

بازپژوهی فقهی حق اختصاص و دامنه آن

اردوان ارژنگ^۱

چکیده

سلطه به جز مفهوم مالکانه، گاهی بر حق مانند حق اختصاص و اولویت اطلاق می‌شود. این حق به مواردی تعلق می‌گیرد که مالیت شرعی یا عرفی نداشته یا اینکه مالک ندارند. مالکیت بر اشیا و تحقق مالیت در اشیا از جمله شروط صحت معاملات است. در برخی موارد شیئی مال به‌شمار نمی‌رود یا فرد نسبت به آن مالکیت ندارد، اما معامله آن صحیح است و ثمن پرداخت می‌شود. ثمن در مقابل آن شیء بدون مالک و یا فاقد مالیت قرار نمی‌گیرد، بلکه در برابر حق اختصاص است. افزون بر این، صغرای مطلب که برخی اشیا به دلیل نداشتن منفعت فاقد مالیت بوده‌اند، مناقشه‌برانگیز است؛ چراکه بسیاری از همان اشیا امروزه به مدد فکر بشر و فناوری‌های نوین، قابلیت تبدیل به مواد مفید و بلکه ضروری برای زندگی آدمیان و محیط زیست تمام موجودات را پیدا کرده است. در منابع فقهی، نص صریحی بر اثبات چنین حقی در اشیا نجس‌العین نیست. از نقد و تحلیل مفاد ادله بیع اعیان نجس و نیز سیره عقلا و همچنین ادله دیگر، این حق و (بلکه فراتر از آن) مالکیت ثابت می‌شود، اما در سایر موارد متعلق حق اختصاص، ادله معتبر و صریح وجود دارد. بر جواز و روایی این حق، احکام شرعی از قبیل صحت بیع، جواز ارث‌بری و روایی وصیت، همانند سایر موارد مالکیت‌دار و واجد مالیت، متفرع و مترتب می‌شود.

واژگان کلیدی: اولویت، حق اختصاص، سلطه، عین نجس، مالکیت، مالیت.

مقدمه

از آن روزی که بشر آفریده شد، احساس کرد نسبت به اشیا صاحب حق است و علقه و ارتباطی با آنها دارد که در سایه این ارتباط می‌تواند از منافعشان بهره‌مند شود. در گذر زمان، اندیشمندان تلاش کردند این دریافت درونی انسان را در قالب تعریف مالکیت بیاورند. از همین روی با ملاحظه همه تعریف‌ها، می‌توان گفت مالکیت عبارت از سلطه شخص نسبت به اموال خود به گونه‌ای که بتواند در آن تصرف کند و مانع از تصرف دیگران شود. این ارتباط و علقه نسبت به اشیا، یا نسبت به عین کالا است یا نسبت به منفعت آن یا اینکه مالک انتفاع از آن کالا می‌شود. البته رابطه بین مالک و مملوک در صورتی برقرار می‌شود که آن شیء دارای منفعت عقلایی و از نظر شرع حلال باشد. از سویی این احتمال مطرح می‌شود که برخی اشیا ممکن است نزد عموم، بی‌فایده و فاقد اهمیت و ارزش اقتصادی باشند. در این حالت نمی‌توان از مالیت سخن گفت و ظاهراً به تبع آن، به میان کشاندن عنوان بیع و سایر اعمال شرعی و حقوقی مرتبط، بی‌دلیل خواهد بود. اما از سوی دیگر باور به عدم ارتباط و علقه شرعی و حقوقی بین دارنده و آن شیء نیز سخنی گزاف و مردود است. اطلاق عنوان مالکیت نیز بر این علقه و رابطه به دلیل نداشتن مالیت (و مال نبودن) و منفعت عقلایی، پذیرفتنی نیست. اما اگر مالکیت منتفی دانسته شود، آیا هیچ رابطه و سلطه دیگری وجود ندارد؟ یا اینکه حق و سلطه دیگری (نه مالکیت) که قابل تصور عقلانی و قابل پذیرش عقلایی باشد، وجود دارد؟ حقی که به حق اختصاص نامبردار است. برخی اشیا در نظر عموم فایده و اهمیت ندارند، اما نزد گروه خاصی از ارزش برخوردارند؛ مانند حشرات برای مراکز تحقیقاتی. مالیت در چنین اشیا و حشرات چگونه است؟ احکام و آثاری (مانند آثار مالکیت، جواز خرید و فروش، ضمان بر اثر اتلاف) که متفرع بر اشیای مالیت‌دار است، بر این گروه از اشیا نیز مترتب می‌شود؟ موضوع حق اختصاص و متعلق آن چیست و چه مواردی را شامل می‌شود و گستره و دامنه آن تا کجاست؟ ادله تا چه حدی اصل و گستره این حق را مساعدت و معاضدت می‌کنند؟

۱. شناخت واژه‌ها و مفاهیم

۱.۱. حق

حق از بُن و ریشه «حَقَّق» گرفته شده است و واژه‌شناسان معانی مختلف و متعددی را برای آن ذکر کرده‌اند: راستی، عدالت، ثابت و یقین که در آن جای تردید و انکار نباشد، شایسته و سزاوار، راستی در گفتار، مال، ملک و سلطنت، بهره و نصیب، امر صورت‌پذیرفته و انجام‌شده، دوران‌دیشی، مرگ، واقع (جبران مسعود، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۸۹)، امتیاز (فرهیخته، ۱۳۷۷، ص ۳۵۲)، قطعی، پابرجا، مصدر، کار حتمی و قطعی و واقع‌شدنی (بندر ریگی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶)، نقیض باطل (ابن حماد، ۱۴۱۴، ص ۲۸۶؛ الفراهیدی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۶؛ احمد بن فارس، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۵)، امر نبی (ص)، صفت خدا، و نیز رؤیا (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۲۵۵؛ راغب، ۱۳۳۲، ص ۲۴۶؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۵، ص ۱۴۸). هرچند معانی مختلفی برای حق بیان شده است، از میان آنها معنای «سلطنت» مبنای بحث ما خواهد بود؛ زیرا همین معناست که ظهور و نمود بیشتری دارد.

۲.۱. دانش‌واژه حق

حق در اصطلاح فقهی دو کاربرد دارد؛ یکی کاربرد عام است که شامل ملک و حکم هم می‌شود و تعبیری مانند حق‌الله علی‌العباد و حق‌الراعی علی‌الرعیه و... به این کاربرد و معنا اشاره دارند. دیگری کاربرد حق با معنی خاص. حق با این معنا و کاربرد در مقابل ملک و حکم است. فقهای امامیه در ماهیت این کاربرد حق تعبیرات مختلفی دارند؛ برخی آن را سلطنت فعلیه، تسلط و استیلا تعبیر می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹). ایشان «حق» را توانایی و سلطنت فعلیه‌ای می‌دانند که قائم به دو طرف «من له الحق» و «من علیه الحق» است و اینکه ممکن نیست که «من له الحق» و «من علیه الحق»، شخص واحدی باشد. برخلاف ملک که نسبت میان مالک و مملوک است و نیازی به «من یملک علیه» ندارد (انصاری، همان). برخی حق را نسبت خاص و سلطنت مخصوصی می‌دانند که به دو طرف «من له الحق» و «من علیه الحق» استوار است. «من له الحق» بر «من علیه الحق» سلطه دارد (تبریزی، ۱۳۷۴، ص ۱۰). مرحوم خوئی تعبیری مشابه دارد: «حق، نوعی از سلطنت

است که امور آن به دست «من له الحق» می‌باشد (موسوی خوئی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص ۳۳۸). اراکی باور دارد که حق، سلطنتی است که متعلق آن مال است، اما خود این حق، مال نیست؛ مثل حق تحجیر (اراک، ۱۴۱۵، ص ۱۰). فقیهی دیگر می‌گوید، حق سلطنت فعلیه بر غیر است و فرق میان «حق» و «ملک» در این است که ملکیت یک نوع علاقه و ارتباط میان مالک و شیء مملوک است و هیچ‌گونه ملازمتی با سلطه بر غیر ندارد، جز به گونه شأنیت؛ یعنی خود ملکیت هیچ سلطنتی بر غیر ایجاب نمی‌کند. اما اگر غیر بخواهد با مالکیت مالک تراحم داشته باشد، سلطنت مالک بر غیر و دفع او از شیء مملوک مطرح می‌شود. برخلاف مسئله «حق»، مادام که حقی وجود دارد، «من له الحق» بر غیر در مطالبه حق خویش سلطه دارد (کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص ۲۳). پاره‌ای آن را ضعیف‌ترین مرتبه ملک دانسته‌اند. یزدی نیز در حاشیه بر مکاسب می‌نویسد: حق، مرتبه ضعیفی از ملک و بلکه نوعی از ملک و مالکیت است. در مقابل آن، «حکم» قرار دارد که مجرد جعل رخصت و اجازه در انجام دادن یا انجام ندادن چیزی و یا حکم به بار کردن اثر بر فعلی یا ترک فعلی است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۵) و عده‌ای دیگر از تعبیر ماهیت اعتباری در توصیف آن بهره گرفته‌اند و حق را به‌خودی خود سلطنت ندانسته، بلکه سلطنت را از آثار و لوازم آن می‌دانند؛ همچنان که سلطنت از لوازم و آثار «ملک» نیز می‌باشد. حق اعتباری است و آثار مخصوصی دارد. از جمله این آثار، «سلطنت بر فسخ» معامله است؛ مانند حق خیار و حق شفعه، حق تحجیر، تملک با عوض و تملک بدون عوض (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹ش، ج ۱، ص ۳۹). ایشان در توصیف ویژگی‌های حق می‌گوید: بی‌شک، حق یک ماهیت اعتباری است که در پاره‌ای از موارد عقلایی است و در پاره‌ای از موارد شرعی؛ مانند اعتباری بودن ملکیت. حق از احکام وضعی است؛ همچنین مشترک معنوی میان تمام مصادیق و افرادش می‌باشد (موسوی خمینی، همان). برخی دیگر آن را سلطنت بر فعل می‌دانند؛ اعم از اینکه به عین یا عقد یا شخص و یا غیر آن تعلق بگیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۱).

به‌نظر می‌رسد محور قرار دادن سلطنت در تعریف حق، از اعتبار و قوتی قابل قبول برخوردار باشد و سلطنت نه به معنای توان تصرف، بلکه به معنای «جواز تصرف» است.

