

SID



بلاگ مرکز اطلاعات علمی



کارگاه‌های آموزشی



سرویس ترجمه تخصصی



فیلم‌های آموزشی

کارگاه‌ها و فیلم‌های آموزشی مرکز اطلاعات علمی

آشنایی با پایگاه‌های اطلاعات علمی بین‌المللی و ترندهای جستجو بین‌المللی و ترندهای جستجو

کاربرد نرم افزار SPSS در پژوهش

بروبوزال نویسی (علوم انسانی)

کاربرد نرم‌افزار End Note در استناددهی مقالات و متون علمی

صدور گواهینامه نمایه مقالات نویسندگان در SID

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵
صفحات ۷۹۷-۸۲۰

بیع مال آینده

محمدابراهیم داوودآبادی فراهانی^{۱*}، محمود قیوم‌زاده^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد ساوه

۲. استاد دانشگاه آزاد اسلامی، گروه حقوق، ساوه، ایران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۹/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۲/۷)

چکیده

بیع مال آینده را می‌توان فروش هر نوع مالی (به صورت عین کلی یا عین معین) دانست که در آینده تهیه، تولید یا ساخته و تحویل می‌شود. آنچه درستی این دیدگاه را مورد مناقشه قرار می‌دهد، عدم صحت معامله کالی به کالی و دین به دین در مورد عین کلی و نیز حدوث غرر در معامله عین معین است. اما بررسی نظر فقهای مختلف نشان می‌دهد که بیع کالی به کالی باطل نیست و بیع دین به دین نیز تعریف خاص و تفسیر مضیقی دارد که خللی به صحت این نوع بیع وارد نمی‌کند. در بیع عین معین آینده، اعتباری بودن ملکیت و امکان اعتبار موضوع آن و نیز امکان عرفی تسلیم و توصیف دقیق مبیع که رافع جهالت آن باشد، نافی غرر محتمل است، چرا که اگر در جوامع ابتدایی، این امکان وجود داشته، در حال حاضر که تسلیم عرفی و توصیف دقیق تر مبیع ممکن شده به طریق اولی عرف عقلا، معامله در فروش مذکور با حصول سایر شرایط عمومی را بیع می‌داند. آنچه در حقوق غرب و به‌طور مشخص انگلیس، با عنوان بیع مال آینده آمده، به دلیل عدم پذیرش انتقال مالکیت کالای آینده در زمان حال، توافق به بیع است و در واقع بیع مال آینده نیست.

واژگان کلیدی

بیع، بیع استصناع، بیع کلی، مال آینده.

مقدمه

احکام اسلام در تقسیم‌بندی کلی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند: احکام فردی و اجتماعی. احکام فردی اساساً مربوط به ارتباط شخص با خالق است که در اینجا موضوع بحث نیست. احکام اجتماعی که موضوعات زیادی مثل روابط تجاری و اقتصادی و احکام خانواده قانون‌های کیفری و مدنی را دربر می‌گیرد، به‌منظور تنظیم روابط میان افراد در جوامع انسانی و چگونگی تعامل میان آنها تدوین شده است. از قدیم‌الایام در مواجهه با شریعت و احکام آن دو نوع برخورد وجود داشته، یک نگاه معتقد است چنانکه اسلام جاودانه است و حرام و حلال الهی تغییرپذیر نیست، پس احکام اسلام نیز ثابت و لایتغیر است. در مقابل برخی دیگر جاودانگی اسلام را مستلزم پاسخگویی به تمام نیازهای اعصار و قرون می‌دانند (پژوهشنامه متین، ۱۳۷۸، ج ۳ و ۴: ۱۷۱). طرفداران این نظر معتقدند این امکان از طریق اجتهاد پویا و متحول فراهم می‌آید. باب اجتهاد و تحول در فقه توسط خود حضرات معصومین (ع) مفتوح شده؛ آنجا که فرمودند: علینا القای الاصول وعلیکم ان تفرعوا (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۶۲) وظیفه ما تعلیم اصول است و شما خود باید فروع را با آنها تطبیق دهید. توجه به مبانی عقلانی و عرف شکل‌گرفته بر پایه آن (بنای عقلا) یکی از راهکارهای تحول اجتهاد و پویایی آن است. با توجه به اینکه عمده احکام اجتماعی اسلام، امضایی است؛ می‌توان پذیرفت که اسلام به روابط و تحولات اجتماعی مبتنی بر عرف عقلایی به‌عنوان بستر شکل‌گیری قواعد و نظام حقوقی توجه و عنایت ویژه دارد. دیده می‌شود حقیقت عرفیه مورد پذیرش اصولیین بوده که از مصادیق آن عقد (به‌طور کلی) و بیع (یکی از زیرمجموعه‌های عقد) و احکام آنهاست. دایره شمول و گستره حقیقت عرفیه‌ای مانند بیع در مباحث علمی فقها و حقوقدانان تابع عواملی از جمله مقتضیات زمان به‌عنوان ظرف تکامل آن مباحث است. چون حکم تابع موضوع و رابطه سبب و مسببی بین آنها برقرار است به‌نحوی که اگر موضوع تغییر کند، حکم نیز تغییر خواهد کرد و تغییر موضوع نیز تابعی از تغییر و تحول عرف جامعه است، بنابراین می‌توان گفت تغییر عرف در تغییر حکم مؤثر است و تغییر و تحول اجتماع و عرف سبب توسعه

مورد حکم یا تضییق آن می‌شود. عرف و عادت جوامع نیز در اثر دگرگونی و تحولات مقتضیات زمان تغییر خواهد کرد (واسعی، ۱۳۸۵: ۲۵). با ارتقای مدنیت و پیچیده‌تر شدن روابط اجتماعی انواع گوناگون ارتباطات و تأسیسات حقوقی نوین پدید می‌آید یا اینکه موارد پیشین عمیق‌تر خواهند شد تا پاسخگوی نیازهای زمان باشند. اسلام در مواجهه با عرف‌های زمان خود نیز تنها آنهایی را که ناصحیح و غیرمنطبق با بنای عقلا بودند، مردود اعلام کرد و باید گفت در آینده نیز چنین خواهد بود و آنچه منطبق با عرف عقلا باشد را می‌پذیرد و امضا می‌کند (پژوهشنامه متین، ۱۳۷، ج ۳ و ۴: ۱۷۱).

در مورد مسئله بیع مال آینده، فقها و همچنین حقوقدانان در حقوق ایران تاکنون نفیاً یا اثباتاً اظهار نظر شایان توجهی نکرده‌اند و لیکن در ارتباط با بیع استصناع که ساخت و تحویل مبیع در آینده اتفاق می‌افتد و از این نظر شاید به‌عنوان مصداقی از بیع مال آینده به‌حساب آید، شیخ طوسی معتقد است خریداری چکمه؛ کفش؛ ظروف چوبی؛ طلائی؛ سربی و آهنی به‌صورت استصناع جایز نیست؛ و برای اثبات درستی نظر خود ادعای اجماع کرده است (شیخ طوسی، ۱۴۱۸: ۲۱۵) در حالی که به‌جز عدّه اندکی از فقهای شیعه، اکثریت ایشان اظهار نظری در این مورد نکرده‌اند و ادعای اجماع در این خصوص موجه به‌نظر نمی‌رسد (پژوهشنامه متین، ۱۳۷۱، ج ۳ و ۴: ۱۷۱). نظریه شیخ طوسی سبب شده است که مخالفت با بیع استصناع به فقه شیعه نسبت داده شود (جمال عبدالناصر، ۱۴۱۱، ج ۷: ۹۵) چرا که بعد از او نیز ادعای اجماع مانع از ورود جدی، نقد و تحلیل آن شده است. مهم‌ترین ویژگی و تفاوت بیع استصناع با بیع کالا به‌صورت عین معین یا کلی در معین بودن آن است که در این نوع بیع، مبیع در زمان معامله موجود نیست و قرار است در آینده پس از ساخته شدن، توسط فروشنده به خریدار تحویل داده شود. شیخ طوسی گفته که استصناع بیع مجهول است، چون کالا مشاهده نمی‌شود و صفاتش مشخص نیست، بنابراین کالا مجهول باقی می‌ماند و معامله بر شیء مجهول باطل است. در نقد این نظر می‌توان گفت نبود مبیع در زمان معامله در فروش مال به‌صورت کلی فی‌الذمه نیز مشاهده می‌شود. اگرچه بنا به مقتضیات زمان فروش مال کلی فی‌الذمه بیشتر متوجه محصولات کشاورزی بوده، فقها معامله هر نوع مال کلی فی‌الذمه به‌وسیله توصیف را پذیرفته‌اند و از این لحاظ

