

# حدود آزادی اراده در اسقاط مالکیت<sup>۱</sup>

رضا پورصدقی<sup>۲</sup>

سید عبدالرحیم حسینی<sup>۳</sup>

## چکیده

امکان اسقاط مالکیت که از دیرباز به عنوان اعراض در کتاب‌های فقهی مطرح بوده، از مباحثی است که میان مسائل فقهی بحث مستقلی را به خود اختصاص نداده، ولی همواره در لابه‌لای مباحث گوناگون فقهی مانند صید و غرق شدن اموال مورد بحث قرار گرفته است. در هر صورت در دوره‌های پیشین، عدم امکان اسقاط فتوایی، مشهور و چه بسا اجماعی بوده است، ولی امروزه، امکان اسقاط در میان فقهای معاصر دارای طرفدار است و کم‌کم مورد توجه بزرگان بیشتری قرار گرفته است.

نوشته حاضر نیز با بررسی ادله روایی و همچنین سیره عقلایی، با تکیه بر آرای صاحب نظران فقهی، اشکال‌های مطرح برای امکان اسقاط را پاسخ داده و «نظریه امکان اسقاط را به اثبات» رسانده است.

**کلیدواژه‌ها:** اسقاط مالکیت، اعراض، مالکیت.

حدود آزادی اراده در  
اسقاط مالکیت

۱۱۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲.

۲. دانش پژوه سطح چهار مرکز تخصصی فقهی ائمه اطهار (ع)، قم، (نویسنده مسئول). رایانامه: rezapoorseghi@gmail.com

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پردیس فارابی دانشگاه تهران. قم. رایانامه: abd.hosseini@ut.ac.ir

## مقدمه

تسلط انسان بر مال خویش این معنا را در ذهن انسان شکل می‌دهد که مالک در دایره اراده خویش می‌تواند هرگونه که خواست رفتار کند و هیچ‌گونه محدودیتی غیر از موارد ممنوع مشخص شده از جانب شرع، وجود ندارد. مطابق نظر مشهور فقها، یکی از محدودیت‌ها، اسقاط مالکیت است. اسقاط مالکیت که در کلام فقها بیشتر از آن با عنوان «اعراض» نام برده می‌شود؛ در واقع دست کشیدن از ملکیت است، بدون اینکه سبب خاص شرعی‌ای در میان باشد.

فی الجمله در بعضی از اموال، با سلب ملکیت، مال مباح می‌شود؛ مثل باب عتق که با نفس سلب ملکیت، عبد آزاد می‌شود و یا مانند اوقاف عامه، بنابر قول به تحریر که اگر مال را برای عموم وقف کند، آن مال از ملکیت او خارج می‌شود و هیچ مالکی نخواهد داشت. این موارد می‌تواند به‌عنوان شاهد بر مدعا و موجب استیناس ذهنی از طرف موافقان نظریه جواز اسقاط، مطرح شود، ولی به هر حال این موارد روشن است و جزو موضوع بحث نیست.

در بعضی از فروع از جمله تصرف مالکانه در مالی که پس از اعراض به‌دست شخصی رسیده، سؤالات و توجیهاتی وجود دارد که این نوشتار درصدد توجیه آن تصرفات است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم

بهار ۱۳۹۷

۱۱۸

## پرسش اصلی

پرسش اساسی در این موضوع این است که آیا مالک می‌تواند بدون به‌کارگیری یکی از اسباب مورد امضای شرع، ملک خود را از محدوده مالکیت خویش خارج کند؟ به عبارتی، بحث در این است: آیا اگر مالک بگوید فلان مال را رها کردم، آن مال رها مباح می‌شود یا خیر؟

یعنی مورد بحث در باب اعراض این است که: آیا همان‌طور که در باب حیات، نقل، منشأ ملکیت است (برای خودش احداث ملکیت می‌کند) در باب اعراض نیز، آیا با صرف سلب ملکیت از خود، آن ملک از تحت یدش خارج و مباح برای دیگران می‌شود یا خیر؟

شیوه تحقیق حاضر از نظر گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و از نظر ارائه اطلاعات به صورت تحلیلی و تطبیقی خواهد بود.

این مسئله از دیرباز مورد بحث بزرگان در فقه بوده است. مسئله اعراض بعضی از غنمین از سهم خود و حکم سهم آن‌ها در عبارات علامه وجود دارد (حلی، ۱۴۱۴، ۱۴۵/۹) و همچنین در رها کردن صید، نیز این بحث از دوره علامه حلی در کتب فقهی دیده می‌شود (حلی، ۱۴۱۳، ۳/۳۱۵). این مسئله در باب لقطه نیز مورد توجه بوده است. مرحوم ابن ادریس حلی تملک اموال غرق شده در دریا را به وسیله غوص، مشروط به اعراض مالک می‌داند (حلی، ۱۴۱۰، ۲/۱۹۵).

### آرا و نظرات در مسئله

با بررسی متون فقهی چنین به دست می‌آید که در مسئله چند قول وجود دارد: قول مشهور که هم از متقدمان طرفداران زیادی دارد و هم از متأخران، عدم خروج مال از ملکیت مالک به صرف اعراض است. مرحوم علامه (حلی، ۱۳۸۸، ۳۴۰)، مرحوم عمیدی (عمیدی، ۱۴۱۶، ۱/۳۴۲)، مرحوم فخر المحققین (حلی، ۱۳۸۷، ۴/۳)، مرحوم صیمری (صیمری، ۱۴۲۰، ۱/۵۲۰)، مرحوم میرزا حبیب‌الله رشتی (گیلانی، ۱۴۰۱، ۲/۱۲۳) و بسیاری از فقیهان دیگر طرفدار این نظریه بوده‌اند. در نزد قائلان به قول اول، اعراض سبب اباحت تصرف برای دیگران است و بعضی به آن تصریح کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۴، ۴/۲۷۲؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۱۴/۷۷؛ گیلانی، ۱۴۰۱، ۲/۱۲۳؛ خویی، ۱۴۱۸، ۳۰/۴۶۲).

