

واکاوی عہدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقہ امامیہ و حقوق موضوعه^۱

سید محمدہادی قبولی درافشان^۲

چکیده

یکی از مسایل مهم در فقہ و حقوق، عہدی یا تملیکی بودن بیع کلی است. همان طور کہ می دانیم اگر مبیع، عین معین باشد، عقد بیع، تملیکی است و بہ مجرد انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می پذیرد؛ اما بہ موجب مادہ ۳۵۰ قانون مدنی، مبیع ممکن است کلی باشد؛ در این صورت مشہور اندیشمندان حقوق معتقدند کہ پس از عقد، مالکیتی برای خریدار حاصل نشدہ و فقط از تاریخ تسلیم یا تعیین است کہ وی می تواند ادعای مالکیت کند. بنابراین، در موردی کہ مبیع، کلی است، اثر عقد، تنها ایجاد تعہد برای بایع است. بر این اساس مشہور حقوقدانان، بیع کلی را عقدی عہدی تلقی کردہ و آن را مشمول مادہ ۳۳۸ قانون مدنی کہ عقد بیع را تملیکی تعریف کردہ، ندانستہ اند؛ در حالی کہ دانشوران فقہ امامی، بیع مذکور را نیز تملیکی دانستہ و استدلال های قابل توجہی را در این زمینہ ارایہ کردہ اند. این پژوهش در پی تبیین دیدگاہ فقہ امامی و حقوق موضوعه در رابطہ با تملیکی یا عہدی بودن بیع کلی و تقویت دیدگاہ فقیہان

واکاوی عہدی یا
تملیکی بودن بیع کلی
در فقہ امامیہ و
حقوق موضوعه

۸۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. استادیار فقہ و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.

رایانامہ: h.ghaboli@um.ac.ir

امامی مبنی بر تملیکی بودن بیع کلی و بیانگر اختلاف مبنایی فقها و حقوقدانان در نگرش نسبت به مفاهیم مالکیت، مال، عین و همچنین تقسیم عقود به عهدی و تملیکی است.

کلیدواژه: عهدی، تملیکی، بیع کلی، مالکیت، عین، فقه امامیه، حقوق موضوعه.

مقدمه

تملیکی بودن عقد بیع، در حقوق اسلام پذیرفته شده و به عنوان یک امر بدیهی در بین فقیهان تلقی می‌گردد. (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۸، ۷۸/۲۳) این در حالی است که تملیکی بودن بیع در حقوق اروپا امری نو ظهور است که هنوز هم پاره‌ای از کشورها آن را قبول نکرده‌اند. در حقوق رم، تنها به صرف عقد، نقل و انتقال ملکی حاصل نمی‌شد بلکه انتقال، در صورتی تحقق می‌یافت که فروشنده، مبیع را به تصرف خریدار می‌داد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۹). به عبارت دیگر در حقوق رم، اقباض جزء ارکان انتقال مالکیت بود. در حقوق سوئیس هنوز هم بیع در زمره عقود عهدی است. همچنین در حقوق قدیم فرانسه اصل عهدی بودن بیع پذیرفته شده بود ولی در حقوق کنونی فرانسه، مبیع به مجرد انعقاد عقد منتقل می‌شود (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۴۹، ۱/۲۱۴ و ۲۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۰).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال اول، شماره اول
زمستان ۱۳۹۴

۹۰

اندیشمندان فقه امامی و حقوق‌دانان در رابطه با عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی اختلاف نظر دارند. در فقه امامیه، براساس نگرش وسیعی که نسبت به مفاهیم مالکیت، عین و مال وجود دارد؛ بیع کلی نیز تملیکی دانسته شده و زمان انتقال مالکیت در بیعی که مبیع آن کلی است نیز زمان انعقاد عقد می‌باشد. قانون مدنی هم به پیروی از دیدگاه فقیهان امامی، مالکیت مافی‌الذمه را مورد پذیرش قرار داده است. این در حالی است که حقوق‌دانان برخلاف نظر فقیهان، بیع کلی را عهدی دانسته و نظریاتی برای توجیه تملیکی نبودن بیع کلی ارائه کرده‌اند.

در این پژوهش پس از تعریف مفاهیم و طرح مسئله، ابتدا به بررسی عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه پرداخته و دیدگاه قانون مدنی و حقوق‌دانان را تبیین نموده و در هر مورد به نقد و بررسی تحلیلی آنها پرداخته‌ایم. سپس، تفاوت نگرش فقیهان و حقوق‌دانان نسبت به عهدی یا تملیکی دانستن بیع کلی ارائه

گردیده و در نهایت، نتیجه گیری شده است.

۱. مفهوم‌شناسی مسئله

۱-۱. تملیکی بودن عقد بیع

منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که به مجرد عقد، مورد معامله از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود (صفایی، ۱۳۸۵، ۴۰/۲). یعنی با وقوع عقد، انتقال مالکیت حاصل شده و ملکیت از یک طرف که ناقل باشد، خارج و در ملکیت طرف دیگر که منتقل‌الیه است، داخل می‌گردد (امامی، ۱۳۵۳، ۱۷۳/۱؛ مدنی، ۱۳۸۳، ۲۵۷/۲) و همین که خریدار و فروشنده در مورد مبادله کالا با یکدیگر به توافق رسیدند، عوض و معوض خود به خود مبادله می‌گردند؛ بدین ترتیب که مضمن به ملکیت خریدار و ثمن به ملکیت فروشنده در می‌آید. بنابراین قبض و اقباض ثمن و مضمن در اصل تملیک دخالتی ندارد.

۲-۱. عهدی بودن عقد بیع

در فقه به عقدی که مفید تعهد باشد، عهدی می‌گویند هرچند که این تعهد، نتیجه غیرمستقیم عقد باشد، با این تعریف، عقود تملیکی هم، عقد عهدی هستند؛ اما در حقوق به عقدی، عهدی می‌گویند که تعهد، موضوع و مدلول مطابقی عقد را تشکیل دهد؛ بر اساس این تعریف، عقود تملیکی، در مقابل عقود عهدی قرار می‌گیرند. بنابراین اصطلاح عهدی در فقه و حقوق دو معنای متفاوت دارد (ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۴۵۹؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۴۰/۱).

۳-۱. بیع کلی

بیع کلی در مقابل بیع شخصی، به کار برده می‌شود. هرگاه مبیع، کلی باشد نه عین مشخص (مانند مبیع در بیع سلف) به آن بیع کلی گویند و اگر مبیع، شخصی باشد آن را بیع شخصی می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۱۲۰).
در توضیح باید گفت که بیع کلی فی‌الذمه دو نوع است. در نوع نخست، بیع به

کلی ثابت در ذمه قبل از بیع تعلق می‌یابد مانند بیع دین به مدیون یا غیر او؛ ولی در نوع دوم، بیع به کلی ثابت در ذمه به واسطه نفس عقد بیع تعلق می‌گیرد بدون اینکه قبل از بیع، چیزی در ذمه باشد. مانند آنچه که در بیع سلم معمول است و آنچه که در رابطه با عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی مورد اختلاف قرار گرفته، نوع دوم آن است (خوئی، ۱۴۱۲، ۳۱۲/۲). این نکته نیز یادآوری می‌شود که برخی از فقیهان با افزودن کلی مشاع و کلی در معین به اقسام کلی، آن را به چهار قسم تقسیم کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۱۵).

۱-۴. مالیت

منظور از مالیت مال، این است که نسبت به آن رغبت عقلایی وجود داشته باشد؛ به طوری که مردم در بدست آوردن آن با هم رقابت کنند. در این صورت مالیت، متوقف بر وجود نیست؛ بلکه ممکن است چیزی فی نفسه مالیت داشته باشد اما موجود نباشد؛ مانند طلا و یاقوت که عقلاً نسبت به آن رغبت دارند و دارای ارزش مبادلاتی هستند ولی فرق نمی‌کند که موجود باشند یا موجود نباشند (طباطبائی حکیم، بی تا، ۵؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳۲۷/۲؛ روحانی، بی تا، ۴۶-۴۸). در گذشته واژه مال فقط به کالاهای مادی اختصاص داشت؛ اما امروزه معنای محدود خود را از دست داده و به تمام اشیا و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است، مال گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۰؛ ره‌پیک، ۱۳۸۸، ۸۴).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال اول، شماره اول
زمستان ۱۳۹۴

۹۲

۱-۵. مالکیت

در رابطه با مفهوم مالکیت، تعریف‌های مختلفی از سوی فقیهان و حقوقدانان ارائه شده است. بعضی از حقوقدانان، مالکیت را رابطه بین شخص و شیء دانسته‌اند؛ در حالی که بسیاری از اندیشمندان، مالکیت را رابطه‌ای اعتباری بین شخص و مال تلقی نموده‌اند (صفار، ۱۳۷۳، ۴۴؛ کیائی، ۱۳۷۶، ۳۳۱). بنابراین، در بین فقیهان و حقوقدانان از نظر نگرش نسبت به مفهوم مالکیت، اختلاف نظر مبنایی وجود دارد.

فقه‌های امامیه هر سلطه قانونی را ملکیت نامیده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۵۹۹) و آن را مختص به عین معین خارجی ندانسته‌اند؛ بلکه آن را سلطنتی اعتباری که توسط شارع

مقدس و عقلا ثابت است، تعریف نموده‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱؛ آصفی، ۱۴۱۳، ۲۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ۲۹) و حتی وجود متعلق تملیک را در عالم خارج ضروری ندانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۳۶۸، ۲۰۹/۲۲؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴).

۱-۶. عین

در نگرش حقوق دانان، «عین» عبارت از اموالی است که وجود خارجی داشته و با حس لامسه قابل ادراک باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۵)؛ در حالی که فقیهان، واژه «عین» را تنها به مالی که وجود محسوس و خارجی داشته و با حس لامسه قابل درک باشد، اختصاص نداده‌اند بلکه در تعریف آن گفته‌اند مراد از «عین» عبارت از موجود متعین خارجی و آن چیزی است که اگر وجود پیدا کند از اعیان خارجی است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۵) پس فقهای امامیه «عین» را شامل عین شخصی، ملک مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه و دین دانسته‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۱/۵۳؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۶/۱؛ خمینی، ۱۴۰۴، ۱۴۳). بنابراین میان دیدگاه حقوق دانان و فقیهان در رابطه با مفهوم عین نیز اختلاف مبنایی وجود دارد.

۲. طرح مسئله

در بحث از تملیکی بودن بیع، ما با دو مسئله مهم روبه‌رو هستیم که یکی از آنها تعارض ظاهری ماده ۳۳۸ قانون مدنی با تعریف به عمل آمده در ماده ۱۸۳ قانون مذکور می باشد و دیگری مسئله تملیکی بودن بیع در مواردی که مبیع، کلی است. در رابطه با تعارض ظاهری مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ باید گفت که بیع، در ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از: «تملیک عین به عوض معلوم»؛ بنابراین، تملیکی بودن عقد بیع در ماده یاد شده با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعارض دارد؛ چرا که به موجب ماده اخیرالذکر، عقد به صورت عهدی تعریف شده؛ در حالی که عقد بیع، عقدی تملیکی است. قانونگذار مدنی در ماده ۱۸۳ مقرر می‌دارد:

«عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». بنابراین این ماده، عقد، توافقی است که اثر آن ایجاد تعهد

و دین است و حال آنکه اثر عقد بیع تملیک است. در توضیح باید گفت که علت تعارض ظاهری موجود بین مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ قانون مدنی را باید در دوگانگی منبع اقتباس این دو ماده جستجو کرد؛ بدین صورت که ماده ۳۳۸ از متون فقهی و ماده ۱۸۳ از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه اقتباس گردیده است. (شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۶/۱؛ سیدحسین صفایی، ۱۳۸۵، ۱۸/۲) برخی هم معتقدند که تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی وجه مشترک بین تعریف فقها و تعریف قانون مدنی فرانسه است (موحد، ۱۳۵۲، ۲۰۹).

در عین حال عده‌ای بر این عقیده‌اند که ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه اقتباس نگردیده است. ایشان شباهت در تعاریف را دلیل بر اقتباس ندانسته و تعریف عقد در ماده ۱۸۳ را به فقها و اندیشمندان اسلامی نسبت داده‌اند. (خوئینی، ۱۳۷۹، ۴۹ و ۵۰) به هر حال به عقیده بسیاری از حقوق دانان، ماده ۱۸۳ قانون مدنی شامل عقود عهدی است و ظاهراً عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، بی تا، ۱۸۱؛ صاحبی، ۱۳۷۶، ۱۸)؛ حال آنکه در حقوق ایران تا آنجا که ممکن است آثار عقود بر اموال قرار می‌گیرند نه بر اشخاص (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۶/۱؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲، ۴۱/۱) لازم به ذکر است که برای رفع تعارض مواد مذکور، راه حل‌هایی از سوی حقوق دانان مطرح گردیده است که موضوع بحثی مستقل است.^۲ اما بحث تملیکی یا عهدی بودن عقد بیع در موردی که مبیع، کلی است، مورد اختلاف نظر شدید اندیشمندان فقه و حقوق قرار گرفته که مقاله حاضر به دنبال تبیین دقیق بحث و بررسی تحلیلی و استدلالی دیدگاه‌های فقها و حقوق دانان است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال اول، شماره اول
زمستان ۱۳۹۴

۹۴

۳. فقه امامیه

در صورتی که بیع به واسطه نفس عقد بیع به کلی ثابت در ذمه تعلق گیرد، ممکن

۱. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه عقد را چنین تعریف کرده است: «عقد عبارت است از توافقی که به موجب آن، یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری کنند»، نوری، ۱۳۸۰، ۹؛ متن فرانسوی ماده مذکور به قرار ذیل است:

“Art. 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”.
Cod Civil Des Francair, 1804.

۲. برای مطالعه راه حل‌های رفع تعارض مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ قانون مدنی ر. ک. قبولی درافشان، ۱۳۸۶، ۶۰.

است تملیکی بودن عقد بیع مورد اشکال قرار گیرد؛ زیرا در فرض یاد شده، ملکیتی به وجود نیامده است (خوئی، ۱۴۱۲، ۳۱۲/۲).

پیش از آنکه پاسخ اشکال را از دیدگاه اندیشمندان فقه بیان کنیم، لازم است این نکته را متذکر شویم که از دیدگاه فقهی، اشکال مذکور تنها به مبیع کلی فی الذمه اختصاص ندارد بلکه در مبیع کلی در معین و کلی مشاع نیز اشکال جاری است. (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱)

در توضیح باید گفت که فرقی بین کلی در معین و کلی در ذمه جز از جهت تقید نیست. بدین معنی که کلی در معین، مقید به قیدی است که به واسطه آن تنها بر مصادیق محقق در خود منطبق است (مانند یک کیسه گندم از مجموعه کیسه‌های معین) و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که اجمالاً می‌دانیم که مبیع در داخل مصادیق معین شده وجود دارد و لذا به کلی در معین، در حکم معین نیز گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۴۶، ۱۱۹/۱) اما این امر سبب اختلاف آن دو در کلی بودن نمی‌شود و کلی را از کلیت به سوی شخصی شدن خارج نمی‌کند؛ همین مطلب در کلی مشاع نیز جاری است و یک دوم، یک سوم و یک چهارم، در خارج مشخص و متعین نیست (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱). به عبارت دیگر، اشکال ملکیت معدوم در کلی مشاع و کلی در معین نیز جاری است (قدیری، ۱۴۱۸، ۹). بدین ترتیب از منظر فقیهان، در کلی مشاع مانند فروش نصف خانه مشاعی نیز ملکیت وجود ندارد؛ زیرا وجود، مساوق تعین است و کسر مشاع قبل از افراز، فاقد تعین است؛ بنابراین در این مورد هم کسر مشاعی، معدوم بوده و ملکیتی وجود ندارد. (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱؛ قدیری، ۱۴۱۸، ۹) بر همین اساس، دیدگاه برخی از محققان فقه که اشکال را فقط مختص به کلی در ذمه دانسته‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳/۱). مورد انتقاد سایر فقیهان قرار گرفته است (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱؛ قدیری، ۱۴۱۸، ۹). زیرا مناط اشکال، عدم وجود کلی است که بین کلی در ذمه، کلی در معین و کلی مشاع، مشترک است.

لازم به یادآوری است علاوه بر اشکالی که بر موجودیت کلی وارد شده، در مورد مالیت کلی پیش از عقد نیز ایراد شده است؛ بدین ترتیب که گفته‌اند: قبل از وقوع عقد، کلی فی الذمه مالیتی ندارد تا موضوع تبادل واقع گردد، به عنوان مثال، کشاورزی که گندم

را در سال آینده برداشت خواهد کرد، چگونه می‌تواند، هم‌اکنون آن را بفروشد! البته وقتی قرارداد منعقد گردد، طرف عقد، مالک کلی در ذمه طرف اول شده و می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد زیرا؛ دین در نظر عقلا، مالیت دارد ولی قبل از آنکه عقدی منعقد گردد، مالی موجود نیست تا موضوع مبادله واقع شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۴۲/۱). بنابراین در مورد بیعی که مبیع آن، کلی است با دو اشکال مواجه هستیم که عبارتند از: اشکال ملکیت معدوم و اشکال عدم مالیت کلی قبل از عقد. از آنجا که بیشتر فقهای امامیه (یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱؛ نائینی، ۱۴۱۳، ۴۰/۱؛ یزدی، ۲۷۴). عقد بیع را حتی در صورتی که مبیع، کلی فی‌الذمه یا دین است، از عقود تملیکی دانسته و به اشکال‌های یادشده پاسخ داده‌اند که در این قسمت ابتدا دیدگاه فقها در رابطه با ملکیت معدوم و سپس نظرات آنان را در مورد عدم مالیت کلی قبل از عقد بیان می‌کنیم.

۱-۳. تبیین و نقد و بررسی ملکیت معدوم

در مورد اشکال مربوط به ملکیت معدوم، فقیهان امامی نظرات مختلفی را جهت رفع اشکال ارایه کرده‌اند. به عقیده برخی از ایشان، اگرچه کلی در هنگام عقد وجود ندارد اما عرف آن را مالی موجود می‌داند که می‌تواند مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد؛ همان‌گونه که منفعت آینده نیز از نظر عرف، مال موجود است (یزدی، ۱۱۶/۱؛ نائینی، ۱۴۱۳، ۴۰/۱). عده‌ای دیگر از فقیهان، کلی را به دلیل وجود مصداق‌های آن و گروهی دیگر به سبب قابلیت و استعداد آن قابل تملیک دانسته (یزدی، ۲۷۴) و بعضی از فقها هم تملیک کلی را، حکمی و یا فرضی تلقی کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲۶۵/۲؛ سنگلجی، ۱۳۴۷، ۸۹).

در این میان برخی از بزرگان فقه، قایل به ملکیت اعتباری گردیده و چنین اظهارنظر کرده‌اند که ملکیت، عرض خارجی نیست؛ بلکه از اعتبارات عقلائیه است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد؛ دین یا کلی فی‌الذمه، معدوم مطلق نیست؛ بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف و داشتن موجودیتی اعتباری، عقلا آن را ملک و مملوک لحاظ می‌کنند (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱ و ۱۸). در این میان برخی

از محققان نیز اگر چه ملکیت را از اعراض خارجی تلقی کرده‌اند؛ اما حقیقت ملکیت را اعتباری، عقلانی دانسته و ملکیت را به رابطه‌ای اعتباری میان شخص و چیزی که در دست اوست و واقعیتی ورای جعل ندارد، تفسیر نموده‌اند (یزدی، ۵۴/۱). بنابراین ملکیت، امری اعتباری است که شارع یا عقلا آن را اعتبار نموده‌اند (آصفی، ۱۴۱۳، ۲۶). بر این اساس، عقلا ملکیت را برای کلی فی‌الذمه، اعتبار می‌کنند همان‌گونه که ملکیت را برای منفعت معدوم و ثمره‌ای که بعداً به وجود می‌آید، اعتبار می‌نمایند.

در واقع شأن مالکیت همانند شأن وجوب و حرمت است و همان‌طور که این دو مفهوم بر کلی نماز و زنا، قبل از وجود آن در عالم خارج تعلق می‌یابند، مالکیت نیز گاهی به کلی تعلق می‌یابد (یزدی، ۵۶). به بیان دیگر، در کلی فی‌الذمه دو اعتبار وجود دارد: یکی در اصل وجود کلی و دیگری در ملکیتی که به آن تعلق گرفته است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۴۲/۱).

برخی از فقها به گونه‌ای دیگر به بی‌معدوم پاسخ داده و گفته‌اند آنچه در بیع، لازم می‌باشد، تحقق نقل در زمان عقد بیع است نه تحقق ملکیت؛ زیرا می‌توان ملکیتی را که در آینده، مثلاً فردا یا یک ماه بعد از عقد محقق می‌شود، منتقل نمود، مانند انتقال منفعت در عقد اجاره به ویژه اگر شروع اجاره متصل به عقد نباشد (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱).

در توضیح کلام دیدگاه یادشده می‌توان گفت که آنچه در بیع کلی فی‌الذمه ایجاد اشکال می‌کند این است که در تحقق بیع، انتقال ملک فعلی را لازم بدانیم. در این صورت است که اشکال می‌شود تملیک با نبودن مملوک و مبیع، ممتنع است؛ درحالی که این فقیهان (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱) حتی اگر مملوک در آینده حاصل گردد، بیع را نقل ملک می‌دانند نه نقل ملک فعلی. به بیان دیگر به عقیده ارایه دهندگان نظریه اخیر (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱) در کلی فی‌الذمه، ملکیت در آینده است؛ ولی انتقال هم‌اکنون و بالفعل صورت می‌پذیرد؛ مانند واجب معلق که موجب، فعلی، ولی واجب در آینده است.

به نظر می‌رسد که نظریه یادشده قابل ایراد است؛ زیرا لازمه این دیدگاه این است که اگر تسلیم کلی بعد از بیع متعذر گردد یا تسلیم ممکن بوده اما برای مالک امکان‌پذیر نباشد، بیع باطل است چون مبیعی را فروخته که در اختیار نداشته و روشن است که چنین

بیعی بالاتفاق باطل نیست، بلکه خیار تعذر تسلیم در اینجا وجود دارد. علاوه بر ایراد بالا، بعضی از فقیهان گفته‌اند که نقل گرچه عرض اصطلاحی نیست اما از معانی‌ای است که استقلالی در وجود ندارد بلکه به لحاظ امر دیگری وجود دارد؛ درحالی که اگر اضافه ملکیت به معدوم معقول نباشد، اضافه نقل به معدوم نیز معقول نیست. پس همان‌طور که ملکیت، فعلی نیست نقل هم فعلی نیست؛ بلکه معلق بر امر متأخری است و تعلیق در بیع^۱ بالاجماع باطل است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۵) در هر حال، به نظر می‌رسد که اگر قایل به ملکیت اعتباری شویم، دیگر لازم نیست که معروض ملکیت در خارج موجود باشد؛ بلکه صرف اعتبار وجود محلی برای آن به لحاظ توقع حصول آن محل در اعتبار این ملکیت کافی است؛ در این صورت حتی اگر بگوییم که بیع، نقل ملکیت فعلی است باز هم اشکالی به وجود نخواهد آمد.

۲-۳. تبیین و نقد و بررسی عدم مالیت کلی قبل از عقد

اشکال دوم بر بیعی که مبیع آن کلی است، این است که گفته‌اند در بیع، لازم است که مبیع، قبل از عقد، مالیت داشته باشد؛ ولی کلی پیش از عقد، مالیت ندارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۲).

فقیهان امامی در پاسخ به این اشکال بیان داشته‌اند که منظور از مالیت مال این است که نسبت به آن رغبت عقلایی وجود داشته باشد؛ به طوری که مردم در به دست آوردن آن با هم رقابت کنند. به این ترتیب، مالیت متوقف بر وجود نیست؛ بلکه ممکن است چیزی فی نفسه مالیت داشته اما موجود نباشد. (طباطبائی حکیم، بی تا، ۵؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۲/۳۲۷) برخی از فقها نیز برای رد اشکال یاد شده، گفته‌اند هیچ دلیل عرفی یا شرعی در این مورد که مبیع، قبل از عقد بیع، مال باشد، وجود ندارد؛ بلکه شرعاً و عرفاً لازم است که مبیع قابلیت معاوضه و مبادله را داشته باشد و کلی در ذمه چنین است (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۷).

سؤالی که همچنان باقی می‌ماند این است که حتی اگر کلی بتواند متعلق رابطه

۱. برای مطالعه بیشتر در زمینه تعلیق در عقد، ک. قبولی درافشان، ۱۳۹۲، ۷۹-۹۳؛ شهیدی (الف)، ۱۳۸۲، ۱۳.

مالکیت قرار بگیرد و مالیت آن هم ثابت شود؛ در هنگام عقد، ملک بایع نیست پس بایع چگونه می‌تواند چیزی را که ملک او نیست به دیگری انتقال دهد؟ به عبارت دیگر فاقد شیء نمی‌تواند معطی شیء باشد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۳).

پاسخ فقها این است که تملیک ممکن است به معنی ایجاد مالکیت باشد و همیشه به معنی نقل ملک نیست و در حقیقت ملکیت فعلی مبیع، شرط صحت بیع نیست. به عنوان مثال در موردی که ماهی دریا را با قدرت بر تسلیم به کسی می‌فروشند تا بعد از مدتی به خریدار تحویل گردد، اگرچه موضوع بیع، هنوز ملک بایع نگردیده ولی بیع مذکور، صحیح است (خمینی، ۱۴۱۰، ۱/۱۴).

با توجه به مطالب ذکر شده، ملاحظه می‌شود که عقد بیع حتی در صورتی که مبیع، کلی یا دین باشد نیز از نظر بیشتر فقهای امامیه، عقدی تملیکی است و چنانکه برخی دانشمندان گفته‌اند (قنوتی، ۱۳۸۲، ۵۶). قاعده کلی در حقوق اسلام این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت از زمان عقد صورت می‌پذیرد؛ اما در موارد استثنایی در جایی که برای صحت عقد، شرط خاصی مقرر شده است، انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط خواهد بود.

۴. حقوق موضوعه ایران

۴-۱. دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی، پس از اینکه در ماده ۳۳۸ بیع را عقدی تملیکی معرفی کرده است؛ اما مهم‌ترین مستند قانونی که دلالت بر تملیکی بودن عقد بیع دارد، بند نخست ماده ۳۶۲ قانون مدنی است که بدون هیچ قیدی مقرر داشته است: «(به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود...)»؛ از این حکم کلی، ماده ۳۶۴ قانون مدنی که مواردی مانند بیع صرف و احتمالاً بیع سلم را شامل می‌گردد، مستثنی شده است ولی در ماده ۳۶۲ ق.م. قانون گذار میان اقسام مبیع، تفاوتی نگذاشته است. این امر نشان می‌دهد که قانون مدنی نیز همانند اندیشمندان فقه، مالکیت مافی‌الذمه را پذیرفته و ظاهراً از نظر قانون مدنی، بیع در موردی که مبیع کلی می‌باشد نیز از عقود تملیکی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳؛ کیانی، ۳۲۹).

۴-۲. دیدگاه حقوق دانان

با تحقیق در نظریات حقوق دانان می توان به سه تحلیل در رابطه با عهدی بودن بیع کلی دست یافت که در زیر به آنها اشاره می شود.

۴-۲-۱. دیدگاه نخست

به عقیده بسیاری از حقوق دانان (شهیدی (الف)، ۲۰)، (شهیدی (ب)، ۶، ۱۴) از آنجا که در بیع کلی، مبیع در هنگام انعقاد عقد وجود ندارد لذا انتقال مالکیت آن به خریدار نیز امکان پذیر نیست. در توضیح باید گفت که اگر مبیع، کلی فی الذمه باشد، قایلان به دیدگاه نخست، بیع را از عقود عهدی در مقابل تملیکی می دانند؛ اما در زمان انتقال مالکیت اختلاف نظر دارند که آن را با تعابیر مختلف بیان داشته اند. حتی برخی از حقوق دانان به صراحت اظهار داشته اند که ماده ۳۳۸ قانون مدنی، شامل عقد بیعی که موضوع آن، کلی است نمی شود؛ زیرا در عقدی که مورد آن کلی است، تملیکی در زمان عقد حاصل نمی گردد بلکه نتیجه چنین عقدی، صرفاً پیدایش تعهد یعنی تکلیف قانونی بر عهده فروشنده خواهد بود نه تملیک مبیع یا ثمن. انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار پس از تعیین فرد معین از بین افراد کلی و تسلیم آن به طرف عقد صورت خواهد گرفت و این در حالی است که در ماده ۳۳۸ ق.م. عنوان «بیع» یعنی همان ایجاب و قبول عقد بیع بر تملیک عین به عوض معلوم (شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۱۴).

بعضی از اندیشمندان حقوق نیز با بیان اینکه تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. جامع نیست، گفته اند این ماده فقط ناظر به بیع عین معین است نه همه اقسام بیع (صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۲۷۶؛ امامی، ۱۳۵۳، ۱/۴۱۹).

به نظر نگارنده دلیل اینکه حقوق دانان از پذیرش تملیکی بودن عقدی که مبیع آن کلی است، سرباز زده اند این است که بیع در ماده ۳۳۸ ق.م. عقدی تملیکی معرفی شده است در حالی که در بیع کلی، خریدار بعد از عقد مالک هیچ عینی، نمی شود و بر هیچ عینی حق پیدا نمی کند و فقط می تواند از بایع اجرای تعهد او را بخواهد. به همین دلیل هم برخی از استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳) با بیان این مطلب که قانون مدنی نیز با پذیرفتن مالکیت فی الذمه، ظاهراً تملیک ذمه را به گونه ای که مد نظر فقیهان بوده،

قبول کرده است؛ به صراحت گفته‌اند که هیچ‌یک از تعابیر فقها در توجیه تملیکی بودن عقدی که موضوع آن کلی است، نمی‌تواند این اشکال را رفع نماید، چرا که در حقوق کنونی به عقدی که تنها از آن تعهد به وجود آید و سبب نشود که انتقال گیرنده بر موضوع این تعهد حق عینی پیدا کند، عقد عهدی می‌گویند نه تملیکی (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳).

۴-۲-۱-۱. نقد و بررسی دیدگاه نخست

حقوق دانان در صورتی که مبیع، کلی فی الذمه باشد، به دلیل عدم وجود فعلی مبیع، آن را عهدی تلقی نموده‌اند و در مورد زمان انتقال مالکیت دچار اختلاف نظر شده‌اند؛ به طوری که برخی معتقدند که ملکیت مبیع با تسلیم آن به مشتری منتقل می‌گردد (امامی، ۱۳۵۳، ۴۴۸/۱؛ شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۱۴) و برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ملکیت مبیع، از زمان تشخیص آن به وسیله بایع به مشتری منتقل می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۴؛ جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱/ ۴۷۶ و ۴۷۷؛ صفایی، ۱۳۵۱، ۲۸۴/۲) بر همین اساس هم بیشتر حقوق دانان، بند (۱) ماده ۳۶۲ قانون مدنی را مختص بیع عین معین دانسته و تحقق تملیک در بیع کلی را منوط به تعیین مصداق مبیع یا تسلیم آن قرارداده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۰۴؛ شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۳۲ و ۳۳) در توضیح باید گفت که حقوق دانان معتقدند که انتقال مالکیت در عقد بیعی که مبیع آن کلی است هنگامی صورت می‌پذیرد که مبیع وجود عینی و ملموس خارجی پیدا کند؛ به گونه‌ای که بتوان آن را به خریدار تسلیم کرد؛ به همین دلیل بیع کلی را از ذیل بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. که انتقال مالکیت را به طور مطلق و در همه قراردادهای بیع به مجرد انعقاد عقد می‌داند، خارج کرده‌اند. (برای مطالعه بیشتر ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳؛ کیائی، ۳۳۱).

در نقد این نظر باید گفت که برای تبیین دقیق زمان انتقال مالکیت لازم است به مبانی قانونی مراجعه کرد و چنانکه می‌دانیم قانون مدنی ایران، ریشه در فقه امامیه دارد و بدیهی است که از منظر اندیشمندان فقه امامی (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۳/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۶۰/۶؛ یزدی، ۱۳۷۸، ۵۴/۱؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱ و ۱۸) مبیع از هر نوعی که باشد به مجرد انعقاد قرارداد به مالکیت خریدار در آمده و بر اساس نظریه مالکیت اعتباری، نیازی

واکاوی عهدی یا
تملیکی بودن بیع کلی
در فقه امامیه و
حقوق موضوعه

به وجود فعلی مبیع در عالم خارج نیست. به همین دلیل قانون گذار مدنی نیز با توجه دقیق به مبانی فقه امامی، نظریه مالکیت ما فی الذمه را به درستی مورد پذیرش قرار داده است؛ بدین معنی که برای تحقق مالکیت، وجود عینی و فعلی چیزی لازم نیست و به تبع آن نیز انتقال مالکیت به مجرد تحقق مالکیت است و شرط دیگری ندارد.

۴-۲-۲. دیدگاه دوم

برخی از اندیشمندان حقوق (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) بیع کلی را به دو عمل حقوقی مستقل تحلیل نموده و گفته‌اند عقد تنها سبب ایجاد دین و تعهد برای فروشنده می‌شود که باید به آن وفا کند و تسلیم، سبب و وسیله‌ای برای تملیک مبیع به خریدار است. به عبارت دیگر تملیک داخل در مفاد عقد نیست؛ بلکه عمل قضایی مستقلی است که به وسیله قبض انجام می‌شود.

۴-۲-۲-۱. نقد و بررسی دیدگاه دوم

برخی از استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۴) از دیدگاه دوم انتقاد نموده و گفته‌اند نمی‌توان ادعا کرد که با تسلیم مبیع، عقدی نو در باب تملیک بسته می‌شود. البته به نظر می‌رسد که اگر منظور قایلان به دیدگاه دوم (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) این باشد که در بیع کلی دو عمل حقوقی مستقل وجود دارد که عبارتند از: ۱. عقد بیع که تنها سبب ایجاد دین برای بایع است و ۲. تملیک مبیع به خریدار که به وسیله تسلیم انجام می‌پذیرد.

در این صورت، دیگر انتقاد مذکور قابل پذیرش نیست زیرا بر این اساس، عمل حقوقی قسم نخست، قطعاً عقد است اما نمی‌توان گفت که ارایه دهندگان دیدگاه دوم (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) در قسم دوم نیز قایل به وجود عقد جدیدی هستند بلکه ظاهراً عمل حقوقی قسم دوم، ایقاع است و به همین دلیل هم خریدار در قبول یا رد فردی که فروشنده برای تملیک در نظر گرفته است، اختیاری ندارد. در هر حال، بایع متعهد است که مبیع را به خریدار تسلیم نماید و به تعهد خود وفا کند و همان‌طور که بعضی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۷۳، ۲۶) به صراحت بیان کرده‌اند، وفای به عهد، یک عمل حقوقی یک‌جانبه است.

به عقیده نگارنده، نقد اساسی وارد بر دیدگاه دوم این است که در دیدگاه یادشده نیز سعی شده است تا تملیک به تسلیم مبیع اختصاص داده شود؛ در حالی که در فقه امامیه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۳/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۶۰/۶) که قانون مدنی بر مبنای آن استوار است، به مجرد انعقاد قرارداد، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد و این امر بدون نیاز به تحقق تسلیم نیز قابل تحقق است.

۴-۲-۳. دیدگاه سوم

برخی از اندیشمندان حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۹۲۱/۲) چنین اظهار نظر کرده‌اند که در حقوق اسلام هر عقدی تعهد است و حدیث «العقود: العهود» را همه مسلمانان اعم از شیعه و سنی روایت کرده‌اند و نظریه کلی تعهدات در عقود از همین حدیث ناشی شده و فقه امامیه سخت به آن پایبند است.^۱ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۳۴/۱) به عقیده این دانشمندان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱۹۵/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۱۲) فقه امامیه تحت تأثیر فقه اهل سنت، نظریه تملیک را پذیرفته است؛ اما چون این نظریه در فقه امامیه بیگانه بود و با حدیث عبدالله بن سنان موافق نبود، فقهای امامیه نسبت به نظریه تملیک واکنش نشان دادند و این واکنش، دو دوره متمایز را به شرح زیر طی کرد:

الف. دوره‌ای که تملیک و تعهد را دو چیز غیر قابل جمع دانسته‌اند؛ به عنوان مثال: بیع میوه‌جات معدوم را باطل ولی تعهد به فروش میوه معدوم را درست دانسته‌اند.

ب. دوره جدید که دوره گرایش کامل به نظریه تعهدات فقه امامیه است. در این دوره عموماً تملیک و تعهد را دو مفهوم قابل جمع می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱۹۵/۱) و به همین دلیل هم عقود را به دو دسته تقسیم نموده‌اند: ۱. عقد اذنی مانند ودیعه و عاریه که بر اساس اذن مالک بنا نهاده شده و موجب بروز تعهد نیست و ۲. عقد عهدی که موجب بروز تعهد است؛ مانند: بیع و اجاره

۱. با جستجویی که در کتاب‌های حدیثی شیعه و سنی صورت گرفت، عنوان «العقود العهود» یافت نشد. تنها عبارت العقود عهود الله ویا العقود که به العقود تفسیر شده آمده که عبارت مذکور، سخن ابن عباس است که در تفسیر عقد در آیه شریفه «اوفوا بالعقود» آمده است. ر. ک. طبرسی، ۱۴۱۵، ۲۵۸/۳، قمی، ۱۴۱۳، ۱۹۵/۲، قمی، ۱۴۲۷، رسائل المیزان، ۲۷/۱؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ۲۶۸۷/۸.

و هبه. بنابراین چنان که ملاحظه می‌شود، فقیهان امامی در دوره جدید، بیع را هم از تعهدات شمرده‌اند و حال اینکه در فقه اهل سنت، بیع موجب تملیک عین است و ماده ۳۳۸ قانون مدنی هم با واسطه متأثر از فقه اهل سنت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۵) به موجب این نظریه، عقد بدون تعهد، قابل تصور نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۲) و تقسیم عقد به عقد تملیکی و عقد عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی از جمله بیع کلی، عقد عهدی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۳۶/۱)

۴-۲-۳-۱. نقد و بررسی دیدگاه سوم

در رابطه با دیدگاه سوم باید به دو نکته مهم اشاره کرد.

الف) نکته نخست

به عقیده نگارنده در فقه امامیه و حقوق ایران، انتقال مالکیت به مجرد عقد و بدون ایجاد تعهدی حاصل می‌گردد و این امر را کلمات اندیشمندان فقه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۳/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۶۰/۶؛ قنوتی، ۱۳۸۲، ۵۶) که مبحثی را با عنوان «المبیع یملک بالعقد» مطرح کرده‌اند، تأیید می‌نماید؛ اما در صورتی که دیدگاه سوم را بپذیریم، باید بگوییم مکانیسم انتقال مالکیت در بیع، طبق سیستم رضایی در فقه امامیه و حقوق ایران عبارت است از ایجاد و اجرای فوری و خودبه‌خودی تعهد به انتقال به واسطه عقد بیع؛ زیرا هر عقدی و از جمله بیع یک تعهد است؛ در حالی که ظاهر کلمات فقها این امر را تأیید نمی‌کند.

البته برخی از حقوقدانان (فائز مقامی، ۱۳۷۴، ۶۵/۲) حداقل عناصر لازم برای تشکیل عقد را توافق و تعهد دانسته و لذا تعهد را رکن عقد تلقی کرده‌اند؛ اما باید گفت که تعهد صرفاً یکی از آثار احتمالی عقد است نه رکن آن؛ بلکه رکن عقد، در ایجاب و قبول خلاصه می‌شود اما گاه باعث ایجاد یا انتقال حق عینی می‌شود، گاه تعهد را منتقل و ساقط می‌کند (حواله) و گاه مبنای ایجاد شخصیت حقوقی قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۹/۱ و ۱/۳؛ مدنی، ۱۳۸۳، ۲۴۰/۲).

به نظر ما اثر عقد را نباید تنها به ایجاد تعهد محدود نمود؛ بلکه ممکن است عقد،

تملیک مالی را سبب شود، اسقاط تعهدی را موجب گردد و یا شرکتی را به وجود آورد؛ بنابراین اثر عقد می‌تواند به طور مستقیم و بدون هیچ واسطه‌ای تملیک باشد و ضرورتی ندارد که از آن به اجرای بلا واسطه تعهد تعبیر نماییم.

در حقوق معاصر نیز به تملیک مال تعهد گفته نمی‌شود؛ بلکه تعهدی که خود به خود و به محض ایجاد، اجرا می‌شود در برابر دیگر انواع تعهد صبغه خاصی پیدا کرده است (قاسمی، ۶۱). علاوه بر این مطلب، برفرض که قبول کنیم که تملیک، تعهدی است که به سرعت اجرا می‌شود، در این صورت دیگر پس از عقد، تعهدی باقی نمی‌ماند که موضوع آن تملیک باشد؛ زیرا تعهد به محض اجرا از بین می‌رود و بنابراین تصور وجود تعهد در این مقام تنها دارای جنبه نظری و تخیلی بوده و فاقد فایده عملی است (کاتوزیان، ۴۷۳۱، ۴۸).

در هر حال، به نظر نویسنده اختصاص عقود به تعهدات با مبانی فقه امامیه و حقوق ایران که انتقال مالکیت را به مجرد عقد می‌دانند، مغایرت دارد و به حقوق غربی که در آن عقد بیع موجب التزام به انتقال مالکیت است و این تعهد به مجرد ایجاد، اجرا می‌شود نزدیک است (ر. ک. قاسمی، ۶۲). بنابراین اختصاص دادن عقد به توافق‌هایی که ایجاد تعهد می‌کند نادرست است؛ زیرا پاره‌ای از عقود معین که تردیدی در عقد بودن آنها وجود ندارد، به طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کند؛ همچنان که اثر مستقیم بعضی از عقود معین مانند بیع و اجاره و معاوضه و هبه و صلح و قرض، انتقال مالکیت است و حق عینی به وجود می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۸/۱).

واکاوی عهده‌ی یا
تملیکی بودن بیع کلی
در فقه امامیه و
حقوق موضوعه
۱۰۵

ب) نکته دوم

عقد، کلمه‌ای عربی است که گاهی در مفهوم وصفی به معنای «معقود» به کار می‌رود (طریحی، بی تا، ۲۲۹؛ طبرسی، ۱۴۱۵، ۲۵۸/۳) در لغت به معنای گره زدن در مقابل گشودن یا ربط و وصل در مقابل حلّ است (سبکی، ۱۳۶۳، ۳۵۰؛ ابن منظور، ۱۹۹۷، ۳۸۶/۴). معانی دیگری برای این کلمه در کتب لغت ذکر شده است که عبارتند از: عهد و ضمان (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۱۴، ۱۹۸/۳۰) عهد مؤکد (طریحی، بی تا، ۲۲۹؛ تاجمیری، ۱۳۷۷، ۱۴۰) محکم کردن و غلیظ کردن (دهخدا،

۱۳۴۱، ۳۰/۳۵۶؛ سراج، بی تا، ۱۳).

اما فقهای امامیه در مورد مفهوم عقد تعابیر متفاوتی دارند. عده‌ای آن را مطلق عهد (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۵۶؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳/۹۵؛ معروف حسینی، بی تا، ۱۲۴) و برخی آن را «عهد و پیمان مؤکد» (نراقی، ۱۴۱۷، ۵ و ۶) دانسته‌اند. مجموع ایجاب و قبول (قزوینی، ۱۳۶۹، ۲ و ۳؛ صاحب‌جوهر، ۱۳۶۸، ۲۲/۲۰۳) عهد مشدد و موثق بین دو نفر (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱) معاهده واقع شده بین دو طرف که با ایجاب و قبول انشاء می‌گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳/۲۲) عهد مؤکد و عملی که در آن الزام و التزام نهفته است (نائینی، ۱۴۱۸، ۱/۳۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۳، ۱۲) و دو قرار مرتبط با هم (اصفهانی، ۱۴۰۹، اجاره، ۷) تعابیر دیگری از عقد است که در بین اندیشمندان فقه وجود دارد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، گرچه بیشتر فقیهان در تعریف عقد از آن به عهد تعبیر نموده‌اند؛ اما این تفسیر مورد اتفاق همه فقها نیست؛ چنان که برخی از فقها آن را «ایجاب مرتبط با قبول» (آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ۱۱۸) دانسته‌اند. بنابراین، ادعای حقوقدانانی (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۲) که معتقدند عقد بدون تعهد قابل تصور نمی‌باشد، پذیرفته نیست؛ همچنین نظر دانشمندانی که با این استدلال که هر عقدی، عهدی است، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را بی معنا دانسته‌اند، قابل قبول نمی‌باشد. (جعفری‌لنگرودی، ۲۷۳۱، ۱/۳۶) به همین دلیل برخی از فقیهان (حسینی حائری، ۱۴۲۱، ۱/۱۸۳) به درستی گفته که بر اساس فقه اسلامی، عقد، تنها تعهد و التزام نیست؛ بلکه ممکن است نقل ملکیت باشد نه تعهد به انتقال و اینکه از عقد تعبیر به التزام و تعهد شده، ایرادی است که بر تعریف عقد وارد می‌باشد و این تعبیر به حقوق غربی نزدیک‌تر است. به نظر می‌رسد که تقسیم عقد، به عهدی و تملیکی، اگرچه از سوی فقیهان مطرح نشده است ولی طرح آن توسط حقوقدانان از نظر مبانی فقهی امامیه بدون اشکال است و رد پای آن را می‌توان در فقه امامیه جستجو نمود. میرزای نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۸۱) و ۸۲) عقود را به عقود عهدی و اذنی تقسیم کرده‌اند. از دیدگاه این اندیشمند (نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۸۱ و ۸۲) مراد از عقد اذنی آن است که حدوثاً و بقائاً متوقف بر اذن است به طوری که با از بین رفتن اذن این عقد هم از بین می‌رود، هرچند که مأذون علم به آن نداشته باشد. مانند وکالت اذنی و امانت و مانند آن. ایشان (نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۸۱ و ۸۲)

عقود اذنی را مسامحتاً، عقد می‌دانند چون عقد عبارت از عهد مؤکد است و عهد در عقود اذنیه وجود ندارد؛ اما به‌خاطر مشتمل بودن بر ایجاب و قبول، آنها را در زمره عقود درج نموده‌اند؛ بنابراین عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»^۱ تخصیصاً و نه تخصیصاً آن را شامل نمی‌شود (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲).

لازم به ذکر است عقود عهدی، همان‌طور که دانشمندان فقه (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۰۶/۵) بیان کرده‌اند، به عقود عهدی تعلیقی و عقود عهدی تنجیزی تقسیم می‌گردند و منظور از تعلیقی آن است که منشأ معلق بر امری است؛ مانند: جعاله- در صورتی که آن را از عقود بدانیم- و همچنین سبق و وصیت. هر کدام از عقود تنجیزی و تعلیقی هم به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می‌شوند (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱). بنابراین در این تقسیم که توسط مرحوم نائینی رحمته الله مطرح شده است، تقسیم عقد به تملیکی و غیر تملیکی به‌عنوان یک تقسیم فرعی برای عقد عهدی ذکر شده است.

همچنین تقسیم عقود به اذنی و عهدی از سوی برخی از فقیهان (خمینی، ۱۴۱۰، ۲۲۷/۱) به مورد انتقاد قرار گرفته است. به هر حال اگر این تقسیم را نپذیریم، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی به‌طور جداگانه قابل طرح است؛ بدین صورت که عقد را می‌توان از لحاظ موضوع یا اثر مستقیمی که از آن ناشی می‌شود به عقد عهدی و تملیکی تقسیم نمود. در صورتی که موضوع عقد، انتقال مالکیت شیء از یک شخص به شخص دیگر باشد، عقد، تملیکی خواهد بود، مانند بیع و اجاره و در مقابل اگر موضوع عقد و مفاد آن، ایجاد انتقال یا سقوط تعهد باشد، عقد، عهدی است؛ مانند عقد ضمان، حواله و کفالت که در برخی از آنها دین یک شخص به طرف دیگر انتقال می‌یابد و برای او ایجاد تعهد می‌کند بدون آنکه ملکیت منتقل شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۳۸/۱).

باید گفت که واژه عهدی در اینجا با آنچه که در تقسیم عقد به عهدی و اذنی گفتیم، متفاوت است. در تقسیم گذشته که از طرف محقق نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲) مطرح شده بود، هر عقدی که مفید تعهد (به معنای التزام به عقد) بود، عهدی نامیده می‌شد، هر چند که تعهد، نتیجه غیر مستقیم عقد باشد، ولی در تقسیم که از سوی

واکاوی عهدی یا
تملیکی بودن بیع کلی
در فقه امامیه و
حقوق موضوعه

۱۰۷

۱. مائده: ۲: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمانها (و قراردادها) وفا کنید.»

حقوقدانان مطرح شده است. فقط عقدی را می‌توان عهده نامید که تعهد، موضوع عقد و مدلول مطابقی آن را تشکیل دهد. بر اساس این تقسیم، عقود مانند وکالت، ودیعه و عاریه از عقود عهده به شمار می‌روند زیرا موضوع آنها را تعهد تشکیل می‌دهد، هر چند این تعهد قابل فسخ باشد، در حالی که بنا بر تقسیم محقق نائینی این عقود، عهده نیستند بلکه در زمره عقود اذنی هستند. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۳۹)

اصطلاح «عهده»، از نظر حقوقی در مقابل «تملیکی» به کار رفته است. مثلاً بیع در این تقسیم یک عقد تملیکی است نه یک عقد عهده؛ ولی از نظر فقهی، بیع یک عقد عهده محسوب می‌شود.^۱ بنابراین پذیرفتن عقد تملیکی با این استدلال که در فقه امامیه هر عقدی عهده است و آنچه عهده نباشد، در واقع عقد نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱/۳۶) درست نمی‌باشد و این اشتباه ناشی از این است که اصطلاح «عهده» در فقه و حقوق به یک معنا گرفته شده است.

توضیح اینکه در فقه به عقدی که مفید تعهد باشد، «عهده» می‌گویند؛ هر چند که این تعهد، نتیجه غیر مستقیم عقد باشد؛ با این تعریف، عقود تملیکی هم، عقد عهده هستند. اما در حقوق به عقدی، عهده می‌گویند که تعهد، موضوع و مدلول مطابقی عقد را تشکیل دهد که بر اساس این تعریف، عقود تملیکی در مقابل عقود عهده قرار می‌گیرند. بنابراین اصطلاح عهده در فقه و حقوق دو معنای متفاوت دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۱/۴۵۹). از این رو فقیهانی که تقسیم عقد به عهده و اذنی را مطرح کرده‌اند به هیچ وجه تملیکی بودن عقود چون بیع را انکار نکرده‌اند (نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۸۲؛ نائینی، ۱۴۱۸، ۱/۹۰).

با این حال در فقه امامیه، نوعی تحوّل تاریخی نسبت به پذیرش عقود تملیکی وجود دارد که این امر از تعاریف مختلف فقیهان از بیع آشکار است.^۲ با توجه به مطالب گفته

جستارهای
فقهی و اصولی
سال اول، شماره اول
زمستان ۱۳۹۴
۱۰۸

۱. برای مطالعه اختلاف نظر فقیهان و حقوقدانان در رابطه با مفهوم عقود عهده و تملیکی و تقسیمات ارایه شده در این زمینه، ر. ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۳۶/۱؛ صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۴۰؛ قیولی درافشان، ۱۳۹۲، ۶۸ به بعد؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۱۱۰؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۴۴؛ قاسمزاده، ۱۳۹۳، ۱۵-۱۷.

۲. ر. ک. محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۰ و ۱/۱۴۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۴-۲۰۶. برای مطالعه تعریف‌های بیع ر. ک. ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۲۳۶؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ۳۵۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۷۶/۲؛ علامه حلبی، ۱۴۱۰، ۴۴۷/۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۳/۲؛ شریعت‌اصفهانی، ۱۳۹۸، ۲۱۰؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۷/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۶۱/۱؛ خوئی، ۱۴۱۰، ۱۵/۲؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۵۲/۲؛ اراکی، ۱۴۱۵، ۲۱/۱؛ خمینی، ۱۴۱۰،

شده، التزام به این نظریه که اثر اصلی همه قراردادها ایجاد تعهد است، و تلاش برای رفع تعارض مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی قابل ایراد است.

۵. تبیین تفاوت نگرش فقیهان و حقوقدانان نسبت به عهدی یا

تملیکی دانستن بیع کلی

به منظور تبیین دقیق نگرش اندیشمندان فقه و حقوق، نسبت به عهدی یا تملیکی دانستن بیع کلی می‌توان به دو اختلاف مبنایی ذیل، بین فقها و حقوقدانان اشاره کرد:

۱-۵. اختلاف اول: در نگرش اندیشمندان فقه امامی، ملازمه‌ای بین تحقق تملیک

و وجود متعلق آن در عالم خارج وجود ندارد؛ به عبارت دیگر ضرورت ندارد که برای تحقق تملیک، متعلق آن هم، همان موقع در عالم خارج موجود باشد. (صاحب‌الجواهر، ۱۳۷۶، ۲۲/۲۰۹؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۲، ۹۲) به همین دلیل هم فقیهان امامی، مالکیت ذمه و همچنین بیع سلم را به صراحت پذیرفته‌اند، با اینکه ذمه در عالم خارج موجود نیست و در بیع سلم هم هنوز محصول در خارج موجود نمی‌باشد. بنابراین تملیک با انتقال عین خارجی متفاوت است. با این نظریه می‌توان گفت که عقد بیعی که موضوع آن کلی است هم در ردیف عقود تملیکی است با اینکه کلی در هنگام عقد عینیت ندارد. دلیل این امر آن است که لازم نیست که تملیک کننده در هنگام تملیک مسلط بر مورد تسلیط باشد. (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۴/۱؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۳۸)

چنان که ملاحظه می‌شود از نظر فقهی اشکالی در تملیکی دانستن بیعی که مبیع آن کلی است وجود ندارد؛ اما از نظر حقوقی همان‌طور که برخی از دانشمندان گفته‌اند، حقوق‌دانان مالکیت را به معنای تسلیط بر عین تلقی نموده (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۲، ۹۲) و آن را مهمترین حق عینی دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۲، ۱۶۸/۱) لذا با این استدلال که در بیع کلی، بعد از عقد، خریدار مالک هیچ عینی نمی‌شود و بر هیچ عینی حق پیدا نمی‌کند و فقط می‌تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد، (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳) بیع کلی را از شمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تملیک عین به عوض معلوم، معرفی

واکاوی عهدی یا
تملیکی بودن بیع کلی
در فقه امامیه و
حقوق موضوعه
۱۰۹

نموده است، خارج نموده و این ماده را فقط ناظر به بیع عین معین دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۲۷۶) و برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ماده مذکور شامل مبیع کلی نمی‌شود و باید احکام بیع مزبور را از مواد دیگر فصل بیع و تعهدات استنباط نمود (امامی، ۱۳۵۳، ۴۱۹/۱).

۵-۲. اختلاف دوم: برخی دیگر از حقوقدانان (شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۶، ۳۳) رابطه مالکیت را فقط بین شخصی و شیء معین قابل تصور دانسته و گفته‌اند چون رابطه مالکیت بین شخص و شیء معین قابل تصور نیست؛ پس تصور رابطه مالکیت بین خریدار و مبیع کلی در معین دارای اشکال است و حق عینی که برای خریدار نسبت به مجموع معین بوجود می‌آید، مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارا است. به نظر می‌رسد آنچه موجب شده تا حقوقدانان بیع کلی را از شمول ماده ۳۳۸ ق.م. خارج کنند، اختصاص مفهوم مالکیت به عین معین خارجی است. آنها به همین دلیل گفته‌اند بیع کلی مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. نمی‌گردد؛ زیرا این ماده مقرر می‌دارد: «بیع، عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»؛ در حالی که در بیع کلی، خریدار پس از عقد، مالک هیچ عینی نمی‌شود و بر هیچ عینی، حق پیدا نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۴۶، ۳۳). روشن است که حق عینی عبارت از هر حق مالی است که به عین خارجی بستگی داشته باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۰) و به عبارت دیگر متعلق آن عین خارجی باشد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۷، ۲۲۳) بنابراین، حقوقدانان بیع کلی را که در آن مالکیت بر عین - که در تعریف آن گفته‌اند: عین عبارت است از اموالی که وجود خارجی داشته و با حسّ لامسه قابل ادراک باشد - (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۳۵) در هنگام عقد وجود ندارد، از شمول ماده ۳۳۸ ق.م. خارج نموده‌اند. دلیل این امر آن است که آنان متعلق مالکیت را عین معین تلقی می‌کنند. برخی از اندیشمندان حقوق نیز به صراحت گفته‌اند که در اصطلاح حقوقدانان مالکیت مطلق منصرف به مالکیت عین است (صفایی، ۱۳۸۲، ۱۶۸/۱).

با مراجعه به فقه امامیه - که ماده ۳۳۸ ق.م. از آن اقتباس گردیده است -، ملاحظه می‌شود که فقیهان امامی برای مالکیت مفهومی وسیع و گسترده قایل هستند. فقهای

امامیه هر سلطه قانونی را ملکیت نامیده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۵۹۹) و آن را مختص به عین معین خارجی ندانسته‌اند؛ بلکه آن را سلطنتی اعتباری که توسط شارع مقدس و عقلا ثابت است، تعریف نموده (یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱) و چنانکه گفته شد حتی وجود متعلق تملیک در عالم خارج را ضروری ندانسته‌اند. (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۸، ۲۲/۲۰۹؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴) همچنین واژه «عین» را تنها به مالی که وجود محسوس و خارجی داشته و با حس لامسه قابل درک باشد، اختصاص نداده‌اند؛ بلکه در تعریف «عین» گفته‌اند که مراد از «عین» عبارت از موجود متعین خارجی و آن چیزی است که اگر وجود پیدا کند از اعیان خارجی است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۵) به این ترتیب در نگرش فقهای امامیه، «عین» شامل عین شخصی، ملک مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه و دین می‌باشد (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳/۱؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۶/۱).

با توضیحات یادشده، به نظر می‌رسد که اگر قایل باشیم که مالکیت رابطه‌ای اعتباری یا سلطه‌ای حقوقی است که عقلا برای شخص یا اشخاص نسبت به شیء برقرار می‌کنند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۴۴/۱) می‌توان گفت که متعلق مالکیت لازم نیست که فقط عین معین خارجی باشد؛ بلکه موضوع ملکیت ممکن است عین، منفعت، دین، کلی فی الذمه، کلی در معین و مانند آن باشد.

در همین زمینه یکی از حقوقدانان برجسته به درستی گفته است که در یک قرن اخیر در فقه امامیه، مالکیت مفهوم تازه‌ای به خود گرفت و به معنی سلطه قانونی به کار رفت و با این تدبیر، اشکال در اجاره، حل شد. زیرا مستأجر به موجب عقد اجاره، سلطه بر بهره‌گیری از عین مورد اجاره دارد. بر اساس همین طرز فکر است که ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع می‌گوید: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم؛ لذا با وجود اینکه مقصود از عین، اعم از کلی و عین شخصی (ماده ۳۵۰ ق.م.) است اما اگر مالکیت را به معنی سلطه قانونی ندانیم از عهده تفسیر آن بر نمی‌آیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ۸۵ و ۸۶).

بنابراین با توجه به این مطلب که مالکیت رابطه‌ای اعتباری و یا سلطه‌ای قانونی است می‌توان بیع کلی را هم مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. دانست و رابطه مالکیت را بین خریدار و مبیع کلی بدون هیچ مشکلی برقرار دانست. برخی از حقوقدانان نیز در تعریف مالکیت

به این امر تصریح نموده‌اند (صفار، ۱۳۷۳، ۴۴؛ کیانی، ۱۳۷۶، ۳۳۱). با این نوع نگرش به مالکیت همچنان که برقراری این رابطه بین مشتری و مبیع مشاع و مستأجر و منافع در عقد اجاره، بدون اشکال است، برقراری رابطه ملکیت بین خریدار و مبیع کلی هم خالی از اشکال می‌باشد. (کیانی، ۱۳۷۶، ۳۳۱)

لازم به ذکر است که برخی استادان حقوق (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۲، ۹۲) هم از نظریه تملیک به معنای تسلیط بر عین به شدت انتقاد نموده و آن را ابتکار حقوقدانان دانسته‌اند که به قانون مدنی راه یافته است و بر این عقیده‌اند که این نظریه غیرقابل دفاع بوده و باید در اصلاح قانون مدنی از آن چشم پوشید.

نتیجه

به نظر می‌رسد اگر از نظر حقوقی، نگرشی جامع نسبت به مفهوم مالکیت -نظیر آنچه در فقه امامیه وجود دارد- داشته باشیم، دیگر در تملیکی بودن بیع کلی تردیدی نخواهیم داشت و این نوع از بیع هم مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. خواهد بود و دیگر نیازی نیست که بند (۱) ماده ۳۶۲ قانون مدنی به بیع عین معین اختصاص یابد؛ بلکه در بیع کلی نیز زمان انتقال مالکیت، زمان انعقاد عقد خواهد بود، علاوه بر اینکه اختصاص بند (۱) ماده اخیر به بیع عین معین، هیچ دلیل حقوقی و قانونی قابل پذیرش ندارد و چنان که گفته شد، در حقوق اسلام قاعده کلی این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت، از زمان عقد صورت می‌پذیرد و فقط در موارد استثنایی در جایی که برای صحت عقد، شرط خاصی مقرر شده است، انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط است.

چنانچه دلایل ذکر شده برای شمول بیع کلی در ذیل ماده ۳۳۸ قانون مدنی، مورد قبول واقع نگردد؛ پیشنهاد می‌شود که با اصلاح ماده اخیرالذکر و تعریف بیع به تبدیل مال به مال، رفع ابهام شود؛ زیرا بیع دارای حقیقت عرفیه است و می‌توان براساس عرف زمان، اقدام به ارایه تعریف جدیدی کرد که رافع همه اختلاف نظرها باشد. در این صورت جامعیت تعریف فراهم می‌شود و نظر فقیهانی هم که بیع حقوق-مثل بیع حق امتیاز تلفن و آب و برق و...-را می‌پذیرند، نیز تأمین می‌شود.

منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی
۲. آصفی، محمد مهدی. (۱۴۱۳). *ملکية الأرض والثروات الطبيعية في الفقه الاسلامی*. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۳. آل کاشف الغطاء، محمد حسین. (بی تا). *تحریر المجلة*. تهران: مکتبه النجاج.
۴. ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). *الوسيلة إلى نیل الفضيلة*. قم: مکتبه السيد المرعشی.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابی الفضل جمال الدین محمد. (۱۹۹۷). *لسان العرب*. چ اول. بیروت: دار صادر.
۶. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم الدین. (۱۴۰۳). *الکافی فی الفقه*. اصفهان: مکتبه امیر المؤمنین علیه السلام.
۷. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۵). *کتاب البیع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۸. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۹). *الاجارة*. چ دوم. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۹. _____ (۱۴۱۸). *حاشية المكاسب*. قم: أنوار الهدی.
۱۰. امامی، سید حسن (۱۳۵۳)، *حقوق مدنی*، چ پنجم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۱۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). *المکاسب*. چ اول. قم: گنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۲. بجنوردی، سید محمد حسن. (۱۴۱۹). *القواعد الفقهية*. چ اول. قم: نشر الهادی.
۱۳. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۷۷). *سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی)*. تهران: مؤسسه اطلاعات.
۱۴. _____ (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظامهای حقوقی*. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۵. تاجمیری، امیر تیمور. (۱۳۷۷). *فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی*. چ اول. تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی آفرینه.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۷. _____ (۱۳۴۹). *حقوق مدنی (رهن و صلح)*. چ اول. تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا.
۱۸. _____ (۱۳۵۲). *عقد ضمان*. چ اول. تهران: مؤسسه انتشارات فرانکلین.

۱۹. _____ (۱۳۷۰). مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۰. _____ (۱۳۷۲). دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. _____ (۱۳۷۳). حقوق اموال. چ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۲. _____ (۱۳۹۳). قوه قدسیه به ضمیمه رساله موضوع‌شناسی و رساله حقوق عقد. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۳. _____ (بی‌تا). فرهنگ حقوقی. تهران: انتشارات کانون معرفت.
۲۴. _____ (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق. چ نهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۵. _____ (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۶. _____ (۱۳۵۷). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. چ اول، تهران: انتشارات بنیاد راستاد.
۲۷. جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۲). آسیب‌شناسی فقهی قوانین حقوقی قانون مدنی. قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.
۲۸. حسینی حائری، سیدمحمدکاظم. (۱۴۲۱). فقه العقود. چ اول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۹. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۰۴). زیادة الأحکام. چ اول. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۳۰. _____ (۱۴۱۰). کتاب البیع. چ چهارم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. خمینی، سیدمصطفی. (۱۴۱۸). کتاب البیع. چ اول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.
۳۲. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. چ ۲۸. قم: مدینه العلم.
۳۳. _____ (۱۴۱۲). مصباح الفقاهة. چ اول. بیروت: دار الهادی.
۳۴. خوئینی، غفور. (۱۳۷۹). حقوق تعهدات. چ اول. تهران: نشر زهد.
۳۵. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۴۱). لغتنامه (ماده عین). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. روحانی، سیدمحمدصادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق. چ سوم. قم: مؤسسه دارالکتاب.
۳۷. _____ (بی‌تا). المسائل المستحلثة. بی‌جا.
۳۸. ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۸). مقدمه علم حقوق. چ دوم. تهران: انتشارات خرسندی.
۳۹. سبکی، محمد محی‌الدین عبدالمجید و محمد عبداللطیف. (۱۳۶۳). المختار من صحاح اللغة. چ اول. تهران: انتشارات ناصر خسرو.

۴۰. سراج، محمد. (بی تا). نظریة العقد فی الفقه الاسلامی. مصر: جامعة الاسكندرية.
۴۱. سنگلجی، محمد. (۱۳۴۷). ضوابط وقواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات. چ چهارم. بی جا.
۴۲. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۴۳. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد. (۱۳۹۸). رساله فی تحقیق معنی البیع. قم: دار الکتب.
۴۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۳). سقوط تعهدات. چ سوم. تهران: کانون وکلای دادگستری.
۴۵. _____ (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: نشر حقوقدان.
۴۶. _____ (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۳. چ سوم. تهران: انتشارات مجد.
۴۷. _____ (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱). چ اول. تهران: انتشارات مجد.
۴۸. صاحب جواهر (نجفی)، محمد حسن. (۱۳۶۸). جواهر الکلام. چ نهم. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۴۹. صاحبی، مهدی. (۱۳۷۶). تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی. چ اول. تهران: انتشارات ققنوس.
۵۰. صفار، محمد جواد. (۱۳۷۳). شخصیت حقوقی. چ اول. تهران: نشر دنا.
۵۱. صفایی، سید حسین. (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی (تعهدات و قراردادها). چ اول. تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۵۲. _____ (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال). چ دوم. تهران: نشر میزان.
۵۳. _____ (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). تهران: نشر میزان.
۵۴. طباطبائی حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهة. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۵۵. طبرسی، امین الاسلام. (۱۴۱۵). مجمع البیان. چ اول. بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.
۵۶. طریحی، فخرالدین. (بی تا). مجمع البحرین. بی جا.
۵۷. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة.
۵۸. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰). نهاية الاحکام فی معرفة الأحکام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۵۹. عمیدزنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۸). آیات الأحكام حقوقی - کیفری. تهران: انتشارات مجد.
۶۰. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴). التنتیح الرائع. چ اول. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۶۱. قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۴۷). حقوق تعهدات (نظریه کلی تعهدات قانون مدنی). تهران: سازمان چاپ کیهان.
۶۲. قاسم زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۳). حقوق مدنی: عقد بیع و شروط و خیارات. چ اول، تهران: نشر میزان.
۶۳. قاسمی، محسن. (۱۳۸۲). انتقال مالکیت در عقد بیع. چ اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۶۴. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷.
۶۵. قبولی درافشان، سید محمدتقی و سیدمحمدهادی. بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران. مجله آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم رضوی. ش ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۶۶. قبولی درافشان، سیدمحمدهادی. (۱۳۸۶). مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس. چ اول. تهران: انتشارات شلاک.
۶۷. قدیری، محمدحسن. (۱۴۱۸). کتاب البیع، چاپ اول، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی (ره).
۶۸. قزوینی، ملاعلی. (۱۳۶۹). صیغ العقود والایقاعات. چ اول. تهران: دفتر مرکزی جهاد دانشگاهی.
۶۹. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۱۳). جامع الشتات. چ اول. تهران: مؤسسه کیهان.
۷۰. _____ (۱۴۲۷). رسائل المیرزا. چ اول. قم: سازمان تبلیغات.
۷۱. قنواتی، جلیل. مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع. فصلنامه اندیشه‌های حقوقی. ۱۳۸۲. ش ۵.
۷۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۴۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی. چ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷۳. _____ (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات. چ اول. تهران: مؤسسه نشر یلدا.

۷۴. _____ (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۵. _____ (۱۳۷۸). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. چ سوم. تهران: نشر دادگستر و میزان.
۷۶. _____ (۱۳۸۴). اموال و مالکیت. چ دهم. تهران: نشر میزان.
۷۷. _____ (۱۳۸۴). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۸. _____ (۱۳۷۸). حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱). چ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۹. کیائی، عبدالله. (۱۳۷۶). التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله. چ اول. تهران: انتشارات ققنوس.
۸۰. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). بحار الانوار. چ دوم. بیروت: مؤسسة الوفاء.
۸۱. محقق حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم. (۱۴۰۹). شرایع الاسلام. چ دوم. تهران: انتشارات الاستقلال.
۸۲. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۰). قواعد فقه (بخش مدنی). چ هشتم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۸۳. محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران. (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. چ اول، تهران: انتشارات سمت.
۸۴. مدنی، سیدجلال‌الدین. (۱۳۸۳). حقوق مدنی (اسباب تملک). چ اول. تهران: انتشارات پایدار.
۸۵. مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳). فقه المعاملات. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۸۶. معروف‌الحسینی، هاشم. (بی تا). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۸۷. مکارم‌شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵). انوار الفقاهة (کتاب البیع). قم: مدرسة الإمام علی علیه السلام.
۸۸. موحد، محمدعلی. (۱۳۵۲). مختصر حقوق مدنی. چ دوم. تهران: انتشارات مدرسه عالی حسابداری و علوم مالی.
۸۹. نائینی، میرزاحمدحسین. (۱۴۱۳). کتاب المکاسب و البیع. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۹۰. _____ (۱۴۱۸). منیة الطالب. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۹۱. نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷). عوائد الايام. چ اول. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۹۲. نوری، محمدعلی. (۱۳۸۰). عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه (ترجمه مواد ۱۱۰۱-۱۳۸۲). چ اول. تهران: گنج دانش.

۹۳. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (۱۴۱۴). الموسوعة الفقهية. چ اول. كويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

۹۴. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸). حاشیة المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۹۵. Cod Civil Des Francair, 1804.



جستارهای
فقهی و اصولی
سال اول، شماره اول
زمستان ۱۳۹۴

۱۱۸