

The Theory of Priority Right of Gaining Ownership in the Iranian Law

Siamak Rahpeyk

Professor, Department of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tebran, Iran.

Saeed Moniri*

P.h.D. Student of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tebran, Iran.

Abstract

One of the lesser-known institutions in our law is the institution of "priority right of gaining ownership", which is very important to know its nature. Determining whether any authority is a right or not has several legal implications. The present research aims to provide a general theory about the priority right of gaining ownership while stating the scattered rulings in the laws and analyzing them about the mentioned institution. In this article, firstly, the special nature of the priority right of gaining ownership and then its elements are analyzed, and finally, the possibility of voluntary and involuntary transfer (inheritance) is examined. The result of the research is that we consider the priority right of gaining ownership as a kind of right that is created under the protection of the law, and its owner creates the legal effect (gaining ownership) simply by declaring his will, and others must declare and express the will of the owner in front of it. To comply and obey. The privilege of this authority (sovereignty) over the permission (or the general freedom and ability) is that it is dedicated for a specific person and this person has priority in using it.

Key words: right, priority, authority, permission.

* **Email:** saeed.moniri20@gmail.com (Corresponding Author)

فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی
مقاله پژوهشی، دوره ۲۹، شماره ۱۰۵، بهار ۱۴۰۳، صفحات ۷۷ تا ۱۰۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۳

نظریه حق تقدم تملک در حقوق ایران

اسیامک ره‌پیک استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران.

اسعید منیری* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران.

چکیده

یکی از نهادهای کم‌تر شناخته‌شده در حقوق ما، نهاد «حق تقدم تملک» است که شناخت ماهیت آن دارای اهمیت بسزایی است. تشخیص اینکه آیا هر جواز یا اختیاری مفید حق برای دارنده اختیار است یا خیر، دارای آثار حقوقی متعددی است. پژوهش حاضر به دنبال آن است تا ضمن بیان احکام پراکنده موجود در قوانین و تحلیل آن‌ها در مورد نهاد مذکور، نظریه عمومی در باب حق تقدم تملک ارائه دهد. در این مقاله بدو ماهیت خاص حق تقدم تملک و سپس ارکان آن مورد تحلیل قرار می‌گیرد و در انتها امکان انتقال ارادی و غیرارادی (ارث) آن بررسی می‌شود. نتیجه تحقیق آن است که حق تقدم تملک را نوعی حق می‌دانیم که تحت حمایت قانون ایجاد شده است و دارنده آن، به صرف اعلام اراده خود، اثر حقوقی (تملک) را ایجاد می‌کند و دیگران بایستی در مقابل آن اعلام و ابراز اراده دارنده، امتثال و اطاعت کنند. امتیاز این اختیار (سلطنت) بر جواز (یا اباحه و توانایی و آزادی عمومی) این است که به شخص معینی اختصاص دارد و این شخص در استفاده از آن، اولویت دارد.

واژگان کلیدی: حق، اولویت، اختیار، جواز.

مقدمه

تحلیل وضعیت حقوقی برخی مصادیق همچون وضعیت استیلا پیدا کننده بر غنیمت قبل از قسمت، شفیع پیش از اخذ به شفعه، تحجیرکننده قبل از احیا، دارنده حق رجوع (واهب، فروشنده مال به مشتری مفلس) پیش از رجوع، متهب پیش از قبض، ورثه قبل از رد زاید بر ثلث، عامل در مضاربه قبل از تقسیم ربح و پس از پیدایش آن و مالک در عقد فضولی قبل از تنفیذ یا رد کمی دشوار است. این امتیازات حقوقی از یک سو با جواز متفاوت است و از سوی دیگر نمی‌توان آن‌ها را سلطه و مالکیت کامل و مستقل دانست و این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان آن‌ها را در ذیل یک نظریه عمومی سازماندهی کرد. امکان استفاده از نظریه حق تقدم تملک و تشخیص ماهیت آن دارای اهمیت بسزایی است، چراکه تشخیص اینکه آیا هر جواز یا اختیاری، مفید حق برای دارنده اختیار است یا خیر، دارای ابهامات متعددی است. لذا چنانچه این ابهامات مرتفع شود، امکان تطبیق مصادیق مشتبه مذکور و تعیین ماهیت آن فراهم می‌شود. گفتنی است که به کار بردن واژه «حق» برای عنوان موضوع مورد پژوهش به دلیل ضرورت تعیین موضوع و نه از باب تعیین ماهیت آن و نه پیش‌داوری در خصوص ماهیت آن است. در ارتباط با موضوع مقاله حاضر، مقاله دیگری با موضوع بررسی نظریه ملک ان یملک، توسط اسماعیل نعمت‌اللهی به رشته تحریر درآمده که در آن، به ماهیت ملک ان یملک پرداخته است. حال اینکه مقاله حاضر ضمن توجه به ماهیت ملک و ارائه زوایای دیگر نظریه مذکور، سعی در ارائه آثار عملی و کاربردی آن با اشاره به آرای قضائی شده است. لذا در این پژوهش در ابتدا با بهره‌گیری از نظریه فقهای اسلامی و دکترین حقوقی به تشریح ماهیت و ارکان حق تقدم تملک می‌پردازیم. در ادامه ابهاماتی از جمله امکان یا عدم امکان انتقال ارادی و غیرارادی (ارث) حق تقدم تملک بررسی می‌شود. بنابراین تلاش می‌شود که طی سه بخش، موضوع مقاله مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۱. ماهیت حق تقدم تملک

به طور کلی در خصوص ماهیت حق تقدم تملک دو نظر از سوی حقوقدانان و فقها مطرح شده است. بدین توضیح که برخی آن را نوعی حکم و برخی دیگر آن را نوعی حق می‌دانند و در این خصوص هر یک تحلیل و استدلال خود را مطرح کرده‌اند. در ادامه ضمن بیان نظرات هر دو گروه سعی در شناسایی ماهیت حق تقدم تملک می‌شود.

۱-۱. طرفداران حکم بودن (جایز بودن) حق تقدم تملک

ماهیت حق تقدم تملک از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است. این مفهوم از نگاه برخی (صرامی، ۱۳۸۵، گفت‌وگو با دکتر محقق داماد:، ۱۷۷) نوعی اهلیت تمتع دانسته شده است و ماهیت آن را نوعی حکم می‌دانند. از سوی دیگر در حقوق سوئیس و آلمان، آن را حقوق آفریننده، نظم‌دهنده و ایجادکننده نامیده‌اند که برخی از حقوقدانان داخلی (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۹۶) آن را به حق مُشکِّل ترجمه کرده‌اند. حال اینکه به نظر می‌رسد برخی از مصادیقی که حقوقدانان آلمانی و فرانسه، حق فرعی (حقوق مُشکِّل، اختیارات و ایرادها) نامیده‌اند، در واقع حقوقی است که ماده ۹۵۹ قانون مدنی ما از آن‌ها به «حقوق مدنی» و «حق اجرای حقوق مدنی» یاد می‌کند و نوعی حکم است. برخی نیز (نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۳۵۹ق: ۹۷؛ مروارید، ۱۴۱۳ق: ۴۸۰؛ عاملی (شهید اول)، ۱۳۹۸: ۳۴۸-۳۵۰؛ سیوری، ۱۴۰۳ق: ۳۳۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۷۴) آن را یکی از اقسام ملک می‌دانند. همچنین برخی (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۲۲۸) معتقدند، تعبیر به مالکیت در این موارد به نحو مجازی است که به لحاظ رابطه سببی و مسببی نام مسبب به سبب اطلاق شده است و این در حالی است که می‌دانیم ملک قرار دادن مال از جمله احکام وضعی است.

۲-۱. طرفداران حق بودن حق تقدم تملک

مفهوم حق تقدم تملک از نگاه برخی (شهیدی، ۱۳۷۵: ۱۸۱؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق: ۴۰۹) نهادی است که موجب می‌شود که «توانایی» حقوقی انسان، از مرحله «حکم» بودن عبور کند و به مرز «حق» شدن نزدیک شود و تفاوت آن را با اهلیت تملک که هر انسان کاملی از آن برخوردار است در این می‌دانند که در این حق، قدرت به تملک شیء خاصی تعلق گرفته است. برخی (القرافی، ۱۳۶۷ق/۳: ۴۲-۳۵؛ ابن بقوری، ۱۴۱۴ق/۲: ۱۰۵؛ ابن ابی جمهور، ۱۴۱۰ق: ۵۰ و ۴۲) نیز بدون تعیین ماهیت، آن را سبب مطالبه ملک می‌دانند. برخی از حقوقدانان نیز (الدسوقی أبواللیل، العدد الثانی: ۵۷ نقل از منصور حاتم محسن، ۲۰۱۹م: ۲۳؛ السنهوری، ۱۳۹۱: ۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷ [ب]: ۱۶۹) بیان داشته‌اند: حق تقدم تملک یکی از درجات حق است، اما در میزان و دامنه آثار با حق عادی تفاوت دارد و آن را مرحله‌ای میان حق و جواز شمرده‌اند. بدین توضیح که آزادی تملک، جواز است، ولی مالکیت، حق است و میان جواز و حق مرتبه بینابینی وجود دارد که بالاتر از جواز و پایین‌تر از حق است. این گروه معتقدند به مجرد جریان سببی که مقتضی تملیک رو فراهم کرده است، دارنده حق تقدم تملک، مالک نمی‌شود.