قول دیگر، که بیشتر در بین متأخران رواج پیدا کرده است، خروج مال از ملکیت به سبب اعراض است. این قول به بعضی از متقدمان نیز نسبت داده شده است. مرحوم فخرالمحققین و شهید ثانی چنین نظری را به مرحوم شیخ طوسی نسبت داده‌اند (حلی، ۱۳۸۷، ۴/۱۲۳؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۱۱/۵۲۵). البته به نظر نمی‌رسد چنین نسبتی به مرحوم شیخ درست باشد؛ چرا که ایشان به صراحت این مطلب را در بحث صید نفی کرده است (طوسی، ۱۳۸۷، ۶/۲۷۴). البته مرحوم شیخ به مفاد روایت سکونی در باب اموال غرق شده، حکم به جواز تملک اموال به وسیله غواصان کرده

است (طوسی، ۱۴۰۰، ۳۵۱) و همان‌طور که بعداً به آن اشاره خواهد شد، معلوم نیست که بتوان به ایشان و کسانی که به‌واسطهٔ این روایت چنین فتوایی داده باشند را در زمرهٔ طرفداران این قول به‌شمار آورد. در میان متأخران بعضی از بزرگان چنین نظری دارند: مرحوم سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰۹/۱۹ و ۲۳/۲۴) مرحوم گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۱۱۵/۲)، شبیری‌زنجانی (زنجانی، ۱۴۱۹، ۷۷/۱) و مکارم‌شیرازی در تعلیقات بر عروة الوثقی (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۲۸، ۷۵۳/۲) و همچنین مرحوم حکیم در مستمسک و مرحوم خویی، این قول را به‌مشهور نسبت داده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۹۷/۱۲؛ خویی، ۱۴۱۸، ۴۶۰/۳۰). برخی نیز قول به اکثر را، از کفایة الاحکام نقل کرده‌اند (نراقی، ۱۴۲۲، ۴۱۱؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ۸۷۸/۲). البته این نسبت معلوم نیست، مطابقت کامل با مراد مرحوم محقق سبزواری داشته باشد؛ چرا که در این کتاب جواز تملک اموال غرق‌شده توسط خارج‌کننده آن به‌مشهور نسبت داده شده است (سبزواری، بی‌تا، ۷۲۴/۲) و چنین مطلبی دلالت تامی بر مدعا ندارد؛ چون نسبت به اینکه اعراض سبب خروج ملک است یا اباحه تصرف در آن وجود دارد یا مال در معرض تلف، چنین حکمی دارد مجمل است. بعضی نیز برای جواز خروج ملک به صرف اعراض قیودی را مطرح کرده‌اند از آن جمله:

محرر بودن (عراقی، ۱۴۱۵، ۲۶۵؛ قمی، ۱۴۲۳، ۲۰۱) در تنقیح و جواهر الکلام به بعضی نسبت داده شده است (حلی، ۱۴۰۴، ۲۷۲/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰۱/۴۰). در جواهر الکلام در معرض تلف بودن به بعضی نسبت داده شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۰۱/۴۰). قائلان به تفصیل یک یا چند مورد از این قیود را برای سبب خروج بودن اعراض مطرح کرده‌اند. برای مثال از مرحوم ابن‌ادریس، یأس از دستیابی و در معرض تلف بودن مال شرط شده است (حلی، ۱۴۱۰، ۱۹۵/۲).

### تحقیق مسئله

تحقیق در مسئله نیازمند دو مرحله بحث است. مرحله اول؛ اصل اولی در مسئله که مشخص‌کنندهٔ این است که در صورت عدم کفایت ادله به تکلیف چیست، و مرحله دوم؛ بررسی ادله و روایات آن است.

## اصل اولی در اسقاط ملکیت

قبل از بررسی ادله لازم است اصل اولی مورد بررسی قرار گرفته تا در صورت عدم کفایت ادله بر اثبات یا نفی مدعا، بتوان با مراجعه به آن حکم مسئله را به دست آورد. طبق یک مبنا، ملکیت چه در جانب حدوث و چه در جانب عدم، دائر مدار دلیل و سبب شرعی است و بدون سبب خاص که مورد امضای شرع واقع شود، نه ملکیتی به وجود می آید و نه در صورت وجود، ملکیتی از بین خواهد رفت. بنابراین، برخی از بزرگان، اصل اولی را با توجه به این نکته که اسباب تحقق ملکیت و زوال آن، محدود و مشخص است و اعراض جزو آنها نیست، عدم اسقاط معرفی می کنند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰۸/۱۹). ولی به نظر می رسد با رجوع به اصل عملی، نیز بتوان اصل اولی عدم سقوط ملکیت را اثبات کرد. اصل بقای ملکیت مالک که مرحوم فخرالمحققین به آن استدلال کرده است (حلی، ۱۳۸۷، ۱۲۲/۴) و اصل عدم ملکیت آخذ، البته قبل از تصرفات معتابه؛ زیرا ظاهراً اختلافی در آن وجود ندارد که پس از تصرفات معتابه آخذ، مال اعراض شده به ملکیت او در آید.

در نتیجه، با فرض عدم وجود دلیل کافی برای اثبات جواز اسقاط، اصل اولی، دلیل عدم جواز خواهد بود و می تواند مورد استناد طرفداران نظریه عدم جواز باشد.

## ادله جواز اسقاط

### دلیل اول: اطلاق قاعده تسلیط

قاعده تسلیط یکی از ادله ای است که برای جواز اسقاط ملکیت به آن تمسک شده است. مفاد این قاعده که از روایت مشهور نبوی ص: «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۷۲/۲) برداشت می شود درصدد بیان تسلط مالک بر ملک خویش است که بیان کننده یک مطلب عقلایی است و اطلاق آن شامل هرگونه تصرف در اموال می شود که از آن جمله، اسقاط رابطه ملکیت بین شخص و اموال است. لذا می توان به این صورت به این قاعده برای اثبات نظریه تمسک کرد. این روایت اگرچه از نظر سندی مورد تضعیف واقع شده، ولی به این سبب که مورد عمل فقهاست و همچنین به خاطر موافقت مضمون آن با ارتکازات عقلایی، مورد قبول واقع

شده است. بعضی از بزرگان در این رابطه می‌گویند: اطلاق مفاد نبوی که مالک را علی‌الاطلاق مسلط بر مال خویش معرفی می‌کند، مواردی که مالک نسبت به اموال خویش سلب ملکیت می‌کند را نیز شامل می‌شود و دلیلی بر تقیید این اطلاق وجود ندارد (گلبایگانی، ۱۴۱۳، ۱۱۵/۲).

### بررسی مفاد قاعده تسلیط و نقد دلیل اول

برخی در مقام پاسخ به این استدلال، مفاد روایت را مورد بررسی قرار داده و آن را محدود به ملکیت دانسته‌اند، نه سلطنت بر ازاله آن. سپس برای تأکید اشکال، سلطنت مطلقه خداوند را مثال زده‌اند که مقتضای عموم سلطنت الهی هیچ‌گاه این نیست که خداوند بتواند سلطنت خود را بر اشیاء از بین ببرد (روحانی‌قمی، ۱۴۱۲، ۹۱/۲۴).

بعضی از بزرگان این اشکال را به این تعبیر بیان کرده‌اند: از «الناس مسلطون علی أموالهم» تنها تسلط بر معنوی مال استفاده می‌شود، نه تسلط بر عنوان مال و سلب آن از معنوی (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲۱۷).