یعنی تصرف برای ذی حق جایز است و او حق تصرف در آن شیء را دارد. این امتیاز برای او ثابت است و از دیگران نفی شده است. بنابراین، می‌توان گفت حق چه به معنای سلطنت باشد و چه به معنی مرتبه ضعیفی از ملک و چه گونه‌ای اعتبار، امتیازی است که ذی حق دارد و دیگران ندارند. افزون بر این، «حق اختصاص» بنابر همه تعاریف، نوعی حق و امتیاز است و نه ملکیت. در ادامه به اینکه آیا این حق را شارع به رسمیت شناخته است و معتبر تلقی می‌شود، می‌پردازیم.

۳.۱. منفعت محلله مقصوده

منفعت قیدی است که به یک شیء در فضای معامله مالیت می‌دهد (ارزش اقتصادی). محلله، ناظر به جهت شرعی آن است؛ یعنی از سوی شارع حلال شمرده شده باشد (بعد شرعی). اصطلاح مقصوده، به معنای مورد توجه بودن عرفی و عقلایی است (جنبه عقلایی و عرفی)؛ بنابراین شیء قابل معامله باید دارای ارزش اقتصادی باشد و ممنوعیت شرعی نداشته باشد و آن منفعت و فایده نزد عقلا قابل اعتنا باشد. به عبارت دیگر، واجد وجوه و ابعاد سه‌گانه (اقتصادی، شرعی و عقلایی «عرفی») باشد.

۲. حق اختصاص و متعلق آن

متعلق سلطه گاهی عین و گاه منفعت و در برخی موارد امر اعتباری است؛ برای مثال، سلطه مرتهن بر عین مرهونه به سبب نسبت مفروض و معتبر بین این دو است. سلطه، گاه بر معنایی اعم از حق و ملک اطلاق می‌شود که در این صورت، سلطه، نفس ملکیت نیست، بلکه از احکام آن است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۲۰). سلطه به جز مفهوم مالکانه، بر حق نیز اطلاق می‌شود؛ مانند حق تحجیر، حق خیار و حق اختصاص. باور به اینکه نمی‌توان مفاهیم اعتباری را به گونه حد تام تعریف کرد، پذیرفتنی می‌نماید، اما در تعریف حق اختصاص از طریق بیان برخی ویژگی‌ها و آثار آن تلاش‌هایی وجود دارد. مرحوم خوئی می‌گوید: حق اختصاص، حق ثابت برای شخص بر چیزی است که به سبب وجود علقه‌ای غیر از ملکیت بین او و آن چیز ایجاد می‌شود (موسوی خوئی، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۱۴۳).

گونه‌ای دیگر از تعریف، پیش روی ما است: حقی برای انسان در شیئی که مالک آن

نیست، اما برای وی برخی تصرفات جایز و مشروع است و دیگری حق مزاحمت در آن را ندارد. البته اگر در برخی موارد در حق اختصاص، سخن از اولویت به میان می‌آید، به معنای حق تقدم است و از نوع تعیینی است؛ به این معنا که تنها صاحب اولویت، حق انجام عمل را دارد و دیگران جز به إذن او حق تقدم ندارند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۲۲). سرانجام می‌توان گفت حق اختصاص، اعتباری است عقلایی که بین انسان با شیء (اشیایی که در اصل فاقد مالیت بوده، یا بعداً از مالیت خارج شده یا اشیایی که مالک خاصی نداشته و مباح است) یا بین انسان و مکان خاصی برقرار می‌شود و به حد ملکیت نمی‌رسد، بلکه درجه ضعیفی از آن است.

گفتنی است، متعلق حق اختصاص اشیایی هستند که از نظر شرع و عرف به دلیل بی‌ارزشی و نجاست در شمار اموال قرار نمی‌گیرند، مثل مدفوع تحت تصرف انسان و یا چیزهایی که عرفاً واجد مالیت است، اما شرعاً فاقد مالیت؛ مانند شراب در دست مسلمان (جعفری، ۱۴۱۹، ص ۱۳۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ص ۱۷، ص ۵۶۱). آب دریاها و رودخانه‌ها و نیز پرندگان که بدون مالک هستند و با عنوان مباحات (مباحات بدون مالک) شناخته می‌شوند، به عنوان متعلق این حق نیز خواهند بود؛ البته به شرط اینکه حیات آن بدون قصد تملک صورت گرفته باشد. اما اگر قصد تملک بکند، فراتر از حق اختصاص، ملکیت ایجاد می‌شود (حسینی‌عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۵۶۶؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۴۷). به عبارت دیگر، حیات بدون قصد تملک، حق اختصاص می‌آورد و با قصد تملک، ملکیت. همچنین موقوفات عام مثل مساجد، مدارس، کاروان‌سراها و کتاب‌ها، و موقوفات از قبیل راه‌ها، بازارها و خیابان‌ها، که به عموم مردم تعلق دارند و همگان در استفاده از آن یکسان‌اند، می‌توانند موضوع حق اختصاص باشند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ق، ۲۱، ص ۱۹۱). بنابراین اگر کسی در استفاده از این مکان‌ها از دیگران سبقت گیرد، نسبت به آن حق اختصاص پیدا کرده، کسی نمی‌تواند برای او مزاحمت ایجاد کند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۹۱؛ لاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۹۴). حق اختصاص، همچنین به مواردی تعلق می‌گیرد که مالیت شرعی ندارد؛ مانند شرابی که قابلیت سرکه شدن دارد و همچنین اعیان نجسه‌ای که به دلیل فوایدشان می‌توان آنها را نگهداری کرد (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۱). شاید در یک جمع‌بندی بتوان گفت این

حق در مواردی است که مالکیت یا مالیت مال از بین رفته، ولی حق اولویت برای مالک باقی مانده است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳، ص ۲۶۵).

۳. بیع اعیان نجس

بیع هر چیزی که بهره‌وری و انتفاع از آن حرام باشد، صحیح نیست و از همین رو، خرید و فروش و بیع اعیان نجس به دلیل اینکه انتفاع از آنها حرام است، جایز نیست (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۶، ج ۱۶، ص ۴۹۶). البته هر چند عنوان بیع ذکر شده و حرام دانسته شده است، اما انواع تکسب، چه در قالب اجاره و چه در کسوت عوض عمل در جعاله و چه به عنوان مهر در نکاح و یا عوض در طلاق خلع، جایز نیست (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۸۲). برای صاحب این اعیان که بیع و معاوضه بر آنها صحیح نیست، حق اختصاص به وجود می‌آید (موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۴۹۴). اگر سرکه به شراب تبدیل شود یا چارپا بمیرد و یا سگ غیر شکاری چیزی را شکار کند، در تمامی این موارد نمی‌توان آنها را از صاحبانشان گرفت. البته معاوضه بر حق یادشده صحیح است؛ به این صورت که مال را در مقابل حق قرار می‌دهند و آن مال برای شخص حلال می‌شود. بنابراین به کسی که عین نجسی همچون مردار در دست دارد، پول می‌دهند تا از آن رفع ید کند (تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۴۹۴). ممنوعیت بیع نجاسات یا به دلیل عدم مالیت عرفی (به گونه قاعده و ضابطه‌ای کلی) است و یا به سبب وجود دلیل خاص بر منع از بیع آنهاست. بنابر هر دو مینا، رفع ید و اعطای مال به صورت مجانی برای کسی که نسبت به آنها حق اختصاص دارد، جایز است (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۰). این احکام در صورتی است که اعیان نجسه فاقد منافع محلله مقصوده باشند. اما اگر منافع محلله مقصوده داشته باشند، بیع، هبه و اجاره آنها نیز روا و صحیح است. در ادامه، موارد و اشیایی که به دلایل مختلف محل بحث‌اند، بررسی می‌شوند:

۱.۳. خون

به دلیل اینکه برای خون، منفعت حلال قابل اعتنا و متعارف تصور نمی‌شد، رأی اجماعی فقیهان بر عدم جواز خرید و فروش خون بود. گزارش این اجماع در جواهرالکلام آمده است (ر.ک. نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۱۷). از فقهای پیشین، شیخ طوسی نیز دادوستد

برخی چیزها مانند مردار و خون و تکسب با آنها را حرام می‌دانست^۱ (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۶۴). هرچند نظر ایشان حرمت مطلق تکسب بوده است، از کلام دیگران معلوم می‌شود که تنها استفاده و بهره بردن از خون را خوردن و آشامیدن آن می‌دانستند و از همین دلیل رأی به نادرستی تکسب به آن داده‌اند. ابن‌البراج در ضمن کاسی‌های حرام، از دادوستد خوردنی‌ها و آشامیدنی‌های حرام مثل خون یاد می‌کند (ابن‌البراج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۴۴). گویی در نظر ایشان، استفاده از خون، منحصر و محدود به نوشیدن بوده است و به همین دلیل خرید و فروش آن را حرام می‌دانستند. اما معاصران به علت پیدایش مصارفی جدید و البته عقلایی (غیر از نوشیدن)، مانند تزریق به نیازمندان خون برای ادامه حیات، فتوای به جواز داده‌اند و حتی آن را در باب تجارت آورده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۶، ص ۶۱۵)؛ هرچند در این زمینه باب احتیاطی باز شده است (نه در اصل)، در خصوص اینکه پول در برابر حق اختصاص یا اجازه خون گرفتن (نه خود خون) از فرد باشد (لنکرانی، بی‌تا، ص ۱۷۴). بنابراین نتیجه می‌شود که در روزگار ما استفاده از خون منحصر به نوشیدن نیست، بلکه استفاده‌هایی که نه تنها ممنوعیت شرعی ندارد، بلکه در نظر شارع بسیار مهم هستند، قابل تصور و قابل اجرا است. برخی بیماران به هر دلیل برای زنده ماندن به خون نیاز دارند یا آزمایش‌ها و کارهای تحقیقاتی که روی خون به قصد کشف علل بیماری‌ها و جلوگیری از انتشار آنها انجام می‌شود و یا استحصال برخی فراورده‌ها از خون و مواردی دیگر، استفاده‌های معقول و مشروعی است که در گذشته به ذهن بشر نمی‌رسید و یا قابل اجرا نبود. بنابراین با پیدایش منفعت و ارزش عقلایی و قابل اعتنا، بیع آن از عنوان حرمت پیشین به روایی و جواز، تبدیل حکم می‌یابد.

۲.۳. حشرات

موجوداتی مانند مگس، پشه و زنبور (البته منظور زنبور عسل نیست که در ارزشمندی و مالیت آن تردیدی نیست)، از جمله چیزهایی هستند که به دلیل عدم مالیت و نیز نداشتن منفعت حلال قابل توجه، در حق اختصاص آنها اختلاف نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵،

۱. بیع الميتة و الدّم و لحم الخنزیر و ما أهل لغير الله به و التصرف فيه و التکسب به حرام محظور (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۶۴).

ج ۱، ص ۱۵۶). بهجت در بحث آبیانی که خوردن آنها حرام است و بیعشان جایز نیست، می‌گوید: اگر منفعت حلال و مقصوده دارند، منعی برای فروش آنها وجود ندارد (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۰۲). گویی در نظر ایشان، استفاده از آبیان، فقط خوردن است که آن را در بحث «آبیانی که خوردن‌شان حرام است» آورده‌اند. درحالی که باید توجه داشت که حشرات نقش قابل توجهی در تنظیم اکوسیستم و چرخه حیات و زندگی انسان و موجودات دیگر دارند و امروزه سخن از پرورش برخی حشرات برای مقابله با موجودات و حشرات موذی دیگر به قصد حفاظت از محصولات باغی و زراعی مطرح است و حتی در برخی موارد در مقابله با آلودگی‌های صنعتی از حشرات پرورشی بهره برده می‌شود. همچنین می‌توان در شناخت فیزیولوژی آنها، نشانه‌های از شاهکار خالق را یافت. این مهم به قصد خداشناسی، با شناخت حشرات از طریق مطالعه بر روی بدن آنها عملی می‌شود. دستیابی به این حشرات و نگهداری آنها، مستلزم زحمت و هزینه است. بعید می‌نماید که شارع مقدس نسبت به فواید آن و این زحمات و هزینه‌ها بی‌توجه باشد و آن را در قالب مالکیت و یا حق اختصاص به رسمیت نشناسد. البته باید توجه داشت مراد از حلیت در صورت منفعت حلال، حکم اولی است نه حکم ثانوی، زیرا این باور اتفاقی و اجماعی است که در صورت عروض عناوین ثانوی مانند اضطرار، حکم حرمت به جواز تبدیل می‌شود. نکته دیگر اینکه از آن رو که مالیت هر چیزی به دلیل منافع حلال آن است، با پیدایش منافع حلال و به دنبال آن، اطلاق عنوان مال، احکام و آثار مال و اموال خودنمایی می‌کند (آثاری مانند مالکیت، جواز خرید و فروش و نیز ضمان ناشی از ید عدوانی یا اتلاف). ولی اگر دلیلی بر عدم ترتب آنها از نظر شرع پیدا شد، آن آثار مترتب نمی‌شود. به همین دلیل در معاوضه چیزهایی مثل زنبور و حشرات، از باب احتیاط، عوض در برابر حق اختصاص و رفع ید از این اشیا قرار داده می‌شود، نه در مقابل خود حشرات (خامنه‌ای، ۱۴۲۱، ص ۳۴۲). از همین رو می‌توان گفت چیزهای مانند حشرات که فقط نزد گروه خاصی ارزش و اهمیت دارند و به سبب همین منافع حلال (غیر حرام)، موجب رغبت عقلا می‌شوند، مالیت دارند و تمام آثار و احکام اموال بر آنها بار می‌شود؛ مگر اینکه استثنایی دال بر عدم ترتب آثار وجود داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۲۵۹). یعنی اصل اولیه در این گونه موارد، ترتب آثار شرعی و حقوقی است؛

مگر اینکه استثنایی ذکر شده باشد. به دیگر سخن، با شک در جواز ترتب اثر یا عدم آن، مقتضای اصل، روایی و ترتب اثر است و این استثناست که محتاج دلیل است و نیازمند ذکر و بیان.

۳.۳. اعضای بدن

اهدای عضو پیش از مرگ با رضایت جانی و در صورت عدم ضرر جایز است (منتظری، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۹). اما در خصوص اعضایی که در جرائم منجر به قصاص یا حد از فرد جدا می شوند باید دید قابلیت فروش و مالیت در این اعضا چگونه است؟ برخی بر این باورند، فروش عضو قطع شده در حدود یا قصاص یا واگذاری آن به مسلمان دیگر جایز است. این عده نیافتن دلیلی بر عدم جواز فروش را دال بر جواز می دانند (لنکرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶۹؛ مکارم، ۱۴۲۹، ص ۱۲۸). این گروه اصل را بر جواز (جواز اولیه در اشیا) دانسته اند؛ مگر اینکه دلیلی بر منع یافت شود. به عبارت دیگر، نیافتن دلیل بر عدم جواز و بر استثنای از اصل، دلیل جواز تلقی شده است؛ یعنی ممنوعیت، دلیل می خواهد و جواز، تابع و داخل در اصل است. برخی نیز معتقدند عضوی که در قصاص از اندام جانی جدا می شود، ملکیت ندارد و اگر جانی آن را پیوند بزند، دوباره قطع می شود (لنکرانی، بی تا، ج ۲، ص ۴۵۸). پاره ای دیگر بر آن اند که عضو قطع شده از آن خود فرد است و او می تواند این عضو را به خود یا دیگری پیوند بزند (همان، ص ۵۵۲)، ولی بهتر است اگر پولی می گیرد، در برابر اجازه برداشتن عضو باشد، نه در ازای خود عضو (لنکرانی، همان، ص ۵۶۹؛ مکارم، همان، ص ۱۲۸).

بنابراین از موارد پیش گفته برمی آید که ملاک در عدم جواز فروش عیان نجس (خون و...)، مالیت نداشتن و عدم انتفاع است. با پیدایش منافع جدید یا باید مالیت شرعی آن را باور کرد و به دنبال آن، عنوان مالکیت با همه آثار، خود را نشان دهد یا اینکه حق اختصاص برای دارنده آن با آثار خاص خود به وجود آید.

۴. رابطه مالیت و حق اختصاص

مال چیزی است که دارای دو شرط اساسی است؛ یکی اینکه مفید باشد و نیازی را برآورده کند، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی و دیگر اینکه قابل اختصاص یافتن به

شخص یا ملت معین باشد.^۱ تعریفی از مال، آن را چیزی می‌داند که عرف در مقابل آن بها پرداخت می‌کند و یا چیزی که طبع آدمی به آن تمایل داشته باشد (المال ما یمیل الیه طبع الانسان) (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۱۲۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۲۵). بر پایه این تعریف چیزهای مثل پشه و دانه گندم مالیت ندارد، چراکه نه طبع مردم به سوی آنها تمایل دارد و نه قابل ذخیره‌سازی است. مالیت اشیا از نظر شرع، به اعتبار وجود منافع حلال آنهاست و اگر چیزی از نظر شرع منفعت حلال نداشته باشد، مالیت ندارد. به همین سبب، استفاده از آن، از جمله خرید و فروش آن، نهی شده است (موسوی خویی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص ۴). از دیگر سو، سقوط مالیت گاهی به دلیل نقضی است که در آن شیء به وجود می‌آید؛ مثل آب شدن برف و یا اینکه به سبب فراوانی، مردم به آن شیء رغبت و نیازی نداشته باشند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۱۸). گفتنی است برخی اشیا مالیت دارند و قابل تملک هم هستند، مانند خانه و زمین. پاره‌ای دیگر از مال‌ها، قابل تملک نیستند، مثل مساجد، پل‌ها، موقوفات عامه، خیابان‌ها. در مقابل، برخی اشیا هیچ‌یک از این دو ویژگی را ندارند، مثل حشرات (بر پایه تصور سنتی در بی‌فایده بودن این موجودات). پاره‌ای دیگر از اشیا به ملکیت در می‌آیند، اما مالیت ندارند، همچون دانه گندم.^۲ به لحاظ ترتب آثار، چیزهای که ملکیت و مالیت دارند، تمامی احکام مالکیت (مثل تملیک، تملک، ضمان) بر آن بار می‌شود. اما اگر نه قابل ملکیت باشد و نه واجد مالیت (مثل حشرات و فضولات)، احکام ملکیت بر آنها جاری نمی‌شود، زیرا قابلیت تملک ندارند. بنابر نظر برخی، حق اولویت و اختصاص هم به دلیل عدم مالیت و نبود رابطه و علقه شرعی در آنها جاری نمی‌شود (لاری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۸۲). اما بنابر نظر برگزیده، به دلیل وجود منافع و فواید عقلایی و مورد تأیید شرع، حداقل این است که حق اختصاص به وجود می‌آید. بنابراین با اتلاف چیزی که شرعاً مالیت ندارد، مثل خوک و شراب، یا عرفاً مالیت ندارد، همچون دانه گندم، حق اختصاص برای دارنده ثابت می‌شود؛ هرچند به نظر می‌رسد مال دانستن آنها،

۱. مواد ۱۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی به اموال اختصاص دارد.

۲. بنابراین، بین ملک و مال، عموم و خصوص من وجه وجود دارد. به این معنا که هر مالی ملک است، اما هر ملکی مال نیست؛ مثل دانه گندم که ملکیت دارد، ولی مالیت ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۲۵).

ممنوعیتی شرعی نداشته باشد.

۵. اسباب حق اختصاص

حق اولویت و اختصاص، اسباب ویژه‌ای دارد؛ نه هر امری موجب حق اختصاص است و نه می‌توان از اسبابی که موجب این حق هستند، چشم پوشید. از آنجا که حق اختصاص دارای آثار شرعی و حقوقی خاص خود است، شناخت اسباب و موجبات آن بایسته است:

۱.۵. احیای موات

موات زمین‌هایی هستند که کسی در آن به‌عنوان آبادی تصرف نکرده است و به همان صورت که به‌وجود آمده‌اند، باقی مانده‌اند و ملک کسی نیست (ابن‌اثیر، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۷۰) یا اینکه «زمین‌هایی هستند که نه برای آنها مالکی است و نه کسی می‌تواند از آنها انتفاع برد» (فیومی، ۱۴۱۴، ص ۵۸۴). شهید ثانی در تعریف فقهی آن می‌گوید: «زمین‌هایی که به دلیل رهاشدن یا نی‌زار شدن یا بی‌آبی یا استیلاء آب بر آنها قابل انتفاع نیستند» (۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۳۳). به دیگر سخن، موات، زمین‌های متروکه‌ای هستند که یا به دلیل عدم مقتضی برای احیا و یا به سبب وجود مانع مانند بی‌آب شدن، یا استیلاهی آب بر آن، قابلیت انتفاع ندارند (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۰). از سوی دیگر در بیان ماهیت احیا گفته‌اند: فعال کردن زمین با ساختمان‌سازی یا کشاورزی و اعمال مشابه (ابن‌اثیر، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۷۰). برخی صرف انتفاع و بهره‌مند شدن از زمین (مثل بریدن چوب و درخت) را احیا دانسته‌اند. این نظر با انکار و اعتراض شدید پاره‌ای از فقیهان روبرو شده است و توالی فاسد و غیرقابل التزامی را برای آن بیان کرده‌اند: «مجرد انتفاع و بهره‌مند شدن از زمین به اجماع مسلمانان و بلکه ضرورت دین، احیاء نیست و گرنه لازم می‌آید هر کس به صرف این که در زمین مواتی بگذرد یا بخوابد یا بول کند یا توقف کند یا بر مواتی تفرج کند و.. در تمام این صور، احیای موات کرده باشد و بتواند مالک آن زمین گردد و به وارث او برسد و منع دیگران نماید و کسی حق تصرف در آن زمین را بدون إذن وی نداشته باشد [درحالی که التزام و پذیرش این امور با اجماع مسلمانان و ضرورت دین، سازگار نیست]» (بهبهانی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۱۳).

برخی احیا را موجب مالکیت دانسته و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۳۷۹ق، ج ۵، ص ۱۲۸). اما عده‌ای دیگر با استناد به روایات، احیای زمین موات را موجب ثبوت «حق اختصاص» نسبت به آن زمین برای احیاکننده دانسته‌اند (همان). روایات فراوانی وجود دارد که نشان می‌دهد احیا موجب اولویت است، مانند این روایت: «هر کس بخشی از زمین را زنده و آباد کند، به آن زمین سزاوارتر است و آن زمین، متعلق به اوست» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۴۱۲) و یا این روایت که دال بر حق اولویت برای احیاکننده است: «زمین‌های مرده، متعلق به خدا و پیامبر (ص) است، هر کس چیزی از آن را آباد کند، آن زمین مال اوست». (طوسی، ۱۴۰۷ (الف)، ج ۴، ص ۱۴۵). افزون بر این، اجماع ادعایی نیز بی‌اشکال نیست، زیرا با وجود رأی مخالف (بنابر برخی مبانی)، اجماع تحقق نمی‌یابد.

۲.۵. سَبَق

واژه سبق به معنای پیشی گرفتن است (راغب، ۱۴۱۲، ص ۳۹۵). موضوع سبق، مشترکات است یعنی اموالی که همه در استفاده از آن مشترک‌اند. هیچ کس مالک این اموال نمی‌شود، بلکه همه نسبت به آن فقط حق انتفاع دارند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۶۶). بر این اساس، کسی که زودتر از دیگران در چنین مکانی نشست، نسبت به آن مکان بر دیگران حق تقدم دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸، ص ۸۸). روایاتی نیز وجود دارد که حق سبق را تأیید می‌کند، مانند این روایت: «هر کس نسبت به مکانی سبقت جوید، شب و روز نسبت به آن محل اولویت دارد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۵۴۷؛ حلی «علامه»، ۱۴۱۲، ج ۱۷، ص ۱۱۱). اگر آن مکان را ترک کند، ولی بار و بُنه‌ای به قصد بازگشت باقی گذارد، باز هم نسبت به آن مکان حق اختصاص دارد. اگر قصد بازگشت نداشته باشد، حق او از بین می‌رود و با دیگران یکسان است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۷۷). بنابراین با سبقت گرفتن و پیشی گرفتن کسی در موقوفات عام مثل مساجد، مدارس، کاروان‌سراها، دیگری حق مزاحمت برای او را ندارد؛ چراکه او نسبت به آن، حق اولویت و اختصاص پیدا کرده است (لاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۹۴).

۳.۵. تحجیر

واژهٔ تحجیر از ریشه و بُن حجر گرفته شده و به معنای منع است: «يَقَالُ حَجَّرْتُ الْأَرْضَ وَ اخْتَجَرْتُهَا إِذَا ضَرَبْتُ عَلَيْهَا مَنَارًا تَمْنَعُهَا بِعَنِ الْغَيْرِ» (ابن اثیر، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۴۱). در اصطلاح به معنای منع دیگران از تصرف در زمین است که با سنگ چینی در اطراف زمین حاصل می‌شود. این چینش سنگ، نشانه و علامت سابقهٔ اقدام و مقدمهٔ احیا است. اقدام‌کننده دارای حق اولویت و حق اختصاص است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۶۶). از آن روی که در تحجیر، قصد احیا لازم است، خود این تحجیر، نشانهٔ عملی این قصد است و به چیز دیگری نیاز نیست. البته تحجیر، مالکیت‌آفرین نیست، ولی به سبب شروع به احیا، موجب حق اختصاص می‌شود. افزودنی است که اختصاص حاصل از تحجیر، قابل نقل و انتقال است و تا زمانی که این حق باقی باشد، دیگری حق مزاحمت و تصرف آن را ندارد.

۴.۵. حیازت

حیازت به معنای دست‌یافتن به اشیایی است که برای همه مباح تلقی شده‌اند. اما آیا در ایجاد حق اختصاص، صرف حیازت کافی و بسنده است، یا قصد هم باید باشد؟ نگرش نخست، حیازتِ مباحی از مباحات اصلی مانند هیزم را بدون قصد تملک، موجب حق اختصاص می‌داند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۸۲). برخی دیگر قید مسلمان را در این حکم، دخیل دانسته، بر این باورند که در حق اختصاص از طریق حیازتِ مسلمان، قصد تملک شرط نیست؛ زیرا لزوم قصد تملک در چیزهایی است که قابلیت تملک دارند، اما در چیزهایی که قابل تملک نیستند، حق اختصاص ثابت است (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۴۶). تلقی دیگر این است که قصد حیازت، شرط تملک است، نه شرط حق اختصاص. اما باید دقت کرد این شرط منافاتی ندارد که اشیایی که بدون قصد تحت استیلائی شخص هستند، موجب حق اختصاص و اولویت شوند؛ مثل فرود آمدن برف و باران بدون اراده در منزل افراد که برای صاحبان آنها حق اختصاص ایجاد می‌کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۵۲). شیخ انصاری حلال بودن مال را متفرع بر این می‌داند که حق اختصاص برای گیرندهٔ مال ثابت باشد. این

حق، متوقف به این است که گیرنده مال، قصدش از جمع کردن، استفاده از آن باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۰۷). پس در حیازت، قصد شرط است. وی بر همین اساس به نادرستی یک رسم در برخی مناطق اشاره می‌کند: «رسمی متعارف که در بعضی از بلاد وجود دارد که وقتی عذرات در یک جا جمع می‌شود، فردی که برای باغ خود، نیاز به کود دارد، برای بردن این عذرات پول می‌داد، اشکال دارد». اما اگر قصد انتفاع را لازم ندانیم، اخذ مال در مقابل عذراتی که بدون قصد جمع شده، اشکال ندارد و معامله آن صحیح است (همان).

۵.۵. اقطاع

قطعه‌بندی زمین برای واگذاری به اشخاص (به‌منظور زراعت، درختکاری، خانه‌سازی و ...) را اقطاع گویند (احمدی میانجی، ۱۴۲۴، ص ۲۸۲). حق الاقطاع هم چیزی است که امام از آن شخص می‌گیرد (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۱۲۸). تعریف دیگر این است که «امام، زمین یا چیز دیگری را به شخصی دهد، خواه به صورت تملیک باشد و یا بدون تملیک» (همان). ویژگی این تعریف آن است که ناظر به مطلق بودن آن از نظر موضوع واگذاری (زمین یا غیر آن) و از جهت داشتن قصد تملک و نداشتن آن است. در هر کدام از این صورت‌ها، دیگران حق احیای آن را ندارند، هرچند که صاحب اقطاع هنوز به احیا و بهره‌برداری آن اقدام نکرده باشد. البته فقیهان امامی فقط احیای پس از اقطاع را مالکیت‌آور می‌دانند، نه هر نوع اقطاعی را. (احمدی میانجی، ۱۴۲۴، ص ۲۸۶). با فرض اینکه اقطاع و احیا به انضمام یکدیگر موجب ملکیت باشد، اقطاع بدون احیا، مفید اختصاص و اولویت خواهد بود (حلی «علامه»، ۱۳۸۸، ص ۴۱۱؛ حسینی‌عاملی، بی‌تا، ج ۷، ص ۲۹)؛ بنابراین، شخصی که برای او اقطاع می‌شود، احق شمرده می‌شود (منتظری، همان، ص ۱۲۸).

۶. ثبوت حق اختصاص

فقیهان برای ثبوت حق اختصاص، وجود فایده در شیء را شرط دانسته‌اند؛ به‌گونه‌ای که در آن، غرض و هدف مشخصی (حداقل برای یک فرد خاص) قابل تصور باشد؛ هرچند آن فایده، مقصود و غرض نوعی (نوع مردم) و عقلایی نباشد. اما اگر این حداقل هم قابل تصور

نباشد، در نظر گرفتن حق اختصاص، لغو و بی‌فایده خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۲؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۷، ص ۳۰۸). اشیایی که به دلیل نداشتن منفعت عقلایی که عرفاً قابل توجه باشد، دارای مالیت نیستند و شخص مالک آنها نمی‌باشد؛ همانند مرداری که برای اطعام پرندگان شکاری یا برای روشن کردن آتش استفاده می‌شود و یا عذراهی که برای کود درست کردن کاربرد دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۰۶). ثبوت حق اختصاص، تابع وجود منفعت و مصلحت است. به همین دلیل، چیزهای که مطلقاً نفع ندارند و یا غرضی برای هیچ‌کسی ندارند، حق اختصاص در آنها ثابت نمی‌شود^۱ (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۴۲)؛ چراکه فاقد هر گونه مصلحتی هستند. شرط دیگر ثبوت حق اختصاص این است که قصد انتفاع یا حیازت به آن شیء را داشته باشد. اما اگر چنین قصدی نباشد، اختصاص لغو است. البته این شرط، استثنایی دارد. استثنا در مواردی است که با زوال مالیت و ملکیت، حق اختصاص ثابت می‌شود؛ مانند بقایای چیزی که تلف شده است. در این موارد، وجود چنین قصدی شرط نیست (هاشمی شاهرودی، همان، ج ۷، ص ۳۰۹). این حق یا ناشی از حیازت است یا ناشی از اینکه در اصل، مالی وجود داشته که متعلق به وی بوده است، اما بعدها در اثر عواملی از مالیت خارج شده است؛ مانند اینکه گوشت حلالی را خریده و مالک آن شده است، اما این گوشت فاسد و به‌گونه‌ای از مالیت خارج شود. در این صورت، مالک به تبع مالکیت پیشین خود، نسبت به این گوشت فاسد، حق اختصاص پیدا می‌کند (انصاری، همان، ص ۱۰۶).

۷. آثار حق اختصاص

بر این حق، آثار و احکامی مترتب می‌شود. ترتب این آثار به روشن شدن بیشتر جایگاه حق اختصاص در بیان فقیهان کمک می‌کند:

۱.۷. حرمت مزاحمت دیگران برای صاحب حق

قواعد اولیه اقتضا می‌کند که شیء متعلق حق اختصاص (خواه مال شمرده شود یا نه)، در اختیار ذی‌حق باشد و هرگونه مزاحمت برای صاحب آن، جایز نباشد (حلی «محقق»، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۱۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳). دیدگاهی وجود دارد که این مزاحمت و

۱. و بالجمله اعتبار حق اختصاص تابع لوجه من جهات المصالح و ما لا نفع فيه مطلقاً و لا غرض لأحد فی اقتناؤه، لا يعتبر مختصاً بأحد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۴۲).

تصرف را حرام نمی‌داند. در این اندیشه، تصرف در مالی که دیگری فقط حقی نسبت به آن دارد (مانند حق اختصاص)، حرام نیست. باورمندان به این انگاره، رأی خود را به تفسیری که از ادله تحریم تصرف در اموال دیگران دارند، مستند می‌کنند. ایشان می‌گویند این ادله مختص حالتی است که شیء مالیت داشته باشد. اما اگر شیء فاقد مالیت باشد، نمی‌توان از ادله حرمت تصرف در مال دیگران، حرمت تصرف در آن را برداشت کرد، زیرا ادله موردنظر به صورتی که شیء مالیت داشته باشد، انصراف دارد (صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۳۸). مرحوم خوئی در تبیین و تعلیل این مدعا می‌گوید: دلیل ضمان همانند قاعده ضمان است و بر ضمان اموال دلالت می‌کند و بیشتر از این دلالت ندارد. از این رو، وقتی شخصی چیزی را که ملک دیگری است از بین ببرد، در صورتی که آن چیز از نظر عرف مالیت نداشته باشد، موجب ضمان نخواهد بود، بلکه اصلاً کار حرامی مرتکب نشده است، زیرا ادله تصرف در مال مسلمان را حرام می‌داند، نه تصرف در ملک او را. همچنین، چیزی که ملک کسی نیست، بلکه فقط او نسبت به آن حق دارد، مانند مرداری که متعلق به دیگری است، اتلاف آن موجب ضمان نیست و تصرف تا زمانی که موجب از بین بردن حق دیگری نشود، حرام نیست؛ زیرا دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۳۷۹، ج ۷، ص ۴۲۰). دیدگاه دیگر مزاحمت و تصرف را غیرمجاز و حرام تلقی می‌کند، به آن سبب که برای دارنده آن از پیش حقی ایجاد شده است و جایز و روا نیست او را از آن حق منع کرده، در حقی که وجودش مسلم است، تصرف شود. صاحب جواهر برای این مزاحمت، تعبیر ظلم را به کار می‌برد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۵). ادله دیگر این رأی، در کلام برخی معاصران چنین آمده است: «عدم جواز تصرف در چیزی که حق دیگری به آن تعلق گرفته است، یک امر عقلایی است. این مطلب از سخن امام (ع) که فرمود: «لایحل لأحد أن يتصرف فی مال غیره بغیر اذنه»؛ تصرف در مال دیگری بدون اذن او برای هیچ کس جایز نیست، با الغای خصوصیت مالیت، فهمیده می‌شود. از این رو، تصرف در ملک دیگری جایز نیست، هر چند (عرفاً یا شرعاً) مالیت نداشته باشد ... همچنین تصرف در چیزی که حق دیگری به آن تعلق گرفته است، جایز نیست. مانند تصرف در خمیری که دیگری برای سرکه کردن، خریده باشد» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۶). حکم به حرمت مزاحمت و تصرف از دیدگاه برخی به دلیل مبنایی است که در بحث ضمان دارند و این مبنا عبارت است از توسعه در متعلق ضمان. یعنی اینکه ضمان مال را اعم از ضمان ملک دانسته، در حقوقی مانند حق رهن، حق تحجیر و سایر حقوق مالی، ضمان را ساری و جاری می‌دانند

(همان، ج ۳، ص ۸۵). گفتنی است مراد از حرمت، صرف حکم تکلیفی ناروایی و عدم جواز است، اما روی دیگر حرمت و عدم جواز مزاحمت، ضمان متصرف و متعدی است که ذیل ضمان به مثابه حکم وضعی بحث می‌شود.

۲.۷. معاوضه پذیری

در موارد ثبوت حق اختصاص به واسطه حیازت یا ملکیت اصل (مانند مردار شدن حیوان مملوک) برای رفع ید و اعراض از آنها، بذل مال در مقابل آنها قرار می‌گیرد و همچنین در مواردی مثل مساجد، مدارس و مشترکات عمومی، برای رفع ید از آنها، مال قرار می‌گیرد و تکسب حرامی به وجود نمی‌آید (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۴۵۵) و به همین دلیل، قابلیت معاوضه پیدا می‌کند. این معاوضه بر رفع ید از حق اختصاص، در قالب صلح و موارد مشابه جایز است و معامله سفهی شمرده نمی‌شود؛ خواه مالیت داشته باشد یا نه (کاشف الغطاء، همان، ص ۳؛ موسوی خمینی، همان، ص ۲۴۵). حتی در معاوضه لزومی ندارد حتماً در برابر عوض باشد، بلکه می‌تواند مصالحه‌ای بدون عوض انجام دهد که در واقع نوعی هبه است. یا اینکه بذل مال را در مقابل اعراض از آن عین نجس قرار می‌دهد تا دهنده و باذل مال، آن عین را حیازت کند. بی‌اشکال بودن معاوضه، به آن علت است که در شمار کسب‌های حرام قرار نمی‌گیرد. اگر فردی در مکان‌های مشترک (مانند مسجد و مدرسه)، زودتر محل خاصی را انتخاب و در آن مستقر شده باشد، می‌توان به او مبلغی یا مالی را داد تا از آن محل دست بردارد. در این حالت، معاوضه صحیح بوده، دهنده مال ساکن می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۹۴). البته در برخی موارد، شرط معاوضه این است که عوض به عنوان ثمن در مقابل خود عین نجس (مثلاً در آنجا که حیوان مملوک، مردار شود)، تلقی نشود؛ چراکه در این صورت، به مقتضای اخبار، عنوان سحت و مال حرام بر آن اطلاق می‌شود. گویی راز فتوای احتیاط برخی در این خصوص، همین است.

۳.۷. قابلیت انتقال در قالب وصیت و ارث

وصیت به اشیای نجسی که قابل انتفاع باشد، مانند سرگین برای سوزاندن و یا تولید کود، جایز است. همچنین وصیت به شراب محترم که در دست کافر ذمی است، صحیح

است (احترام فقهی شراب یادشده به سبب این است دارنده آن از حقوقی نسبت به آن برخوردار است). دلیل روایی و جواز وصیت در این اشیاء، ثبوت حق اختصاص است و به همین دلیل نیز قابلیت انتقال این حق از راه ارث یا غیر آن وجود دارد و اشکالی متوجه آن نیست (حلی «علامه»، ۱۳۸۸، ص ۴۷۹؛ موسوی خمینی، همان، ص ۴۹۴). اصل اولیه در حق، قابلیت انتقال است. موارد غیرقابل انتقال، نیاز به صراحت بیان شرعی در عدم انتقال دارد؛ بنابراین، حق اختصاص و متعلق آن، هم قابلیت وصیت دارد و هم واجد ظرفیت فقهی ارث است.

۴.۷. وقف پذیری

یکی از آثار حق اختصاص، قابلیت وقف شیء متعلق حق اختصاص است. اگر عینی باشد که انسان (به دلایل مختلف) نسبت به آن مالکیتی ندارد، اما حق اختصاص دارد، می‌تواند آن را وقف کند؛ زیرا در جواز وقف همین اندازه کفایت می‌کند که واقف مالک تصرف باشد، هرچند که نتوان عنوان مالکیت عین را به کار برد. ناگفته نماند تعبیر مشهور «لا وقف الا فی ملک» که حتی ممکن است متن روایت باشد، به معنای این است که نمی‌توان اموال دیگران را وقف کرد و هر کسی فقط می‌تواند اشیای منتسب به خود را وقف کند. به عبارت دیگر، حصر مستفاد از عبارت/روایت، از نوع حصر اضافی است نه حصر مطلق؛ یعنی نسبت به مالک، حصر دارد و شامل غیر مالک نمی‌شود، اما نسبت به شرط وقف که در ملکیت باشد یا از طریق حق اختصاص در اختیار و تصرف کسی باشد، حصر و انحصار هیچ‌کدام از این دو حالت را ندارد. برای مثال، اگر به دلیل نداشتن قابلیت ملکیت سگ‌های نگهبان، مزرعه و گله، حتی قول به نادرستی دادوستد آنها را بپذیریم، اما وقف آن بی‌اشکال است، زیرا در وقف، ملکیت تصرف (ناشی از حق اختصاص) و نه ملکیت عین کفایت می‌کند (البته در مورد سگ شکاری، این بحث مطرح نمی‌شود. به دلیل اینکه به ملکیت در می‌آید و به‌طور طبیعی، وقف آن صحیح است). همچنین وقف زمینی که تحجیر شده، صحیح است (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۰۶). دلیل همان است که گفته شد؛ یعنی در صحت و درستی وقف، مالکیت تصرف (و نه لزوماً مالکیت عین) کافی است.

۵.۷. ضمان به‌مثابه حکم وضعی

اثر شرعی تحجیر، حق اولویت برای نشانه‌گذار در زمینه احیا و تملک موضوع آن است. لازمه اولویت این است که تا زمانی که وی اعراض نکرده، دیگران نمی‌توانند بدون جلب رضایت او اقدام به احیا کنند. اگر دیگری بدون کسب رضایت وی اقدام به تصرف کند (چه این فرد دیگر احیا بکند یا نه)، نه تنها مالک به حساب نمی‌آید، بلکه غاصب تلقی می‌شود؛ چراکه یکی از شرایط احیا آن است که مسبوق به تحجیر دیگری نباشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۶۷)، زیرا این تحجیر، موجب حق اولویت و اختصاص به این نشانه‌گذار شده است. متفرع و مترتب بر عنوان غصب، احکام غصب بر آن بار خواهد شد؛ یعنی اینکه غاصب ضامن و مسئول است. به دیگر سخن، افزون بر حکم تکلیفی حرمت (لاری، همان، ص ۸۳)، موجبات ضمان به‌مثابه یک حکم وضعی را فراهم می‌کند. صاحب جواهر در این باره از عبارت ظلم استفاده می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۵). نمونه موردی که در حق اختصاص، ضمان و ضمانت بروز و نمود پیدا می‌کند (هرچند رأی مخالف هم وجود دارد)، این است که فردی مالی (شیء شکستنی مانند تابلوی شیشه‌ای) را که غصب کرده، بشکند، چنان که از مالیت بیفتد، در این صورت، او ضامن بدل مال (عین یا قیمت) است. اما پس از پرداخت بدل به مالک، حق اختصاص نسبت به مال از مالیت افتاده، برای غاصب ثابت است؛ زیرا مقتضای سیره و بنای عقلا بر عدم ثبوت حق اختصاص برای مالک است. چرا که رد بدل، معاوضه قهری است و با این معاوضه، اجزا و مواد باقی‌مانده به ضامن (غاصب) انتقال می‌یابد، نه به مالک (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۳۷۶). رأی مخالف از آن شیخ انصاری است که حق اختصاص را برای مالک ثابت می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۳۰؛ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۶۲۹). چرایی حکم این است که وجوب رد از باب غرامت است نه معاوضه (انصاری، همانجا).

۸. دیدگاه‌ها و ادله

در خصوص حق اختصاص، دو دیدگاه کلی وجود دارد که در دو سوی طیف (مخالف و موافق) هستند و هیچ دیدگاه تفصیلی (قائل به تفصیل) در این موضوع وجود ندارد. به

عبارت دیگر، دو نگرش نفی مطلق و اثبات مطلق در مقابل اصل مشروعیت حق اختصاص، موضع گرفته‌اند و دیدگاه میانه‌ای در این بین دیده نمی‌شود.

۱.۸. دیدگاه نخست: ناروایی و عدم جواز حق اختصاص

برخی با حق اختصاص مخالف‌اند و آن را حقی ناروا و غیرمشروع به حساب می‌آورند. محور استدلال این گروه، بیان ادله‌ای است تا به حرمت بیع و تکسب به اعیان نجس برسند و پس از آن حق اختصاص را مردود بشمرند. اینان می‌گویند دلیل حرمت دادوستد اعیان نجس، مانع اعمال هر گونه حقی در موضوع این اعیان می‌شود؛ اما اینکه بیع اعیان نجس، واجد حکم حرمت شده است، ادله‌ای فرا رو نهاده شده است:

۱.۸.۱. ادله حرمت بیع اعیان نجس

حکم حرمت بیع اعیان نجس به دلایلی مستند گردیده که با توجه به آنها به نادرستی حق اختصاص رأی داده شده است.

الف) آیات. آیاتی از قرآن بر حرمت انتفاع از نجاست دلالت دارد: آیه اول: «گوشت مردار، و خون، و گوشت خوک و... (همه) بر شما حرام شده است»^۱ (مائده/۳). آیه دوم: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! شراب و قمار و بتها و ازلام [نوعی بخت‌آزمایی]، پلید و از عمل شیطان است، از آنها دوری کنید تا رستگار شوید»^۲ (مائده/۹۰). آیه سوم: «و از پلیدی دوری کن»^۳ (المدثر/۵).

آیه نخست برخی اشیا را حرام کرده و مراد از این حرمت، حرام بودن همه منافع و هر نوع انتفاعی است. آیه دوم با فعل امر (اجْتَنِبُوهُ)، فرمانی دال بر پرهیز هر نوع رجس داده است. از سوی دیگر هر نجسی مصداق رجس است. تحقق فرمان اجتناب و امتثال فعل اجتناب، فقط با دوری از همه منافع و استفاده‌هایی است که از این اشیا می‌شود؛ چراکه فعل

۱. حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ

۲. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ

۳. وَ الرَّجْزُ فَاهْجُرُوا

امر اجتنبوا در قوه فعل نهی است و انجام و امتثال نهی الهی به ترک همه مصادیق آن است. یعنی با فرمان پرهیز کنید گویا خداوند فرموده است هیچ کدام را انجام ندهید. فعل نهی حتی با انجام یکی از مصادیق و افرادش، محقق و امتثال نمی‌شود. بنابراین اجتنبوا یعنی از همه منافع (از جمله حق اختصاص) پرهیز کنید. در آیه سوم، به رها کردن پلیدی دستور داده شده است. هر نجسی نوعی پلیدی است و همانند آیه پیشین، تحقق رهاکردن پلیدی به رها ساختن و ترک همه مصادیق و افراد آن (عین و انتفاع از عین به‌ویژه حق اختصاص) است (ر.ک. کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ص ۵۸)؛ بنابراین از آیات قرآن، حکم حرمت انتفاع از هر نجسی برداشت می‌شود.

ب) روایات. روایات بسیاری وجود دارد که اکتساب با منافع حرام را باطل و نادرست می‌داند: جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ (ع) عَنْ أَبِيهِ (ع) عَنْ آبَائِهِ (ع) عَنْ عَلِيٍّ (ع) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) نَهَى عَنْ بَيْعِ الْأَخْرَارِ وَ عَنْ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ الْخِنْزِيرِ وَ الْأَصْنَامِ وَ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ وَ عَنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ وَ عَنْ بَيْعِ الْعَذْرَةِ؛ امام علی (ع) فرمود: «پیامبر (ص) از بیع احرار (خرید و فروش انسان‌های آزاد)، مردار، خون، خوک، بت، فحل‌الضراب^۱ (منی حیوانات)، ثمن خمر و بیع عذره نهی کرده و فرمود ثمن عذره، حرام است» (نوری، ج ۱۳، ص ۷۱؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۹۲۰).

وجه استدلال این است که ناروایی و عدم جواز بیع اعیان نجس به دلیل نداشتن منفعت است؛ یعنی چرایی عدم جواز بیع اعیان نجس به نبود امکان انتفاع از آنها مربوط است. از سوی دیگر، هر چیزی که انتفاع شرعی از آن ممکن نباشد، انتفاعات باقی‌مانده که غیرشرعی است، قطعاً حرام خواهد بود. به تعبیر برخی، بین عدم جواز بیع و حرمت انتفاع ملازمه وجود دارد (حسینی روحانی، همان، ج ۱۴، ص ۱۳۰). حق اختصاص هم نوعی انتفاع و بهره‌برداری از اعیان نجس است که با مفاد روایت سازگار نیست. روایت دیگر از امام صادق (ع) است: «هر چیزی که مشتمل بر فساد باشد و شارع هم از آن نهی کرده باشد، حرام

۱. المقصود الماء الذی یخلق منه الولد (حلی «علامه»، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، ج ۱۵، ص ۴۲۴).

است. چه از جهت اکل و خوردن که تنها منفعت مقصوده آن است، چه از جهت شرب یا کسب و تجارت با آن، یا نکاح (مانند ازدواج با محارم) یا تملک (مثل مالکیت پیدا کردن نسبت به پدر و مادر) یا نگهداری اشیایی همچون خمر یا هبه (مثل دادن قرآن به کافر) یا عاریه دادن آن و یا هر چیزی که در آن گونه‌ای از فساد وجود داشته باشد، مانند بیع ربوی، بیع مردار، خرید و فروش خون، بیع گوشت خوک، بیع گوشت یا پوست انواع درندگان وحشی یا پرندگان شکاری، و یا بیع خمر یا هر چیز نجس. بنابراین در تمام موارد مذکور خرید و فروش، نگه داشتن، تملیک و تملک، هبه، عاریه و هر نوع تصرفی در آن حرام است. مگر در صورتی که فرد مضطر باشد» (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴، ص ۳۳۳). این روایت نیز ملاک عدم جواز بیع را نداشتن منفعت می‌داند.

سومین روایت از امام صادق (ع) است: «ثمن العذره من السحت» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۱۷۵)؛ «ثمنی که در مقابل عذره (مدفوع) پرداخت می‌شود، حرام است». سه توجیه و تعلیل درباره حکم مندرج در روایت بیان شده است. یکی اینکه در مبیع، مالیت و منفعت حلال شرط است؛ درحالی که ثمن العذره، فاقد منافع حلال است و از همین روی مالیت ندارد. محور تبیین دیگر این است که از باب اکل مال به باطل، حرام است؛ چراکه عوض، تنها در مقابل معوض پرداخت می‌شود و هنگامی که انتفاع از معوض حرام باشد، معوض واقعی هم وجود ندارد. در نتیجه، عوض در مقابل چیزی قرار گرفته است که مالیت ندارد و این یعنی اکل مال به باطل. مدار توجیه سوم این است که حرمت ثمن العذره و بطلان معامله به دلیل سفهی بودن آن است (کاشف الغطاء، همان، ص ۱۸). اما برخی در خصوص مفاد روایت بر این باورند که این روایت دلیل بر عدم جواز فروش چیزهایی است که دارای نجاست ذاتی هستند؛ هر چند منافع شایعی داشته باشند و عذره اگرچه منفعت شایعی همچون کود دارد، اما خرید و فروش آن جایز نیست. این خصوصیت تنها برای عذره نیست، بلکه هر چیزی که نجاست ذاتی داشته باشد، همین گونه است (هاشمی‌شاهرودی، بی تا، ج ۲۱، ص ۴۱).

ج) اجماع. علامه حلی، حکم حرمت و عدم جواز بیع اعیان نجس را اجماعی می‌داند

(حلی «علامه»، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۵). ایشان در جای دیگری با ذکر برخی اشیاء، ادعای اجماع همه فقها بر تحریم بیع میت، خمر و خوک را ذکر می‌کنند (حلی «علامه»، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۳۴۹).

۲.۸. دیدگاه دوم: مشروعیت و جواز حق اختصاص

انگاره دیگر در خصوص حق اختصاص، روایی و جواز این حق است. این دیدگاه یکی از ادله خود را ضعف و نارسایی ادله مخالفان می‌داند (جنبه نفی‌ای). دلیل دیگرشان جنبه اثباتی دارد. در جنبه نفی‌ای (که محکم‌ترین دلیل ایشان تلقی می‌شود) می‌گویند، اولاً آیات مورد استناد، ظهور در این ندارد که همه منافع حرام باشد، بلکه منفعت قابل توجه، منظور است. به همین دلیل در هر کدام از اشیاء، منفعت مناسب و متناسب آن در تقدیر گرفته می‌شود؛ مثلاً در خمر، شرب و نوشیدن؛ در قمار، بازی با آن؛ و در ازلام و انصاب هم منفعت خاص خودشان در تقدیر خواهد بود. بنابراین، آیات هیچ دلالتی ندارد بر اینکه همه منافع و بهره‌برداری، حکم حرمت پیدا کند.

دوم اینکه در روایات و نصوص چیزی که دلالت بر عدم جواز بیع اعیان نجس به گونه مطلق بکند، وجود ندارد. روایت تحف العقول هم اگر چنین دلالتی داشته باشد (که آن هم محل اختلاف است)، دچار ضعف سند است (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۸، ص ۱۶۸؛ اردبیلی، ۱۴۱۸، ص ۳۱) و از دیگر سو، بین عدم جواز بیع و حرمت انتفاع ملازمه‌ای وجود ندارد و نجاست به تنهایی نمی‌تواند مانعی برای بیع باشد (اردبیلی، همان). باور اینکه به ملاک اکل مال به باطل، معامله باطل باشد، فارغ از نقد و آسیب نیست، زیرا عنوان اکل مال به باطل در جایی است که اصلاً منفعتی وجود نداشته باشد؛ درحالی که این عناوین دارای منفعت هرچند اندک هستند. البته اگر شرع این منافع نادره را منفعت نداند، در این صورت اکل مال به باطل می‌شود.

سوم اینکه اجماع ادعای از دو نظر کبروی و صغروی مورد مناقشه است. با مشخص بودن روایات مورد استناد، اجماع از نوع مدرکی خواهد شد. بنابراین، اعتبار این اجماع پذیرفتنی نیست. افزون بر این، اجماع مورد نظر، رخنه صغروی هم دارد؛ چراکه با وجود

مخالفانی در این موضوع، اصلاً اجماعی تحقق نیافته است. به گزارش علامه حلی، عبارات بسیاری از فقیهان، ظهور در جواز انتفاع دارد (حلی «علامه»، همان، ص ۳۴۹). نمونه رأی به جواز (و همچنین ادعای اجماع در آن سوی دیگر)، سخن شیخ طوسی است: «بیع سرگین حیوانات حرام گوشت و عذره آن‌ها در مزارع و تاکستان‌ها و برای ریختن پای ریشه درختان جایز است و در این حکم بین فقها اختلافی نیست» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۶۷). محقق کرکی نیز می‌گوید: «درحالی که بعضی اعیان نجس و حرام هستند و مالیت ندارند، به گونه‌ای که نمی‌توان در مقابل‌شان مالی قرار داد، به این معنی که آن‌ها را با مال معاوضه کنند. با این وجود بیع‌شان جایز است» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۱).

در نتیجه از مجموع مطالب پیش‌گفته و تحلیل و بررسی ادله مخالف روشن می‌شود بهره‌برداری از اشیای نجس در صورتی که استفاده از آنها، معقول و معتبر باشد، جایز است. برای مثال، اگر در تهیه کود شیمیایی، سوخت، خوراک حیوانات و طیور و... به کار رفته و پیامدهای ناروایی نداشته باشد و همه جوانب از حیث پاکی و نجسی رعایت شود، دیگر مصداق اکل مال به باطل نیست و دادوستد آن حرام نخواهد بود. از اینجا معلوم می‌شود مبلغی که در مقابل این اموال گرفته می‌شود، صحیح است؛ چراکه هم منافع معقولی دارد و هم اینکه قرار گرفتن آن مبلغ در مقابل رفع ید از این اموال از باب احتیاط است. هر چند از مجموع ادله و استدلال‌ها، می‌توان مالیت و در نهایت مالکیت آنها را پذیرفت.

ادله دیگر این انگاره که واجد وجه اثباتی است، یکی این است که سر تأیید اصل معاملات از سوی شارع مقدس و راز تشریح استقلالی برخی احکام دادوستد از سوی شریعت، تأمین مصالح بندگان است؛ مصالحی که حقیقتاً مصلحت باشند، به این معنا که منافع و فواید دنیوی و اخروی را دربر داشته باشد (کاشف الغطاء، همان، ص ۱۷). از اشیایی که در گذشته قابل هیچ استفاده‌ای نبود، امروزه بهره‌برداری معقول می‌شود. مواردی که پیش‌تر بیان شد: از حشرات برای کارهای تحقیقاتی و افزایش محصولات و در برخی موارد برای مبارزه با آلودگی‌های صنعتی و از خون برای نجات بیماران نیازمند و نیز تولید فرآورده‌های خونی و همچنین مطالعه بیماری‌های خونی و ناشی از خون و بیماری‌های که نشانه‌های آن از طریق خون قابل شناسایی است به قصد درمان و پیشگیری از ایجاد و گسترش آن در

جامعه به منظور حفظ جان و سلامت آدمیان و از اشیا نجس دیگر در عملیات موسوم به بازیافت در تولید بسیاری چیزها که برای استفاده انسان، جانوران و موجودات دیگر مفید و بلکه لازم است. آیا ممکن است شارع به این مصالح بی توجه باشد؟! البته این استفهام انکاری است؛ یعنی شارع همیشه به دنبال تأمین مصالح انسان‌ها و رساندن منافع به آنان و رفع موانع تحصیل منافع و مصالح است و از کنار این همه‌ی منافی که ممنوعیت شرعی ندارد، رد نمی‌شود و آن را مردود نمی‌داند. افزون بر این، از راه تمسک به سیره قطعی و عقلایی، می‌توان مشروعیت این امور و در نتیجه، جواز و روایی حق اختصاص را به دست آورد (موسوی خویی، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۱۴۳)؛ یعنی عاقلان و خردمندان و حتی همه مردم جامعه برای این اشیا، فواید و منافی را می‌شناسند و امضای صحت و درستی بر آن می‌نهند. بنابر مبانی مختلف در حجیت سیره عقلا، کشف می‌شود که شارع مقدس ردع و منع نکرده و از آن راضی است. البته این مشکل و این راه حل حق اختصاص، فقط مربوط به اعیان نجس است؛ و گرنه درستی سایر موارد حق اختصاص را روایات (ادله جواز حیازت مباحات و...) تأیید و تصدیق می‌کنند.

دیگر اینکه برخی استدلال‌هایی که به گونه‌ای پراکنده در برخی باب‌های فقهی دیده می‌شود، به طور غیرمستقیم حق اختصاص را ثابت می‌داند؛ برای مثال در موضوع غصب، زمانی که شیء مغضوب مالیت خود را از دست بدهد، بدل به مالک داده می‌شود و با استناد به اصل استصحاب، حق اختصاص و اولویت در حق مالک ثابت می‌شود؛ زیرا مقتضای استصحاب، وجوب رد عین به مالک است. مؤید این مطلب در فرضی است که سرکه تبدیل به شراب شده، پس از آن، دوباره شراب تبدیل به سرکه شود که در این جا حکم به وجوب رد به مالک داده می‌شود و حتی این مطلب را اجماعی می‌دانند. مبنای استدلال این است که در این موارد، عرف، موضوع مستصحب را یکی دانسته، منعی برای اجرای استصحاب وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۶۵).

نتیجه

سلطه و ید غیرعدوانی بر اشیای نجس، نسبت به آنها حق اختصاص ایجاد می‌کند. در این موضوع خاص نص صریحی وجود ندارد، اما سیره قطعی عقلا (سیره‌ای که فواید و منافی را که امروزه خودنمایی می‌کند، نیز نعمت خدا می‌داند) آن را تأیید می‌کند. اما با توجه به لُبی بودن این دلیل، باید به قدر متیقن بسنده کرد. قدر متیقن نیز تصرفات و بهره‌برداری از منافی است که شارع ممنوعیتی از پیش برای آنها اعلام نکرده است. بنابراین، دامنه حق اختصاص در این خصوص، معاملات ممنوعه شارع را دربر نمی‌گیرد. به دیگر سخن، ملاک تصرف و انتفاع ناشی از حق اختصاص، چیزهایی است که به دلیل وجود مصلحتی، از سوی شارع، مأذون تلقی می‌شود. متفرع بر این برداشت، متعلق حق اختصاص در اشیایی است که دارای فایده‌ای باشند؛ به گونه‌ای که غرض مشخصی داشته یا واجد مصلحتی (فواید و منافی که امروزه به مدد فکر و اندیشه بشر به عرصه ظهور و بروز رسیده) باشند. از همین رو، چیزهایی که مطلقاً نفع ندارند و یا غرضی برای هیچ کسی ندارند، حق اختصاص در آنها ثابت نمی‌شود. با این همه فواید (و بلکه مصالحی) که امروزه برای اشیای نجس (مانند خون و مدفوع) وجود دارد، طرح این باور نیز خالی از دلیل نیست که بگوییم این اشیا مالیت پیدا کرده، به تبع آن، مالکیت (فراتر از حق اختصاص) هم دارند.

اما در خصوص غیر اشیای نجس، روایات به روشنی این حق را تشریح کرده و به آن رسمیت داده‌اند. هرچند ممکن است بتوان در سند برخی از روایات، مناقشه و محاجه کرد، اما به دلیل عمل فقیهان به این روایات، ضعف سند، جبران شده و مانع تلقی نمی‌شود و ضمناً با تعاضد روایات با همدیگر و ادله دیگر، روایی و مشروعیت این حق ثابت می‌شود. افزون بر این، رأی به عدم جواز مشروعیت این حق با برخی آموزه‌های روشن دینی، نه تنها سازگار نیست، کاملاً مخالف آن است. آموزه‌هایی که بر به رسمیت شناختن و ضایع نشدن زحمات و هزینه‌های که انسان متحمل می‌شود، دلالت دارد. این آموزه‌های دینی - که ممکن است الزاماً در حوزه فقه و احکام فرعی نباشند - به مستدل کردن و موجه نمودن این حق کمک می‌کند.

نکته دیگر اینکه در برخی موارد (مانند حیازت) برای ثبوت حق اختصاص، قصد انتفاع لازم بوده و صرف حیازت کافی نیست. اما در برخی موارد، قصد، شرط نیست (مانند شیء تلف شده)؛ چراکه در این صورت، فقط با زوال مالیت و ملکیت، حق اختصاص ثابت می شود. سرانجام اینکه با ثبوت و اثبات این حق، احکام وضعی و تکلیفی بر آن بار می شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. احمدی میانجی، علی (۱۴۲۴)، *مالکیت خصوصی در اسلام*، چ اول، تهران: نشر دادگستر.
۲. بهجت، محمدتقی (۱۴۲۸)، *استفتانات*، ج ۳، چ اول، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت.
۳. بندر ریگی، محمد (۱۳۶۸ش)، *فرهنگ عربی به فارسی (ترجمه منجدالطلاب)*، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. جعفری، محمد تقی (۱۴۱۹)، *رسائل فقهی*، چ اول، تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۵. خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۲۴)، *الأجوبه الاستفتانات (فارسی)*، چ اول، قم: دفتر آیت الله خامنه‌ای.
۶. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، *احکام پزشکان و بیماران*، بی نا.
۷. فرهیخته، شمس‌الدین (۱۳۷۷ش)، *فرهنگ فرهیخته*، تهران: زرین.
۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶)، *قواعد فقه*، ج ۲ و ۱، چ دوازدهم، قم: نشر علوم اسلامی.
۹. مسعود، جبران (۱۳۷۶ش)، *فرهنگ الفبایی الرائد*، ج ۱، ترجمه رضا اترابی نژاد، مشهد: آستان قدس رضوی.
۱۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹)، *احکام پزشکی*، چ اول، قم: مدرسه امام علی (ع).
۱۱. منتظری، حسین علی (۱۴۰۹)، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ج ۶، چ اول، قم: مؤسسه کیهان.
۱۲. منتظری، حسین علی (بی تا)، *رساله استفتانات*، ج ۲، چ اول، قم.
۱۳. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۶)، *توضیح المسائل*، چ اول، بی جا.

ب) عربی

۱۴. ابن البراج (۱۴۰۶)، قاضی عبدالعزیز، *المهذب*، ج ۱، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۴۲۱)، *النهایه*، ج ۱، چ اول، ریاض: دار ابن الجوزی.
۱۶. ابن منظور (۱۴۱۶)، *لسان العرب*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۷. ابن عبّاد، اسماعیل (۱۴۱۴)، *المحیط فی اللغه*، تحقیق محمدحسن آل یاسین، بیروت: عالم الکتب.

۱۸. ابن فارس بن زکریا، احمد (۱۴۰۴)، *معجم مقاییس اللغة*، ج ۳، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۹. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶)، *حاشیه المکاسب*، تصحیح سید شمس‌الدین، تهران: وزارت ارشاد
۲۰. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵)، *کتاب البیع*، قم: اسماعیلیان.
۲۱. اردبیلی، میرزا یوسف (۱۴۱۸)، *رساله فی الغناء*، چ اول، قم: نشر مرصاد.
۲۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، *کتاب المکاسب*، ج ۴، چ اول، قم: کنگره جهانی شیخ اعظم.
۲۳. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۷، چ اول، قم: نشر هادی.
۲۴. بحر العلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳)، *بلغه الفقیه*، ج ۱ و ۳، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق(ع).
۲۵. بهبهانی، وحید (۱۴۲۱)، *مقاطع الفضل*، ج ۲، چ اول، مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۲۶. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۶)، *جامع المسائل*، ج ۱، چاپ دوم، قم: دفتر آیت‌الله بهجت.
۲۷. تبریزی، جوادبن علی (۱۴۲۶)، *منهاج الصالحین*، ج ۲، چ اول، قم: مجمع الامام المهدي(عج).
۲۸. تمیمی مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق)، *دعائم الإسلام*، ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۲۹. جزیری، عبدالرحمن و غروی، یاسر مازح (۱۴۱۹)، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام*، ج ۲، چ اول، بیروت: دار الثقلین.
۳۰. الجوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۹۹ق)، *الصّحاح تاج اللغة و صحاح العربیه*، ج ۴، بیروت: دار العلم للملایین.
۳۱. حجت کوه‌کمری، سید محمد (۱۴۰۹)، *البیع*، المقرّر: شیخ ابوطالب التجلیل التبریزی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۲. حرانی، ابن شعبه (۱۴۰۴)، *تحف العقول*، چ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۳. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *وسایل الشیعه*، ج ۲۵، چ اول، قم: مؤسسه آل البيت(ع).

۳۴. حسینی روحانی، صادق (۱۴۲۹)، *منهاج الفقاهه*، ج ۶، چ پنجم، قم: أنوار الهدی.
۳۵. حسینی عاملی، جواد بن محمد (بی تا)، *مفتاح الكرامة*، ج ۳، چ اول، بیروت: دار إحياء.
۳۶. حکیم طباطبایی، محسن (۱۴۱۰) *منهاج الصالحین (المحشی)*، ج ۲، چ اول، بیروت: دار التعارف.
۳۷. حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، *سرائع الاسلام*، ج ۳، چ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۳۸. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، چ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۳۹. _____ (۱۴۱۲)، *منتهی المطلب*، ج ۱۵، چ اول، مشهد: مجمع البحوث.
۴۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲)، *مفردات ألفاظ القرآن*، چ اول، لبنان: دار العلم.
۴۱. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، *مهذب الأحكام*، ج ۱۰، چ اول، قم: مؤسسه المنار.
۴۲. شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹)، *کتاب نکاح*، ج ۱۷، چ اول، قم: مؤسسه منشورات کرامت.
۴۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة*، ج ۱۰، چ اول، قم: داوری.
۴۴. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴)، *تکمله العروه الوثقی*، ج ۱ و ۲، چ اول، قم: داوری.
۴۵. _____ (۱۳۷۸)، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶)، *مجمع البحرین*، ج ۵، چ سوم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۴۷. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ الف)، *تهذیب الاحکام*، ج ۴، چ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۸. _____ (۱۴۰۷ ب)، *الخلاف*، ج ۱، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۹. _____ (۱۳۸۷ ق)، *المبسوط*، ج ۳ و ۲، چ سوم، تهران: مکتبه المرتضویه.
۵۰. _____ (۱۴۰۰)، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چ دوم، لبنان: دار الكتاب العربی
۵۱. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، *جامع المسائل*، ج ۱، چ یازدهم، قم: انتشارات امیر قلم.
۵۲. الفراهیدی، الخلیل بن احمد (۱۴۰۵)، *کتاب العین*، ج ۳، تحقیق مخزومی و سامرائی، قم:

مؤسسه دار الهجره

۵۳. فیومی، احمد بن محمد مقری (۱۴۱۴)، *المصباح المنیر*، چ اول، قم: منشورات دار الهجره.
۵۴. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر (۱۴۲۲)، *کشف الغطاء*، ج ۳، چ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، *الکافی*، علی اکبر غفاری، ج ۴، چ چهارم، تهران: دارالکتب.
۵۶. لاری، عبدالحسین (۱۴۱۸)، *التعلیقہ علی المکاسب*، چ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۵۷. مامقانی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *غایه الامال*، ج ۱، چ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۵۸. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، *جامع المقاصد*، ج ۴، چ دوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، *انوار الفقاهه (البیع)*، چ دوم، قم: مدرسه امام علی (ع).
۶۰. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۹ش)، *کتاب البیع*، چ اول، تهران: مؤسسه نشر آثار امام.
۶۱. _____ (۱۴۱۵)، *المکاسب المحرمه*، ج ۱، چ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۶۲. _____ (۱۴۲۰)، *حاشیہ بر رسالہ ارث ملاہاشم خراسانی*، تهران: مؤسسه نشر آثار امام.
۶۳. _____ (۱۴۲۴)، *توضیح المسائل (محشی)*، ج ۲، چ هشتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. _____ (بی تا)، *تحریر الوسیلہ*، ج ۱، چ اول، قم: دارالعلم.
۶۵. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰)، *منہاج الصالحین*، ج ۲، چ ۲۸، قم: مدینہ العلم.
۶۶. _____ (۱۳۷۹ق)، *مصباح الفقاهه*، مقرر: توحیدی، ج ۲ و ۳ و ۵، چ اول، نجف: انتشارات حیدری
۶۷. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۳)، *المکاسب و البیع*، ج ۱، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۸. نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ق)، *تحریر المجله*، ج ۱، چ اول، نجف: المکتبه المرتضویہ،

۶۹. نجفی کاشف الغطاء، مهدی (۱۴۲۳)، *أحكام المتاجر*، ج اول، نجف: مؤسسۀ کاشف الغطاء.
۷۰. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، *جواهر الکلام*، ج ۳۸ و ۳۹، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۱. نراقی، مولی احمد بن محمد (۱۴۱۵)، *مستند الشیعه*، ج ۱۸، ج اول، قم: مؤسسۀ آل البیت(ع).
۷۲. هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳)، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً مذهب اهل بیت(ع)*، چاپ اول، ج ۷ و ۸، قم: مؤسسۀ دایره المعارف فقه اسلامی.