

«تملیک کلی»

نجداد علی الماسی *

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسین اعظمی چهاربرج

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۰/۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۱۰/۸)

چکیده:

تملیکی بودن عقد بیع ظاهراً مورد اتفاق فقها و حقوقدانان است بطوری که در تعریف عقد بیع «تملیک» را اثر ذات آن دانسته اند، ولی این بدهت با بررسی اقسام بیع چهره ای دیگر به خود می گیرد، به نحوی که برخی از حقوقدانان به صراحت تملیکی بودن عقد بیع را در برخی از اصناف آن انکار می کنند. در این نوشتار برآنیم تا ضمن بیان دیدگاههای گوناگون، تبیین کنیم که بیع در تمام اقسام آن تملیکی بوده و به محض انعقاد، اثر خود را برجای می گذارد و اختلاف موجود ناشی از تفاوت دیدگاه مشهور فقهای امامیه با دیدگاه سایر نظام های حقوقی در تبیین مفهوم «رابطه مالکیت» است که قانون مدنی از دیدگاه مشهور فقها و حقوقدانان از دیدگاه دوم تبعیت کرده اند.

واژگان کلیدی:

ذمه، عهده، رابطه مالکیت، بیع کلی، کلی فی الذمه.

مقدمه و طرح بحث

عقد بیع از جمله عقود است که بسیاری از تحقیقات فقهی و حقوقی را به خود اختصاص داده است لذا می‌تواند از جهات مختلف مورد مذاقه و کنکاش قرار گیرد. از جمله این مباحث تملیک یا انتقال مالکیت است. بحث اخیر نیز به نوبه خود شقوق مختلف مثل زمان و مکان یا آثار انتقال مالکیت را پیدا می‌کند. اما از جمله مباحثی که کمتر در نوشته‌های فقهی و حقوقی مورد توجه قرار گرفته بحث «ماهیت تملیک» است. تملیک می‌تواند در عین معین و یا کلی مطرح شود ولی آنچه به عنوان سوال اصلی این نوشتار مطرح می‌شود این است که آیا «تملیک کلی» امکان پذیر است؟ به عبارت دیگر، زمانی که مبیع یا بطورکلی موضوع معامله مال کلی باشد انتقال مالکیت صورت می‌گیرد یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت است انتقال چه زمانی رخ می‌دهد؟ در پاسخ به این سوال سه زمان مختلف می‌تواند مد نظر قرار گیرد. زمان انعقاد عقد، زمان تعیین مصداق مبیع و زمان تسلیم مورد معامله. برای پاسخ به سوالات فوق ابتدا به بیان دیدگاه‌های حقوقدانان راجع به تملیک کلی در عقد بیع می‌پردازیم؛ سپس نظریات فقهی در خصوص موضوع تبیین می‌شود و نهایت نظریات ذکر شده تا حد توان به نقد و بررسی گذاشته می‌شود. در نقد دیدگاه‌های مختلف محک و معیار و مبنای بحث، مقررات و قوانین ماهوی و خصوصاً قانون مدنی و تفسیر منطقی مواد آن است لذا ممکن است با تغییر مبنا بسیاری از نقدهای ذکر شده در این نوشتار مرتفع گردد. در آخر به نتیجه گیری می‌پردازیم و در قسمت نتیجه گیری نیز در مقام قاعده سازی و نقد مبانی پذیرفته شده در قانون مدنی نیستیم بلکه با تکیه بر آن مبانی، ضمن بیان ریشه اختلاف بین دیدگاه حقوقی با دیدگاه فقهی نظر منتخب ذکر می‌شود.

مبحث اول: نظریات حقوقدانان در خصوص تملیک کلی

برخی از حقوقدانان (امامی، ۱۳۸۱، ص ۴۱) اعتقاد دارند فقط در صورتی که مبیع عین معین باشد تملیک در زمان انعقاد بیع صورت می‌گیرد و در سایر اقسام مبیع، ملکیت در زمان تسلیم آن به مشتری حاصل می‌شود. در توضیح مطلب مثال ذیل را مطرح می‌کنند: «کسی که صد تن گندم کلی به دیگری می‌فروشد تا پس از سه ماه تحویل مشتری دهد به وسیله عقد بیع تعهد می‌کند مقدار یک صد تن گندم به خریدار تملیک کند... بنابراین در نتیجه عقد مزبور بایع مدیون و مشتری بستانکار می‌شود». بر این نظریه ایرادات اساسی وارد است که ذیلاً چند مورد ذکر می‌شود:

اولاً، طبق این نظریه بیع ماهیتی دوگانه پیدا کرده و با تغییر مبیع، ماهیت بیع نیز تغییر می‌کند در حالی که این امر با مبانی پذیرفته شده خود این گروه منطبق نیست. زیرا در

تقسیم بندی عقود بر اساس اثر ذات آنها، عقد را به تملیکی و عهدی تقسیم می‌کنند سپس عقد تملیکی را عهدی که باعث انتقال ملکیت و عقد عهدی را ایجاد کننده حق دینی و تعهد قلمداد می‌کنند و هر عقد را صرفاً واجد یکی از خصیصه‌های فوق می‌دانند (امامی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۲). بدین معنا که عهدی واحد صرفاً می‌تواند در قالب یکی از تقسیم بندی های فوق قرار گیرد؛ در حالی که بر اساس تفسیر فوق عقد بیع - با تغییر موضوع آن - دو ماهیت جداگانه پیدا کند حال آنکه قاعدتاً موضوع عقود در ماهیت و اثر ذات آنها دخالتی ندارد.

ثانیاً، ماده ۳۳۸ قانون مدنی اثر ذات عقد بیع را صرف نظر از موضوع آن تملیکی دانسته است، حال آنکه تعبیر فوق، تعریف قانونی را به حالتی خاص منحصر کرده^۱ و در واقع مقرر قانونی تخصیص به اکثر شده است.

ثالثاً، اگر فرض کنیم در عقد بیع کلی^۲، عقد بیع ایجاد تعهد می‌کند در این صورت برای حصول تملیک در زمان تسلیم نیازمند عمل حقوقی جداگانه هستیم زیرا؛ در مانحن فیه فرض بر این است که در زمان انعقاد عقد بیع، تملیکی حاصل نمی‌شود و قاعدتاً اقتضاء آن نیز به وجود نمی‌آید پس ناچار برای حصول اثر حقوقی دیگری^۳ به غیر از تعهد - که با عقد ایجاد شده - باید عمل حقوقی علی حده ای انجام گیرد در حالی که قصد متعاملین در زمان انعقاد عقد بیع بر انجام دو عمل حقوقی (تعهد و تملیک) تعلق نگرفته، بلکه از تحلیل اراده آنها استنباط می‌شود آنها صرفاً قصد ایجاد تملیک و تملک را داشته‌اند نه اینکه اول تعهدی ایجاد کنند و سپس قصد تملک کنند.

ایرادات وارده بر این تحلیل باعث شده تا برخی از حقوقدانان از این نظر عدول کنند و نظریه‌ای دیگر در خصوص تملیک کلی ارائه دهند. به نظر این گروه در عقد بیع کلی با انعقاد عقد خریدار بر هیچ مال معین حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نمی‌شود و تملیک با تسلیم مال یا تعیین مصداق کلی از سوی فروشنده تحقق می‌یابد. با وجود این، تسلیم عمل حقوقی جداگانه نیست و تملیک اثر بیع است (کاتوزیان، ۱۳۸۱ (الف)، ص ۶۸۴).

در توجیه این نظر آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱ (ب)، ص ۳۳) که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست لذا مانعی ندارد تملیک از بیع جدا شده و بیع در یک زمان انشاء شود ولی تملیک در زمان دیگر حادث شود. در یک نتیجه گیری کلی در خصوص این نظریه می‌توان گفت: در صورتی که عقد بیع بر مبیع کلی یا کلی در معین واقع شود؛ «انشاء

۱. در عمل و خصوصاً در معاملات بین‌المللی بیع عین معین کاربرد کمتر دارد.

۲. در این نوشتار عبارت از بیع کلی و بیع کلی در معین است.

۳. که این اثر حقوقی همان تملیک است.

تملیک معلق» رخ می‌دهد و با تسلیم و تعیین مبیع (حسب مورد) تملیک واقع می‌شود. بر این نظریه نیز ایراداتی وارد است:

اولاً، تعلیق نیاز به دلیل دارد و اصل در اعتباریات (مثل واقعیات) ایجاد اثر به محض وجود موثر است. بدین معنا که براساس این اصل، اصولاً باید به محض ایجاد عقد، اثر آن نیز که همان «تملیک» است بوجود آید. مثل عقد نکاح که به محض انعقاد آن زوجیت نیز حاصل می‌شود یا عقد قرض که بلافاصله با تحقق آن تملیک صورت می‌پذیرد. حال در خصوص عقد بیع نیز قاعداً باید وضع به همین منوال باشد و دلیلی بر خروج از این قاعده نیست.

ثانیاً، بنا به نظر این گروه در صورتی که موضوع عقد بیع، کلی فی الذمه یا کلی در معین باشد به محض انعقاد عقد، تملیک صورت نمی‌گیرد و فقط در حالتی که مبیع عین معین باشد متعاقب انعقاد عقد اثر ذاتی آن بوجود می‌آید. لذا این نظریه نیز مثل نظریه پیشین تعریف مقرر در ماده ۳۳۸ ق.م. را تخصیص به اکثر زده و بسیاری از اقسام بیع متداول و عرفی را از شمول تعریف آن خارج کرده است.

ثالثاً، قبول این نظریه موجب می‌شود عقد بیع با تغییر مبیع دو وصف جداگانه به خود گیرد یعنی؛ در صورتی که مبیع عین معین باشد عقد بیع رضایی بوده و به محض انعقاد اثر می‌گذارد؛ ولی در حالتی که مبیع کلی باشد عقد تشریفاتی یا عینی (حسب مورد) بوده و نیاز به تعیین یا تسلیم دارد در حالی که این دوگانگی در ویژگی عقد بیع فاقد دلیل است و قاعداً بیع باید یکی از دو ویژگی را داشته باشد مگر دلیلی آن را تخصیص زده باشد که در مانحن فیه این دلیل مفقود است.

رابعاً، طبق نظر این گروه عقد بیع کلی ایجاد حق عینی نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱ (ب)، ص ۳۳) پس در خصوص حق ناشی از عقد مزبور حالت‌های ذیل متصور است:

حالت اول، عقد بیع کلی ایجاد حق دینی می‌کند یعنی؛ انعقاد عقد مزبور تعهدی بر عهده فروشنده ایجاد می‌کند که ملزم به ایفای آن است. اگر این تحلیل مورد پذیرش قرار گیرد اصولاً تفاوتی بین نظریه اول و دوم وجود ندارد چرا که در هر دو به محض انعقاد عقد کلی، تعهد ایجاد می‌شود در حالی که طرفداران نظریه دوم، قائل بر نارسایی نظر اول هستند، لذا قاعداً منظور ارائه دهندگان این نظریه ایجاد حق دینی در عقد بیع کلی نبوده است.

از طرفی با قبول این نظر (یعنی ایجاد حق دینی) برای حصول حق عینی ملکیت نیاز به عمل حقوقی جداگانه است تا ماهیت حق را عوض کرده و تبدیل به حق عینی کند در حالی که بنا به نظر این گروه تعیین یا تسلیم مبیع کلی عمل حقوقی جداگانه نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۱ (ب)، ص ۳۴) پس چگونه می‌تواند موجد ماهیت حقوقی جدید (حق عینی) شود؟

حالت دوم: نتیجه پذیرش دیدگاه دوم این است که برای طرفین عقد بیع تا زمان تسلیم یا تعیین مصداق مبیع کلی هیچ حقی ایجاد نمی‌شود. چرا که در حالت اول همین بحث اثبات شد که در بیع کلی حق دینی ایجاد نمی‌شود. از طرفی این گروه تصریح کرده‌اند که در بیع کلی حق ایجاد نمی‌شود پس با توجه به اینکه حق یا عینی است یا دینی پس نتیجه پذیرش این استدلال این است که در بیع کلی هیچ حقی برای طرفین ایجاد نمی‌شود. این حالت نیز قابل قبول نیست زیرا خلاف عرف متداول و همچنین بر خلاف قصد متعاملین است چراکه طرفین در عقد بیع کلی، مثل بیع عین معین به محض انعقاد عقد خود را دارای حق جدید می‌دانند و اصولاً از این حیث مبیع کلی یا عین معین در نظر آنها تفاوتی نمی‌کند و چنین نیست که وضعیت دارایی آنها پس از انعقاد عقد مشابه وضع آنها قبل از انعقاد آن باشد. همچنین عرف نیز وضعیت حقوقی طرفین عقد مزبور را متفاوت با زمان قبل از عقد می‌دانند لذا این حالت نیز نمی‌تواند مورد قبول واقع شود.

حالت سوم: وجه سومی نیز در این بحث متصور است و آن اینکه؛ با انعقاد عقد بیع کلی «حق عینی معلق» ایجاد می‌شود و با تعیین یا تسلیم مبیع معلق علیه حاصل شده و حق عینی مستقر بوجود می‌آید. اما همانطور که قبلاً بیان شد ایجاد حق معلق نیازمند دلیل است در حالی که در مانحن فیه نه تنها از نظر مبنایی و تحلیل مقررات راجع به عقد بیع چنین دلیلی وجود ندارد بلکه از ظاهر مقررات قانونی خلاف این فرض استنباط می‌شود.

مبحث دوم: نظر فقها در خصوص تملیک کلی

با مذاقه در آراء فقها در می‌یابیم که اکثر فقها چهار موضوع برای بیع در نظر می‌گیرند: الف. عین معین؛ ب. عین کلی در معین؛ ج. عین کلی فی الذمه؛ د. دین. البته برخی از فقهای اعمی (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ص ۱۶) حتی منفعت و حق را نیز در تعریف بیع وارد کرده‌اند و با وجود چهار موضوع فوق «تملیک» را اثر ذات بیع دانسته و غالب فقهای معاصر قید مزبور را اصلی‌ترین اثر بیع می‌دانند و تفاوتی از حیث نحوه تملیک و زمان حصول ملکیت در بیع عین معین با بیع عین کلی و یا دین قائل نیستند.

برای ورود به بحث در این قسمت، ابتدا در خصوص دو نهاد فقهی عهده و ذمه که در مباحث معاملات فقهی (اعم از قراردادها و ضمان قهری) کاربرد فراوان دارد، توضیحی داده می‌شود. سپس دیدگاه فقها و مبانی آنها در خصوص تملیک کلی را بیان خواهد شد.

قسمت اول: مفهوم عهده و ذمه

ذمه و عهده از مفاهیمی هستند که در فقه اسلامی وضع شده اند و هر دو ظرف اعتباری و از مجعولات عقلاء و متشرعه محسوب می شوند و تفاوت آنها در مظروف و محتواست (صدری، تا، ص ۳). بر اساس آنچه از بررسی کلام فقها خصوصاً در مبحث غصب استنباط می شود، عهده ظرفی برای اداء اموال خارجی (مادی) است لذا عهده وعاء و ظرف تکلیف است و همچنین ظرفی برای اجرای اعمالی است که انسان ملزم به انجام آن است. از جمله این الزامات اداء اموال خارجی است لذا پس از انعقاد عقد بیع، تسلیم مبیع یا ثمن بر عهده بایع و مشتری است (م ۳۶۲ ق.م) و آنها ملزم به تسلیم مورد معامله هستند و ذمه آنها به چیزی مشغول نمی شود.

ذمه؛ ظرف اموال کلی و به عبارت برخی از فقها ظرف اموال نمادین است (میرزای نایینی، ۱۴۱۳، ص ۳۵۲). بیان معنای ذمه را با مثالی پی می گیریم. فرض کنید دو شخص قصد انعقاد عقد بیع را روی مالی که فعلاً موجود یا معین نیست، دارند مثل خرید گندم سال آینده یک مزرعه یا یکصد تن گندم شهرستان الف.^۱ در چنین مواردی عقلاء نیاز به جعل تملیکات دارند زیرا مشتری می خواهد با انعقاد بیع رابطهای اعتباری با موضوع آن پیدا کند که اصطلاحاً آن را «رابطه ملکیت» می نامیم. ولی عین خارجی در دسترس نیست یا معین نشده است تا رابطه مالکیت بین مشتری و عین خارجی برقرار شود. برای رفع این مشکل ظرفی به نام «ذمه» اعتبار کرده اند که وجود اموالی در آن فرض می شود سپس رابطه مالکیت بین این اموال و مالک برقرار می گردد. این اموال در واقع، مفاهیم و نمادهایی از اموال خارجی هستند بطوری که نسبت مال موجود در ذمه به مال خارجی مثل نسبت تصویر شی به خود آن است و در حقیقت اموال موجود در ذمه نماد و انعکاس اموال خارجی هستند (صدر، بی تا، ص ۴). هر مالی برای اینکه در مبحث معاملات قابل تصور باشد؛ یا باید بصورت عین خارجی و درعالم بیرون وجود داشته باشد مثل خانه و اتومبیل و یا اینکه به صورت مال کلی و در ذمه فرض شود مثل دین یا عین کلی. مثلاً اگر شخص الف یکصد هزار تومان بدهکار باشد برای اینکه بتوان دین را تصور کرد و رابطه طلبکار و بدهکار را در عالم حقوق مورد تجزیه و تحلیل قرار داد یا این مال (دین) باید در عالم خارج وجود داشته باشد که در فرض مثال ما چنین نیست و هیچ شیء مادی به عنوان «دین» در عالم خارج وجود ندارد، یا اینکه باید در عالم دیگر موجود فرض شود تا بتواند در عالم حقوق و تشریح موضوع حکم قرار گیرد در غیر این صورت دین قابل تصور نخواهد بود. عالمی که دین و امثال آن در آن چارچوب قابل تصور هستند به «ذمه» تعبیر شده است.

۱. در فرض اخیر هر چند مبیع در حین انعقاد معامله موجود است ولی در مالکیت فروشنده نیست.

این ظرف و اموال موجود و مفروض در آن از این رو جعل و اعتبار شده‌اند تا همان آثار اموال خارجی را داشته باشند لذا مانند اموال خارجی و مادی می‌توانند مورد معامله واقع شوند و تملیک و تملک نسبت به آنها صورت گیرد که فقها از «تملک ذمی» به «شغل ذمه» تعبیر می‌کنند. با توجه به مطالب فوق معلوم می‌شود اموال خارجی باعث اشتغال ذمه نمی‌شود چرا که ذمه ظرف و وعاء اعتباری است و برای اموالی که ظرف خارجی ندارند فرض می‌شود. از این رو، اموال موجود در خارج نیازی به این ظرف ندارند.

بعد از ذکر مقدمه فوق و تبیین این موضوع که در دیدگاه فقهای امامیه علاوه بر ظرف خارج، ظرف دیگری بنام «ذمه» نیز برای اموال فرض می‌شود و اصولاً بسیاری از مباحث معاملات را با فرض عالم اعتبار و ظرف ذمه تحلیل می‌کنند به بیان نظریات مختلف فقها راجع به تملیک کلی و رابطه مالکیت بین بایع و مبیع کلی می‌پردازیم:

با بررسی آراء فقها در می‌یابیم که دیدگاه‌های متفاوت بین فقهای امامیه و سنی در خصوص تملیک کلی وجود دارد. فقهای سنی مثل برخی از حقوقدانان تملیک کلی را قابل تصور نمی‌دانند ولی مشهور فقهای امامیه تملیک کلی را قابل تحقق دانسته ولی در چگونگی تصور کلی، قبل از وقوع عقد بیع، اختلاف نظر دارند که در ادامه دیدگاه‌های مزبور بررسی می‌شود.

قسمت دوم: نظریه فقهای اهل سنت در تملیک کلی

برخی از فقهای اهل سنت اعتقاد دارند (مسعود کاشانی، ۱۴۰۹، ص ۱۷۳)؛ شیعی معدوم نمی‌تواند موضوع بیع قرار گیرد و همچنین جایز نیست که بیع به چیزی تعلق گیرد که در آینده بوجود می‌آید. بعضی از حقوقدانان عرب (محمصانی، بی تا، ص ۴۲۳) در توضیح این عقیده بیان می‌دارند: «اصل در عقود آن است که بر موضوع موجود واقع شود لذا عقد قرارداد بر شیء معدوم باطل است». پس عقد اجاره‌ء اشیاء که موضوع آن در حین عقد معدوم است باید قاعدتاً باطل باشد ولی به دلیل استحسان و نیاز و حاجت مردم به آن و همچنین به لحاظ اینکه این عقود^۱ در کتاب و سنت و اجماع ثابت شده‌اند آن را جایز می‌دانند. در واقع طرفداران این دیدگاه، ملکیت را از مقوله اعراض می‌دانند که بر مالک و مملوک عارض می‌شود. شکی نیست که اعراض وجود پیدا نمی‌کند مگر اینکه دارای محلی باشد و «کلی فی الذمه» نیز چون قبل از بیع وجود خارجی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت داشته باشد پس به نظر آنها تملیک آن نیز امکان پذیر نخواهد بود.

۱. عقودی که بر اموال کلی تعلق می‌گیرند.

بر این نظریه ایراداتی وارد شده است. سید یزدی در این خصوص می فرماد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۶): حقیقت ملکیت به اعتبار شارع یا عقلاء مبتنی است. بنابراین، موضوع آن نیز تابع اعتبار معتبر است پس همانطور که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند ولی بر امور کلی اعتباری - قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کنند - تعلق می گیرند مثل نماز برای وجوب یا زنا برای حرمت، پس هیچ مانعی ندارد که شارع و عقلاء «کلی فی الذمه» را اعتبار کنند تا موضوع ملکیت قرار گیرند.

برخی دیگر (شیخ اصفهانی، ۱۴۱۸، صص ۲۳-۲۶) در مقام رد این نظریه معتقدند: بعد از انعقاد عقد در مالک و مملوک تغییر تکوینی ایجاد نمی شود و هر یک از آنها همان حالتی را که قبل از عقد داشتند دارا هستند لذا چگونه قابل تصور است که امری بر مالک و مملوک عارض شود ولی هیچ تغییری در آنها ایجاد نکند؟ عده ای از فقها (سید خوبی، ۱۳۷۱، ب)، ص ۱۰ به بعد و طهوری، ۱۴۱۹، زیر نویس ص ۲۳۲ و سید یزدی، ۱۳۷۸، ص ۲۶) نیز عقیده دارند: «ملکیت شرعی از مقولات حقیقیه تکوینه نیست تا تعلق آن بر امور معدوم محال باشد بلکه اعتبار آن به دست اعتبار کننده است. از طرفی واضح است که امور اعتباری خفیف المونه هستند لذا در صورتی که امور اعتباری مقدورالتسلیم باشند می توانند بر معدوم تعلق گیرند. به همین دلیل است که فقهای امامیه تعلق ملکیت بر ذمه در بیع کلی فی الذمه را صحیح دانسته اند».

قسمت سوم: نظریه فقهای امامیه در خصوص تملیک کلی

فقهای امامیه بر صحت تملیک کلی اجماع دارند (شیخ اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۲۶). همچنین به نظر این گروه مالکیت در حین عقد حاصل می شود نه در زمان وفاء (یعنی تسلیم مبیع کلی). برخی از فقها در توضیح این مطلب می فرمایند (شیخ اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۲۶): «معقول نیست بگوئیم مشتری مالک شد ولی در زمان وفاء و اداء یا تسلیم چرا که ملکیت و مملوکیت جزو امور متضائف هستند و این در قوه و فعل با همدیگر متکافو و همسان هستند؛ لذا مالکیت فعلی مستلزم مملوکیت فعلی است و بالعکس». اما در خصوص اینکه آیا قبل از بیع، بایع مالک مبیع کلی است یا خیر؟ بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد:

اول: دسته اول از فقها امکان تملیک کلی را به دلیل سلطنت شخص بر نفس خود می دانند و مالکیت بایع بر مبیع کلی را منتفی می دانند. این گروه معتقدند (شیخ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۹۷ و همو،

۱. در این خصوص نقل شده است که فاضل نراقی در عوائد الایام معتقد است؛ بیع عبارت است از اینکه مالک ملک خود را بطور بالفعل به دیگری منتقل می کند خواه خود مالک مالک بالفعل باشد، خواه در آینده مالک گردد. (سید یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۹).

۱۴۱۸، ص ۱۶۷) بایع در بیع کلی مالک چیزی نیست بلکه از حیث اینکه سلطنت بر نفس خود دارد می‌تواند تعهد به مال در ذمه اش را در مقابل عوض کند و صحت تملیک عمل و تملیک کلی به دلیل امکان آن سلطنت است نه بخاطر مالکیت قبلی بر موضوع کلی. برخی دیگر اضافه می‌کنند؛ (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، صص ۱۲-۱۳) عقلا در بیع کلی، مالکیت انسان بر ذمه اش را اعتبار نمی‌کنند. اما با وجود این، صاحب ذمه این صلاحیت و سلطنت را دارد که به میزان اعتبار عقلاء تملیک کلی کنند. عده‌ای (روحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۵۸) نیز به دلیل اینکه انسان و شخص حر نمی‌تواند مالک منافع نفس و ذمه خود شود اعتقاد دارند قاعدتاً امکان مالکیت قبلی بایع نسبت به مبیع کلی منتفی است اما با وجود این به دلیل سلطنتی که بایع بر نفس خود دارد مجاز در تملیک کلی است.

این نظریه نیز مصون از ایراد نیست زیرا همانطور که برخی از فقها تاکید کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۵۱۶): «بیع متوقف بر ملکیت است» و این استدلال موافق حدیث مرسل نبوی است که می‌فرماید: «البیع الا فی ملک» و فقها در ابواب مختلف به آن استناد کرده‌اند (حلی، بی تا، ص ۴۴۹ و نجفی، ۱۳۳۸، ص ۳۴۳). لذا چگونه بدون وجود رابطه مالکیت قبلی بین مبیع و بایع در بیع کلی امکان بیع وجود دارد. با ورود این ایراد برخی از فقها نظریه‌ای دیگر را در خصوص موضوع ارائه کرده‌اند که در ادامه بیان می‌شود.

دوم: عده‌ای دیگر از فقها نوعی رابطه مالکیت بین مالک (بایع) و ما فی الذمه (کلی) قائل هستند و بایع را مالک مال کلی می‌دانند. این گروه براساس همین رابطه معتقدند در بیع کلی نیز تبدیل اضافه ملکیت صورت می‌گیرد و بایع در بیع کلی چیزی را می‌فروشد که مالک آن است. آنها برای ملکیت اقسامی قائل هستند که ضمن بیان این اقسام به تبیین نظر آنها پرداخته می‌شود.

محقق خوئی در مصباح الفقاهه (سید خوئی، ۱۳۷۱ (الف)، ص ۲۰) ملکیت را به چهار قسم تقسیم می‌کنند:

الف. ملکیت حقیقیه که مخصوص خداوند است؛

ب. ملکیت طبیعی و ذاتی مثل ملکیت انسان بر نفس یا اعضا یا افعال و ذمه خود؛

ج: ملکیت مقولیه خارجی که عبارت است از ملکیت حاصل از احاطه جسم به جسم و نیز مثل هیات حاصله از تعمیم و این مرتبه مقوله «جده» نامیده می‌شود. این ملکیت از اعراض خارجی و قائم بر وجود خارجی است.

د. ملکیت اعتباری که عقلاء بنا به مصالحی برای شخص خاصی اعتبار می‌کنند و ممکن است شارع نیز به همان مصالح آن را امضاء کند و یا تنفیذ نکند، و نیز امکان دارد برخی موارد

شارع ملکیتی را اعتبار کند که عقلاء آن را نپذیرند؛ مثل برخی شقوق ارث که شارع برای وارث اعتبار ملکیت می‌کند ولی عقلاء (صرف نظر از شرع) این ملکیت را اعتبار نمی‌کنند. این عده عقیده دارند (سید خوبی، ۱۳۷۱ (الف)، ص ۱۷): در بیع کلی فی الذمه؛ گاهی کلی قبل از عقد بیع در ذمه ثابت است مثل بیع دین که در این صورت با انعقاد بیع، اضافه ملکیت بین دین و دائن تبدیل به اضافه ملکیت بین مدیون با دین یا شخص ثالث با دین می‌شود. گاهی کلی به نفس بیع و به محض انعقاد آن در ذمه ثابت می‌شود بدون اینکه قبل از بیع چیزی در ذمه وجود داشته باشد مثل بیع سلم و سایر انواع بیوع کلی که متعارف است. در نظر این گروه (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ص ۵۲) رابطه ملکیت بین ماک و کلی فی الذمه از نوع دوم ملکیت یعنی ملکیت طبیعی و ذاتی است یعنی اینکه انسان قدرت و سلطنت تکوینی بر ذمه خود دارد و این قدرت و سلطنت باعث می‌شود که با بیع به حکم منطبق عقل عملی نسبت به ذمه اش اولی تر از سایرین باشد و این اولویت توانایی انواع تصرفات را به او می‌دهد که از جمله آنها اشتغال ذمه یا عدم اشتغال ذمه است. لذا انتقال ملکیت را عبارت از این می‌دانند که هر یک از متبایعین مال را به ملکیتی غیر از ملکیتی که خود دارد به دیگری منتقل کند. مثلاً ملکیت فرد بر ذمه اش حقیقی است ولی ملکیت مشتری بر ذمه او ملکیت اعتباری است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ص ۴۴). هر چند بر این نظریه ایراد قبلی یعنی مابینت با قاعده (لایبغ الا فی ملک) وارد نیست، اما برخی (سید خوبی، ۱۳۷۱ (الف)، ص ۱۷) بر این نظر اشکال کرده‌اند که نسبت بیع به مبیع مثل نسبت حکم به موضوعش است. لذا همانطور که محال است حکم باعث بوجود آمدن موضوع آن شود پس محال است که بیع^۱ سبب بوجود آمدن مبیع شود لذا چگونه امکان دارد کلی به محض انعقاد بیع بوجود می‌آید؟

هر چند فقیه‌ی که اشکال فوق را مطرح نکرده پاسخی خاص در این خصوص ارائه نداده اند ولی به نظر می‌رسد این اشکال قابل دفع باشد زیرا هر شخصی نسبت به ذمه اش مالکیت طبیعی و ذاتی دارد لذا به تبع ذمه، نسبت به «ما فی الذمه» نیز چنین مالکیتی قابل تصور است. پس با این بیان همیشه قبل از انعقاد بیع رابطه ملکیتی^۲ بین بایع و کلی وجود دارد و حال اگر آن کلی در نظر عقلاء قابلیت تعلق اعتبار به عنوان مبیع را داشته باشد در این صورت کلی موجود با ملکیت اعتباری به تملک مشتری در می‌آید و اگر در دید عقلاء قابلیت تعلق چنین اعتباری وجود نداشته باشد^۳ در این صورت اصولاً بیع منعقد نخواهد شد.

۱. در فرضی که مبیع کلی قبل از عقد در ذمه وجود نداشته باشد.

۲. از نوع ملکیت طبیعی و ذاتی.

۳. مثل زمانی که یک فرد مفلس و معسر، یک تن طلا در ذمه بفروشد در این جا هر چند شخص مفلس نسبت به ذمه خود مالکیت طبیعی دارد ولی عقلاء برای ما فی الذمه وی اعتبار قائل نیستند، لذا در چنین فرضی مالکیت طبیعی مفلس تبدیل به مالکیت اعتباری مشتری نخواهد شد.

نتیجه و بیان ریشه اختلاف

با ملاحظه دیدگاههای مختلف حقوقدانان و فقها می‌توان ریشه اختلاف را در چگونگی درک «ماهیت تملیک» بوسیله آنان دانست. بسیاری از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۶۱ و امامی، ۱۳۸۱، ص ۴۲)، رابطه مالکیت را رابطه بین شخص و شیء معین خارجی می‌دانند و اعتقاد دارند تا زمانی که عین معین در خارج وجود نداشته باشد رابطه مالکیت برقرار نمی‌شود. از طرفی وقتی واقعیت‌های بازرگانی موجود و عرف مردم و تجار را می‌بینند درمی‌یابند که بسیاری از معاملاتی که در قالب بیع انجام می‌گیرد بصورت کلی منعقد می‌شود. بنابراین برای توجیه «تملیک» در بیع کلی ناچار به روشهای خاصی متوسل می‌شوند که در یک تقسیم بندی کلی این راهکارها را می‌توان در دو بخش طبقه بندی کرد:

الف. برخی^۱ تصرف موضوعی کرده و با توسل به استدلالات خاص سعی کرده‌اند با فرض مراحل مختلف برای تشکیل عقد بیع و دست کشیدن از برخی مقتضیات عقد مزبور و حتی با عهدهی دانستن آن، مشکل تملیک کلی را حل کنند.

ب. برخی^۲ نیز تصرف حکمی کرده و خود را بی نیاز از توجیحات فوق دانسته و تملیک کلی را فقط به دلیل استحسان و نیاز مردم تجویز کرده‌اند و از این رو احکام عقد صحیح را بر آن بار کرده‌اند.

در حالیکه با مذاقه در مواد مختلف قانون مدنی ملاحظه می‌شود اگر رابطه مالکیت «رابطه بین شیء معین خارجی با شخص» دانسته شود باید بسیاری از مقررات قانون مدنی به تاویل برده شود و اثر معاملاتی که عرفاً بعد از انعقاد آنها ایجاد رابطه ملکیت استنباط می‌شود برخلاف قصد متعاقدين و فهم عرف تعبیر شود.

اول: ماده ۴۶۴ ق.م.مقرر می‌دارد: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود». تمامی حقوقدانان نیز اجاره را عقد تملیکی می‌دانند در حالی که منفعت در زمان انعقاد عقد در عالم خارج موجود نیست و وجود خارجی ندارد پس اگر رابطه ملکیت، رابطه بین شخص و شیء خارجی دانسته شود، عقد اجاره عقدی تملیکی نخواهد بود مگر اینکه متوسل به توجیه شویم که در این صورت به دلیل حصول تدریجی منفعت توجیه تملیکی بودن اجاره به مراتب سخت تر از توجیه بیع کلی خواهد بود.

دوم، همانطور که در بیان ماهیت بیع آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۸۳) اثر بیع تبدیل و مبادله مالکیت با بیع با مالکیت مشتری است پس باید با انعقاد بیع رابطه ملکیت بین مشتری و مبیع از یک طرف و با بیع و ثمن از طرف دیگر برقرار شود. حال اگر مبیع عین معین و ثمن کلی باشد

۱. از جمله برخی از حقوقدانان ایران که در متن نوشتار اشاره شد.

۲. مثل حقوقدانان عرب و فقهای اهل سنت.

با توجه به استدلال برخی از حقوقدانان قاعدتا در ثمن کلی تا زمانی که ثمن تسلیم نشده مالکیت منتقل نمی‌شود ولی به لحاظ اینکه مبیع عین معین است ملکیت به محض انعقاد عقد حاصل می‌شود. در حالی که این نتیجه بر خلاف قصد طرفین و ارتکازات عرفی است زیرا طرفین و عرف بعد از عقد یا هر دو را مالک آنچه از بیع تحصیل کرده‌اند می‌دانند یا هیچ کدام را مالک نمی‌دانند و تفصیل فوق را بر نمی‌تابند.

سوم، با مذاقه در مواد مختلف قانون مدنی نیز در می‌یابیم در هر جایی که قانون گزار احتمال وجود استنباط مخالف قابل قبول را می‌داد صریحاً موضع گیری کرده و موانع انتقال ملکیت را بیان داشته است مثل مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ ق.م که صریحاً وجود اجل یا خیار را مانع تاخیر در انتقال مالکیت ندانسته و یا در بیع صرف که صریحاً اعلام داشته تا زمان تسلیم، ملکیت منتقل نمی‌شود و لذا مقنن با وجود توجه به موانع انتقال مالکیت در بیع، متعرض مبیع کلی نشده است که از این سکوت در مقام بیان استنباط می‌شود کلی بودن مبیع را مانع انتقال فوری مالکیت ندانسته است.

لذا در نتیجه باید پذیرفت که تعریف رابطه ملکیت و تملیک بر اساس مبانی پذیرفته شده در حقوق ما «رابطه‌ای بین مالک و مملوک است»^۱ و مقید کردن مملوک به «شیء معین خارجی» نه تنها هیچ دلیلی ندارد بلکه مخالف مبانی پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران است. در صورتی که رابطه ملکیت را به صورت فوق تبیین کنیم بیع در تمامی اقسامش تملیکی بوده و بحث تملیک کلی نیز با ایرادات پیش گفته مواجه نمی‌شود زیرا هر کدام از دو نظریه فقهای امامیه مورد قبول واقع شود با بیع کلی مال کلی به ملکیت مشتری منتقل می‌شود و به دلیل اینکه قید «عین معین خارجی» در تقریر رابطه ملکیت لحاظ نمی‌شود لذا تفاوتی ندارد که مال مملوک در عالم خارج وجود داشته باشد یا اینکه بصورت وجودی اعتباری در ذمه فرد فرض شود بلکه آنچه اهمیت دارد مال بودن و ارزش داد و ستد داشتن آن است که عقلاء بر آن کلی ارزش و اعتبار اقتصادی قائل شوند چنانچه اگر یک تاجر گندم، بصورت کلی یک تن گندم را با بیع سلم بفروشد عقلاء مشتری را مالک دانسته و آنچه در ذمه بائع شکل گرفته را دارای ارزش اقتصادی می‌دانند. همچنین با پذیرش این استدلال بسیاری از مشکلات حقوقی در شاخه‌های نو ظهور علم حقوق مثل حقوق مالکیت های فکری یا بیع مال آینده و ماهیت انتقال آنها بر طرف می‌شود.

۱. همانطور که برخی از حقوقدانان آشنا به مبانی فقهی همین تعریف را از ملک کرده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۸۴).

منابع و مأخذ

۱. اصفهانی، شیخ محمد حسین، (۱۴۱۸ ه.ق.)، **حاشیه مکاسب**، تحقیق: شیخ عباس محمد آل سباع، پنج جلدی، جلد اول، چاپ اول، قم: انتشارات محقق.
۲. ----- (۱۴۰۹ ه.ق.)، **اجاره**، چاپ سوم، بی جا، انتشارات موسسه نشر اسلامی.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۸۱ ه.ش.)، **حقوق مدنی**، شش جلدی، جلد اول، چاپ بیست و دوم، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. حائری، سید کاظم، (۱۴۲۳ ه.ق.)، **فقه العقود**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مجمع فکری اسلامی.
۵. حسینی روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴ ه.ق.)، **فقه الصادق**، بیست و شش جلدی، جلد نوزدهم، چاپ سوم، قم: موسسه دارالکتاب.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷ ه.ش.)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ نوزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. حلی، حسن بن یوسف، (معروف به علامه حلی)، [بی تا]، **تذکره الفقهاء**، جلد دوم، [بی جا].
۸. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۹ ه.ش.)، **مصباح الفقاهه**، تحقیق: محمد علی غروی تبریزی، جلد دوم، چاپ سوم، قم: انتشارات وجدانی.
۹. -----، (۱۳۷۹ ه.ش.)، **مصباح الفقاهه**، تحقیق: محمد علی غروی تبریزی، جلد سوم، چاپ سوم، قم: انتشارات وجدانی.
۱۰. صدر، سید محمد باقر، (بی تا)، "تقریرات درس خارج فقه"، مجله فقه اهل بیت فارسی، شماره ۲۲، ص ۱-۲۳
Available at: [http://www.balagh.net/Persian/feqh/magalat]
۱۱. صحیحی محمسانی، (بی تا)، **النظریه العام للموجبات والعقود فی الشریقه الاسلامیه**، چاپ سوم، بیروت: دارالعلم.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ه.ق.)، **حاشیه مکاسب**، جلد دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۳. طهوری، شیخ صادق، (۱۴۱۹ ه.ق.)، **محصل المطالب فی تعلیقات مکاسب**، جلد اول، چاپ اول، قم: انتشارات نورالهدی.
۱۴. العاملی، زید الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ ه.ق.)، **الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه**، به تعلیقات سید محمد کلاتری، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات داوری.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱ ه.ش.)، **قانون مدنی در نظم حقوق کنونی**، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
۱۶. -----، (۱۳۸۰ ه.ش.)، **دوره عقود معین**، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۷. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۰۹ ه.ق.)، **بدائع الصنائع**، جلد اول، پاکستان: مکتبه الحبیبه.
۱۸. موسوی الخمینی، روح الله، (قم، ۱۴۱۰ ه.ق.)، **البیع**، جلد یک، چاپ چهارم، تهران: موسسه انتشاراتی اسماعیلیان.
۱۹. میرزای نایینی، (۱۴۱۳ ه.ق.)، **مکاسب و البیع**، تقریرات شیخ آملی، دو جلدی، جلد اول، (بی جا)، انتشارات موسسه نشر اسلامی.
۲۰. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۸ ه.ش.)، **جواهر الکلام**، چهل و سه جلدی، جلد بیست و دوم، چاپ هشتم، تهران: انتشارات اسلامی.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «پژوهشی درباره دیالکتیک واقعیت و ارزش»، سال ۱۳۵۲، شماره ۱۶-۱۵. «حقوق و اجتماع»، سال ۱۳۵۴، شماره ۱۸. «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی»، سال ۱۳۶۹، شماره ۲۵. «شیوه‌های حمایت از جلوه‌های حقوق فرهنگ عامه (حقوق فولکلور)»، سال ۱۳۸۹، شماره ۱. «تعارض قوانین درباره ازدواج اقلیت‌های مذهبی و دینی»، سال ۱۳۸۹، شماره ۸.