مرحوم نائینی نیز سلطنت بر ملک را ملازم با سلطنت بر سلب ملکیت نمی‌داند؛ چرا که از نظر ایشان حیطة سلطنت محدود به اعمال است و اسقاط در حیطة اعمال نیست، بلکه سلب موضوع اعمال است. عبارت ایشان در بعضی از کتاب‌هایش چنین است: اعراض بالاتر از سلطنت است و به وسیله آن موضوع سلطنت از بین می‌رود (نائینی، ۱۳۷۳، ۴/۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم

بهار ۱۳۹۷

۱۲۲

### بررسی اشکال

در پاسخ به این اشکال باید گفت:

اولاً: قیاس سلطنت مالک اعتباری به سلطنت باری تعالی قیاسی مع الفارق است، اینکه شیئی نمی‌تواند از سلطنت خداوند خارج شود به خاطر ممتنع بودن آن است؛ چون سلطنت خداوند بر مخلوقات، سلطنت ذاتی است و نه اعتباری و آن را با سایر سلطنت‌ها که کاملاً اعتباری‌اند نمی‌توان قیاس کرد و به صرف ممتنع بودن آن نمی‌توان چنین حکمی را به موارد دیگر سرایت داد. شاهد این مفارقت، امکان تملیک در اموال نسبت به مالکان اعتباری است و عدم آن در مخلوقات الهی نسبت به باری تعالی است.

ثانیاً: بی شک طبق مفاد قاعده تسلیط، مالک به انحای مختلف، جواز تملیک مال خود را به غیر دارد، پس با واسطه امکان سلب ملکیت خود را دارد، در حالی که براساس این روایت تفاوتی از این حیث وجود ندارد. پس مرحوم امام با طرح کلام مرحوم نائینی درصدد پاسخ به آن برآمده‌اند. ایشان در این مقام می‌فرماید: اعراض از شئون سلطنت است و از بین رفتن موضوع آن به واسطه اعراض، ضرری به این ادعا نمی‌زند؛ چراکه در همه معاملات چنین است؛ بیع منجر می‌شود که مال از سلطنت مالک خارج شود و فرقی بین بیع و اعراض و صلح و هبه از این جهت نیست و همان‌طور که سلطنت بر مال ملازم با سلطنت بر بیع و سلطنت بر معدوم کردن سلطنت بایع بر مبیع به واسطه معدوم کردن موضوع سلطنت است، به همان صورت لازمه آن سلطنت بر اعراض و سلطنت بر از بین بردن سلطنت به واسطه معدوم کردن موضوع آن است (خمینی، ۱۴۲۱، ۲۱/۱).

عبارتی از مرحوم اصفهانی وجود دارد که می‌توان آن را پاسخی به کلام مرحوم نائینی شمرد. وی می‌گوید: اعراض، اعراض از مال است، نه اعراض از ملکیت (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۴/۱۱۸) که با قبول این ادعا می‌توان چنین گفت که اعراض از شئون سلطنت بر مال است، اگرچه منجز به سلب موضوع سلطنت شود.

ثالثاً: همان‌طور که اشاره شد، روایت مطابق مرتکزات عقلایی است، پس مفاد آن باید با مرتکزات عقلایی سنجیده شود، لذا دلالت آن بر جواز اسقاط ملکیت بسته به وجود و عدم وجود ارتکاز عقلایی است؛ در نتیجه، بدون بررسی سیره عقلایی نمی‌توان نسبت به دلالت آن نظری داد.

حدود آزادی اراده در  
اسقاط ملکیت  
۱۳۳

## دلیل دوم: ادله روایی

### روایت سکونی:

«عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام يُضَمُّ الْقَصَارَ... وَإِذَا عَرِقَتِ السَّفِينَةُ وَ مَا فِيهَا فَأَصَابَهُ النَّاسُ فَمَا قَدَفَ بِهِ الْبَحْرُ عَلَى سَاحِلِهِ فَهُوَ لِأَهْلِهِ وَ هُمْ أَحَقُّ بِهِ وَ مَا عَاصَ عَلَيْهِ النَّاسُ وَ تَرَكَهُ صَاحِبُهُ فَهُوَ لَهُمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵/۲۴۲).

سکونی از امیر مؤمنان علی عليه السلام این چنین نقل می‌کند که اگر سفینه و اموال موجود

در آن غرق شد، در صورتی که به وسیله غواصی به دست کسی بیافتد، ملکیت برای غواص خواهد بود، که به دلالت اقتضا دلالت دارد بر اینکه مالک از آن اعراض کرده است و در غیر این صورت، یک مال دارای دو مالک همزمان خواهد بود که صحیح نیست. ابن ادریس به این روایت و مانند آن بر خروج مال اعراض شده از ملکیت مالک، تمسک جسته است (حلی، ۱۴۱۰، ۲/۱۹۵).

## نقد دلیل دوم

### بررسی سند روایت

این روایت، موثق و مورد پذیرش است. دلیل عمده پذیرش اخبار سکونی تصریح مرحوم شیخ طوسی بر عمل اصحاب به خبر سکونی در کتاب عده است (طوسی، ۱۴۱۷، ۱/۱۴۹) و از آنجایی که اخبار سکونی همواره به واسطه حسین بن یزید نوفلی به دست اصحاب رسیده است، این نقل، حاکی از آن خواهد بود که خبر نوفلی نیز در نزد اصحاب مورد قبول بوده است.

استدلال به روایت بر مدعی مذکور مورد اعتراض بعضی از بزرگان قرار گرفته است. مرحوم صاحب جواهر در مدلول روایت احتمال دیگری مطرح می کند. اینکه طبق روایت جمیع اموال برای صاحبان آن باشد و فرق دو صورت در این است که اموال غرق شده را در صورت اول خداوند به دست مالکان رسانیده و در صورت دوم، بندگان خدا به دست مالکان رسانیده اند و این برداشتی است که از برگرداندن ضمیر «لهم» به خود مالکان، ناشی می شود و چنین برداشتی را به بعضی از فقها نسبت داده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۰/۴۰۰). ولی چنین احتمالی مردود است؛ چرا که خلاف ظاهر است. همان طور که مرحوم میرزا حبیب الله آن را به وجه مختلف خلاف ظاهر دانسته است (گیلانی، ۱۴۰۱، ۲/۱۲۳) و مرحوم گلپایگانی آن را خلاف انصاف می داند (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۲/۱۱۵).

در هر صورت، مرحوم خوئی این روایت را بی ارتباط به مسئله مذکور می داند و می گوید: مواردی که مالک از غرق شدن کشتی یا از وجود اموال خود در کشتی مطلع نیست، مشمول اطلاق روایت است. در حالی که در این فروض اعراض بی معناست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۲۴



لذا روایت باید معنای دیگری را افاده کند و آن معنا تملک غیر در اموال در معرض خطر که عرفاً تالف محسوب می‌شوند، می‌باشد و این معنا مؤید به روایات دیگری است. همانند روایت هشام که از نظر سندی نیز بی‌اشکال است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي وَجَدْتُ شَاةً فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّئْبِ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۰/۵). که در این روایت نسبت به گوسفندی که در معرض تلف است، حکم به جواز تملک توسط غیر داده شده است (خویی، ۱۴۱۸، ۴۶۰/۳۰).

