصاص به املاک ندارد، بلکه ملک ان‌یملک نیز قابل تقسیم است.*

۳. ماهیت

درباره ماهیت این نهاد و به تعبیری، رابطه دارنده ملک ملک با مال موضوع آن، چند نظر یا احتمال قابل طرح می‌باشد.

۱-۳. ملکیت

ممکن است با توجه به ظاهر الفاظ به کاررفته در این نهاد - یعنی واژه ملک - تصور شود که حق دارنده ملک ملک نسبت به موضوع آن، حق مالکیت است. همان‌گونه که در مقدمه دیدیم، شهید اول و برخی فقهای دیگر، ملک ملک را در ردیف ملک عین، ملک منفعت و ملک انتفاع، از اقسام ملک برشمرده‌اند (شهید اول، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۴۸-۳۵۰). بعضی از حقوقدانان نیز آن را «سلطه مالکانه ناقص» تلقی کرده‌اند: «با اینکه طعم مالی دارد و جزء ارقام ماترک می‌تواند باشد، غالب آثار مالکیت را ندارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰).

این نظر قابل پذیرش نیست؛ زیرا بر فرض که واژه ملک در عنوان این نهاد به معنای خاص و اصطلاحی آن در فقه و حقوق به کار رفته باشد، باید توجه کرد متعلق آن فعل «تملک» است، نه عین یا منفعت یا انتفاع و همان‌گونه که میرزای رشتی تصریح

* «و أعلم أن القسمة ليست تابعة للملك و مشروطة به دائماً لأنها كما تقع في الملك تقع فيما يملك ان‌یملک» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۰).

کرده است، اگر متعلق ملک، یکی از افعال باشد، ملک به معنای قدرت و اهلیت شرعی است؛ به عنوان نمونه، اینکه گفته می‌شود مورد وکالت باید مملوک باشد، به این است که باید مقدور باشد (رشتی گیلانی نجفی، [بی‌تا]، ص ۱۹). برخی فقها نیز تصریح کرده‌اند که ملک ملک، ملک حقیقی نیست.*

۲-۳. اهلیت تملک

صاحب جواهر ملک را اهلیت و شایستگی مالک شدن می‌داند و وجود ملکیت حقیقی در آن را انکار می‌کند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۸، ص ۳۶۴)؛ ولی اهلیت به معنای وضعیتی کلی است که شرع و قانون برای شخص در نظر می‌گیرد و براساس آن، وی می‌تواند دارنده حق و تکلیف شود (اهلیت تمتع) و نیز حق و تکلیف خود را اعمال کند (اهلیت استیفا)؛ اما ملک توانایی و حق مالک شدن نسبت به شیء خاصی است. افزون بر این، می‌توان گفت اهلیت از زمره احکام است؛ ولی ملک از زمره حقوق است.

۳-۳. قدرت تملک

محقق کرکی ملک را قدرت بر تملک به واسطه یک سبب نزدیک معنا می‌کند و در توضیح آن اضافه می‌کند که در مورد آن، سببی (مُعِدَّة) که با وجود آن، حصول ملکیت بسیار نزدیک است. توضیح مذکور این شبهه را پیش می‌آورد که در این صورت، تفاوت آن با اهلیت تملک که هر انسان کاملی از آن برخوردار است، چیست؟ ایشان در پاسخ می‌گویند در موارد ملک ملک، قدرت به تملک شیء خاصی تعلق گرفته است؛ مانند تملک غنیمت که اختصاص به غانمین دارد (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۹).

با توجه به تفاوتی که میان این نظر و نظر پیشین بیان شد، نمی‌توان قدرت تملک را به معنای اهلیت دانست و به ناچار باید آن را به معنای توانایی از نوع حق تفسیر کرد؛ ولی مرحوم کرکی آن را به حق اولویت تفسیر کرده است که در ذیل خواهد آمد.

* «وَمَلِكُ الْمَلِكِ لَيْسَ مَلِكًا حَقِيقًا عَلَى الْأَصْح» (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۰) و «لأن الوصية تقتضي ملك أن يملك مع الوفاة لا الملك حقيقة» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۸۲).

