

# ماهیت تملیکی بیع کلی بر ذمه و دین

تاریخ دریافت: ۹۵/۱۱/۲۵

تاریخ تأیید: ۹۶/۳/۴

علی محمد حکیمیان\*

## چکیده

حقوقدانان ایران بیع کلی فی الذمه را با عقدی عهدی دانسته‌اند یا در تفسیر تملیکی بودن آن به گونه‌ای تعبیر کرده‌اند که نتیجه‌اش عهدی بودن است؛ حال آنکه عقد عهدی صرفاً عهده را مشغول می‌کند و نه ذمه را و موجب تکلیفی بیش بر بایع نیست. تکلیف قابل معامله و انتقال به دیگری نخواهد بود و معاملات کلی بر ذمه و دین را از شمار سرمایه و مال خارج می‌کند؛ حال آنکه دین یا اعتبار یک فرد در تحویل مصادیق یک کلی می‌تواند مال قلمداد شده، در چرخه تجارت وارد گردد و موجبات رونق اقتصادی را فراهم آورد؛ موضوعی که در بورس‌های معتبر دنیا پذیرفته شده و به پشتوانه آن، گردش ثروت را رونق بخشیده است. در این مقاله نظر فقیهان مبنی بر مال بودن و تملیکی بودن کلی بر ذمه و دین تقویت شده و با پاسخ‌های مناسب، برتری این نظر بر نظریه حقوقدانان مبنی بر عهدی بودن این عقود ترجیح داده شده است.

**واژگان کلیدی:** بیع کلی بر ذمه، کلی در معین، کلی مشاع، بیع دین، عقد عهدی، عقد تملیکی، عین معین.

## ۱. مقدمه

عقد بیع در حقوق از جمله مهم‌ترین نهاد حقوقی است. در فقه نیز بیع از چنان اهمیتی برخوردار است که فقها آن را مادر عقود می‌نامند و بسیاری از مباحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها را در کتاب بیع مورد بحث و گفت‌وگو قرار می‌دهند؛ بنابراین وظیفه حقوقدان و فقیه ایجاب می‌کند تا حد ممکن در نظم‌بخشیدن به مباحث و مسائل این نهاد حقوقی و فقهی بکوشند، از استثنایها بکاهند و آنها را تحت قواعد کلی مطرح کنند؛ لذا حقوقدان و فقیه باید با هنر خود از میان اختلاف‌نظرها و دیدگاه‌های متفاوت در مورد یک مسئله، قواعدی کلی را بنیان نهند و مسائل را حول یک مبنا و معیار گرد آورند؛ به طوری که دانشجویان علم حقوق و فقه بتوانند بر این مبانی دست یافته، با آن ابزار و ساختمان نو بنیان بگذارند یا به ارزیابی آنچه بنیان نهاده شده، پردازند. با توجه به این مهم در این تحقیق تلاش شده است ماهیت بیع کلی روشن شده و به این اختلاف که آیا بیع کلی عقدی تملیکی یا عهده‌ای است، پایان داده و از استثنایها کاسته شود.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۵۰ مبیع را به مفروز، مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه تقسیم می‌نماید.\* فقیهان نیز برخی مبیع را به عین شخصی، کلی مشاع، کلی در معین، کلی ذمی و دین تقسیم کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۳) و برخی دیگر، ذین را از اقسام کلی در ذمه دانسته‌اند. به نظر آنها کلی گاهی بر ذمه موجود است و مورد بیع قرار می‌گیرد که آن را ذین می‌نامند و گاه دیگر با نفس بیع بر ذمه مستقر می‌شود و حالت سابقه ندارد که آن کلی ذمی معروف در لسان فقیهان می‌باشد (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷) و بعضی دیگر مبیع را به عین مشاهد یا مرئیه، عین موصوفه غیرمشاهد یا عین غایبه و مبیع موصوف در ذمه تقسیم می‌کنند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۴۰-۲۴۳). یکی دیگر از فقیهان نیز مبیع را غیر از منفعت و حق دانسته و گفته است مبیع ممکن است موجود متعین خارجی یا هر چیزی که اگر لباس وجود بگیرد متعین می‌گردد،

\* ماده ۳۵۰: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به‌طورکلی از شیئی متساوی‌الاجزاء؛ همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد.

باشد و لذا شامل عین شخصی، کلی مشاع، کلی در معین و کلی ذمی می‌باشد و شامل منفعت و حق نیست (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۱۹۵).