سید موسی شبیری زنجانی با تمسک به ظهور ذیل روایت اشکال محقق خویی روایت را مورد خدشه قرار داده و در تقریرات جلسهٔ درسشان چنین آمده است: «در روایت سکونی، تعبیری وارد شده که در کلام آقای خویی رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مورد توجه قرار نگرفته. در این روایت قید «و تَرَكَهُ صَاحِبُهُ» دیده می‌شود، با توجه به این قید مواردی که مالک اصلاً به غرق کشتی توجه نداشته یا به مال دار بودن خود یا در کشتی بودن مال آگاهی نداشته باشد، داخل در موضوع روایت نیست.» (زنجانی، ۱۴۱۹، ۶۸/۱) و جالب توجه است که محقق خویی در بحث خمس خود به این نکته توجه دارد و می‌گوید: نقل روایت متفاوت است. یک روایت ضعیف است و در روایت دیگر حکم مقید به ترک صاحب مال است. در این روایت حکم مقید به «ترکه صاحب» شده است و این یعنی مالک از آن اعراض کرده است که اطلاق روایت مواردی که اعراض مالک همراه با کراهت است و همچنین مواردی که اعراض قهری است را شامل می‌شود و همچنین مقتضای اطلاق روایت این است که فرقی بین مواردی که مالک شناخته شده است و مواردی که مالک شناخته نیست، وجود ندارد (خویی، ۱۴۱۸، ۱۱۸/۲۵).  
سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که محقق خویی چرا با آگاهی از وجود چنین قیدی احتمالات مذکور را مطرح کرده‌اند و آیا افزون بر احتمال غفلت، پاسخی فنی که با قواعد سازگار باشد وجود دارد؟

### عدم دلالت روایت سکونی بر مدعا

در عین حال که روایت دارای قید «ترکه صاحب» می‌باشد دال بر مدعا نیست؛

چراکه همچنان این احتمال که روایت، موارد تالف عرفی را مدّ نظر دارد و حکم آن را بیان می‌کند وجود دارد؛ چون مواردی که شخص مطلع نیست، ولی در صورت مطلع بودن هم امکان نجات اموال برایش وجود ندارد، نیز از راه تناسب حکم و موضوع از این روایت برداشت می‌شود. که در این صورت روایت ناظر بر موارد تالف عرفی خواهد بود و شامل مواردی که امکان نجات اموال از طرف خود شخص وجود دارد، نخواهد شد. لذا با وجود این قید نیز از نظر محقق شبیری روایت دلالت بر مدعا ندارد (زنجان، ۱۴۱۹، ۶۹/۱). مرحوم سبزواری نیز دلالت این قید بر مدعا را کافی نمی‌داند و می‌نویسد: شکی در دلالت این قید بر اعراض مالک نیست؛ ولی اباحه تملک از آن استفاده نمی‌شود، علاوه بر آن از «فهو لهم» نیز حصول ملکیت استفاده نمی‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰۸/۱۹).

مرحوم سبزواری اگرچه در آغاز در دلالت این روایت و روایات دیگر خدشه وارد می‌کند، ولی با توجه به وجود ارتکازات عرفی بر سقوط ملکیت به واسطه اعراض می‌نویسد: این اخبار بر اساس مرتکزات عرفی وارد شده‌اند و درصدد بیان تعبد نیستند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰۹/۱۹).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۲۶

### روایت هشام بن سالم

روایت هشام که از نظر سندی نیز بی‌اشکال است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ص فَقَالَ لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ ص إِنِّي وَجَدْتُ شَاةً فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۰/۵).

این روایت، تملک گوسفند در معرض تلف را بر دیگران جایز شمرده است. نحوه استدلال به این روایت بدین گونه است: در صورت تملک غیر، باید ملکیت مالک نسبت به آن زائل شده باشد. در غیر این صورت، باید دو مالک بر یک مال فرض شود که ممکن نیست. پس به دلالت اقتضا دانسته می‌شود که مالک به خاطر قطع امید از مال خود از آن رفع ید کرده است که چنین استدلالی واضح البطلان است؛ چراکه شارع می‌تواند تعبداً ملکیت چنین مالی که در معرض خطر نابودی است به دیگری منتقل کند. شبیری، با توجه به این نکته دلالت روایت بر مدعا را رد می‌کند و

می گوید: در این روایت اجازه تملک گوسفندی که در بیابان پیدا می شود، داده شده است، ولی این امر به معنای اعراض مالک نیست، بلکه مناط جواز تملک این است که مال پیدا شده ای را که در معرض تلف است، می توان آن را تملک نمود (زنجان، ۱۴۱۹، ۶۹/۱-۷۰).

### روایت حریز

«صَحِيحَةُ حَرِيْزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا بَأْسَ بِلِقْطَةِ الْعَصَا وَالشَّطَاظِ وَالْوَتْدِ وَالْحَبْلِ وَالْعِقَالِ وَأَشْبَاهِهِ قَالَ وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام لَيْسَ لِهَذَا طَالِبٌ.» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۰/۵).

از روایاتی که ممکن است در این مسئله، برای استدلال، بدان تمسک شود، روایت حریز است که از طرف برخی از فقهای معاصر مورد بررسی قرار گرفته است (زنجان، ۱۴۱۹، ۷۰/۱). روایت از نظر سندی بی اشکال است. طبق مفاد این روایت که از اطلاق تعلیل استفاده می شود، هر مال پیدا شده ای را که طالب و پی گیری کننده ای ندارد را می توان تملک کرد؛ چرا که حضرت می فرماید: «لَا بَأْسَ بِلِقْطَةِ الْعَصَا» و از این تعبیر می توان فهمید، هرگونه تصرفی در آن مال می توان انجام داد که یکی از آن ها تملک است و عمومیت آن شامل مدعای مسئله نیز می شود؛ چرا که حضرت در مقام توجیه فرمایش خود می فرماید: «لَيْسَ لِهَذَا طَالِبٌ» و از آن استفاده عمومیت حکم بر سایر موارد می شود.

شبیری زنجان استدلال به این روایت را نمی پذیرد و می گوید: ظاهراً معنای حدیث این است که ذی حقی که این مال را طلب کند وجود ندارد و دیگران هم که حقی ندارند، پس مانعی نیست که انسان این مال را التقاط و تملک کند (زنجان، ۱۴۱۹، ۷۰/۱).

### روایت عبدالله بن سنان

«صَحِيحَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: مَنْ أَصَابَ مَالًا أَوْ بَعِيرًا فِي فَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ قَدْ كَلَّتْ وَقَامَتْ وَسَيَّبَهَا صَاحِبُهَا مِمَّا لَمْ يَتَّبِعْهُ فَأَخَذَهَا غَيْرُهُ فَأَقَامَ عَلَيْهَا

وَأَنْفَقَ نَفَقَةً حَتَّىٰ أَحْيَاهَا مِنَ الْكُلَالِ وَمِنَ الْمَوْتِ فَهِيَ لَهُ وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا وَإِنَّمَا هِيَ  
مِثْلُ الشَّيْءِ الْمُبَاحِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۰/۵).