این در حالی است که پذیرش هر یک از نظرات مذکور در عمل آثار متفاوتی ایجاد می‌کند که در ذیل به چند نمونه از این آثار اشاره می‌شود:

مثال ۱: چنانچه زوج بخواهد از نصف حق متعلق به خود نسبت به مهر غیرمدخوله گذشت کند، مشهور فقها و حقوقدانان معتقدند زوج دارنده حق تقدم تملک نسبت به نصف مهریه است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۳۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق/۷: ۱۷۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق/۸: ۲۵۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق/۲: ۲۳۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق/۲۴: ۵۴۵؛ خمینی (ره)، ۱۳۸۳/۲: ۳۰۰؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲/۳۱: ۱۰۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق/۴: ۴۰۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق/۶: ۶۷؛ طوسی، ۱۳۸۷ق/۴: ۳۰۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق/۳: ۵۷۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۴؛ امامی، ۱۳۷۵ق/۴: ۳۹۰، ۴۱۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۲۹؛ مدنی، ۱۳۸۵: ۸/۲۶۴؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۱۶۲). لذا گذشت زوج با هر یک از الفاظ شش‌گانه (عفو، تملیک، هبه، اسقاط، ترک و ابراء) صحیح است و نیازمند قبول زوجه نیست و صحت استفاده از دو واژه تملیک و هبه نیز به اعتبار دلالت آن‌ها بر ابراء و اسقاط حق است و نمائات مهر در فاصله عقد تا طلاق نیز متعلق به زوجه است. در حالی که گروهی از فقها که تعلق نصف مهر به زوج، پیش از آمیزش را از نوع ملکیت قهری می‌دانند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق/۵: ۳۵۸؛ ابن جنید، ۱۴۱۶ق: ۲۵۵). نتیجه این اختلاف نظرات در آرای قضائی نیز بروز و ظهور پیدا کرده است، به طوری که شعبه هشتم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۶۵۲ - ۱۱/۱۲/۱۳۹۲ بر مالکیت زوجه بر تمام مهریه پس از عقد تأکید کرده و اعلام داشته است: «... عدم وقوعه بین زوجین و باکره ماندن زوجه مادامی که زوجیت بین طرفین دوام و ادامه داشته باشد در استحقاق زوجه نسبت به کل مهریه مؤثر در مقام نبوده و این امر فقط در موقع طلاق موجب استحقاق زوجه نسبت به نصف مهریه خواهد بود (...» (www.jri.ac.ir). این در حالی است که برخی از محاکم، مالکیت شوهر بر مهریه پیش از آمیزش را از نوع ملکیت قهری می‌دانند. بدین توضیح که در نمونه رأی دادگاه بدوی (خانواده) تهران در مورد تصیف مهریه به لحاظ فوت شوهر قبل از وقوعه، چنین استدلال شده است که:

با توجه به سکوت قانون مدنی در مورد تصیف مهریه به سبب فوت شوهر قبل از وقوعه و با توجه به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و توجهاً به مسئله ۱۴ ذیل عنوان فصل فی المهر کتاب النکاح تحریرالوسیله، خواننده (وراث شوهر متوفی) را به پرداخت نصف مهریه خواهان از محل ترکه مرحوم ... به وی محکوم می‌نماید.

۳-۱. نظر نگارنده

همانگونه که ملاحظه شد تشخیص ماهیت و ارکان حق تقدم تملک آثار عملی و کاربردی در شناخت مصادیق و احکام مترتب بر آن دارد. همچنین شناخت حق از حکم (به ویژه اباحه) به دلیل نزدیکی آثار مشکل است. وجه مشترک حق و اباحه که می‌تواند به اشتباه و خلط بین آن دو منجر شود، مفهوم «می‌تواند» است. به نظر می‌رسد وقتی می‌گوییم شخص حق دارد، به معنای این است که او امتیازی دارد که برای او جزئیت و فعلیت یافته و اختیار آن به دست اوست. اما در اباحه، امر به دست شارع یا قانون‌گذار است. با توجه به اینکه اختیار ناشی از حق تقدم تملک در ید دارنده آن است و جز در مواردی که مغایر با طبع خاص آن است، قابل نقل و انتقال و اسقاط است. لذا جنس و ماهیت این اختیار، جنس حق است. این حق وسیله تملک است و باید آن را نوعی حق مالی شمرد. بنابراین صاحب حق می‌تواند از آن بگذرد. انتقال ناپذیری برخی از نمونه‌های این حق (مانند حق شفعه و...) نباید سبب تردید در ماهیت آن شود، چراکه انتقال ناپذیری برخی از موارد این حق، به جهت طبیعت ویژه آن است. این حق برخی از ویژگی‌های حق عینی را داراست و فاقد برخی از ویژگی‌های حق عینی است. لذا به نظر می‌رسد حق تقدم تملک نه حق دینی است و نه حق عینی، بلکه حق تملک عین به معنای حق انتخاب است. این حق در زمره حقوق آلی است نه حقوق غایی. این حق در برخی از موارد خود به موجب قرارداد یا شرط ضمن عقد ایجاد می‌شود (مبنای قراردادی) و در برخی از موارد به حکم قانون برای دارنده آن ایجاد می‌شود (مبنای قانونی). هرگاه موضوع حق تملک، مال غیر منقول است، حق نیز به تابعیت از موضوع خود غیر منقول تبعی به شمار می‌رود و هرگاه موضوع حق تملک، مال منقول است حق نیز به تابعیت از موضوع خود، منقول تبعی (منقول حکمی) است.

۲. ارکان تشکیل دهنده حق تقدم تملک

با توجه به اینکه حق تقدم تملک یکی از درجات حق است، لذا متشکل از برخی ارکان تشکیل دهنده حق است. به علاوه اینکه ارکان خاص خود را نیز دارد. لذا با توجه به تحلیل ارائه شده از ماهیت حق تقدم تملک به بررسی ارکان مؤثر در تشخیص حق تقدم تملک، به شرح ذیل می‌پردازیم:

۱-۲. اراده یک طرفه

همانگونه که حقوقدانان و فقها بیان داشته‌اند این حق به وسیله اراده یک طرفه اجرا می‌شود و نیازی به دخالت طرف مقابل ندارد (الدسوقی أبو اللیل، ج ۲: ۵۷ نقل از منصور حاتم محسن، ۲۰۱۹م: ۲۳؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۹۶؛ السنهوری، ۱/۱۳۹۱: ۱۰؛ ابن ابی جمهور، ۱۴۱۰ق: ۱۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷ب: ۱۶۹؛ نعمت‌الهی، ۱۳۹۳: ۴۲، ۵۰؛ رشتی، بی‌تا: ۱۹؛ Furrer, Muller, 2014: 65, 70; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, 2014: 111; Chen, 2018). به همین دلیل حق انتقال در صورتی حق تقدم تملك محسوب می‌شود که مانند اعراض، از اراده یک طرفه منتج شده باشد؛ در غیر این صورت یعنی در مواردی که مانند هبه، اقاله یا معاطات که حق با توافق اراده اجرا می‌شود از عداد حقوق تقدم تملك خارج می‌شود. بایستی متذکر شویم پیدایش حق با اعمال آن متفاوت است. لذا حق تقدم تملك مشمول افراد فاقد اراده نیز می‌شود و این حق تا زمان فراهم شدن شرایط اعمال آن توسط فرد یا ولی یا قیم وی موجود است و از بین نمی‌رود و توان اعلام اراده در زمان اجرای حق جزو شرایط اختصاصی است و در مقام ایجاد حق مانعی برای احراز و تعلق آن به افراد فاقد اراده وجود ندارد؛ کما اینکه برخی از حقوقدانان به درستی اراده را وسیله ظهور خارجی حق و نه پایه و جوهر آن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳/۴۲۳).

۲-۲. حمایت قانونی

نظر به اینکه اصل حاکمیت اراده به انعقاد قرارداد محدود است (ماده ۱۰ قانون مدنی)، تشکیل حقوق و یا روابط حقوقی به وسیله اراده یک طرفه که نقش اساسی در حق تقدم تملك دارد در صورتی امکان پیدا می‌کند که حقوق مثبت (حقوق موضوعه) به آن تصریح کرده باشد. به عبارت دیگر حق تقدم تملك از قوانین خاص نتیجه می‌شود. بایستی توجه کرد که قوانین مربوطه در زمره قوانین تکمیلی است و چنانچه از قوانین آمره باشد از شمول بحث خارج و در زمره احکام قرار می‌گیرد. برخی از حقوقدانان آلمانی (Huguenin, 2019: 77) نیز به درستی، دادخواهی را یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت قانونی از حق تقدم تملك شمرده‌اند و معتقدند اگر این حمایت از بین برود، حق قانونی به حق اخلاقی تبدیل می‌شود.

۳-۲. تعلق

حق تقدم تملك از وضع خاص شخص ناشی می‌شود، بدین معنا که حق محدود به دارنده آن است و هیچ کس دیگری نمی‌تواند در آن سهم باشد و از مزایای آن بهره‌مند شود. لذا برخلاف

حقوق مدنی و سیاسی که از حقوق عام و متعلق به همه است، حق تقدم تملک زائیده وضع خاص شخص بوده و متعلق به اشخاص معینی است که در آن موقع خاص قرار دارند. به همین مناسبت چون هرکس می‌تواند با اراده یک‌طرفه خود ایجاب را واقع سازد، حقوق مدنی عام که متعلق به همه بوده و شرط اجرای آن‌ها فقط دارا بودن اهلیت است از قبیل برقراری وصیت و وقف و حیزات مباحات را نمی‌توان در عداد حقوق تقدم تملک دانست. به همین دلیل برخی از فقهای امامیه (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق/۴: ۳۰۵)، به مقداری از اختصاص که قبل از احیاء و بعد از خروج از موات است اختصاص اکبر گویند و آن را شبیه مرتبه «ملک آن یملک» می‌دانند.

۲-۴. سلطه

سلطه و تعلق دو عنصر جدایی‌ناپذیرند، چراکه اگر قانون به شخصی اختیار دهد که ارزش معینی را به خود اختصاص دهد (تعلق) پس ضرورتاً به وی اختیار تصرف آزادانه نیز می‌دهد (سلطه). آنچه عنصر سلطه را متمایز می‌کند، امکان تصرف است نه امکان اداره و اصل بر آزادی تصرف از سوی دارنده حق است، مشروط بر اینکه در تقابل قانون یا توافق طرفین قرار نگیرد. برخی از حقوقدانان معتقد به سلطه مالکانه ناقص در حق تقدم تملک هستند که با وجود اینکه طعم مالی دارد و می‌تواند جزو ارقام ماترک باشد، ولی غالب آثار مالکیت را ندارد، برای مثال، قابل انتقال ارادی به دیگران نیست (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۳۰). منتهی ایشان نیز منکر سلطه دارنده حق نیست و آن را به‌عنوان یکی از ویژگی‌های حق تقدم تملک بیان کرده است. برخی از حقوقدانان داخلی (کاتوزیان، ۱۳۸۷ب: ۱۶۹) و فقهای امامیه (عراقی، ۱۴۲۱ق/۱: ۱۹۶ و ۹۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق/۴: ۱۴۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق/۱۲: ۴۸۰) و همچنین برخی از حقوقدانان آلمانی (Gauch, 2014: 74) نیز بدون ذکر محدودیت‌های وارده بر این سلطه، معتقد به وجود سلطه برای دارنده حق تقدم تملک هستند. به نظر می‌رسد سلطه بر اموال، توانایی دارنده آن در کنترل و مدیریت و تصرف در آن است. از این رو، سلطه می‌تواند به‌عنوان یکی از ارکان حق تقدم تملک مطرح شود، زیرا حق تقدم تملک نیز در زمره حقوق مالی است.

۲-۵. عدم مانع

فقها و حقوقدانان معتقدند در خصوص حق تقدم تملک، مالکیت به صرف اراده دارنده حق تقدم تملک (به شرط توانایی و اهلیت شرعی وی) محقق می‌شود (رشتی، بی‌تا: ۱۹؛ منصور حاتم محسن، ۲۰۱۹م: ۲۳؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۸۷: ۹۰-۹۷). حتی در مواردی که اجرای حق

تقدم تملك مستلزم همكاری مقامات اداری و یا قضائی است، این همكاری مبتنی بر اراده دارنده حق تقدم تملك بوده و مقام اداری یا قضائی مكلف به آن است. به همین مناسبت چنانچه مقام اداری و یا قضائی در رد و قبول تقاضا و یا اجرای آن مختار باشند، حق تقدم تملك مصداق نمی‌یابد. لذا به موجب این ركن، متهب قبل از قبض مال موهوبه و بعد از قبول، حق تقدم تملك بر مال موهوبه ندارد، چراکه وفق ماده ۷۹۸ قانون مدنی: «هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و قبض متهب» و وفق ماده ۷۹۸ قانون مدنی نیز: «قبض بدون اذن واهب اثری ندارد». حال اینکه یکی از ارکان حق تقدم تملك، عدم مانع است.

۶-۲. تعدد اشخاص

آنچه در این ركن محل بحث است این است که آیا حق تقدم تملك به محیطی نیاز دارد که در آن، تعدادی از اشخاص حضور داشته باشند تا احتمال تهاجم امیال اشخاص وجود داشته باشد؟ چنانچه تنها یک شخص در محیط حضور داشته باشد، تقدم و اولویت نسبت به دیگران در تملك موضوعیت پیدا می‌کند؟ برخی از حقوقدانان معتقدند حق تقدم از نظر ماهیت حقوقی به محیطی احتیاج دارد که در آن محیط، تصور احتمالی تهاجم امیال اشخاص در بین باشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۲۹). بسیاری از فقها و حقوقدانان نیز در توصیف مصادیق این حق از واژه اولویت استفاده کرده‌اند، چراکه اساساً در جایی که فقط یک نفر وجود دارد حقی وجود نخواهد داشت (مشکینی اردبیلی، ۱/۱۳۹۲: ۵۱۲؛ عمید زنجانی، ۱/۱۳۸۹: ۵۵۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۴۷، ۲۴۸، ۲۶۷، ۲۷۳، ۲۸۳؛ بهجت، ۱۴۲۶ق/۵: ۸۲ و ۷۳؛ کیانی، ۱/۱۳۸۸: ۱۸۳؛ ایروانی، ۱/۱۴۰۶ق: ۱۲۵ و ۷۷؛ اعرافی، ۱/۱۳۹۶: ۲۷۶؛ مدرسی طباطبایی، ۱/۱۳۶۸: ۲۸). بنابراین درخصوص این ركن بایستی بیان داشت جهت تحقق اولویت و تقدم در حق موضوع بحث نیازمند حضور اشخاص متعدد هستیم.

۷-۲. امثال (اطاعت)

در آزادی (اباحه)، وجوبی جهت امثال دیگران نیست. در حق عادی نیز در مقابل دارنده حق، تکلیف وجود دارد. در حق تقدم تملك نیز بایستی امثال و اطاعت طرف مقابل دارنده حق وجود داشته باشد. مثلاً چنانچه دارنده حق شفعه اراده خود مبنی بر تملك سهم شریک را اعلام کند یا تحجیرکننده به احیا اقدام کند یا موصی له وصیت تملیکی را قبول نماید یا واهب از هبه رجوع کند یا وراثت خود را بر رد یا اجازه وصیت مازاد بر ثلث اعلام کند یا دارنده خیار فسخ اراده خود را

اعلام کند یا ثالث اراده خود را بر رد یا قبول شرط به نفع خود را اعلام نماید؛ دیگران مکلف به امتثال و اطاعت از آن، که در واقع نوعی تکلیف است، هستند. بنابراین به موجب این رکن حق اقامه دعوا که توسط برخی به عنوان یکی از موارد حق موضوع پژوهش معرفی شده است، از زمره نمونه‌های این حق خارج می‌شود، چراکه دلیلی بر لزوم امتثال دیگران وجود ندارد. منتهی یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت قانونی از حق تقدم تملک است.

۸.۲. برگشت‌ناپذیر

همانگونه که برخی از حقوقدانان و فقها بیان داشته‌اند حق تقدم تملک قبل از حصول مالکیت است و پس از اعمال، برگشت‌ناپذیر است؛ به عبارت دیگر این حق، نوعی آلت و وسیله تملک است. بنابراین با استفاده از این ابزار و حصول نتیجه امکان اعمال مجدد آن سلب می‌شود، چراکه موجب تحصیل حاصل است (عاملی (شهید اول)، ۱/۱۳۹۸: ۳۵۰؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۹؛ Furrer, 2018: 31; Buz, 1997:197-202; Koller, 1998: 428; Huguenin, 2019: 76; Wiegand, 2015: 15 Bucher, 1988: 373).

۹.۲. استقلال

توانایی دارنده حق تقدم تملک در تملک مال، مستقل از آثار مالکیت آن مال است. لذا چنانچه این توانایی، اثری از آثار سلطنت مالک بر مال خود باشد از دایره شمول این حق خارج می‌شود. لذا هر چند برخی از حقوقدانان معتقدند که اجازه عقد فضولی از نمونه‌های روشن ملک ان یملک است (جعفری لنگرودی، ۱: ۳۲ نقل از ادیسی، ۱۳۹۳: ۱۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۷۷)، ولی نظر صحیح‌تر آن است که اجازه یا رد در معامله فضولی چیزی جز آثار مالکیت مالک معامله نیستند و وجود مستقلی مانند حق خیار یا حق شفعه ندارند (انصاری، ۱۴۱۰ق/ ۸: ۳۵۰). به عبارت دیگر هر کس مالک مال باشد براساس قاعده کلی می‌تواند انحای تصرفات و انواع تصمیمات نسبت به مال خود داشته باشد. اجازه یا رد نیز یکی از این تصرفات و تصمیمات به حساب می‌آیند. بنابراین به جهت عدم استقلال از شمول حق تقدم تملک خارج می‌شوند.

۱۰-۲. جزئیت و فعلیت

اصطلاح «فعلیت» زمانی استفاده می‌شود که شخص به توانایی عملی اعمال حق در یک حوزه یا زمینه خاص دست یافته باشد و اصطلاح «جزئیت» نیز زمانی استفاده می‌شود که مقصود ما

جنبه‌های جزئی یک موضوع یا مفهوم کلی است. وقتی یک موضوع به صورت کلی تبیین می‌شود، فقط به جنبه‌های اصلی و اساسی موضوع و برای عموم اشخاص پرداخته می‌شود. به عبارت دیگر، در مفاهیم «جزئی‌یافته» به جزئیات موضوع نسبت به اشخاص معینی می‌پردازد، در حالی که در مفاهیم «کلی» تمرکز بر اصول و عوامل اساسی موضوع و عموم اشخاص است. حق تقدم تملک، توانایی است که جزئیت و فعلیت یافته است. بسیاری از فقها با لفظ اختصاص یا اختصاص اکبر در خصوص نمونه‌های حق تقدم تملک به این رکن اشاره کرده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴/ق/۳: ۴۰۹؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳/ق/۴: ۳۰۵)، در حالی که حکم یکی از این دو ویژگی یا هر دوی آن‌ها را ندارد. برخی از حقوقدانان بدون اینکه تفکیکی در این خصوص قائل شوند به صورت کلی بیان داشته‌اند: این توانایی‌ها که براساس حق مالکیت پدید آمده‌اند از جوازات شرعی هستند و حکم محسوب می‌شوند (صرامی، گفت‌وگو با محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷۷)، حال اینکه به نظر می‌رسد تعلق اراده به یک مورد معین در بعضی موارد موجب می‌شود که «توانایی» حقوقی انسان، از مرحله «حکم» بودن عبور کند و به مرز «حق» شدن نزدیک شود. لذا با توجه به اینکه اختیار دولت در تملک قهری املاک واقع در طرح‌های عمومی از روی تکلیف و جهت حصول منافع اجتماعی و حفظ ضروریات جامعه و جلوگیری از ایجاد اخلال در نظم عمومی است و اینکه توانایی مذکور به صورت کلی به دولت واگذار شده است، از دایره شمول حق تقدم تملک، خارج می‌شود.

۳. انتقال ارادی و غیرارادی حق تقدم تملک

مطالعه احکام حق تقدم تملک، برای احاطه بر این مفهوم، ضرورت کامل دارد. در این قسمت از مقاله بدو امکان انتقال ارادی آن و سپس امکان انتقال غیرارادی آن با تتبع در مصادیق و نمونه‌های حق تقدم تملک بررسی می‌شود.

۳-۱. انتقال ارادی

در خصوص انتقال ارادی نمونه‌های حق تقدم تملک بایستی بیان داشت:

در خصوص انتقال حق موصی‌له در تنفیذ یا رد وصیت تملیکی، برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند:

ایقاع احسان (مانند وصیت تملیکی) مانند عقد احسان است از نظر تأثیر شخصیت کسی که ایقاع به نفع اوست ... در باب وصیت تملیکی قصد احسان موصی به موصی‌له تبعاً قصد احسان به وراثت او هم تلقی می‌شود». از این نظر می‌توان استنباط کرد که حق تقدم تملک در وصیت تملیکی صرفاً توسط موصی‌له یا

ورثه وی قابلیت تبدیل به مالکیت دارد و این حق قابل انتقال ارادی به ثالث نیست (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۲۴).

در خصوص حق تحجیر در جامع المقاصد آمده است: «می‌توان حق تحجیر را از طریق صلح و هبه به صورت اختیاری به دیگری منتقل نمود» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق/۷: ۲۸) و در تحریر الوسیله نیز آمده است: «بنابر احتیاط، جایز نیست مبیع، منفعت یا عمل یا حق باشد، گرچه جواز آن خصوصاً در حق‌ها خالی از قوت نیست، اما ثمن جایز است که منفعت یا عملی باشد که مالیت دارد، بلکه جایز است حقی باشد که قابل نقل و انتقال است، مانند حق تحجیر و حق اختصاص» (خمینی (ره)، ۱۳۸۳: ۵۱۵). حقوق دانان نیز همچون فقها، حق تحجیر را مانند عین خارجی قابل هبه می‌دانند، زیرا به نظر آنان حق مزبور مانند حق مالکیت، انحصاری و در خارج موجود است و با تسامح کوچکی قبض مورد تحجیر همچون قبض حق تحجیر تلقی می‌شود (امامی، ۲/۱۳۷۵: ۳۸۶). مشهور فقها بیع حق تحجیر به دیگران را صحیح نمی‌دانند، زیرا از نظر ایشان عین بودن مبیع شرط است؛ بنابراین حق تحجیر نمی‌تواند مبیع قرار گیرد (انصاری، ۱۴۱۰ق/۱: ۲۲۳-۲۲۴؛ نووی (النووی)، ۱۳۸۷/۱۵: ۲۱۹). منتهی برخی از فقها (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق/۲: ۱۵۵) بیع این حق را صحیح می‌دانند.

در مورد حق شفعه نیز بیان شده است حق شفعه وسیله رفع ضرر از شریک است و بر همین مبنا باید مورد استفاده قرار گیرد و از این نتیجه گرفته‌اند که این حق، غیر قابل انتقال به دیگران است، زیرا کسی که شراکتی در ملک ندارد از اشاعه یا وجود شریک جدید (خریدار) زیان نمی‌بیند تا امکان اجرای حق را بیابد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ب: ۲۲۰). همچنین برخی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق/۶: ۳۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق/۱۲: ۲۵۱) با این استدلال که چون شفیع مالک چیزی نیست بلکه دارنده ملک آن یملک است آن را غیر قابل انتقال از طریق عقد هبه دانسته‌اند.

در خصوص حق غانم قبل از تقسیم نیز برخی (صیمری، ۱۴۲۰ق: ۵۲۰) معتقدند امکان هبه آن از سوی غانم وجود ندارد و برخی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۸۷ج: ۶۸) بیان داشته‌اند تملیک رایگان بخشی از حقوق که به روابط اشخاص مرتبط است و در عداد حقوق دینی قرار دارد مشمول احکام هبه دین است که صحیح است.

در خصوص حق خیار نیز برخی (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق/۳: ۲۲۱) معتقدند حق خیار از طریق معاوضه، قابل نقل به دیگری است، زیرا قابلیت ذاتی خیار به جهت ادله‌ای است که بر امکان سقوط و انتقال آن‌ها از طریق ارث دلالت دارند؛ پس وابسته به دارنده خیار نیست و اگر چنین باشد قابل انتقال به ارث نیستند، در حالی که قابلیت انتقال قهری آن‌ها مسلم و بلا تردید است، پس

مشمول ادله معاوضه و عموم «أوفوا بالعقود» شده‌اند و قابل اسقاط و نقل و انتقال هستند. البته نظریه دیگر این است که حق خیار قابل نقل و انتقال ارادی و اختیاری نیست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق/۱: ۵۳). به نظر می‌رسد خیار را می‌توان به صورت قهری یا ارادی انتقال داد، چون این حق جنبه مالی دارد و همانند سایر حقوق منتقل می‌شود. البته ممکن است خیار برای یک طرف، طرفین و حتی شخص ثالث (در خیار شرط) قرار داده شود؛ در دو حالت اول، خیار قابل انتقال است، اما خیار شخص ثالث قابل انتقال نیست. درخصوص جعل خیار برای بیگانه (غیر از طرفین قرارداد) به صورت مستقل (بدون انتقال موضوع قرارداد) بی‌شک، در صورتی که ثالث از خیار که به او منتقل شده است استفاده کند، موضوع مورد مبادله به دو طرف قرارداد باز می‌شود و به او مالی نمی‌رسد. لذا این فرض و حالتی که خیار بدواً برای ثالث در نظر گرفته شده است از موارد حق تقدم تملك خروج موضوعی دارد و محل بحث ما نیست. درباره امکان انتقال خیار با وصیت نیز برخی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق/۵: ۳۵) اعتقاد دارند که اگر همراه با مال موضوع خیار باشد، اشکال مهمی ندارد، ولی اگر جدا از موضوع خود وصیت شود، انتقال صورت نمی‌پذیرد، زیرا برای اشخاص ثالث نفعی ندارد و مبنای آن رفع ضرر از طرف معامله است. با این حال، برخی از نویسندگان (امامی، ۱۳۷۵: ۱/۵۲۳) احتمال صحت آن را داده‌اند؛ بدین بیان که، شخص ثالث می‌تواند خیار را به سود هر یک از دو طرف که بخواهد اعمال کند، پس نباید این انتقال را بی‌فایده خواند.

در مقام جمع بندی بایستی بیان کرد در حقوق مالی، اصل بر انتقال پذیری و در حقوق غیر مالی اصل بر غیرقابل انتقال بودن است. لذا با توجه به اینکه حق تقدم تملك از حقوق مالی است، انتقال پذیری آن موافق اصل است، مگر اینکه انتقال خلاف طبع و ویژه آن (مقتضای ذات آن) باشد یا اینکه حق، قائم به شخص باشد. ولی درخصوص انتقال ارادی آن از طریق عقود معین بایستی بیان کرد درخصوص انتقال حق تقدم تملك به وسیله عقد معین بیع آنچه منطقی به نظر می‌رسد و حقوق ما را به خانواده جهانی نزدیک می‌کند این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض اطلاق شود؛ خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بی‌درنگ انجام پذیرد یا معلق به شرط شود یا مدتی به تأخیر افتاده باشد. به‌ویژه که در مواد ۳۴ تا ۳۸ و ماده ۱۶۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت و بندهای ۱۷، ۲۷، ۲۸، ۲۹ ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و بند ب ماده ۱ و ماده ۷ و تبصره ۳ ماده ۷ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی مصوب ۱۳۸۸ و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت نیز درخصوص سهام عبارت خرید و فروش سهم به‌کار رفته است و در عرف دادوستد نیز به انتقال حقوق (مانند حق تألیف و سرقفلی و نام تجاری)

فروش گفته می‌شود؛ تا جایی که برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۰۷) با هیجان نسخ ضمنی ماده ۳۳۸ ق.م. را مطرح ساخته و تأیید کرده‌اند؛ لذا به نظر می‌رسد نظر صحیح‌تر این است که حق تقدم تملک می‌تواند مبیع باشد.

در خصوص انتقال حق تقدم تملک به وسیله عقد معین هبه، نیز از آنجا که اولاً مطابق ماده ۸۰۱ قانون مدنی در هبه معوض، عملی که طرف مقابل (متهب) انجام می‌دهد به واهب تملیک می‌شود و این تملیک مجانی است و معاوضه تلقی نمی‌شود، بنابراین ماهیتی مانند هبه دارد. ثانیاً، ماده ۸۰۶ قانون مدنی هبه طلب را پذیرفته است. هبه طلب ابراء نیست، بلکه عقد است و نیاز به ایجاب و قبول دارد که نشان می‌دهد که مورد هبه لزوماً عین معین نیست. بنابراین با فرض تحقق قبض حق تقدم تملک از سوی متهب، هبه آن صحیح است.

در خصوص رهن حق تقدم تملک نیز به نظر می‌رسد همانگونه که برخی (رهپیک، ۱۳۸۷: ۱۴۶) به درستی بیان داشته‌اند با توجه به مفهوم قبض و هدف رهن، نباید عنوان عین معین را به نحو محدود تفسیر کرد. بنابراین می‌توان مواردی از حق تقدم تملک را در حکم عین معین و قابل قبض دانست. برای مثال حق تقدم خرید سهام همچون خود سهام، در عرف به عنوان جانشین مال به‌شمار می‌آیند و قابل رهن است. حتی چنانچه رهن حق تقدم در خرید سهام جدید را با این استدلال نیز نپذیریم وثیقه گرفتن آن، همانند وثیقه قرار دادن خود سهام ایرادی ندارد، لذا به نظر می‌رسد توقیف آن امکان‌پذیر باشد.

در خصوص وصیت حق تقدم تملک نیز بایستی بیان داشت احترام به اراده مالک و اینکه هر فرد باید حق اعمال اراده بر مالی که در اختیار دارد داشته باشد و این احترام به اراده مالک می‌تواند شامل تصمیماتی مانند وصیت حق تقدم تملک باشد. به علاوه اینکه همانگونه که برخی (صاحب جواهر نقل از جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ج: ۳۶۹) بیان داشته‌اند موصی به عبارت است از هر چه که قابل اسقاط یا انتقال باشد (هر چند که مال یا ملک نباشند) جز آنکه طبع وصیت از آن، امتناع کند (مانند حق رجوع زوج به زوجه که قابل اسقاط بوده و موضوع عقد صلح واقع می‌شود، اما موضوع وصیت تملیکی یا عهدی قرار نمی‌گیرد یا حق انتفاعی که به قید مباشرت ایجاد شده و یا مدت آن به مدت عمر موصی است). لذا حق تقدم تملک نیز می‌تواند موصی به واقع شود.

۲-۳. انتقال غیرارادی (ارث)

گاه حق به حکم قانون انتقال می‌یابد و اراده صاحب حق در آن تأثیرگذار نیست. برای مثال، در صورت فوت فرد، تمام حقوق متوفی به بازماندگان او به ارث می‌رسد و آنان در تمام حقوق و تکالیف مالی جانشین متوفی خواهند شد. درخصوص ارث نمونه‌های حق تقدم تملك بیان شده است:

درخصوص موضوع ارث حق تقدم تملك موصی‌له در قبول یا رد وصیت تملیکی، در بین فقها چهار نظریه وجود دارد: الف) حق قبول و رد با مرگ موصی‌له به وارث او منتقل می‌شود؛ خواه مرگ موصی‌له پیش از مرگ موصی باشد، خواه پس از آن. مشهور فقهای امامیه بر این نظرند و فتوای مراجع معاصر نیز بر آن است (حلی (محقق)، ۱۴۰۸/ق/۲: ۲۴۴ نقل از محقق داماد، ۱۳۷۸: ۵۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹/ق/۹: ۳۷۴؛ صاحب جواهر، ۲۸/۱۳۶۲: ۲۵۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴/ق/۱: ۵۶۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵/ق/۵: ۵۷۶)؛ ب) با مرگ موصی‌له حق قبول و رد به وارث او مطلقاً منتقل نمی‌شود و وصیت با فوت موصی‌له مطلقاً باطل می‌شود. ابن جنید و علامه حلی بر این نظرند (حکیم، ۱۴۱۶/ق/۱۳: ۴۹۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴/ق/۱: ۵۷۶)؛ ج) تفصیل میان این دو نظر؛ یعنی اگر فوت موصی‌له در زمان حیات موصی رخ دهد، در این صورت وصیت باطل می‌شود، چراکه موصی‌له قبل از تحقق استحقاق وصیت درخصوص وی، فوت کرده است. اما اگر فوت موصی‌له پس از فوت موصی رخ دهد وصیت باطل نمی‌شود و حق قبول و رد به وارث منتقل می‌شود، زیرا این اختیار در تملك مال برای وی ثابت شده است؛ لذا همانند دارنده حق شفعه، وراثت، قائم مقام وی می‌شوند. مشهور فقهای عامه بر این نظرند (ابن قدامه، ۱۴۱۷/ق/۶: ۹۳؛ کاشانی، ۱۳۹۴/ق/۷: ۳۹۴؛ الرملی، ۱۴۰۴/ق/۶: ۶۶؛ نووی (النووی)، ۱۵/۱۳۸۷: ۴۳۰) و به بعضی علمای امامیه نیز این نظر نسبت داده شده است (شهید ثانی نقل از محقق داماد، ۱۳۷۸: ۵۲)؛ د) تفصیل میان اینکه آیا غرض موصی به شخص موصی‌له تعلق گرفته یا خیر، اگر غرض از موصی به شخص موصی‌له تعلق گرفته باشد، در صورت فوت وی وصیت باطل می‌شود و در غیر این صورت، حق قبول به وارث موصی‌له منتقل می‌شود. برخی از فقهای امامیه این نظر را دارند و تعبیراتی نیز به کار برده‌اند که نشان می‌دهد که صورت اول از محل خلاف خارج است (صاحب جواهر، ۲۸/۱۳۶۲: ۲۵۹). در بین حقوقدانان نیز برخی (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۵۲) اعتقاد دارند اینکه بگوییم حق قبول در وصیت تملیکی از حقوق مالی و قابل توارث است، مردود است، چراکه اولاً حق بودن قبول محل اشکال است و به احتمال قوی حکم است نه حق، و ثانیاً، حتی اگر حق بودن قبول را بپذیریم انتقال چنین حقوقی که مختص مورث است به ورثه، بدون شک قابل قبول

نیست. برخی (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۱۹-۱۲۴) نیز بیان داشته‌اند که قائم مقام موصی‌له (وراث او) - که شخصیت آنان تابع شخصیت موصی‌له است و در دنباله شخصیت او قرار دارند و به استناد احسانی که به مورث آنان شده است، قبول موصی‌به می‌کنند - وضعی مخصوص دارند که با وضع یک شخص بیگانه نسبت به احسان عاقد (در عقد احسان) فرق فراوان دارد، حتی اگر در عقد احسان، بین طرف عقد و وارث او اشتباه می‌شد، باز هم اشتباه مؤثر بود، اما در ما نحن فیه صحبت از اشتباه مذکور هم نیست. آنچه واقع شده، این است که موصی قصد خود را به نفع شخص معینی اظهار کرده است. آیا تأثیر این قصد، به شخصیت طرف بستگی دارد؟ به نظر می‌رسد قصد موصی مظهر یک ایقاع است که ثمره آن، حق تقدم تملک است؛ یعنی این ایقاع فوراً و به تنهایی برای موصی‌له، یک حق ارزنده و مالی ایجاد کرده است. این حق یک حق عینی بر موصی‌به است نه مالکیت فعلی بر موصی‌به. صاحب این حق، موصی‌له است و او با استفاده از این حق می‌تواند قصد خود را اعلان کند و مالکیت فعلی موصی‌به را به دست آورد. حق مذکور، مال است و ارزش دارد و قابل وراثت است. ماده ۸۵۲ قانون مدنی بهترین دلیل بر این نظر است که ورثه موصی‌له‌ی که پیش از قبول مرده است منتفع از وصیت می‌شوند و عدم اظهار قبول از جانب موصی‌له مانع انتقال موصی‌به، به ورثه موصی‌له طبق مقررات نمی‌شود. از ماده مذکور فهمیده می‌شود که دخالت عامل احسان در وصیت از نظر مقنن تا آن حد، مؤثر نیست که مانع از انتقال موصی‌به، به ورثه موصی‌له‌ی که قبول او ضرورت ندارد (با سقط شدن موصی‌له بر اثر جرم) بشود. در واقع همانگونه که در باب انتقال ارادی این حق نیز سابقاً بیان شد ماده مذکور بر روی یکی از مبانی حقوقی ما ساخته شده است و آن این است که در باب وصیت تملیکی، قصد احسان موصی‌به موصی‌له تبعاً قصد احسان به وراثت او هم تلقی می‌شود. لذا با توجه به استدلال اخیر به نظر می‌رسد نظر اخیر که موافق نظر مشهور فقها نیز هست صائب است. منتهی سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا وراثت موصی‌له مستقیماً و بدون وساطت ترکه، موصی‌له آن را دریافت می‌کنند یا به‌عنوان سهم‌الارث خود از ترکه آن را دریافت می‌کنند؟ برابر ماده ۹۴۶ قانون مدنی زوجه از زمین ارث نمی‌برد؛ حال اگر موصی‌به، در وصیت تملیکی، زمین باشد و موصی‌له قبل از اعلان قبول فوت کرده باشد، اگر وراثت موصی‌له مستقیماً و بدون وساطت ترکه موصی‌له، زمین را از موصی‌له دریافت کنند، زوجه هم به‌عنوان اینکه وراثت قانونی موصی‌له است و سهمی برابر سهم دیگر ورثه از زمین می‌برد، اما نه به‌عنوان سهم‌الارث بلکه به‌عنوان اینکه موصی‌به، به موت موصی‌له به‌عنوان وصیت تملیکی به سود عده‌ای معین تمام شده که طبعاً سهام آن عده برابر خواهد بود. اما اگر وراثت موصی‌له به‌عنوان اینکه حق تقدم تملک را از موصی‌له به ارث برده و به کمک آن،

موصی به را مستقیماً از وراثت موصی تلقی می‌کنند، آن وقت بنا بر نظر برخی از فقها، زوجه از آن ارث نخواهد برد و سهمی از زمین طبق ماده ۹۴۶ قانون مدنی به او نمی‌رسد (طباطبایی نقل از جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۲۶؛ امامی، ۱۳۷۵/۳: ۲۷). این در حالی است که برخی در بحث ارث حق شفعه ضمن بیان اینکه محرومیت زوجه از ارث زمین منافاتی با تملک او به وسیله شفعه ندارد، اعتقاد دارند که آنچه به زوجه به ارث می‌رسد حق تملک است نه عین زمین؛ بنابراین زوجه از آن ارث می‌برد و حق همانند سایر اموال به نسبت سهم هر وارث به او می‌رسد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق/۶: ۴۰۴). شعبه سی‌ودوم دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز در رأی شماره ۱۳۰۳/۲۲۳۲۰۹۹۷-۹۴۰۹۹۴/۱۱/۰۴ ضمن توجه به منشأ مالکیت موصی‌لهم که خود وراثت موصی نیز هستند اعلام داشته است: «... خوانندگان بدوی به وراثت از مورث خود مالک حصه خود از پلاک ثبتی مورد درخواست نشده‌اند تا بتوان به قائم‌مقامی از مورث به طرفیت آن‌ها طرح دعوی نمود...». ^۱ ولی در این دادنامه به منشأ مالکیت وراثت موصی‌لهم اشاره‌ای نشده است. به نظر می‌رسد همگی وراثت موصی‌له (اعم از زوجه و...) تحت این عنوان که حق تقدم تملک (نه عین زمین) را از موصی‌له به ارث برده‌اند، این حق را دریافت می‌کنند، منتهی با توجه به اینکه این حق در زمره حقوق مالی است، وفق قواعد ارث، سهم هر یک از وراثت در قبول یا رد وصیت تملیکی به نسبت سهم الارث آنان است.

در خصوص ارث حق اختصاص، بعضی (علامه حلی، ۱۴۱۴ق/۲: ۴۷۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق/۴: ۴۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۰ق/۳: ۶۰) ارث را در منافع عمومی (راه‌ها، بازارها، موقوفات مثل مسجد و مدارس و رباط‌ها) نپذیرفته‌اند، ولی در موارد دیگر مانند اراضی مباح، گیاهان و آب‌ها و معادن مباح و آنچه شرعاً یا عقلاً مالیت دارند ثابت می‌دانند و در توجیه نیز بیان کرده‌اند در منافع عمومی، حق مقوم به شخص است و منتقل نمی‌شود، اما در سایر موارد قوام حق به جهت است و جهت باقی است، هرچند افراد تغییر کنند. برخی (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق/۱: ۲۸۶) اعتقاد دارند که آنچه با مال مورد معاوضه قرار می‌گیرد مانند حق تحجیر و حق سبقت به مباحات، به ارث می‌رسد و آنچه با مال معاوضه نمی‌شود مانند حق سبقت در مشترکات عمومی به ارث نمی‌رسد. همچنین فقهای عامه نیز معتقد به ارث حق تحجیر هستند (نوی (النوی)، ۱۳۸۷/۱۵: ۲۱۹).

در خصوص ارث حق شفعه نیز ماده ۸۲۳ قانون مدنی به پیروی از مشهور فقهای امامیه، حق شفعه را قابل وراثت می‌داند. برخی از فقهای عامه (نوی (النووی)، ۱۳۸۷/۱۴: ۳۴۴) نیز معتقد به ارث حق شفعه هستند و برخی دیگر (السنهوری، ۲۰۰۹م/۸: ۴۶۵) معتقدند که شفعه به ارث نمی‌رسد مگر اینکه شفیع قبل از فوت خود آن را درخواست کرده باشد، ولی اگر وی قبل از فوتش آن را درخواست نکرده باشد به ورثه اش منتقل نمی‌شود، چراکه شفعه را جایگاهی بین رخصت (جواز) و حق می‌دانند. بنابراین تا زمانی که شفعه، حق کامل نشود، قابل وراثت نیست. در برخی قوانین کشورهای اسلامی از جمله ماده ۲۴۳ قانون مدنی لبنان و ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی اردن به صراحت بیان شده است: شفعه به ارث می‌رسد، ولی قانون مدنی مصر و الجزایر در این مسئله ساکت است. وارثان مالک جدید حق شفعه هستند و آن را به میراث از شریک می‌برند. باید پذیرفت که حق شفعه نیز مانند سایر اموال به نسبت سهم هر وارث به او می‌رسد. اجرای این حق باید به طور جمعی صورت پذیرد و تمام مبیع تملک شود تا تبعیضی رخ ندهد (ماده ۸۱۵ قانون مدنی). برخی (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۹) ضمن پذیرش این نظر معتقدند زن نیز از این حق ارث می‌برد، چراکه آنچه به ارث می‌رسد حق تملک است نه عین زمین. با این حال، برخی دیگر (امامی، ۳/۱۳۷۵: ۲۷)، در عین حال که از نظر مشهور در فقه پیروی کرده‌اند و نظر نهایی خود را بر وراثت زوجه اعلام داشته‌اند، از نظر تحلیلی حق شفعه را مانند خیار از توابع متعلق آن شمرده و نتیجه گرفته‌اند که زن از حق شفعه‌ای که موضوع آن تملک زمین باشد محروم است.

در خصوص ارث حق عامل در مضاربه پیش از تقسیم نیز بیان شده است: این حق به ورثه عامل به ارث می‌رسد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق/۲: ۲۴۳)

در خصوص ارث خیار نیز قانون مدنی در ماده ۴۴۵ مقرر می‌دارد: «هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراثت می‌شود». منتهی بایستی توجه داشت که وفق مواد ۴۴۶ و ۴۴۷ قانون مدنی چنانچه خیار مقید به شخص و مباشرت وی شود یا خیار شرط برای بیگانه مقرر شود به ورثه منتقل نخواهد شد. در خصوص خیار مجلس نیز، پاره‌ای از فقیهان (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق/۴: ۵۴۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق/۱: ۱۸۱) گفته‌اند که با مرگ یکی از دو طرف در مجلس عقد بین آن دو جدایی می‌افتد و مدت خیار پایان می‌پذیرد. پس، وارثان او در صورتی می‌توانند از خیار استفاده کنند که در آن مجلس حاضر باشند. گروه دیگر (صاحب جواهر و شهید ثانی نقل از کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۱۰۲) بیان داشته‌اند که خیار باقی می‌ماند تا خبر مرگ به آنان برسد و آن گاه، همانند حالتی که جدایی به اکراه رخ می‌دهد، آنان می‌توانند به قائم مقامی مورث اقدام کنند. لذا در اصل ارث آن اختلافی وجود ندارد، منتهی در خصوص نحوه ارث خیار بایستی بیان کرد: آنکه خیار را سلطه بر

انحلال قرارداد می‌داند طبیعی است که انتقال حق را به همه وارثان تأیید می‌کند، ولی آنکه ماهیت فسخ را در پس گرفتن موضوع التزام یا بازگرداندن دو تعهد به جای نخستین تحلیل می‌کند حق را به وارثانی متعلق می‌داند که امکان دخالت در این تحول را دارند. اگر خیار وسیله جلب نفع و تحصیل مالی باشد که به گونه‌ای ناپایدار به دیگری تعلق یافته، باید این وسیله در اختیار وارثی قرار گیرد که توان استفاده از آن را دارد و معتقدند ماهیت فسخ به انحلال عقد محدود نمی‌شود و ازاله آثار جدا شده از آن را نیز به همراه دارد؛ منتهی، قانونگذار این بازگشت و جابه‌جایی آثار را از توابع انحلال قرار داده است (ماده ۲۸۳ قانون مدنی). خیار تنها وسیله کسب مال نیست، خود موضوع و ماهیت ویژه دارد و زوال آثار پیشین نیز در درون آن لحاظ شده است. این حق است که به میراث می‌رسد و به مال موضوع آن بستگی ندارد؛ لذا چنانکه از ظاهر ماده ۴۴۵ قانون مدنی برمی‌آید، خیار فسخ، قطع نظر از وارثان مال موضوع قرارداد، به همه وراث می‌رسد و خود حق مالی اصیل است.

در مقام جمع‌بندی بایستی بیان کرد همانگونه که برخی از فقها و حقوقدانان (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق/۸: ۱۲۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۴۰؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲/۳۸: ۵۶؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق/۱: ۱۲۳؛ خوئی، ۱۳۷۷/۵: ۴۰۷) به درستی بیان داشته‌اند حق تقدم تملك به جز در مواردی که مقید به شخص و مباشرت وی است، به ارث می‌رسد، چراکه این حق از جمله حقوق مالی است و ارث آن از اصول مسلم حقوق مدنی است. لذا اگر دارنده آن قبل از اعمال آن بمیرد، این حق به ورثه او به ارث می‌رسد. بنابراین با موت موصی له، وراث او حق تقدم تملك وی را به ارث می‌برند نه حق قبول را.

نتیجه

ترکیب تفاسیر خاص و دیدگاه‌هایی که از سوی فقها و حقوقدانان در باب توجیه و تفسیر امتیازات حقوقی همچون: امتیاز شفیع قبل از اعمال شفعه، امتیاز تحجیرکننده قبل از احیای کامل، امتیاز موصی له قبل از قبول یا رد وصیت در وصیت تملیکی، امتیاز عامل در مضاربه، قبل از تقسیم ربح و پس از پایان مضاربه، امتیاز دارنده خیار، امتیاز مخاطب ایجاب خاص همراه با التزام، امتیاز شخص ثالث در شرط تملیک به سود ثالث و ... به کار رفته است، به نحوی است که يك چارچوب کلی (نظریه) را شکل می‌دهد. در این مقاله این چارچوب را نظریه حق تقدم تملك نامیده‌ایم. وفق این نظریه جنس و ماهیت امتیازی که ما آن را حق تقدم تملك نامیده‌ایم، جنس حق (و نه حکم) است؛ چراکه دارنده حق تقدم تملك امتیازی دارد که برای وی جزئییت و فعلیت یافته

است و به تملک شیء خاصی نیز تعلق گرفته است. حال اینکه حکم یکی از این ویژگی‌ها را ندارد. این حق در مرحله‌ای بین حق مالکیت و جواز قرار دارد که بالاتر از جواز و در پایین‌ترین مرتبه حق قرار دارد که تحت حمایت قانون ایجاد شده است و دارنده آن، به صرف اعلام اراده خود، اثر حقوقی (تملک) را ایجاد می‌کند و دیگران بایستی در مقابل اعلام اراده دارنده، امتثال و اطاعت کنند. همچنین این حق در زمره حقوق مالی و آلی است، چراکه وسیله تملک و تحصیل مال است. ریشه و مبنای آن در برخی از مصادیق، مبنای قراردادی و در برخی دیگر مبنای قانونی است. هرگاه موضوع حق تقدم تملک، مال غیر منقول است؛ حق نیز به تابعیت از موضوع خود غیر منقول تبعی به‌شمار می‌رود و هرگاه موضوع حق تملک، مال منقول است، حق نیز به تابعیت از موضوع خود، منقول تبعی (منقول حکمی) به‌شمار می‌رود. وفق این نظریه و با توجه به ماهیتی که از حق تقدم تملک ارائه شد، ارکان حق تقدم تملک شامل: اراده یک‌طرفه، حمایت قانونی، تعلق، سلطه، عدم مانع (اثر خودکار)، تعدد اشخاص، امتثال، غیرقابل برگشت بودن، استقلال، جزئیت و فعلیت است. در خصوص احکام حق تقدم تملک نیز معتقدیم با توجه به اینکه به لحاظ ماهوی، حق تقدم تملک را از حقوق مالی تلقی کرده‌ایم نقل و انتقال آن موافق اصل است، مگر اینکه خلاف طبع ویژه مصداق حق تقدم تملک باشد یا اینکه آن مصداق حق تقدم تملک، قائم به شخص باشد.

در این مقاله سعی در معرفی ماهیت حق تقدم تملک در قالب یک نظریه جامع شده است که اثر مهم آن، این است که چنانچه در نظام قضائی این نظریه جریان نیابد در تفسیر برخی از اعمال حقوقی (از جمله وصیت تملیکی، شفعه، اختیار اجازة یا رد معامله فصولی و...) ابهاماتی ایجاد می‌شود و چنانچه به نحو صحیحی این ابهامات رفع نشود، منجر به صدور آرای غلط می‌شود، ولی با ارائه این نظریه، این اعمال حقوقی توجیه‌پذیرتر می‌شوند و در نتیجه قضات می‌توانند با بهره‌گیری از آن آرای بهتری صادر کنند. به‌طور نمونه بدون استفاده از این نظریه، امکان ارائه توجیه صحیح ماهیت قبولی در وصیت تملیکی وجود ندارد، چراکه چنانچه قبول موصی‌له را قبول ایجاب تلقی کنیم، امکان توجیه احکام وصیت از جمله ارث قبولی وصیت به وراث موصی‌له (موضوع ماده ۸۵۲ قانون مدنی) وجود ندارد، چراکه با فوت موجب، ایجاب زایل می‌شود؛ حال اینکه وفق نظریه منتخب معنی قبول این است که با استناد به قصد یک‌طرفی موصی، برای موصی‌له، حق تقدم تملکی به‌وجود می‌آید که به وراث موصی‌له نیز به ارث می‌رسد. در واقع قبول وصیت، قبول اثر وصیت است نه قبول ایجاب آن؛ یا اینکه بدون بهره‌مندی از این نظریه در ارث شفعه به زوجه متوفی، ابهام ایجاد می‌شود، چراکه از سویی به موجب ماده ۹۴۶ قانون مدنی زوجه از عرصه و اعیان اموال غیر منقول ارث نمی‌برد و از سویی دیگر ارث حق شفعه نیز به موجب ماده ۸۲۳ قانون

مدنی پذیرفته شده است، ولی با استفاده از نظریه منتخب، ابهام بدین صورت مرتفع می‌شود که همگی وراثت، تحت این عنوان که حق تقدم تملك (نه عین زمین) را از مورث خود به ارث برده‌اند، حق شفعه را دریافت می‌کنند. لذا ارث زمین منافاتی با تملك زوجه به وسیله شفعه ندارد؛ یا اینکه با توجه به ارکان ارائه شده از حق تقدم تملك (از جمله رکن استقلال) در نظریه منتخب می‌توان پی‌برد که اختیار مالک در اجازه یا رد معامله فضولی یا وراثت در وصیت زاید بر ثلث، اختیار تبعی و عرضی و به تبع مالکیت مال مورد معامله و نوعی حکم است و از شمول حقوق (از جمله حق تقدم تملك) خارج است. لذا در صورت فوت مالک، قابل وراثت نیستند و به ورثه او منتقل نمی‌شوند و اختیار وراثت از جهت ارث مال (و نه ارث اجازه) است.

منابع

قرآن مجید

الف) منابع فارسی

- اعرافی، علیرضا (۱۳۹۶)، قلمرو دین و گستره شریعت، جلد اول، قم: مؤسسه فرهنگی هنری اشراق و عرفان.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، جلد ۱-۵، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران: میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، مجموعه مقالات حقوقی، تهران: حقوقدان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰)، حقوق مدنی: وصیت، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش.
- حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۴)، گام به گام با حقوق خانواده، تهران: میزان.
- رهپیک، سیامک (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، عقود معین (۲)، تهران: خرسندی.
- صرامی، سیف‌اله (۱۳۸۵)، حق و حکم و تکلیف (گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- صفایی، سید حسین و اسداله امامی (۱۳۹۲)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹)، موجبات ضمان: درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی، تهران: میزان.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، حق شفعه، وصیت و ارث، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ الف)، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ب)، حقوق مدنی ایقاع، نظریه عمومی ایقاع معین، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ج)، حقوق مدنی، عقود معین، عطایا، جلد سوم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ د)، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ه)، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ و)، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، تهران: میزان.
- کیانی، عبدالله (۱۳۸۸)، قانون مدنی و فتاوی امام خمینی قدس سره، جلد اول، تهران: سمت.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۵)، قواعد فقه بخش مدنی مالکیت، مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۸)، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مدرسی طباطبایی، حسین (۱۳۶۸)، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، جلد اول، مشهد: آستان قدس رضوی.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۵)، حقوق مدنی (حقوق خانواده)، جلد هشتم، تهران: پایدار.

- مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۹۲)، **نوشتارهای فقهی**، جلد اول، قم: دارالحدیث.
- نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۹۳)، «بررسی نظریه ملک ان یملک»، **حقوق اسلامی**، شماره ۴۱.

ب) منابع عربی

- آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، **الحاشیه علی المکاسب**، تهران: سازمان انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
- آملی، محمدتقی (۱۳۸۴ق)، **مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی**، جلد دوم، بی جا: بی نا.
- ابن ابی جمهور، محمد بن علی (۱۴۱۰ق)، **الاقطاب الفقهیه**، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- ابن بقوری، محمد (۱۴۱۴ق)، **ترتیب الفروق واختصارها**، جلد دوم، مغرب: وزارت اوقاف.
- ابن جنید (۱۴۱۶ق)، **مجموعه فتاوی ابن جنید**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن زهره (۱۴۱۷ق)، **غنیة النزوع**، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابنقده، عبدالله بن احمد (۱۴۱۷ق)، **المغنی**، جلد ششم، ریاض: دار عالم الکتب.
- أبو العباس شهاب الدین أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالکی الشهير بالقرافی (۱۳۶۷ق)، **الفروق (أنوار البروق فی أنواع الفروق)**، جلد سوم، مکه مکرمه: عالم الکتب.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱)، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی _ دراسه مقارنه بالفقه العربی**، جلد اول، تهران: خرسندی.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹م)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی: حق الملكية**، جلد هشتم، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- الرملى، شمس الدين (۱۴۰۴ق)، **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج**، جلد پنجم و ششم، بیروت: دارالفکر.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، **الوصایا والموارث**، چاپ اول، قم: کنگره شیخ انصاری.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق)، **مکاسب**، جلد اول، سوم و هشتم، قم: دارالکتاب.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶ق)، **حاشیه المکاسب**، جلد اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقیه**، جلد چهارم، تهران: مکتبه الصادق.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، **حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره**، جلد ۴، ۵، ۲۴، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق)، **جامع المسائل**، جلد پنجم، قم: دفتر حضرت آیت اله العظمی بهجت.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، جلد ۴، ۷، ۹، ۱۲، ۲۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، جلد چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خمینی قدس سره، روح اله (۱۳۸۳)، **تحریر الوسیله**، مترجم محمد قاضی زاده و علی اسلامی، جلد دوم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، جلد چهارم، قم: اسماعیلیان.

- خوئی، سید ابوالقاسم (١٣٧٧)، **مصباح الفقاهه**، جلد اول و پنجم، قم: مکتبه الداوری.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله (بی تا)، **کتاب الغصب**، بی جا، بی نا.
- سبزواری، محمد باقر (١٤٢٣ق)، **کفایة الاحکام**، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (١٤٠٣ق)، **نضد القواعد الفقهیه**، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٣٦٢)، **جواهر الکلام**، محقق و معلق محمود قوچانی، علی آخوندی، عباس قوچانی و رضا استادی، مصحح ابراهیم میانجی، نویسنده جعفر بن حسن محقق حلی، جلد ٤، ٩، ١٣، ١٧، ٢٥، ٢٦، ٢٨، ٣١، ٣٧، ٣٨، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- صیمری، مفلح بن حسن (١٤٢٠ق)، **غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام**، محقق جعفر کوثرانی، نویسنده جعفر بن حسن محقق حلی، جلد اول، بیروت: دار الیهادی.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم (١٤١٠ق)، **حاشیة مکاسب**، جلد دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن الحسن (١٣٨٧ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، محشی محمدتقی کشفی، محقق محمدباقر بهبودی، جلد چهارم، تهران: مکتبه المرتضویة.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (١٣٩٨)، **القواعد والفوائد**، جلد اول، قم: منشورات مکتبه المفید.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (١٤١٣ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، جلد ١، ٦، ٨، ١٢، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (١٤١٠ق)، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (١٠ جلدی)**، محقق محمد کلانتر، نویسنده محمد بن مکی شهید اول، جلد ٢، ٥، ٧، قم: مکتبه الداوری.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (١٤١٤ق)، **جامع المقاصد**، جلد سوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عراقی، آقا ضیاء (١٤٢١ق)، **حاشیة مکاسب**، جلد اول، قم: الغفور.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٤ق)، **تذکرة الفقهاء**، جلد ٢، ٤، ١٢، ١٧، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١ق)، **مختلف الشیعه**، جلد هفتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (١٤١٩ق)، **حاشیة مکاسب**، جلد اول، قم: المحقق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٨ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**، جلد دوم، قم: اسماعیلیان.
- محقق کرکی، علی بن حسین (١٤١٤ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، محقق مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، نویسنده حسن بن یوسف علامه حلی، جلد ١، ٣، ٦، ٧، ٨، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- مروارید، علی اصغر (١٤١٣ق)، **الینایع الفقهیه**، جلد ٣٥، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه.
- مکارم شیرازی، ناصر (١٤٢٤ق)، **کتاب النکاح**، جلد ششم، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).
- منصور حاتم، محسن (٢٠١٩م)، «مفهوم حق المنشئ»، **مجلة جامعه بابل للعلوم الانسانیة**، جلد ٢٧، العدد یک.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (١٤١٣ق)، **جامع الشتات فی أجوبة السؤالات**، جلد سوم، تهران: مؤسسه کیهان.

- نجفی خوانساری، موسی (۱۴۱۸ق)، **منیة الطالب**، جلد اول و دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نووی (النووی)، یحیی بن شرف بن مری بن حسن بن حسین بن محمد بن جمعه بن حزام (۱۳۸۷)، **المجموع**، جلد ۱۴، ۱۵، قم: تبيان.

ج) منابع انگلیسی

- Bucher, Eugen (1988), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Aufl.
- Furrer, Andreas /Markus Muller Chen (2018), **Obligationenrecht –Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Zurich.
- Gauch, Peter /Walter R. Schluelp/Jorg Schmid/Susan Emmenegger (2014), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 10. Aufl , Zurich/Basel/Genf .
- Huguenin, Claire (2019), **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. Aufl., Zurich/Basel/Genf.

