

بازپژوهی شرط مالیت و ملکیت عوضین در بیع از منظر فقه امامیه، حقوق ایران، انگلستان و آمریکا

تاریخ دریافت ۹۸/۰۷/۰۹ - تاریخ پذیرش ۹۹/۰۷/۱۶ پرویز باقری^۱
رضاحسین گندم کار^۲
عبدالجبار زرگوش نسب^۳

چکیده

ارزش عوضین در عقد بیع تابع گونه گونی اجتماعی و اقتصادی زمان بوده و مقتضیات زمان و مکان و سیره عقلا در فقه و حقوق ایران در تعیین مالکیت اشیاء نقش بسزایی دارد. مالیت، حقیقت شرعیه و متشرعه ندارد بلکه مفهومی عرفی است، لذا در هر زمان و مکان برای فهم معنای آن باید به عرف زمان و مکان مراجعه کرد. در عین حال رویکرد قانونگذار آمریکایی و انگلیسی نسبت به مالکیت اشیاء متنوع است. از منظر فقه و حقوق داخلی ممکن است چیزی دارای منفعت نادر و قلیل باشد اما این منفعت و ارزش اقتصادی در شرایط طبیعی مجوزی برای بیع محسوب نگردد. حال آنکه از منظر قانونگذار غربی چنین چیزی می تواند مجوز بیع محسوب گردد. در عین حال فقه امامیه و حقوق ایران قائل به انتقال مالکیت در تمام اقسام مبیع حین وقوع عقد است. اما در دنیای کنونی چنین رویکرد اتخاذی پاسخگوی نیازهای مبتلا به جامعه نبوده و کاربست نهادهای حقوقی همچون شرط حفظ مالکیت در بیع و مالکیت زمانی و اشتراکی که در حقوق سایر کشورها همچون انگلیس و آمریکا متداول است با لحاظ تمامی جوانب امری قابل بازپژوهی است. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی، خوانشی جدید از مالیت و ملکیت را در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا ارائه نموده و بر آمد آن این است که حقوق ایران و مبانی فقهی آن ناگزیر از روزآمد ساختن مکانیسم های تضمین حقوق متبایعین در عقد است. یافته ها نشان می دهد که مالیت از شروط صحت بیع است و عرف ملاک و ضابطه اصلی و مشترک فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی غربی در تشخیص مالیت است.

واژگان کلیدی: مالیت، ملکیت، حقوق ایران، فقه امامیه، حقوق انگلستان و آمریکا.

۱. استادیار گروه علوم اجتماعی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ایلام (نویسنده مسئول)؛ p.bagheri@ilam.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.

۳. دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام.





مقدمه

مالیت و ملکیت دو مفهوم قابل باز پژوهی تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران، آمریکا و انگلستان است. از منظر فقه و حقوق ایران ماده اجتماع، اموال و املاکی می باشد که در اختیار مردم است، مانند منزل، کالا و اجناس تجارته و لباس و ... که دارای مالیت و ملکیت می باشند و ماده ارتفاع این دو، در چیزهایی است که از نظر خست و پستی، به آن ها اهمیت داده نمی شود و از لحاظ اقتصادی و مالی بر روی آن ها حساسی نمی شود. در حقوق آمریکا مالکان املاک زمانی نسبت به ملک یکدیگر مالکیتی مطلق و بدون قید و شرط دارند که به موجب آن شخص تمام حقوق مالکانه را دارا باشد و بتواند مالک منفعت ملک یا حق انتفاع از آن برای دوره ی زمانی معین شود. (Bowen, David A., 2016: 458) از طرفی بر اساس قانون حقوق املاک انگلستان¹ ممکن است قرارداد مالکیت زمانی، حقوق مالکانه متعددی چون مالکیت مطلق و بدون قید و شرط، حق انتفاع، حق مالکیت در مدت معین و به طور مطلق و غیره را در بر گرفته و مشارکت اشخاص در حد یکی از این حقوق تجسم یابد (Smith, 2014: 26). در بیان ضرورت و اهمیت پژوهش پیش رو می توان گفت که، این پژوهش در پی آن است تا پاسخ جامع و مانعی برای تبیین شرایط و ویژگیهای مالی ثمن و مثن (بها و کالا) به ویژه با رویکرد تطبیقی پیدا کرده، و در این باب برای اقدامات جامعه ی مسلمانان که مسایل دینی برای آنها در اولویت ویژه ای می باشد، شرایط مناسبی فراهم نماید. از نظر اجتماعی و اقتصادی به موضوعی پرداخته می شود که یکی از مسایلی است که روزانه مردم مسلمان با آن روبرو هستند و معامله می کنند. در عین حال الهام از قوانین سایر کشورها همچون انگلستان و آمریکا و تطبیق آن با قوانین داخلی می تواند برخی گره های حقوقی - فقهی معاملات را قابل حل گرداند. مضافاً آن که



1 The law of property Act, 1925.



پژوهش حاضر نه تنها از جنبه نظری و بنیادی دارای اهمیت است، بلکه از جنبه عملی و کاربردی نیز به نوآوری می‌انجامد و می‌تواند پاسخی به برخی از ابهام‌های معاملاتی در بازار باشد. مبحث اول تحقیق حاضر به مفهوم شناسی مالیت و ملکیت در فقه، حقوق ایران، آمریکا و انگلستان پرداخته و سپس در مبحث دوم رابطه‌ی مالیت و ملکیت در شکل تطبیقی را متعرض می‌گردد. مبحث پایانی که به تفصیل مورد مذاقه قرار گرفته است شرط مالیت و ملکیت عوضین در عقد بیع از منظر تطبیقی و یافتن نقاط مشترک و اختلافی میان دیدگاه فقها و حقوق دانان ایرانی و غربی در خصوص موضوع است.

۱. مفهوم شناسی مالیت و ملکیت در فقه، حقوق ایران و انگلستان

۱-۱. معنای لغوی مال

مال اجوف واوی (مول) است، به معنای دارایی و هر چیزی است که ملک انسان بوده و آن را مالک شود (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۷۰۳) برخی از لغت دانان گفته‌اند: مال عبارت است از هر چیزی که انسان مالک و صاحب آن می‌شود. لفظ مال، از فعل ماضی میل که به معنای خواستن بوده و جمع آن اموال است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۸۳). ماده (۶۱) قانون فروش کالای انگلستان مال را به انواعی تقسیم و آن را معادل کالا فرض نموده است. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, available at 14/07/2019)

۱-۲. مفهوم مالیت و ملکیت از نظر فقها

مالیت در سخنان فقها، تحت عناوین مختلفی آمده است؛ برخی از فقها تعبیر مالیت را در شرایط عوضین به کار برده‌اند (انصاری، ۱۴۳۴، ۲: ۱۱۰؛ نائینی، ۱۴۲۴: ۳۳۹) و بعضی دیگر تعبیر به ملکیت کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۲۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳؛ نجفی، بی تا: ۳۴۳) اختلاف دو تعبیر (مالیت و ملکیت) بر می‌گردد به اعتباری بودن حیثیت مال که به اعتبار عقلا وابسته است گاهی این اعتبار در مکانها و زمان‌های مختلف تفاوت پیدا می‌کند. و در هر صورت ارزش مبادلاتی داشتن عوضین جامع بین تعبیر مالیت و ملکیت است.





صاحب جواهر، از اصطلاح مملوک بودن استفاده نموده بعضی از قید مالیت استفاده نموده اند (خوانساری، ۱۳۷۸: ۱۲).

امام خمینی ملاک مالیت شیء را هم از نظر اصل وجود هم از نظر مرتبه و مقدار، تابع عرضه و تقاضا می داند، خصوصیت غرض عقلایی در نظر گرفته اند. به نظر ایشان چیزی که مطلقاً منفعتی نداشته باشد اگر در خرید و نگهداری آن یا خرید و از بین بردن آن یک غرض سیاسی یا غیرسیاسی یا غیر آن از اغراضی عقلایی وجود داشته باشد، موجب تمایل مردم به تحصیل آن می شود، و همین تقاضا منشأ به وجود آمدن مالیت در آن شیء می گردد. بنابراین اگر غرض دولتی به خرید چیزی که منفعت ندارد تعلق بگیرد، به خاطر غرض سیاسی که متوجه آن است، بازاری برای آن کالا به وجود می آید که از نظر عقلا ارزشمند می شود، بدون ملاحظه ی اینکه خرید برای چه هدفی صورت می گیرد، بنابراین به مجرد ایجاد تقاضا، شیء عنوان مالیت پیدا می کند همچنانکه اگر تقاضا برای آن از بین برود، مالیت آن به طور کلی از بین می رود، همانطور که مراتب مالیت هم تابع فراوانی عرضه و تقاضا است (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲۴۶). مالیت شیء به اعتبار منافع مقصوده محلله آن است (انصاری، ۱۴۳۴، ۱، ۹) یعنی باید عوضین دارای منفعت مقصوده مورد توجه عقلا باشد، منظور مالیت عرفی است؛ و آن منفعت مقصوده مورد توجه عقلا، شرعاً نیز حلال باشد یعنی دارای مالیت شرعی باشد.

مقصود از مال هر چیزی است که نزد مردم مورد قبول و رغبت است. به دلیل آنکه نیازهای آنان را در رابطه با گذران زندگی تأمین می کند. اموال شامل اشیای منقول و غیر منقول از قبیل خوراکی، نوشیدنی، پوشیدنی، محل سکونت، وسایل حمل و نقل، اشیای زینتی، اوراق بهادار، اقسام پولها و... می شود. خلاصه آنکه مال نزد عرف و خردمندان عبارت است از هر چیزی که مردم در تدبیر کارهایشان، در امور زندگی و معیشتشان، در حال سلامت و بیماری... به آن نیاز دارند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۵) ایشان ملاک مالیت مال بر یکی از این دو امر می داند که می گوید: اول اینکه، آن چیز به گونه ای باشد که یکی از نیازمندیهای انسان به واسطه ی آن رفع شود، هر چند علف برای تغذیه ی حیوان یا بنزین برای حرکت ماشین باشد، چه رسد به اینکه خوراکی یا نوشیدنی برای انسان باشد.





دوم این که، آن چیز به گونه ای باشد که به واسطه ی آن یکی از این امور مانند اوراق بهادار و پولهای طلائی و نقره ای حاصل شود یا یکی از این امور در جایی که عوض برای جنس دیگر از این امور در معامله واقع شود؛ لذا از این جهت است که بعضی بیع را به مبادله ی مال به مال تعریف کرده اند، و به این معنای دوم مالیت مال از امور اعتباری است؛ مانند اوراق بهادار که به صورت اعتباری مال می گردد و همچنین مالیتش به واسطه ی اعتبار شخص دیگری که اعتبار به دست او است از بین می رود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۶ و ۱۵).

ملکیت به معنای ثروت و اقتدار به کار رفته است، که این دو معنا لازم و ملزوم هم می باشند؛ زیرا ملکیت بدون ثروت و ثروت بدون ملکیت معنا پیدا نمی کند (راغب اصفهانی، ۱۴۲۳: ۷۷۴). از منظر تطبیقی، در حقوق انگلستان یکی از مفاهیم مهم در بحث مالکیت، مفهوم کالا است. اگرچه در فقه منظور از کالا عین به مثابه مال مادی خارجی و شامل عین شخصی، کلی در معین، کلی فی الذمه و کلی در مشاع است با این حال در نوشته های حقوقی از اصطلاح عامه «مال» برای کالا استفاده می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۶) مستنبط از ماده (۶۱) قانون فروش کالای انگلستان اموال یا شخصی اند^۱ و یا طلب و پول^۲ هستند. خود اموال شخصی به دو دسته اموال شخصی ملموس^۳ و یا اموالی که تحت تصرف افراد و غیر ملموس اند^۴ همچون طلب یا سهام شرکت یا اسناد برواتی تقسیم می شوند (Clark, 2016: 93). در حقوق انگلستان به طور کلی کالا به دو قسم معین و نامعین (موجود در آینده) تقسیم می شوند و کالای معین آن است که در زمان انعقاد قرارداد فروش، معین شده و مورد توافق قرار گرفته و آنچه که در فقه و حقوق ایران به عنوان «کلی در معین» و یا «کلی فی الذمه» ذکر شده در ذیل کالای نامعین در حقوق انگلستان قرار



1 Personal chattels
2 Things in action
3 Things in possession
4 Things in action



گرفته و شامل کالای آینده^۱ نمی شود بلکه منظور از آن، بخش نامعین کلی از یک مجموعه معین است. (Atiyah, 2010:332)

ملکیت، رابطه ای است میان انسان و اشیای مادی که همین ارتباط و علاقه موجب می گردد تا شخص بر شیء مذکور سلطنت یافته و او را به سمت تصرف مستمر سوق دهد. ملکیت در اصطلاح فقها به معنای قابلیت تملک به کار رفته است (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: ۲۴۶). شهید صدر قائل به ارتباط بین منفعت استعمالی و قیمت تبادلی است و رغبت نوع مردم به شیء را ناشی از منفعت آن شیء می داند، همین منفعت را ملاکی برای قیمت کالا دانسته است (رک: صدر، ۱۴۱۷: ۱۹۸). به نظر برخی اساتید قاعده کلی در حقوق اسلام این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت از زمان عقد صورت می پذیرد؛ اما در موارد استثنائی درجایی که برای صحت عقد، شرط خاصی مقرر شده است، مالکیت از زمان تحقق شرط خواهد بود (قبولی، ۱۳۹۴: ۹۹). حال آن که در حقوق کشورهای غربی و در استثنائات قراردادی و از میان شروط تغییر دهنده انتقال مالکیت در عقد بیع، عمدتاً از شرط تاخیر در انتقال مالکیت و مکانیسم ذخیره مالکیت استفاده می شود و فلسفه وجودی آن حفظ منافع بایع و ایجاد تضمین برای طلب وی بابت ثمن معامله در مقابل اعسار و ورشکستگی مشتری است. شرط تملیک تدریجی نیز در بیع اشیاء ساختنی و به خصوص اموال غیر منقول کارساز است و طی آن با تعلیق انتقال مالکیت هر جزئی از اجزاء مبیع بر ساخته شدن همان جزء منافع مشتری در مقابل ورشکستگی بایع حفظ گشته و مبیع از تعرض طلبکاران وی مصون می ماند. (قاسمی، ۱۳۸۸: ۱۶) حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه انعقاد قرار داد بیع را سبب انتقال مالکیت دانسته و تسلیم در انتقال مالکیت نقشی ندارد (قنواتی، ۱۳۸۲: ۴۲) با توجه به مفهوم اعتباری مالکیت و با تحلیل صحیح این مفهوم، این دیدگاه که در عقد بیع مالکیت کالا از زمان انعقاد قرارداد منتقل می شود با هیچ دلیل فنی و منطقی منافات ندارد (قنواتی، ۱۳۹۴: ۶۰). در عین حال تصور رابطه ملکیت بین خریدار و مبیع کلی در معین دارای اشکال است و حق عینی که برای خریدار نسبت به مجموع





معین بوجود می آید؛ مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارا است (شهیدی، ۱۳۹۸: ۳۳).

۳-۱. مالیت از نظر حقوقی

مطابق ماده (۲۱۵) ق.م یکی از شرایط مورد معامله این است که مالیت داشته، یعنی دارای ارزش اقتصادی باشد، پس منظور از مالیت داشتن این است که مال ارزش اقتصادی داشته باشد و در بازار تجارت مورد خرید و فروش قرارگیرد. بنابر این مالی که ارزش اقتصادی ندارد و در برابر آن پولی پرداخت نمی شود نمی تواند مورد داد و ستد قرارگیرد، و معامله نسبت به آن باطل است. بر اساس ماده (۳۴۸) ق.م معامله نسبت به چیزی که مالیت ندارد باطل است ((بیع چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد باطل است)).

به نظر برخی تعریف صاحب مفتاح الکرامه از مال مستلزم دور محال است، چون صاحب مفتاح الکرامه چنین تعریف مال کرده است ((المال ما یبذل بازائه المال؛ مال عبارت از چیزی است که در برابر آن مال داده می شود)) (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲۰) بر این تعریف اشکال وارد کرده است، زیرا مستلزم دور است، به این معنی که شناخت معنی کلمه ((مال)) در ابتدای جمله، موقوف به شناخت کلمه ((مال)) در جمله تعریف است، در حالی که شناخت این کلمه دوم ((مال)) نیز متفرع بر شناخت کلمه ی ((مال)) اول است. چون فرض این است که مفهوم مال شناخته نشده است، در حالی که عنوان ((مال)) مجدداً در تعریف همان مال آمده است. بدین جهت شناختن مفهوم مال متفرع بر شناختن مفهوم مال مذکور در جمله ی تعریف است. پس بهترین تعریف این است که گفته شود: مال چیزی است که دارای ارزش اقتصادی باشد (شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۳-۸۲).

وجود دو عنصر برای مالیت یا ارزش اقتصادی داشتن یک شیء ضروری است، آن دو عنصر عبارتند از فایده داشتن و محدود بودن وجود یا عرضه آن، چیزی که فایده نداشته باشد هرگز ارزش اقتصادی و مالیت ندارد همچنین هر چیزی که وجود و عرضه آن نامحدود است، فاقد مالیت است هر چند که فایده بسیاری داشته باشد، مثلاً با این که هوا عنصر بسیار مفید و ضروری برای زندگی انسان است اما به علت فراوانی و نامحدود بودن آن





در طبیعت، ارزش اقتصادی و مالیت ندارد و اگر به صورت موجود مورد معامله قرار گیرد، آن معامله به علت مالیت نداشتن موضوع آن باطل خواهد بود. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۳).

برای کالا دو نوع ارزش است:

یک (ارزش مبادلاتی که عبارت است از اینکه آن کالا به گونه ای باشد که مردم حاضر باشند در برابر آن بهایی پردازند و این ارزش در صورتی به وجود می آید که به گونه ای زیاد نباشد که با وجود اینکه نیاز اساسی را تأمین کرده.

دو) ارزش مصرفی که عبارت است از اینکه به طور مستقیم نیازی از نیازها را تأمین کند.

برخی از حقوقدانان پنج ویژگی برای مال بیان کرده اند:

الف. مال باید قابل اختصاص باشد؛ ب. در صورت اختصاص به شخص، قابل نقل و انتقال باشد بنابراین سرفقلی که مستقلاً قابل نقل و انتقال نیست، مال نیست؛ ج- دارای نفع باشد؛ د- نفع عقلایی داشته باشد؛ ه. ارزش ذاتی داشته باشد (مانند کار و کارگر و طلب منافع) نه اینکه حاکی از ارزش باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۲۶).

اموال به دو نوع تقسیم می شود؛ اموال مادی مانند خانه، اتومبیل و حقوق مربوطه به آنها و اموال معنوی، نظیر آثار علمی و هنری و حقوق مربوطه به آنها که به وسیله قانون مورد حمایت قرار گرفته است. اموال مادی دارای عینیت خارجی یا گونه ای وابستگی به عینیت خارجی هست در حالی که اموال معنوی فاقد این وضعیت می باشد و پایگاه تحقیقی آن عالم ذهن و اندیشه انسانی است هر چند که ممکن است با ابزار مادی و عینی، ابزار و ارائه گردد. امروز اموال معنوی ارقام بسیار بزرگی از اموال را تشکیل می دهد.

مالیت یک مفهوم نسبی است و با شرایط و اوضاع خاص سنجیده می شود، و در مفهوم ((مال)) عنصر جامعه نهفته است، زیرا وجود ارزش اقتصادی بدون جامعه بی معنی است. دخالت جامعه در مفهوم مالیت، به معنی ارزش دادن به یک شیء بادر نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال و نیازهایی است که ممکن است شیء بر طرف سازد. بدین جهت لازم نیست که جامعه حتماً به یک شیء نیاز داشته باشد، تا مفهوم مالیت محقق گردد، بلکه کفایت که جامعه با لحاظ وجود نیاز دیگری باشد و با در نظر گرفتن شرایط، برای یک





شیء ارزش بشناسد. ممکن است شیئی در وضع معمولی، مورد نیاز هیچ کس از افراد جامعه نباشد، ولی در شرایط خاصی مورد نیاز یک یا چند فرد قرار گیرد. این شیئی دارای مالیت خواهد بود، زیرا با لحاظ نیاز انسانی، هر چند که نیاز فرد هم باشد، جامعه برای آن ارزش اقتصادی می شناسد و همین امر کافی برای تحقق مالیت است. مثلا هوا در شرایط معمولی و در محیط خشکی مالیت ندارد، ولی برای غواصی که در اعماق اقیانوس کپسول اکسیژن او تمام شده، دارای ارزش است. حال اگر فرض کنیم غواصی دیگر در آنجا حاضر باشد که بتواند به وسیله سیلندر مقداری هوا داخل کپسول این غواص کند و این هوا را بفروشد، نمی توان این معامله را به عنوان فقدان مالیت مورد معامله، باطل دانست، زیرا جامعه برای همین هوا ارزش اقتصادی می شناسد. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۴-۸۳).

۲. رابطه ملکیت و مالیت در فقه، حقوق ایران، آمریکا و انگلستان

بین مالیت و ملکیت عموم و خصوص من وجه است. ماده افتراق ملک در اشیا و کالاهایی می باشد، این نوع اشیا دارای ملکیت و مالیت نمی باشند (محقق حلی، ۱۳۸۳: ۲۸۰) ملک خاص فعلی فرد شناخته شده و او می تواند هرگونه تصرفی در آن داشته باشد، ولی مال به حساب نمی آیند مانند دانه برنج، که دارای ملکیت است ولی مالیت ندارد چون عقلا برای آن ارزشی قایل نیستند. افتراق مال در مباحات اصلیه است که عبارت از چیزهایی می باشد که مردم در آن برابرنند مثل آب ها، جنگل ها و ... این نوع از اشیا دارای مالیت است که عقلا برای آنها ارزش قایلند، ولی دارای مالک خاص نمی باشند. برخی از فقها، اصل ملکیت در شروط عوضین را به معنای سلطنت آورده اند. در فقه، سلطنت دارای دامنه وسیعی می باشد، که شامل اعیان خارجی و افعال انسان، مانند سلطنت بر حرفه، سلطنت بر نفس، و یا آن چه بر ذمه است، می باشد (خوئی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۳۰۳-۳۰۲). از جمله موضوعات قابل بحث در رویکرد تطبیقی، مساله مالکیت زمانی است. در فقه امامیه و حقوق ایران، زمان انتقال مالکیت در تمام اقسام مبیع، حین وقوع عقد است. این





امر در حقوق انگلستان بر اساس نوع مورد معامله، متفاوت می باشد. (سربازیان و رنجبری، ۱۳۹۳: ۵۹) مالکیت زمانی در حقوق انگلستان را میتوان به مالکیت مشاع در حقوق ایران شبیه دانست. اگر چه تفاوتی همچون عدم مالکیت بالفعل در غالب مصادیق مالکیت زمانی در حقوق انگلستان و وجود آن در حقوق ایران را نمی توان نادیده گرفت. (Chapple, 2018: 16) در حقوق آمریکا مالکیت زمانی به دو صورت سند دار و بدون سند است. از آنجایی که در مالکیت زمانی نوعی حالت اشتراک وجود دارد، در حقوق آمریکا هر دو قسم مالکیت زمانی مبتنی بر مالکیت مشترک است. به عبارتی نمونه بارز مالکیت اشتراکی، قراردادهای مالکیت زمانی هستند که دو شکل آن یعنی مالکیت مشاع^۱ و مالکیت مشترک^۲ دارای اهمیت اند. (Mann & Robert: 2002) شاید بتوان گفت با عنایت به ویژگی های مالکیت مشاع در حقوق آمریکا از جمله وحدت زمان^۳، وحدت مالکیت^۴، وحدت منفعت^۵ و وحدت تصرف^۶ این نوع مالکیت رami توان با ارکان مالکیت مشاع در فقه و حقوق ایران قابل مقایسه دانست. در نگاه عمومی تلقی از مالکیت زمانی در حقوق کشورهای همچون انگلیس و آمریکا معطوف به گونه ای از مالکیت است که در آن شخص در زمانی محدود مالک ملک بوده و با پایان دوره مزبور مالکیتش منتفی و پس از سپری شدن مدتی دوباره به وی باز می گردد.

۳. شرط مالیت عوضین از نظر فقها

هریک از عوضین باید مالیت داشته باشند، چون معنای لغوی بیع، تبادل مالی در برابر مالی دیگر است. فقها با این شرط (قید) از آن چه فاقد منفعت عقلایی و حلال است، پرهیز کرده اند؛ زیرا آن چه منفعت عقلایی ندارد، مثل کرم ها، عرفاً مال تلقی نمی شوند و می

- 1 Joint Tenancy
- 2 Tenancy in Common
- 3 Unity of Time
- 4 Unity of Title
- 5 Unity of interest
- 6 Unity of Possession





توان گفت این ها بی مصرف و بی فایده هستند، و آنچه که حلال نیست در شرع هم مال دانسته نمی شود، مثل شراب و خوک (انصاری، ۱۴۳۴، ۴: ۹).

حقوق دانان، شرط مالیت داشتن عوضین را در قواعد عمومی قراردادها بحث کرده اند، که موضوع تعهد، باید دارای مالیت باشد؛ اگر کالایی در بازار ارزش داد و ستد نداشته باشد، کسی در مقابل آن حاضر به بذل مال نمی شود به این دلیل که دارای نفعی نبوده و نیازی را برآورده نمی نماید. چنین کالایی از قابلیت تقویم به پول برخوردار نمی باشد، اگرچه ممکن است برای انسان ارزش حیاتی داشته باشد (صفایی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۱۲۷) در ماده (۳۴۸) قانون مدنی آمده: ((بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلانی ندارد... باطل است)). مقتضیات زمان و سیره عقلا، نقش با اهمیتی در تعیین مالیت داشتن اشیا دارد؛ گاهی کالایی در زمانی، یا مکانی، یا نزد افرادی، بدون ارزش است، اما همان کالا ممکن است در مکان یا زمانی یا نزد فردی دیگر دارای ارزش باشد، مانند یخ در زمستان که بی ارزش است ولی در تابستان با ارزش.

بعضی از اشیا، به سبب بی مقدار بودن، قابل انتفاع نبوده و مالیت نداشته و عقلاً هیچ گونه منفعتی را برای آن ها لحاظ نمی کنند منظور از منفعت، منفعت مقصوده غالبه مورد توجه عقلامی باشد؛ زیرا ممکن است چیزی از نظر عرف دارای پستی و خست باشد، اما دارای منفعت نادر و قلیل هم باشد، اما این منفعت در شرایط طبیعی نمی تواند مجوزی برای بیع باشد. ولی مقدس اردبیلی اشیائی که دارای منفعت کم و ناچیز هستند، فی الجمله دارای منفعتی می باشند، این را برای در نظر گرفتن مالیت و صحت بیع کافی می داند (اردبیلی، ۱۴۱۱: ۱۶۷).

هر چیزی که معلوم شود از نظر عرف مال نیست، بدون اشکال و اختلاف نمی تواند به عنوان یکی از عوضین قرار گیرد؛ چون بیع جز در ملک، صحیح نیست و آن چه مال بودنش معلوم نیست، خود بر دو قسم است: یا خوردن مال در برابر آن، عرفاً اکل مال به باطل است، که در این مورد ظاهراً قرارداد آن در مقابل مال باطل است. اما اگر معلوم





نباشد که خوردن مال در برابر آن، اکل مال به باطل است اگر نص و یا اجماعی بر عدم جواز بیع آن وارد شده باشد، طبق آن عمل می شود، و گرنه باید به عمومات صحت بیع و تجارت و قول امام صادق(ع) در روایت تحف العقول که فرموده " (هر چیزی که به جهتی از جهات مصلحتی برای مردم دارد، حلال است) مراجعه کرد و حکم به حلّیت کرد (رک: انصاری، ۱۴۳۴، ۴: ۱۰). بنابر این، ایشان هر چیز که معلوم شود از نظر عرف مال نیست، نمی تواند یکی از عوضین قرار گیرد، چون بیع جز در ملک صحیح نیست.

امام خمینی در ابتدا مالیت داشتن هر یک از عوض و معوض را مطرح می کند، سپس آنرا مورد نقد و بررسی قرار می دهد (امام خمینی، ۱۳۸۸، ۳: ۷). ایشان در تحریر الوسیله می گوید: یکی از شرایط میبیع این است که کالا بنا بر احتیاط دارای مالیت باشد؛ حال چه اینکه موجودی خارجی باشد و یا کلی در ذمه فروشنده یا در ذمه غیر او، پس بنا بر احتیاط جایز نیست که منفعت را مثلاً خانه یا حیوان یا کار یک انسان چون خیاطی پیراهن و همچنین حقی از حقوق را بفروشند، هر چند که جواز آن مخصوصاً در حقوق خالی از قوت نیست، اما بهای معامله این شرط را ندارد پس جایز است بهای کالای خریداری شده منفعت خانه ای مثلاً باشد، همچنانکه جایز است عملی دارای مالیت چون خیاطی و یا حقی از حقوق قرار بگردد، بلکه حتی جایز است حق قابل نقل و انتقال نظیر حق تحجیر و حق اختصاص باشد. اما آیا جایز است بهای جنس، حقی قرار بگردد مثل حق خیار و شفعه با اینکه قابل نقل نیست و تنها اسقاط است و یا جایز نیست؟ در این مسأله اشکال است (امام خمینی، ۱۳۹۴: ۵۴۸).

امام در کتاب البیع بر نظر مشهور فقهای امامیه که مالیت را جزء شروط عوضین دانسته و در تعریف بیع مالیت از تعریف اهل لغت که آورده اند «مبادله مال به مال» استفاده نموده اند، اشکالی بدین شرح وارد نموده:

الف- شروط عوضین و متعاملین بعد از تقویم ماهیت بیع معتبر است؛ یعنی ابتدا بیع دوام و قوام پیدا می کند، سپس آنچه که در قوام بیع دخیل است سزاوار نیست از جمله شروط





شمرده شود، پس سزاوار نیست مالیت جزء شروط دانست، بیع دارای مقومات و شروطی است، در مرتبه شروط متأخر از اصل ماهیت و مقومات است. به عبارت دیگر ابتدا بیع دوام و قوام پیدا می کند، سپس نوبت به شروط آن می رسد. پس جایگاه مالیت در قوام بیع است. با نظر به اینکه رتبه شروط متأخر از قوام است بنابراین، شایسته نیست که شروط را قبل از تشکیل اصل ماهیت در نتیجه سزاوار است مالیت و قصد از مقومات ماهیت دانست نه از شروط عوضین، این بنا بر این است بیع مبادله مال به مال بدانیم. ب- مالیت جزء مقومات بیع نیز نمی تواند باشد، چون مبادله دو چیز به خاطر آن ارزش و مالیتی باشد که در عرف برای آن در نظر گرفته شده و همواره شایع و رایج می باشد، و گاهی مبادله برای غرض دیگری است. مثلاً، شخصی خانه اش مورد تهاجم حیواناتی مانند موش، یا عقرب قرار گرفته و اعلام می کند: هر کس آن حیوانات را در خانه، یا مزرعه ام پیدا کند، فلان مبلغ از او خریدارم. چون با انگیزه جمع کردن و از بین بردنشان بوده، عنوان بیع صدق می کند و خرید و فروش عقلایی بوده است هر چند بخاطر مالیت مبیع نبوده و مبیع مال نبوده، اگر شخصی آن عقرب ها را که در بیع، مورد معامله واقع شده اند تلف نماید، آن شخص به دلیل عدم مقتضی برای ضمان، ضامن نخواهد بود. مقتضی ضمان مالیت داشتن است ولی عقرب ها مالیت ندارند، پس مورد معامله مالیت ندارد ولی بیع صحیح است. بنابراین غرض از خرید و فروش گاهی برای جلب مال است و گاهی چیزی دیگر است (امام خمینی، ۱۳۸۸، ۳: ۸ و ۷). به نظر امام خمینی اگر در صدق بیع و ماهیت آن، مالیت شرط باشد لازم نیست نزد نوع عرف مال باشد، بلکه اگر شیء نزد بعضی دارای خاصیتی باشد و نزد دیگران آن خاصیت را نداشته باشد کفایت می کند و بیع آن صحیح است مثلاً چیزی نزد شخص مریضی برای معالجه اش مرغوب باشد و دیگران در آن رغبتی نداشته باشند خرید و فروش آن اشکالی ندارد (امام خمینی، ۱۳۸۸، ۳: ۸).

۴. کفایت مالیت عرفی در عوضین

چیزی اگر از دیدگاه شارع دارای مالیت نباشد، اما از نظر عرف مالیت داشته باشد، بنا بر قول مشهور، مالیت عرفی ساقط گشته و چنین مبادله ای باطل است (نائینی، ۱۴۲۴: ۴۴). هر





چیز از نظر عرف مال نباشد، نمی‌تواند یکی از عوضین قرار گیرد، چون بیع جز در ملک صحیح نیست (رک: انصاری، ۱۴۳۴، ۴: ۱۰).

به نظر می‌رسد عرف تنها ملاک و ضابطه‌ای است که می‌توان برای مالیت در نظر گرفت، بر فرض اینکه شیء از دیدگاه شارع دارای مالیت نباشد، اما در عرف مالیت داشته باشد، ضروری بر صدق بیع نمی‌رساند. شارع مقدس هیچ‌گاه مالیت عرفیه را ساقط نمی‌کند، در واقع در وسع شارع نمی‌باشد که بتواند سلب مالیت عرفی نماید، بلکه فقط چیزی که در وسع آن می‌باشد، همان سلب آثار بیع به طور مطلق و یا فی الجملة است. عدم سلب مالیت عرفی در حقوق کشورهای غربی همچون انگلستان که از سیستم کامن لوی پیروی می‌نماید، امری پذیرفته شده است.

([http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/section/64#section-64-](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/section/64#section-64-2)

2available at: 18/03/2019)

با این حال از منظر فقهی نیز اگر شک شود در اینکه فلان شیء نزد شارع مال است، و بگوییم برخی اشیاء به نظر شارع مال نیست، چنانچه بعضی اشیاء نزد ملتی مال است و نزد ملتی دیگر مال نیست، تمسک به عموم ادله صحت بیع صحیح است؛ زیرا موضوع عمومات مال عرفی است نه شرعی (رک: امام خمینی، ۱۳۸۸، ۴: ۱۰-۹).

پس مالیت از شروط صحت بیع است و عرف تنها ملاک و ضابطه اصلی در تشخیص مالیت کالاها است، با نظر به این که مالیت شرعی نیز معتبر است. به بیانی دیگر ایشان، مالیت را از شروط صحت بیع به حساب آورده، و عرف را به عنوان تنها ملاک و ضابطه اصلی در تشخیص مالیت کالاها برگزیده، با نظر این که مالیت شرعی را نیز معتبر می‌داند، البته در صورتی که مالیت شرعی نداشته باشند بعضی از آثار یک بیع صحیح نخواهند داشت. اما به نظر امام خمینی اگر چیزی برای فردی دارای ارزش باشد و برای دیگری نداشته باشد، بیع آن صحیح و نافذ است، پس امام اشیائی را که دارای منفعت نادره بوده دارای مالیت دانسته و حکم عرف در این زمینه را برای جواز بیع آن کافی می‌داند.





۵. بررسی شرط ملکیت عوضین در فقه، حقوق ایران، آمریکا و انگلستان

در حقوق ایران اشتراط ملکیت به صراحت نیامده و تنها به مواردی پرداخته شده است، که ملک خاص نبوده و معامله در آن باطل است. مواد (۲۷-۲۳) قانون مدنی اشاره به این موارد دارد. حقوق دانان شرط ملکیت را با مالیت یکی دانسته، و تنها به دو معنای قابلیت تملک و مالک بودن را برای اشتراط ملکیت بیان نموده اند، و اموالی را که مالک خاص نداشته و قابل تملک نمی باشد، به سه دسته اصلی: مشترکات عمومی، مباحات و اموال مجهول المالك تقسیم نموده اند. (رک: شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۰۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۲۶ و ۶۴). مشهور فقها، با پذیرش اشتراط ملکیت در عوضین، از اموری احتراز کرده اند که بالفعل ملک شخص خاصی نمی باشد (محقق حلی، ۱۳۸۳: ۲۸) فقهای چون محقق اصفهانی (۱۴۱۸، ۳: ۱۲) و آخوند خراسانی (۱۴۰۶: ۱۰۳) علاوه بر اینکه ملکیت رادر عوضین نمی پذیرند، قید احتراز به ملکیت را که در سخنان مشهور فقها آمده هم نمی پذیرند. مرحوم خوئی، ب عد از قبول شرط ملکیت در عوضین، دلیل عدم جواز بیع اراضی مفتوحه عنوه را، در عدم طلقیت این گونه اراضی دانسته و قائل به این می باشد، که احتراز به ملکیت از این اراضی صحیح نیست، بلکه احتراز باید نسبت به ملک طلق باشد (خوئی، ۱۴۱۲، ۵: ۱۰۹).

شیخ انصاری علاوه بر مالیت داشتن عوضین، ملکیت داشتن را نیز شرط عوضین می داند و می گوید: فقها با معتبر دانستن ملکیت در عوضین، از بیع مشترکات که به همه مردم تعلق دارند مانند آب، مراتع، حیوانات وحشی صید نشده که هنوز بالفعل به ملکیت در نیامده اند، احتراز کرده اند. هم چنین با قید ملکیت از زمین های مفتوح العنوه (زمین هایی که با لشکر کشی مسلمانان به دست آنان افتاده است) احتراز کرده اند؛ چون این زمین ها مانند سایر زمین ها، ملک صاحبان خود به حساب نمی آیند که هر جزء از زمین مال کسی باشد و به همین دلیل هم به ارث نمی رسد؛ زیرا آنان به صورت مشاع نیز منفعت را تملک نمی کنند (رک: انصاری، ۱۴۳۴، ۴: ۱۱).





برخی از فقها به جای مالیت تعبیر ملکیت به کار برده اند. ملکیت، رابطه ای است میان انسان و اشیا، که همین ارتباط موجب می گردد تا شخص بر شیء سلطنت یافته و در آن حق تصرف داشته باشد. شخص مذکور را مالک و شیء مزبور را مملوک می نامند (انصاری، ۱۴۳۴، ۴: ۱۰؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۳۳۹) و بعضی دیگر تعبیر به ملکیت کرده اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳؛ نجفی، بی تا: ۳۴۳) اختلاف دو تعبیر (مالیت و ملکیت) بر می گردد به اعتباری بودن حیثیت مال که به اعتبار عقلا وابسته است گاهی این اعتبار در مکانها و زمان های مختلف تفاوت پیدا می کند. و در هر صورت ارزش مبادلاتی داشتن عوضین جامع بین تعبیر مالیت و ملکیت است. ولی به نظر امام خمینی ملکیت در صدق بیع معتبر نیست؛ ایشان قائل به عدم اشتراط ملکیت در عوضین می باشند و ماهیت بیع را منوط به ملکیت داشتن مورد معامله نمی داند. ایشان می گوید: ملکیت از مقومات ماهیت بیع نیست و همچنین از شرایط صحت نیست به طوری که با نبودش بیع باطل شود، مثل: صحت بیع وقف عام با اینکه ملک نیست، بلکه فک ملک است. همچنین بیع کلی که ملک بایع نیست، و می شود ملک مشتری بر عهده بایع بعد از انعقاد بیع. و در ابتدا گفته: سزاوار نیست در عدم اشتراط ملکیت در صدق بیع اشکال شود. (امام خمینی، ۱۳۸۸، ۴: ۱۲).

برخی از فقها از جمله مرحوم خوئی و محقق اصفهانی با آوردن قید احتراز به ملکیت، معنای سلطنت را در عوضین معتبر دانسته اند، و طوری مالک سلطنت داشته باشد که بتواند ملک را از ملکیت خود خارج و به ملکیت دیگری در آورد (خوئی، ۱۴۱۲، ۲: ۳۲۰) امام خمینی در ابتدا نظر بعضی از فقها مطرح کرده است (رک: امام خمینی، ۱۳۸۸، ۳: ۱۲ و ۱۳) که سلطنت بر مبیع در صحت بیع معتبر دانسته اند، و هر موقع مالک اراده کند بتواند آن را در ملک خود خارج ساخته و به ملک دیگری در آورد. لذا بر اساس این مبنا بیع کلی غیر مضاف به ذمه را به دلیل عدم سلطنت بایع بر مبیع باطل می دانند و هم چنین بیع مباحات اصلیه را نیز به دلیل آن که دارای حالت مساوی بین بایع و مشتری بوده و هیچ کدام بر آن سلطنت ندارند، باطل می دانند (رک: اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱: ۲۴۰).





امام به نظری که بیان شد پاسخ می دهد و اظهار می دار که منظور محقق اصفهانی تعمیم سلطنت به کلیات است و به آنچه که مخالف عقل و عرف است ملتزم شده ؛ چون کلی مضاف به ذمه یک کلی عقلی است که وجود آن در خارج معقول نیست، و صرف اضافه شدن آن به ذمه از سلطنت بایع خارج می شود، بنابراین اضافه شدن به ذمه، مؤکد خروج از سلطنت بایع می باشد، نه این که سلطنت وی بر آن، مورد معامله محقق شده باشد (امام خمینی، ۳، ۱۳۸۸، ۱۲: ۱۳). پس اشتراط سلطنت مطرح شده از سوی برخی از فقها، نسبت به مورد معامله هیچ گاه لازم نبوده و هیچ تأثیری در صحت یا عدم صحت بیع ندارد، زیرا بیع بدون داشتن سلطنت نیز می تواند صحیح باشد. به نظر امام خمینی: سلطنت در کلیات، چه به صورت اعیان خارجی باشد و چه اعمال انسان، آنچه که معتبر است، همانا سلطنت و قدرت بر ادای مورد معامله در زمان تعیین شده برای آن بوده و نفس سلطنت و قدرت بر ادای مورد معامله در زمان تعیین شده برای آن بوده و نفس سلطنت بر کلیات و همچنین اعیان خارجی در بیع لازم نمی باشد. علاوه بر آن، اگر سلطنت بر مبیع را لازم بدانیم دو اشکال دیگر پیش می آید:

یک- در صورت اعتبار سلطنت لازم می آید، که اضافه کردن آن کلی بر ذمه صحیح نباشد، چون در صورت اعتبار آن، قدرت بر مقدار مورد تعهد از آن کلی در تاریخ مقتضی برای تسلیم اعتبار داشته و این هیچ مناقاتی با سلطنت شخص دیگری بر مقدار دیگر از آن کلی ندارد، بنابراین سلطنت بر کلی مضاف به ذمه نمی باشد، چون سلطنت های دیگر بر آن و جمع بین سلطنت ها یک کلی صحیح است (امام خمینی، ۳، ۱۳۸۸، ۱۳: ۱۴).

دو- اعتبار سلطنت لازمه آن این است، که در صدق بیع قائل به تبادل دو سلطنت بوجود آید (سلطنت بایع بر مبیع و مشتری بر ثمن و هر کدام سلطنت خود را به دیگری انتقال دهد. بدون اینکه نقل عینی صورت گرفته باشد و این باطل است.

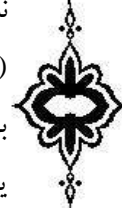
پس اشتراط ملکیت در عوضین صحیح نیست و به دلایلی دیگر بر بطلان بیع مباحات و اراضی مفتوحه عنوه را استناد نموده است. به نظر ایشان باطل بودن بیع مباحات به خاطر این است که وفا به چنین عقدی واجب نیست چون عقلاً و شرعاً دلیلی بر وجوب آن وجود ندارد.





بطلان بیع اراضی مفتوحه عنوه به دلیل این است که تمام مسلمانان در آن شریک می باشند، عنوان مفتوحه العنوه مانع بیع این گونه اشیا است (امام خمینی، ۱۳۹۴: ۴۹۳). بنابر این؛ امام خمینی قائل به اشتراط ملکیت در عوضین نیست، و عدم صحت بیع آنچه را که بعضی از فقها مستند به این دلیل کرده اند، در وجود داشتن ادله دیگر می داند. ایشان به طور قطع و یقین ملکیت را نه از مقومات ماهیت بیع می داند و نه از شرایط صحت بیع، یعنی با فقدان این شرط، بیع باطل نمی شود. و چند نمونه را بیان می کند، مثل بیع وقف عام با اینکه فک ملک است نه ملکیت، و بیع کلی در ذمه، با اینکه ملک بایع نبوده و تنها بر ذمه بایع است که بعد از بیع ملک مشتری می گردد.

در نظام حقوقی کشورهای غربی از جمله انگلستان و آمریکا طرفین قرارداد، گاه راهکارها و ضمانت اجرای قانونی را جهت تضمین حقوق طرفین ناکافی دانسته و از مکانیسمی به نام شرط حفظ مالکیت استفاده می نمایند. این تأسیس حقوقی که در حقوق ایران مغفول مانده به فروشنده ای که ثمن مورد معامله را دریافت نکرده حق می دهد تا زمان انتقال، مالکیت را معلق به حصول ثمن نموده و تا زمانی که فروشنده به حقوق خود نرسیده باشد مالکیت برای وی باقی مانده و به خریدار منتقل نگردد. هر چند خریدار نسبت به مبیع دارای نوعی حق عینی می شود اما ید او نسبت به مبیع تا زمان پرداخت کامل ثمن امانی خواهد بود. (Luke, 2014: 24) از جمله کار بست های عملی شرط حفظ مالکیت موردی است که خریدار قبل از پرداخت ثمن ورشکسته میشود. اعمال این شرط فروشنده را از ورود در ردیف غرما معاف می نماید و به او حق می دهد تا مبیع موجود نزد خریدار را مسترد نماید. شرط حفظ مالکیت موجب می شود تا در فرض ورشکستگی خریدار، مبیع حداقل تا زمانی که در همان حالتی که فروخته شده باقی مانده است به اموال خریدار وارد نشود. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-608-2666>, available at (12/05/2019) از نظر عملی در حقوق تجارت این شرط همانند حق حبس یا حقی که برای فروشنده در متوقف کردن کالای در حال حمل وجود دارد عمل می کند. (علمی یزدی، ۱۳۸۳: ۲۵) با این تفاوت که در حق حبس فروشنده کالا را برای خریدار ارسال اما خریدار هنوز آن را دریافت نکرده ولی در شرط حفظ مالکیت مبیع به طور واقعی تسلیم





خریداری گردیده علاوه بر اینکه این شرط باید صراحتاً در قرارداد درج شود (Atiyah, 330: 2010). در رویه قضایی حقوق انگلستان شرط حفظ مالکیت از دعوای معروف یک شرکت هلندی به نام (ALUMINIUM INDUSTRIE VAASSEN A.I.V) و یک شرکت انگلیسی به نام Romalpa Aluminum L.T.D ریشه می‌گیرد که در آن مقرر گردید «مالکیت موادی که به وسیله شرکت A.I.V تسلیم می‌شود، زمانی به خریدار منتقل گردد که خریدار تمامی آن چه را که به A.I.V بدهکار است صرف نظر از منشاء آن پرداخت نموده باشد»^۱ شرط حفظ مالکیت در شکل معمولی خود، منع و محدودیتی برای فروش مبیع توسط خریدار نیز ایجاد نمی‌کند، چرا که هدف از درج چنین شرطی ایجاد این محدودیت نیست. با این حال آنچه رویه قضایی انگلستان بدان قائل است تصریح به حق فروش مبیع برای خریدار با وجود شرط حفظ مالکیت است و حتی در صورت عدم تصریح این حق را از شرط برای خریدار استنباط و جاری می‌داند. -[https://swarb.co.uk/aluminium-industrie-vaassen\)-b-v-v-romalpa-](https://swarb.co.uk/aluminium-industrie-vaassen)-b-v-v-romalpa-aluminium-ltd-ca-16-jan-1976/)

aluminium-ltd-ca-16-jan-1976/ available at 10/ 07/2019)

نکته‌ی قابل توجه آنکه شرط حفظ مالکیت موجب تعلیق در انشاء بیع نشده بلکه به عنوان شرط تعلیق در منشاء قابل بحث می‌باشد.

در مقام مقایسه و مستنبط از ماده (۳۸۰) قانون مدنی ایران شاید بتوان خیار تفلیس را علیرغم تفاوت کارکردی و محدوده‌ی شمول با شرط حفظ مالکیت در حقوق غربی قابل بررسی دانست. (سعیدی و یزدانی، ۱۳۸۹: ۱۷) اگر چه در حقوق ایران اثر و نتیجه مستقیم بیع انتقال مالکیت است (مواد ۳۳۸ و ۳۶۳ ق.م) و شرط خلاف مقتضای آن (م ۲۳۳ ق.م) موجب بطلان عقد است اما می‌توان گفت که انتقال فوری و بی قید و شرط مالکیت مقتضای ذات عقد بیع نیست بلکه مقتضای اطلاق عقد است. (علوی یزدی، ۱۳۹۳: ۲۸) به علاوه مگر نه این است که فقه امامیه و حقوق غایت اصلی خود را عدالت و تراضی حقوق طرفین می‌داند. شرط حفظ مالکیت از تاسیس های حقوقی تضمین گر روابط طرفین عقد



1 W. I. R1 [1976] P.676

2 Four points Garage Ltd, V. Carter, 1985



است که در حقوق ایران مورد استفاده واقع نشده و می‌تواند تا با عنایت به اینکه انتقال ضمان معاوضی با سیستم مبیع صورت گرفته، محقق یافته است، موانع فقهی حقوقی اندراج این شرط مفید در حقوق ایران همانند کشورهای غربی مرتفع گردد. هر چند استفاده از ماده (۳۸۰) قانون مدنی با موضوع خیار تفلیس در موردی که مبیع عیناً نزد خریدار موجود باشد با شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلستان زمانی که مبیع نزد خریدار موجود و نیازی به ثبت و صراحت آن در قرارداد نداشته باشد، می‌تواند ارکانی مشابه داشته باشد، اما ماده (۳۸۰) ق.م.تأمین کننده حقوق فروشنده صرفاً نسبت به ثمن است، حال آنکه شرط حفظ مالکیت می‌تواند انتقال مالکیت تا زمان پرداخت ثمن و یا سایر بدهی‌ها و دیون خریدار به فروشنده را به تعویق بیندازد. (سربازیان و رنجبری، ۱۳۹۳: ۶۳) ماده (۳۸۰) قانون مدنی ایران تنها تأمین کننده حقوق فروشنده نسبت به ثمن است، در حالی که شرط حفظ مالکیت به عنوان مکانیسمی موفق تر می‌تواند انتقال مالکیت را با تأخیر مواجه سازد. بعلاوه با اعمال ماده مزبور سایر آثار حقوقی شرط حفظ مالکیت همچون حق تعقیب ثمن حاصل از فروش، شرط مجموعی یا کلی و شرط استمرار حفظ مالکیت قابلیت تحقق ندارد. از طرفی نباید از این نکته غافل شد که در شرط حفظ مالکیت مبیع در وثیقه ثمن قرار نمی‌گیرد و تنها موجب تأخیر انتقال مالکیت است که خود تضمین کننده پرداخت ثمن است. در عین حال شرط حفظ مالکیت می‌تواند به حقوق فروشنده نسبت به کالای ساخته شده از مبیع و یا وجه حاصل از فروش آن نیز تسری پیدا نماید که ضرورت اعتبار چنین شروطی در حقوق ایران را بایسته ساخته است. علاوه بر آن منجز بودن عقد و انشای صیغه ی آن و عدم تعلیق آن از نظر فقه و نظام حقوقی ایران شرط است، و در صورت تعلیق نقل و انتقال یعنی اثر به طور محقق صورت نمی‌گیرد، و باید حقوق دو طرف معامله محقق شود و معلق بر چیزی نباشد؛ لذا بیع زمانی باطل است در حالیکه رویکرد قانونگذار آمریکایی و انگلیسی بر صحت چنین بیعی تأکید نموده است. قانون مدنی ایران حکم روشنی در خصوص شرط حفظ مالکیت ارائه نموده است، اما در قوانین و مقررات پراکنده ای همچون قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری مصوب ۱۳۸۱ علی‌رغم آن که مخاطب چنین قوانینی بانکها می‌باشند، می‌توان اجمالی از پرداخت موضوع را استنباط





نمود. با این حال همان گونه که خیار تفلیس در حقوق غربی معادلی ندارد در حقوق ایران نیز شرط حفظ مالکیت مورد تعرض قانونگذار قرار نگرفته است. اگر چه در در حقوق ایران شرط تاخیر در انتقال مالکیت پذیرفته شده است اما عملاً از آن استفاده چندانی نمی شود و رجوع به نهادهای حقوقی سنتی همچون اجاره به شرط تملیک و فروش اقساطی مرسوم تر می باشد. بر آمد پژوهش حاضر بیانگر آن است که به نظر می رسد جهت تضمین بیشتر حقوق متبایعین، راهکارهای قانونی برای توجیه صحت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران وجود دارد. (شکوهی زاده، ۱۳۹۵: ۵۳۴).

نتیجه گیری

از آنچه که گذشت، نتایج زیر به دست آمده است:

۱. در حالی که فقه امامیه و حقوق ایران قائل به انتقال مالکیت در تمام اقسام مبیع حین وقوع عقد است، رویکرد قانونگذار غربی همچون آمریکا و انگلیس مبتنی بر کاربست نهادهای حقوقی متنوع تری همچون شرط حفظ مالکیت در بیع و مالکیت زمانی و اشتراکی است که کاربرد آن در حقوق ایران با لحاظ تمامی جوانب امری قابل بازپژوهی است. ملکیت شرط مستقلی به حساب نمی آید. فقها ملکیت را جدا از مالیت می دانند و به نسبت عموم و خصوص من وجه بین این دو معتقدند. بر خلاف بسیاری از حقوق دانان که آندو را یکی می دانند.

با عنایت به ویژگی های مالکیت مشاع در حقوق آمریکا از جمله وحدت زمان، وحدت مالکیت، وحدت منفعت و وحدت تصرف این نوع مالکیت را می توان با ارکان مالکیت مشاع در فقه و حقوق ایران قابل مقایسه دانست.

۲. به نظر شیخ انصاری، اشیا و کالاهایی که دارای منفعت نادره و اندک هستند دارای مالیت نمی باشند و بیع آنها باطل است، اگرچه به ندرت و یا برای بعضی از افراد دارای





فایده باشد. اما به نظر امام خمینی اگر چیزی برای فردی دارای ارزش باشد و برای دیگری ارزش نداشته باشد، بیع آن صحیح است، پس امام اشیائی را که دارای منفعت نادره بوده را دارای مالیت دانسته و حکم عرف در این زمینه را برای جواز بیع آن کافی می‌داند. از منظر قانونگذار غربی نیز چنین چیزی می‌تواند مجوز بیع محسوب گردد که به نظر امام (ره) نزدیک تر می‌باشد. عوضین باید ارزش داد و ستد داشته باشند تا بذل مال در مقابل آن صحیح باشد. و مال از امور اعتباری است، و ممکن است عقلا در هر زمان و مکان مصادیق مختلفی را به خاطر غرض عقلایی اعتبار کنند.

۳. مالیت از شروط صحت بیع است و عرف ملاک و ضابطه اصلی و مشترک حقوق ایران و نظام حقوق غربی در تشخیص مالیت کالاهاست. با این حال در فقه و حقوق ایران مالیت شرعی نیز معتبر است. البته در صورتی که مالیت شرعی نداشته باشند، بعضی از آثار یک بیع صحیح را نخواهد داشت.

منابع

- ۱) ابن شُعبه حرانی، حسن بن علی، ۱۳۸۰ق، تحف العقول عن آل الرسول، نجف، المطبعة الحیدریه، چ ۵.
- ۲) ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۰ق، لسان العرب، بیروت، دارالصادر، چ ۲.
- ۳) اردبیلی، احمد، ۱۴۱۱ق، مجمع الفوائد والبرهان، قم، النشر الاسلامی، چ ۱، ج ۸.
- ۴) اصفهانی، حسین، ۱۳۷۹ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، نشر میزان، چ ۱.
- ۵) اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه المکاسب، قم، بی نا، چ ۱، ج ۱ و ۳.
- ۶) امام خمینی، سید روح الله، ۱۳۹۴ش، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر تراث الامام الخمینی، چ ۳، ج ۱.
- ۷) -----، ۱۳۸۸ش، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۳، ج ۳ و ۴.





- ۸) آثار امام خمینی، ج ۱، ج ۱.
- ۹) انصاری، مرتضی، ۱۴۳۴ق، المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ج ۲، ۱، ۴.
- ۱۰) جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۹۶ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، انتشارات و چاپخانه علمیه، تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر، ج ۲، ج ۳.
- ۱۱) جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف، ج ۲.
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۹ش، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ج ۱.
- ۱۳) حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۱، ج ۴.
- ۱۴) جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۰۷ق، صحاح اللغة، بیروت، دارالعلم للملایین، ج ۱.
- ۱۵) حسینی، سید محمد، ۱۳۸۵ش، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقه، تهران، سروش، ج ۲.
- ۱۶) حسینی عاملی، سید محمد جواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، ج ۴.
- ۱۷) خوانساری، احمد، ۱۳۷۸ق، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ج ۱، ج ۳.
- ۱۸) خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۲ق، مصباح الفقاهة فی المعاملات، لبنان، دارالهادی، ج ۱، ج ۲ و ۵.
- ۱۹) راغب اصفهانی، حسین، ۱۴۱۲ق، مفردات الفاظ قرآن، بیروت، دارالعلم، ج ۱.





۲۰) ربازیان، مجید، رنجبری، سهیلا، ۱۳۹۳ش، مفهوم مالکیت و زمان انتقال آن در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، ش ۱.

۲۱) سعیدی، محمد علی، یزدانی، غلامرضا، ۱۳۹۰ش، بررسی شرط ذخیره مالکیت، آموزه های حقوقی دانشگاه علوم رضوی، ش ۱۴.

۲۲) شکوهی زاده، رضا، ۱۳۹۵ش، ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و فرانسه، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۴۶.

۲۳) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳ش، حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۱، ج ۱.

۲۴) -----، ۱۳۹۸، حقوق مدنی ۶، عقود معین، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.

۲۵) -----، ۱۳۹۰ش، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۱۵.

۲۶) صدر، سید محمد باقر، ۱۴۱۷ق، اقتصادنا، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱.

۲۷) عطار زاده، سعید، پارسا، الهه، ۱۳۹۲ش «بررسی ماهیت حقوقی مالکیت زمانی در حقوق آمریکا»، دانش حقوق مدنی، دوره ۲، ش ۱.

۲۸) علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۸ق، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۱، ج ۲.

۲۹) علومی یزدی، حمیدرضا، ۱۳۸۳ش، «شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۶، ش ۱۱.

۳۰) قاسمی، محسن، ۱۳۸۸ش، انتقال مالکیت در بیع در حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق فرانسه، کتابخانه و فن آوری اطلاعات دانشگاه امام صادق (ع)، پایان نامه به راهنمایی دکتر سید حسین صفایی.





(۳۱) قبولی درافشان، سید محمد هادی، ۱۳۹۴ش، واکاوی عهدهی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه جستارهای فقهی اصولی، سال اول، ش ۱.

(۳۲) -----، ۱۳۹۵ش، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادهای در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.

(۳۳) قنواتی، جلیل، ۱۳۸۲ش، مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، اندیشه های حقوقی، سال اول، ش ۵.

(۳۴) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰ش، حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران، دادگستر، چ ۲، ج ۱.

(۳۵) محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۴۳۸ق، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، استقلال، چ ۱، ج ۱.

(۳۶) موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۸۵ش، قواعد فقهیه، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۱، ج ۱.

(۳۷) نایینی، محمد حسین، ۱۴۲۴ق، منیه الطالب، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۱، ج ۱.

(۳۸) نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث، چ ۱، ج ۲۲.

(۳۹) نراقی، محمد مهدی، ۱۴۱۸ق، مستند الشیعه، قم، انتشارات اسلامی، چ ۱.

(۴۰) واسطی زبیدی، سید محمد، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، لبنان، دارالفکر للطباعة و النشر.

41) Atiyah's, John, N. Adams, Hector, (2010), Sale of goods, Macqueen, Longman, 12th edition.

42) Bowen, David A., (2016) time share ownership: regulation and common sense, LCLR, vol.25., No.4.

43) Chappelle, Diane, (2018), Land law, Parson Language.

44) Clark, Robert., (2016), Sales Law, review group, report on the legislation governing the sale of goods and supply of services, government publication.

45) Luke, Rostill, (2014), relative title and deemed ownership in English personal property law, Oxford journal of legal studies.



- 46) Mann, Richard A., & Robert Barry, S., (2002), Business law and the regulation of business, USA, Thomson publisher, 7th edition.
- 47) Smith, Roger, J., (2014), Property Law, Cavendish publication, 10th edition.
- 48) [https://swarb.co.uk/aluminium-industrie-vaassen\)-b-v-v-romalpa-aluminium-ltd-ca-16-jan-1976/](https://swarb.co.uk/aluminium-industrie-vaassen)-b-v-v-romalpa-aluminium-ltd-ca-16-jan-1976/) available at 10/ 07/2019)
- 49) <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-608-2666>, available at 12/05/2019.
- 50) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/section/64#section-64-2> available at: 18/03/2019.
- 51) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, available at 14/07/2019.