استدلال به این روایت بدین گونه است که از این روایت جواز تملک هر مالی که در بیابان پیدا شده استفاده می شود و نحوه دلالت آن بر جواز اعراض به نحو سابق الذکر است. تمسک به این روایت مورد مناقشه برخی از بزرگان قرار گرفته است؛ چراکه آن را منحصر در مواردی می دانند که مال در معرض تلف است و اینکه می توان از عبارت «انما هی مثل الشیء المباح» که این مال را شبیه مال مباح دانسته، نه خود مال مباح چنین برداشت کرد که این مال همچنان در ملکیت مالک باقی است (زنجانی، ۱۴۱۹، ۷۱/۱).

### دلیل سوم: سیره عقلا

سیره عقلایی که از عمده ادله ابواب مختلف فقه معاملات محسوب می شود و دلیل آن به خوبی روشن است؛ زیرا فقه معاملات تأسیسی نیست، بلکه امضایی است؛ پس در بیشتر موارد فقه معاملاتی، سیره عقلایی یا به عنوان دلیل به کار می رود و یا به عنوان مؤید و تعیین کننده حد و حدود ادله شرعی در استنباط و در این مسئله نیز به عنوان یکی از ادله اساسی مطرح است. پر واضح است که در رجوع به سیره باید دو گام اساسی برداشته شود. گام اول: کشف سیره عقلایی قطعی و گام دوم: کشف امضای شرع از سیره در صورت کشف سیره عقلایی گرچه این کشف از عدم نهی شارع نسبت به آن باشد.

بعضی از بزرگان فقهی قائل اند، سیره عقلا بر آن است که اعراض سبب انقطاع ملکیت می باشد، چنان که پس از اعراض هرگونه تصرف حتی تصرفات مالکانه برای غیر، مجاز شمرده می شود و چنین سیره و ارتکازی از طرف شرع مقدس ردع نشده است. مرحوم گلپایگانی و شبیری زنجانی و سید تقی قمی، قائل به وجود سیره به طور مطلق هستند (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۱۱۵/۲؛ زنجانی، ۱۴۱۹، ۷۶/۱؛ قمی، ۱۴۲۶، ۴۴۷/۸). مرحوم صاحب جواهر و میرزا حبیب الله در محقرات، قائل به وجود سیره هستند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰۰/۴۰؛ گیلانی، ۱۴۰۱، ۱۲۳/۲).

جستارهای  
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۲۸

## ۱) بررسی وجود سیره

برخی از فقها که اعراض را مسقط ملکیت نمی دانند، وجود سیره را منکرند. مرحوم خوئی با استدلال و اقامه شاهد آن را منکر است (خوئی، ۱۴۱۸، ۴۶۱/۳۰) و برخی بدون استدلال مثل مرحوم میرزا حبیب الله رشتی (گیلانی، ۱۴۰۱، ۱۲۳/۲).

## ۲) ادعای تنافی جواز رجوع مالک با سلب ملکیت

مرحوم محقق خوئی در رد دلیل سیره چنین اشکال می کنند که طبق سیره عقلایی مالک می تواند قبل از اینکه آخذ در مال مأخوذ تصرف کند، از اعراض خود منصرف شود و به ملک سابق خود رجوع کند. این رجوع حاکی از آن است که همچنان ملکیت سابق برقرار است و گر نه، دلیلی وجود ندارد که این شخص نسبت به مالی که در ید غیر، قرار گرفته است، بتواند اعمال حق کند و جلوی تصرفات آخذ را بگیرد. این نتیجه با اباحه تصرف از ناحیه مالک سازگار است که علقه مالکیت برقرار است؛ نه با اسقاط مالکی (خوئی، ۱۴۱۸، ۴۶۱/۳۰).

در عبارت مرحوم خوئی اگرچه به نحوه دلالت شاهد بر مدعی اشاره نشده، ولی دو احتمال در آن وجود دارد؛ زیرا امکان رجوع مالک به مال اعراض شده از دو جهت می تواند دال بر عدم خروج ملکیت باشد؛

اول: رجوع مالک بر مال آخذ شده دلیلی جز این ندارد که از مالک سلب مالکیت نشده است و او همچنان مالک و صاحب اختیار مال است.

دوم: از نظر عقلایی رجوع مالک در مال اعراض شده رجوع در ملک سابق است نه اینکه این رجوع تملک جدید بر مال سابق محسوب شود.

به نظر می رسد مورد اول استدلال محقق خوئی است، اگرچه در تقریرات ایشان صرف رجوع مالک، مورد اشاره قرار گرفته است.

## ۳) نقد اول بر ادعای تنافی

با عنایت به «لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵، ۲/۲۴۷) باید پیش از بیع برای آخذ، ملکیتی فرض شود تا معوض از ملک او خارج گردد و این مطلب

ممکن است به‌عنوان شاهد بر امکان اعراض و اسقاط ملکیت مطرح شود. بنابراین جواز تصرفاتی که فرع بر مالک بودن متصرف می‌باشد دال بر اسقاط مالکیت است؛ چون چنین تصرفاتی با اباحه تصرف ناسازگار است و همین که در نزد عقلا امکان این تصرفات وجود دارد، نشان‌دهنده انتقال ملکیت است. براساس سیره عقلا شخص می‌تواند آن را بفروشد در حالی که طبق ادله، بیع امکان ندارد، مگر اینکه با بیع مالک باشد و از طرفی واضح است که چنین بیعی بیع فضولی نیست. نتیجه این خواهد بود که آخذ مالک است.

در پاسخ باید گفت: می‌توان با حصول ملکیت آنی چنین اشکالی را توجیه کرد. از نظر مشهور یک آن پیش از تصرف برای آخذ ملکیت ایجاد می‌شود و سپس تصرف اتفاق می‌افتد. پس منافاتی بین اباحه تصرف و تصرفات مالکانه وجود ندارد. مرحوم آقای خوئی نیز در پاسخ به چنین اشکالی چنین توجیهی ارائه می‌کنند (خوئی، ۱۴۱۸، ۴۶۲/۳۰). البته از دیدگاه سیدتقی قمی پس از اعراض مالک و اخذ دیگری امکان رجوع مالک وجود ندارد (قمی، ۱۴۲۶، ۴۴۷/۸). لذا در نزد عقلا پس از احراز اعراض مالک و اخذ شخص دیگری مالک نمی‌تواند با ابراز پشیمانی جلوی تصرفات آخذ را بگیرد.