برخی حقوقدانان در بیان اقسام عین و در توضیح ماده ۳۵۰ ق.م. و صف مفروز و مشاع را از اوصاف عین معین دانسته و گفته‌اند: «تعریف عین معین و شناسایی اقسام آن (مفروز و مشاع) همچنین کلی در معین یا در حکم معین و کلی فی‌الذمه را باید در کتاب اموال ملاحظه کرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۳).

اگر مبیع در خارج موجود نباشد یا قبل از انجام عقد بر ذمه مستقر است که آن را اصطلاحاً ذین می‌گویند یا قبل از عقد بر ذمه مستقر نیست و با انجام عقد بر ذمه استقرار می‌یابد که آن را کلی ذمی اصطلاحی می‌نامند. لازم است ذکر گردد که قلمرو بحث، شامل دو قسم اخیر است و در مورد آنها به این پرسش پاسخ می‌دهیم که آیا بیعی که مبیع آن یکی از این دو قسم باشد، عقدی تملیکی است یا عهدی؟

## ۲. تحول مفهوم بیع در فقه و حقوق

در فقه امامیه در خصوص تعریف بیع اختلاف نظر زیادی صورت گرفته است. آرای متعدد فقیهان حاکی از وجود یک تحول تاریخی نسبت به تعریف بیع است. ابوالصلاح حلبی بیع را عقدی دانسته که اقتضای آن، استحقاق تصرف در عوضین و تسلیم آنهاست (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۲، ص ۲۰۴-۲۰۵). در این تعریف بایع و مشتری تنها استحقاق تصرف در مبیع و ثمن را دارند و می‌توانند مبیع و ثمن را مطالبه نمایند؛ اما از این تعریف استفاده نمی‌شود که آیا آنها مالک هم می‌شوند و در فرض مثبت بودن جواب از چه زمانی این مالکیت حاصل می‌گردد. برخی دیگر بیع را انتقال عین مملوکه از شخصی به شخص دیگر در مقابل عوض مقدر به نحو تراضی دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۶/ ابن‌ادریس حلبی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۴۰). در این تعریف نیز سخن از تملیک نیست و صرفاً به انتقال مبیع به مشتری اشاره شده است؛ اگرچه ظهور انتقال در انتقال مالکیت مبیع می‌باشد. ضمناً در این تعریف عمل انتقال، بیع دانسته شده است و به همین دلیل یکی دیگر از فقیهان بر این تعریف اشکال کرده و انتقال را اثر و لازمه بیع دانسته است و بیع را نقل ملک از مالک به دیگری با صیغه خاص تعریف کرده است.

به نظر او بیع یک فعل است، حال آنکه انتقال اثر آن فعل می‌باشد (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۵۵). محقق دیگری به این تعریف که شامل ایجاب است، بسنده نکرده و بیع را مجموع ایجاب و قبول موجب انتقال دانسته است (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۱۱۰) و بالأخره با گذشت زمان، فقیهان به این مسئله که لفظ صرفاً مبرز است و آنچه موجب انتقال است، عمل نفسانی بایع می‌باشد (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۳۰، ص ۷۱) و او برای بیان این اراده از لفظ استفاده می‌کند، پی برده و بیع را صرفاً تملیک عین در برابر عوض دانسته‌اند که این تعریف را ابتدا بحرالعلوم طباطبایی در کتاب **مصایح** مطرح کرد و بعد از او شیخ انصاری و بسیاری از فقیهان آن را پذیرفتند (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۰). اما به نظر می‌رسد، شیخ انصاری - چنان‌که خود اشاره می‌کند - برای آنکه بین مفهوم مصدری و اسم مصدری بیع تفاوت بگذارد و اعلان کند که بیع درحقیقت عمل و فعل حقوقی است که بایع در نفس خود انجام می‌دهد و آنچه درحقیقت بیع است، همان مفهوم مصدری آن است، آن را انشای تملیک عین به عوض دانسته است (شیخ انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۲).

بعد از شیخ انصاری برخی از فقها برای اینکه بتوانند اشکالات مربوط به بیع کلی را پاسخ دهند، با توسل به یک سری مفاهیم و اصطلاحات فلسفی، بیع را مبادله مال به مال دانسته‌اند. به نظر آنها 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، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۷).