محصولات کشاورزی خصوصیتی ندارند (نامه مفید، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۵۳) و معیار در توصیف برای رفع غرر از کالا اوصاف کمی و کیفی (جنس، وصف و مقدار) موجب تفاوت در ارزش و قیمت و انگیزه‌های طرفین معامله بوده و داوری عرف در این زمینه پذیرفته شده است (رفیعی، ۱۳۷۸: ۱۶۷). این مطلب در بیان فقها چنین آمده است: «ذکر هر وصفی که ثمن به سبب آن متفاوت می‌شود، باید در عقد ذکر شود (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۳۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۴۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۲۱۲؛ نجفی، ۱۴۳۴، ج ۳۴: ۲۷۵). بیع استصناع چون امکان توصیف دقیق و روشنی از مبیع در آن وجود دارد، معامله مجهولی نیست. امروزه پیشرفت دانش و فناوری این امکان را به مراتب قوت بخشیده است. در نوشتار حاضر سعی شده، علاوه بر فروش هر نوع مال کلی که باید در آینده تحویل شود، در شرایطی که امکان اعتبار عقلی و عرفی و توصیف دقیق و قدرت تسلیم مبیع از سوی بایع و سابقه توانایی این تسلیم، سبب رفع غرر در بیع عین معین آینده می‌شود، این نوع از معامله نیز تحت عنوان بیع مال آینده، مطرح و بررسی شود.

تعریف بیع مال آینده: در تعریف این نوع بیع می‌توان گفت بیعی است که در آن مبیع در تاریخ عقد وجود خارجی ندارد؛ ولی بایع تعهد می‌کند که آن را بسازد یا فراهم کند و سر موعد تحویل دهد (حقوق عدالت آراء، ۱۳۸۵، ج ۵ و ۴: ۳). مبیع آینده ممکن است بعداً ساخته شود مثل یک هواپیمای مشخص یا تعدادی قطعه صنعتی کاملاً مشابه با مشخصات و نقشه کاملاً دقیق که قرارداد ساخت آن بین سازنده و خریدار منعقد می‌شود تا ظرف مدت مشخصی تحویل خریدار شود یا مانند محصولات کشاورزی که باید تا مدت معینی از طرف بایع تحویل مشتری شود، اعم از اینکه محصول متعلق به مزرعه خاص باشد که پس از رشد و نمو آماده تحویل می‌شود یا اینکه بایع ملزم باشد در موعد مقرر آن را از بازار تهیه کند و در اختیار خریدار قرار دهد. بیع مال آینده را می‌توان با توجه به نوع مبیع کلی فی‌الذمه و عین معین در دو مبحث بررسی کرد:

الف) بیع مال کلی آینده: در فقه فروش مال کلی که در آینده به مشتری تحویل می‌شود، در مقابل مال دیگری را بیع سلف نامیده‌اند. مشهور فقها معتقدند ثمن باید در مجلس عقد به قبض فروشنده درآید، والا بیع باطل است. اما ضرورت قبض ثمن و در نتیجه این نوع

بیع اختلافی محسوب می‌شود. برای آنکه بتوان معامله کلی مصنوعات بشری را بیع مال آینده دانست، باید دید چه عواملی سبب می‌شود تا این نوع معامله مصداقی از بیع سلف به‌شمار نیاید. در صورتی که در معامله اخیر تمام ثمن از سوی خریدار یکجا به فروشنده تحویل شود، مصداقی از بیع سلف است، زیرا اولاً: در بیع سلف نیز کالا در زمان معامله وجود ندارد و فروشنده می‌تواند مثلاً گندمی را که ۶ ماه دیگر توسط کشاورز به بازار می‌آید و اکنون هیچ وجود خارجی ندارد، تهیه کند و به‌عنوان مبیع تحویل خریدار دهد؛ ثانیاً: در بیع مصنوعات بشری هم مانند محصولات کشاورزی و بلکه دقیق‌تر می‌توان با توصیف مبیع از معامله رفع غرر کرد. مشکل در جایی است که معامله کلی مصنوعات بشری بدون قبض تمام ثمن یا بخشی از آن انجام می‌گیرد که اصطلاحاً موجد معامله کالی به کالی است. بنابراین صحت یا بطلان این نوع معاملات در واقع منوط به بررسی صحت یا بطلان معاملات کالی به کالی است (نامه مفید، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۵۱). مراجعه به کتب فقهی نشان می‌دهد که این موضوع در دو وضعیت بررسی شده است: ۱. شرایط و احکام بیع سلف؛ ۲. بیع دین به دین. می‌کوشیم به‌طور مختصر این دو مبحث را بررسی و نتیجه‌گیری کنیم.

مبحث اول

نظریات فقها در مورد بیع سلف: در این نوع بیع همانند سایر انواع بیع، قواعد عمومی عقود از جمله اهلیت طرفین؛ توافق اراده‌ها؛ مشروعیت جهت معامله و معلوم بودن مورد معامله از شرایط اساسی است. معلوم بودن در این نوع بیع با ذکر جنس و وصف و مقدار و مشخص کردن مدت تسلیم مبیع است. آنچه در روایات آمده، همین موارد است، اما به‌نظر می‌رسد شرایط دیگر بیع سلف از جمله لزوم قبض ثمن در مجلس عقد از یک دوره زمانی خاص به شرایط بیع سلف اضافه شده است، در حالی که از روایات چنین مطلبی حاصل نمی‌شود. فقهای متقدم تا زمان شیخ طوسی بر لزوم قبض ثمن بیانی ندارند. در این صورت باید مطابق اصول کلی حاکم بر قراردادهای مثل آزادی قراردادها و اصل صحت حکم، بر درستی این نوع عقد موجد کرد (نامه مفید، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۵۱). ۱. شیخ طوسی در «النهایه» در باب بیع سلف در شرایط بیع سلف دو چیز را ذکر کرده است: اول ذکر جنس و وصف مورد معامله و

دوم تعیین مدت؛ اما اشاره‌ای به لزوم قبض ثمن نکرده است (جماعه من الارکان وعده من الاعیان، ۱۴۰۴: ۳۳۸). اگرچه ایشان در کتاب المبسوط (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۷۰) لزوم قبض ثمن را از شرایط صحت بیع سلف دانسته و در کتاب خلاف (شیخ طوسی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۰۰) بیان کرده است که امامیه اتفاق نظر دارند که این نوع عقد پس از قبض ثمن صحیح است و دلیلی بر صحت آن قبل از قبض نیست. استاد ایشان (ابن جنید) تأخیر در پرداخت ثمن را موجب بطلان بیع سلف ندانسته‌اند؛ ۲. شیخ مفید در کتاب «مقنعه» (شیخ مفید، ۱۴۱۷: ۹۵) در باب بیع نقد و نسیه درباره بیع سلف بحث کرده است؛ وی ضمن جایز دانستن این نوع بیع نظر فقهای عامه (که آن را جایز نمی‌دانند) رد کرده؛ اما در بحث از شرایط این نوع بیع به حال بودن ثمن اشاره‌ای نکرده است؛ ۳. شیخ صدوق در المقنعه (جماعه من الارکان وعده من الاعیان، ۱۴۰۴: ۳۱) این نوع بیع را جایز دانسته، اما شرایط آن را ذکر نکرده است. پس از شیخ طوسی گروه کثیری از فقها لزوم قبض ثمن را از شرایط صحت بیع سلف دانسته‌اند، و عده‌ای از ایشان به تقلید از او بر مسئله ادعای اجماع کرده‌اند. به‌طور خلاصه می‌توان گفت فقها در مورد لزوم قبض ثمن در بیع سلف به پنج دلیل اصلی استناد کرده‌اند:

۱. اجماع؛ ۲. اینکه عدم قبض ثمن موجب می‌شود معامله دین به دین شود؛ ۳. تأخیر در قبض ثمن با ماهیت بیع سلف منافات دارد؛ ۴. لزوم غرر؛ ۵. اصل عدم نقل ملک. البته استناد به اجماع یا روایت (منع دین به دین) بیشتر از سایرین است. دلایل مذکور به اختصار بررسی خواهد شد: اجماع: قبلاً بیان شد که ابتدا شیخ طوسی در کتاب الخلاف و المبسوط بر این مطلب ادعای اجماع کرده و دیگران به تبع او این ادعا را کرده‌اند. صاحب جواهر آن را دلیل اصلی می‌داند (نجفی ۱۴۳۴، ج ۲۴: ۲۸۹). بر این دلیل برخی ایرادها وارد است:

اولاً، این اجماع ادعایی مردد است، چرا که قبل از شیخ طوسی استادش ابن جنید به جواز تأخیر در پرداخت ثمن معتقد بود و بعد از او هم افرادی چون ابن حمزه، احمد بن طاووس و یوسف بحرانی ابراز تردید کرده‌اند؛ در نتیجه پذیرفتن نظری که در این مورد اجماع وجود داشته باشد، آسان نیست؛ ثانیاً، در صورتی که فرض کنیم اجماع محقق باشد، چون این نوع اجماع مدرکی است، حجیت و اعتبار آن مورد تردید است. در مورد لزوم قبض ثمن در بیع سلف، عده زیادی از فقها استنادشان به روایت ممنوعیت بیع دین به دین

بوده یا صحبت از احتمالات دیگری است که تحقق اجماع مورد استناد را مورد تردید قرار می‌دهند و برخی مانند صاحب حدائق این مطلب را صریحاً آورده‌اند؛ ۲. استناد به روایت ممنوعیت معامله دین به دین: روایتی که مضمون آن از کتب سنی و شیعه نقل شده است (بیهقی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۲۹۰، حر عاملی، ج ۲۳: ۶۹ و ۹۹) مستند بعضی از فقها برای دلالت بر لزوم قبض ثمن در بیع سلف قرار می‌گیرد که در جای خود خواهد آمد؛ ۳. ایجاد غرر: علامه حلی در تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۵۴۷) غرر ایجادشده به واسطه تأخیر در قبض ثمن در بیع سلف را موجب بطلان بیع می‌داند. اما در پاسخ باید گفت وقتی که طرفین عوضین معامله را با بیان اوصاف و ویژگی‌ها مشخص می‌کنند، جایی برای غرر باقی نمی‌ماند؛ ۴. اصل عدم ملکیت: گفته شده است (نجفی، ۱۴۳۴، ج ۲۴: ۲۸۹) حتی اگر احتمال بدهیم که قبض ثمن در بیع سلف ضروری است، اگر تردید در لزوم قبض ثمن موجب تردید در سببیت عقد برای انتقال ملکیت شود، اصل عدم انتقال است. اما این بیان خالی از اشکال نیست، زیرا اصل در جایی حاکم است که هیچ نوع دلیلی نباشد؛ در صورتی که در محل بحث دلایلی وجود دارد (استناد به آنها شده) و نوبت به اصل نمی‌رسد. مضافاً به اینکه دلایل اصل صحت و لزوم عقود همچون بنای عقلا - افوابالعقود - المؤمنون عند شروطهم و موارد مشابه جایی برای جریان اصل نمی‌گذارند؛ ۵. تأخیر در قبض ثمن با ماهیت بیع سلف منافات دارد: مشابه دانستن این نوع بیع با بیع صرف و احتمال شرطیت قبض ثمن در این نوع بیع، از سوی برخی از فقها مانند علامه (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۵۴۷) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۳۴، ج ۲۴: ۲۸۹) مطرح شده است. در پاسخ این نظر می‌توان گفت اولاً، در بیع صرف روایات متعددی بر لزوم قبض و اقباض به صورت صریح یا اشاره وارد شده است؛ اما در مورد بیع سلف این گونه نیست؛ به علاوه در لزوم قبض و اقباض در خود بیع صرف نیز تردیدهایی وجود دارد؛ ثانیاً، فقط در قول برخی از اهل لغت می‌توان این مطلب را یافت که در مفهوم بیع سلف قبض ثمن نهفته است که البته قول اهل لغت مسلمی نیست. ممکن است در طول تاریخ این نوع بیع (سلف) را همراه با قبض ثمن می‌دانسته‌اند و به همین شکل رایج بوده است، اما این ادعا نیز دلیل قوی ندارد (نامه مفید، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۵۲).

مبحث دوم

بیع دین به دین: ممنوعیت بیع دین به دین توسط فقها در کتاب دین بحث و بررسی شده است؛ در این قسمت ابتدا مفهوم دین به دین بررسی و بعد اقوال و آرای فقها و دلایل ایشان مبنی بر ممنوعیت بیع دین به دین بیان می‌شود و سپس آن آرا و دلایل نقد، در نهایت ارزیابی و نتیجه‌گیری خواهد شد.

مفهوم بیع دین به دین: دین از نظر لغوی به معنای چیزی است که دارای مدت باشد (فیروزآبادی، ۱۴۲۸، ج ۴: ۳۲۰) یا در اختیار گذاردن مالی نزد دیگری است، برای مدتی یا تعهدی است که بر عهده شخصی برای انجام دادن کار یا خودداری از آن یا پرداخت مالی وجود دارد. بعضی دیگر آن را به معنای قرض دادن مال دانسته‌اند (لویس معلوف، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۳۱). در اصطلاح حقوقی به تعهدی که بر عهده شخص به نفع دیگری وجود دارد، از حیث انتساب به بستانکار طلب و از جهت نسبتی که به بدهکار دارد، دین می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۶). به این ترتیب می‌توان گفت هر موردی که عرف تعهد را از مصادیق دین بداند، به عنوان دین پذیرفتنی است.

نظر فقها در مورد بیع دین به دین: ۱. شیخ صدوق: ایشان در آثار خود سخن از بیع دین به دین نگفته‌اند؛ شیخ مفید در کتاب مقنعه (جماعه من الارکان وعده من الاعیان، ۱۴۱۴: ۹۵) سخن از «جواز فروش دین قبل از قبض آن به مدیون» گفته است و درباره بیع به دین مطلبی ندارد؛ ۲. شیخ طوسی در النهایه نظرش جواز بیع دین به دین بوده، ولی آن را مکروه دانسته است، مگر آنکه ثمن و مثن هر دو قبل از عقد به صورت دین باشند که در این صورت صحیح نیست (شیخ طوسی، ۱۴۱۲: ۳۲۱) در الخلاف و المبسوط در بیع دین مسئله‌ای را آورده که مطابق آن تبادل دو دین (اگرچه ناشی از عقد نباشد) بلاشکال است. مثال ایشان چنین است: «اگر شخصی طعامی را به واسطه بیع سلف از دیگری طلبکار باشد، و در مقابل بدهکار نیز طعامی را از بابت قرض، طلبکار از شخص ثالثی باشد، مبادله این دو دین جایز است؛ زیرا اصل جواز است و منع احتیاج به دلیل دارد» (شیخ طوسی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۰۰)؛ ۳. ابن ادریس: نظری مخالف شیخ طوسی ابراز می‌دارد، در کتاب السرائر (ابن ادریس، ۱۴۲۸، ج ۲۱: ۵۵) به سخن شیخ طوسی در النهایه متعرض شده است که:

«فروش دین را در مقابل نسبه مکروه دانسته است» و در رد آن می‌گوید: چنین بیعی صحیح نیست، بلکه حرام و ممنوع است، چرا که بیع دین به دین است که در اخبار واحد به همین منع الفاظ اشاره شده است، اگرچه شیخ طوسی به این‌گونه اخبار عمل نمی‌کند. ابن‌ادریس از اولین فقهای است که قائل به حرمت بیع دین به دین شده‌اند و ادعای خود را منصوب به نظر فقهای امامیه می‌کنند. اما بر نظر ایشان ایراداتی وارد است، از قبیل سندیت روایت و دلالت آن. قبل از او فقها این نوع بیع را به‌طور مطلق حرام نکرده‌اند، شیخ طوسی آن را به‌طور ضمنی تأیید می‌کند. ادعای برخی از فقهای دیگر بعد از او مبنی بر باطل بودن بیع دین موجب به‌طور مطلق مستند به کلام ابن‌ادریس شده که ادعا کرده است: «لاخلاف فی التحريم بیع الدین»؛^۴ محقق حلی: در بیان احکام بیع سلف در مسئله دهم می‌گوید: «بیع دین حال بر مدیون و یا غیر او جایز است و فرقی نمی‌کند که ثمن آن حال باشد یا دین دیگری که حال است، اما اگر ثمن موجب و مدت‌دار باشد، بعضی گفته‌اند باطل است، به‌دلیل اینکه بیع دین به دین است و در مقابل گفته شده که مکروه است و همین قول اخیر با اصول و قواعد کلی هماهنگ و سازگار است» (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۳۲۳)؛^۵ علامه حلی: در تذکره آورده است: بیع دین به دین جایز نیست، به‌دلیل روایتی که امام صادق(ع) از رسول خدا (ص) نقل کرده است که «لایباع الدین بالدین» لکن فروش آن به غیردین خواه بر مدیون یا غیرآن جایز است و به‌صورت نقدی نیز جایز است؛ اما فروش دین در مقابل ثمن نسبه مکروه است و شیخ طوسی نیز همین را گفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۳). از بیان ایشان مشخص می‌شود که مانند شیخ طوسی در صورتی بیع را از مصادیق دین به دین ممنوع می‌دانند که عوضین قبل از عقد هر دو به‌صورت دین باشند. اما در حالتی که به‌واسطه عقد بیع ثمن و مثن دین شوند، این ممنوعیت وجود ندارد، چرا که در این وضعیت بیع دین به دین به‌وجود نیامده است؛^۶ شهید اول: ایشان در کتاب دروس (شهید اول، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۱) موضوع را در دو مقام مورد توجه قرار داده‌اند: اول: در احکام بیع سلف که می‌گوید اگر در بیع سلف شرط تعجیل ثمن شود، باطل است؛ چون بیع کالی به کالی است؛ دوم، در احکام دین می‌گوید: «اگر دین موجب باشد، بیع آن به‌طورکلی جایز نیست و به سخن ابن‌ادریس استناد می‌کند که "تحریم بیع موجب را

اجماعی دانسته است" (همان). همچنین ایشان در لمعه در احکام دین می‌گوید: «بیع دین خواه حال باشد یا موجل، در مقابل دین دیگری که حال باشد، جایز است، ولی در برابر دینی که موجل و مدت‌دار باشد، جایز نیست» (شهید ثانی، ۱۴۲۸، ج ۴: ۱۹)؛ ۷. شهید ثانی: در مسالک‌الافهام در توضیح سخن محقق حلی ضمن ذکر مثالی آورده است: بیع دین به دین که مورد نهی واقع شده، مانند آن است که «شخصی دینی را که به عهده دیگری دارد، در مقابل دین موجل دیگری بر عهده همان شخص یا ثالثی بفروشد، یا دینی را که بر عهده بدهکار یکی از طرفین است، در مقابل دینی که به عهده بدهکار طرف دیگر است، بفروشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۲۷۳). بنابراین شهید ثانی نیز مانند اکثریت فقها موردی را مصادق بیع دین به دین و ممنوع می‌داند که قبل از عقد بیع به صورت دین وجود داشته باشد، اما آنچه را که در اثر عقد بیع دین می‌شود، ممنوع نمی‌داند؛ ۸. صاحب جواهر: ایشان چنین می‌گوید: «بیع دین به دین ممنوع است و یکی از مصادیق آن جایی است که به واسطه عقد بیع دین به وجود آمده باشد، زیرا از مصادیق بیع کالی به کالی است» (نجفی، ۱۴۳۴، ج ۲۴: ۲۹۲ به بعد)؛ ۹. میرزای قمی در جامع الشتات می‌گوید: «قسم دوم از اقسام چهارگانه بیع به لحاظ موجل بودن یا نبودن دو عوض بیع کالی به کالی است. پس آن باطل است بلاخلاف، لکن اشکال در معنای آن است و آنچه از لفظ حدیث لایباع الدین به الدین به ذهن متبادر می‌شود؛ این است که ثمن و مثن هر دو در حال بیع، دین باشند؛ نه اینکه به سبب بیع دین شوند؛ پس هرگاه زید پنج تومان طلبی را که از عمرو دارد، به عمرو بفروشد، در عوض پنج تومان طلبی که عمرو از بکر دارد؛ این جزماً بیع دین به دین و کالی به کالی است. اما هرگاه پنج تومان طلب خود را از عمرو به پانصد من گندم به او بفروشد که شش ماه دیگر بگیرد؛ این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد، چون در حال بیع، آن گندم دین نبوده، بلکه به سبب بیع، دین می‌شود و حرمت آن معلوم نیست»؛ ۱۰. سید محمد طباطبایی یزدی در چند جا از کتاب «سؤال و جواب» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۸۹ و ۱۸۴ و ۱۶۲ و ۱۵۹ و ۱۳۲) و «حاشیه بر مکاسب» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۱۷۴) اظهار نظر کرده و با استناد به روایت، فروش دین به طور کلی و حتی در حالتی که حال باشد را باطل دانسته است.

دلایل مورد استناد و بررسی آنها: اکثر فقها بر این باور هستند که فروش دو دینی که قبل از عقد بیع به صورت دین به عهده طرفین عقد یا ثالث قرار دارد، ممنوع و باطل است، اما گروه دیگری از ایشان این امر را به دین حاصل از عقد نیز سرایت داده‌اند. هر دو گروه مستند خود را اجماع یا روایت دانسته‌اند که به طور خلاصه و در حد توان به ارزیابی این دو دلیل می‌پردازیم: ۱. اجماع: اولین فقیهی که در این مسئله ادعای اجماع کرده، ابن‌ادریس است و این در حالی بوده که شیخ طوسی که قبل از او بوده، این ممنوعیت را مطلق نمی‌دانسته و علاوه بر آن مستند وی روایت «لایباع الدین بالدین» است، نه اجماع. با وجودی که در خصوص این مورد اکثر فقها به روایت استناد کرده‌اند یا به نحو مقایسه بالزوم قبض ثمن در بیع سلف وارد شده‌اند؛ اجماع دلیل مستقلاً نیست. همچنین اگر قبول کنیم که فقها اتفاق نظر دارند، فقط شامل ممنوعیت بیع دین به دینی است که قبل از عقد وجود داشته است و نه دین پس از عقد؛ آنگاه اجماع مطلق نیست و نمی‌تواند دلیل آن باشد که بیع کالی به کالی از نوع بیع دین به دین ممنوع است؛ ۲. روایت: دو روایت یکی از منابع اهل تسنن و یکی از امامیه است. روایتی که از رسول خدا (ص) در کتب عامه (بیهقی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۲۹۰) و بعداً در مستدرک‌الوسایل (نوری، ۱۴۰۷، ج ۱۳: ۴۰۵) از کتب روایی شیعه به نقل از کتاب دعائم‌الاسلام آمده، چنین است: «نهی النبی (ص) عن بیع کالی به کالی» و معنای آن را بیع دین به دین یا نسیه دانسته‌اند. اما در نقد آن باید گفت: اولاً در صدور این سخن از پیامبر تردید وجود دارد، چرا که سند آن قابل اعتماد نیست؛ هر دو کتاب دعائم‌الاسلام و سنن بیهقی مورد وثوق کامل نیستند؛ ثانیاً، به فرض قبول سند این روایت، دلالت آن، حداکثر عدم مطلوبیت بیع دین به دین را می‌رساند. روایت دیگری که در منابع شیعی آمده (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۳: ۶۴ و ۹۶) و به آن استناد شده این است که: طلحه بن زید از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان از قول پیامبر خدا فرمودند: «لایباع الدین بالدین». اما در این مورد نیز ایرادهایی وارد است: اولاً، این روایت دارای سند قطعی و مطمئن نیست، زیرا راوی آن در کتب رجالی توثیق نشده است؛ ثانیاً، در این روایت احتمالات دیگری مطرح شده است (همان)، از این قبیل که این روایت نسخ یا حمل بر کراهت بیع دین به دین شده باشد یا اینکه دو دین از یک جنس باشند یا ناظر بر فروش دو

دینی است که بر عهده اشخاص متفاوتی است؛ مانند بیع دینی که بر عهده زید است، در مقابل دینی که بر عهده عمرو است؛ ثالثاً، روایاتی وجود دارند که بیع دین به دین را صحیح دانسته‌اند، از جمله خبر اسماعیل بن عمر در روایت علی بن جعفر از برادرش امام کاظم (ع). از تمام مباحث مذکور می‌توان نتیجه گرفت که در بیع سلف تقریباً مشهور فقها معتقدند بدون قبض ثمن، بیع باطل است، اما در مقابل عده دیگری این نظریه را به سبب اشکال در دلایل نپذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد نظر گروه اخیر به واقعیت نزدیک‌تر باشد و دلیل قابل اعتماد و محکمی بر لزوم قبض ثمن در بیع سلف وجود ندارد. در بیع دین به دین نیز همان‌گونه که آمد، اجماع امکان استناد ندارد و قرآینی بر بی اعتباری آن وجود دارد و روایت نیز بر فرض پذیرش؛ سند و اعتبارش محل اختلاف زیادی است. بنابراین می‌توان گفت که دلیل قابل اطمینانی بر بطلان بیع کالی به کالی به این مضمون که در عقد بیع ثمن و مثن کلی و موجل باشند، وجود ندارد. اکنون با اثبات اینکه بیع کالی به کالی بیع فاسدی نیست؛ بیع دانستن معامله کلی مصنوعات بشری که در آن سازنده تعهد می‌کند در ظرف زمانی معینی محصول را بسازد و تحویل دهد و تمام ثمن یا قسمتی از آن نیز به قبض فروشنده داده نمی‌شود، مواجه با مانعی نیست و این نوع از معاملات مصداق روشنی از بیع مال آینده است و نظرات مختلفی که هرکدام سعی کرده‌اند این نوع معامله را در قالب سایر عقود از قبیل وکالت، اجاره، ترکیبی از وکالت بیع و اجاره، امر به انجام دادن کار (سفارش) و عقد مستقل جای دهند (پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، ج ۵: ۲۳) غیرموجه به نظر می‌رسد. زیرا همان‌گونه که آمد شیوه شارع مقدس در برخورد با عرف جاری، تطبیق آن با مسلمات و نصوص است، نه تلاش برای گنجاندن آنها در قالب‌های شناخته شده و این در حالی است که رویه متداول و عرف عقلایی تمام جوامع این نوع معاملات (معامله مال کلی فی‌الذمه محصولات کشاورزی و مصنوعات بشری یا هر کالای دیگری) را بیع می‌داند و نه هیچ معامله دیگری.

ب) بیع عین معین که مبیع در زمان عقد وجود خارجی ندارد: در مباحث قبل سعی شد با استناد به منابع معتبر فقهی و نظر فقها اثبات شود که بیع کالی به کالی بلاشکال و در نتیجه معامله مال کلی به صورت بیع مال آینده صحیح است. اما در جایی که مال معین فعلاً

وجود خارجی ندارد و با توصیف فروخته می‌شود مانند فروش یک هواپیما که تمام قطعات فنی و ویژگی‌ها و امکانات آن مطابق نقشه‌های دقیق شناخته می‌شود، نیاز به بررسی بیشتری است. از یک طرف مطابق دیدگاه سنتی فروش مال به صورت عین معین که مبیع وجود خارجی ندارد، صحیح نیست و از طرف دیگر معامله یک کالای مشخص معامله کلی فی‌الذمه نیست، چرا که عرف عقلا؛ یک را کلی نمی‌داند و لفظ کلی بر بیش از یکی صادق است. برای اینکه بتوانیم فروش مالی را که مبیع (عین معین) در هنگام عقد وجود خارجی ندارد، به عنوان بیع مال آینده بشناسیم، باید دید نبود مبیع چه مانعی برای درستی این معامله به وجود می‌آورد و چگونه می‌توان این مانع را برداشت. دلیل بطلان این معامله غرری بودن آن دانسته شده، پس لازم است، ضمن شناخت تعریف و عملکرد غرر با توجه به منابع روایی و فقهی در آرای فقها مسئله را بررسی کرد.

غرر و بررسی آن در بیع عین معین آینده: غرر از نظر لغوی به معنای خطر (صفی‌پور، ۱۳۸۸: ۹۱۲؛ مرتضی حسینی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۴۴) و در معرض هلاک افتادن آمده (الخوری الشرتونی، ۱۳۱۰، ج ۳: ۸۶۷) و در بعضی از لغتنامه‌های فارسی هم غرر به معنای هلاکت (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۳۱: ۱۴۸) خطر و فریب خوردن آورده شده است (معین، ۱۳۶۳، ج ۲: ۲۴۰۰). در میان فقها نسبت به مفهوم غرر و معاملات غرری اختلاف نظر جدی وجود دارد. به عنوان نمونه نظر برخی از آنان در ذیل آورده می‌شود: «معامله‌ای که در آن خطر باشد، معامله غرری محسوب می‌شود و خطر عبارت از احتمال ضرری که از نظر عقلا قابل اجتناب باشد؛ نه احتمال ضعیفی که مورد توجه عرف قرار نمی‌گیرد. احتمال مؤثر در پیدایش بیع غرری از چند امر پیدا می‌شود: ۱. عدم اعتماد و اطمینان به وجود مال و امثال آن؛ ۲. عدم وثوق به امکان تسلیم و تسلیم و قبض مبیع، اگرچه مبیع وجودش معلوم باشد؛ ۳. احتمال ضرر و خطر ناشی از جهل نسبت به مقدار یا جنس یا وصف شیء. به عبارت دیگر عدم اطمینان طرفین یا یکی از آنها نسبت به اینکه آنچه به دست می‌آورد، قابلیت این معاوضه را دارد یا خیر» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۶). ملا احمد نراقی معتقد است بیعی که در آن یکی از عوضین در خطر تباهی و تلف و نابودی باشد، بیع غرری است (نراقی، ۱۴۲۰: ۳۰). محمدبن حمزه طوسی می‌گوید: «غرر آن است که تحت ضابطه‌ای نباشد و یا

مقدار دقیق قابل محاسبه نباشد؛ و یا اینکه قبل از تسلیم از تلف آن ایمن نباشند» (ابن حمزه، ۱۳۹۹: ۲۸۲). مرحوم صاحب جواهر می‌نویسد: «غری که نهی از آن شده است؛ خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع می‌باشد نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غایب ضرورتاً خطر حاصل می‌شود و حال آنکه بیع کالای غایب جایز می‌باشد و یا در بیع سردرختی و محصولات زراعتی؛ مادامی که چیده و درو نشده باشند، غالباً خطر وجود دارد؛ اما بیع آنها صحیح و معتبر است. بنابراین مراد از خطر، مطلق خطر نیست» (نجفی، ۱۴۳۴، ج ۲۲: ۳۸۸). شیخ مرتضی انصاری با انتقاد از سخن صاحب جواهر می‌گوید: «خطر ناشی از جهل به رسیدن مبیع به دست منتقل‌الیه؛ به مراتب بااهمیت‌تر از جهل به صفات مبیع است؛ بنابراین وجهی ندارد که کلام لغت‌شناسان را به خطر ناشی از جهل و صفات و مقدار مبیع تعبیر نماییم و نیز مشهور است که فقهای امامیه دو مثال معروف "ماهی در آب" و "پرنده در هوا" را در مورد عجز از تسلیم مبیع مطرح نموده‌اند، نه جایی که صفات و مقدار مبیع مجهول باشد» (شیخ انصاری، ۱۴۱: ۱۸۵). شیخ انصاری به‌عنوان نتیجه‌گیری در تحقق غرر و عقد غرری آورده است: «تمام علما و فقها اتفاق نظر دارند که در معنای غرر جهالت اخذ شده است، و جهل قدر جامع بین تفاسیر وارده در معنای غرر است؛ چه جهل در اصل وجود مبیع باشد و چه در حصول آن در صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت» (همان: ۵). مرحوم نایینی می‌فرماید: «هر یک از غره و غرور و غرر (بر حسب مورد) مستلزم جهل به واقع است؛ زیرا اگر شخص به آن عالم باشد؛ اقدام او منافی با غرر و فریب‌خوردگی است» (نایینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۷۹). شهید اول چنین اظهار نظر کرده‌اند: «گاه معامله غرری است، بدون جهل به مبیع، مانند بیع حیوان فراری که قبلاً صفات آن معلوم و مشخص باشد و گاهی غرر نیست، اما جهل وجود دارد، مثل بیع اشیایی که اغلب با پیمان و وزن و عدد مشخص می‌شوند و این اندازه‌گیری‌ها رعایت نشود و زمانی، هم غرر وجود دارد و هم جهل، مثل فروش حیوان سرکش فراری که اوصافش مجهول باشد» (شهید اول، ۱۳۰۸: ۲۵۳). از نظر شهید اول غرر و جهل دو چیز متفاوت و در مقابل هم هستند. ایشان رابطه بین این دو را عموم و خصوص من وجه دانسته است. صاحب عناوین در نقد نظر شهید بیان می‌کند: «از ظاهر سخن شهید چنین برمی‌آید که غرر

تمام آن صور را دربر می‌گیرد (جهل به حصول مبیع و نیز جهل به صفت مبیع و امثال آن) و هر چیزی که در آن جهل باشد غرر هم در آن هست و ادعای او مبنی بر وجود نسبت عموم و خصوص بین غرر و جهل درست نیست» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۶۹). از مجموع نظریات فقها می‌توان دریافت که سه محور کلی در موضوع غرر مد نظر ایشان بوده است ۱. به اصل وجود مورد معامله اعتمادی وجود ندارد؛ ۲. به امکان تسلیم یا تسلیم مورد معامله اطمینانی نیست، مانند ماهیان دریا یا پرندگان هوا؛ ۳. به مقدار، جنس و وصف عوضین علم نداریم (رفیعی، ۱۳۷۸: ۶۲). هر یک از این موارد در ارتباط با بیع مال آینده بررسی اجمالی خواهد شد.

۱. لزوم وجود مورد معامله: مشهور فقها عقیده دارند که در بیع عین معین مبیع باید حین‌المعامله موجود باشد و اگر عین مورد معامله وجود خارجی نداشته باشد، تملک آن نیز معنا ندارد (قنواتی و سایرین، ۱۳۸۹، ج ۲: ۴۰۶). محقق کرکی در جامع‌المقاصد می‌گوید: ملکیت عرضی از اعراض و به اصطلاح فلسفی از مقولات متأصل است و همان‌گونه که سفیدی و سیاهی نیاز به محلی برای ظهور و بروز دارد؛ ملکیت نیز احتیاج به محل و موضوع دارد و تا ملکیت امکان‌پذیر نباشد، تملیک هم که ایجاد ملکیت است، ممکن نخواهد بود. به تعبیر دیگر آنچه موجود نیست، مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست، تملکش غیرممکن است (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج ۹: ۱۴۵). مرحوم طباطبایی یزدی به این ایراد چنین پاسخ داده‌اند: در بیع کلی فی‌الذمه که چیزی حین عقد موجود نیست، معامله صحیح است یا اینکه در عقد اجاره مثلاً برای مدت یکسال منافع تملیک می‌شود و عقد صحیح است، در حالی که منافع در آینده حاصل می‌شود و چنین است وصیت به حمل آینده حیوان. این موارد نشان‌دهنده آن است که در حصول ملکیت احتیاجی نیست که موضوع از قبل وجود داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۹: ۲۰۹). اگرچه مرحوم صاحب جواهر خواسته راهی در پاسخ به آن بیابد و گفته است: در مواردی مانند فروش میوه‌ها قبل از ظهور و بروز آنها؛ ملکیت حقیقی تحقق پیدا نمی‌کند؛ بلکه در نتیجه عقد آمادگی و استعداد برای ملکیت پیدا می‌شود، یعنی در اثر عقدی که وضعیت حقوقی ویژه پیدا می‌شود که بر اساس آن خریدار بعد از پیدایش میوه، مالک آن می‌شود، نه آنکه بعد از عقد

بلافاصله خریدار مالک معدوم شود (نجفی، ۱۴۳۴، ج ۲۸: ۳۶۵) ولیکن در پاسخ این سخن گفته شده است که در عقود معاوضی، تملیک حقیقی انجام می‌گیرد و مطلبی به‌عنوان تأهل و استعداد نداریم (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۹: ۲۰۹) و نیز گفته شده ملکیت از امور اعتباری است که نزد عقلاً اعتبار می‌شود، در نتیجه نمی‌توان ملکیت را قیاس کرد با اموری که نیاز به محل خارجی دارند، مانند سفیدی و سیاهی. از سوی دیگر همان‌طور که ملکیت از امور اعتباری است، موضوع آن هم شاید محل اعتباری باشد؛ چنانکه همه احکام و دستورات شرعی و غیرشرعی اعتباریات عقلایی هستند و شاید به اموری که صرفاً در اعتبار عقلاً موجود انگاشته می‌شوند؛ تعلق یابند و وجود اعتباری برای درستی معامله کافی است (همان). در بحث اجاره هم گفته شده است، اگرچه منفعت در حین عقد وجود خارجی ندارد؛ فرض و لحاظ آن از سوی موجر موجب تشخیص و تمیز منفعت در مقام تملیک می‌شود (رشتی، ۱۳۲۲: ۱۹). به نظر می‌رسد غرر دائرمدار عدم حضور و وجود مادی و فیزیکی مبیع نیست. زیرا اگر چنین بود، نباید عقد اجاره و معامله کلی فی‌الذمه درست باشد، چون حین معامله چیزی موجود نیست؛ حضور و وجود موضوع معامله، یکی از راه‌های اطلاع از ارزش و خصوصیات کمی و کیفی مؤثر و جلوگیری از زیان شایان توجه و خطر و آینده مبهم است. بلکه اساساً باید گفت این خصوصیات کمی و کیفی یک شیء است که مبین ماهیت و وجود آن خواهد بود و در واقع طرفین معامله با مشاهده وجود فیزیکی مال، نسبت به آن خصوصیات آگاهی می‌یابند. به علاوه اگر اطمینان از حصول مال آینده، به صورت رویه متداول و جاری عقلایی و عرفی پذیرفته شده جامعه در معاملات باشد، نمی‌توان این نبود کنونی را موجب نادرستی بیع دانست. زیرا این ادعا مبتنی بر اعتماد موردی و شخصی نیست؛ بلکه سخن بر سر اظهار نظر در مورد عرف عقلایی رایج و رویه متداول این‌گونه معاملات است. عرف و رویه‌ای که: اولاً به صورت عادت عمومی پایدار و مسلم درآمده است؛ ثانیاً: جنبه الزام‌آور پیدا کرده است؛ ثالثاً: ناظر به تشخیص موضوع (وجود یا نبود غرر) است نه اصل حکم و قاعده (رفیعی، ۱۳۷۸: ۱۲۴)

۲. امکان تسلیم یا تسلیم مورد معامله: این امکان نیز امری عرفی است و حصول اطمینان از آن نمی‌تواند بر حسب مورد متفاوت باشد. صاحب عناوین معتقد است امکان دسترسی

به مورد معامله باید عادتاً وجود داشته باشد، چنانکه علم به وجود اصل مورد معامله و معلوم بودن مورد معامله را نیز امری عرفی می‌داند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۷۰). ایشان در تعریف غرر و خطر اعتقاد دارد که خطر، احتمال چنان ضرری است که عقلاً (عرف و عادت مردم) از آن اجتناب می‌کند، نه احتمال ضعیفی که مردم و اهل عرف توجهی به آن ندارند. فقها معامله پرنده رهاشده از قفس اگر عادت به بازگشت دارد را بلاشکال دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۵۱) و گفته‌اند توانایی تسلیم اگر حالت سابقه داشته باشد، در صورت تردید در بقا می‌توان همان را استصحاب کرد (همان). مشابه چنین نظریاتی از سایر فقها را می‌توان در سایر کتب فقهی جست‌وجو کرد. این امکان عرفی در بیع مال آینده به‌عنوان امر رایجی پذیرفته شده و معمول است.

۳. علم به مقدار، جنس و وصف عوضین: باید گفت این موضوع از شاخصه‌های بیع مال آینده است، چرا که اگر در جوامع اولیه با ابزار و امکانات آن زمان، توصیف مبیع پذیرفته شده باشد، امروزه با پیشرفت دانش و فناوری یقیناً این امر عملی‌تر و مقبول‌تر است. شرکت‌های معظم صنعتی در دنیا ریزترین قطعات یک کشتی چندصدهزارتنی (اعم از ابعاد، جنس و عملکرد) را به‌طور بسیار دقیق به تصویر می‌کشند. بنابراین بیع مال آینده از این جنبه نیز با اشکالی مواجه نیست.

در حقوق کشور انگلستان و قانون بیع این کشور نیز، صرف‌نظر از محدودیت‌های خاص از قبیل اختصاص بیع به کالا که در واقع مفهومی مضیق‌تر از مفهوم مال است یا انحصار ثمن بیع به عوض پولی، بیع کالای آینده مطرح شده است. بند ۱ ماده ۵ قانون بیع کالای انگلستان بیان می‌کند: «کالایی که موضوع عقد بیع را تشکیل می‌دهد، ممکن است یا کالای موجودی باشد که فروشنده مالک و متصرف آن است، یا کالایی باشد که توسط وی پس از انعقاد عقد بیع، ساخته یا تحصیل می‌گردد و در این قانون کالای آینده نامیده می‌شود» (act of sale of goods, 1979, art.5). در بند ۳ همین ماده می‌خوانیم: «هرگاه به‌موجب عقد بیع، منظور فروشنده آن باشد که بیع کالای آینده را، در زمان حاضر انجام دهد، آن عقد به‌منزله توافقی به بیع کالا است» (ibid).

همچنین بند ۵ ماده ۲ این قانون، در تعریف توافقی به بیع بیان می‌کند: «هرگاه بر اساس

عقد بیع، انتقال مالکیت کالا، در زمان آینده واقع شود، یا منوط به برخی شروط اصلی باشد که بعداً تحقق می‌یابند، آن عقد توافق به بیع نامیده می‌شود» (ibid.art.2). در حقوق انگلستان تعریف بیع کالای آینده، متأثر از زمان انتقال مالکیت کالا، به مشتری بوده و عقد بیع کالا، به بیع و توافق به بیع تقسیم شده است. چنانکه بند ۴ ماده ۲ بیان می‌کند: «هرگاه بر اساس عقد بیع مالکیت کالا از فروشنده به خریدار منتقل گردد، آن عقد بیع نامیده می‌شود» (ibid). در حقوق این کشور بیع در واقع متشکل از قرارداد و تملیک است که انتقال مالکیت جوهر و اساس آن محسوب می‌شود (A.P.Bell, 1989: 236). در بند ۱ ماده ۶۱ آمده است: «عقد بیع شامل توافق به بیع و بیع می‌باشد» (act of sale of goods, 1979, art. 61).

تفاوت میان بیع و توافق برای فروش آن است که بیع متضمن انتقال مالکیت بوده و با وقوع آن مالکیت بلامنزاع (Quiet possession) کالا به خریدار منتقل می‌شود. ولیکن توافق برای فروش، فقط یک عقد عهدی و فاقد اثر انتقال است. بند ۶ ماده ۲ بیان می‌کند: «توافق به بیع زمانی بیع شمرده می‌شود که زمان سپری گردد، یا شروط اصلی که انتقال مالکیت کالا منوط به آنهاست، محقق شود» (act of sale of goods, 1979, art.2). این تفاوت سبب می‌شود که اگر فروشنده‌ای بر مبنای توافق برای فروش، تعهد خود را انجام ندهد، خریدار صرفاً بتواند برای خسارت‌هایی که تحمل کرده است، اقامه دعوا کند. حال آنکه اگر قرارداد بیع بود، خریدار می‌توانست علاوه بر دعوای مذکور، دعوای مالکانه نسبت به خود کالا نیز اقامه کند یا اینکه فروشنده می‌توانست در صورت نقض تعهد توسط خریدار، نسبت به ثمن اقامه دعوا کند. در حقوق غرب و از جمله انگلیس، کالایی که در زمان انعقاد عقد بیع شناسایی و درباره آن توافق قرار می‌شود «کالای معین» نامیده شده است. در واقع کالای معین به کالایی گفته می‌شود که وجود مادی و محسوس دارد، قابل اشاره حسی است و به‌طور مستقل داد و ستد شود (اندیشه‌های حقوقی، ۱۳۸۲، ج ۵: ۳۳). کالای غیرمعین در قانون تعریف نشده است. بعضی از حقوق‌دانان انگلیس آن را این‌گونه تعریف کرده‌اند: کالاهای غیرمعین کالاهایی هستند که تنها به وسیله توصیف مشخص می‌شوند. مانند صد تن زغال سنگ (Charles Worth: 357).

بعضی دیگر آن را چنین تعریف می‌کنند: کالای غیرمعین عبارت است از کالایی که در زمان عقد بیع مشخص نبوده است (Elizabeth.A.Martin, 1977: 480). به نظر می‌رسد بر اساس این تعریف، تمام کالاهایی که عین معین خارجی نیستند، کالای غیرمعین هستند. در نتیجه کالای کلی فی‌الذمه کلی در معین (که در حقوق انگلیس از اقسام کالای غیرمعین بوده و به کلی فی‌الذمه ملحق است) و کالای آینده و کلی مشاع، از اقسام کالای غیرمعین هستند (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۱۳۲). اما در بیع کالایی که هنوز توسط فروشنده به دست نیامده، ممکن است توافق نسبت به فروش کالای معین و مشخص باشد. این وضعیت شامل موردی است که کالا قبلاً توسط فروشنده و با توافق ضمنی خریدار مشخص می‌شود. این مصداق از بیع کالای آینده، در واقع بیع عین معین است، نه بیع کالای غیرمعین (اندیشه‌های حقوقی: ۵۷). از آنجا که در حقوق انگلیس قواعد خاصی در مورد بیع کالای آینده وجود ندارد، قواعد مربوط به کالای غیرمعین نسبت به آنها اعمال می‌شود. از این جنبه گفته شده که بیع کالای آینده در واقع نوعی بیع کالای غیرمعین است (Chity, 1466: 682). در این صورت قواعد مربوط به انتقال مالکیت کالاهای غیرمعین، در مورد کالای آینده اعمال می‌شود و بنابراین زمان انتقال مالکیت کالا، زمان اختصاص کالا است و این اختصاص نسبت به کالایی که قرار است ساخته شود، پس از ساخته شدن خواهد بود. در حقوق اسلام و ایران اصطلاح غیرمعین به آن معنا که در حقوق انگلیس به کار می‌رود، در مورد اقسام مبیع و ثمن پذیرفته نیست. به نظر می‌رسد، معین دانستن کالاهایی که عین معین خارجی هستند و به تبع آن بیع دانستن معامله آنها، و نامعین دانستن کالاهایی که تنها به وسیله توصیف مشخص می‌شوند و توافق بر بیع دانستن معامله آنها، ناشی از این تفکرات است که وجود فیزیکی و مادی هر کالا را برای انجام دادن بیع ضروری دانسته‌اند. در مقایسه با حقوق غرب و از جمله انگلیس، این مقاله در پی بیان آن است که بیع مال آینده، در زمان حال، توافق به بیع نیست و نیز بیع به قرارداد و تملیک تقسیم نمی‌شود. با توجه به منابع فقهی در تمام اقسام آن، با انعقاد عقد، مالکیت از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و چنانکه عقد امری اعتباری است، انتقال مالکیت همزمان با آن نیز شاید نزد عرف عقلاً معتبر باشد.

نتیجه

بیع مال آینده اگرچه تاکنون تحت این عنوان در کتب فقهی و حقوقی نیامده، بیع مال کلی فی‌الذمه (که در موقع معامله مبیع موجود نیست) همچنین بیع استصناع (که بدون تجزیه و تحلیل جدی و به‌صورت محدود در فقه مطرح شده است) را می‌توان از مصادیق بیع مال آینده دانست. بیع مال کلی در شرایطی که مبیع حین معامله موجود نیست و پرداخت ثمن به‌صورت نقدی است، بدون مخالفت جدی پذیرفته می‌شود. اما این معامله در صورتی که ثمن به‌صورت نسبه باشد، مورد مناقشه قرار گرفته است. ایراد واردشده از سوی اکثریت فقها متوجه ایجاد معامله کالی به کالی است که خود ناظر به بررسی دو موضوع خواهد بود: اول بیع سلف؛ دوم بیع دین به دین. لزوم پرداخت نقدی ثمن در بیع سلف مورد پذیرش گروهی از فقها قرار نگرفته است. همچنین در وضعیتی که دین قبل از معامله موجود نیست، بلکه به سبب آن ایجاد می‌شود نیز از مصادیق بیع دین به دین دانسته نشده است و باطل نیست. در بیع عین معین که مبیع در آینده ساخته خواهد شد، ایراد اساسی متوجه غرری بودن معامله است. اما اعتباری بودن ملکیت و امکان اعتبار موضوع آن و نیز امکان عرفی تسلیم و توصیف دقیق مبیع که رافع جهالت نسبت به آن باشد، نافی غرر عرفی است. در عصر حاضر بخصوص با تکیه بر دانش و فناوری که امکان اعتبار عقلایی و آگاهی دقیق نسبت به اوصاف کمی و کیفی محصول بیش از هر زمان دیگری میسر شده، بیع مال آینده (چه به‌صورت کلی و چه به‌صورت عین معین) قسمی از اقسام بیع است. فقهای معاصر نیز این نوع از معامله را باطل ندانسته‌اند، اگرچه آن را در قالب‌هایی غیر از بیع مانند وکالت، اجاره، ترکیبی از وکالت، بیع و اجاره، امر به انجام دادن کار (سفارش) و عقد مستقل پذیرفته‌اند. این در حالی است که شیوه شارع مقدس در برخورد با عرف جاری تطبیق آن با مسلمات و نصوص است، نه تلاش برای گنجاندن آنها در قالب‌های شناخته‌شده. حکم شارع بر حلیت و جواز بیع متوجه مصادیق بیع از نظر عرف است و تحدید شرعی ندارد و عرف عقلایی حاضر، بیع مال آینده را صحیح می‌داند. در حقوق انگلیس اگرچه بیع مال آینده مطرح شده، از آنجا که انتقال مالکیت کالای آینده در زمان حال پذیرفته نشده است، این نوع عقد توافق به بیع دانسته می‌شود. این در حالی است که

انتقال مالکیت کالا در این نوع از بیع، مانند سایر اقسام آن امری اعتباری و ممکن است. با توجه به گسترش روزافزون روابط مالی و تجاری ناشی از تغییر و تحولات وسیع روابط اجتماعی و اقتصادی در سطح داخلی و بین‌المللی، پاسخگویی به نیازهای زندگی دنیای امروز، از ضرورت‌های یک نظام حقوقی است. امروزه معاملات بی‌شماری به صورت بیع مال آینده در جریان هستند و عرف عقلا در بیع بودن آنها شک و بحثی ندارد.

منابع

الف) کتاب‌ها

۱. ابن‌ادریس حلی (۱۴۲۸ق). *السرائر*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ق). *مکاسب*، قم: دارالحکمه.
۳. بیهقی، احمدبن‌الحسین (۱۴۱۶ق). *السنن الکبری*، بیروت: دارالفکر.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۵. جماعه من الارکان وعده من الاعیان (۱۴۰۴ق). *جوامع الفقهیہ*، قم: مکتبه آیه‌الله العظمی مرعشی.
۶. حر العاملی، محمدبن‌الحسن (۱۴۱۶ق). *وسائل الشیعه*، قم: آل‌البتیه لاحیاء التراث.
۷. حسینی مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. حسینی، مرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس*، بیروت: دارالفکر.
۹. حلی، جعفر بن‌حسن (۱۹۳۸م). *شرایع الاسلام*، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
۱۰. الخوری الشرتونی، سعید (۱۳۰۰ق). *اقرب الموارد*، بیروت: انتشارات مرسلی.
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *فرهنگ دهخدا*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۲. رشتی، حبیب‌الله (۱۳۲۲ق). *الغصب*، بی‌جا، شیخ احمد شیرازی.
۱۳. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن‌حسن (۱۴۱۴ق). *الخلاص*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. صفی‌پور، عبدالرحیم (۱۳۸۸). *منتهی‌الارب فی‌الغته العرب*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۶). *السؤال والجواب*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۶. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۳۹ق). *ملحقات العروه الوثقی*، نجف: مطبعه الحیدری.
۱۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۳ق). *حاشیه بر مکاسب*، قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث.

۱۸. طوسی (۱۳۹۹ق). *الوسيله الى نبيل الفضيله*، نجف: منشورات منتدی النشر.
۱۹. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۸ق). *المبسوط*، تهران: الحیدریه.
۲۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۱۲ق). *النهايه ونکتهها*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۱. عاملی، زین الدین علی بن احمد (۱۴۲۸ق). *شرح لمعه*، قم: مجمع الفكر السلامی.
۲۲. عاملی، زین الدین علی بن احمد (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۳. العکبری البغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۷ق). *مقنعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۴. علامه حلی (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقها*، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۲۵. فیروزآبادی (۱۴۲۸ق). *القاموس المحيط*، بیروت: دارالفکر.
۲۶. قبولی درافشان، سید محمد هادی (۱۳۸۶). *مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس*، تهران: آثار اندیشه.
۲۷. قنواتی، جلیل و سایرین (۱۳۸۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: سمت.
۲۸. کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۱ق). *جامع المقاصد*، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۲۹. لویس معلوفات (۱۳۸۰ق). *المنجد*، تهران: انتشارات صبا.
۳۰. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). *سلسله الینابیع الفقهیه*، بیروت: مؤسسه الفقه الشیعیه، الدار الاسلامیه.
۳۱. معین، محمد (۱۳۶۳). *فرهنگ فارسی معین*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۲. مکی العاملی، جمال الدین (۱۳۰۸). *القواعد و الفوائد*، بی جا: بی نا.
۳۳. _____ (۱۴۱۲ق). *الدروس الشرعیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. نایینی، محمد حسین (۱۴۲۴ق). *منیته الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه النشر السلامی.
۳۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۳۴ق). *جواهر الکلام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۶. نراقی، احمد (۱۴۲۰ق). *عواید الایام*، بیروت: دارالهادی.

۳۷. نوری، میرزا حسن (۱۴۰۷ق). *مستدرک الوسائل*، قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
۳۸. وزارت الاوقاف المجلس الاعلی لشئون الاسلامیه (۱۴۱۰ق). *موسوعه جمال عبدالناصر*، مصر: بی‌نا.

ب) مقالات

۳۹. آیتی، محمدرضا (۱۳۸۹). بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۵.
۴۰. پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۵). انتقال مالکیت در بیع مال آینده، حقوق عدالت آرا، شماره ۵ و ۴.
۴۱. جعفرپور، جمشید (بی‌تا). بیع استصناع، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴.
۴۲. سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله (۱۳۷۵). بررسی اعتبار بیع کالی به کالی در حقوق ایران و منابع فقهی، نامه مفید، شماره ۶.
۴۳. قنواتی، جلیل (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۵.

ج) لاتین

44. Atiyah, P.S., *Sale of Goods*, 5th ed, London, Pitman Publishing, 1975.
45. Bell, A.P. *Modern Law Of Personal Property in England and Ireland*, London, Butterworths, 1989.
46. Chitty *On Contracts*, vol.1 (Specific Contracts), 23th ed. London, Sweet Maxwell, 1968.
47. *Charls worths Business Law*, 16th ed., London, Sweet&Maxwell.

SID



بلاگ مرکز اطلاعات علمی



کارگاه‌های آموزشی



سرویس ترجمه تخصصی



فیلم‌های آموزشی

کارگاه‌ها و فیلم‌های آموزشی مرکز اطلاعات علمی

آشنایی با پایگاه‌های اطلاعات علمی بین‌المللی و ترندهای جستجو

بین‌المللی و ترندهای جستجو

کاربرد نرم افزار SPSS در پژوهش

بروبوزال نویسی

(علوم انسانی)

کاربرد نرم‌افزار End Note در استناددهی مقالات و متون علمی

صدور گواهینامه نمایه مقالات نویسندگان در SID