جستارهای  
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۳۰

این اشکال مورد نقد محقق شبیری است. زیرا اولاً حصول ملکیت در یک لحظه برای آخذ و همچنین مشتری در بیع فضولی و سایر مواردی که چنین توجیهی برای آن‌ها مطرح است، فرضی عرفی نیست (زنجانی، ۱۴۱۹، ۷۰۱۴/۲۲). یک مسئله مستبعدی از دیدگاه عقلاست، اینکه در یک آن عقلی شخص مالک شود و بلافاصله مال از ملکیت‌اش خارج شود به ذهن کسی نمی‌آید. در حالی که عقلا شخص را متصرف در ملک خود می‌دانند نه اینکه شخص در مالی که اباحه تصرف دارد و یک لحظه مالک می‌شود چنین تصرفی کرده باشد. پس حق این است که ما براساس سیره عقلا باید آخذ را مالک بدانیم، نه شخصی که دارای اباحه تصرف است. این نکته در جلسه ۳۴ کتاب خمس محقق شبیری زنجانی مورد تأکید قرار گرفته است.

ثانیاً: بر فرض که چنین توجیهی در موارد شرعی برای جمع بین ادله راهکار مناسبی شمرده شود، نمی‌توان آن را برای مسائل عقلایی مطرح کرد، چرا که در نزد

آنان چنین ارتکازی وجود ندارد و توجیه رفتار آنان به چیزی خواهد بود که خود آنان به آن راضی نیستند.

#### ۴) نقد دوم بر ادعای تنافی

امکان رجوع مالک به مال اعراض شده نمی‌تواند دلیل کافی برای رد سیره عقلایی باشد؛ زیرا در مقام، احتمالات ثبوتی مختلفی متصور است که با وجود آن‌ها نمی‌توان چنین مناقشه‌ای را پذیرفت. برای امکان رجوع مالک، سه احتمال در مقام ثبوت می‌توان در نظر گرفت:

احتمال اول: اعراض سبب خروج از ملک نشود، چنانچه محقق خوئی می‌فرماید؛ احتمال دوم: اعراض سلب ملکیت می‌کند، ولی مشروط است (به نحو شرط متأخر) که خودش پیش از اخذ دیگری یا پیش از تصرف معتابه پشیمان نشود، و اگر پشیمان شد کشف می‌شود که از آغاز، اعراض سبب خروج از ملک نبوده است؛

احتمال سوم: مال اعراض شده ملک آخذ می‌گردد و بعد از پشیمانی هم از عدم ملکیت آخذ از اول کشف نمی‌کند، ولی ملکیت آخذ غیر مستقر و متزلزل است (بر خلاف احتمال دوم که خروج از ملک مراعی و مشروط بود)؛ این سه احتمال در کلام برخی از فقها مطرح شده است (زنجان، ۱۴۱۹، ۷۵/۱).

می‌توان احتمال دوم را به بیع فضولی طبق مبنای کشف تشبیه کرد که در آن برای خریدار، ملکیت مراعی ایجاد می‌شود به این معنا که با اجازه مالک کشف می‌شود که خریدار از ابتدای معامله مالک بوده است. در اینجا نیز با پشیمان شدن مالک کشف می‌شود که از ابتدا سلب ملکیت برای او نشده است و در فرض عدم پشیمانی مال او مانند مباحات اصلیه خواهد بود که به واسطه تصرف آخذ به ملکیت او منتقل می‌شود.

احتمال سوم: را نیز می‌توان به هبه غیر معوضه تشبیه کرد؛ هبه‌ای که در آن شخص موهوب<sup>۱</sup> له شخص خاصی تصور نشده است و هبه‌کننده مال خود را به هرکسی که به آن دسترسی پیدا کند هبه کرده است. در این صورت، برای طرف مقابل ملکیت متزلزل ایجاد خواهد شد، به همان سیاق در مال معرض<sup>۲</sup> عنه نیز می‌توان ملکیت متزلزل تصور کرد. با چنین فرضی آخذ تا قبل از تصرف معتابه دارای ملکیت متزلزل است و

مالک از نظر عقلایی این حق را دارد که در آن مال اعمال حق کند و جلوی تصرفات  
آخذ را بگیرد. در عین حالی که مال از ملکیت وی خارج شده، احتمال ملکیت  
متزلزل در کلام مرحوم سبزواری نیز وجود دارد<sup>۱</sup> (سبزواری، بی تا، ۷۲۵/۲).  
با وجود احتمال‌های گفته شده، امکان رجوع، دلیلی کافی برای رد سیره نیست.  
و با عنایت به تمام صورت‌های احتمالی مسئله معلوم می‌گردد که جواز رجوع مالک  
به هیچ وجه دلیل بر عدم خروج مال اعراض شده از ملک مالک یا عدم دخول آن  
در ملک گیرنده نیست، بلکه با دقت در بنای عقلا معلوم می‌گردد که آن‌ها آخذ را  
مالک شیء اعراض شده می‌دانند، حال یا به‌طور شرط متأخر عدم رجوع مالک اول  
پیش از تصرف، یا به‌صورت ملکیت جائز.

#### ۵) بررسی اسقاط ملکیت قبل از تحقق اخذ در نزد سیره عقلا

اینکه مالی که مورد اعراض مالک قرار گرفته، پیش از حیات و تصرف غیر  
مانند مباحات اصلی می‌باشد یا خیر، حتی در نظر کسانی که اعراض را سبب اسقاط  
ملکیت می‌دانند نیز جای بحث و کنکاش دارد. طبق این دیدگاه اعراض سلب ملکیت  
می‌کند، ولی تا زمانی که کس دیگری در آن تصرف نکرده است، هنوز به ملکیت  
سابق باقی است. از دیدگاه طرفداران این نظریه روشن است که تا آخذ مال را اخذ  
و تملك نکرده باشد در ملك مالك سابق باقی است. البته قائلان به نکته بالا دلیل و  
نشانه خاصی برای فرمایش خود ارائه نکرده‌اند و بالطبع ارتکازات عقلائی را دال بر آن  
می‌دانند. مرحوم شیخ انصاری نیز در بحث «نثار اعراض» چنین نظری را ابراز می‌کند  
و می‌نویسد: مال نثار شده به مجرد نثار از ملکیت مالک خارج نمی‌شود، بلکه تحقق  
آن نیازمند اخذ است. پس تا زمانی که شخصی آن را اخذ نکرده، در ملک مالک  
باقی است. پس نثار و اخذ ایجاب و قبول فعلی به‌شمار می‌رود (انصاری، ۱۴۱۵، ۳۷).  
چنین نظری از کلمات مرحوم ایروانی نیز استفاده می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲۱۷).  
ولی می‌توان چنین ادعا کرد که اعراض از لحظه اول سلب ملکیت است و مال

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم

بهار ۱۳۹۷

۱۳۲

۱. و الأقرب جواز أخذه للغائض و جواز تصرفه فيه، عملاً بالإباحة الأصلية. لكن في كونه ملكاً مستقراً له تأمل.



اعراض شده همانند مباح اصلی است<sup>۱</sup> و دلیلی وجود ندارد با فرض مسقط دانستن اعراض بین پیش و پس از حیازت در مسئله تفصیل داده شود پس عقلا مالی را که در بیابان به عنوان مباح رها می شود را مباح می دانند، نه ملک شخص خاص و چنین برداشتی در کلمات فقهای متقدم هم مسبوق به سابقه است. مرحوم ابن ادریس نیز مال غرق شده که مالک نسبت آن قطع امید کرده است را اگر توسط غواصی خارج شود مباح دانسته است و نسبت به آن ادعای اجماع کرده است (حلی، ۱۴۱۰، ۱۹۵/۲). مرحوم سبزواری در کفایه تصریح به اباحه اصلیه دارد (سبزواری، بی تا، ۷۲۵/۲). در کلام متأخران نیز چنین مطلبی مورد اشاره قرار گرفته است. برای مثال: سید تقی قمی می فرماید: طبق سیره عقلایی ملک به مجرد اعراض از ملک خارج می شود (قمی، ۱۴۲۳، ۲۰۱) و همچنین مکارم شیرازی نیز اعراض را مسقط ملک می دانند (مکارم، ضمن العروة الوثقی مع التعليقات، ۱۴۲۸، ۷۵۳/۲).

در مواردی که مالک قطع علاقه نکرده، ولی نسبت به آن مال رها شده بی تفاوت است، نیز بین بعضی از بزرگان اختلاف وجود دارد، برای مثال مرحوم شهید ثانی بدون قطع علاقه اجازه تصرف برای دیگری را قائل نیست و تنها در فرض اعراض آن را مباح می داند و دلیل آن را نیز اصل می داند (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۴/۷۷). ولی چنین حکمی در نزد عقلا وجود دارد. شبیری نیز به چنین سیره و ارتکازی بین عقلا قائل است و لذا می گوید: «به نظر می رسد که در جایی که مالک دیگر نسبت به این مال بی تفاوت است، هر چند تصور قطع ارتباط اعتباری را هم نداشته باشد با نفس اعراض تکوینی و بی تفاوت بودن مالک نسبت به مال، عقلا مال را از ملک مالک خارج می دانند.» (زنجانی، ۱۴۱۹، ۱/۷۷) لذا نوبت به تمسک به اصل نمی رسد، پس آنکه در این فرض نیز ملکیت منتفی است.

## ۶) دلیل چهارم: اقتضای ماهیت ملکیت

ملکیت نوعی حکم وضعی است که بین شخص و بین عین یا منفعت عین ارتباط

۱. دلیل اینکه همانند مباح اصلیه است نه خود مباح اصلیه این است که مالک قبل نسبت به آن دارای حق اولویت است.

ایجاد می‌کند. طوری که شخص نسبت به عین یا منفعت امکان هرگونه تصرفات و نقل و انتقالی را پیدا می‌کند؛ چرا که ملک تسلط و استیلا بر شیء است (مشکینی، بی تا، ۵۱۴). مرحوم اصفهانی پس از اینکه بحث مفصلی درباره «مقول»<sup>۱</sup> بودن ملک مطرح و مقول بودن آن را رد می‌کند و نتیجه می‌گیرد که ملک امری اعتباری است در پاسخ به این سؤال که ملک چه نوع اعتباری است می‌نویسد: «طبق تحقیق، ملکیت؛ اعتبار احاطه مالک بر مملوک است؛ لذا از نوع اعتبار اضافه می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۳۱). نتیجه اینکه در ملک دو طرف اضافه در نظر گرفته می‌شود: مالک، مملوک و رابطه اعتباری بین این دو را ملکیت گویند.»

بررسی ماهیت ملکیت و مقایسه آن با ماهیت حق که قابلیت اسقاط شاخصه آن در مقابل ماهیت حکم شمرده می‌شود؛ چنین نتیجه می‌دهد که بین ماهیت ملک و حق تفاوتی که باعث تمایز حکم آن دو از حیث قابلیت اسقاط شود وجود ندارد. فرق اساسی بین حق و ملک تفاوت متعلق سلطنت دانسته شده است. ملک سلطنت بر عین یا منافع است و حق سلطنت بر فعل خاص. به خلاف برخی از آرا که فرق بین حق و ملک را ضعف و قوت سلطنت می‌داند و منظور از ضعف و قوت، سعه و ضیق در محدوده تصرفات است و به عبارتی فرق در حوزه سلطنت است نه متعلق آن (نائینی، ۱۳۷۳، ۴۱) پیش‌نیاز این داوری آشنایی با ماهیت ملکیت است.

اگرچه در اعتباریات عنان معتبر به‌دست اعتبارکننده است، ولی از آنجا که اعتبارات عقلایی ناشی از اغراض اجتماعی و رفع حوائج عمومی است و از طرفی مناطات این اعتبارات قابل دسترسی است، چنین به نظر می‌رسد از جهت اسقاط، بین ملک و حق، مفارقی جعل نشده است و سلطنت ذوالحق بر حق و همچنین سلطنت مالک بر مملوک چنین اقتضایی دارد. همان‌طور که ذوالحق می‌تواند در چارچوب حدود حق، حق خود را اسقاط کند، به همان صورت، مالک می‌تواند ملکیت را اسقاط کند. مرحوم ایروانی می‌نویسد: مقتضای عموم سلطنت ملکیت این است که شخص هرگاه بخواهد از ملکیتش خارج شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲۱۷). مرحوم سبزواری

جستارهای  
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۳۴

(۱) جنس الاجناس هر ماهیتی را مقول می‌گویند. جنس الاجناس آن جنسی است که بالاتر از آن جنسی نیست (ر. ک: طباطبایی، نه‌ایة الحکمة، ۱۴۲۸ هـ. ق، ۱۴۹).

در این رابطه می نویسد: «ملکیت امر اعتباری عرفی است که اعتبار فقط به لحاظ آثار است پس زمانی که آثار منعدم شد، وجهی برای اعتبار نخواهد بود؛ پس وجهی برای اصل بقای ملکیت وجود ندارد و از سوی دیگر عرف، رابطه مالک و ملک را منقطع می بیند.» (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲/۱۹).

مرحوم فخرالمحققین به بعضی از اصحاب چنین نسبت داده است که قدرت بر شئی قدرت بر ضد آن نیز می باشد، پس قدرت بر تملک ملازم خواهد بود با قدرت بر سلب ملکیت که این استدلال قریب به استدلال به چیستی ماهیت اعتبار ملکیت است (حلی، ۱۳۸۷، ۴/۱۲۲). البته به استدلالی که صاحب الإیضاح آن را نقل کرده ایراداتی مطرح شده است که برخی با قبول کبرای ملازمه قدرت شئی و قدرت بر ضد آن، در این مطلب اشکال صغروی می کنند. به این بیان که ضد قدرت بر ملکیت، عدم ملکیت است، نه اخراج ملکیت. آن چیزی که ضد اخراج ملکیت است، ادخال ملکیت است نه خود ملکیت و همان طور که ادخال ملکیت نیاز به سبب شرعی دارد، اخراج ملکیت نیز نیازمند سبب شرعی است (روحانی قمی، ۱۴۱۲، ۲۴/۹۲). مرحوم شهید ثانی نیز علاوه بر اشکال صغروی در کبرای این استدلال نیز تردید دارند (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۱/۵۲۵). این دلیل به خصوص با وجود سیره، می تواند اطمینان لازم برای جواز اسقاط ایجاد کند.

حدود آزادی اراده در  
اسقاط مالکیت  
۱۳۵

### نتیجه

بر اساس مشهور فتاوا در فقه شیعه برای اراده مالک محدودیت هایی در نظر گرفته شده، از آن جمله اسقاط مالکیت است. بدون اینکه سبب خاصی که به امضای شرعی رسیده باشد در کار باشد. سؤال اساسی این بود که آیا مالک می تواند بدون به کارگیری یکی از اسباب مورد امضای شرع، ملک خود را از محدوده مالکیت خویش خارج کند؟

اصل اولی در مسئله عدم جواز اسقاط است، که در صورتی که دلیل کافی بر جواز اسقاط مالکیت یافت نشود باید بر عدم جواز اسقاط حکم شود. دلیل عمده اصل اولی، استصحاب است.

ملکیت نوعی حکم وضعی است که بین شخص و بین عین یا منفعت عین ارتباط ایجاد می‌کند، طوری که شخص نسبت به عین یا منفعت امکان هرگونه تصرفات و نقل و انتقالی را پیدا می‌کند؛ چراکه ملک تسلط و استیلا بر شیء است. از عمده ادله امکان اسقاط می‌توان از قاعده تسلط، روایات خاصه، سیره عقلایی و اقتضای ماهیت ملکیت نام برد. از این ادله، روایات خاصه دلالت کافی بر مدعا ندارد و دلالت قاعده تسلط مبتنی بر وجود و عدم وجود سیره است، ولی سیره عقلایی و اقتضای ماهیت ملکیت دلالت بر مدعا دارد و اشکالاتی که نسبت به این ادله وجود دارد قابل پاسخ است. سیره عقلا بر آن است که اعراض سبب انقطاع ملکیت می‌باشد، چنان‌که پس از رها شدن مال، هرگونه تصرف حتی تصرفات مالکانه برای غیر مجاز شمرده می‌شود و چنین سیره و ارتکازی از طرف شرع مقدس رد نشده است.

بررسی ماهیت ملکیت و مقایسه آن با ماهیت حق که قابلیت اسقاط شاخصه آن در مقابل ماهیت حکم شمرده می‌شود، چنین نتیجه می‌دهد که بین ماهیت ملک و حق، تفاوتی که باعث تمایز حکم آن دو از حیث قابلیت اسقاط شود وجود ندارد. فرق اساسی بین حق و ملک تفاوت متعلق سلطنت دانسته شده است. ملک سلطنت بر عین یا منافع است و حق سلطنت بر فعل خاص.

بنابراین، اسقاط مالکیت و رها شدن مال توسط مالک، سبب خروج مال از ملک مالک می‌گردد، و دیگران می‌توانند مال اعراض شده را تملک کنند، ولی اگر مالک اصلی پیش از اخذ دیگران یا پس از اخذ و قبل از تصرف معتابه از اعراض خود بازگشت، خود او، مالک مال خواهد بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۳۶

## منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر، (۱۴۲۵ق)، کتاب القضاء (للآشتیانی ط الحدیثة)، ۲ جلد، انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی (؛)، قم، ایران، اول.
۲. ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة - قم، چاپ: اول.

۳. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة)، ۵ جلد، أنوار الهدی، قم، ایران، اول.
۴. اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۱۸ق)، رسالة في تحقيق الحق و الحكم، در يك جلد، أنوار الهدی، قم، ایران، اول.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ق)، كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري)، در يك جلد، كنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ایران، اول.
۶. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، (۱۴۰۶ق)، جمان السلك في الإعراض عن الملك، در يك جلد، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران - ایران، اول.
۷. حکیم، سید محسن طباطبایی، (۱۴۱۶ق)، مستمسك العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول.
۸. حلّی، (ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم.
۹. حلّی، (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ق)، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول.
۱۰. حلّی، (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۴ق)، تذكرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۱. \_\_\_\_ . (۱۳۸۸ق)، تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)، در يك جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۲. \_\_\_\_ . (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
۱۳. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، (۱۴۰۴ق)، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ۴ جلد، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۴. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۱ق)، كتاب البيع (للإمام الخميني)، ۵ جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئي، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۶. روحانی قمی، سید صادق حسینی، (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیهم السلام (لروحاني)، ۲۶ جلد، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۷. زنجانی، سید موسی شبیری، (۱۴۱۹ق)، كتاب نکاح (زنجاني)، ۲۵ جلد، مؤسسه پژوهشی

- رای پرداز، قم - ایران، اول.
۱۸. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، (بی تا)، کفایة الأحكام، ۲ جلد، انتشارات مهدوی، اصفهان - ایران، اول.
۱۹. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ایران، چهارم.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۷ق)، العدة في أصول الفقه، قم، ناشر: محمد تقی علاقبندیان، اول.
۲۱. ———، (۱۳۸۷ق)، المبسوط في فقه الإمامية، ۸ جلد، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، سوم.
۲۲. ———، (۱۴۰۰ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، در يك جلد، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، دوم.
۲۳. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول.
۲۴. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی، (۱۴۱۵ق)، تعلیقة استدلالیة علی العروة الوثقی، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم.
۲۵. عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج حسینی، (۱۴۱۶ق)، کنز الفوائد في حل مشکلات القواعد، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
۲۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، ۸ جلد، نشر هجرت، قم - ایران، دوم.
۲۷. قمی، سید تقی طباطبایی، (۱۴۲۳ق)، الغایة القصوى في التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة، در یک جلد، انتشارات محلاتی، قم - ایران، اول.
۲۸. ———، (۱۴۲۶ق)، مباني منهج الصالحين، ۱۰ جلد، منشورات قلم الشرق، قم - ایران، اول.
۲۹. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافي (ط - الإسلامية)، ۸ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم.
۳۰. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، (۱۴۱۳ق)، کتاب القضاء (للكلبایگانی)، ۲ جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول.
۳۱. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشستی، (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء (للمیرزا حبیب الله)، ۲ جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول.
۳۲. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دهم  
بهار ۱۳۹۷

۱۳۸

- الأطهار (ط - بيروت)، ۱۱۱ جلد، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دوم.
۳۳. مشکینی، میرزا علی، (بی تا)، مصطلحات الفقه، در یک جلد، بی جا.
۳۴. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ۲ جلد، المكتبة المحمدية، تهران - ایران، اول.
۳۵. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، هفتم.
۳۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۲۸ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، دو جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی