

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۹۹-۱۳۴

بررسی و نقد نظریه‌های تعریف ملک در حقوق اسلامی*

سعیده باقری^۱

دانشجوی کارشناسی ارشد پردیس دانشگاه تبریز

دکتر حیدر باقری اصل

دانشیار دانشگاه تبریز

Email: bagheriasll@gmail.com

چکیده

فقیهان، نظریه‌های گوناگونی را در تعریف ملک ارائه داده‌اند. تعدد این نظریه‌ها، مفهوم فقهی ملک را با ابهام دچار ساخته است؛ زیرا که، همه‌ی این نظریه‌ها به علت تعارضشان با یکدیگر، نمی‌توانند با حقوق اسلامی انطباق داشته باشند و ترجیح یکی و کنار گذاشتن سایر نظریه‌ها، به دلیل نیاز دارد؛ در حالی که فقیهان، دلایل فقهی کافی را برای اثبات و انطباق نظریه‌ی خود با حقوق اسلامی، ارائه نداده‌اند. متأسفانه، تحقیق مستقلی که حاوی طرح، بررسی و ارزیابی همه‌ی این نظریه‌ها باشد، در این مسأله صورت نگرفته است و یک خلأ علمی در مسأله‌ی تحقیق مشاهده می‌شود؛ لذا ضرورت دارد محققان، این مسأله را بررسی و تبیین نمایند تا ابهام مذکور بر طرف و نظریه‌ی منطبق بر حقوق اسلامی در تعریف ملک، تحصیل گردد. ضرورت تحقیق در مسأله، آن‌گاه آشکار می‌شود که بدانیم تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای آثار فقهی خاصی را به دنبال دارد. بنابراین، تحقیق فعلی، در صدد است تعریف فقهی ملک را بر اساس نظریه‌های موجود فقیهان طرح نماید و ضمن نقد و ارزیابی آن‌ها، نظریه‌ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک تحصیل و تبیین کند و این مهم‌ترین یافته‌ی تحقیق، محسوب می‌شود.

کلید واژه‌ها: حقوق اسلامی، تعریف ملک، سلطنت، حکم شرعی و عرفی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۴/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۰۹.

۱. نویسنده مسئول.

طرح مسأله

فقیهان، نظریه‌های مختلفی را در حقوق اسلامی برای تعریف فقهی ملک بیان کرده‌اند. گروهی از آنان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت و گروهی دیگر، آن را نوعی حکم و گروهی سوم، آن را نوعی حق، تلقی نموده‌اند و گروه چهارم، مقابل این سه گروه قرار گرفته و ماهیت ملک، سلطنت، حکم و حق را متباین دانسته‌اند و به این ترتیب فقیهان، چهار گروه را در تعریف ملک، تشکیل داده‌اند. با این وصف، هر کدام از پیروان دو گروه اول، چندین دسته را در خود جای داده‌اند؛ زیرا که، آن‌ها مراد خود را از سلطنت و یا حکم بودن ملک، به نوعی بیان می‌کنند که نظرشان با دیگران گاهی، متفاوت و گاهی، موافق می‌شود و اگر نظرهای یکسان و متفاوت آن‌ها را جمع‌بندی نماییم، می‌توانیم آن‌ها را به مجموعه گروه‌های فرعی مختلف و جدید، تقسیم‌بندی کنیم. تعدد این نظریه‌ها، مفهوم فقهی ملک را با ابهام دچار ساخته است؛ زیرا همه‌ی این نظریه‌ها به علت تعارضشان با یکدیگر نمی‌توانند با حقوق اسلامی، انطباق داشته باشند و ترجیح یکی و کنار گذاشتن سایر نظریه‌ها به دلیل نیاز دارد؛ در حالی که فقیهان، دلایل فقهی کافی را برای اثبات و انطباق نظریه‌ی خود با حقوق اسلامی، ارایه نداده‌اند. متأسفانه، تحقیق مستقلی که حاوی طرح، بررسی و ارزیابی همه‌ی این نظریه‌ها باشد نیز از سوی محققان در این مسأله صورت نگرفته است و در مسأله‌ی تحقیق یک خلاً علمی وجود دارد. از این رو، ضرورت دارد محققان، این مسأله را بررسی و تبیین نمایند تا ابهام مذکور بر طرف و نظریه‌ی حقوق اسلامی در تعریف ملک، کشف گردد. ضرورت تحقیق در مسأله، آن‌گاه آشکار می‌شود که بدانیم ابهام مذکور، آثار متعددی را در برخی از مسایل فقهی پدید آورده و خود سبب ابهام برخی از مسایل دیگر فقهی شده است و به این ترتیب، تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای، آثار فقهی خاصی را به دنبال خود داشته است که یک نمونه را در این نوشتار ذکر و آن را بررسی خواهیم کرد. بنابراین، ضرورت دارد که در این مورد پژوهش مستقلی انجام پذیرد و به ابهام مذکور،

پایان دهد و خلأ علمی موجود را مرتفع سازد. از این رو، تحقیق حاضر در صدد است مفهوم فقهی ملک را بر اساس نظریه های فقیهان بررسی و تحلیل نماید و ضمن نقد و ارزیابی آن ها، نظریه ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک، تحصیل و ارایه کند. نوآوری تحقیق، طرح و تحلیل و نقد نظریه های فقیهان در مسأله ی پژوهش و نشان دادن اثر آن ها در تعریف خیار و نیز، ارایه و تبیین نظریه ی تحقیق است.

سؤال تحقیق

سؤال تحقیق این است که فقیهان، معنای فقهی ملک را چگونه تحلیل می کنند و طبق حقوق اسلامی و به دور از نظریه های فقیهان، ماهیت فقهی ملک چیست؟

مفهوم ملک در اقوال فقیهان

استقرای این تحقیق در حقوق اسلامی، اثبات می کند که فقیهان چهار گروه اصلی و چندین گروه فرعی را در تعریف ملک به وجود آورده اند. به این بیان که گروهی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت محسوب می کنند و گروهی دیگر از آنان، ماهیت ملک را نوعی حکم تلقی می نمایند و گروهی دیگر از آن ها، ماهیت ملک را مساوی حق می دانند و گروهی دیگر، ماهیت ملک را مستقل و متباین با سلطنت، حکم و حق، ارزیابی می کنند. هر کدام از دو گروه اول به چندین گروه فرعی تقسیم می شوند؛ چرا که آن ها مراد خود را از سلطنت یا حکم بودن ملک به نوعی بیان می کنند که نظرشان با دیگران گاهی، متفاوت و گاهی، موافق می شود و اگر نظریه های یکسان و متفاوت آن ها را جمع بندی نماییم، می توانیم آن ها را به مجموعه گروه های مختلف فرعی، تقسیم کنیم. ما این نوع گروه های فرعی را در گروه اصلی قرار خواهیم داد و نظریه های آن ها را در گروه اصلی مربوط، بررسی خواهیم نمود. بنابراین، ابتدا تعریف فقیهان را از ملک

طرح و تحلیل می‌کنیم تا نظریه‌های فقیهان در ملک، آشکار و زمینه‌ی طرح و اثبات نظریه‌ی تحقیق فراهم گردد.

دیدگاه گروه اول فقیهان؛ حکم بودن ماهیت ملک

گروه اول فقیهان، ملک را به حکم تعریف می‌کنند. وجه اشتراک این گروه در تعریف ماهیت ملک به حکم خاص است، ولی آنان در تعیین نوع این حکم خاص با هم اختلاف دارند: بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را حکم عرفی - عقلایی و برخی حکم شرعی - وضعی و عده‌ای نوعی حکم انتزاعی - عقلی تلقی کرده‌اند و تعدادی نیز، ماهیت ملک را حکم تکلیفی - تحریمی و یا حکم وضعی و یا هر دو دانسته‌اند که هرکدام را به شرح زیر، طرح و تحلیل می‌کنیم:

۱. ماهیت ملک؛ نوعی حکم عرفی و عقلایی

بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی حکم دانسته‌اند که عرف و عقلا، آن را معتبر می‌کند. این حکم عرفی و عقلایی خود احکام و آثاری دارد که سلطنت اعتباری مالک بر تصرف مملوک از جمله‌ی آن احکام و آثار است. یکی از محققان معاصر، این دیدگاه را قول مشهور فقیهان معرفی می‌کند (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱). طبق این نظریه، مشهور فقیهان، ملک را نظیر اصل عقود و ایقاعات، از احکام امضایی دانسته، ولی احکام آن، نظیر احکام عقود و ایقاعات را از احکام تأسیسی تلقی نموده‌اند. بنابراین دیدگاه، ملک نیز یکی از احکام امضایی شرع محسوب می‌شود و شارع مقدس آن را بنا بر حفظ و رعایت مصالح، اعم از شخصی و نوعی، امضا نموده است. بر این اساس، ماهیت ملک، نوعی حکم (اعتبار) عرفی و عقلایی محسوب می‌شود و قدرت و سلطنت بر تصرف در این ملک از احکام و آثار اعتبار عقلایی آن ملک است (نک: امام خمینی، ۲۵).

۲. ماهیت ملک؛ نوعی حکم شرعی

برخی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی حکم وضعی دانسته‌اند که شارع مقدس، آن را معتبر می‌کند و طبق این حکم، مالک سلطنت اعتباری بر تصرف مملوک دارد. شهید اول از این طیف فقیهان است. او در قاعده‌ی ۱۹۷ کتاب قواعد و فوائد و در تعریف ملک چنین می‌نویسد:

«ملک، حکمی شرعی است که به عین، یا منفعت تعلق می‌گیرد و قدرت [یا سلطنت] بهره‌برداری، یا عوض گرفتن از آن‌ها را برای مالک، از آن نظر که مالک است، به همراه می‌آورد» (شهید اول، ۱۳۳/۲).

جلال الدین سیوطی در اشباه و نظایر، نزدیک به این تعریف را برای ملک ذکر کرده است (نک: سیوطی، ۳۴۲). طبرسی، ملک را عبارت از چیزی می‌داند که به کسی اختصاص یافته است؛ طوری که برای دیگران، خارج کردن آن از اختیار مالک و استفاده از آن، [بدون اذن و اجازه] مباح نیست (نک: طبرسی، ۲۶۱). اصطلاح «مباح» در این تعبیر، محل تردید است و می‌تواند به یکی از سه معنی باشد: یا حکم تکلیفی - تحریمی، یا حکم وضعی و یا هر دو است. عمل بر خلاف حکم تحریمی - تکلیفی، موجب عقوبت عامل می‌شود و تخلف از حکم وضعی، موجب ضمان می‌گردد (نک: عمید زنجانی، ۷۹-۸۰).

نراقی (عوائد الایام، ۳۸) و علامه طباطبایی نیز، ملک را به اختصاص چیزی به شخصی تعریف کرده است. علامه طباطبایی، این اختصاص را یک اختصاص ویژه معرفی کرده است که قبل از تأسیس جامعه‌ی انسانی، به طور اجمال وجود و ریشه داشته است. سپس بعد از تأسیس جامعه و به وسیله‌ی اعتبار متنوع، نظیر اعتبار شارع و نیز اعتبار اهالی جامعه، مفصل و روشن گردیده است (نک: طباطبایی، المیزان، ۵۴/۲-۵۳؛ همو، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ۲/ ۲۱۴-۲۱۲). ایشان در این مورد در المیزان نوشته‌اند: «ملک نوعی از اختصاص است که موجب صحت تصرفات در آن می‌گردد» (طباطبایی، المیزان، ۱۹/۱).

۳. ماهیت ملک؛ حکم عقلی - انتزاعی

بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را حکم عقلی - انتزاعی دانسته‌اند که عقل، این حکم را از منشأ انتزاع آن، انتزاع می‌کند و در نتیجه، پیروان این دیدگاه، وجود ملک را به منشأ انتزاع معلق و وابسته کرده‌اند. این نظریه، جعل حکم وضعی را به طور مستقل، محال تلقی می‌کند و حکم وضعی را از منشأ انتزاع حکم تکلیفی قابل انتزاع می‌داند. شیخ مرتضی انصاری، یکی از این‌گونه فقیهان است. او، ملکیت را از امور انتزاعی می‌داند. متن سخن شیخ انصاری، به شرح زیر است:

«این امور [ملکیت و زوجیت و حریت] خود به خود، از احکام شرعی نیستند. بله، حکم به ثبوتشان از احکام شرعی تلقی می‌گردند، ولی ماهیت و حقیقتشان، یا از امور اعتباری هستند که از احکام تکلیفی، انتزاع می‌شوند و یا از امور واقعی هستند که شارع آن‌ها را کشف کرده است» (انصاری، مکاسب، ۳۵۱).

این گروه از فقیهان در چپستی منشأ انتزاع ملکیت با یکدیگر اختلاف نظر دارند. چنان‌که، شیخ انصاری احکام تکلیفی و جواز تصرف مالکانه و یا قدرت خارجی بر تصرفات را منشأ انتزاع ملکیت دانسته است (نک: همان) و آخوند خراسانی، عقد را منشأ این انتزاع دانسته است (نک: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۳۰۶/۲).

دیدگاه گروه دوم فقیهان؛ سلطنت بودن ماهیت ملک

گروه دوم از فقیهان، ماهیت ملک را سلطنت خاص دانسته‌اند. وجه اشتراک این گروه در این است که ماهیت ملک را به سلطنت خاص تعریف می‌کنند. سلطنت در این دیدگاه، معنایی عام و ملک، معنای خاص دارد و رابطه‌ی آن دو، عموم و خصوص مطلق است. این گروه از فقیهان در تعیین ماهیت خود سلطنت، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. برخی ماهیت این سلطنت را از مقوله‌ی کیف و بعضی دیگر از مقوله‌ی اضافه و

عده‌ای از مقوله‌ی جده و برخی مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه دانسته‌اند. ما نظریه‌های هر کدام از این چهار طیف را طرح و تحلیل می‌کنیم:

۱. مقوله‌ی کیف

بعضی از فقیهان (نک: تبریزی، ۱۲/۲) و از جمله مرحوم خوئی، ملک را به معنای سلطنت اعتباری بر تغییر و تحول در عین مملوک تعریف کرده و آن را از مقولات عرضیه و از نوع مقوله‌ی کیف (سلطنت اعتباری) دانسته‌اند (نک: خوئی، ۴۴/۲). مرحوم خوئی در این مورد تصریح می‌کنند:

«هر چیزی که در نظام وجود، محقق است خارج از چهار قسم نیست؛ چرا که آن یا واجب است و یا ممکن و دومی، یا جوهر، یا عرض و یا امری اعتباری است که به نفس اعتبار، قایم می‌باشد. شکی نیست که همه‌ی احکام، از امور اعتباری هستند و احکام شرعی، عقلایی، وضعی، تکلیفی، الزامی و ترخیصی در این مسأله برابرند. بنابراین، وجوب به معنای اعتبار فعل بر ذمه‌ی مکلف است و زوجیت به معنای اعتبار عدل و برابر بودن هر یک از دو زوج نسبت به دیگری است و ملکیت نیز به معنای اعتبار احاطه‌ی مالک به مملوک است و معنای هر حکمی از احکام وضع شده نیز بر اساس این معیار است. بنابراین، حقیقت ملکیت همان حقیقت سلطنت و احاطه بوده و از مقوله‌ی اعتباری تشکیکی است» (همان).

مرحوم خوئی مفهوم سلطنت موجود در ملک را فراگیرتر می‌داند؛ به این استدلال که آن، هم به اعیان خارجی و هم افعال انسان، متعلق می‌شود. نظیر تعلق سلطنت سلطان به مملکت و رعیت و نیز، سلطنت مردم بر اموال خود؛ در حالی که سلطنت موجود در حق و حکم تنها به افعال، تعلق پیدا می‌کند. متن بیان وی در این مورد این‌گونه است:

«فرق بین حق و حکم با ملک در این است که دو مورد اول تنها به افعال متعلق می‌شوند بر خلاف ملک که گاهی به اعیان و گاهی به افعال، متعلق می‌گردد» (همان، ۴۵).

از این رو، آقای خوئی ملک را مقابل حق و حکم قرار می‌دهد و تنها ملک را با حکم و حق، متفاوت می‌داند و با یکسان دانستن ماهیت حق و حکم، چنین می‌فرماید: «شکی نیست که حقیقت حکم و حق، یکسان است؛ زیرا قوام آن دو، اعتبار صرف است ... پس تقسیم مجعول شرعی و عقلایی به حق و حکم، وجهی ندارد تا بیان فرق آن دو نیاز باشد، بلکه همه‌ی آن‌ها حکم شرعی و یا عقلایی هستند که به خاطر مصالح خاص، معتبر شده‌اند» (همان، ۴۶-۴۵).

بنابراین، مرحوم خوئی میان حق و حکم، هیچ فرق ماهوی قایل نیست و آن دو را از جهت حقیقت و ماهیت یکی تلقی می‌کند. حال سؤال پیش می‌آید که آیا وی فرق دیگری را نیز میان آن‌ها قایل نیست؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: وی اختلاف آثار آن دو را پذیرفته و منشأ این اختلاف را اختلاف ظاهری آن دو تلقی نموده و تصریح کرده است:

«بله، [گاهی] اثر حق و حکم، اختلاف ظاهری پیدا می‌کند؛ زیرا بعضی، اسقاط را می‌پذیرند و بعضی نمی‌پذیرند و سرّ این اختلاف در آن است که زمام امور مذکور از جهت حدوث و بقا در دست شارع است و در نتیجه، گاهی او به بقای امری حکم می‌کند، همان طور که به حدوث آن، حکم کرده است و گاهی نیز، به ارتفاع آن حکم می‌نماید، هر چند این ارتفاع به اختیار یکی و یا هر دو طرف معامله باشد. بله، آن در مقام اثبات، تابع دلیل شرعی خواهد بود و خلاصه جواز و لزوم وضعی نظیر جواز و لزوم تکلیفی است؛ زیرا همه‌ی آن‌ها از احکام شرعی هستند و در ماهیت و ذات فرقی با هم ندارند؛ هر چند در اثر با هم متفاوت باشند. به این مثال توجه کنید: آیا بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می‌شود و بین سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که به خاطر

سقوطش، حق شرعی نامیده می شود، فرقی وجود دارد؟ دوباره با چشم باز توجه کن: آیا بین حق حضانت، ابوت، ولایت و امثال اینها از چیزهایی که اسقاط را قبول نمی کنند و بین حق شفعه و حق خیار که قابل اسقاط هستند، فرق می بینی؟» (همان، ۴۶).

۲. مقوله‌ی اضافه

بعضی از فقیهان و اصولیان، ملک را از مقولات عرضی و از مقوله‌ی اضافه دانسته و بر مدعای خود چنین دلیل آورده اند:

«ملک از مقوله‌ی اضافه است؛ زیرا ملکیت، مالکیت و مملوکیّت از تکرار نسبت در آنها حاصل می شوند» (نک: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۳۰۷/۲؛ همو، حاشیه بر فرائد الاصول، ۲۹۴).

نظر امام خمینی (نک: ۲۴/۱) و سید محسن حکیم (نک: ۶-۷) نیز، چنین است و آنها ملک را نوعی خاص از اضافه دانسته اند. بر طبق این بیان، ماهیت ملک، سلطنت فعلی است که از معنای مقوله‌ی اضافه به دست می آید (نک: همان، ۸). استنباط طباطبایی یزدی از ظاهر بیان شیخ انصاری نیز، مطابق این نظریه است؛ زیرا شیخ انصاری، ملک را به علاقه و نسبت بین مالک و مملوک تعریف می کند که لازمه‌ی آن، سلطنت خاص است (نک: طباطبایی یزدی، ۵۸).

۳. مقوله‌ی مردد بین کیف و اضافه

طباطبایی یزدی، ملک را ماهیت مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه می داند و ملک را به سلطنت خاص مردد بین مقوله‌ی کیف و مقوله‌ی اضافه، تفسیر می کند و در این مورد می نویسد:

«ملک، یا [از مقوله‌ی کیف، یعنی] سلطنت فعلی است و یا [از مقوله‌ی] اضافه‌ای است که لازم ذاتی آن، سلطنت فعلی است» (همان).

طبق این بیان، ماهیت ملک عبارت از سطنت خاصّ مردّد بین مقوله‌ی کیف و اضافه است و آن در مقوله‌ی کیف به معنای سلطنت فعلی خواهد بود و در مقوله‌ی اضافه به معنایی خواهد بود که لازم ذاتی آن، سلطنت فعلی است (نک: همان).

۴. مقوله‌ی جدّه

برخی از فقیهان، ملک را از مقولات عرضی و از نوع مقوله‌ی جدّه به معنی مشتمل و دارا بودن اعلام کرده‌اند. غروی اصفهانی، یکی از فقیهانی است که این نظر را داده و بحث مفصلی را در مورد ملکیت و مالکیت طرح نموده (نک: غروی اصفهانی، ۷-۵) و در این مورد نوشته است:

«و آیا مفهوم ملک، عبارت از احتوا، یا احاطه، یا سلطنت و یا وجدان است؟ ظاهر این است که ملک به معنای سلطنت نیست؛ زیرا سلطنت با حرف استعلا متعدی می‌شود؛ در حالی که ملک، خودش متعدی است؛ همچنین احاطه، گاهی با حرف استعلا متعدی می‌گردد و به نظر می‌رسد که اگر ملک را مساوی احتوا و وجدان بدانیم، به حقیقت نزدیک‌تر است» (همان، ۷).

دیدگاه گروه سوم فقیهان؛ حق بودن ماهیت ملک

جماعتی از فقیهان، ماهیت ملک را مساوی حق دانسته و حتی نظریه‌ی یکسان حق و ملک را ارایه داده‌اند. مرحوم حکیم از این گروه فقیهان است. او، ملک را نوعی حق تلقی می‌کند و آن را به اعتبار و نسبت خاص بین مالک و مملوک، تفسیر می‌نماید. این «اعتبار و نسبت خاص» را همان معنای لام ملکیت در مثال: «الفرسُ لِزیدٍ»، محسوب می‌کند. وی اظهار می‌دارد: «الفرسُ لِزیدٍ، نسبت خاص بین زید و اسب را حکایت می‌کند و نشان می‌دهد که اسب از توابع، شئون و لواحق زید است و از آن به ملکیت اسب برای زید، تعبیر می‌شود» (نک: حکیم، ۶). بنابراین، مرحوم حکیم تفاوت ملک و حق را بر حسب مورد و اسم می‌دانند، نه چیز دیگر (نک: همان، ۷). همچنین، هر چند،

مرحوم طباطبایی یزدی، ملک را به سلطنت خاص مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه، تفسیر می‌کند (طباطبایی یزدی، ۵۷)، ولی بین حق و ملک، تفاوتی قایل نیست؛ به این دلیل که او در بحث حق، اظهار می‌دارد که: «حق نوعی ملک، بلکه بر حسب لغت، همان ملک است» (نک: طباطبایی یزدی، ۵۷).

دیدگاه گروه چهارم فقیهان: ماهیت مستقل ملک از حکم، سلطنت و حق

عده‌ای دیگر از فقیهان، ماهیت ملک را مستقل از حکم، سلطنت و حق دانسته و بین ماهیت ملک، حکم، سلطنت و حق تباین کلی، قایل شده‌اند. امام خمینی یکی از این نوع فقیهان است. وی، ماهیت ملک، سلطنت و حق را متباین می‌داند و فهم عرف و ارتکاز عقلایی را شاهد ادعای خود، معرفی می‌کند. او استدلال می‌کند که مواردی وجود دارند که این تباین را اثبات می‌کنند. برای مثال، حق بر حق سبق، صدق می‌کند، ولی ملک و سلطنت بر آن، صدق نمی‌کند (نک: امام خمینی، ۲۲/۱)؛ چنان که سلطنت مردم بر نفوس خود، صدق می‌کند، ولی حق و ملک بر آن صدق نمی‌کند (نک: همان، ۲۳) و مؤید و حتی دلیل ادعای خودش را تفاوت آثار حق و ملک می‌داند و استدلال می‌کند که دلیل تباین حق و ملک این است که ملک در تمامی مواردش تنها به نسبت بین مالک و مملوک، نیاز دارد، اما حق در بسیاری مواردش به سه طرف، یعنی: صاحب حق، مدیون و دین، نیاز دارد (نک: همان، ۲۴). سؤال این است که این گروه از فقیهان، ماهیت ملک را چه می‌دانند؟ در پاسخ می‌توان گفت: برخی از فقیهان این گروه، ملک و مالکیت را حکم اعتبار عقلایی دانسته و در این مورد نوشته‌اند:

«مالکیت اعتبار عقلایی است که یکی از احکام [و آثار] آن، قدرت [و یا سلطنت]

اعتباری شخص بر تغییر و تحول مملوک است» (امام خمینی، ۲۵).

بررسی اثر نظریه‌های ملک در تعریف خیار

نظریه‌های مذکور ملک، آثار متعددی را در برخی از مسایل فقهی پدید آورده و خود سبب ابهام برخی از مسایل دیگر فقهی شده‌اند و به این ترتیب، تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای آثار فقهی خاصی را به دنبال خود داشته است. ما تنها یک نمونه را در این جا ذکر، بررسی و ارزیابی می‌کنیم؛ زیرا اولاً، آوردن تمام آثار این نظریه‌ها، موجب خروج مقاله از حجم مرسوم آن می‌شود و باید این کار را در تحقیق مستقلی انجام داد و ثانیاً، این نمونه یکی از آثار مهم نظریه‌های ملک است و موجب اختلاف زیادی در میان فقیهان شده است و آن تعریف خیار است و می‌توان گفت: یکی از آثار فقهی نظریه‌های ملک در تعریف خیار مشاهده می‌شود. ما این مطلب را در دو مقام، بررسی و ارزیابی می‌کنیم. مقام اول بحث برای نشان دادن تعریف فقیهان از خیار به ملک و مقام دوم بحث برای نشان دادن تعریف فقیهان از ماهیت خیار به سلطنت ملکی، حکمی و حقی اختصاص دارد.

مقام اول؛ تعریف فقیهان از خیار به ملک

جماعتی از فقیهان، ماهیت خیار را ملک دانسته و در تعریف خیار به این معنا تصریح کرده‌اند. فخرالمحققین در *ایضاح الفوائد*، در بحث خیار مجلس، به این امر تصریح کرده و خیار را نوعی ملک و یا مالکیت مالک بر فسخ عقد منعقد شده، تلقی کرده و نوشته است:

«جماعتی از عالمان متأخر، خیار را به ملک فسخ العقد تعریف کرده‌اند»
(فخرالمحققین، ۴۸۲/۱).

همچنین فاضل مقداد، ماهیت خیار را نوعی ملک دانسته و این تعریف را برای خیار آورده است:

«ملک اقرار العقد و ازالته» (فاضل مقداد، ۴۳/۲)؛ خیار، عبارت از مالکیت بر اقرار (ابقا و یا الزام) عقد و فسخ عقد است.

طبق این بیان، خیار، نوعی ملک برای مالک تلقی می‌شود و مالک این نوع ملک، بر فسخ عقد منعقد شده تسلط پیدا می‌کند؛ اعم از این که مراد از «اقرار عقد» را ابقای عقد بر حالتش با ترک فسخ، معنا کنیم و یا طوری که عقد غیر قابل فسخ گردد، به الزام عقد معنا نماییم (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

این تعریف از سوی فقیهان دیگری نیز برای تعریف ماهیت خیار بیان شده است؛ چنان که، مؤلف ریاض (نک: طباطبایی، ۱۷۷/۸) و صاحب جواهر (نک: نجفی، ۳/۲۳)، این تعریف را برای بیان ماهیت خیار، انتخاب کرده‌اند.

شیخ انصاری نیز، این تعریف را از فقیهان متأخر نقل کرده است و در معنای واژه‌ی الزام با ارایه دهندگان این تعریف، به مناقشه پرداخته است (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

مقام دوم: مقصود فقیهان از تعریف خیار به ملک

اگر نظریه‌های چهارگانه‌ی تعریف ملک فقیهان را ملاک تعریف خیار قرار دهیم، اثر و نتیجه‌ی منطقی نظریه‌های مذکور را در تعریف خیار، مشاهده خواهیم نمود؛ زیرا که تعریف خیار مطابق نظر هر کدام از گروه‌های چهارگانه فقیهان مذکور، به شرح زیر خواهد شد:

۱. مطابق نظر گروه اول فقیهان، ماهیت خیار نوعی حکم می‌شود، در این صورت، خیار، آثار حکم را پیدا می‌کند و نمی‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و گاهی نیز، اسقاط نمود؛ زیرا که آنان، ماهیت ملک را نوعی حکم، تلقی می‌نمایند و حکم، هیچ کدام از این آثار را ندارد.

شهیدی این قول را در حاشیه‌ی خود بر مکاسب طرح کرده و تصریح نموده است:

«بنابر قول مختار، تمام حقوق از قبیل احکام هستند، اعم از احکام وضعی؛ چنان که در بعضی موارد این گونه است و یا از احکام تکلیفی، همان طور که در برخی موارد دیگر، چنین است» (شهیدی، ۱۵۱).

شهیدی مقتضای تحقیق را این مطلب می‌داند که حقوق مذکور با اسقاط صاحب حق ساقط نمی‌گردد؛ زیرا وجه عدم سقوط حقوق الله معلوم است و کسی نمی‌تواند حکم الهی را ساقط کند، اما وجه عدم سقوط حقوق الناس این است که تا زمانی که حق الناس، اقتضای جعل حکم الهی را دارد، چنین حکمی با اسقاط صاحب حق از بین نمی‌رود؛ مگر اینکه اقتضای جعل حکم که مصلحت ویژه است از بین برود و صاحب حق به تبع آن، حق خود را ساقط نماید و در حقیقت، در چنین فرضی، حق، خود به خود سقوط موضوعی پیدا کرده است؛ بدون اینکه کسی آن را ساقط نماید (نک: همان، ۸۶).

یکی از فقیهان معاصری که این نظریه را داده و دلایلی را نیز، برای اثبات آن ارایه کرده است، مرحوم اراکی است (نک: اراکی، ۴-۳). ایشان ماهیت خیار را به «جواز رجوع از عقد» تعریف می‌کند و معلوم است که این جواز رجوع، جواز حکمی است، نه جواز حقی. مرحوم اراکی این تعریف از خیار را تعریف دیگر فقیهان نیز، تلقی می‌کند و می‌فرماید:

«ظاهر عرفی موارد حکم فقیهان در خیار، این است که خیار حق بر عین (مورد معامله) نیست؛ زیرا فقیهان، خیار را به بازگشت از معامله، تعبیر می‌کنند» (همان، ۴).

۲. مطابق نظر گروه دوم فقیهان، ماهیت خیار نوعی سلطنت می‌شود. در این صورت، خیار، آثار ملک را پیدا می‌کند و می‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و گاهی نیز، اسقاط نمود؛ زیرا این گروه فقیهان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت می‌دانند که آن آثار مذکور را دارد. بنابراین مبنا، جمله‌ی: «ملک فسخ العقد» به این معنی

است که خیار عبارت از نوعی سلطنت و مالکیت شرعی مالک بر فسخ عقد منعقد شده است. از این رو، مؤلف *ایصال الطالب* «ملک فسخ العقد» را چنین معنا کرده است: «زمانی که گفته می‌شود مثلاً برای فلانی خیار است، یعنی او طبق شرع، نوعی مالکیت [سلطنت] بر فسخ عقد منعقد شده دارد» (حسینی شیرازی، ۴/۱۱).

طبق این متن، ملک به معنای سلطنت است و معنای جمله‌ی: «ملک فسخ العقد»، سلطنت صاحب خیار بر اجازه و رد در عقد فضولی و یا سلطنت بر رجوع در عقد هبه‌ی جایز است. اثر چنین تعریفی برای خیار آن است که موارد زیر در تعریف خیار داخل شوند:

- مالکیت شخص بر فسخ عقود جایز؛
 - مالکیت شخص بر فسخ عقد فضولی؛
 - مالکیت وارث بر رد عقد مُورَث بر مازاد بر ثلث؛
 - مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر؛
 - مالکیت هر کدام از زوجین بر فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب.
- در حالی که اثر تعریف خیار به حکم طبق نظر گروه اول فقیهان آن است که موارد مذکور را از احکام و سلطنت حکمی مالک بر فسخ عقد، تلقی کنیم.
۳. مطابق نظر گروه سوم فقیهان، ماهیت خیار نوعی حق می‌شود. در این صورت، خیار، آثار حق را پیدا می‌کند و می‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و اسقاط کرد؛ زیرا که این گروه فقیهان، ماهیت ملک را مساوی حق می‌دانند.
- ابن زهره، ماهیت خیار را به صراحت، حق می‌داند (نک: ابن زهره، ۲۲۱).
- همچنین شیخ انصاری، ماهیت خیار را حق تلقی می‌کند و طبق مبنای خودش، تعریف خیار فخرالمحققین، به «ملک فسخ عقد» را به حق تفسیر و حمل می‌کند و می‌فرماید:
- «شاید دلیل این که فخرالمحققین خیار را به ملک، تعبیر نمود، این باشد که خیار از حقوق است، نه از احکام» (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

دلیلی که شیخ انصاری تفسیر مذکور را حمایت می‌کند آن است که فخر نفرمود: «جواز فسخ العقد»، بلکه گفت: «ملک فسخ العقد»؛ زیرا اگر او، در تعریف مذکور واژه‌ی جواز را به کار می‌برد، به یقین مرادش از خیار، حکم بود، نه حق. بنابراین، شیخ انصاری، ماهیت خیار را سلطنت حقی مالک بر فسخ عقد تفسیر می‌کند و طبق این بیان، همه‌ی مثال‌های زیر از احکام شرعی خواهند بود:

- مالکیت شخص بر فسخ عقود جایز.
- مالکیت شخص بر فسخ عقد فضولی.
- مالکیت وارث بر رد عقد مؤرّث بر مازاد بر ثلث.
- مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر.
- مالکیت هر کدام از زوجین بر فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب.

و در نتیجه، آن‌ها قابل ارث گذاشتن و اسقاط کردن نیستند؛ در حالی که اگر آن‌ها از حقوق بودند هم قابل ارث گذاشتن و هم قابل اسقاط می‌شدند و این دو مورد از تفاوت‌های حق و حکم هستند. برای مثال، زن می‌تواند حق قسم خود را از زوج خود، اسقاط کند؛ چون آن، حق است؛ ولی کسی نمی‌تواند حکم را اسقاط کند؛ برای مثال، کسی نمی‌تواند سلطه‌ی خود را بر فسخ عقود جایز، اسقاط کند و بگوید من تسلط خودم را بر فسخ عقود جایز، اسقاط کردم؛ زیرا با چنین گفتاری، این حکم نسبت به او، ساقط نمی‌گردد (نک: همان). البته اگر کسی سؤال کند که آیا هر حقی قابل انتقال و اسقاط است، پاسخش منفی است؛ زیرا حقوقی قابل انتقال است که وجود و حیات شخص مقوم آن نباشد و گرنه، مثل حق جلوس در بازار و مسجد، حق خیار مجعول برای اجنبی، حق تولیت و نظارت، قابل انتقال نیستند و اگر مستحق (صاحب اصلی حق) بمیرد، ما نمی‌توانیم حقوق مذکور را به ورثه انتقال دهیم. از این رو، اگر کسی بگوید: ما برای اثبات حق بودن خیار، بقای حق و عدم انقطاع آن با فوت صاحب حق را استصحاب می‌کنیم! جواب می‌دهیم: چنین امری به علت عدم احراز موضوع مشکل

است؛ زیرا قوام چنین حقی تنها قائم به صاحب حق است و با فوت او، موضوع حق منتفی می شود (نک: همان، ۲۹۰).

۴. مطابق نظر گروه چهارم فقیهان، ماهیت خیار مستقل و متباین از سلطنت، حکم و حق می شود و آثار هیچ کدام از ملک، حکم و حق را ندارد؛ زیرا آنها، ماهیت ملک را مستقل و متباین با سلطنت، حکم و حق، ارزیابی می کنند. البته طبق تعریف خیار به ملک، ماهیت خیار همان ماهیت ملک است، ولی سؤال می شود که طبق قول چهارم ماهیت ملک چیست و آثار آن کدام است؟ پاسخ قبلی برای این سؤال نیز قانع کننده نیست که کسی بگوید: ملک، اعتباری عقلایی است که یکی از آثار آن، سلطنت اعتباری شخص بر تغییر مملوک است (نک: امام خمینی، ۲۵)؛ زیرا اگر سلطنت مذکور را بپذیریم باید آن را به نظریه ی گروه دوم فقیهان در تعریف ملک و خیار ارجاع دهیم که در این صورت، قول چهارمی در کار نخواهد بود.

بنابراین، سه قول در مقام اثبات از فقیهان در تعریف خیار وارد شده است؛ زیرا آنها بعد از پذیرش خیار به ملک، در تبیین و تحلیل ماهیت این گونه ملک یا بهتر بگوییم ملک خیار، اختلاف دارند. برخی از فقیهان، ماهیت خیار را سلطنت ملکی، بعضی از آنها، ماهیت خیار را سلطنت حکمی و برخی از آنان نیز، ماهیت خیار را سلطنت حقی دانسته اند. به این ترتیب، خیار طبق قول اول، آثار ملک و طبق قول دوم، آثار حکم و طبق قول سوم، آثار حق را پیدا خواهد کرد و آثار هر کدام از آنها، متفاوت خواهد بود.

تحلیل مذکور در دو مقام بحث، نشان می دهد که ریشه ی ابهام تعریف خیار و وجود سه قول پیرامون تعریف آن در نظریه های تعریف ملک، نهفته است و اگر تعریف ملک منطبق و سازگار با فقه اسلامی، از منابع حقوق اسلامی استنباط و استخراج گردد و ادله ی آن ارایه شود، می توان از مشکل تعدد نظریه های مذکور، رهایی یافت. بنابراین، ابتدا باید نظریه ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک، تحصیل و

ارایه نمود؛ سپس به تبیین و تحلیل نظریه‌ی تحقیق پرداخت و در لابلای بحث، نظریه‌های فقیهان در تعریف ملک را بررسی، نقد و ارزیابی کرد.

نظریه‌ی تحقیق

طبق نظریه‌ی این تحقیق، ملک در حقوق اسلامی، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است که مورد تأیید شرع باشد؛ طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود؛ مگر اینکه مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد.

ادله‌ی نظریه‌ی تحقیق

این معنای ملک از ادله‌ی مختلف حقوق اسلامی یعنی: روایات یا قاعده‌ی سلطنت، لغت، ظهور ملک، تبادل عرفی و برخی آیات قرآن استنباط می‌شود. هر کدام از این ادله را شرح می‌دهیم:

۱. روایات یا قاعده‌ی سلطنت

روایات متعددی نظریه‌ی مذکور تحقیق را اثبات می‌کنند. این روایات به شرح و استدلال زیر هستند:

الف: حدیث مستفیض ابن ابی جمهور

«الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن ابی جمهور، ۲۰۸/۳).

کیفیت استدلال به حدیث مذکور برای اثبات نظریه‌ی تحقیق، چنین است که این حدیث، حکم عرفی مالکیت مردم بر اموال و املاک را به شرح فوق، تأیید و امضا می‌کند و به مالکیت مردم بر املاک و اموال خود مشروعیت می‌دهد و به تعبیری بهتر، مشروعیت آن را تأسیس می‌کند و از آنجایی که حدیث نفرموده است: «الناس مالکون علی اموالهم»، بلکه بیان داشته است: «الناس مسلطون علی اموالهم»؛ لذا، حدیث به صراحت مردم را بر اموال خودشان مسلط دانسته است، نه مالک بر اموالشان. بنابراین،

به نظر ما معنای صریح حدیث مربوط به دو چیز است: اموال و مردمی که مسلط بر اموال دانسته شده‌اند. از این رو، معنای صریح یا ظهور حدیث در این است که مردم بر اموال خویش مسلط هستند و در پاسخ این سؤال که ملکیت از کجا به دست می‌آید؟ جواب می‌دهیم: ملکیت از مفاهیم انتزاعی است و منشأ انتزاع آن، سلطه‌ی مردم بر اموال خویش است. از این رو، سلطه از اوصاف و قیود ماهوی ملک است و این سلطه‌ی مردم بر اموال که ملکیت را تحصیل می‌کند، آثاری نظیر انواع تصرف، دارایی محسوب شدن مال و ایجاد صفت مالکیت برای سالت را دارد. پس، ماهیت ملک، این سلطنت خاص است و این سلطنت در تعریف ماهیت ملک، قید ماهوی ملک محسوب می‌شود. حال، از آنجایی که سلطنت دو طرف دارد: یکی، سالت و دیگری، مسلوط، اگر ما الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک را همان رابطه‌ی وجودی بین سالت و مسلوط تکوینی بدانیم، ملک در حقوق اسلامی به مطلق سلطنت اعتباری شخص بر شیء اطلاق می‌شود، به طوری که این سلطنت اعتباری، امکان هر نوع تصرف سالت را در آن شیء فراهم می‌کند و مانع تصرف دیگران در آن شیء می‌شود؛ مگر اینکه مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد. شیخ جواد تبریزی (نک: ۱۲/۲)، خویی (نک: ۴۴/۲)، آخوند خراسانی (نک: کفایة الاصول، ۳۰۷/۲؛ همو، حاشیه بر فرائد الاصول، ۲۹۴)، امام خمینی (نک: ۲۴/۱)، سیدمحسن حکیم (نک: ۶-۷)، طباطبایی یزدی (نک: ۵۸) و غروی اصفهانی (نک: ۷-۵) ماهیت ملک را به سلطنت تعریف کرده‌اند. بنابراین، تعریف ماهیت ملک به سلطنت و قرار دادن سلطنت به عنوان قیدی ماهوی برای تعریف ملک، امری مألوف است.

ب: روایت امام زمان (عج)

روایتی از امام زمان (عج)، به شرح زیر وارد شده است که نظریه‌ی تحقیق را اثبات

می‌کند:

«لایحلّ لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغير اذنه» (حر عاملی، ۲/ ۳۰۹). وجه استدلال به این روایت چنین است که، طبق روایت مذکور، بر کسی جایز نیست که بدون اذن، در مال دیگری تصرف کند؛ زیرا که این کار دخالت در حوزه مالکیت دیگران و نادیده گرفتن حق سلطنت آنان است. هر چند این روایت به سلطنت تصریح نمی‌کند، ولی معنای عامی دارد و ملک و سلطنت را در بر می‌گیرد. همچنین، عرضه‌ی مُفاد این روایت به حدیث سابق، معنای سلطنت را خواهد رساند. چنان‌که وجه استدلال روایت بعدی نیز این وضع را دارد.

ج: روایت امام صادق (ع)

حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده است که مربوط به مقام بحث است. در این حدیث آمده است: «الانسان احقّ بماله مادام الروح فی بدنه» (همان، ۱۳/ باب ۱۷)؛ کیفیت استدلال به این حدیث این‌گونه است که انسان تا زنده است، از هر کس دیگر به مال خویش سزاوارتر است؛ لذا، هر نوع سلطنت مالکانه بر اموال برای وی محفوظ است.

د: قاعده‌ی سلطنت

فقیهان از روایات مذکور، قاعده‌ی سلطنت را استنباط کرده‌اند و در وجه استدلال آن می‌گویند: صاحب هر ملکی می‌تواند انواع تصرف نظیر نقل و انتقال را در ملک خود انجام دهد؛ زیرا روایات به تسلط مردم بر اموالشان دلالت می‌کند و برای تسلط مردم بر مال خود، معنایی غیر از تصرفاتی مانند نقل و انتقال، متصور نیست (نک: انصاری، مکاسب، ۲۲۱)، ولی به نظر می‌رسد که مبنای اصلی این قاعده، عرف و حکم عاقلان است و آن را باید یک قاعده‌ی عرفی و عقلایی محسوب کرد که روایات مذکور، مشروعیت آن را در حقوق اسلامی امضا و تأیید می‌کنند. شیخ انصاری، این قاعده را یک قاعده‌ی مسلم دانسته و بر آن استدلال کرده است (نک: همان).

صاحب جواهر، قلمرو این قاعده را نظیر دیگر فقیهان بسیار گسترده و شامل کلیه اموال مادی و معنوی دانسته و نوشته است: «مردم [طبق این قاعده] بر حقوق و اموال خود سلطه دارند» (نجفی، ۲۵/۲۲۸).

این معنای ملک، در حقوق اسلام، مقسم قرار می‌گیرد و اصطلاحات متعددی از آن ساخته می‌شود؛ مانند: ملک مایملک، ملک طلق، ملک عین، ملک منفعت، ملک انتفاع، ملک قهری، ملک ارادی و دهها تعبیر دیگر (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۷-۶۸۴). عین وجه استدلال روایت سلطنت در مورد این قاعده نیز جریان دارد که از تکرار آن پرهیز می‌کنیم.

۲. تبادر عرفی و ظهور ملک

تبادر عرفی و ظهور ملک، دلیل دیگر نظریه‌ی تحقیق است؛ زیرا ظهور لفظ ملک و تبادر عرفی آن، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است؛ به طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود؛ مگر اینکه مانع عرفی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد. بنابراین، هر چند ملک در حقوق موضوعه و به ویژه قانون مدنی ایران، در مال و دارایی، اعم از منقول و غیر منقول، استعمال می‌شود؛ چنان‌که می‌توان گفت: ملک در مال، تبادر و ظهور دارد (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۴)، ولی در حقوق اسلامی، میان ملک و مال، فرق وجود دارد و بین آن دو، رابطه‌ی عموم و خصوص من وجه بر قرار است و برای مثال، ماهی صید نشده در دریا از مباحات است و مال تلقی می‌شود، ولی ملک نیست و شخص در مورد آن، سلطنت ندارد. همچنین، میوه‌ی فاسد شده در مغازه، مال نیست و فاسد شدن، آن را از مالیت انداخته است و کسی به ازای آن پول نمی‌پردازد، ولی علی‌رغم این، آن میوه، ملک است و صاحب باغ نسبت به چنین میوه‌ای سلطنت دارد و می‌تواند هر نوع تصرفی را در آن انجام دهد.

۳. مفهوم ملک در لغت

دلیل بعدی نظریه‌ی تحقیق، مفهوم ملک در لغت است. معنای لغوی ملک، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است؛ به طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود، مگر اینکه مانع عرفی در بین باشد و بر خلاف اصل اولی، اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد. توضیح اینکه، واژه‌ی ملک با کسره و ضمّه‌ی فاء الفعل و سکون لام الفعل که جمع آن، املاک است، در لغت به یک معنی استعمال شده و ریشه‌ی کلمات: مالک، مالکیت، مملوک، مُلک، مَلَاک، تملیک و غیره است. عرب‌زبانان، این واژه را به معنای «ما یملکُهُ الانسان» (نک: الیاس، ۶۶۹) و یا «ما یتصرفُ فیهِ» (نک: انیس، ۸۸۶) تعبیر می‌کنند؛ یعنی ملک چیزی است که انسان آن را مالک می‌شود و به تملک و تصرف خود در می‌آورد. طبق این بیان لغت‌شناسان، معنای ملک همان سلطنت است. این معنای ملک از معجم مفردات الفاظ قرآن راغب اصفهانی نیز با کمی تفاوت استفاده می‌شود؛ زیرا راغب اصفهانی، این واژه را به معنای سلطنت دانسته است (نک: راغب اصفهانی، ۴۹۳). بنابراین، «مَلِکَ الشیء» به معنای تصرف و سلطنت اختصاصی شخص بر شیء است (نک: انیس، ۸۸۶). معنای سلطنت اختصاصی شخص بر شیء این است که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع از تصرف دیگران در آن شود.

ارزیابی نظریه‌های فقیهان بر اساس نظریه‌ی تحقیق

به نظر ما، نظریه‌ی تحقیق، مطابق تعریف حقیقی ملک در حقوق اسلامی است و سایر تعریف‌های ملک، یا تعریف نادرست، یا تعریف به لوازم و یا تعریف به آثار ملک محسوب می‌گردند. لذا، لازم است که نظریه‌های فقیهان را بر اساس نظریه‌ی تحقیق ارزیابی و نقد کنیم:

۱. خلط مفاهیم اعتباری و تکوینی

مفهوم فقهی ملک، حکم، حق و سلطنت، از مفاهیم اعتباری است (نک: خویی، ۴۴/۲) و اعتبار کننده‌ای، اعم از متعبر شرعی و عرفی را لازم دارد و بدون این اعتبار، معتبر، نخواهد شد. لذا، مفاهیم فقهی را نباید با مفاهیم تکوینی، اعم از منطقی و فلسفی، خلط کنیم. این گونه مفاهیم اعتباری فقهی از مفاهیم واقعی و الگوهای حقیقی گرفته شده‌اند و باید بحث شود که الگوی حقیقی مفاهیم اعتباری ملک، حکم، حق و سلطنت چیست و کدام الگوهای حقیقی، منشأ اتخاذ این گونه مفاهیم فقهی و حقوقی هستند.

به نظر می‌رسد، الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک، حکم، حق و سلطنت همان رابطه‌ی تکوینی موجودات واقعی است. چنین رابطه‌ای بین نفس شخص و صورت‌های ذهنی او، موجود است و نیز بین خالق هستی و مخلوقات او وجود دارد. این الگوی تکوینی، منشأ پیدا شدن مفاهیم اعتباری فقهی، نظیر ملک، حکم، حق، سلطنت، حریت و زوجیت و این قبیل مفاهیم است و اگر ما با چنین الگوی تکوینی آشنایی نداشته‌ایم، نمی‌توانستیم این گونه مفاهیم اعتباری فقهی را بسازیم و اگر شارع نیز، آن‌ها را برای ما به صورت کشفی وضع می‌کرد، ما معنای درست و واقعی آن‌ها را نمی‌فهمیدیم. لذا، فقیهانی که به این الگوی تکوینی توجه نکرده‌اند، معنای مفاهیم اعتباری فقهی و تشریحی نظیر ملک، حکم، حق، سلطنت، حریت و زوجیت را درست طرح نکرده و این بحث را خلط کرده و موضوع را در چنین فضای پیچیده‌ای طرح و تحلیل نموده‌اند. اگر همه‌ی فقیهان به این الگوی تکوینی در طرح و تحلیل مفاهیم اعتباری فقهی توجه می‌کردند، این مشکل و در نتیجه، این همه اختلاف نظر پدید نمی‌آمد. بر طبق این مبنا، اگر ما الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک را همان رابطه‌ی وجودی بین ملک، مالک و مملوک تکوینی بدانیم، ملک در حقوق اسلامی به مطلق سلطنت اعتباری شخص بر شیء اطلاق می‌شود؛ به طوری که این سلطنت اعتباری امکان هر نوع تصرف مالک را در آن شیء فراهم می‌کند و مانع از تصرف دیگران در آن می‌شود؛ مگر این که مانعی

عرفی و شرعی در بین باشد و بر خلاف اصل اولی، اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد.

بنا بر این تحلیل، نظریه‌های فقیهان این‌گونه نقد می‌شود که تعریف آن‌ها از ملک، یا غلط است و یا تعریف به آثار یا لوازم ملک است؛ نه تعریف به حقیقت و ماهیت ملک. چنان‌که تعریف‌های زیر این‌گونه هستند و از فرمول تعریف به آثار و لوازم تبعیت کرده‌اند:

۱. ملک در حقوق اسلام و ایران، عبارت از اختیار قانونی شخص بر اشیا و اموال است.

۲. ملک در حقوق ایران و اسلام، عبارت از حقی است که شخص می‌تواند خود را به استناد آن، مالک گرداند. به این‌گونه ملک، در اصطلاح حقوقی «ملک آن یملک» نیز گفته می‌شود. مثلاً، ورثه می‌تواند وصیت زاید بر ثلث پدر را رد کند و به این وسیله بعد از فوت پدر، مالکیت خود را بر اموال تسلط ببخشد. این اصطلاح گاهی نیز به معنای اختیار قانونی شخص بر اشخاص است؛ نظیر اطلاق ملک بر بضع در اصطلاح «ملکیت بضع» که به معنای تسلط زوج بر رابطه‌ی زوجیت با زن معین و آثار آن، به کار رفته است (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۵).

۲. سلطنت؛ قید ماهیت ملک، نه لازم ماهیت آن

طبق نظریه‌ی تحقیق، ماهیت ملک، نوعی سلطنت است. قید «سلطنت» در تعریف تحقیق، جزو ماهیت ملک است. سلطنت به معنای علاقه‌ی اختصاصی چیزی به شخصی است؛ به طوری که امکان تصرف را بر مالک فراهم بیاورد و مانع تصرف دیگران در آن شیء گردد. این سلطنت گاهی عینی است مثل سلطنت حمل (کودک در شکم مادر) بر ارث و گاهی، دینی است مثل سلطنت طلب‌کار بر مورد دین. همچنین، این سلطنت گاهی قوی است مثل سلطنت مالک بر اموال خودش و گاهی، ضعیف است مثل سلطنت مرتهن بر عین مرهونه. این نوع سلطنت همیشه، دو طرف دارد: یکی سالت

و دیگری مسلوط است. پس، ملک نیز همیشه دو طرف خواهد داشت که عبارت از مالک و مملوک است.

۳. شباهت و تفاوت ملک و حق

هر چند، طبق نظریه‌ی تحقیق، ملک و حق، هر دو به سلطنت شخص تعریف می‌شوند و آن دو از این جهت شباهت دارند، ولی اطراف و متعلقات ملک و حق با یکدیگر تفاوت دارند. توضیح اینکه طبق نظریه‌ی تحقیق، حق در حقوق اسلامی، عبارت از سلطنت شخص بر شیء یا شخص و یا امری که مورد تأیید شارع است؛ به گونه‌ای که امکان تصرف شخص را در موضوع حق (شیء، شخص و امر) فراهم بیاورد و مانع تصرف دیگران در موضوع حق شود. معنای سلطنت در تعریف مذکور، عبارت از علاقه‌ی اختصاصی چیزی، یا شخصی و یا امری به شخصی است، به طوری که تصرف صاحب حق را بر موضوع حق فراهم آورد و مانع تصرف دیگران در آن شود. این سلطنت گاهی سلطنت بر عین است مثل حق ارث بیع خیاری؛ گاهی، سلطنت بر شخص است، مثل حق قصاص و گاهی هم سلطنت بر امری از امور است، مثل حق ذین که حق ذمه‌ای است. بر طبق این بیان اگر متعلق حق، شخص باشد، اطراف حق، سه چیز خواهد بود: من له الحق (طلب‌کار)، من علیه الحق (مدیون، متعهد و بده‌کار) و محل حق. متعلق حق در صورتی شخص خواهد بود که حق ذمی باشد، مثل حق نفقه‌ی زن بر شوهر که نسبت بین دو فرد و خود ذین، وجود دارد، ولی اگر متعلق حق، شیء و یا امری از امور باشد، اطراف آن، دو رکن خواهد بود: من له الحق (صاحب حق) و محل حق (خود شیء و امر).

بنابراین تحلیل، تفاوت‌های اساسی بین حق و ملک به این شرح است: تفاوت اول ملک و حق در خود اطراف آن دو است؛ زیرا ملک همیشه دو طرف دارد که همان ملک و مملوک است. در حالی که حق در غالب مواردش سه طرف دارد که طلب‌کار، مدیون و محل حق است.

تفاوت دوم ملک و حق در اتحاد و افتراق اطراف آن دو است؛ زیرا اطراف ملک در یک نفر جمع شده و متحد می‌شود، ولی اطراف حق به هیچ وجه در یک فرد، جمع و متحد نمی‌شود. این مطلب در حقی که سه طرف دارد، بسیار واضح است و به توضیح نیازی ندارد و در حقی که دو طرف دارد (و این در مواردی است که متعلق حق، شیء و امری از امور باشد) با دقت معلوم می‌شود؛ زیرا در حق دینی، معقول نیست که کسی مالک نفس (ذمه‌ی) خودش باشد (نک: انصاری، مکاسب، بیع / ۱) و مشغول الذمه به خودش گردد؛ چون اگر مالکیت بر نفس (ذمه‌ی) خود معقول بود، سقوط و اسقاط آن، ممکن نمی‌شد (نک: ایروانی، ۷۳). در حالی که یکی از اوصاف ذاتی حق، قابل سقوط و اسقاط بودن آن است.

تفاوت سوم ملک و حق در متعلق آن دو است؛ چرا که متعلق ملک همیشه شیء است. در حالی که متعلق حق، یا شخص، یا شیء و یا امری از امور است.

۴. افتراق ملک و حکم

بر اساس نظریه‌ی تحقیق، ملک و حکم، دو ماهیت متمایز دارند و ماهیت ملک، حکم نیست؛ زیرا طبق اصطلاح فقیهان، حکم معانی متعددی دارد و شامل حکم تکلیفی، حکم وضعی، حکم اولی، حکم ثانوی، حکم ظاهری، حکم واقعی، حکم امضایی، حکم تأسیسی و حکم ولی امر مسلمین می‌شود. در حالی که هیچ کدام از احکام مذکور نمی‌توانند ماهیت ملک را تشکیل دهند. این است که فقیهان، اجازه و رد کردن عقد فضولی از سوی مالک را ملک نمی‌گویند و نیز تسلط شخص بر فسخ عقد جایز مثل هبه‌ی جایز و عاریه را ملک نمی‌خوانند؛ چون این‌ها از قبیل احکام هستند، نه از قبیل املاک؛ لذا، به ارث نمی‌رسند و قابل سقوط و اسقاط نیز نیستند. برای مثال، اگر کسی به دیگری هدیه دهد و این عقد، عقد جایز باشد، تا زمانی که عین هدیه موجود است، مالک، قدرت بر فسخ آن را دارد، ولی این حق فسخ، برای وراثت او به ارث نمی‌رسد. همچنین، اگر کسی به دیگری بگوید: من حق رجوع خودم را در هبه‌ی

مذکور ساقط کردم، حق رجوع او، ساقط نمی‌شود؛ چون حق رجوع مذکور، حکم است و حکم قابل ارث و سقوط و اسقاط نیست؛ در حالی که ملک از قبیل حقوق است و قابل نقل، انتقال و ارث است و گاهی نیز، قابل سقوط و اسقاط می‌شود (انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

۵. اعتبار شرعی ملک

بر اساس نظریه‌ی تحقیق، هر چند ماهیت ملک، حکم نیست، ولی منشأ سلطنت شخص بر شیء، اعتبار عرفی است که مورد تأیید شرع هم قرار گرفته است. شارع این تأیید شرعی را از طریق حکمی از احکام خود بیان کرده و مشروعیت حکم عرفی مذکور را به تأیید رسانده است. اکنون سؤال در مقام بحث این است که شارع با کدام نوع از احکام خود، ملک را یک اعتبار تشریحی می‌کند؟

پاسخ سؤال مذکور به این مطلب وابسته است که ما نهاد فقهی و حقوقی ملک را یک نهاد تأسیسی شارع می‌دانیم و یا آن را یک نهاد امضایی شارع، تلقی می‌کنیم. توضیح مطلب این است که فقیهان، احکام را به تأسیسی و امضایی تقسیم می‌کنند و اصطلاح امضا را مقابل اصطلاح تأسیس به کار می‌برند. تأسیس در حقوق اسلامی به معنای وضع قانونی است که در عرف و عادت وجود نداشته و ابتدا شارع آن را تأسیس و مقرر کرده است (نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۳ و ۲۴۴)؛ لذا، احکام تأسیسی، عبارت از احکامی هستند که پیش از آمدن اسلام وجود نداشتند و شارع، آن‌ها را تأسیس کرده است. در هر جایی که حکم تأسیسی قابل اثبات باشد، حقیقت شرعی نیز، قابل اثبات خواهد بود؛ زیرا حقیقت شرعی به این معنا است که شارع اسلام واژه‌ای را در معنای لغوی و یا عرفی خود استعمال کرده است. قول مشهور فقیهان (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱)، احکام مربوط به عبادات را تأسیسی می‌دانند. این‌گونه فقیهان معتقدند که هر چند احکام عبادی نظیر نماز و روزه در ادیان گذشته نیز بوده، اما نماز و روزه با این شرایط و چگونگی، ویژه‌ی دین اسلام است. بنابراین، دین مقدس اسلام،

احکام بالا را تأسیس کرده است و این گونه عناوین، دارای حقیقت شرعی و یا متشرعی هستند و معنای خاصی دارند. امضا در حقوق اسلامی به معنای شناسایی یک عرف و عادت از طرف شارع اسلام است؛ لذا، اگر بگوییم معاملات امضایی هستند، به این معنا خواهد بود که قوانین راجع به معاملات، از عرف و عادت گرفته شده‌اند (نک: جعفری لنگرودی، ۸۱ و ۲۴۴) و این گونه معاملات بین مردم متعارف بوده‌اند و شارع مقدس آن‌ها را با عباراتی از قبیل: «أحلّ الله البيع» (بقره/۲۷۵) و «أوفوا بالعقود» (مائده/۱) امضا کرده است. شارع مقدس، اگر مواردی مانند معامله‌ی «ربوی» و «غرری» را در کل قبول نکرده، نظر خود را روشن، بیان کرده است. به همین جهت، سکوت شارع مقدس و نبود نهی درباره‌ی عقدی از عقود، کفایت می‌کند که شارع مقدس آن را پذیرفته است و آن عقد در شرع، نظیر عرف، جایز و صحیح است؛ زیرا که شارع مقدس، هرگز اهمال و مسامحه نمی‌کند و آنچه را که مورد رضایت و مقصودش نیست، به روشنی اعلام می‌دارد (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱).

قول مشهور فقیهان، اصل عقود و ایقاعات را از احکام امضایی دانسته، ولی احکام این گونه نهادهای فقهی و حقوقی را از احکام تأسیسی تلقی کرده‌اند (نک: همان). بنابراین، در مورد ملک نیز دو قول وجود دارد: قولی، اصل ملک را نظیر عقود و ایقاعات، امضایی تلقی می‌کند و معتقد است که شارع مقدس، حکم عرفی ملک را با بیان حکم شرعی، امضا کرده است. این قول مخالف نظر مشهور فقیهان است و قول مشهور، ملک را یکی از احکام تأسیسی شرعی محسوب می‌کند که شارع مقدس آن را بنا بر حفظ و رعایت مصالح اعم از شخصی و اجتماعی، تأسیس نموده است. در این بیان، حکم ملک از احکام اولی شرعی، اعم از تکلیفی و وضعی است. اگر شارع، اعتبار شرعی ملک را با یک حکم تکلیفی اعلام کند، آن را به طور مستقیم جعل می‌کند و اگر اعتبار شرعی ملک را با یک حکم وضعی اعلام نماید، جعل آن بر طبق مبانی فقیهان، مختلف خواهد بود. قدمای اصولیان و مشهور فقیهان، جعل مستقیم این نوع حکم را نیز

برای شارع ممکن و صحیح دانسته‌اند (نک: مشکینی، ۱۱۹)، ولی، شیخ انصاری و پیروان او، جعل مستقیم این نوع حکم را برای شارع غیر ممکن تلقی نموده و جعل احکام وضعی را از طریق جعل احکام تکلیفی دانسته‌اند. به این بیان که حکم وضعی از حکم تکلیفی، انتزاع می‌شود. برای مثال، زمانی که شارع، شرب خمر را تحریم می‌کند، ما حکم نجاست، بطلان خرید و فروش، تولید و توزیع آن را به عنوان حکم وضعی از حکم حرمت شرب خمر انتزاع و استخراج می‌کنیم، یا وقتی که شارع، عقد نکاح را جایز می‌داند، ما حکم استمتاع جنسی زوجین از یکدیگر را از آن انتزاع می‌نماییم و همین طور، احکام وضعی را از سایر احکام تکلیفی، انتزاع می‌کنیم (نک: انصاری، فرائد الاصول، ۳۵۱؛ مشکینی، ۱۱۹).

۶. تفاوت معنای مصدری و اسم مصدری حکم

حکم در معنای مصدری که نسبت به فاعل لحاظ می‌شود و معنای آن به فاعل نسبت داده می‌شود، عبارت از انشای یک امر اعتباری از سوی شارع و قانون‌گذار است که به طور مستقیم یا غیر مستقیم الزام و یا منعی را ایجاد می‌کند. حکم در معنای مصدری می‌تواند شامل حکم تکلیفی، وضعی، اولی، ثانوی، ظاهری، واقعی، امضایی، تأسیسی، قاضی و ولی امر مسلمین گردد. بنابراین، اگر فقیهی برای مثال بگوید: حکم خیار مجلس، عبارت از جواز فسخ عقد از سوی فروشنده و خریدار، تا قبل از افتراق متعاقبین از مجلس عقد است، حکم مذکور در این عبارت، به معنای حکم مصدری آمده است؛ یعنی شارع و یا عاقلان، حکم خیار مجلس را چنین اعتبار و وضع کرده‌اند. پس، با استناد به سخنان فقیهان در تعریف حکم در موارد متعدد می‌توانیم بگوییم که فقیهان، حکم مصدری را چنین تعریف می‌کنند: حکم مصدری، عبارت از انشای یک امر تکلیفی و یا وضعی از سوی شارع و قانون‌گذار است که انجام و یا ترک فعلی را اقتضا کند، یا رخصت دهد و یا اثری عملی را بر آن مترتب کند. از جمله مصادیق حکم مصدری عبارت از حکم جواز است که در این مثال‌ها آمده است:

۱. جواز فسخ عقود جایز از سوی طرفین؛
 ۲. جواز فسخ عقد فضولی از سوی مالک اصلی؛
 ۳. جواز رد عقد مُورَث از مازاد بر ثلث از سوی وارث؛
 ۴. جواز فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر از سوی عمه و خاله؛
 ۵. جواز فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب از سوی هر یک از زوجین.
- حکم به معنای اسم مصدری که نسبت به مفعول لحاظ می‌شود و معنای آن به مفعول نسبت داده می‌شود و در اصطلاح به آن، حاصل فعل نیز اطلاق می‌گردد، عبارت از خود آن امرِ اعتباری اِثنا شده و به اصطلاح، امرِ مجعول است. برای مثال، اگر فقیهی بگوید: خیار مجلس با خیار حیوان متفاوت است؛ یا خیار مجلس، یکی از انواع خیارات مجعول شارع و یا عقلای جامعه است، خیار در عبارت‌های مذکور به معنای اسم مصدری آمده است.
- بنابراین، فقیهانی که ماهیت ملک را به حکم و حق تفسیر می‌کنند، مرادشان از این حکم، معنای اسم مصدری حکم و حق است، نه معنای مصدری آن‌ها. دلیل اول این ادعا، آن است که فقیهانی که ملک را به حق و یا حکم تفسیر کردند حق و حکم را به معنای اسم مصدری آن‌ها گرفته‌اند و اگر کسی سخنان آن‌ها را در تفسیر ملک به حکم و حق ملاحظه کند به ادعای ما قطع و یقین پیدا می‌کند و دلیل دوم ادعای مذکور این است که فقیهانی که ملک را به حکم و حق تفسیر می‌کنند، در عین حال، آن را قابل نقل و انتقال می‌دانند؛ در حالی که یقین داریم، معنای مصدری حکم و حق، قابل نقل و انتقال نیست و آن دو تنها در معنای اسم مصدری خود، قابل نقل و انتقال است. پس، فقیهان، وقتی می‌گویند: ماهیت ملک، حکم است، معنای اسم مصدری حکم را اراده می‌کنند، نه معنای مصدری حکم را؛ چنان که اگر فقیهی خیار را به «ملک فسخ العقد» تعریف نماید یا بگوید: حق خیار به ارث می‌رسد، مراد او از ملک و حق در عبارت‌های مذکور، معنای اسم مصدری ملک و حق است. در حقیقت، حکم، ملک و حق در

معنای اسم مصدری خود، نظیر سبب، شرط، مانع، صحت، فساد، طهارت و نجاست هستند. نکته‌ای که نباید از آن غفلت نمود این است که در فقه، ملک و حق، بر خلاف حکم، در معنای مصدری کاربرد ندارند، بلکه ملک و حق، همیشه در معنای اسم مصدری به کار می‌روند. غفلت فقیهان از این مسأله، موجب اشتباه و یا خلط معنای مصدری و اسم مصدری ملک، حق و حکم شده و آثار مختلفی را در برخی مباحث فقهی و از جمله در مسأله‌ی تحقیق، پدید آورده است.

نتیجه

این تحقیق، بر طبق دلایل حقوق اسلامی، ملک را سلطنت عرفی شخص بر چیزی دانست که به تأیید شارع رسیده است. سلطنت مذکور، ماهیت ملک را بیان می‌کند و آن به معنای اختصاص چیزی به شخصی است؛ به طوری که امکان تصرف شخص را بر آن چیز، فراهم می‌کند و مانع تصرف دیگران می‌شود، مگر این که مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد.

بنابراین نظریه، اولاً، مفهوم فقهی ملک، از مفاهیم اعتباری و مقابل مفهوم تکوینی است. الگوی مفهوم اعتباری ملک در این نظریه، امور تکوینی است و رابطه‌ی اعتباری مالک و مملوک تشریحی، همان رابطه‌ی وجودی بین مالک و مملوک تکوینی است. برای مثال، رابطه‌ی خالق هستی و مخلوقات او، یک رابطه‌ی تکوینی است. این الگوی تکوینی، معیار و مقیاس اعتبار تشریحی قرار می‌گیرد و مفهوم ملک، مالک و مملوک تشریحی از این الگوی تکوینی، یعنی از قیاس ملک، مالک و مملوک حقیقی، پدید می‌آید. ثانیاً، بر طبق نظریه‌ی تحقیق، هر چند ماهیت ملک، حکم نیست، ولی منشأ سلطنت شخص بر شیء، اعتبار عرفی است که مورد تأیید شرع هم قرار گرفته است. شارع این تأیید شرعی را از طریق حکمی از احکام خود، بیان کرده و مشروعیت حکم عرفی مذکور را با این حکم شرعی به تأیید رسانده است. بنا بر این تحلیل، مفهوم

اعتباری ملک، اعتبار کننده‌ای اعم از متعبر شرعی و عرفی را لازم دارد و بدون این اعتبار، معتبر نخواهد شد و از آنجایی که این تحقیق، ماهیت ملک را سلطنت شخص بر چیزی تعریف می‌کند و این سلطنت را سلطنتی اعتبار عرفی می‌داند که به تأیید شارع رسیده است، عرف عقلایی با حکم تأسیسی و شارع مقدس با حکم امضایی، این سلطنت شخص بر چیزی را معتبر کرده‌اند. اگر شارع اعتبار شرعی ملک را با یک حکم تکلیفی اعلام کند، آن را به طور مستقیم جعل می‌کند و اگر او اعتبار شرعی ملک را با یک حکم وضعی اعلام نماید، جعل آن طبق مبانی فقیهان مختلف خواهد بود. قدمای اصولیان و مشهور فقیهان، جعل مستقیم این نوع حکم را نیز برای شارع، ممکن و صحیح دانسته‌اند (نک: مشکینی، ۱۱۹)، ولی شیخ انصاری و پیروان او، جعل مستقیم این نوع حکم را برای شارع غیر ممکن تلقی نموده و جعل احکام وضعی را از طریق جعل احکام تکلیفی دانسته‌اند. به این بیان که حکم وضعی از حکم تکلیفی، انتزاع می‌شود (نک: شیخ انصاری، *فرائد الاصول*، ۳۵۱؛ مشکینی، ۱۱۹). ثالثاً، بر مبنای نظریه‌ی تحقیق، هر چند، ملک و حق، هر دو، به سلطنت شخص، تعریف می‌شوند و آن دو از این جهت شباهت دارند، ولی اطراف و متعلقات ملک و حق با یکدیگر، تفاوت دارند. ملک، همیشه دو طرف دارد که همان مالک و مملوک است؛ در حالی که حق در غالب مواردش، سه طرف دارد که طلبکار، مدیون و محل حق هستند. علاوه بر این، اطراف ملک در یک نفر جمع شده و متحد می‌شوند، ولی اطراف حق به هیچ وجه در یک فرد، جمع و متحد نمی‌شود. متعلق ملک و حق نیز، متفاوت است. متعلق ملک همیشه شیء است؛ در حالی که متعلق حق، یا شخص، یا شیء و یا امری از امور است و رابعاً، بر پایه‌ی نظریه‌ی تحقیق، ملک و حکم، دو ماهیت متمایز دارند و ماهیت ملک، حکم نیست. به این بیان که حکم، قابل ارث و نقل و انتقال نیست؛ در حالی که ملک، قابل ارث، نقل و انتقال است. بنابراین، کسانی که ماهیت ملک را به حکم و حق، تفسیر

می‌کنند، مرادشان از این حکم، معنای اسم مصدری حکم است، نه معنای مصدری آن. معنای اسم مصدری حکم نظیر معنای اسم مصدری ملک و حق، قابل نقل و انتقال است، ولی معنای مصدری حکم نظیر معنای مصدری ملک و حق، قابل نقل و انتقال نیست.

بنا بر تحلیل مذکور، می‌توان در یک نتیجه کلی گفت: تعدد نظریه‌های فقیهان در تعریف ملک بر مبنای خلط و اشتباه یکی از امور مذکور، انجام گرفته است و گاهی نیز، تعریف به آثار و لوازم ملک به جای تعریف حقیقی ملک نشسته است، ولی یافته‌های این تحقیق، تعریف حقیقی و منطبق با حقوق اسلامی ملک را روشن نمود و ایرادات و نقدهای نظریه‌های موجود فقیهان را آشکار کرد و میزان ناسازگاری و انطباق آن‌ها را با نظریه‌ی تحقیق معلوم ساخت.

منابع

قرآن کریم.

آنطون الیاس، آنطون؛ *القاموس العصری*، به اهتمام سید مصطفی طباطبایی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۶۰ ش.

ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم احسائی؛ *عوالی اللثالی*، تحقیق مرعشی و مجتبی عراقی، قم، مؤسسه‌ی سید الشهداء، ۱۴۰۳ ق.

ابن زهرة، حمزة بن علی؛ *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه‌ی امام صادق، ۱۴۱۷ ق.

ابراهیم آنیس، عبد الحلیم المنتصر، عطیه الصوالحی و محمد خلف الله احمد؛ *المعجم الوسیط*، قم، مکتب نشر الثقافة الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ق.

- ابوالعینین بدران، بدران؛ تاریخ الفقه الاسلامی و نظریة الملكية و العقود، بیروت، دارالنهضة العربیة للطباعة و النشر، ۱۹۶۸ م.
- انصاری، مرتضی؛ **المکاسب**، تبریز، اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ ق.
- _____، **فرائد الاصول**، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ایروانی، **حاشیه بر مکاسب**، چاپ سنگی.
- تبریزی، جواد؛ **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، قم، مهر، ۱۳۹۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲ ق.
- حر عاملی، محمدبن حسن؛ **وسائل الشیعه**، بیروت، تصحیح محمد رازی، احیاء دارالتراث، ۱۳۸۷ ق.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد؛ **ایصال الطالب الی المکاسب**، تهران، اعلمی، بی نا، بی تا.
- حکیم طباطبایی، سید محسن؛ **نهج الفقاهه**، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.
- حلی، حسن بن یوسف؛ **قواعد الاحکام**، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- _____، **تذکره الفقهاء**، المكتبة الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة، قم، چاپ سنگی، بی تا.
- _____، **تحریر الاحکام**، مشهد، موسسه‌ی آل البیت، چاپ سنگی.
- خراسانی، محمدکاظم [آخوند خراسانی]؛ **کفایة الاصول**، محشی ابوالحسن مشکینی، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
- _____، **حاشیه بر فرائد الاصول**، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، تقریرات محمدعلی توحیدی، قم، وجدانی، ۱۳۷۱.
- راغب اصفهانی، حسن بن محمد؛ **مفردات غریب القرآن**، تحقیق ندیم مرعشی، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
- سیوطی، جلال‌الدین؛ **الاشباه و النظائر**، مصر، منشورات داراحیاء الکتب العربیة، بی تا.

شهید اول، محمد بن مکی؛ *القواعد و الفوائد*، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، بی تا.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح؛ *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*، تبریز، دارالصناعه، ۱۳۷۲.ق.

صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم؛ *الاسفار الاربعه*، قم، مصطفوی، ۱۳۷۹.ق.

طباطبایی، سیدعلی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ سنگی، ۱۴۰۴.ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ *حاشیهی مکاسب*، قم، مؤسسهی اسماعیلیان، ۱۳۷۸.ق.

طباطبایی، محمدحسین؛ *المیزان*، قم، دفتر نشر اسلامی، بی تا.

_____، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، با پاورقی مرتضی مطهری، دار العلم، قم، بی تا.

طبرسی، فضل بن حسن؛ *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.

عمید زنجانی، عباسعلی؛ *آیات الاحکام*، تهران، مؤسسهی مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲.ش.

غروی اصفهانی، محمدحسین؛ *حاشیهی مکاسب*، دارالمصطفی، ۱۴۱۸.ق.

فاضل مقداد، جمال الدین مقداد سوری حلی، *التنقیح الرائع فی مختصر الشرایع*، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، ۱۳۶۱.

فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف؛ *ایضاح الفوائد*، قم، مؤسسهی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۸.ق.

مشکینی، علی؛ *اصطلاحات الاصول*، قم، حکمت، ۱۳۴۸.ش.

موسوی بجنوردی، محمد؛ *نقش قبض در عقد رهن*، فقه اهل بیت، ۱۳۷۴/۳.

موسوی خمینی، روح الله، *البیع*، قم، اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰.ق.

نجفی، محمدحسن؛ *جواهر الکلام*، تحقیق و تعلیق محمد قوچانی، بیروت، دار الإحیاء التراث العربیه، چاپ هفتم، بی تا.

نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*، مکتبه‌ی بصیرتی، قم، چاپ دوم، ١٤٠٨.ق.