

The Fundamental Foundations of Possession of Sale of an Object With Generaldescription in Iranian Jurisprudence and Law

Rahim Nikpour¹, Sam Mohammadi^{2*}, Hamid Abhari³

1. PhD Student of PrivateLaw, Department of Private Law, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.
2. Professor, Department of Private Law, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran.
3. Professor, Department of Private Law, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:19-36

Article history:

Received: 14 May 2024

Edition:12 Jul 2024

Accepted: 06 Sep 2024

Published online: 22 Dec 2025

Keywords:

Ownership Contract, Sale of an Object With Generaldescription, Ownership Transfer, Selling .

Corresponding Author:

Sam Mohammadi

Address:

Iran, Mazandaran, Mazandaran University, Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0001-5064-3096

Tel:

09111119556

Email:

sammhmd@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Aims: One of the important issues in jurisprudence and law is whether the sale of an object with generaldescription is contractual or possessive. The main purpose of this research is to prove that according to the provisions of the civil law and Islamic jurisprudence, the sale of an object with generaldescription is a property contract and as soon as the contract takes place, the ownership is transferred.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

Ethical considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

Findings: In Imamiyyeh jurisprudence and Iranian law, in the sale of an object with generaldescription as an ownership contract, such as sale of a certain object, in line with Articles 338 and 362 of the Civil Code, the transfer of ownership takes place at the same time as the sale contract occurs, while in legal systems The basis of the transaction type is different.

Conclusion: The ownership of sale of an object with generaldescription in the Islamic legal system is based on three elements. The first element is the acceptance of the theory of ownership in this system. the second element; Acceptance of debit as a general asset is credit, and finally, the third element is acceptance of due as a container in which debit is placed.

Cite this article as:

Nikpour, R; Mohammadi, S; Abhari, H. *The Fundamental Foundations of Possession of Sale of an Object With Generaldescription in Iranian Jurisprudence and Law*. Economic Jurisprudence Studies. 2025.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره هفتم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۴

پایه‌های بنیادین تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران

رحیم نیک‌پور^۱، سام محمدی^{۲*}، حمید ابهری^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

۳. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: یکی از مسایل مهم در فقه و حقوق، عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی است. هدف اصلی این پژوهش این است که ثابت نماید براساس مقررات قانون مدنی و فقه اسلامی، بیع کلی عقدی تملیکی است و به محض وقوع عقد، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: در فقه امامیه و حقوق ایران در بیع کلی به عنوان یک عقد تملیکی، مانند بیع عین معین، در راستای مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ قانون مدنی انتقال مالکیت، همزمان با وقوع عقد بیع انجام می‌گیرد در حالی که در نظام‌های حقوقی بر پایه نوع مورد معامله متفاوت است.

نتیجه: تملیکی بودن بیع کلی در نظام حقوقی اسلام، بر پایه سه عنصر استوار می‌باشد. عنصر نخست، پذیرش نظریه تملیک در این نظام است. عنصر دوم؛ پذیرش دین به عنوان یک مال کلی اعتباری می‌باشد و در نهایت عنصر سوم پذیرش ذمه به عنوان ظرفی که دین در آن قرار می‌گیرد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۹-۳۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:

عقد تملیکی، بیع کلی، انتقال مالکیت، عقد بیع.

نویسنده مسئول:

سام محمدی

آدرس پستی:

ایران، مازندران، دانشگاه مازندران، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

۰۹۱۱۱۱۹۵۵۶

کد ارکید:

0000-0001-5064-3096

پست الکترونیک:

sammhmd@yahoo.com

۱. مقدمه

عقد بیع، عقدی است که بسیاری از داد و ستدهای مالی براساس آن انجام می‌پذیرد و پژوهش‌های فقهی و حقوقی زیادی را به خود اختصاص داده است. بنابراین از زوایای گوناگون می‌تواند مورد بررسی و کنکاش قرار گیرد. از جمله مباحث مهم در مورد این عقد، بحث تملیک یا انتقال مالکیت است. در خصوص عقد بیع معین، اختلاف نظری وجود ندارد. زیرا همه بر این باورند که با انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد. به سخن دیگر در تملیکی بودن بیع معین اختلافی نیست. لکن در خصوص تملیکی بودن بیع کلی، اختلاف نظرات زیادی مشاهده می‌گردد. فقها به طور مطلق، عقد بیع را تملیکی می‌دانند. چه کلی باشد و چه عین معین. لکن حقوقدانان بر این باورند که بیع کلی برای فروشنده صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید. ساختار قانون مدنی به لحاظ ماهوی نشان می‌دهد که اکثر عقود و قراردادهای مبنای انتقال مالکیت می‌باشند نه ایجاد تعهد. چه در مبحث عقد قرض و چه هبه به ویژه در خصوص عقد بیع صراحتاً تملیکی می‌دانند؛ چراکه ماده ۳۴۸ ق.م. در تعریف عقد بیع، تملیک عین (معین یا کلی) به عوض آمده است و در مبحث آثار عقد بیع، بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. فوری بودن انتقال مالکیت مورد تایید قرار گرفته است و هیچ تفکیکی میان بیع معین و کلی مشاهده نمی‌شود. در خصوص بیع کلی، پژوهش‌های متعددی انجام شده است: سید محمد مهدی احمدی، علی حسنی و سیدعلیرضا حسینی، در مقاله‌ای، به تحلیل تطبیقی بیع کلی ما فی الذمه در فقه و حقوق ایران پرداخته‌اند (احمدی، حسنی و حسینی، ۱۴۰۲) علی محمد حکیمیان نیز در مقاله‌ای، ماهیت تملیکی بیع

کلی بر ذمه و دین را بررسی کرده است (حکیمیان، ۱۳۹۶) همچنین مهدی خندانی، حمیدرضا علی‌کرمی و وحید قاسمی عهد، در مقاله‌ای، انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی الذمه در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس را بررسی کرده‌اند (خندانی، علی‌کرمی و قاسمی، ۱۳۹۸) تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به سایر پژوهش‌های انجام شده این است که در این مقاله، پایه‌های بنیادین تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران بررسی می‌شود. بر اساس آنچه گفته شد، سوال مقاله بدین شکل قابل طرح است که پایه‌های بنیادین تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران چیست؟ در واقع، اگرچه در متون حقوقی و فقهی، سخن از تملیکی بودن بیع کلی بعمل آمده است. فقها شرایط و شالوده تملیکی بودن بیع کلی را بصورت منسجم و یکپارچه عنوان نکرده‌اند که در پژوهش پیش رو تلاش شده است که عناصر سه‌گانه پذیرش نظریه تملیک و پذیرش دین به عنوان یک مال کلی اعتباری و پذیرش ذمه بعنوان جایگاه مال کلی اعتباری مورد بررسی و کنکاش قرار گیرد.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

در فقه امامیه و حقوق ایران در بیع کلی به عنوان یک عقد تملیکی، مانند بیع عین معین، در راستای مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ قانون مدنی انتقال

استفاده شده، گاهی به معنای خرید و فروش نیز محسوب می‌شود (انصاری؛ ظهاری، ۱۳۸۶، ۵۷۰). از دیدگاه بعضی از واژه‌شناسان دلالت واژه بیع بر «خرید» بیشتر از «فروش» است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ۲۱۴).

از دیدگاه فقها، واژه بیع نه دارای حقیقت شرعیه است و نه دارای حقیقت متشرعه، بنابراین بیع حقیقت عرفیه دارد که شرح انور هم آن را امضاء کرده است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ۱۰). بنابراین، بیع بعنوان یک عقد در پرتو حکم امضایی، بر پایه عرفی استوار مانده است (قبولی در افشان، ۱۳۹۲، ۱۸). در این راستا، یکی از فقها در بیان تعریف بیع چنین نگاشته‌اند: «انشاء تملیک عین به مال را بیع می‌گویند» (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ۱۷). که برخی از فقها تعریف یاد شده را بهترین تعریف نامیده‌اند با این شرط که واژه «انشاء» حذف گردد (جوادی آملی، ۱۴۱۳، ۹۹) برای اینکه «انشاء انشاء» که تحصیل حاصل است انجام نپذیرد (اراکی، ۱۴۱۵، ۲۱) و «به جای کلمه تملیک» واژه «تبدیل» جایگزین شود؛ زیرا تملیک از لوازم تبدیل می‌باشد (جوادی آملی، ۱۴۱۳).

«بیع کلی فی الذمه در حقوق ایران، عبارت از عقدی است که در آن تعهد به تملیک مقدار معین از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است» (امامی، ۱۳۷۶، ۴۵۰) که این تعریف با آنچه که در قانون مدنی ایران بویژه درباره آثار عقد بیع آمده ناسازگار است. چرا که در ماده ۳۴۸ در تعریف بیع آمده است که تملیک عین به عوض معلوم، برابر ماده ۳۵۱ عین یا همان بیع ممکن است «کلی فی‌الذمه» نیز باشد که به هر شیوه و برابر دکترین حقوقی، کلی در ذمه به چیزهایی گفته می‌شود که به وسیله عدد یا وزن یا مقدار مشخص می‌گردد و تشخیص خارجی آن در نظر

مالکیت، همزمان با وقوع عقد بیع انجام می‌گیرد در حالی که در نظام‌های حقوقی بر پایه نوع مورد معامله متفاوت است.

۵. بحث

بیع کلی، مقابل بیع شخصی عبارت است از خرید و فروش کالایی که در وصف، معین و مشخص است لیکن در خارج، کلی و قابل صدق بر افراد متعدّد می‌باشد، مانند بیع صد کیلو از آرد موجود در انبار. کلی یا جزئی بودن ثمن (بهای کالا) تأثیری در صدق عنوان بیع کلی ندارد. عنوان کلیت در بیع کلی گاه صفت بیع واقع می‌شود و گاه صفت مبیع (کالا) و هر دو، به یک معنا است. بیع کلی در ذمه بدون شک و اختلاف جایز است، مانند بیع سلف که مشروعیت و جواز آن مسلم است؛ لیکن اگر کالا و بهای آن، هر دو، کلی در ذمه و مدت‌دار باشند از مصادیق بیع دین به دین و باطل است. در بیع عین معین مبیع باید هنگام عقد موجود باشد. مطابق ماده ۳۶۱ قانون مدنی: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است. این در صورتی است که عین معین به عنوان تملیک مال موجود فروخته شود ولی در بیع عینی که در آینده ساخته می‌شود مانند آپارتمان، موجود بودن در هنگام عقد ضرورت ندارد». موضوع بحث مقاله حاضر تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران و اصولی است که تملیکی بودن بیع کلی بر آن استوار است.

۵-۱. بیع و بیع کلی فی الذمه

بیع واژه‌ای عربی است که در لغت هم به معنای «خرید» و هم به معنای «فروش» به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۶۷، ۴۱۵). بنابراین از واژگان اضداد به شمار می‌رود و بسته به جمله‌ای در آن

کلی از شیء تساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد».

۵-۲. ذمه

از منظر لغوی، «ذمه» به معنای امان و عهد است (خوری شرتونی، ۱۴۰۲، ۳۷۲). یکی از فقها در خصوص بیان می‌دارد: «رجل ذمنی له عهد» (ازهری، ۱۴۲۲، ۱۲۹۳). یکی از لغت‌شناسان، معانی از قبیل: حمایت، امنیت جان و مال، مسئولیت، مصونیت را برای ذمه بیان کرده است. وی همچنین ذمه بالیه را به معنای مجموع حقوق و تعهدات هر فرد با بدهی و دیون مالی و نیز ذمم را به معنای مطالبات می‌داند (باتمان غلیچ، ۱۳۹۶، ۱۱۵۲) و یا چیزی که حفظ و حمایت آن الزام است (طریحی، ۱۴۱۶، ۶۶).

در حدیث امیر مومنان (ع): «ذمتی رهینه و انا به زعیم» ذمه به ضمان و عهد معنا شده است. یعنی ضمان و عهد من در گرو وفای به آن است (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ۸۱) و در توضیح آن ذکر کرده اند «ای ضمانی و عهدی رهن فی الوفاء به» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ۸۱).

از منظر اصطلاحی، ذمه دو مفهوم به شرح ذیل دارد:

۱- مفهوم عام: «ذمه در معنای عام کلیه تکالیف و تعهدات اعم از عبادی غیر عبادی، مالی، غیر مالی، عادی مالی، حقوقی، حقوقی مالی) و بطور کلی تمام الزامات و التزامات را در بر می‌گیرد و کاربرد واژه ذمه در منابع اصول فقه معنای عام آن دلالت دارد که از جمله شامل واجبات عبادی مانند نماز روزه نیز می‌شود» (بهبهانی، ۱۴۱۵، ۳۱۷-۳۱۶).

۲- مفهوم خاص: «ذمه در معنای خاص ذمه است که هرگاه برای دیگری به مالی مشغول شود او مالک مالی در این ذمه می‌شود. پس ضمان مختص ذمه به معنای خاص است و تکلیف

گرفته نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ج ۳، ۱۵۶)

از دیدگاه فقها، «منظور از کلی فی الذمه چیزی است که بر مصادیق فراوان صدق نموده و شایسته انطباق بر افراد زیاد باشد. با این توضیح که کلی در ذمه دو شیوه دارد: نخست آنکه شخصی طلبی را که از دیگری دارد می‌فروشد مانند آنکه صد کیلو برنجی را که از دیگری بستانکار است می‌فروشد: دیگر آنکه کلی به واسطه نفس عقد بیع ثابت در ذمه می‌گردد، بدون آنکه پیش از بیع چیزی در ذمه باشد؛ مانند آن که یک تن گندم را بطور کلی به دیگری می‌فروشد» (خویی، ۱۳۷۱، ج ۱، ۱۷).

در راستای تحولات مفهوم بیع در فقه و حقوق برخی از فقها برای مرتفع نمودن بعضی از اشکالات، بیع را مبادله مال به مال دانسته‌اند. از دیدگاه این فقها، «بین مالک و مملوک یک اضافه و ربطی وجود دارد مانند یک ریسمان فرضی که یک سر آن به مال و سر دیگر آن به مالک بسته است و گاهی جای مالک با دیگری عوض می‌شود؛ مانند ارث و گاهی جای مال با مال دیگر، مانند آنچه در معاملات روی می‌دهد» (نائینی، ۱۴۰۳، ج ۱، ۸۷).

به نظر می‌رسد با کنکاش در متون فقهی و بررسی قانون مدنی ایران می‌توان گفت که بیع کلی در حقوق ایران به عنوان یک عقد تملیکی است و به محض وقوع عقد انتقال مالکیت صورت می‌گیرد. منتهی ضروری است پایه‌های بنیادین تملیکی بودن بیع کلی در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد. مطابق ماده ۳۳۸ ق.م: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». همچنین بر اساس ماده ۳۵۱ ق.م: «بیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور

دارد. ۴. مواردی که قانون می‌خواهد غرامتی بر شخص بگذارد و در عین حال نمی‌خواهد شخص را در تصرف در اموالش منع نماید، بلکه می‌خواهد او را آزاد بگذارد یا اینکه اصلاً شخص مالی نداشته باشد، مثل وقتی که کسی مال دیگری را تلف کرده است. ۵. در داد و ستدهایی مثل قرض که مال را در ذمه مقرض می‌گذارد تا هم مال قرض‌دهنده و مالک محفوظ باشد و هم قرض‌گیرنده به مالی که می‌خواهد برسد و قرض‌گیرنده می‌تواند بر آن مال معاملاتی انجام دهد.

۳-۵. تبیین مبانی ماهوی توجیه تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران

در این قسمت به بررسی و تبیین مبانی ماهوی توجیه تملیکی بودن بیع کلی در فقه و حقوق ایران پرداخته می‌شود.

۳-۵-۱. پذیرش نظریه تملیکی

گرچه نویسندگان قانون مدنی ایران کوشش بسیار نمودند تا شالوده این قانون را بر پایه فقه امامیه استوار سازند ولی این تلاش به فرجام نرسیده چرا که در بخش شرایط همگانی قراردادها و مقررات از قانون مدنی فرانسه پیروی شده که پایه آن را نظریه تعهد تشکیل می‌دهد در حالیکه قراردادهای معین برگرفته از فقه امامیه بر پایه نظریه تملیک پی‌ریزی شده است. این ناهمگونی در بخش الزامات بیرون از قرارداد و قانون مسئولیت مدنی نیز دیده می‌شود. بر اساس نظریه تملیک مورد پذیرش در فقه اسلامی، قراردادها بویژه عقود معاوضی، چه به شیوه عین معین و چه کلی فی‌الذمه اصولاً تملیکی می‌باشند. یعنی اثر مستقیم قرارداد، انتقال مالکیت است و آنچه که در این نظر موضوع گفتمان حقوقی است

محض، مخصوص ذمه در معنای عام می‌باشد» (موسوی بجنوردی؛ مقتدایی، ۱۳۹۲، ۲). تعاریف برخی از فقها عمدتاً ناظر به این قسم از ذمه (ذمه مالی) است که در برخی از ابواب و مباحث بخش معاملات فقه، مانند بیع با اجاره، دین؛ ضمان و قرض بدان می‌پردازند. بر پایه این اصطلاح خاص، که در باب ضمان غصب معنی اصطلاحی یافته است (صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ۲۸۴).

مراد از ذمه یا ضمان ذمه ضمانتی است که به اموال غیر مادی و غیر دینی یعنی «مال کلی بر ذمه» تعلق می‌گیرد. مانند ضمان دادن مثل یا قیمت مال غصب شده ای که تلف شده باشد به تعبیر دیگر مال تلف شده را ذمه خوانده اند (مغنیه، ۱۴۰۱، ج ۴، ۵۳). لکن آنچه که مرتبط به موضوع بحث ما می‌شود ذمه به مفهوم خاص است.

در نظام حقوقی اسلام برای نظم بخشی به روابط مالی حقوقی در ظرف اعتباری «ذمه» و «عهده» توسط فقها ابداع و مبنای تنظیم روابط پیرامون آن بر اساس قواعد مربوط به احکام وضعی و تکلیفی تعریف و تبیین گردیده اند. بنابراین یکی از نوآوری های فقه اسلامی، به کارگیری مفهوم ذمه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۹). این اعتبار عقلایی دارای فواید بسیاری است: ۱. امکان پذیر کردن معاملات در زمانی که عین خارجی موجود نیست در این معاملات گاه مبیع در ذمه می‌ماند تا پس از مدتی تسلیم شود (سلم)، یا ثمن در ذمه می‌ماند و در آینده تسلیم می‌شود (نسیه). ۲. گاه انسان مالک چیزی هست ولی نمی‌خواهد آن را از دست بدهد و در عین حال تمایل دارد معامله‌ای انجام دهد، در این صورت معامله در ذمه انجام می‌دهد. ۳. گاه انسان، مالک چیزی نیست ولی احتیاج به خرید و فروش

انتقال یا ابراء بر آن بار می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۱۰).

۵-۳-۱-۱. عقد به عنوان منبع تملیک

نه تعهد

همانطور که پیشتر اشاره شد آنچه که از بررسی فقه اسلامی می‌توان یافت این است که بر پایه پذیرش نظریه تملیک در فقه اسلامی عقود بویژه عقود معاوضی که بنیاد حقوق قراردادهای را دهند، چه به شیوه عین معین و کلی در معین و یا به شیوه کلی فی‌الذمه بسته شوند، اصولاً موجب انتقال مالکیت بوده و تملیکی محسوب می‌شوند. در حالیکه بر پایه دیدگاه تعهدات در حقوق روم، قراردادهای اصولاً عهدی هستند و صرفاً تحول در مفهوم بیع و تملیکی بودن بیع را باید از امتیازات فقه اسلامی دانست. زیرا با مراجعه به سیر تحول بیع در حقوق اروپایی معلوم می‌گردد این ابتکار ویژه مکتب حقوق اسلام است. زیرا «در حقوق روم هنگامی که عقد بیعی رخ می‌داد، در ذمه بایع تعهدی حتی برای انتقال مالکیت نیز به وجود نمی‌آمد. بنابراین بر اساس قانون روم صحیح بود که مالکیت بیع برای خود فروشنده باشد و او فقط شرایط تصرف بدون مانع مشتری را فراهم کند» (سنهوری، ۲۰۰۹، ج ۴، ۴۰۸-۴۷۹). در حقوق مصر نیز عقد بعنوان منبع تعهد است؛ چرا که ماده ۴۱۸ قانون مدنی این کشور در خصوص بیع می‌گوید: «بیع، عقدی است که به موجب آن بایع خود را ملتزم به انتقال مالکیت مالی یا حق مالی دیگری در مقابل پول به مشتری می‌کند».

بنابراین مشاهده می‌گردد که قوانین و نظام حقوقی بسیاری از کشورها از عقد بیع مفهوم تعهد به انتقال برداشت می‌گردد؛ ولی در بررسی دوره‌های گوناگون می‌بینیم که در تعریف عقود به

حکم وضعی و تکلیفی، عقود بعنوان منابع مالکیت، و تملیک و مالکیت بعنوان اساس کار در الزامات قهری و انتقال مالکیت همزمان با انعقاد عقد می‌باشد.

از سویی دیگر بر پایه مبانی حقوق اسلامی، «مهمترین ملاک شناسایی آثار احکام، تشخیص ماهیت حکم از حیث وضعی و تکلیفی است؛ زیرا کلیه احکام اسلامی در یک تقسیم بندی به احکام وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شوند. در سخن فقها، «حکم تکلیفی حکم شرعی است که مستقیماً به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و وظیفه آن را در ابعاد گوناگون زندگی مشخص می‌کند. مانند وجوب پرداخت دین و حرمت تصرف در مال غصبی» (صدر، ۱۴۰۶، ج ۱، ۲۵۷)؛ «و حکم وضعی حکمی شرعی است که مستقیماً به فعل مکلف تعلق نمی‌گیرد. در واقع هر حکمی که تکلیفی نیست، حکم وضعی است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹، ج ۱۴، ۳۳۰) «زوجیت، مالکیت، صحت و فساد از احکام وضعی شمرده می‌شوند» (مشکینی، ۱۳۷۱، ۱۲۱). برای نمونه در سخن برخی از فقها آمده است: «ضمان از قبیل وضع است نه تکلیف» (بحرالعلوم، ۱۳۱۲، ج ۲، ۳۵۰).

به نظر می‌رسد پس از تحقق عقد ضمان، دینی که در مالکیت مضمون له (بستانکار) بوده است از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و چون ضامن مدیون می‌شود (حکم وضعی) مکلف به پرداخت می‌گردد (حکم تکلیفی). مطابق ماده ۶۹۸ ق.م: «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». بنابراین حکم وضعی به ذمه تعلق می‌گیرد و به صورت یک دین بر مکلف ثابت می‌شود و آثار کلی دین از جمله

ویژه عقد بیع (چه بیع عین معین و چه کلی در ذمه) تملیکی بودن شالوده و اساس عقود محسوب شده است. برای نمونه یکی از فقها در باب عقود البیوع می‌گوید: «و البیوع ینعقد علی حسب تراض بین الاثنین فیما تملیکان بالتبایع له لذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و اقترقا بالایدان» (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ۵۹۱) یکی دیگر از فقها نیز در اینباره چنین گفته است: «البیع عقد ینتقل به عین مملوکه من شخص الی غیره ببعض مثلها او مخالف لها فی الصفه علی وجه التراضی» (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ۲۶۵) با نگاهی به تعاریف یاد شده در فقه امامیه، به نظر می‌رسد یکی از بنیادهایی که تملیک را در فقه العقود بعنوان موضوعی اساسی توجیه می‌کند، تحلیل رابطه شخص با مال به رابطه حق و ملک در فقه اسلامی در برابر تقسیم حق مالی به حق عینی و شخصی نظام حقوقی رومی است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ۵۵).

و در سخن روشنی رابطه شخص با مال یعنی رابطه حقی یا ملکی این گونه بیان شده است: «انه لا علاقہ بالاضافه الی المال لعلاقه المملکيه او علاقہ الحقیه» (اصفہانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ۱۸۵) از سوی دیگر متعلق ملکیت در فقه اسلامی صرفاً عین معین دانسته نشده و عین کلی در ذمه نیز متعلق ملکیت تلقی می‌شود. که تعبیر زیر از یکی از فقهای معاصر به خوبی این واقعیت را نشان می‌دهد: «ان المملکيه و ان کان من الاعراض الخارجيه الا ان حقیقتها لیست بالاعتبار عقلانیا ... و اذا کان امرا اعتباریا بمعنی ان حقیقه عین اعتبار العقلاء فیمكن ان یکون محله موجوداً اعتبار یا فنقول العقلاء یعتبرون هذا الکلی الذمه شیئا موجوداً» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۱۴۷).

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در خصوص عقود و قراردادهای گوناگون از تملیک و

۵-۳-۱-۲. زمان انتقال مالکیت

در حقوق ایران هیچ تفاوتی در خصوص انتقال مالکیت همزمان با انعقاد عقد بیع بین مبیع معین و کلی وجود ندارد؛ بنابراین «به محض وقوع عقد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد که از قانون مدنی به ویژه بند اول ماده ۳۶۲ چنین به ذهن متبادر می‌شود که تملیکی بودن عقد بیع واضح بوده و وابسته به قبض یا هر نوع عمل حقوقی دیگری نمی‌باشد. مگر در موارد استثناء ماده ۳۶۴ ق.م.د در بیع صرف که انتقال از زمان حصول شرط است نه از زمان وقوع بیع» (قنواتی، ۱۳۹۹، ۳۵). در همین راستا، یکی از برخی در تعریف بیع گفته‌اند: «بیع عبارتست از انتقال عین مملوک از بایع به خریدار در برابر عوض معین از روی تراضی». لکن یکی از فقهای دیگر در این خصوص بیان داشته که «عین مملوک، اعم است از عین شخصی و کلی» «البیع انتقال عین مملوکه بین شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی» (حلی، ۱۴۱۸، ۵۰۱). عقد البیوع هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی آخر بعوض معلوم... نعم، لا فرق فیها بین کونها شخصیه و کلیه مستقره فی الذمه کالدین، مضمونه کالمسلم فیه، و الموصوف المبیع حالاً، و الکلی المشاع فان ذلک کله من الاعیان ... (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ۲۰۳-۲۰۹). برخی دیگر «عقد را علت تامه انتقال مالکیت دانسته معتقدند که به صرف

یا هر چیز دیگر رو به رو شود» (عسگری، ۱۳۹۴، ۳۸).

«بررسی موارد استعمال دین و ذمه در ابوابی مانند بیع از جمله بحث مصارف، یعنی بیع طلا و نقره در ذمه» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ۵۳) «بیع سلف و بیع دین نشان می‌دهد که فقها در مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد ظرفی بنام ذمه را جعل کردند» (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۳، ۱۰۵) «محتوی این ظرف نیز امر اعتباری، دین است که مالی کلی و نامعین به شمار می‌رود» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۵، ج ۸، ۳۱۸). قطب راوندی در این خصوص نوشته است: «دین یا در ذمه شخص قرار دارد یا در رقبه وی و یا در عین مال او. اگر در رقبه اش باشد با مرگ وی وجوب آن از بین می‌رود و اگر در عین مال وی باشد با از بین رفتن مال، وجوب آن از بین می‌رود. بنابراین درست این است که دین در ذمه وی قرار دارد (راوندی، ۱۴۰۵، ۳۸۲-۳۸۱).

همچنین یکی از فقهای معاصر در این خصوص می‌گوید: «معامله گاه بر عین خارجی وضع می‌شود و گاه بر مال کلی. محل قرار هر عاملی در صورت اول عین خارجی است و از آن به عین دیگر یا به ذمه تجاوز نمی‌کند، در صورت دوم نیز ارتباطی به عین خارجی ندارد چون محل آن کلی است به مختص پس ناگزیر محل آن ذمه خواهد بود چون تنها ذمه است که می‌تواند کلی را در خود جا دهد و ظرف آن باشد» (جوادی آملی، ۱۴۱۳، ۲۰۷).

شایان یادآوری است که مشهود فقها «ذمه» را ظرف اعتباری برای اموال کلی می‌دانند که عقلاً برای اموال اعتباری جعل کرده‌اند (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ۵۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ۱۷) بنابراین هم ظرف و هم مظهر یک اعتبار عقلایی است و از

انقضاء عقد، مالکیت نیز منتقل می‌شود و فرقی نمی‌کند که مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه» (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ۲۵۹-۲۵۸). ظاهر کلام بعضی از فقهای امامیه نیز حکایت از تملیکی بودن عقد دارد، اعم از اینکه مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۱۳۷-۱۳۸).

از سوی دیگر فقهای امامیه بر جهت تملیک کلی اجماع دارند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۲۶) همچنین به نظر این گروه مالکیت در حین عقد حاصل می‌شود نه در زمان وفاء (یعنی تسلیم بیع کلی) (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۲۶) و باز هم در این خصوص یکی از فقها معتقد است که «بیع عبارت است از اینکه مالک، ملک خود را بطور بالفعل به دیگری منتقل می‌کند. خواه خود ملک بالفعل باشد، خواه در آینده مالک گردد» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۱۹). به نظر می‌رسد هم از نگاه فقه اسلامی و هم از نگاه قانون مدنی ایران، همزمان با وقوع عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع (عین معین کلی فی الذمه) صورت می‌گیرد و هیچگونه تردیدی در این خصوص وجود ندارد.

۵-۳-۲. پذیرش ذمه بعنوان جایگاه دین

و ظرف اعتباری

حقوق در فقه، همانند سایر نظامهای حقوقی بر پایه اعتبارات بنا شده است و فضای اعتباری مخلوق اراده معتبر یعنی شارع می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۳۴). «امر اعتباری قضایای هستند که بیانگر یک واقعیت نفس الامری نیستند که مصداقشان در ظرف ذهن انسان به همین دلیل معتبر می‌تواند مطابق با غرضش در آنها دخل و تصرف کند، بدون اینکه با هیچ یک از معذورات عالم واقع مانند اجتماع نقیض یا مثلین

به رابطه شخص با شیء ارجاع می‌شود و به تعبیری رابطه مالک و مایملک مطرح می‌شود. «یکی از کارکردهای اعتبار عقلایی ذمه، امکان پذیر کردن معاملات در زمانی که عین خارجی موجود نیست می‌باشد. در این گونه معاملات گاه مبیع در ذمه می‌ماند تا پس از مدتی تسلیم شود (بیع مسلم) یا ثمن در ذمه می‌ماند و در آینده تسلیم می‌شود (نسیه). به نظر می‌رسد امروز معاملاتی که در بورس کالا انجام می‌شود. نمونه بارز این کارکرد حقوقی اعتبار عقلایی ذمه است» (شهیدی، ۱۳۸۰، ۱۱۴). «از دیگر کارکردهای اعتبار عقلایی ذمه هنگامی است که انسان مالک چیزی هست ولی نمی‌خواهد آن را از دست بدهد و در عین حال تمایل دارد معامله انجام دهد، در این صورت، معامله در ذمه انجام می‌دهد. از سوی دیگر ممکن است گاهی انسان مالک چیزی نباشد ولی احتیاج به خرید و فروش داشته باشد که باز هم معامله را بواسطه ذمه انجام می‌دهد و همچنین در مواردی که قانون می‌خواهد غرامتی بر شخص بگذارد و در عین حال نمی‌خواهد شخص را از تصرف در اموالش منع نماید بلکه می‌خواهد او را آزاد بگذارد یا اینکه اصلاً شخص مالی نداشته باشد مثل وقتی که کسی مال دیگری را تلف کرده است یا در داد و ستدهایی مثل قرض که مال را در ذمه مقترض می‌گذارد تا هم مال قرض دهنده و مالک محفوظ باشد و هم قرض گیرنده به مالی که می‌خواهد برسد و قرض گیرنده می‌تواند آن مال معاملاتی انجام دهد، می‌توان کارکرد های عقلایی ذمه را نمایان ساخت» (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ۱۵۹).

مفاهیم اعتباری محسوب می‌شوند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۳۴) و از دیدگاه برخی از فقها، ذمه در حقیقت ظرفی اعتباری است که عقل آن را برای اموال دینی که وجود خارجی ندارند فرض کرده است تا این اموال دارای مکانی باشند که همانند آن، در هنگام وجود خارجی یافتن اموال بر آن‌ها تطبیق پیدا کند (جواهری، ۱۴۲۸، ۱۰۸).

برخی از حقوقدانان دین را نیز تعهدی می‌دانند که موضوع آن کلی باشد در حالی که رابطه دین و تعهد، تباین است و برگرفته از سخنان فقها، نخست؛ ذمه و عهده که در گفتمان فقهی به آن اشاره می‌شود، به معنای تعهد نیست بلکه به معنای یک ظرف استعمال می‌شوند و دوم «اختلاف عهده ذمه، تنها در کلی یا جزئی بودن مظلوف نیست؛ بلکه مظلوف عهده و ذمه تفاوت ماهوی دارند، چرا که ذمه، ظرف دین است که حکم وضعی می‌باشد اما عهده ظرفی برای حکم تکلیفی است به تعبیر درست تر ذمه و عهده هر دو امری اعتباری هستند ولی ذمه ظرف اموال کلی (دین) و عهده ظرف اموال خارجی (عین) است؛ العهد وعاء الاعیان والذمه وعاء الأموال» (نوری، ۱۴۱۴، ۲۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۳۱۳).

به این دلیل که پیدایش و خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات، از راه های «عینی سازی» روابط حقوقی است و فقها «در مواردی که تکلیف مالی پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، ظرفی به نام ذمه را جعل کرده اند که محتوی این ظرف نیز این است که به عنوان امری اعتباری برای مال کلی استفاده می‌شود» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۷۶). بنابراین روابط شخص با شخص در فقه، تا آنجا که ممکن است

۵-۳-۳. پذیرش دین بعنوان یک مال کلی

از دیدگاه برخی از فقها، دین عبارت است از «هر مال کلی که ثابت بر ذمه باشد» (سبزواری، ۱۴۱۳، ۳۲۳؛ گلپایگانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ۶۵؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ۳۱۱) برخی هم در تعریف مشابه دیگری دین را اینگونه تعریف کرده اند: «دین، مالی است که ذمه انسانی در مقابل دیگری به آن مشغول می شود (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۴، ۶) از این منظر، دین نوعی مال است و ویژگی‌های اموال از جمله قابلیت نقل و انتقال و یا توقیف را با خود دارد. به هر روی، دین در نظام حقوق اسلامی، نوعاً به معنای مال کلی در ذمه است و از مصادیق اموال به شمار می‌رود. با این توضیح که این مال، بعنوان یک مال اعتباری است نه خارجی و فقها هم به این اشکال که اموال کلی، موجود و قابل تملک نیستند به سادگی پاسخ داده‌اند که مالکیت عرض خارجی نیست بلکه از اعتبارات عقلایی است؛ لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین یا حال کلی بر ذمه، 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 عقلاً آن را ملک و قابل تملک دانند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ۱۷).

چون مالکیت، عرض خارجی نیست بلکه از اعتبارات عقلایی است و مابقی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد و اعتبار مالکیت برای مال کلی اعتباری، عقلایی مستقل شمرده می‌شود و نقش ذمه مانند نقش عالم خارج است و دخلتی در اعتبار مالکیت ندارد و به هر حال اضافه ملکیت اضافه بین مالک و مملوک است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ۴۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۳۰). به دیگر سخن، ذمه مدیون

ظرف اعتباری است که به طور عقلی به عنوان موطن اموال کلی که وجود خارجی ندارند فرض می‌کنند (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ۷۰)، بنابراین دین از مصادیق اموال (البته از اموال اعتباری) محسوب شده رابطه داین و دین رابطه شخصی نیست، بلکه رابطه مالک مملوک است و دین مال کلی بر ذمه مدیون و یک حکم وضعی است و مالک آن که داین یا بستانکار نامیده می‌شود به راحتی می‌تواند مال خود را به وسیله عقد بیع یا سایر عقود به ثالث منتقل نماید.

شایان یادآوری است که فقها با ابداع و اعتبار دو نظریه «مال کلی و ذمه»، مال کلی را نیز مال موجود می‌دانند و وجود ذمی را نیز نوعی از وجود می‌دانند و این وجود اعتباری و برای تحقق مبادله کافی می‌دانند (اراکی، ۱۴۱۵، ۷۹). گفتنی است فقها نه تنها این مال کلی را اعتبار نموده‌اند، بلکه امکان حصول مالکیت برای امور اعتباری کلی نظیر فقرا و ... را نیز صحیح می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۰۹، ۵).

مطلب دیگری که نیاز است بیان شود اینکه فقها تا جایی پیش رفته‌اند که بر پایه «تئوری مالکیت مال کلی» حتی احکام اشاعه و مالکیت مشاع را نسبت به دین نیز جاری می‌دانند و از این رو مفهوم دین یا طلب مشاع، مفهوم رایجی است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ۱۶۹). و هیچ‌گونه نقد و انتقادی بر آن وارد نیست که این امر نیز سبب زدودن هرگونه تردیدی نسبت به نظریه مالکیت مال کلی، در حقوق اسلامی می‌گردد؛ زیرا اشاعه وضعی است که تنها بر مالکیت اضافه می‌گردد و جای بسی شگفتی است که برخی از حقوقدانان ناآشنا به فقه اسلامی، مفهوم طلب مشاع را با طلب مشترک در حقوق فرانسه یکسان پنداشته، مبنای آثار بیان شده نسبت به این طلب مشاع را

رابطه مستقیم با مال دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۳۱۴).

از سویی دیگر، با توجه به اینکه «دین» مال کلی بر ذمه مدیون است، دارای مهمترین وصف اموال، یعنی قابلیت نقل و انتقال است؛ بنابراین مالک آن، که بستانکار است، به راحتی می‌تواند مالکیت خود را به وسیله مبیع یا سایر عقود به دیگران انتقال دهد (جعفری خسرو آبادی، ۱۳۹۴، ۵).

از تعریف عقد حواله می‌توان به آسانی فهمید که فقها هیچ نیازی نمی‌بینند که برای انتقال دین از یک ذمه به یک ذمه دیگر، تبدیل تعهد صورت گیرد. «... و آن (حواله) عقد شرعی است جهت انتقال مال از یک ذمه به ذمه دیگر که پرداخت فقهی همان مال را از جهت جنس، وصف و مقدار را بر عهده دارد (حلی، ۱۴۱۸، ۱۴۲). در برخی از کتب فقهی تصریح شده است که حواله انتقال مال از یک ذمه به ذمه دیگر است که به شی همان دین مشغول است. بنابراین حواله از نگاه فقها انتقال دین است (عاملی‌شهید ثانی، ۱۴۱۵، ج ۸، ۲۱۲، نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ۱۶۰). عقد حواله از جمله عقود عهدی است که اثر آن انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه است. محیل و محال ارکان تحقق بخش عقد هستند و حواله در همه اقسام آن با ایجاب محیل و قبول محال محقق می‌شود؛ با این تفاوت که در حواله به بری و حواله به مشغول الذمه در فرض حواله به غیر جنس حق محیل، رضایت محال علیه شرط است؛ به این معنا که وی در تحقق حواله و انعقاد آن دخالتی ندارد، اما نفوذ و لزوم عقد متوقف بر رضایت اوست که می‌تواند هم زمان با عقد یا سابق بر آن یا پس از انعقاد ابراز گردد. در این دو فرض، حواله با ایجاب محیل و قبول محال محقق می‌شود و با رضایت محال علیه تمامیت

قاعده انصاف دانسته‌اند و نهایتاً به نقد آن پرداخته‌اند (ایزانلو؛ میرشکاری، ۱۳۸۸، ۹۳). بدیهی است نقد آنها ناشی از بی توجهی به بنیاد و ماهیت دین در حقوق اسلامی و آمیختگی آن با مفاهیم مشابه حقوق خارجی است. از این رو این به معنای مال کلی فی الذمه جوهره مالکیت را با خود به همراه دارد و مالک داین محسوب می‌شود. همچنین اگرچه «دین» نیازمند عرض مدیون و حق از طریق وی قابل وصول و سلطه مستقیم نسبت به شی خارجی نیست؛ اما پذیرش مالکیت مال کلی بر ذمه و اتصاف این مفهوم به مالکیت، دلالت سلطه مستقیم از جنس مالکیت با مال اعتباری دارد همان گونه که مالک شی خارجی می‌تواند مال خود را به غیر ببخشد یا بفروشد و یا معاوضه کند مالک دین نیز می‌تواند این تصرفات حقوقی را در مالک خود بنماید و از این رو مال کلی بر ذمه همانند مال خارجی است و تنها تفاوتی که مال خارجی با مال کلی بر ذمه دارد این که تصرف فیزیکی در مال کلی بر ذمه به دلیل اعتباری بودن این مال موضوعاً منتفی و غیر قابل تصور است.

در همین راستا، بر بنیاد مبانی فقه اسلامی نفقه زوجه نوعی دین بر ذمه زوج و طلب برای زوجه می‌باشد و به میزان پرداخت نشده مالک مافی الذمه زوج می‌گردد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۵۲۳). به بیان دیگر «حق زوجه نسبت به نفقه تنها حق مطالبه نیست بلکه حق وی نسبت به نفقه از جنس مالکیت است و زوجه مالک نفقه می‌گردد که نسبت به این امر به تنها ادعای اجماع، بلکه ادعای عدم خلاف نیز شده است» (کاشف الفطاء، ۱۳۸۱، ۵۱۴). بنابراین همانگونه که مالکیت می‌تواند به اعیان خارجی تعلق گیرد، می‌تواند به اموال کلی نیز تعلق یابد و مالکیت مافی الذمه نیز

سخن براساس این دیدگاه، عقد بعنوان منبع و شالوده تملیک است نه تعهد. عنصر دوم پذیرش ذمه بعنوان جایگاه دین که در واقع فقها در مواردی که تملیک مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد ظرفی به نام ذمه را آفریده اند. می‌توان گفت یکی از نوآوری‌های فقه اسلامی برای تنظیم و استواری روابط مالی حقوقی، ظرف اعتباری ذمه و عهده است که ابداع گردید تا تنظیم روابط در خصوص آن بر پایه قواعد و دستورات مربوط به احکام وضعی و تملیک تبیین شود. بر این اساس، روابط حقیقی، عینی سازی گردید که در این راستا، روابط شخصی با دین بعنوان رابطه مالک و مایملک تعبیر می‌شود. عنصر سوم پذیرش دین بعنوان یک مال کلی است. از این دیدگاه، دین، نوعی مال است که ویژگی‌های اموال از جمله شایستگی انتقال و توقیف و تملیک را دارد و مصداق یک مال کامل با تمامی خصوصیات می‌باشد و چون مالکیت عرض خارجی نیست، اعتبار مالکیت برای مال کلی اعتباری عقدی مستقل شناخته می‌شود. رابطه داین با امین، رابطه مالک و مملوک است. بنابراین به نظر می‌رسد که بررسی حقوق ایران که برگرفته از فقه اسلامی می‌باشد، عقد بیع به هر شیوه‌ای که صورت پذیرد چه بصورت عین معین و چه عین کلی به محض انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به صورت مشترک در تهیه این پژوهش شرکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

می‌یابد. بر این اساس، عقد حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول یا یک ایجاب و دو رضایت، یا سه رضایت نیست، بلکه مانند عقد فضولی است که از انعقاد تا استقرار آن، حاصل یک ایجاب، یک قبول و یک رضایت خواهد بود.

۶. نتیجه

نتایج نشان داد اگر مبیع، عین معین باشد، عقد بیع، تملیکی است و به مجرد انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد؛ اما، مبیع ممکن است کلی باشد؛ در این صورت مشهور اندیشمندان حقوق معتقدند که پس از عقد، مالکیتی برای خریدار حاصل نشده و فقط از تاریخ تسلیم یا تعیین است که وی می‌تواند ادعای مالکیت کند. بنابراین، در موردی که مبیع، کلی است، اثر عقد، تنها ایجاد تعهد برای بایع است. بر این اساس مشهور حقوقدانان، بیع کلی را عقدی عهدی تلقی کرده و آن را مشمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی که عقد بیع را تملیکی تعریف کرده، ندانسته‌اند؛ درحالی‌که دانشوران فقه امامی، بیع مذکور را نیز تملیکی دانسته و استدلال‌های قابل‌توجهی را در این زمینه ارائه کرده‌اند. آنچه از مواد قانون مدنی ایران بویژه مواد ۳۴۸ و ۳۵۱ بر می‌آید این است که بیع کلی در حقوق ایران بعنوان یک عقد تملیکی است و همزمان با وقوع عقد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و این تملیکی بودن بر پایه عناصری استوار است که هرگونه تردید را از بین می‌برد. نخست عنصر پذیرش نظریه تملیکی که مورد پذیرش فقه اسلامی قرار گرفته که بر پایه این نظریه قراردادهای بویژه قراردادهای معاوضی چه بصورت عین معین و چه بصورت عین کلی فی الذمه اصولاً تملیکی می‌باشند و اثر مستقیم قرارداد انتقال مالکیت است. به دیگر

منابع

منابع فارسی

- غرب»، نشریه پژوهش حقوق تطبیقی اسلام و غرب، شماره شش، ۱۳۹۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، محشای قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حکیمیان، علی محمد، «ماهیت تملیکی بیع کلی بر ذمه و دین»، مجله حقوق اسلامی، شماره پنجاه و سوم، تابستان ۱۳۹۶.
- خندان، مهدی؛ علی کرمی، حمیدرضا؛ قاسمی عهد، وحید، «انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی الذمه در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، شماره چهل و سوم، بهار ۱۳۹۸.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۷.
- احمدی، سید محمد مهدی؛ حسینی، علی؛ حسینی، سیدعلیرضا، «تحلیل تطبیقی بیع کلی ما فی الذمه در فقه و حقوق ایران»، مجله مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره یکم، بهار ۱۴۰۲.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۶.
- انصاری، مسعود؛ ظهاری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۶.
- ایزانلو، محسن؛ میرشکاری، عباس، «نقد مفهوم و آثار طلب مشاع»، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، شماره ده، ۱۳۸۸.
- باتمان غلیچ، محمد حسین، فرهنگ مترجم عربی-فارسی، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۶.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
- جعفری خسرو آبادی، نصراله، «نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه‌ی آن با حقوق

- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- عبدی‌پور، ابراهیم، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ اول، قم، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
- عسگری، رضا، «ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه»، مجله علمی دانش پژوهان مرکزی آموزش‌های تخصصی فقه، شماره چهارم، ۱۳۹۴.
- فاضل لنکرانی، محمد، سیری کامل در اصول فقه، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم، انتشارات فیضیه، ۱۳۷۹.
- قبولی درافشان، سیدمحمدهادی، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادهای در حقوق ایران (بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
- قنواتی، جلیل، نظریه تملیک یا نظریه متعهد، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره نود و سه، ۱۳۹۹.
- محقق داماد، سیدمصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ مقتدایی، فائزه، «ذمه از دیدگاه فقه امامیه (با رویکردی بر نظرات امام خمینی)»، پژوهش نامه متین، شماره پنجاه و نه، ۱۳۹۹.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، فصلنامه مطالعات اسلامی - فقه و اصول، شماره نود، ۱۳۹۱.
- منابع عربی**
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ اول، بیروت، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۴.
- اراکی، محمد علی، کتاب البیع، چاپ اول، قم، انتشارات موسسه در راه حق، ۱۴۱۵.
- ازهری، محمدبن احمد، معجم تهذیب اللغه، مصحح ریاض زکی قاسم، چاپ اول، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۲۲.
- اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، جلد اول، چاپ سوم، قم، مطبوعه علمیه، ۱۴۱۹.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹.
- اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، جلد پنجم، چاپ ششم، قم، نشر انوار المهدی، ۱۴۱۸.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ مقتدایی، فائزه، «ذمه از دیدگاه فقه امامیه (با رویکردی بر نظرات امام

- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب
المکاسب، جلد سوم، چاپ دوم،
بیروت، دارالکتب الاسلامی، ۱۴۲۰.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقیه،
چاپ اول، قم، نشر الهدی، ۱۳۷۷.
- بحر العلوم، سید محمد، بالفقه
الفقیه، جلد دوم، چاپ چهارم،
تهران، انتشارات مکتبه الصادق،
۱۳۱۲.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم،
الحدائق الناضره فی احکام الغنره
الطاهر، چاپ اول، قم، انتشارات
مجمع الاسلامی، ۱۴۰۵.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل،
الفوائد الحائریه، چاپ اول، قم،
مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۵.
- جوادی آملی، عبدالله، کتاب
الصلاه (تقریر بحث آیت اله سید
محمد محقق داماد)، چاپ اول، قم،
موسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، معجم
الصحاح، مصحح خلیل مأمون شیخا،
چاپ دوم، بیروت، دارالمعرفه،
۱۴۲۸.
- حسینی حائری، سیدکاظم، فقه
العقود، جلد اول، چاپ سوم، قم،
مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۲۳.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد،
مفتاح الكرامه فی شرح قواعد
- العلامه، چاپ سوم، قم، مؤسسه آل
البيت (ع)، ۱۴۱۸.
- حلی، نجم الدین، المختصر النافع
فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم،
موسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸.
- خوری شرتونی، سعید، اقرب
الموارد فی فصح العربیه و الشوارد،
چاپ اول، قم، منشورات مکتبه آیه
الله مرعشی، ۱۴۰۲.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه،
جلد اول، چاپ سوم، قم، انتشارات
وجدانی، ۱۳۷۱.
- خویی، ابوالقاسم تکملة المنهاج
الصالحین، چاپ دوم، قم، مدینه
العلم، ۱۴۱۷.
- راوندی، قطب الدین، فقه القرآن،
چاپ دوم، قم، کتابخانه آیت الله
مرعشی نجفی، ۱۴۰۵.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام
فی بیان الحلال و الحرام، چاپ
چهارم، قم، دفتر آیت الله سبزواری،
۱۴۱۳.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط
فی شرح القانون المدنی الجدید،
جلد چهارم، چاپ سوم، بیروت، دار
الکتب الاسلامی، ۲۰۰۹.
- سیستانی، حسین علی، منهاج
الصالحین، چاپ دوم، قم، مکتب

- آیه الله العظمی السید السیستانی،
۱۴۱۷.
- شیخ مفید، محمد بن لقمان،
المقنعه، چاپ دوم، قم، نشر مجمع
الفکر الاسلامی، ۱۴۱۰.
- صدر، سید محمد باقر، دروس فی
علم الاصول، جلد اولف چاپ سومف
بیروت، نشر دارالکتاب، ۱۴۰۶.
- صدر، محمد، ماورالفقه، جلد سوم،
چاپ اول، بیروت، انتشارات جعفر
هادی و جیلی، ۱۴۲۰.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم،
حاشیه مکاسب، جلد اول، چاپ دوم،
قم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان،
۱۳۷۰.
- طریحی، فخر الدین، مجمع
البحرین، چاپ پنجم، تهران،
کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن
علی، مسالک الافهام، جلد چهارم،
چاپ اول، قم، مؤسسه معارف
اسلامی، ۱۴۱۳.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن
علی، مسالک الافهام، جلد
هشتم، چاپ سوم، قم، انتشارات
مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۵.
- کاشف الغطاء، علی بن محمد رضال
بن هادی، النور الساطع فی الفقه
- النافع، جلد اول، چاپ اول، نجف
اشرف، مطبقة الاداب، ۱۳۸۱.
- گلیایگانف محمدرضا، هدایه العباد،
جلد دوم، چاپ سوم، قم، نشر دار
القرآن الکریم، ۱۳۷۱.
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار،
جلد دوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه
الوفاء، ۱۴۰۳.
- مشکینی، شیخ علی، اصطلاحات
الاصول و منظر ابحاثها، چاپ اول،
قم، انتشارات الهادی، ۱۳۷۱.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام
الصادق (ع)، جلد چهارم، چاپ دوم،
قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۰۱.
- منتظری، حسین علی، دراسات فی
المکاسب المحرمه، جلد سوم، چاپ
اول، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵.
- موسوی خمینی، روح الله،
تحریرالوسیله، جلد دوم، چاپ
چهارم، قم، دارالکتب العلمیه
اسماعیلی، ۱۴۲۱.
- نائینی، میرزااحسین، کتاب المکاسب
و البیع، جلد اول، چاپ چهارم، قم،
مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۳.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام
فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست
و ششم، چاپ هفتم، بیروت، دار
الحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلدسی و هفتم، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- نوری، فضل‌الله، رساله قاعده ضمان الید، چاپ اول، قم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴.

