

پژوهش دینی

Pazhouhesh Dini

شماره ۴۶، بهار و تابستان ۱۴۰۲

No. 46, Spring & Summer 2023

صص ۳۳-۵۵ (مقاله پژوهشی)

بازپژوهی نظریه منفعت در فقه امامیه با تأکید بر آیات قرآن کریم

سیدمصطفی ملیحی^۱، سیدعبدالرحیم حسینی^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۱/۵)

چکیده

کیفیّت تصویر مالکیّت بر منافع بالقوه و تدریجی به عنوان یکی از مهم‌ترین و بارزترین مصادیق مالکیّت، نظریه معدوم‌الوجود بودن و عدم تحقق فعلی منفعت مورد معامله حین انعقاد قراردادها در عقودی که موضوع آن‌ها منافع است نه اموال منتقل یا غیرمنتقل بافرض اینکه آن چه نقل و انتقال می‌یابد و مورد توافق واقع می‌گردد نه امری محسوس است و نه قابل ارزیابی عینی، از سوی فقیهان با پرسش‌ها و اشکالاتی مواجه گشته است، صاحب‌نظران از دیرباز تاکنون در چارچوب پاسخ به این انتقادات و تفضیلهای صورت گرفته فرضیه‌ها، برداشت‌ها و اعتباراتی را مطرح کرده‌اند. نظر باینکه غالب گفته‌ها در این زمینه حول محور امکان تصویر و عدم محالیت عقلی این نوع مالکیّت ابراز گردیده، می‌توان از آن‌ها به عنوان "نظریه‌های امکان سنجی مالکیّت و نقل و انتقال منفعت" یاد کرد، شاخص‌ترین دیدگاه‌های طرح شده در یک دسته‌بندی کلی عبارتند از؛ نظریه اعتباری بودن منافع، نظریه مالکیّت استقلالی و تبعی، خواشش جدید از نظریه مالکیّت تبعی و نظریه تفکیک نقل و انتقال از ملک و تعلیقی دانستن مالکیّت منفعت. ضمن طرح مقدمات و تمهدات لازم در راستای بررسی و تقدیم علمی این نظریات، سرانجام در مقام انتباخ با آیات قرآن کریم معنوی بودن منافع در دادوستدهای مختلف را به عنوان نظریه منتخب مستدل و مبرهن ساخته‌ایم.

کلید واژه‌ها: ملکیّت، عین، نظریه منفعت، انتفاع، انتقال، فقه امامیه.

s,mostafa.malihi@gmail.com
adb.hosseini@ut.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم (نویسنده مسئول)؛
۲. دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران؛

مقدمه

مالکیت، سلطه و تصرفات برخاسته از آن مهم‌ترین مقصودیات اقتصادی انسان به شمار می‌آید، امری که پیوسته ابعاد گوناگون آن از حیث مبانی، ماهیّت و آثار تابعه با پرسش‌های گوناگون فقهی و حقوقی مواجه گشته است، همان‌گونه که ماهیّت ملکیّت در جای خود از حیث چیستی و خصوصیات ذاتی و عارضی محل بحث و تأمل است، مرتب آن نیز به لحاظ شدّت و ضعف و متعلق اعتبار مالکیّت دست کم از دو جهت عرصه اختلاف و معركه آراء است، نخست؛ از حیث امکان عرفی و عقلائی فرض مرتب شدّت و ضعف برای ملک، دوّم؛ از نظر کیفیت تحقق و نمود عینی هر یک مالکیّت بر اعيان، منافع و انتفاعات.

ملک در لغت به جهات و اعتبارات مختلف تفسیر می‌گردد، گاه به اعتبار متعلق، چنان که در العین فراهیدی آمده است: «الْمُلْكُ: مَا مَلَكَتِ الْيَدُ مِنْ مَالٍ وَ خَوْلٍ» (فراهیدی، ۳۸۰/۵) گاه به اعتبار میزان سلطه و استیلای دارنده ملک همان‌گونه که ابن منظور به نقل از ابن سیده می‌نویسد: «قال ابن سیده: الْمُلْكُ وَ الْمُلْكُ وَ الْمُلْكُ احتواء الشيء وَ القدرة على الاستبداد به» (ابن منظور، ۴۹۲/۱۰) و گاه به اعتبار قوه و فعل، چنان که راغب اصفهانی می‌گوید «الْمُلْكُ ضربان: مِلْكٌ هو التملّكُ وَ التَّولّي، وَ مِلْكٌ هو القوّةُ على ذلك، تولّي أو لم يتوّلّ. فمن الأوّل قوله: «إِنَّ الْمُلْكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا» (النمل، ۳۴)، وَ من الثاني قوله: «إِذْ جَعَلَ فِيْكُمْ أَنْبِياءً وَ جَعَلَكُمْ مُّلُوكًا» (المائد، ۲۰)، راغب اصفهانی، ۷۷۴ پیش از پرداختن به نظریه‌های فقهی مطرح در زمینه بحث، لازم است به تفسیر معانی ملک عین، ملک منفعت و ملک انتفاع پیردازیم که به نوبه خود نظر به تفاوت دیدگاه‌ها نیازمند توضیح است:

تفاوت و اختلاف تعابیر پیرامون معنای ملک و مرتب آن در نگاه فقیهان علل گوناگون دارد، ممکن است منشأ تفاوت نظرات اختلاف در عناصر شکل‌دهنده ملکیت باشد، زیرا مالکیت ناشی از اسباب مختلف از قبیل بیع، ارت، صلح و غیر اینها است، و نمی‌توان آن را

مساوق و برابر با تصرف دانست، زیرا بسیاری چون محجورین مالکاند، اما قدرت قانونی برای تصرف ندارند، لذا رابطه بین تصرف و ملکیت عموم من وجهه است، در مواردی تصرف هست اما مالکیت نیست، مانند وصی و وکیل و حاکم قدرت بر تصرف دارند اما مالکیت ندارند، در مواردی چون مالکیت صغار و مجانین برغم وجود مالکیت قدرت بر تصرف وجود ندارند، و در عین حال ملکیت و جواز تصرف در اشخاص بخوردار از اهلیت تملک و تصرف جمع می‌گردد، و ممکن است منشأ اختلاف رابطه بین حیازت و تصرف باشد، آیا برای تحقق مالکیت صرف حیازت کفايت می‌کند؟ یا تصرف نیز شرط تحقق آن است؟ پاسخ به هر یک از این مسائل و دیگر پرسش‌های ناظر به مراتب مالکیت در گرو تجزیه و تحلیل انحصار و اشکال سه گانه مالکیت است. براساس نظر مشهور فقیهان مراتب ملک از حیث متعلق آن ممکن است "عین" یا "منفعت" یا "حق انتفاع" یا "ملک" ملک" باشد. چنان‌که شهیدثانی در اشاره به تقسیم مالکیت از حیث مراتب مختلف آن می‌نویسد: "ملک بر چهار گروه قابل تقسیم است؛ ملک رقبه، منفعت، انتفاع، ملک ملک- چنان‌که گفته می‌شود مالک است برای مالک شدن - تصور دو قسم نخست روش است و اشکالی درباره آن‌ها مطرح نیست و ملک انتفاع مانند وقف بر جهات عامه، در این صورت مالک انتفاع موقوف^{*} علیهم‌اند و مانند ملک زوج نسبت به حق بعض، که صرفاً مالک انتفاع آن است. برخلاف وقف خاص، که در این حالت به طور قطع موقوف^{*} علیهم مالک منافع‌اند، لذا می‌توانند عین موقوفه را اجاره یا عاریه دهند و مالک ثمره و حاصل آن گردند." (عاملی، شهید اول، ۳۴۸/۱) برخی در توضیح بیشتر آورده‌اند: "ملک چهارگونه است، "ملک عین"، "ملک عین و منفعت"، "ملک منفعت مجرد از عین"، "ملک انتفاع" و "ملک الملک"، مفهوم ملک و ملک عین و منفعت روشن است، ملک منفعت مانند مالکیت نسبت به منفعت خانه استیجاری، و منفعت حاصل از وصیت، و مالک انتفاع مانند ساکن در خانه (که از قابلیت سکونت آن بهره می‌برد) و ملک الملک مانند غنیمت بعد از حیازت و استحقاق شریک نسبت به حق شفعه." (فقعاني، ۲۹۲) متأخرین و معاصرین "ملک شدن برای ملک" را در زمرة اقسام ملک به معنای مطلق آن بهشمار نمی‌آورند، بلکه با توجه به

اولویت بالقوه و امتیازی ناشی از ملک برای دارنده خود ایجاد می‌کند آن را از مصاديق حق به حساب آورده‌اند. ماده ۲۹ قانون مدنی نیز تصریح دارد: "ممکن است اشخاص نسبت به اموال، علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱) مالکیت اعم از عین یا منفعت. ۲) حق انتفاع. ۳) حق ارتفاق به ملک غیر." براساس تقسیم‌بندی‌های ارائه شده، مفهوم مالکیت نسبت به اعیان از امور بدیهی و روشن است لذا نیازی به بحث درخصوص چگونگی آن ندیده‌اند، اما مالکیت نسبت به "منفعت" و "انتفاع" از دو جهت مورد بحث و مناقشه قرار گرفته است، نخست، از حیث قابلیت فرض و تحقق، دوم، از حیث نوع و سinx رابطه‌ای که بین منفعت و انتفاع و مالکیت بر عین حاکم است، زیرا قول به استقلال یا عدم استقلال منفعت و انتفاع در مقایسه به مالکیت اعیان دارای ثمرات متعدد فقهی و حقوقی است از این‌رو از دیرباز نظر و تأمل فقیهان را به خود معطوف داشته است. چنان‌که محقق خوبی بحث در این زمینه و ثمرات مطرح شده را با اهمیت دانسته، می‌گوید: "فقدوق ذاک الخلاف العظيم في تحديد مفهوم و بيان ماهيته" (خوبی، کتاب الاجاره، ۴)

قرآن کریم مالکیت و احیاء آن را منحصر در مفاهیم یاد شده نمی‌داند و گستره آن را فراتر از اصطلاحات متعارف در این زمینه می‌داند چنان‌که می‌فرماید: "قُلِ ادْعُوا الَّذِينَ زَعَمْتُمْ مِنْ دُونِهِ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرُّ عنْكُمْ وَ لَا تَحْوِيلًا: بگو به آنان که جز خدای را می‌پندارند، نه توان بر طرف نمودن خسارati از ایشان دارند و نه دگرگونی در احوالشان ایشان را" (الاسراء، ۵۶) به باور بعض مفسرین مالکیت در این آیه مبارکه با مفهوم حق و قدرت یکی دانسته شده است. (نک: طبری، سمرقندی، طوسی، ابوالفتوح رازی، طبرسی، ذیل آیه ۵۶ سوره اسراء، طبری)

مراتب مالکیت

۱. ملک عین: مالکیت بر عین، سلطه و توانایی تمام عیار و همه جانبی برای مالک است، مالک در این زمینه از بالاترین اختیارات شرعی، قانونی و عرفی ممکن برخوردار است. سلطه مالکانه ملک را نسبت به همه وجوده ممکن بهره‌برداری از موضوع ملک

توانمند می‌سازد. در نتیجه آن دامنه حقوق عینی به وسیع‌ترین شکل ممکن مهیا می‌گردد. جهات مختلف سلطه در این زمینه ممکن است نسبت به استفاده از حق مالکیت باشد، براساس این حیث از حق از آن چه دارد استفاده نماید یا استفاده نکند.

در این قسم از مالکیت علاوه بر خود عین منافع آن نیز در اختیار و سلطه مالک است. لذا می‌بینیم فقهاء در تفسیر و توضیح این قسم از مالکیت بر این نکته تأکید داشته چنان‌که شیخ طوسی این اصل را در قالب قاعده‌ای فقهی مطرح ساخته و می‌گوید: «من ملک الرقبة ملك المنافع.» (طوسی، ۲۸۹/۴) محقق کرکی در اشاره به این امر می‌نویسد: «ان ملک العین يقتضي ملک المنافع بِعْدَ إِذَا لَمْ يُسْبِقْ ملکَهَا بِسَبَبِ آخِرٍ لَا مُطْلَقاً» (محقق کرکی، ۹/۷ و فشارکی، ۵۷۶) و به تعبیر صاحب الحدائق الناظره: «أن تملک العین يستلزم ملک المنافع، لأنها نماء الملك، فيما لو لم يسبق سبب آخر لتملكها.» (بحرانی، ۵۳۶/۲۱) البته شهیدثانی به درستی عمومیت این ضابطه را مورد اشکال قرارداده می‌نویسد: «ان ملک العین يستدعي ملک المنافع، لأنها نماء الملك و يضعف بأن العین إنما تستتبع المنافع إذا لم يسبق ملکها بسبب آخر.» (شهیدثانی، ۱۷۴/۵)

نظریات پیش گفته در حالی صورت می‌بندد که قرآن کریم مالکیت انسان بر اعیان را نیز از جنس تملکات نسبت به منافع می‌داند و مالک مطلق اعیان و منافع را خدا می‌شناسد. آیه شریفه‌ای صراحت بیشتری در این خصوص دارد می‌فرماید: «قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكِ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ تَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَ تُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَ تُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرِ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (آل عمران، ۲۶) اعطای ملک به هر انسانی تابع ضابطه‌ای است، و آن صلاحیت مالک و مصلحت برخورداری او از این حق است. (طبرسی، ۷۲۸/۲) البته این اصل در مالکیت‌های معنوی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. (ابن شهرآشوب، ۲۶/۲)

یادآوری این نکته لازم است، برخی از فقهاء در پاسخ به سوال، آیا متعلق ملک اعیان است یا منافع؟ و به تعبیر دیگر آیا ملک انسان درباره جواهر و اجسام نیز قابل تصور است

یا صرفاً به منافع تعلق می‌گیرد؟ گفته‌اند: «برخلاف نظر مشهور که متعلق ملک در مبیع را اعیان و متعلق ملک در اجاره منافع دانسته‌اند مالک بر اعیان جز خدا نیست، زیرا ملک چیزی غیر از تصرف نیست، و تصرف در اعیان از طریق ایجاد و از میان بردن یا زنده کردن و میراندن از آن خداست، و تصرف انسان صرفاً در منافع اعیان صورت می‌پذیرد نه در خود آن‌ها.» (قرافی، ۲۰۸/۳) غافل از این‌که مالکیت اصلی نسبت به منافع نیز از آن خداوند است.

۲. ملک منفعت: محقق بجنوردی منفعت را حقیقت عرفی دانسته می‌نویسد: «و مفهوم المنفعه لا بدّوان يوخذ من العرف كسائر المفاهيم.» (بجنوردی، ۲۸۵/۵) منفعت مترتب بر عین قابلیت داشتن آن برای استفاده و بهره‌مندی مالک است، مانند قابلیت خانه برای سکونت و باع برای کشت و زرع. سیدمحسن حکیم اهمیت تفکیک بین معنای منفعت و عین را یادآور شده می‌نویسد: «أن مفهوم المنفعه مباین لمفهوم العين و لا ينطبق أحدهما على ما ينطبق عليه الآخر.» (حکیم، ۴) و نیز منفعت را به دو قسم عینی و فعلی تقسیم نموده می‌افزاید: «المراد من المنفعه أعم من المنفعة العينية، مثل الثمر و اللبن و نحوهما و المنفعة الفعلية مثل الركوب و الحرش و السكتى و غيرها.» (حکیم، ۲۵۰/۲ و خوئی، ۲۰۴/۲ و تبریزی، ۳۰۱/۲ و خراسانی، ۲۷۳/۲)

خوانساری در جامع المدارک برخلاف این نظریه هرگونه تقابل و تفاوت بین عین و منفعت را نفی نموده می‌نویسد: «و ليس المراد من المنفعة ما يقابل العين، فإنَّ مياه القنوات

أعیان و مع ذلك تعدَّ منافع و يصحُّ الوقف باعتبار تسبيلها.» (خوانساری، ۲/۴)

به نظر می‌رسد عرفی انگاری منفعت نیاز به بحث و جدل در خصوص ماهیّت آن را

منتفي می‌سازد، چنان‌که محقق مراغی در این خصوص به درستی گفته است:

«منفعت امر عرفی است و ضابطه شرعی ندارد، اختصاص به چیزی داشته باشد که مقابل عین قرار گیرد تا معنای آن مانند سکنی مجرد امر حکمی انتزاعی باشد، بلکه منفعت هر چیزی به حسب خود آن در نظر گرفته می‌شود و ملاک آن صدق عرفی منفعت است لذا

می‌بینیم مواردی مانند شیر مرضعه، محصول زمین زراعی و آب چاه اگر در حد ذات خود لحاظ گردند در زمرة اعیان‌اند. اما عرفاً در زمرة منافع اعتبار شده‌اند.» (مراوغی، ۲۲۱/۲)

البته منافع خود از حیث مالکیت دارای مراتب اند و شدت و ضعف دارند، همان‌گونه که علامه حلی در تذکره الفقهاء در توضیح وجود مراتب برای منافع در مقام دفاع از نظریه عدم قابلیت مورد عاریه برای عاریه دوم، به بیان فرق میان اجاره و عاریه پرداخته و ضمن بیان تفکیک مالکیت بر منفعت از دیگر انواع مالکیت، ذیل مستله «ولیس للمستعير أن يعيّر» می‌نویسد: «و الفرق: إن المستأجر ملک بعد الإجارة الانتفاع على كل وجه، فلهذا ملک أن يملکها، و أما في العارية فإنه ملک المنفعة على وجه ما أذن له، فلا يستوفي بغيره، فافتراقاً إذا ثبت هذا، فإنه يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه و بوكيله، و لا يكون ذلك إعارة للوكيل إذا لم تعد المنفعة إليه.» (علامه حلی، ۲۲۶/۱۶ و سیوری، ۳۳۹) در مقابل ابوحنیفه و عده‌ای دیگر از شافعیه برخلاف نظر قبلی با نفی مراتب از منافع بر این عقیده‌اند، مستعیر می‌تواند آن‌چه عاریه گرفته است را به دیگری عاریه دهد، زیرا همان‌گونه که مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره دهد، همین‌طور مستعیر نیز این امکان را دارد تا مورد عاریه را به شخص دیگری عاریه دهد، و استدلال ایشان این است: «لأنه تملیک على حسب ما ملک» (کاسانی، ۲۱۵/۶ و ماوردی، ۱۲۷/۷ و نسوی، ۷۱/۴) البته اصل بر مصونیت مال غیر و صیانت آن از تصرف دیگران است، لذا حق تصرف برای مستعیر دوم جز با دلیل ثابت نمی‌گردد، علاوه این‌که شخص مستعیر مالک منفعت به نحو مطلق نیست لذا نمی‌تواند مال عاریه را اجاره دهد چون جهت انتفاع وی مقید است، تنها چیزی که بروی مباح شده انتفاع است، و شخصی که فقط اباخه در تصرف و انتفاع دارد مجاز به نقل اباخه اختصاص یافته به خود نیست، مانند مهمانی که تناول از طعام بروی مباح گردیده و او نمی‌تواند آن را بر دیگری مباح کند.»

۳. ملک انتفاع: ماده ۴۰ قانون مدنی ایران در بیان معنای حق انتفاع می‌گوید: «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک

دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.» تفاوت بین ملک منفعت و ملک انتفاع در فقه اهمیت و کاربرد بسیاری دارد، لذا با دقت در تعبیرات این فرق مورد توجه قرار می‌گیرد، از کلمات بزرگان این‌گونه استفاده می‌گردد که ملک انتفاع نسبت به منفعت در مرتبه پائین‌تر و ضعیفتر قرار دارد و قابلیت‌های آن اندک است، چنان‌که گفته‌اند: «الموروث هو المال و ما يتبعه، و حقوق العقوبات و المنافع. أما ملك الانتفاع فلا يورث قطعاً.» (ابن ابی جمهور، ۱۴۹) صاحب جواهر قابلیت حق انتفاع برای نقل و انتقال با همه عنوانین را نفی نموده می‌نویسد: «ان ملك الانتفاع غير ملك المنفعة، ولذا لم يصح له نقلها للغير.» (نجفی، ۳۲۷/۲۹) سیدمحمد بحرالعلوم در بلغه الفقیه، ضمن اشاره به این طبقه‌بندی و تعیین شدت و ضعف مراتب ملک، می‌نویسد: «ملک از حیث شدت و ضعف مراتب برسه گونه است؛ ملکیت به معنای سلطنت که کامل‌ترین مرتبه آن است، به عین تعلق دارد و از آن به «ملک رقبه» تعبیر می‌گردد، و اگر اختصاص به بعض جهات داشته باشد از آن به «ملک منفعت» تعبیر می‌شود، و ضعیفتر از آن مرتبه ملک انتفاع است، نظیر مالکیت زوج بر بعض زوجه که منافاتی با بقاء ملکیت آن برای زوجه ندارد.» (بحرالعلوم، ۳۰۳/۱) از این‌رو سیدیزدی بین ملک انتفاع و جواز انتفاع قائل به تفکیک و تفاوت شده تصریح می‌کند: «جواز الانتفاع غير ملك الانتفاع.» (سیدیزدی، ۲۶۰/۱) کاشف الغطاء در انوار الفقاهه، در تبیین عمومیت موارد غصب به این امر توجه داده می‌نویسد: «غصب به لحاظ عرفی اختصاص به مال ندارد، بلکه اعم از بعض و همه اموری است که می‌توان به تملک درآورد، اگرچه به مالیت درنیایند، و ملک منفعت اعم از ملک انتفاع است.» (کاشف الغطاء، ۲)

انتقادات پیرامون مالکیت منفعت و انتفاع

اشکالات مطرح شده در زمینه این دو نحوه مالکیت ناظر به مرحله امکان آن‌ها است، از میان انتقادات متعدد، چند نظریه نقش محوری دارند، و موجب شده‌اند تا در این باره مباحث دامنه‌داری شکل گیرد که عبارتند از:

نخست؛ ایراد معروف این است، تعلق ملک به منفعت، به منزله تعلق امر موجود به معده است چیزی که حین عقد وجود خارجی ندارد، و معاوضه براساس آن نسبت به امری است، وجود ثابت و مستقری ندارد، و صرفاً هنگام استفاده و بهره‌برداری است که معنا پیدا می‌کند. علاوه این‌که ملک از مقوله اعراض (در مقابل جواهر) بوده و برای وجود یافتن و نیازمند به موضوع عینی و محقق است. (اصفهانی، ۳۲)

دوم؛ منافع اعیان مانند سکنی برای خانه و سواری (برای اتومبیل)، و... از حیثیات متعلق به اعیان نیستند و اساساً مملوک برای مالک قرار نمی‌گیرند تا آن‌ها را به مالکیت شخص دیگری مانند مستأجر درآورد، بلکه از اعراض متعلق به شخص مستأجرند و چنین اموری قابلیت برای ملکیت شخص موجر را ندارند (چون در فرض مذکور منفعت از این جهت معنا پیدا می‌کند که مالک دارد و وجود استقلالی ندارد تا مالک بتواند آن را به دیگری تحويل دهد) و منفعت قائم به اوست، و ملکیت اعتباری که از توابع و آثار مالک است بلکه از اعراض نفس او به شمار می‌آید قابل تملک برای وی نیست، علاوه اگر ملکیت را از اعراض مستأجر بدانیم بین ملک منفعت و ملک انتفاع فرقی نخواهد بود. (اصفهانی، ۳۲) و به بیان مختصر محقق خوئی: «أنَّ المَنْفَعَةَ كَسْكُنَى الدَّارِ عَرَضَ قَائِمًا بالمستأجر وَ مِنَ الصَّفَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ وَ أَجْنبِيَّةَ عَنِ الْمَالِكِ، فَكِيفَ يَمْلَكُهَا وَ يَنْقَلِهَا إِلَى المستأجر.» (خوئی، ۳۰/۶) شیخ طوسی این اشکال را در کتاب الخلاف مطرح نموده و آن را منسوب به ابوحنیفه دانسته است. (طوسی، الخلاف، ۳/۴۸۹)

این دو اشکال موجب گردیده فقهاء در مقام پاسخ و ضمن نقد و بررسی اشکالات نظرات خود را در قالب نقد که نوعاً با توجه به فضای بحث مشتمل بر جواب‌های نقضی و حلی است ارائه نمایند. که از نگاه این مقاله طرح این نظریات به تبع تعریف اصطلاحات خاص و تقید به عدم جواز عبور از آن‌ها صورت می‌پذیرد.

نظریه اعتباری بودن منفعت

اعتباری بودن منافع از منظر محقق اصفهانی، سیدمحمدکاظم یزدی و میرزای نائینی که

از برجسته‌ترین طرح کنندگان این نظریه‌اند به عنوان مهم‌ترین نظریه ارائه شده مطمح قرار گرفته و نظر به اهمیت به عنوان نخستین دیدگاه مطرح می‌گردد. محقق اصفهانی در پاسخ به انتقاد اول اعتباری بودن آن را مورد تأکید قرار داده می‌گوید: «ملک شرعی و عرفی در زمرة اعراض خارجیه نیستند، لذا برای ترسیم مالکیت نیازمند موضوع عینی و محقق در خارج نیستیم، بلکه صرف اعتبار ملک در تحقیق ملکیت کفايت می‌کند - و با فرض وجود اعتباری موضوع برای منافع مقدر و غیر موجود در حال حاضر، به عنوان عرصه‌ای که این منافع بر آن استوار و مترتب گردند حاصل گردیده - و اشکال رفع می‌گردد. چنان‌که ملک کلی در ذمه نیز این چنین است و با فرض و تقدیر آن تعهد در ذمه شکل می‌گیرد.» (اصفهانی، ۳۳)

میرزای نائینی نیز تفکیک بین منافع و مالکیت نسبت به معدهوم را از ضرورت‌های مباحث عقود و ایقاعات دانسته، و مبنای آن را این‌گونه ترسیم می‌کند: «تفاوت بین ملکیت (عين) و منفعت از این جهت است، اعتبار وجود بالفعل برای ملکیتی که اکنون تحقق ندارد ممکن نیست به خلاف منافع که تحقق اعتباری آن‌ها قبل از وجود (حقيقي) ممکن است، بر این اساس منفعت در آینده متعلق ضمان، صلح و سایر تعهدات قرار می‌گیرد و این اعتبار در خصوص ملک (عين معدهوم) ممکن نیست.» (میرزای نائینی، ۲۳۵/۱)

محقق اصفهانی در پاسخ انتقاد دوم بر تعدد اعتباری حیثیات مالکیت بر اعیان اشاره نموده، می‌گوید: «حیثیت، شأن و قابلیت داشتن برای منفعت و انتفاع - منفعت تدریجی - از عوارض و شئون عین مال و خانه است نه از اعراض مستأجر منتفع از منفعت، و صلاحیت و قابلیت خود خانه برای سکونت امری ثابت و لا یتغیر است و تا زمانی که خانه خانه است این قابلیت اعتباری هم باقی است.» (اصفهانی، ۳۳)

وی در توضیح این پاسخ می‌افزاید: «هر یک از عنایین متضایف مبدأ و خاستگاه مشخص دارند، و به اطراف خود وابسته‌اند، با این تفصیل، گاهی اطراف اضافه و دو مبدأ مختلف‌اند مانند ابوت و بنوت و گاهی متماثل‌اند مانند اخوت، لذا اضافه را به دو قسم

متشابهه الاطراف و مختلفه الاطراف تقسیم نموده‌اند، بر این اساس فرق بین منفعت و انتفاع واضح است. چون حیثیت قائم به عین منفعت عین است و حیثیت قائم به شخص منتفع انتفاع آن است، بنابراین اشکال مطرح شده مختص به ملک انتفاع است و درباره ملک منفعت اشکالی باقی نمی‌ماند.» (اصفهانی، ۳۳) «علاوه این‌که؛ سکونت در منزل و انتفاع از آن اگرچه از اعراض ساکن است، اما چون منتبه به خانه (و منزع از آن) است ایرادی ندارد مملوک برای مالک هم منزل باشد.» (اصفهانی، ۳۳) با این توضیح که: «سکونت در خانه که عرض قائم به شخص است مشتمل بر دو نسبت است، یک نسبت به محل و مکان دارد، مانند سایر اعراض نسبیه‌ای که قائم به موضوع خود هستند، و یک نسبت به غیر موضوعات خود دارند. برخلاف اعراض غیرنسبی که صرفاً یک نسبت دارند آن هم به موضوعات خود، لذا سکونت در خانه با داشتن تعیین وضعی - از حیث نسبت به ساکن - قابلیت انتزاع عنوان ساکن را دارد، و با داشتن نسبت به خانه انتزاع آن از خانه تصحیح می‌شود، نه این‌که دو مبدأ داشته باشیم و هر دو قائم به ساکن باشند. برخلاف علم، که قیام آن به ذات عالم مصحح انتزاع عنوان عالم است، و تعلق آن به معلوم بالذات - ماهیت مقوم برای صفت علم - مصحح انتزاع معلوم از آن است، نه این‌که دو صفت داشته باشیم یکی قائم به عالم و دیگری قائم به معلوم باشد.» (اصفهانی، ۳۳)

«بنابراین می‌توان گفت؛ منفعت خانه یا سکنای آن - عرض منسوب به خانه است - نه این‌که عنوان متضایف به عنوان ساکن باشد... لذا زمام امر آن به دست مالک است و با تملیک آن به مستأجر طبیعت سکنی به وی واگذار می‌گردد که قابلیت تملیک برای دیگری را نیز دارد چون طبیعی انتفاع در مقام استیفاء محقق است، به خلاف عاریه‌ی موجب ملک انتفاع، عاریه تملیک سکنای شخص خاص برای شخص دیگر است و استیفای آن جز توسط شخص اول معقول نیست، و نقل آن از شخص مستعیر به دیگری صحیح نیست. و با این توضیح فرق بین ملک منفعت و ملک انتفاع معلوم می‌گردد. در حقیقت حیثیت انتساب به خانه در اجاره و منفعت استقلالی و بدون در نظر گرفتن خصوصیت شخص منفع است.»

(اصفهانی، ۳۳-۳۴)

سید محمد کاظم یزدی در تجزیه و تحلیل تعریف شیخ انصاری از بیع مبنی بر اینکه «بیع مبادله مال به مال است»، می‌نویسد: «متبادر از لفظ بیع در استعمالات عرفیه این است، و بر این اساس صحت سلب بیع از تملیک منفعت به عوض درست است... مراد از عین در این تعریف چیزی است که مقابل منفعت و حق است، و حق شامل عین شخصی، کلی مشاع، کلی در معین، کلی در ذمه و دین است. در این موارد اشکالی مطرح نیست، جز در دو مورد اخیر (کلی در ذمه و دین) در مورد اول دو اشکال و در مورد دوم یک اشکال مطرح است.

اشکال مشترک بین دو مورد این است که، بیع باید چیزی باشد که ملکیت به آن تعلق گیرد. و حال آنکه کلی در ذمه و دین این چنین نیستند، و فرض متعلق ملک برای آنها ناممکن است. زیرا ملکیت عرض و محتاج محل موجود است، و این اشکال در سایر عقود تملیکی که متعلق آنها کلی ذمه و دین باشد نیز جریان دارد، و نیز در اجاره نسبت به منفعت آتیه این اشکال مطرح است. با اینکه صحت قرارداد درباره هر یک از این موارد اجماعی است. (سیدیزدی، ۵۳/۱)

جواب سیدیزدی از این اشکال که توأم با نقد نظریه محقق نراقی آمده ناظر به پاسخ از اشکال در خصوص مالکیت منافع است، چنانکه می‌گوید: «ملکیت اگرچه از اعراض خارجیه است، اما حقیقت آن چیزی غیر از اعتبار عقلائی نیست، در صورتی که چیزی دست شخص باشد بین وی و این مملوک علقه و رابطه‌ای اعتبار گردیده که منشاً سلطنت وی بر آن است یا اینکه خود سلطنت را اعتبار می‌کنند. چنانکه نظریه شیخ انصاری در مورد عدم أصالت احکام وضعی (و تبعیت آنها از احکام نکلیفی) موبد این معنا است، آنجا که می‌نویسد: «إِنْ بَعْضَ مَا يَعْدُ مِنَ الْأَحْكَامِ الْوَضْعِيَّةِ لَيْسَ حَكْمًا بَلْ هُوَ أَمْرٌ واقعی كشف عنه الشارع كالملكية وبعضه غير مجعل بل منزع من الأحكام التكليفية كالشرطية والسببية و نحوهما.» (سیدیزدی، ۵۴/۱) اگر امر اعتباری باشد، معنایش این است که

حقیقت ملکیت عین اعتبار عقلاً یا شارع است، بنابراین ممکن است محل آن نیز به لحاظ و اعتبار موجود باشد. لذا می‌توان گفت؛ اعتبار کلی در ذمه از ناحیه عقلاً به عنوان شیء موجود مبنای تعلق ملکیت به آن است، و از این قبیل است منفعت معده و ثمرات در حال تجدّد آن، زیرا همان‌گونه که وجوب و حرمت عرض خارجی و در عین حال متعلق به کلی نماز و کلی زنا قبل از وجود آن‌ها در عالم خارج‌اند. در مورد کلی در ذمه و دین نیز این چنین است و این نوع اعتبار خالی از اشکال است.» (سید یزدی، ۵/۱)

نظریه اعتبار اگرچه به لحاظ ثبوتی و از این حیث که تصویر درستی از منفعت اعتباری ارائه می‌دهد اهمیت بسزایی دارد، لیکن به لحاظ اثباتی نیازمند دلیل است، همان‌گونه محقق خوئی بر این امر تفطن نموده گفته است: «لا دلیل علی الاعتبار نفیاً و إثباتاً، و يكفينا في عدم الاعتبار عدم الدليل على الاعتبار.» (خویی، ۶۵/۲۴) بر این اساس صرف تصحیح فرض عقلی و امکان اعتبار دلیل بر قابلیت آن برای استناد نیست.

نظریه تفکیک نقل از ملک

نظریه تفکیک بین انتقال ملک و تحقق مالکیت اگرچه قبل از نظریه اعتبار مطرح گشته، کمتر مورد توجه فقهاء قرار گرفته است. محقق نراقی در عوائد الایام، در قالب پاسخ از اشکال اول مطرح شده این نظریه را عنوان نموده گفته است: «آنچه برای شکل‌گیری بیع لازم است، تحقق نقل در حین معامله است، نه تحقق مالکیت هم زمان با عقد بیع، زیرا نقل خود ملک ممکن است چند روز یا چند ماه بعد صورت پذیرد، چنان‌که در نقل منفعت به واسطه عقد اجاره نیز همین اتفاق می‌افتد، به خصوص در مواردی که مبدأ استفاده از مورد اجاره متصل به حین عقد نباشد.» (نراقی، ۱۱۲) در ادامه می‌افزاید: «همان‌گونه که آنچه در بیع اتفاق می‌افتد نقل بالفعل ملک به نفع مشتری است، اعم از این‌که خود ملک نیز بالفعل متحقق و موجود باشد یا خیر، وضعیت بیع مافی‌الذمه در زمان حال نیز این‌گونه است و نقل ملک مترقب الحصول یا مقطوع الحصول به واسطه قصد بایع است.» (نراقی، ۱۱۲)

سید محمد کاظم یزدی این نظریه را مورد نقض قرار داده می‌گوید: «اگر مراد این است که ملک پس از زمان بیع محقق و محصل می‌گردد (و حین العقد معده است)، لازمه اش تعلیق (عقد و انشاء) است، یعنی اثر بیع متأخر از خود بیع است، چنان‌که در تعلیق (مالکیت) به‌واسطه وصیت این چنین است، و این نحوه تعلیق بالاجماع باطل است، و اگر مراد قائل به این نظریه حصول آن در حین انشاء است، و مملوک را متأخر فرض نموده است، نتیجه این فرض بازگشت به اصل اشکال است، زیرا فرض بر عدم حصول آن در حین بیع است و اشکال نیز بر همین اساس مطرح گردیده.» (سید یزدی، ۵۴/۱) و در مقام پاسخ نیازمند نظریه‌ای هستیم که اشکال را مرتفع سازد.

نظریه مالکیت استقلالی و تبعی

میرزا حبیب الله رشتی با طرح نظریه تشکیکی بودن مراتب مالکیت بر این اصل تأکید می‌نماید که ملک عین، منفعت و انتفاع رغم اشتراک در مقوله ملک به لحاظ شدت و ضعف و از حیث استقلال و تبعیت متفاوت از یکدیگرند و می‌گوید: «مالکیت بر عین در هر سه مورد محقق است با این تفاوت، اگر سلطنت بر عین همه جانبه، تمام عیار و در همه جهات آن باشد، تعبیر به ملک عین و ملک رقبه می‌شود، اگر به‌طور مستقل اختصاص به جهتی از جهات آن داشته باشد ملک منفعت است، و اگر مالکیت بر جهت آن به نحو استقلال نباشد، ملک انتفاع است، نه این‌که انتفاع مملوک حقیقی باشد، و افتراق ملک منفعت و ملک انتفاع براساس استقلال و عدم استقلال مالکیت جهت تعیین می‌گردد. به گونه‌ای که در ملک منفعت نقل آن به دیگری جایز است و در ملک انتفاع این چنین نیست.» (محقق رشتی، ۳۸ و ۳۱۹) محقق اصفهانی در مقام پاسخ از این نظریه می‌گوید: «اگر مملوک در باب اجره را خود این جهت غیرمستقل در نظر بگیریم در این صورت نسبت ملک به عین از باب وصف به حال متعلق خواهد بود و صرف تأکید بر چنین بیانی اثری بر رفع اشکالات مطرح شده ندارد (و تنها تغییر در تعبیر است)، اگر مملوک را نفس عین مستأجره با در نظر گرفتن

حیثیت خاصی از آن لحاظ نمائید شک نیست جهات عین و حیثیات مختلف عین موجب تعدد خود عین نیست، بلکه با پذیرش این فرض عین واحده به جهات مملوک برای یک شخص (موجر) و به جهات دیگر مملوک شخص دیگر (مستأجر) می‌گردد و لازمه چنین فرضی اجتماع دو ملکیت بر یک عین است.» (اصفهانی، ۳۶)

خوانش جدید از نظریه مالکیت تبعی

محقق خوبی نیز قول به تبعی بودن مالکیت منافع را تأیید نموده و در قرائت دیگری از این نظریه ارائه نمود که عاری از اشکال مطرح شده در خصوص نظریه پیشین نیست، وی می‌گوید: «مالک بر عین مالک منافع آن است، لذا در نقل منافع و اجاره دو مالکیت مستقل عرضی وجود دارد، اگرچه یکی از این دو مالکیت مسبب از دیگری و تابع آن است. بر این اساس در ضمان نسبت به منافع استیفاء شده تردیدی وجود ندارد، اگرچه ضمان منافع استیفاء نشده مورد بحث و اختلاف است. لذا استفاده از مرکب و خانه غصب شده ضمان‌آور است و همان‌گونه که ردّ عین آن‌ها واجب است، رد اجرت منافع استیفاء شده نیز ضرورت دارد. از اینجا معلوم است در چنین مواردی ملکیت دیگری غیر از ملکیت عین نیز وجود دارد، و آن ملکیت منفعت است.» (خوبی، ۴)

محقق خوبی ضمن تأکید بر تفکیک و تعدد مالکیت بر اعیان و منافع، توجیه صحت عقود متعلق بر منافع را این نوع تفکیک دانسته، و معتقد است عملاً در مقام واقع و حین انجام قرارداد ممکن است منفعت و عین هر دو یا یکی از این دو مورد معامله قرار گیرد و می‌گوید: «حین نقل و انتقال و اقدام به تملیک، گاهی اوقات هر دو ملکیت عین و منفعت منتقل می‌گردد، همان‌گونه که در مورد بیع وارث و دیگر انتقالات اختیاری این‌گونه است، به نحوی که مشتری و وارث قائم مقام بایع و مورث می‌گرددند، و به هر دو ملکیت متصرف می‌شوند. گاهی اوقات، این دو ملکیت از هم جدا می‌گرددند، لذا در مواردی صرفاً ملک بر عین انتقال می‌یابد، مالک منفعت را برای خودش نگه می‌دارد، مانند بیع با سلب منفعت

مبيع برای مدت زمان مشخص، که در این حالت بایع مثلاً برای مدت یکسال منافع مبيع را برای خودش نگه می‌دارد. و در مواردی عکس این مورد اتفاق می‌افتد، عین نگه داشته می‌شود و منفعت آن در قبال اجرت معین مانند اجاره انتقال می‌یابد.» (خوبی، ۶) آقای خوبی، برغم ترسیم و تقدیم دیدگاه خود، تکمیل و تتمیم نظریه خود را در قالب پاسخ به دو اشکال پیشین لازم دیده و در پاسخ به اشکال اول - مبنی بر معدهم بودن منفعت حین اعقاد قرارداد - می‌گوید: «تملیک در عقود متعلق به منافع مانند عقد اجاره، اولاً و بالذات متوجه منفعت است، و به حسب ضرورت به عین نیز تعلق می‌گیرد.» (خوبی، ۶) و از آنجا که انتقال منفعت مستلزم انتقال - اگرچه موقت - عین است، به عین نیز سرایت می‌کند.

اشکال: تردیدی نیست، این پاسخ اصل اشکال و معدهم بودن منفعت حین عقد را لحاظ ننموده است و حال آن که اساس اشکال در این خصوص مطرح است، علاوه اینکه در نقل و انتقال منفعت به حسب ضرورت عقلی انتقالات اساساً متوجه اعیان نیست. پاسخ ایشان به اشکال دوم - مبنی بر اینکه منفعت در عقد اجاره متعلق به مستأجر بوده و بر وی استوار است، و اجنبی از مالک است، با این وصف مالک توان انتقال چیزی که در اختیار اوست را ندارد - می‌گوید: «چیزی که مالک به تملک مستأجر در می‌آورد، منفعت قائم به عین است، نه منفعت قائم به شخص مستأجر، زیرا قابلیت خانه برای سکونت به دو حیثیت مسکونی بودن و ساکن بودن مستأجر تعلق نمی‌گیرد، بلکه در این بین فقط یک حیثیت وجود دارد، و آن قابلیت برای سکونت است، که اجاره به آن تعلق می‌گیرد، و تردیدی در عوض قرار گرفتن آن برای عین مستأجره نیست.» (خوبی، ۶)

وی این امر مسلم دانسته و در استدلال به آن می‌افزاید: «براساس آنچه از نص، فتوی و بنای عقلاء استفاده می‌گردد، اگر غاصب در عین مخصوصه تصرف کند، بی‌شک ضامن منافع استیفاء شده است، و ضامن بودن وی به سبب اتلاف حیث سکونت عین است، نه از جهت قائم بودن منفعت بر شخص غاصب.» (خوبی، ۶)

اگرچه این پاسخ از اشکال دوم، کامل‌تر از دیگر جواب‌های ارائه شده است، لیکن از

این جهت محل تأمل است که بر وحدت حیثیت مورد اجاره تأکید دارد و با اصل نظریه‌ی ایشان که در صدر اشاره شد مبنی بر این که مالکیت نسبت به اعیان در هر حال به حیث مالکیت به خود عین و مالکیت به منفعت تقسیم می‌گردد و این دو قابل انفکاک از هم هستند سازگاری ندارد.

نظریه مالکیت حکمی

به نظر می‌رسد نظریه مالکیت حکمی منافع از چندجهت قابل توجه و پاسخ درستی به اشکالات مطرح شده است و با آموزه‌های قرآنی نیز سازگاری بیشتری دارد. نخست؛ از حیث مستدل بودن و تأکید بر اصالت قابلیت منع برای مبادله، دوم؛ از حیث ابتناء بر قاعده مسلم فرض و تقدیر که پیوسته مورد استناد در ابواب مختلف فقهی است. این نظریه اگرچه به ظاهر نقطه اشتراک با نظریه اعتبار دارد، اما زمینه اشکال طرح شده در خصوص آن را ندارد، از آنجا که صاحب العناوین الفقهیه بنیان آن را بر تعبدی بودن مالکیت حکمی استوار نموده که در عرف فقیهان شناخته شده است دیدگاهی صائب به نظر می‌رسد، زیرا فرض ملک حکمی به تقدیری بودن آن بستگی دارد، در جایی می‌توان ملک را حکمی دانست که تقدیر آن مسلم باشد و این نقطه قوت این نظریه نسبت به نظریه اعتبار محض است که مقدّر بودن ملک را نادیده می‌انگارد. نظریه‌ای که با عمومات و اطلاقات مرتبط باب اجاره و عقود همسان که موضوع آن‌ها نقل منفعت است سازگاری دارد. میرفتاح مراغی در تقریر این نظریه بر این باور است، از ظاهر و اطلاق عبارات فقیهان و عموم ادله بیع استفاده می‌گردد منفعت در هر حال می‌تواند به عنوان ثمن معامله قرار گیرد، ... زیرا هر عینی که مالیت داشته باشد این قابلیت را نیز دارد که مبیع در معامله قرارداده شود، مگر مواردی که به واسطه دلیل بر استثناء و عروض اوصاف مانعه از این اصل خارج گرددند، هم چنین همه اعیان و منافع دارای مالیت این قابلیت را دارند تا ثمن معامله باشند، جز در موارد عروض مانع. واضح است وجود بالعمل مورد معامله شرط تحقق آن نیست، بلکه اگر

معامله براساس عین موجود صورت می‌پذیرد براساس معدهم – به عنوان کلی ثابت در ذمّه به اعتبار وجود افراد آن – نیز محقق می‌گردد، زیرا تحصیل آن ضمن افراد ممکن است.» (مراغی، ۲۱۲/۲) وی اشکال جدی در این زمینه را این‌گونه مطرح می‌سازد: «در اینجا ایراد معروفی وجود دارد که در بیع و سایر عقود معاوضی در اعیان و منافع مطرح می‌گردد، این‌که ملکیت از اعراض است و تردید نیست عرض در تحقیق خود واپسیه به تحقیق پیشین محل خود است، با این وصف تعلق ملک به منفعت معدهم یا عین معدهم چگونه ممکن است؟ بی‌شک موضوع همه عقود تمیلیکی حصول ملک است، امری که جز با وجود موضوع خود متحقق نمی‌گردد، و مقتضای قاعده این است، هر کجا عقد تمیلیکی باشد نظر به وجود متعلق آن است. و اگر غیر این باشد در استثنای خود نیازمند دلیل است. و این اصل در اکثر موارد کاربرد دارد، و طبق این قاعده عوض یا موضع نمی‌توانند کلی، مردد یا معدهم باشد. و آن‌چه در شرع وارد شده (و با عدم فعلیت متعلق حکم به وقوع معامله گردیده) دلیل خاص دارد. بنابراین پرسش اصلی این است، «ان الملک إذا امتنع تعلقه بمعدوم، فكيف يجوزه الشارع؟» (مراغی، ۲۱۲/۲) در پاسخ به این پرسش چند نظریه را مطرح می‌سازد، سه نظریه را به عنوان روایت از چند فقیه بدون این‌که اسمی از ایشان به میان آورد، و یک نظریه را به عنوان نظریه منتخب خود.

نخست؛ «بعضی گفته‌اند؛ منفعت به وجود عین موجود است، مانند میوه‌ها که وجود آن‌ها با وجود درختان است، و کلیات که وجودشان با وجود افراد قابل فرض است، و این مقدار برای تعلق ملکیت کفايت می‌کند.» (مراغی، ۲۱۲/۲)

محقق مراغی، ضمن مخالفت با این نظریه می‌گوید: «این سخن نافذ نیست، چون وجود منفعت منوط به وجود همه اجزاء آن در عالم خارج است، پر واضح است وجود درختان وجود میوه‌های آن‌ها نیست، درباره وجود کلی نیز اگر مراد امر موجود ضمن افراد است، بازگشت آن به فرد مشاع است، و اگر مراد نفس کلی است، درست است که وجود آن بعد از زمان عقد حاصل می‌گردد، لیکن از آنجا که حین بیع وجود عینی و بالفعل ندارد، فروش

آن بیع معدوم است، و مجرد تعین ماهیت و تقرر آن در نفس الامر موجب برای وجود نیست، نهایت فائدۀ چنین فرضی رفع جهالت از مبيع است و این امر مورد بحث ما نیست.
(همانجا، ۲۱۲/۲)

دوم؛ «بعضی گفته‌اند؛ مراد تملیک قابلیت و استعداد امور معدوم است، و معامله با این وصف صورت می‌پذیرد که این قابلیت در عین موجود است.» (مراغی، ۲۱۲/۲) «نظریه‌ای که هم منافات با ادله دارد و هم منافی با کلام اصحاب و خلاف مقتضای قصد متعاقدين است.» (همانجا، ۲۱۲/۲)

سوم؛ «بعضی گفته‌اند منظور از تملیک تعلیق است، به این نحو که در صورت وجود ملک منفعت محقق خواهد بود، به عبارت دیگر منفعت، نماء و کلی همچنان که ملک برای مالک ناقل نیستند، ملک برای منقول‌الیه هم نیستند، بلکه مراد این است، به شرط حصول ملک از آن مشتری و مستأجر خواهد بود.» (مراغی، همانجا، ۲۱۲/۲) «این دیدگاه اگرچه مسئله تعلق عرض به معدوم را حل می‌کند، لیکن با ظاهر ادله و قصد متعاقدين و کلام اصحاب در تضاد است. و ظاهر آن این است که الان شیع معدوم به تملک در می‌آید و همه آثار ملک مترتب بر آن می‌گردد.»

چهارم؛ «آن‌چه در موارد یاد شده نظریه منفعت مورد معامله قرار می‌گیرد، نه ملک حقیقی بلکه ملک حکمی است، شارع اثر ملک را بر آن مترتب می‌سازد، ملک حکمی مجعلو است بدون نیاز به تاریخ و زمان، آن‌چه معدوم است به منزله موجود تلقی می‌گردد و تعبداً حکم ملک مترتب بر آن می‌شود.» (مراغی، ۲۱۲/۲) در ادامه قاعده حاکم در این موارد را عرف دانسته می‌افراشد: «آن‌چه برای فقیه مهم است ملاحظه نوع معامله و موقعیت معهود عرفی آن است، چیزی که از ادله و اطلاقات استفاده می‌گردد. آن‌چه خلاف معهود است معامله آن ناممکن است... طبق این اصل در برخی معاملات حکم به صحّت و در برخی حکم به عدم صحّت می‌گردد، در واقع همه این‌ها به اقتضای عرفی یا شرعی معاملات بازگشت دارد. اساس مدار صحّت و بطلان همین امر است و دیگر موانع صحّت از

قبيل غرر، جهالت و غيره مخصوص برای خروج بعض افراد معاملات‌اند.» (همانجا، ۲۱۳/۲)

نگاه قرآنی به نظریه‌های مطرح شده

قرآن کریم مالکیت را در همه مراتب از آن خدا می‌داند و در مقابل مالکیت انسان را نوعی برخورداری از انتفاع و استفاده از ملک مالک مطلق می‌شناسد. آنچه در اصطلاح اهل فقه وارد گردیده و مورد مناقشه و بحث نزد ایشان شده سرچشمۀ در نگاه به ماهیت اعتباری مالکیت انسان در همه مراتب آن دارد. حال آنکه از منظر قرآن کریم مالکیت از هر نوع آنکه باشد از آنجا که بازگشت آن به سلطه و حاکمیت خداوند است تصویر نظری آن بر فرض مشروعیت با هیچ چالشی مواجه نیست، معنایی که بسیار از آیات قرآن بر آن توجه داده‌اند، مانند:

«الَّمْ تَعْلَمُ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ: آیا جز این است که مالکیت آسمان‌ها و زمین از آن خدادست و غیر خدا گردانده و یاری کننده‌ای ندارید.» (البقره، ۱۰۷)

«لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ: مالکیت آسمان و زمین و آنچه در آن‌هاست از آن خداوند است و بر همه کائنات توانمند است.» (المائدۀ، ۱۲۰)

مفاد این دسته آیات نشان دهنده حقیقتی و رای اعتبارات مطرح شده در آثار فقهی است که براساس اراده و مشیت پروردگاری به هر آنکه اراده شود و از هر قسم مالکیت باشد عنایت می‌گردد.

«قُلِ اللَّهُمَّ مالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ تَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَ تُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَ تُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرِ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ: بگو ای رسول خدا! پروردگار! مالک، به هر آنکه بخواهی سلطنت می‌بخشی و از هر که بخواهی می‌ستانی، آن را که اراده نمائی عزیز و آن را که بخواهی خوار می‌گردانی، همه نیکی به

دست توست و بر همه آفریدگان توانایی». (آل عمران، ۲۶)

اطلاق آیه شریفه همه مراتب مالکیت و سلطنت را دربرمی‌گیرد و اختصاص به قسم خاص از آن ندارد. چنان‌که مفسرین مفاد آیه را به معنای مطلق تملیک و تملک دانسته‌اند.

(نک: طبری، ابن ابی حاتم، جصاص، طوسی، طبرسی، ذیل آیه ۲۶ آل عمران)

نتیجه مقاله

نظریّات مطرح در خصوص کیفیّت تصویر منفعت به عنوان مفهوم مستقل از عین از جهاتی چند با اشکالات کلی و کبروی مواجه‌اند: نخست آن‌که؛ بحث در موضوع سخن را صرفاً در مرحله ثبوتی مورد توجه قرار داده اند و حال آن‌که اثبات معنای ارائه شده از منفعت و استدلال بر آن مهم‌ترین امر متوقع از این نظریّات است که به آن عنایت نشده است. ثانیاً؛ رویکرد غالب نظریّات به بیان تفاوت و تمایز اعتبار منفعت معدوم در حین قرارداد با اعراض خارجیّه و حقائق عینیّه است، امری که اثبات و تحلیل آن در بیانات ارائه شده کامل و تمام نبوده و در صورت تکمیل هم مفید فائدہ برای ارائه جواب از اشکالات مطرح شده نیست. ثالثاً؛ تأکید نظریّه اعتبار در انحصار مختلف آن بر تحلیل عقلی نقل و انتقال منفعت و طرح احتمالات و فرضیّاتی که اثبات آن‌ها بر اساس معیارهای ارتکازات عرفی و عقلائی ممکن نیست و بر فرض ارائه تقریر و تبیین لازم و کافی، به لحاظ قابلیّت برای استناد در تحلیل قراردادهای منافع و نیز اطلاعات نصوص مورد استناد در این نوع قراردادها جای درنگ و تأمل دارد. لذا پس از طرح نقدهای مختصر در حدّ یک مقاله، از منظر فقهی نظریّه مالکیت حکمی را که مبدع آن میرفتح مراجغی است با توجه به این‌که از یک سو عرفی بودن نقل منفعت را یادآور می‌شود و از دیگر سو به جای جعل اعتبار جدید که مشکلات خود را دارد تقدیری بودن آن را مورد توجه قرار می‌دهد به عنوان دیدگاه منتخب مورد تأکید قرار دادیم، لیکن اگر نگاه قرآنی به مسئله داشته باشیم اساساً مشکلات یاد شده مطرح نمی‌گرددند تا در پاسخ سراغ نظریّه‌های مختلف برویم.

کتابشناسی

۱. قرآن کریم
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن علی احسانی، الأقطاب الفقهیة علی مذهب الإمامیة، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی قدس سره، قم، ط اول، ۱۴۱۰ هـ.
۳. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و التشر و التوزیع - دار صادر، بیروت، ط سوم، ۱۴۱۴ هـ.
۴. ابن ابی حاتم، عبدالرحمن بن محمد، تفسیر القرآن العظیم (ابن ابی حاتم)، مکتبة نزار مصطفی الباز، ریاض، ط سوم، ۱۴۱۹ هـ.
۵. ابن شهرآشوب، محمد بن علی، متشابه القرآن و مختلفه، بیدار، قم، ط اول، ۱۳۶۹.
۶. ابوالفتوح رازی، حسین بن علی، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن، آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهشی‌ای اسلامی، مشهد مقدس، ط اول، ۱۴۰۸ هـ.
۷. اصفهانی، محمدحسین، رساله فی تحقیق الحق و الحكم، آوار الهدی، قم، ط اول، ۱۴۱۸ هـ.
۸. بجنوردی، میرزاحسن، القواعد الفقهیه، نشرالهادی، قم، ط اول، ۱۴۱۹ هـ.
۹. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، ۴، منشورات مکتبة الصادق، تهران، ط چهارم، ۱۴۰۳ هـ.
۱۰. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناظرة فی أحكام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ط اول، ۱۴۰۵ هـ.
۱۱. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، مجمع الإمام المهدی (ع)، قم، ط اول، ۱۴۲۶ هـ.
۱۲. جصاص، احمد بن علی، احکام القرآن، دار إحياء التراث العربي، لبنان - بیروت، ط اول، ۱۴۰۵ هـ.
۱۳. حکیم، سیدمحسن طباطبائی، منهاج الصالحین (المحتوى للحکیم)، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ط اول، ۱۴۱۰ هـ.
۱۴. همو، نهج القاھة، دجیلی، نجف اشرف، ط اول، ۱۳۷۱ هـ.
۱۵. حلی، یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، مؤسسه آل الیت (ع)، قم، ط اول، ۱۴۱۴ هـ.
۱۶. خراسانی، حسین وحید، منهاج الصالحین، مدرسه امام باقر (ع)، قم، ط پنجم، ۱۴۲۸ هـ.
۱۷. خوانساری، سید احمدبن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۵ هـ.
۱۸. خوبی، سیدابوالقاسم موسوی، کتاب الاجاره، مدینه العلم، قم، ط اول، ۱۴۲۲ هـ.
۱۹. همو، منهاج الصالحین، نشر مدینة العلم، قم، ط بیست و هشت، ۱۴۱۰ هـ.
۲۰. همو، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، ط اول، ۱۴۱۸ هـ.
۲۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، دارالعلم، الدار الشامیة، لبنان - سوریه، ط اول، ۱۴۱۲ هـ.
۲۲. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الإجارة، بی تا، بی جا، ۱۳۱۱ هـ.
۲۳. سمرقندی، نصر بن محمد، تفسیر السمرقندی المسمی بحر العلوم، دارالفکر، لبنان - بیروت، ط اول، ۱۴۱۶ هـ.
۲۴. سیبوری، مقداد بن عبدالله حلی، ضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، قم، ط اول، ۱۴۰۳ هـ.
۲۵. طرسی، فضل بن حسن، مجمع البيان فی تفسیر القرآن، انتشارات خسرو، ایران - تهران، ط اول، ۱۳۷۲.
۲۶. طبری، محمد بن جریر، جامع البيان فی تفسیر القرآن، دارالمعرفة، لبنان - بیروت، ط اول، ۱۴۱۲ هـ.
۲۷. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، ط سوم، ۱۳۸۷ هـ.
۲۸. همو، کتاب الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ط اول، ۱۴۰۷ هـ.
۲۹. همو، التبیان فی تفسیر القرآن، دار إحياء التراث العربي، لبنان - بیروت، بی تا، ط اول.

۳۰. عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الأفہام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ط اول، ۱۴۱۳ هـ.
۳۱. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، قم، ط اول، هـ.
۳۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، نشر هجرت، قم، ط دوم، ۱۴۱۰ هـ.
۳۳. فشارکی، سید محمد بن قاسم طباطبائی، الرسائل الفشارکیة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ط اول، ۱۴۱۳ هـ.
۳۴. فقعنی، علی بن علی بن محمد بن طی، مسائل ابن طی - المسائل الفقهیة. (چاپ شده ضمن الینابیع الفقهیه)
۳۵. قرافی، محمد بن یحیی، الفروق، عالم الكتب، بیروت، ط اول، بی تا.
۳۶. الکاسانی، علاء الدین بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الكتب العلمية الطبعه، بیروت، ط دوم، ۱۹۸۶م.
۳۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاہة - کتاب الغصب، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، ط اول، ۱۴۲۲ هـ.
۳۸. ماوردی، علی بن محمد، الحاوی الكبير، دارالكتب العلمیه، بیروت، ط اول، ۱۴۱۴ هـ.
۳۹. محقق کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ط دوم، ۱۴۱۴ هـ.
۴۰. ناثینی، میرزا محمد حسین غروی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبة المحمدیة، تهران، ط اول، ۱۳۷۳ هـ.
۴۱. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بیروت، ط هفتم، ۱۴۰۴ هـ.
۴۲. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بيان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ط اول، ۱۴۱۷ هـ.
۴۳. نووی، محمد بن شرف، روضه الطالبین، دارالعرفه، بیروت، ط اول، ۱۴۲۷ هـ.
۴۴. بزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیة المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ط دوم، ۱۴۲۱ هـ.
۴۵. همو، تکملة العروة الوثقی، کتابفروشی داوری، قم، ط اول، ۱۴۱۴ هـ.