۳-۴. حق اولویت

محقق کرکی پس از ذکر نظریه پیش گفته، در پایان نتیجه می‌گیرد که مقصود از ملک ملک، حصول اولویت است؛ همانند اولویت در تحجیر زمین مباح یا حیازت مباحات و لفظه و مانند آن (همان). بر این اساس، اثر نهادهایی مانند تحجیر، حصول اولویت و اختصاص است، نه ملکیت (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۸، ص ۵۶).
در نقد این نظر می‌توان گفت درست است که می‌توان در همه مصادیق ملک ملک، نوعی اولویت ملاحظه کرد؛ ولی این بدان معنا نیست که ماهیت آن را اولویت تشکیل می‌دهد؛ اولویت از لوازم ملک ملک است.

۳-۵. حق تملک

به نظر نگارنده، رابطه دارنده ملک ملک با مال، اولاً، رابطه حقی است؛ ثانیاً، موضوع این حق، عمل تملک است. در بسیاری از متون فقهی، از ملک ان‌یملک به «استحقاق تملک» تعبیر شده است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۴). شهید ثانی حق شفعه را که از مصادیق آشکار ملک ملک است، به «استحقاق تملک» تفسیر می‌کند و آن را در مقابل «استحقاق ملک» قرار می‌دهد.^{*} علامه حلی درباره مصادیق مهم این مسئله یعنی حق شفعه، حق واهب در رجوع، حق رجوع زوجه (علامه حلی، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۲۷۲)، حق عامل در مضاربه (علامه حلی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۴۳) و وصیت (همان، ص ۴۵۵) تعبیر «حق تملک» را به کار برده، محقق کرکی از تعبیر «حق مؤکد» استفاده کرده است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۸). اطلاق واژه ملک بر حق، در فقه شایع است.
بر اساس مطالب پیش گفته، حق خیار را به «ملک فسخ‌العقد» تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱) و واژه ملک در این تعریف، به سلطنت تفسیر شده است، نه به معنای متعارف آن یعنی اختصاص داشتن چیزی به کسی (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۴۳)؛ بنابراین رابطه دارنده ملک ان‌یملک با مالی که موضوع آن است، رابطه حقی می‌باشد؛ یعنی مقصود از واژه ملک در «یملک»، ملکیت به معنای خاص و اصطلاحی

* «لأن استحقاق التملک غیر استحقاق الملک» (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۹۷).

آن در فقه است. مورد بحث اینجاست که مقصود از واژه ملک که در ابتدای این نظریه به کار رفته است، چیست؟ با توجه به آنچه در توضیح نظریه اول (ملکیت) گفته شد، به نظر می‌رسد حمل واژه ملک، بر معنای اصطلاحی آن یعنی اختصاص داشتن موضوع ملک به مالک نیز صحیح است؛ زیرا متعلق ملک در اینجا عمل تملک است، نه مالی که موضوع تملک باشد؛ پس مقصود نهایی از این نهاد این است که عمل تملک به دارنده ملک اختصاص دارد و وی نسبت به دیگران در تملک اولویت دارد. در نتیجه، از لحاظ فقهی و فنی، دارنده ملک ملک پیش از اعمال اراده خود، رابطه مالکانه با مال موضوع ملک ندارد و مالک شدن وی نیازمند واسطه‌ای است که همان اعمال اراده است؛ ولی چون این واسطه به دست خود اوست و به عوامل خارجی وابسته نیست، عرف ممکن است این واسطه را نادیده یا کمرنگ تلقی کند و وی را دارای سلطه مستقیم بر موضوع حق بداند؛ زیرا به طور معمول، اغلب یا همه اشخاص این سلطه را اعمال می‌کنند و مالک می‌شوند. شاید با توجه به همین نکات باشد که برخی فقها ملک را ملکیت بالقوه دانسته‌اند* و برخی آن را گاه از مراتب ملک** و گاه از پایین‌ترین مراتب ملک به شمار آورده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۸۹). از سوی دیگر، عدم تحقق ملکیت فعلی و منوط بودن آن به خواست و اراده دارنده ملک را نمی‌توان نادیده گرفت. شاهد مدعا اینکه درباره برخی مصادیق این بحث مانند حق شفعه*** و لقطه،**** تعبیر به اختیار تملک شده است. همچنین در مورد حق غانمین، تعبیر اختیار ملک نیز به کار رفته است.*****

* «فإن ملك الملك ملك بالقوة» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۰) و «... تعلق حق الموصی له به و تملكه ملكاً شأناً» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷۴).

** «فاختصاص الأكبر نظیر مرتبة ملك أن يملك من مراتب الملك» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۳۰۵).

*** «و إما أن يحضر في مجلس القاضي، و يثبت حقه في الشفعة، و يختار التملك و يقضى القاضي له بالشفعة» (حلی، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۲۴۸).

**** «قيل: لا يملكها إلا أن يختار التملك» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۵۳۱).

***** «إذا باع أحد الغانمين غانماً شيئاً أو وهبه لم يصح، و يمكن أن يقال: يصح في قدر حصته. أقول: وجه إمكان الصحة في قدر حصته، لأنه باع مالا مشتركا بينه و بين غيره فيصح في قدر حصته و يبطل في قدر حصته غيره، والصحة في قدر حصته مبنية على أن الملك، هل يحصل بمجرد الاستيلاء، أو به مع اختيار التملك» (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۵۲۰).

پس از آنکه ملک ملک را حق دانستیم، نوبت به تعیین نوع این حق می‌رسد. همان‌گونه که می‌دانیم، «حق» اقسام گوناگونی دارد و ضروری است جایگاه ملک ان‌یملک در میان آنها مشخص شود:

۱. حق باواسطه: برخی فقها (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۲۳۹-۲۴۰) حق* را به پنج دسته تقسیم کرده‌اند که چهار صورت از آنها برای بحث ما سودمند است: الف) حق مالی بدون واسطه؛ مانند حق مالکیت عین یا منفعت یا دین؛ ب) حق مالی باواسطه؛ مانند حق خیار، حق شفعه، حق تحجیر، حق دعوا و مانند آن. در این دسته، متعلق حق در ابتدا خود مال نیست، بلکه تسلط بر چیزی است که موجب حصول مال می‌شود؛ ج) حق انتفاع از غیر مال بدون واسطه؛ مانند حق زوجیت و حق نشستن در مسجد و مانند آن، برای کسی که زودتر به آنجا وارد شود؛ د) حق انتفاع از غیر مال باواسطه؛ مانند حق رجوع در طلاق که در واقع به معنای تسلط بر چیزی است که موجب انتفاع می‌شود.

ملک ان‌یملک را باید با توجه به مصادیق آن از حقوق باواسطه - یعنی قسم دوم و چهارم از موارد پیش‌گفته - دانست. در برخی متون فقهی نیز ملک ملک را (حق) مطالبه ملک و سبب ملک دانسته‌اند (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۳ / کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۹).

باید توجه داشت واسطه مورد بحث، فقط اعمال اراده دارنده در جهت تملک است و نه عمل حقوقی دیگری و اگر چنین واسطه‌ای در کار نباشد، ملک ملک را باید مالکیت شمرد، نه حق. علاوه بر این، اگر واسطه‌ای غیر از اعمال اراده در کار باشد، ملک ملک نخواهد بود؛ بنابراین مواردی مانند حق خیار که متعلق اولی آن فسخ عقد است، نه تملک، نباید از مصادیق ملک ملک به شمار آید.

۲. حق مالی: با توجه به برخی احکام حق ملک ملک مانند قابلیت انتقال و توارث،

* باید توجه داشت برخی مصادیقی که ایشان برای حق برشمرده است، حق اصطلاحی شمرده نمی‌شود و سخن ایشان درباره این‌گونه مصادیق را باید حمل بر مسامحه کرد. گهگاهی واژه حق برای حکم، عین و منفعت نیز به کار می‌رود: «إطلاق الحق علی العین والمنفعة إطلاق شائع کإطلاقه علی الحکم نعم الحق بالمعنی الأخص مقابل لذلك کله» (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۱).

شکی نیست این حق از حقوق مالی است. میرزاحبیب‌الله رشتی پس از شمارش ملک ملک به عنوان یکی از اقسام ملک، برای آن به حقوق مثال می‌زند و می‌گوید: «دارنده هر یک از حقوق مالی مانند حق خیار* و حق تحجیر، مالک ملک است» (رشتی گیلانی نجفی، [بی‌تا]، ص ۱۹). از سخن فقها درباره برخی مصادیق این حق نیز مالی بودن آن استفاده می‌شود؛ از جمله، محقق کرکی پس از آنکه وصیت مفلس در متعلق ملک ان‌یملک، مانند وصیت درباره زمینی که تحجیر کرده است یا مال گم‌شده‌ای که پیدا کرده باشد یا سهم خود از غنیمت پیش از قسمت را صحیح می‌داند و می‌گوید: «وصیت شخص مُبَدَّر نسبت به این امور، جایز نیست؛ زیرا تصرفات وی در اموال و آنچه در حکم مال است، صحیح نیست» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۳۷). از این نکته معلوم می‌شود که موضوع ملک ملک، مال یا در حکم مال است.

۳. حق متعلق به عین: متعلق ملک ان‌یملک، اموال عینی است و به تعبیر حقوقی، حق مذکور از حقوق عینی محسوب می‌شود؛ به عنوان نمونه، حق عامل در مضاربه را متعلق به عین اموال مورد مضاربه دانسته‌اند و از آن نتیجه گرفته‌اند که اگر مالک سرمایه فوت شود، سهم عامل بر دیگر غرما مقدم است.** همچنین حق موصی له (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۶/ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۸۶) و حق غانمین (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۸۹/ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۶۲) را متعلق به عین دانسته‌اند. گفتنی است هرچند متعلق حقوقی مانند حق رجوع در طلاق یا حق خیار، عین اموال نیست؛ زیرا متعلق حق در این دو مورد، عقد است، نه عین مال مورد معامله؛ ولی این دو نوع حق، مصداق ملک ملک نیستند؛ زیرا موضوع آنها تملک نیست. به رغم اینکه می‌توان بر سر برخی حقوق مانند حق فسخ، حق رجوع و حق انتفاع، واژه ملک یا ملک را اضافه کرد، همان‌گونه که فخرالمحققین درباره حق رجوع زوج در طلاق تصریح می‌کند که زوج مالک بالفعل نکاح است و رجوع، ملک ملک نکاح است،***

* همان‌گونه که در بحث از مصادیق گفته شد، حق خیار به نظر ما مصداق ملک ملک نیست.
 ** «إذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرماؤه... فلأنه قد ملك ان‌یملک فتعلق حقه بالعين كحق الجنایة والرهن» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۱۵۶/ نیز ر.ک: عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۶۸۶).
 *** «لأن الرجعة هي ملك ان‌یملک ذلك النكاح» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۷۸).

یا حق خیار به ملک فسخ عقد تعریف شده است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱)، یا از نکاح به ملک انتفاع تعبیر شده است؛* ولی باید توجه داشت متعلق حق در این موارد، تملک نیست. اگر قرار باشد با اضافه کردن واژه ملک بر یکی از حقوق، آن را در نظریه ملک داخل کرد، بسیاری از حقوق دیگر نیز در این نظریه داخل می‌شود و دیگر نامیدن این نظریه به حق تملک، نادرست و خارج از فرض خواهد بود.

گفتنی است برخی حقوقدانان عرب - مانند شفیق شحاته - حق تملک را حق شبه‌عینی دانسته‌اند (به نقل از سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۱۰)؛ ولی همان‌گونه که سنه‌وری گفته است، این سخن قابل پذیرش نیست (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ص ۹-۱۱) و نمی‌توان در تقسیم مرسوم حق به عینی و دینی، حق بینابینی در نظر گرفت.

۴. حق تکلیفی: در تقسیم دوگانه حق وضعی و تکلیفی،* حق تملک را با توجه به موضوع آن که «توانایی» داراشدن است، باید نوعی حق تکلیفی به شمار آورد؛ بدین معنا که موضوع آن یکی از افعال است. با این حال، با توجه به اینکه موضوع این حق، عمل تملک است و چنان‌که گفتیم، عرف این واسطه را نادیده یا مفروض می‌گیرد و نیز با توجه به برخی خصایص و آثار آن - مانند ارزش مالی داشتن و قابلیت ارث - باید تصدیق کرد این حق خصایص مشترکی با حق وضعی دارد.

۴. عناصر ملک ملک

براساس مطالب پیش گفته، برای تحقق ملک ملک، علاوه بر لزوم وجود دارنده ملک ملک، وجود چند عنصر ضروری است:

۱. وجود مال موضوع ملک ملک: مال مذکور ممکن است یکی از این وضعیت‌ها را داشته باشد: الف) بدون مالک باشد؛ مانند مباحات؛ ب) دارنده مالکی باشد که شرع

* «لان الزوج إنما ملك أن ينتفع، ولم يملك المنفعة» (عاملی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۸۵/ همان، ج ۱، ص ۳۴۹).
 ** تعبیر حق تکلیفی و حق وضعی در لسان فقها، به خصوص فقهای متأخر و معاصر، به دفعات به کار رفته است؛ از جمله: «... والفرض أنه حق تکلیفی» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۸، ص ۲۰۹)، «لإمكان عدم الملازمة بين ثبوت حق تکلیفی و بین حق وضعی» (اشتهدادی، ۱۴۱۷، ج ۲۵، ص ۱۱۲) و «... أنه حق تکلیفی للمرأة للاحق وضعی فی الذمة كالفقعة» (بحرانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۲۲).

مالکیت او را ملغی کرده است؛ مانند اموال کفار در حال جنگ؛ ج) دارنده مالک معتبری باشد؛ ولی شرع به رغم میل وی، حق تملک آن را به دارنده ملک داده باشد؛ مانند حق شفعه؛ د) دارنده مالک معتبری باشد؛ ولی خود وی حق تملک آن را به دارنده ملک داده باشد؛ مانند وصیت.

با توجه به مصادیقی که برای ملک ملک پذیرفته شد، اکثر مصادیق در دو دسته اول قرار می‌گیرند.

۲. وجود سببی برای تملک: سبب مذکور ممکن است به طور مستقیم به وسیله شارع ایجاد شده باشد؛ مانند حق شفعه برای شفیع یا شرکت در جهاد و استیلا بر اموال کافران درباره غنیمت یا به وسیله مالک ایجاد شده باشد؛ مانند وصیت.

۳. تصمیم مالک به تملک (اعمال اراده): تصمیم مالک ممکن است قصد انشا و نوعی ایقاع باشد؛ مانند قبول وصیت. از این رو ملک ملک از مصادیق موردی است که شخص می‌تواند با اعمال یک طرفه خود مالک شود. البته بر این اساس، اراده مالک هنگامی می‌تواند به تملک منجر شود که پیش از آن، سببی شرعی برای تملک وجود داشته باشد؛ بنابراین اراده وی به تنهایی و بدون وجود چنین سببی، نمی‌تواند به تملک مال منجر شود. از سوی دیگر، باید تأکید کرد در موارد ملک ان‌یملک، صرف اراده مالک برای تحقق ملکیت کافی است؛ بدین معنا که نه اراده شخص دیگری برای ملکیت او مؤثر است و نه اراده شخص دیگر می‌تواند مانع ملکیت او شود. با توجه به همین نکته است که مخاطب ایجاب - حتی در عقودی مانند بیع - را نمی‌توان مالک ملک دانست؛ زیرا تا پیش از قبول، مال در ملکیت موجب است و مخاطب ایجاب، هیچ حقی نسبت به آن ندارد. از این رو در صورت عدول موجب از ایجاب یا فوت وی، ایجاب باطل می‌شود و اموال موجب به وراثت وی می‌رسد.

۴. بلاعوض بودن: ملک ان‌یملک به صورت بلاعوض و مجانی برای دارنده آن برقرار می‌شود. در اکثر مصادیقی که به عنوان ملک ملک پذیرفته شدند - مانند غنیمت، لقطه، حیازت مباحات و وصیت - این عنصر نیازی به توضیح ندارد. درباره حق شفعه نیز باید افزود که اصل وجود این حق، بلاعوض است؛ هرچند اعمال حق شفعه به پرداخت ثمن به مشتری منوط باشد.

نتیجه

از مطالبی که در این نوشته آمد، می‌توان نتایج زیر را به دست آورد:

۱. بررسی روابط افراد با اموال، از وجود نوعی رابطه مالی حکایت دارد که براساس آن، شخص می‌تواند در برخی موارد پس از تحقق سببی شرعی یا قانونی، با اعمال اراده یک‌طرفه خود، مالی را تملک کند. فقهای اسلام از قدیم‌الایام به وجود این رابطه پی برده‌اند و آن را ملک ان‌یملک نامیده‌اند. درباره ماهیت این رابطه، اختلاف نظر است. با بررسی مصادیق و احکام این نهاد به نظر می‌رسد باید آن را یک حق مالی، متعلق به عین مال، تکلیفی و باواسطه دانست که اوصاف و آثار مشترکی با مالکیت دارد؛ ولی تا پیش از اعمال اراده دارنده، نمی‌توان آن را مالکیت به شمار آورد.

۲. از میان مصادیقی که به طور سنتی برای نظریه ملک ملک برشمرده‌اند، حق شفعه، حق غانمین نسبت به غنیمت پیش از قسمت، حق موصی‌له در قبول وصیت، حق تحجیر و لقطه، از مهم‌ترین نمونه‌های ملک ملک است.

۳. ملک ملک از حقوق قابل اسقاط و انتقال قهری است و می‌تواند با برخی اسباب انتقال ارادی مانند صلح و وصیت نیز انتقال یابد.

۴. مال موضوع ملک ملک، ممکن است مورد غصب یا اتلاف قرار گیرد و در این صورت، غاصب و مُتَلِف در برابر دارنده ملک ملک، ضامن ردّ بدل منافع و عین تلف شده‌اند.

۵. برای تحقق ملک ملک، علاوه بر لزوم وجود دارنده ملک ملک، وجود چند عنصر ضروری است:

الف) وجود مال موضوع ملک ملک. مال مذکور بدون مالک باشد یا دارنده مالکی باشد که شرع مالکیت او را ملغی کرده باشد؛ مانند اموال کفار در حال جنگ یا دارنده مالک معتبری است؛ ولی خود مالک موقعیتی برای تملک توسط دارنده ملک ملک را فراهم کرده است؛ مانند وصیت یا شرع، به رغم میل وی، به دیگری حق تملک مال او را داده است؛ مانند شفعه.

ب) وجود سبب شرعی برای تملک؛ مانند تحقق حق شفعه برای شفیع یا شرکت در جهاد و استیلا بر اموال کافران در مورد غنیمت، تحقق وصیت و مانند آن.

ج) تصمیم مالک به تملک. روشن است که اراده مالک، هنگامی می‌تواند به تملک منجر شود که پیش از آن سببی شرعی برای تملک وجود داشته باشد؛ در نتیجه، اراده مالک ملک به تنهایی و بدون وجود چنین سببی، نمی‌تواند به تملک مال منجر شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن علی؛ الأقطاب الفقهية؛ ج ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۰ق.
۲. اراکی، محمد علی؛ توضیح المسائل؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۱.
۳. اشتهازی، علی پناه؛ مدارک العروة؛ ج ۲۵، چ ۱، تهران: دارالأسوه، ۱۴۱۷ق.
۴. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن؛ کشف اللثام؛ ج ۷، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۵. اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، چ ۱، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۶. امیری قائم مقامی، عبدالمجید؛ حقوق تعهدات؛ ج ۱، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
۷. انصاری، مرتضی؛ الوصایا والمواریث؛ ج ۱، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۸. —؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳ و ۶، چ ۲، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
۹. بحر العلوم، سید محمد؛ بلغة الفقیه؛ ج ۴، چ ۴، تهران: انتشارات مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.
۱۰. بحرانی، محمد سند؛ سند العروة الوثقی (کتاب النکاح)؛ چ ۱، قم: مکتبة فدک، ۱۴۲۹ق.
۱۱. بصری بحرانی، زین الدین (محمد امین)؛ کلمة التقوی؛ ج ۴، چ ۲، قم: مهر، ۱۴۱۳ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ «آیا سرفقلى قابل توقیف است؟»؛ ماهنامه حقوق امروز؛ ش ۲، فروردین ۱۳۴۲، ص ۳۰-۳۲.
۱۳. —؛ وصیت؛ چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۱۴. حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم؛ کتاب الخمس؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.

١٥. حسینی عاملی، سیدجواد؛ **مفتاح الكرامة**؛ ج ١١، ١٢، ١٤ و ٢٠، چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٩ق.
١٦. حلی (علامه)، حسن بن یوسف؛ **تذکرة الفقهاء**، ج ٢، المكتبة المرتضوية (چاپ سنگی)، [بی تا].
١٧. —؛ **تذکرة الفقهاء**؛ ج ١٢، چ ١، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤٢٢ق.
١٨. —؛ **تحریر الأحكام**؛ ج ٣ و ٤، چ ١، قم: مؤسسه امام صادق، ١٤٢٠ق.
١٩. —؛ **قواعد الأحكام**؛ ج ٢، چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
٢٠. حلی (فخرالمحققین)، محمدبن حسن؛ **إيضاح الفوائد**؛ ج ١، ٢ و ٣، چ ١، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٨٧ق.
٢١. حلی (محقق)، جعفر بن حسن؛ **شرائع الإسلام**؛ ج ٢، چ ٢، تهران: استقلال، ١٤٠٩ق.
٢٢. خراسانی، محمد کاظم بن حسین؛ **حاشية المكاسب**؛ چ ١، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ١٤٠٦ق.
٢٣. خمینی، سیدروح الله؛ **تحریر الوسيلة**؛ ج ٢، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ١٣٩٠.
٢٤. خوانساری، سید احمد؛ **جامع المدارک**؛ ج ٥، چ ٢، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٥ق.
٢٥. خویی، سید ابوالقاسم؛ **مصباح الفقاهة**؛ ج ٥، چ ١، قم: مكتبة الداوری، ١٣٧٧.
٢٦. —؛ **منهاج الصالحین**؛ چ ٢٨، قم: مدينة العلم، ١٤١٠ق.
٢٧. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله؛ **كتاب الغصب**؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
٢٨. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ **مصادر الحق فی الفقه الإسلامی**؛ ج ١، چ ٢، بیروت: منشورات الحلبي، ١٩٩٨م.
٢٩. سیوری، مقداد بن عبدالله؛ **نضد القواعد الفقهية**؛ چ ١، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ١٤٠٣ق.
٣٠. شهیدی، مهدی؛ **سقوط تعهدات**؛ چ ٣، تهران: کانون وکلای دادگستری، ١٣٧٣.
٣١. صیمری، مفلح بن حسن؛ **غاية المرام**؛ ج ١، بیروت: دار الهادی، ١٤٢٠ق.
٣٢. طباطبایی، سید علی بن محمد؛ **ریاض المسائل**؛ چ ١، ج ١٢، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٨ق.

۳۳. طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط؛ ج ۳ و ۴، چ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق.
۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية؛ ج ۳، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۳۵. —؛ مسالك الأفهام؛ ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ القواعد والفوائد؛ ج ۱، چ ۱، قم: منشورات مكتبة المفید، [بی تا].
۳۷. عاملی کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۳، ۸ و ۱۰، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
۳۸. غروی نائینی، میرزا محمد حسین؛ منية الطالب؛ ج ۲، چ ۱، تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ق.
۳۹. قرافی، احمد بن ادريس؛ الفروق؛ ج ۳، چ ۱، بيروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
۴۰. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ جامع الشتات؛ ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
۴۱. مروارید، علی اصغر؛ الینایع الفقہیة؛ ج ۳۵، چ ۱، بيروت: مؤسسه فقه الشیعة، ۱۴۱۳ق.
۴۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا؛ هداية العباد؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۴۳. نائینی، محمد حسین؛ کتاب المکاسب والبیع؛ ج ۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۴۴. نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۸، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۹۴ق.
۴۵. —؛ تحرير المجلة؛ ج ۱، چ ۱، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ق.
۴۶. نراقی، مولی محمد بن احمد؛ مشارق الأحكام؛ ج ۲، قم: کنگره نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد)، ۱۴۲۲ق.

۴۷. یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۴ و ۵، چ ۱، قم: انتشارات جامعہ مدرسین، ۱۴۲۰ق.

۴۸. —؛ تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، چ ۱، قم: کتابفروشی داوری، [بی تا].

۴۹. —؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱ و ۲، چ ۱، قم: مؤسسہ اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.

۵۰. —؛ سؤال و جواب؛ چ ۱، تہران: مرکز نشر العلوم اسلامی، ۱۴۱۵ق.



پروہ شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی