



Intentional or forced ownership of public property

Mohammad Taghi Moradi[✉], Moosa Alipoor^١, Hasan Habibi^٢, Alireza Mohammadi^٣

^١. PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Qom University, Qom, Iran, Email: mtmoradi١٤٠٢@gmail.com

^٢. Master of Science in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law / Graduate of Qom Seminary, Email: alipoor٢٥٢٧١١٨@gmail.com

^٣. Graduated from the ٤th level of Qom Seminary, Email: hasan٦٧٢١٣@gmail.com

^٤. Researcher at Qom Seminary, Email: alireza.mohammadi٨٤٢٧@gmail.com

Abstract

In Islamic jurisprudence and the laws of Iran and some Arab countries, possession of public property within the framework of law and public order is one of the ways of ownership. There has been disagreement on the pillars of ownership with possession, and some have considered the intention to acquire as a spiritual element necessary in addition to possession, which is a material act. On the other hand, a group of jurists consider ownership with possession to be coercive. The main question of the present article is whether ownership in possession of public property is intentional or coercive? The findings of this research, using a descriptive-analytical and comparative method, show that the evidence of intent is not capable of proving the claim. Most of this evidence can be presented for both claims, and due to the conflict between the two groups of evidence, it falls apart and both groups of evidence are set aside. Citing the statement of Article ١٤٣ of the Iranian Civil Code, in addition to the fact that confiscation is desirable, also stems from the confusion between possession and restoration. On the other hand, four reasons have been cited for the compulsory nature of ownership in possession: the applicability of the narration "Lalid Ma' Akht" which states: "The share of the one who saw the bird is the same as seeing the bird, and the bird is the property of the one who took it"; the fact that possession is a cause in creating ownership, which is negated by doubting the condition of intention in the ownership of possession, the principle of no condition has been applied, and the conditionality of intention; the proportion of the essence of possession, which is based on domination and domination, with the compulsory nature of its effect and the way of thinking. The conclusion of the arguments of both views is that ownership is compulsory in the possession of public rights. In other words, it is sufficient that the property acquired is under the customary sovereignty of the possessor; not that possession, like inheritance, is purely compulsory. With this explanation, as stated in Articles ١٢١٢ of the Iranian Civil Code and ٩٥٠ of the Egyptian Civil Code, the effect of ownership is also imposed on the ownership of a child who is distinguished and even insane; of course, assuming the intention of ownership as stated in Article ١٤٩ of the Iranian Civil Code, which is customary monarchy. The way of the wise also confirms the effect of ownership of children in removing permissible property from the forbidden.

Keywords: Means of possession permissible possession intentional possession forced possession legal nature of possession.

Received: ٢٧/١١/٢٠٢٤; **Revised:** ١٠/٠١/٢٠٢٥; **Accepted:** ٠٦/٠٢/٢٠٢٥; **Published online:** ١٠/٠٣/٢٠٢٥.

How To Cite: Moradi, Mohammad Taghi; Alipoor, Moosa; Habibi, Hasan & Mohammadi Alireza (٢٠٢٤).

Intentional or forced ownership of public property, *The Doctrine of Private Low in Islamic Countries*, ١(٤), ١٢٣-١٤٠. <http://www.diplic.qom.ac> doi.org/١٠.٢٢٩١/dplic.٢٠٢٥.١٢٤٧٤.١٠٥١



قصدی یا قهری بودن مالکیت در حيازت مباحات عامه

محمدتقی مرادی^۱، موسی علیپور^۲، حسن حبیبی^۳، علیرضا محمدی^۴

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول): mtmoradi1402@gmail.com

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، رایانامه: alipour2027118@gmail.com

۳. دانش‌آموخته سطح ۴ حوزه علمیه قم، قم، ایران، رایانامه: hasan17313@gmail.com

۴. طلبه پژوهشگر حوزه علمیه قم، رایانامه: alireza.mohammadi8427@gmail.com

چکیده

در فقه اسلامی و حقوق ایران و برخی از کشورهای عربی، حيازت مباحات در چارچوب قانون و نظم عمومی، یکی از راه‌های مالکیت است. در ارکان مالکیت با حيازت، اختلاف شده و برخی، علاوه بر حيازت که عمل مادی است، قصد تملک را هم به عنوان عنصر معنوی لازم دانسته‌اند. در مقابل، گروهی از فقیهان، مالکیت با حيازت را قهری می‌دانند. سؤال اصلی نوشتار حاضر، قصدی یا قهری بودن مالکیت در حيازت مباحات عامه است؟ یافته‌های این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی نشان می‌دهد که ادله قصدی بودن، توان اثبات ادعا را ندارد. بیشتر این ادله برای هر دو ادعا قابل ارائه بوده و به خاطر تعارض دو گروه از ادله، تساقط کرده و هر دو دسته از ادله کنار گذاشته می‌شوند. استناد به تصریح ماده ۱۴۳ ق.م ایران نیز گذشته از آنکه مصادره به مطلوب بوده، از خلط بین حيازت و احیا ناشی شده است. در مقابل، برای قهری بودن مالکیت در حيازت، به چهار دلیل استناد شده است: اطلاق روایت «للید ما أخذت» که بیان داشته: «سهم کسی که پرنده را دیده، همان دیدن پرنده است و پرنده، ملک کسی است که آن را گرفته است»؛ جزء سبب بودن حيازت در ایجاد ملکیت که با شک در اشتراط نیت در مملک بودن حيازت، اصل عدم اشتراط جاری شده و شرطیت قصد، منتفی می‌شود؛ تناسب گوهر حيازت مبنی بر تحت استیلا و سیطره در آوردن، با قهری بودن اثر آن و سیره عقلا. برآیند ادله هر دو دیدگاه، قهری بودن مالکیت در حيازت مباحات عامه است. به عبارتی، همین که مال حيازت شده تحت سلطنت عرفی فرد حيازت کننده واقع شود، کافی است؛ نه اینکه حيازت، شبیه ارث، قهری محض باشد. با این توضیح، همچنان که مواد ۱۲۱۲ ق.م ایران و ۹۵۰ ق.م مصر تصریح کرده‌اند، اثر حيازت بر حيازت کودک ممیز و حتی مجنون نیز بار می‌شود؛ البته با فرض قصد حيازت مطرح شده در ماده ۱۴۹ ق.م ایران که همان سلطنت عرفی است. سیره عقلا نیز مؤید تأثیر حيازت کودکان در خروج مال مباح از اباحه است.

واژگان کلیدی: اسباب تملک، حيازت مباحات، مالکیت قصدی، مالکیت قهری، ماهیت حقوقی حيازت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۰/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۴؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۱۲/۲۸.

استناد: مرادی، محمدتقی؛ علیپور، موسی؛ حبیبی، حسن؛ محمدی، علیرضا (۱۴۰۴). تحلیل فقهی قصدی یا قهری بودن تملک در حيازت مباحات عامه با نگاهی به قوانین موضوعه، آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۱(۴)، ۱۴۰-۱۲۳. <http://www.diplic.qom.ac.ir>

doi.org/10.22091/dplic.2020.12474.1001



نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

۱. بیان مسئله

اراده انسان نقش کلیدی در عقود، ایقاعات و روابط وی دارد. یکی از ابعاد تأثیرگذاری اراده، مالکیت در پرتو آن است، همان‌طور که زوال ملکیت با اعراض در سایه اراده رخ می‌دهد (وزارت اوقاف، ۱۴۰۴، ج ۱۵: ۶۷). درواقع، اراده عنصر معنوی زوال ملکیت است (پیلوار، ۱۳۹۶: ۸۸). هرچند برخی اعراض را باعث زوال ملکیت نمی‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۴۶). باین حال بخشی از مالکیت‌ها نظیر ارث، غیرارادی و قهری است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۵۹۶؛ ج ۱: ۱۱۰). در نتیجه مالکیت انسان یا قصدی است و یا قهری. به اصطلاح حقوقی، مالکیت یا با عمل حقوقی رخ می‌دهد و یا واقعه حقوقی به حساب می‌آید. یکی از اسباب مالکیت، حیازت مباحات است که شرع و قانون آن را پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۷۴؛ وزارت اوقاف، ۱۴۰۴، ج ۴: ۱۶۲؛ ماده ۱۱۵۷ ق.م.عراق؛ مواد ۹۴۹ به بعد ق.م.مصر). ماده ۱۴۷ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیازت کند مالک آن می‌شود». در این بین در ارکان مالکیت مباحات که از راه حیازت آن‌ها رخ می‌دهد، اختلاف نظر است. برخی آن را بدون دخالت قصد تملک، مملک دانسته و برخی دیگر اراده مالکیت را افزون بر حیازت که عملی مادی است، لازم می‌دانند. هر یک از این دو مبنا، نتایج عملی در پی دارد. اگر قهری بودن مالکیت با حیازت اثبات شود، بنابر رویکردی، اجیر کردن و وکیل گرفتن برای حیازت ممنوع خواهد بود (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۳۵) و ذیل امور مباحثی قرار خواهد گرفت که توکیل در آن‌ها ممنوع است (شهید ثانی، ۱۴۳۵، ج ۳: ۳۸).

حُسن قهری بودن حیازت نیز مشروعیت حیازت برای کودکان است (ر.ک: ماده ۱۲۱۲ ق.م.ایران؛ ماده ۹۵۰ ق.م.مصر)؛ زیرا طبق قاعده «قَصْدُهُ كَقَصْدِ كُلِّ» درباره کودکان (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۱۷۷) که هم عقود او را بی‌تأثیر کرده و هم مسئولیت کیفری را از او سلب کرده است، قصد و اراده از صبی تصور نمی‌شود (شوکانی، بی‌تا، ج ۱: ۴۰۲). هرچند برخی اصل این قاعده را قبول نکرده و در چارچوب «عَمْدُهُ وَ خَطْوُهُ وَاحِدٌ»، آن را مختص باب جنایات دانسته‌اند (خویی، ۱۴۳۰، ج ۱: ۳۰۶؛ رافعی، ۱۴۱۷، ج ۱۰: ۱۴۱). سید ابوالحسن اصفهانی نیز امکان قصد تملک لَقَطَةً پیدا شده توسط صبی را پذیرفته است (اصفهانی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۸۶). هرچند بیشتر فقیهان آن را نپذیرفته‌اند (امام خمینی رحمته الله، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۴۸).

بنابراین مسئله اساسی، قصدی یا قهری بودن مالکیت در حیازت مباحات عامه است؛ یعنی اگر شخصی، چیزی از مباحات را حیازت کند آیا قهراً مالک آن چیز می‌شود هرچند نیت تملک نداشته باشد یا اینکه بدون نیت تملک، مالک آن نمی‌شود؟ به عبارتی، آیا علاوه بر حیازت که عمل مادی است، قصد تملک هم به عنوان عنصر معنوی لازم است یا نه؟

طبق بررسی صورت گرفته در پژوهش‌های مرتبط با این موضوع، هیچ مقاله مشابهی که مستقل به موضوع پرداخته باشد یافت نشد. البته در مقاله‌ای با عنوان «بررسی قاعده "مَنْ حَازَ مِلْکَ" در فقه و حقوق موضوعه ایران» نوشته رزمی و نبی‌نیا، که در شماره ۳۱ مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی در خردادماه ۱۳۹۲ منتشر شده است، قاعده حیازت مورد توجه قرار گرفته و ذیل مباحث مربوطه، اشاره‌ای به موضوع فوق شده است. تمایز این نوشتار، ضمن طرح مستقل بحث، توجه به نظرات فقیهان عامه و مقارنه‌ای بودن این بحث با نظر به قوانین کشورهای اسلامی است. جهت تبیین زوایای بحث در این نوشتار، نخست واژگان «قصدی یا قهری بودن» و «مباحات» بحث شده، سپس مبانی قصدی بودن مالکیت در حیازت مباحات و در گام آخر، مبانی قهری بودن مالکیت، تجزیه و تحلیل می‌شود تا امکان نتیجه‌گیری فراهم شود. روش پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و متون فقهی و حقوقی، تحلیل و نقد ادله صورت گرفته است.

۲. مفهوم‌شناسی

برای تبیین صورت مسئله و امکان ارزیابی قصدی یا قهری بودن مالکیت در حیازت مباحات عامه، ابتدا ماهیت «قصدی یا قهری بودن» و «مباحات» بیان می‌گردد.

۲-۱. قصدی یا قهری بودن

معنای اصلی واژه قهر، غلبه است (راغب، ۱۴۱۲: ۶۸۷). قهری به معنای غیرارادی و غیر اختیاری و عبارت است از آنچه بدون میل و اراده و رضایت شخص رخ می‌دهد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۵: ۱۲۰). در مقابل، قصدی و ارادی قرار دارد. اراده را در رابطه با متعلق آن، قصد می‌گویند (لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۴: ۲۹۲۲). درواقع، در امور قهری، اراده اشخاص دخالتی ندارد و تابع خواست آن‌ها نیست، مانند انتقال مال‌الترکه ارث. اراده جزء ارکان معنوی به حساب می‌آید. واژه قهری، وصف عناوین فقهی و حقوقی زیادی

واقع می‌شود. برای نمونه، شرکت قهری مانند مورد ارث یا آمیخته شدن دو مال بدون قصد و اراده شرکا شکل می‌گیرد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۶: ۳۹۰). ضمان قهری در مقابل ضمان اختیاری قرار دارد و مبنی بر الزام به پرداخت مال یا انجام امری بدون دخالت تراضی طرفین و بدون وجود قرارداد اشاره دارد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۷)، مانند تلف کالا قبل از تحویل به خریدار که موجب ضمان نسبت به پرداخت بدل آن می‌شود.

۲-۲. مباحات

مال مباح مالی است که کسی مالک آن نیست و «به حکم قانون، هر کسی حق تصرف در آن را دارد، هرچند تصرف، مالکانه باشد» (لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۴: ۳۱۷۹؛ همچنین: بند ۶ ماده ۸۶ ق.م.سوریه). به اموال مباح، مباحات می‌گویند؛ اموالی که ملک اشخاص نیست و شرعاً مالک ندارد (خویی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۳۷۷) و افراد می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات مربوطه تملک کرده و یا از آن‌ها استفاده کنند (ماده ۲۷ ق.م). فقیهان عامه مال مباح را مالی می‌دانند که برای انتفاع مردم خلق شده است و کسی آن‌ها را حیازت نکرده است (وزارت اوقاف، ۱۴۰۴، ج ۴: ۱۶۲).

مباحات، به دو دسته اصلی و عرضی تقسیم می‌شوند. مباح اصلی، مالی است که ملک کسی بر آن محقق نشده و هیچ‌گاه مملوک واقع نشده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۶۱). ازاین‌رو، فقیهان در تطبیق قاعده «لا بیع الا فی ملک» به عدم مشروعیت فروش مباحات اصلی قبل از حیازت اشاره کرده و در علت آن بیان می‌دارند: «قبل از حیازت، عین مباحات اصلی به بایع و مشتری، متساوی النسبه است و بایع، هیچ سلطنتی به آن ندارد» (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰۶). البته برخی این معامله را باب «من باع شیئاً ثم ملکه» دانسته‌اند (امام خمینی رحمته الله، ۱۴۲۱، ج ۳: ۱۶). کلیه ثروت‌های طبیعی به جز انفال که مالک خاص ندارند، جزء مباحات اصلی محسوب می‌شوند؛ اعم از آنچه از دریاها و رودخانه‌ها به دست می‌آید، مانند مروارید و ماهی یا آنچه در هوا و زمین زندگی می‌کند، مانند پرندگان و گیاهان (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۱: ۶۱۴). در مقابل، مباحات بالعرض، آن دسته از اموالی هستند که هرچند متعلق حق مالکیت هستند، ولی به جهتی این رابطه قطع گردیده و حکم اموال مباح بر آن‌ها جاری می‌گردد. درواقع، مالک فعلی ندارند. از مصادیق روشن این مباحات، اشیای پیداشده و اموالی است که مورد اعراض مالکین

قرار گرفته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۶۱).^۱ در این نوشتار، هم مباح اصلی مدنظر است و هم مباح عرضی.

۳. مبانی قصدی بودن مالکیت در حيازت مباحات

بیشتر فقیهان امامیه معتقدند حصول تملک با حيازت، جزو امور قصدی است (برای نمونه: شهید ثانی، ۱۴۳۵، ج ۴: ۶۳-۶۴؛ سید یزدی، ۱۴۳۰، ج ۱۴: ۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۳۰، ج ۱۴: ۲۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۸۲؛ شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۴۳). برخی تصریح دارند که حيازت در قصدی بودن، همانند قبض و اقباض است و اخذ و حيازت به قصد تملک، به مثابه انشای تملک است، منتها انشای فعلی، نه قولی (شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۴۳). در ادامه به برخی از ادله قصدی بودن مالکیت در حيازت مباحات اشاره می‌شود.

۳-۱. روایات خاص

از جمله ادله اشتراط قصد در مملک بودن حيازت، روایاتی است که فقیهان به آن‌ها استناد کرده‌اند. برای نمونه، در روایت معروفی آمده است که شخصی از صیاد، ماهی خریده و در شکم آن ماهی، مروارید پیدا کرد. نزد رسول خدا ﷺ آورد و تجاری مرواریدها را به مبلغ بالایی از او خریدند. رسول خدا ﷺ معامله او را تقریر کرد و ضمن تمجید از یابنده، تجارت موفق وی را نتیجه عمل و دسترنج خودش دانست (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۵: ۴۵۳). علت اینکه مرواریدها از آن صیاد به حساب نیامده، عدم قصد ملکیت توسط صیاد است. این روایت، سند متقنی ندارد، منتها امتیاز شهرت را دارد. دلیل مالک نشدن صیاد نسبت به این جواهرات، فقدان قصد تملک نیست؛ بلکه از آن‌رو است که او اساساً از وجود آن‌ها آگاه نبوده و در نتیجه، حيازت جواهرات تحقق نیافته است تا به عنوان حائز، مالک آن‌ها شناخته شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۷۴). درواقع، اینجا به آنچه درون ماهی است حيازت صدق نمی‌کند؛ زیرا آنچه حيازت شده، خود ماهی است و جواهر داخل شکم ماهی، جزو اجزای آن نبوده و از نظر شرع، عرف و لغت، مورد حيازت حساب نمی‌شود، مانند وقتی که شخص در حال خواب، چیزی را بگیرد. بنابراین قصد حيازت لازم است،

۱. البته در این که اعراض مالک، آن را مانند مباحات اصلی می‌کند یا با حفظ علاقه با مالک اول، فقط باعث اباحه تصرف برای سایرین می‌شود، اختلاف است. رک: حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲: ۲۰۰-۲۰۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳: ۴۴۰.

اما قصد و نیت تملک، شرط نیست (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۳۳۱). نتیجه اینکه نصی که بدان اشاره شد، هیچ دلالتی بر اعتبار قصد تملک در حيازت ندارد، بلکه نهایت دلالت آن، اعتبار قصد حيازت است. صیادی که ماهی را فروخته، به آنچه در شکم ماهی است آگاه نبوده، پس قصد حيازت هم نکرده است. درواقع، قصد حيازت لازم است، ولی قصد تملک لازم نیست. بنابراین اگر شخص در حال خواب، بر مباحی استیلا پیدا کند، در مالک شدن وی قطعاً کافی نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۷۴). در مورد فوق نیز چون صیاد از روی غفلت، حيازت مروارید را قصد نکرده، مالک مروارید نشده و مروارید بعد از صید همچنان بر اباحه اصلی خود باقی است. شبیه این روایت، حکایتی درباره مرد عابدی از بنی اسرائیل نقل شده که کار وی توسط فرشته‌ای از فرشته‌ها تقریر و تأیید شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۵: ۴۵۳). اشکال دلالتی و معنایی فوق در این روایت نیز وجود دارد.

۲-۳. شرط عقلایی بودن قصد تملک در سببیت حيازت

چه‌بسا بیان شود که قصد تملک برای حصول ملکیت، شرط عقلانی در سببیت حيازت برای مالکیت است؛ یعنی شرط عقلایی حصول ملکیت با حيازت، قصد تملک است. لازمه این شرطیت و اناطه ملکیت به قصد تملک این است که اگر انسان، سنگ گران‌قیمتی از مباحات را برای بررسی زمین شناختی و نظایر آن بردارد یا جوجه پرنده‌ای را برای صیانت از تلف، از روی زمین بردارد تا روی درختی قرار دهد، قطعاً این اخذ، باعث حصول ملکیت نمی‌شود؛ چون فاقد شرط حصول ملکیت است. به عبارتی، استیلا بر مباح باید به قصد استیلای مالکی باشد، وگرنه از منظر عقلا، فرد سابق نمی‌تواند مانع از اخذ دیگران شود (شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۴۴). پاسخ اینکه مراد از شرطیت قصد تملک، همان قصد استیلای مالکانه است، نه چیزی افزون بر این (شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۴۴). در شک در شرطیت چیزی فراتر از قصد استیلا نیز براءت جاری می‌شود. بازگشت این دلیل به ارتکاز عقلاست. در عمل نیز سیره عقلا بر همین منوال است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲: ۱۳۱). ازاین‌رو، با توجه به اینکه اصل مشروعیت حيازت مباحات نیز به سیره عقلا تکیه دارد، می‌توان بیان داشت لُبّی بودن سیره و لزوم اخذ به قدر متقین^۱ در آن (بدری،

۱. مراد از قدر متقین، مقدار یقینی از دلالت دلیل خاص است. ادله لی همچون سیره و اجماع برخلاف ادله لفظی، فقط در بخشی از مصادیق خود که با

۱۴۲۸: ۱۴۷) ایجاب می‌کند قصد تملک در حیازت مملک شرط شود؛ زیرا قدر یقینی فردی از حیازت که مباح را از اباحه برای همگان خارج و تحت تملک شخص خاصی درمی‌آورد، احیای مقرون با قصد تملک است.

۳-۳. استصحاب عدم ملک در مباح

اصل، عدم ملک در مباحات است. آنچه با حیازت همراه با قصد تملک، تحت سیطره شخص خاصی قرار گرفته، از ذیل این اصل خارج شده است. بقیه مصادیق مباحات همچنان تحت اصل عدم ملک، پابرجا هستند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۲۵؛ کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۱: ۱۱۴). بنابراین حیازت بدون قصد ملک، مملک نیست. در پاسخ باید گفت که استناد به استصحاب در این مسئله، با اصل عدم اشتراط نیت که در ادله گروه بعد خواهد آمد، تعارض کرده و تساقط می‌کنند (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۰)؛ به این معنا که هر دو دلیل با هم کنار گذاشته می‌شوند. بنابراین اصل عملی در این موضوع، کاربردی نخواهد داشت.

۳-۴. ماهیت حقوقی حیازت

برخی از حقوق‌دانان حیازت را عمل حقوقی دانسته‌اند که مالکیت آن در کنار عمل مادی حیازت، منوط به تحقق عنصر معنوی قصد است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۰). برخی دیگر نیز در اینکه حیازت، جزو اعمال حقوقی بوده و قوام آن به اراده و قصد حیازت کننده است و بدون قصد و اراده، ملکیت محقق نمی‌گردد بیان داشته‌اند: «دلیل این مطلب آن است که اولاً صدق حیازت، متوقف بر قصد است و مادام که قصد نباشد، اصولاً صدق مفهوم تصرف و استیلا محل تأمل و تردید است. لذا چیزی که بدین گونه به استیلاي شخص درآمده، به حالت اباحه اولی خود باقی خواهد ماند» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۵۱). این استدلال در توقف صدق حیازت بر قصد، مصادره به مطلوب است؛ زیرا دلیلی بر این ادعا ارائه نشده است. همچنین استدلال نادرست است؛ زیرا بین دخالت قصد در اصل حیازت و تأثیر قصد در ملکیت با حیازت، خلط شده است؛ اولی، مسلم و مقبول و دومی، محل مناقشه است.

محقق پیشین در ادامه می‌نویسد: «آنچه موجب مالکیت می‌گردد، قصد تملک است و صرف توجه

و قصد نسبت به اصل حيازت برای تحقق ملکیت کافی نیست. به تعبیر دیگر، علاوه بر قصد فعل (حيازت). قصد نتیجه (تملک) نیز لازم است». این رویکرد را نیز دنباله‌رو فتوای شیخ طوسی در مبسوط دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۵۱). برخی نیز در شرح ماده ۱۴۳ قانون مدنی ایران ذیل احیای موات، قصد تملک را عنصر معنوی حيازت دانسته و بیان داشته‌اند: «حيازت، سه رکن دارد: رکن مادی (تصرف و استیلا بر مال)؛ رکن معنوی (قصد تملک) و رکن قانونی» (بیات، ۱۳۹۹: ۱۰۰). این بیان از خلط بین حيازت با احیا ناشی شده است؛ زیرا حيازت مربوط به مباحات منقول و احیا در حوزه اراضی غیرمنقول است. ریشه این خلط نیز غفلت از واژگان ماده ۱۴۳ قانون مدنی است که قصد تملک را در احیای اراضی موات دخیل دانسته است. درواقع، چون این ماده مالکیت به احیا را به شرط قصد تملک، مؤثر دانسته، نگارندگان متون حقوقی آن را به حيازت تعمیم داده یا حيازت را با احیا خلط کرده‌اند. برخی حقوق دانان از این خلط، اجتناب کرده و در شرح ماده ۱۴۳ و بیان رکن معنوی احیا، از تعمیم آن به حيازت خودداری کرده‌اند (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۶۸). از نظر حقوقی باید از یک طرف دقت قانون مدنی ایران در ماده ۱۴۹ مدنظر قرار گیرد؛ زیرا در «هرگاه کسی به قصد حيازت میاه مباحه ...» واژه «قصد حيازت» را به کار برده است، نه قصد تملک و از طرف دیگر پذیرش حيازت کودک ممیز در ماده ۱۲۱۲. نتیجه اینکه برای قصدی بودن مالکیت در حيازت مباحات، چهار دلیل ارائه شد که عبارت‌اند از: ۱. روایات خاص؛ ۲. شرط عقلایی بودن قصد تملک در سببیت حيازت؛ ۳. استصحاب عدم ملک در مباح؛ ۴. ماهیت حقوقی حيازت. با توجه به ایرادهای وارد شده بر دلالت هر یک از این ادله، دلیل موجهی برای قصدی بودن و اشتراط نیت تملک در حيازت مباحات یافت نشد.

۴. مبانی قهری بودن مالکیت در حيازت مباحات

قانون مدنی ایران در ماده ۱۴۷ به طور مطلق، هر کس را با رعایت قوانین مربوطه، مستحق حيازت و مالکیت مباحات دانسته است. از اطلاق این ماده استفاده می‌شود بلوغ در حائز، شرط نیست. از این رو، به تصریح ماده ۱۲۱۲ همین قانون، کودک ممیز هم می‌تواند حيازت کند. با توجه به قواعدی همچون «قصد کلاً قصد» درباره کودکان (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۱۷۷) می‌توان گفت مالکیت حيازت از منظر قانون مدنی ایران قهری است؛ زیرا اگر قصدی بود کودک به خاطر انتفای قصد در او، نمی‌توانست حيازت

مملکانه داشته باشد. قانون مدنی مصر نیز در ماده ۹۵۰ بیان می‌دارد: «يجوز لغير المميز أن یکسب الحیازة عن طریق من ینوب عنه نیابة قانونية». از این ماده برمی‌آید که قانون مصر نیز حیازت را قهری دانسته و معتقد است که کودک ممیز می‌تواند مستقل حیازت کند. قهری بودن ملکیت با حیازت یعنی به‌محض حیازت، ملکیت حاصل می‌شود؛ چه حائز، قصد تملک کرده و چه چیزی را قصد نکرده باشد. فقیهانی که قهری بودن ملکیت با حیازت را قبول دارند، بیان داشته‌اند با مطلق حیازت، ملکیت حاصل نمی‌شود، بلکه شخص نباید با اخذ کردن، ضد تملک را قصد کند (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۱ - ۵۲). برای نمونه، اگر فرد، سنگ یا تنه چوب مباحی را که سرِ راهش قرار دارد، از طرفی به سمت دیگر جابه‌جا کند، درحالی‌که قصدش از این کار خالی کردن راه و مانند آن است، به مجرد این کار، مالکیت حاصل نمی‌شود؛ زیرا سبب ناقل ملکیت با این کار، محقق نشده است (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۲).

محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۰): آقا ضیاء عراقی (عراقی، ۱۴۱۰: ۶۲۳) و آیت‌الله خویی در برخی تقریراتشان (خویی، بی‌تا، ج ۳۰: ۳۵۲) ازجمله فقیهانی هستند که می‌توان آن‌ها را طرف‌دار قهری بودن مالکیت در حیازت عنوان کرد. صاحب جواهر نیز مجرد تحقق مسمای حیازت مصداق آن را موجب ملک می‌داند، هرچند قصد مالکیت نشده یا حتی عدم مالکیت قصد شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۷۴). البته وی در جای دیگری، بین ملک قهری با حیازت و ملک قهری با ارث تفاوت گذاشته و در حیازت، قصد حیازت و استیلا را لازم می‌داند، برعکس ارث که هیچ قصدی دخالت ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۳۲۳). ازاین‌رو، در روایت معروف مربوط به عدم مالکیت گوهرهای درون شکم ماهی (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۵: ۴۵۳) گفته شد که نسبت به این گوهرها، اصلاً حیازت محقق نشده است. ادله‌ای که می‌توان برای قهری بودن مالکیت در حیازت بیان داشت، به شرح زیر است.

۴-۱. اطلاق روایت «لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ»

دلیل روایی که برای قهری بودن تملک با حیازت به آن تمسک شده، گزارش معتبر سکونی است که بیان می‌دارد: امام صادق فرمود: مردی پرنده‌ای را نگاه کرده و در پی آن رفت تا اینکه پرنده روی درختی نشست. در این هنگام شخص دیگری آمد و پرنده را گرفت. امیر مؤمنان علی دراین‌باره فرمود: «لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَلِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ»؛ سهم کسی که پرنده را دیده، همان دیدن پرنده است و پرنده، ملک

کسی است که آن را گرفته است (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۳: ۳۹۱). طبق مفاد «لَيْدٍ مَا أَخَذْتُ» و واژه «ل» در آن، کسی که پرنده را گرفته، مالک آن می‌شود. چون «لام» دلالت بر اختصاص مطلق می‌کند و نتیجه آن، ملکیت است.

اخذ پرنده می‌تواند همراه با قصد ملکیت آن باشد، همان‌طور که می‌تواند به خاطر اموری همچون واریسی و سنجیدن نوع آن باشد. به اطلاق این روایت برای اثبات قهری بودن حصول تملک و کفایت حیازت می‌توان استدلال کرد. تنها اشکال موجود در سند روایت، نوفلی (حسین بن یزید نوفلی) است. وی توثیق صریحی ندارد، ولی با توجه به این که کتاب سکونی و روایات او به وسیله نوفلی رسیده، معلوم می‌شود که علما از ناحیه نوفلی بر سند اشکال نمی‌کردند. از این رو، از این جهت روایت معتبر است (زنجان، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۵۳۴۵). همچنین وی از رجال کامل الزیارات است و از سویی شهادت عام شیخ بر اینکه طایفه، به روایات سکونی عمل کرده است، نوفلی را نیز در برمی‌گیرد. افزون بر این، نوفلی از کسانی است که قدحی درباره وی نرسیده است. این امور و مانند آن، اطمینان به موثق بودن وی می‌آورد. برخی به اطلاق روایت اشکال کرده و گفته‌اند که اطلاق روایت شامل اخذ مال غیر نیز می‌شود. بنابراین نمی‌توان به اطلاق آن استناد کرد (شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۴۳). این اشکال نادرست است؛ زیرا فضای صدور روایت، اخذ مباحات است. البته مورد، مخصص نبوده و عمومیت دلیل را تخصیص نمی‌زند، منتها دلالت روایت از اخذ اموال دیگران منصرف است.

۲-۴. جزء سبب مملک بودن حیازت

حیازت قطعاً و به اتفاق، فی‌الجمله سبب حصول ملک در مباح است؛ یعنی گروهی که قصد تملک را لازم می‌دانند صرف حیازت را کافی ندانسته‌اند. نهایت سخن قائلین به اشتراط نیت در مملک بودن حیازت این است که حیازت، سبب ناقص است. با توجه به اینکه هیچ دلیل معتبری بر اشتراط نیت وجود ندارد، با شک در اشتراط نیت در مملک بودن حیازت، اصل عدم اشتراط جاری شده و شرطیت قصد، منتفی می‌شود (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۰). درواقع این استدلال، به شک در شرط زائد برمی‌گردد. برای پذیرش شرط مشکوک، دلیل معتبر لازم است، وگرنه اصل عدم اشتراط آن را غیر لازم می‌داند. به عبارتی، اشتراط نیت تملک در حیازت، امری زائد بر حیازت است و به دلیل نیاز دارد. دلیلی هم وجود ندارد که حیازت

مملک را به افرادی که در آنها نیت تملک وجود دارد، قید بزند. بنابراین صرف حيازت با تمام افرادش اعم از فردی که همراه با نیت تملک است و فردی که بدون نیت تملک است موجب تملک می شود و نیاز به نیت تملک که امری زائد است نیست (ر.ک: خویی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۲۴۰).

۳-۴. تناسب حقیقت حيازت با قهري بودن اثر آن

حقیقت حيازت عبارت است از اینکه شخص، چیزی را در خارج، تحت استیلا و سیطره خودش قرار دهد (اصفهانی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۳۵؛ ابن رفاعه، ۲۰۰۹، ج ۱۶: ۴۷۸؛ وزارت اوقاف مصر، بی تا: ۶۳). ماده ۱۴۶ قانون مدنی ایران نیز بیان داشته «مقصود از حيازت، تصرف و وضع ید است». این معنا، از امور قصديه نیست؛ زیرا با اخذ چیزی از مباحات که شرعاً در حیطه سلطنت انسان است، عقلاً ملکیت مال حيازت شده را اعتبار می کنند. وقتی ملکیت اعتبار شد از ارکان آن، مملوک وجود خارجی دارد و لازمه مملوک شدن مال حيازت شده، مالکیت حيازت کننده است، حتی اگر حائز، ملکیت مال حيازت شده را برای غیر خودش قصد کرده باشد یا اینکه قصد کرده که حيازتش از طرف غیر او است (عراقی، ۱۴۱۰: ۶۲۳).

طبق این استدلال، ملاک مملک بودن حيازت، استیلا و سیطره است. از این رو، اگر در جایی استیلای مباحثی، ضعیف فرض شود، مال حيازت شده برای خود شخص حيازت کننده نخواهد بود. برای نمونه، اگر حائز، وکیل از دیگری بوده و مالی را جمع کند، از نگاه عرف مال جمع شده تحت سلطه و استیلای موکل قلمداد می شود. اجیر شدن برای حيازت نیز از همین مقوله است؛ زیرا عمل حائز مباحث به خاطر ضعف استیلای او از نگاه عرف، ملک مستأجر و تحت سلطنت او خواهد بود. تأثیر ضعف و قوت استیلا به قدری است که اگر در این دو فرض، حائز قصد ملکیت برای خودش هم کند، باز هم مالک نمی شود (عراقی، ۱۴۱۰: ۶۲۳).

مکمل این استدلال، این است که ید و سلطنت، سبب ملکیت است (رعینی، ۱۴۱۲، ج ۶: ۲۲۱؛ وزارت اوقاف کویت، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۳۰۲). به خاطر تأثیر ید در ملکیت، به مجرد ید و احاطه، شهادت بر مالکیت جایز است (ابن عابدین، ج ۴: ۱۸۰). بدون توقف بر امری دیگر (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸: ۵۰). وقتی شخص، چیزی را حيازت می کند، درواقع، ید و سلطنت وی بر آن چیز رخ می دهد و به دنبال آن، ملکیت

خواهد آمد. بن‌مایه این استدلال این است که استیلا، سبب تملک است. بنابراین هرگاه استیلا در مباحات حاصل شود، تملک هم حاصل می‌گردد. حقیقت استیلا و قوام آن نیز به مجرد حیازت است، نه چیز دیگر. اینکه شخص به خاطر تحقق استیلا، مالک مال حیازت شده می‌شود، در مالکیت مروارید در شکم ماهی بدون قصد تملک مروارید راهگشا است (خویی، بی‌تا، ج ۳۰: ۳۵۲).

این استدلال نادرست است؛ زیرا انتفاع از مباحات، منحصر در ملکیت نیست که هر استیلائی، مساوی با مالکیت باشد. استیلا بر مباحات بدون قصد ملک، مصداق سبق به مباحات است که نتیجه آن به دلالت «من سبق إلى ما لم يسبق به أحد فهو أحق به» (این‌آبی جمهور، ۱۴۰۵، ج ۳: ۴۸۰)؛ «هر کس بر مباحات از دیگران پیشی بگیرد، او نسبت به آن مال مباح، سزاوارتر است» صرف‌أحق بودن است. روشن است که أحق بودن، غیر از مالک بودن است و در اعیان غیرقابل تملک نظیر موقوفات عامه نیز جریان دارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۸۲). از این‌رو، نمی‌توان با استناد به اطلاق ادله حق سبق نیز قهری بودن را اثبات کرد. البته این احتمال وجود دارد که احقیقت مطلق، همان ملکیت بوده و از آن قابل انفکاک نباشد؛ زیرا احقیقت مطلق، یعنی اینکه صاحب حق نسبت به جمیع تصرفات، مقدم بر دیگران است. چنین معنایی، عرفاً و شرعاً عین ملکیت است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۸۲). البته تنافی احق بودن با ملکیت در موقوفات عامه از دلایل خارجی فهمیده می‌شود. پاسخ این اشکال این است که مستند، قهری بودن ماهیت حیازت است، نه تلازم هر سبقی با مالکیت. در حق سبق نیز که شخص سابق مالک نمی‌شود، مانع وجود دارد؛ زیرا زمین موات بدون احیا، ملک افراد نمی‌شود.

۴-۴. سیره عقلا

اصل مشروعیت حیازت مباحات از سیره و ارتکاز عقلا برخاسته است. فقیهان در تملک با احیا و حیازت، به سیره قطعی عقلا و مسلمین استناد کرده‌اند؛ با این توضیح که عقلا، مزاحمت با کسی را که پیش‌تر از سایرین، قصد انتفاع از مباحات را کرده، روا نمی‌دارند (خویی، ۱۴۱۸: ۳۹۹). این سیره هم به عصر نبوت متصل است و هم مدت‌های طولانی قبل از آن و حتی از اول تمدن بشری، جریان داشته است. هیچ پیامبری هم از چنین روشی، رد نکرده است. مسلمانان هم با اموالی که احیا یا حیازت شده، مثل سایر اموال خصوصی برخورد می‌کردند (امام خمینی رحمته‌الله، ۱۴۲۱، ج ۳: ۴۵). درواقع، انتفاع از مباحات اصلی

توسط مردم در همه دوره‌ها، حتی زمان معصومین علیهم‌السلام امری پذیرفته شده بوده و هیچ کس چنین حقی را انکار نمی‌کند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۷۶). همه این ویژگی‌ها، کاشف از اذن الهی از اول خلقت در برخورداری همگانی از مباحات اصلی است (امام خمینی رحمته‌الله، ۱۴۲۱، ج ۳: ۴۵).

در اینکه آیا افزون بر حيازت، انشای قصد تملک لازم است یا نه، سیره عقلا و حتی ضرورت اقتضا می‌کند چنین انشایی لازم نباشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۳۲۴). برخی در تتمیم دلالت سیره عقلا بر عدم شرطیت قصد مالکیت بیان داشته‌اند که اگر نیت در حصول ملک شرط بود، فروختن مباحات حيازت شده، قبل از نیت صحیح نمی‌بود؛ زیرا هنوز ملکی رخ نداده که فرد بخواهد آن را بفروشد. تالی در این استدلال (فروختن مباحات حيازت شده قبل از نیت صحیح نمی‌بود) قطعاً باطل است؛ زیرا مردم بر انجام چنین معاملاتی اتفاق نظر دارند، بدون اینکه بر حصول نیت، علم پیدا کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۲۵). با بطلان تالی، بطلان مقدم این قیاس استثنایی (اگر نیت در حصول ملک شرط بود) نیز ثابت می‌شود. پاسخ اینکه هرچند ید، اماره ظاهری ملک بوده و شارع، ید را علامت مالکیت دانسته است، لازمه‌اش ملکیت واقعی نیست. اصل تشریع اماریت ید برای ملک، برای حفظ نظام و برقراری سوق المسلمین بوده، نه اینکه دلیل بر ملکیت واقعی باشد. از این رو، اگر خلاف اماریت ید ثابت شود، ملکیت منتفی می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۲۵).

اشکال اساسی موجود در استناد به سیره، ثبی بودن آن است که امکان تمسک به اطلاق را از آن سلب کرده و حکم را در قدر متیقن اثبات می‌کند. آیت‌الله خویی ضمن تمسک به سیره عقلا در کفایت استیلا بر ملکیت مباحات و قهری بودن آن، شاهی برای آن ذکر کرده و می‌نویسد: «اگر شخص در راهش چیزی از شاخه‌های درختان مباح را نه به قصد تملک، بلکه به خاطر برآوردن نیازش که در آن وقت در سفرش پدید آمده، بردارد، امکان ندارد، گفته شود به صرف عدم قصد تملک، او مالک شاخه‌ها نشده و اگر شخص دیگری آن‌ها را بگیرد، اشکالی ندارد. قیام سیره عقلانی بر مالک شدن قهری شخص بر آن شاخه‌ها به مجرد قصد استیلا بر آن‌ها از ضروریات است؛ چه قصد تملک کرده و چه نکرده باشد» (خویی، بی‌تا، ج ۳۰: ۳۵۲). البته استناد به سیره عقلا برای اثبات قهری بودن مالکیت با استناد قائلین به قصدی بودن به سیره، تعارض دارد. آنچه شرط عقلایی بر قصد استیلای مالکانه عنوان شد، می‌تواند در این مقام

بر سیره مقدم باشد؛ چون بازگشت آن به ارتکاز است که به مراتب قوی‌تر از سیره است. نتیجه اینکه برای قهری بودن مالکیت در حیازت مباحات نیز چهار دلیل ارائه شد که عبارت‌اند از: ۱. اطلاق روایت «لَلْیَدِ مَا أَخَذَتْ»؛ ۲. مسلم بودن جزء سبب مملک بودن حیازت که با شک در اشتراط نیت در مملک بودن حیازت، اصل عدم اشتراط جاری می‌شود؛ ۳. تناسب حقیقت حیازت با قهری بودن اثر آن؛ ۴. سیره عقلا که اقتضا می‌کند انشای قصد تملک، لازم نباشد. با توجه به نقد و بررسی و تحلیل‌های ارائه‌شده از این ادله، دلالت آن‌ها برای اثبات مدعا مثبت ارزیابی شد.

نتیجه‌گیری

برای اشتراط قصد تملک در حیازت به روایاتی استناد شده که دلالت آن‌ها ناتمام است. نهایت چیزی که این روایات دلالت دارند قصد حیازت است، نه قصد تملک. استناد به استصحاب عدم ملک با حیازت بدون قصد نیز به خاطر تعارض با اصل عدم اشتراط نیت، تعارض کرده و از اعتبار ساقط می‌شود. استناد به تصریح ماده ۱۴۳ قانون مدنی ایران نیز که قصد تملک را در احیای اراضی موات دخیل دانسته است، گذشته از آنکه مصادره به مطلوب بوده، از خلط بین حیازت و احیاناً ناشی شده است؛ زیرا حیازت مربوط به مباحات منقول و احیا در حوزه اراضی غیرمنقول است. تنها دلیل معتبر بر اشتراط قصد نیت، شرط عقلانی بودن قصد تملک در سببیت حیازت برای مالکیت است که با سیره عقلا بر صحت بیع مباحات حیازت شده بدون تفحص از قصد تملک آن‌ها تعارض دارد. در نتیجه، عیار دلیل بودن را از دست داده و از درجه اعتبار ساقط می‌شود. در مقابل، برای اثبات قهری بودن حصول تملک و کفایت حیازت به اطلاق روایت «لَلْیَدِ مَا أَخَذَتْ» استدلال شد؛ زیرا مطابق آن، دیدن مالی از مباحات، بهره‌ای در مالکیت نداشته و فقط کسی که آن را گرفته و برداشته، مالک می‌شود. تناسب حقیقت حیازت با قهری بودن اثر آن ازجمله ادله متقن بر قهری بودن مملکیت حیازت است؛ زیرا حقیقت حیازت عبارت است از اینکه شخص، چیزی را در خارج، تحت استیلا و سیطره خودش قرار دهد. این معنا، از امور قصديه نیست. دلیل دیگر، جزء سبب بودن حیازت در ایجاد ملکیت است که با شک در اشتراط نیت در مملک بودن حیازت، اصل عدم اشتراط جاری شده و شرطیت قصد، منتفی می‌شود. همچنین در اینکه آیا افزون بر حیازت، انشای قصد تملک لازم است یا نه، سیره عقلا و حتی ضرورت نیز اقتضا می‌کند چنین انشایی لازم نباشد.

شايد بتوان گفت که نزاع و اختلاف نظر در اين باره لفظی باشد؛ زیرا گروهی که قصد تملک را لازم نمی‌دانند قصد حيازت را در حصول ملک کافی می‌دانند. به عبارتی همین که مال حيازت شده تحت سلطنت عرفیه حيازت کننده واقع شود، کافی است، نه اینکه حيازت را شبیه ارث، قهري محض بدانند. درواقع، در مالکیت با حيازت، قصد حيازت لازم است، نه قصد تملک. با اين توضیح، اثر حيازت بر حيازت کودک ممیز و حتی مجنون نیز بار می‌شود؛ البته با فرض قصد حيازت که همان سلطنت عرفی است. قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۴۹، واژه «قصد حيازت» را به کار برده و بیان می‌دارد: «هرگاه کسی به قصد حيازت میاه مباحه، نهر یا مجرای احداث کند، آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود، ملک صاحب مجراست». سیره عقلا نیز مؤید تأثیر حيازت کودکان در خروج مال مباح از اباحه است.

همچنین با توجه به بررسی اجمالی قوانین برخی کشورهای اسلامی همچون مصر (ماده ۹۵۰ ق.م) و عراق (ماده ۱۱۵۷ ق.م)، مشاهده می‌شود که این نظام‌های حقوقی نیز تملک ناشی از حيازت را در قالب قهري تعریف کرده‌اند و حيازت کودکان یا افراد غیرممیز را نیز، با رعایت ضوابط قانونی، نافذ دانسته‌اند. این هم‌سویی میان فقه امامیه و برخی مقررات کشورهای اسلامی مؤید آن است که در عمل نیز نیت تملک شرط محسوب نمی‌شود و همان حيازت عرفی برای تحقق تملک کفایت دارد. در پایان، با توجه به گسترش منابع طبیعی و اموال عام‌المنفعه در جوامع امروزی، پیشنهاد می‌شود دامنه تحقیق به تملک مباحات در حوزه‌هایی مانند منابع محیط‌زیستی، حیات وحش، آب‌های مشترک و جنگل‌ها توسعه یابد و مبنای فقهی و حقوقی تملک آن‌ها به صورت مستقل بررسی شود.

فهرست منابع

ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵ ق). «عوالي اللئالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة»، قم: دار سیدالشهدا للنشر.

ابن رفة، نجم‌الدین (۲۰۰۹ م). *کفایة النبیة*، بیروت: دارالکتب العلمیة.

ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۱۲ ق). *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت: دارالفکر.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*، بیروت: دار صادر.

اصفهانى، سید ابوالحسن (۱۳۸۰ ش). *وسيلة النجاة*، قم: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (ع).

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۰۹ ق). *الإجارة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۱۹ ق). *حاشیة المكاسب*، بی‌جا: علمیة.

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۳۰ ق). *العروة الوثقی و التعليقات علیها*، قم: مؤسسه جهانی سبطین.

امامی، سید حسن (بی‌تا). *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیة.

بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهیة*، قم: الهادی.

بدری، تحسین (۱۴۲۸ ق). *معجم مفردات أصول الفقه المقارن*، تهران: المشرق، چاپ اول.

بیات، فرهاد (۱۳۹۹ ش). *شرح جامع قانون مدنی*، تهران: ارشد، چاپ نوزدهم.

پیلوار، رحیم (۱۳۹۶). «مطالعة تطبیقی اعراض در فقه و حقوق ایران و حقوق فرانسه»، *مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران*، دوره ۸، شماره ۱۹.

جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه.

جونى، عبدالملك (۱۴۲۸ ق). *نهاية المطلب*، بی‌جا: دار المنهاج.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ ق). *وسائل الشیعة*، قم: آل‌البیت (ع).

خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۲ ش). *تحریر الوسیلة*، تهران: نشر آثار.

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ ق). *کتاب البیع*، (۵ جلدی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).

خوی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۳۷۸ ق). *مصباح الفقاهه*، گردآوری: توحیدی، نجف: حیدریه.

خوی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ ق). *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، قم: بی‌نا، چاپ اول.

خوی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۳۰ ق). *التنقیح فی شرح المكاسب*، گردآوری: غروی، قم: مؤسسه إحياء الآثار.

خوی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا). *موسوعة: المستند فی شرح العروة الوثقی*، نجف: مؤسسه الخویی الاسلامیة.

راغب اصفهانى، ابوالقاسم (۱۴۱۲ ق). *مفردات*، بیروت: دارالقلم.

رافعی، عبدالکریم (۱۴۱۷ ق). *العزیز*، شرح الوجیز، بیروت: دارالکتب العلمیة.

- رعینی، شمس‌الدین (۱۴۱۲ ق). **مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل**، بیروت: دارالفکر.
- زنجانی، سید موسی شبیری (۱۴۱۹ ق). **کتاب نکاح**، قم: رای پرداز، چاپ اول.
- شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۹ ق). **کتاب الإجارة**، قم: دائرة المعارف الفقه الإسلامی.
- شوکانی، محمد بن علی (بی تا). **السیل الجرار المتدفق علی حدائق الأزهار**، بی جا: دار ابن حزم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). **مسالك الأفهام**، قم: المعارف الإسلامیة، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۳۵ ق). **الروضة البهیة**، قم: مجمع الفکر، چاپ هشتم.
- شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ ق). **المکاسب**، قم: مجمع الفکر، چاپ نهم.
- صفایی، سید حسین: رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۲ ش). **مسئولیت مدنی** (الزامات خارج از قرارداد). تهران: سمت.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). **المبسوط**، تهران: مرتضویه، چاپ سوم.
- عراقی، آقا ضیاء‌الدین (۱۴۱۰ ق). **تعلیقه علی العروة**، قم: نشر اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲ ش). **اموال و مالکیت**، تهران: میزان.
- کاشف الغطا، مهدی (بی تا). **مورد الأناام**، نجف: مؤسسه کاشف الغطا، چاپ اول.
- کرکی (محقق ثانی). علی بن حسین (۱۴۰۸ ق). **جامع المقاصد**، قم: آل‌البیت.
- لنگرودی، محمدجعفر جعفری (۱۳۹۱ ش). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ ق). **قواعد فقه**، تهران: علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰ ش). **قواعد فقهیه**، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- مؤسسه فقه اسلامی (۱۴۲۶ ق). **موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام**، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). **جواهر الکلام**، بیروت: دار إحياء التراث.
- وزارت أوقاف کویت (۱۴۰۴ ق). **الموسوعة الفقهية الكويتية**، کویت: دارالاسلاسل.
- وزارت اوقاف مصر (بی تا). **موسوعة الفقه الإسلامی المصرية**، مصر: بی تا.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۳۰ ق). **العروة الوثقی والتعلیقات علیها**، قم: مؤسسه جهانی سبطین.