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۳۳۸ می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». با توجه به آنچه گذشت، وجود یک تحول در مفهوم بیع در فقه انکارناپذیر است؛ اما به نظر می‌رسد در فقه هیچ‌گاه بیع را عقد عهدی ندانسته‌اند. ممکن است این پرسش مطرح گردد که شاید فقیهان با اصطلاح و مفهوم عقد عهدی آشنا نبوده‌اند و به همین دلیل در تعریف بیع از این مفهوم استفاده نشده و آنها حداقل در تعریف برخی اقسام بیع مانند بیع کلی از آن بهره نبرده‌اند؛ اما مراجعه به متون فقهی این حقیقت را روشن می‌سازد که آنها با مفهوم عقد عهدی در مقابل عقد تملیکی آشنا

بوده‌اند و برخی از عقود مانند حواله و کفالت را تعهد به مال یا به نفس تفسیر کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۱۱۴-۱۸۵) و در تقسیم وصیت به عهدی و تملیکی از این مفاهیم بهره برده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۵۳ / طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۷۷).

با توجه به آنچه گذشت، این تحول در مفهوم بیع و تملیکی بودن بیع را باید از امتیازات فقه دانست؛ زیرا با مراجعه به سیر تحول بیع در حقوق اروپایی معلوم می‌گردد این ابتکار خاص مکتب حقوقی اسلام است؛ زیرا در حقوق روم هنگامی که بیعی رخ می‌داد، در ذمه بایع تعهدی حتی برای انتقال ملکیت نیز به وجود نمی‌آمد و اگر شرط صریحی در بیع برای نقل ملکیت نمی‌شد، بایع تنها ملتزم بود که شرایط تصرف بدون قید و شرط مشتری را فراهم آورد بدون اینکه خود یا دیگری متعرض او گردد؛ لذا بر اساس قانون روم صحیح بود که مالکیت مبیع برای خود فروشنده باشد و او فقط شرایط تصرف بدون مشتری را فراهم کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴، ص ۴۰۷-۴۰۸).

در قانون قدیم فرانسه که از قانون روم بهره برده بود، نیز بیع موجب انتقال ملکیت نبود و التزامی به موجب بیع برای انتقال مالکیت حاصل نمی‌شد؛ ولی در آخرین مراحل زمانی این قانون، مردم به این امر صوری روی آوردند که چون انتقال مالکیت به قبض بود و خود قبض یک عمل حقوقی مستقل برای انتقال قلمداد می‌شد، در سند های معامله به‌طور صوری نوشته می‌شد که مبیع به قبض هم داده شد؛ اما در قانون جدید فرانسه واضعان کد ناپلئون ذات بیع را ناقل ملکیت دانستند؛ به این معنا که بیع التزام نقل ملکیت را بر عهده فروشنده ایجاد می‌کند؛ اما التزامی که به محض اتفاق بایع و مشتری نسبت به بیع و ثمن اجرا می‌شود، حتی پیش از آنکه مبیع به مشتری تسلیم شود (همان، ص ۴۰۸-۴۱۰)؛ بنابراین در این نظام حقوقی پس از تحول، بیع موجب تعهدی است که خود به خود اجرا می‌گردد؛ درحالی‌که از دیدگاه فقه متحول، بیع ذاتاً سبب تملیک و در نتیجه انتقال مالکیت است.

### ۳. عناصر بیع

با توجه به آنچه در مبحث مربوط به تحول بیع گذشت، در فقه امامیه از این نهاد فقهی تعاریف مختلفی ارائه شده است و این مفهوم از سببیت در تصرف به ایجاد تملیک

رسیده است و قانون مدنی ایران نیز با تبعیت از فقه امامیه در ماده ۳۳۸ تعریف تملیک عین به عوض معلوم را برگزیده است. این تعریف از تعاریف برگزیده توسط فقیهان بزرگ قرون اخیر است (شیخ انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۲ / خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷)؛ اگرچه برخی دیگر از فقهای معاصر و شارحان بزرگ کتاب مکاسب از این تعریف عدول کرده و بیع را انتقال مال به مال دانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۳ / نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۸). به نظر می‌رسد سبب عدول برخی شارحان مکاسب شیخ انصاری از تعریفی که او از بیع ارائه نموده است، رهایی از اشکالی بوده که نسبت به مبیع کلی در ذمه و دین وارد است. این فقیهان معاصر برای اینکه بتوانند تمام مصادیق این سازمان حقوقی را تحت یک تعریف در آورند، از تعریف شیخ انصاری - انشای تملیک عین به عوض - عدول نموده‌اند و بیع را مبادله مال به مال دانسته‌اند. اگرچه برخی دیگر با پاسخ‌گویی به اشکالات مطرح‌شده در مورد مبیع کلی معتقدند امکان ارائه یک تعریف کلی و جامع که همه مصادیق بیع را شامل گردد، نیست (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۸). اما در اینجا عناصر این دو تعریف را مورد بررسی قرار داده، می‌کوشیم سبب بروز اشکال را روشن کنیم.

### ۱-۳. مفهوم تملیک و مالکیت

تملیک به معنای اعطای ملکیت است (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۴). در مفهوم تملیک بحثی نیست و بین فقها در مورد آن اختلافی دیده نمی‌شود؛ اما در خصوص ماهیت ملکیت اختلاف نظر وجود دارد. بعضی ملکیت را رابطه‌ای اعتباری و نوعی ربط بین مالک و مملوک دانسته‌اند که سبب سلطنت و سلطه مالک بر مال می‌گردد (همان، ص ۸۹ / خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۳)؛ اما برخی دیگر ملکیت را نفس سلطنت و سلطه مالک تلقی کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۴).

### ۲-۳. مفهوم عین

برخی مراد از واژه عین در تعریف بیع را آنچه در مقابل منفعت و حق قرار می‌گیرد، دانسته‌اند. به نظر آنها عین شامل عین شخصی، عین کلی مشاع، کلی در معین و کلی

ذمی و دین می‌باشد (همان، ص ۵۳/ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۱۹۵). به نظر می‌رسد نزد این گروه از فقیهان عین چیزی است که یا در عالم خارج موجود و قابل اشاره است و یا در صورت تحقق یافتن در خارج، قابل اشاره خواهد بود؛ بنابراین منفعت که با وجود خارجی تلف می‌شود یا حق که صرف اعتبار است و در عالم خارج قابل اشاره نیست، عین نمی‌باشد.

در مقابل، یکی از حقوقدانان در تعریف عین چنین گفته است: «اموالی که وجود خارجی داشته و با حس لامسه قابل ادراک باشد، عین نامیده می‌شود. به‌طور معمول هرگاه واژه عین در برابر منفعت به کار می‌رود، مقصود جسم مادی خارجی و منافع آن است» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۵). همو در جای دیگر در شمارش اقسام عین از آنچه در تعریف عین آورده است، فراتر رفته، آن را به عین معین، عین کلی و کلی در معین تقسیم کرده است (همان)؛ ولی این حقوقدان در تعیین مراد از واژه «عین» به‌کاررفته در تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. گفته است «واژه عین» در تعریف ماده ۳۳۸ برای امتیاز بیع از اجاره است که تملیک منفعت به عوض معلوم تعریف می‌شود (همو، ۱۳۷۱، ص ۲۹۲).

یکی دیگر از حقوقدانان با پذیرش انواع عین به خارجی و کلی می‌گوید: «منظور از عین خارجی مالی است که در خارج در حین عقد موجود باشد و می‌توان به آن اشاره حسیه نمود، مانند آن میز، آن کتاب...» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۲۵). با توجه به نظر این حقوقدانان اگر ما واژه عین را در مقابل منفعت بدانیم، باید حقوق نیز مبیع قرار گیرد؛ حال آنکه پذیرش این موضوع در حقوق ایران با توجه به اینکه مبنای ماده ۳۳۸ ق.م. فقه امامیه است، قابل تأمل می‌باشد. اگرچه برخی اعتقاد دارند ماده ۳۳۸ در برخی موارد نسخ شده و در حال حاضر در قوانین جاری کشور ایران بیع اختصاص به تملیک اعیان ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۵)، همان نویسنده در شرح ماده ۳۳۸ ق.م. می‌گوید: «عین در این ماده مالی است که وجود خارجی آن به صورت جسم است، هرچند که در زمان عقد بیع به صورت کلی در ذمه باشد» (همان). همین تعبیر را برخی از فقها نیز از واژه عین نموده‌اند و در ادامه افزوده‌اند که واژه عین در مقابل منفعت و حق است (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۱۹۵).

اما برخی شارحان مکاسب شیخ انصاری - آیت‌الله پایانی - گفته‌اند واژه عین در

مفاهیم مختلفی در عبارات فقها به کار می‌رود. گاهی عین در مقابل مجهول به کار می‌رود؛ چنان‌که در حدیث معروف «حتی تعرف الحرام منه بعینه» استعمال گردیده است و مراد این است که حرام را آن طور بشناسی که به هیچ وجه در آن جهالتی وجود نداشته باشد. یا وقتی فقها می‌گویند «باع شیئاً معیناً بثمان معین» به معنای غیرمجهول به کار رفته است؛ اما در استعمالی دیگر، مراد از عین چیزی است که بر ذمه نباشد؛ یعنی مقابل آنچه بر ذمه است، به کار می‌رود؛ مثل اینکه فقها گفته‌اند «و من جملة شرائط خيار التأخیر ان یکون الجميع عیناً او شبهه، ای لایکون کلیاً فی الذمه»؛ ولی در موارد دیگر عین در مقابل منفعت استعمال می‌گردد؛ مثل اینکه گفته شود «لابد فی البیع ان یکون المبیع عیناً». در اینجا مراد این است که مبیع منفعت نباشد و استعمال واژه عین در تعریف بیع به معنای اخیر آن می‌باشد و لذا شامل عین شخصی، کلی در خارج و کلی در ذمه است (شیخ انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۵). در این تعریف به نظر می‌رسد باید عین را مالی دانست که یا در خارج قابل اشاره است و یا در صورت تحقق در خارج قابل اشاره خواهد بود.

اما برخی برای پاسخ‌گویی به شبهاتی که در مورد بیع کلی مطرح شده است، بیع را مبادله مال به مال دانسته و در رد نظر شیخ انصاری گفته‌اند: تملیک عین در مقابل عوض لازمه بیع است نه خود بیع. به نظر آنها شخصی که مالک چیزی می‌باشد، بین او و شیء مملوک یک نحو اضافه و علقه‌ای وجود دارد؛ درست مثل یک ریسمان و نخ فرضی که از یک طرف به مالک بسته شده و از طرف دیگر به شیء مملوک و بیع در واقع مبادله مال به مال یا به طرق صحیح‌تر، تبدیل مالی با مال دیگر است؛ یعنی درحالی‌که یک سر ریسمان فرضی به مالک بسته است و بدون اینکه در اضافه‌ها تبدیلی صورت پذیرد، مبیع از سر دیگر ریسمان فرضی جدا شده و به جای آن ثمن قرار می‌گیرد و در طرف دیگر نیز به جای ثمن، مبیع قرار گرفته و اضافه به مشتری می‌گردد (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۳/ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۷). به نظر می‌رسد با پذیرش این تعریف، قلمرو کنونی بیع به عنوان یکی از مهم‌ترین عقود معین فراتر می‌رود و فروش منفعت و حق را با توجه به اینکه آنها نزد عرف مال تلقی می‌شوند، نیز شامل می‌گردد.



## ۴. عقد تملیکی و عهده

### ۴-۱. مبنای تقسیم

در حقوق ایران اثر عقد صرفاً ایجاد یا سقوط یا انتقال تعهد نیست و گاه به طور مستقیم تملیک به وجود می‌آید و انتقال مالکیت صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۷۵). «به علاوه عقد تملیکی یک حق عینی برای متعهدله ایجاد می‌کند که در مقابل همه معتبر است و از لوازم آن حق تعقیب است؛ بدین معنا که دارنده حق می‌تواند همه جا موضوع حق خود را تعقیب کند و آن را از دست هر متصرفی خارج سازد؛ اما عقد عهده فقط موجد حق دینی است که یک حق نسبی محسوب می‌شود؛ یعنی فقط در مقابل متعهد معتبر است و دارنده حق به موجب آن می‌تواند انجام امر یا خودداری از انجام امری را فقط از متعهد بخواهد» (صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۰). دکتر صفایی در جای دیگر می‌گوید: «آثار و احکام عقد تملیکی و عهده یکسان نیست؛ مثلاً در عقد تملیکی مورد معامله باید در حین عقد موجود باشد، و گرنه معامله باطل است (م ۳۶۱ ق.م)؛ ولی در عقد عهده ممکن است مورد معامله در حین عقد موجود نباشد و بعد از عقد ایجاد گردد؛ بنابراین اگر کسی تعهد کند که کالایی را در مدت معینی به دیگری تحویل دهد، این معامله صحیح است، اگرچه کالای مزبور هنگام معامله موجود نباشد» (همان).

به نظر می‌رسد این شرط اخیر - موجود بودن مبیع در حین عقد - چنان‌که از ماده ۳۶۱ ق.م. بر می‌آید، مربوط به فروش عین معین است و نمی‌توان آن را به عنوان مبنایی بر تقسیم عقد به تملیکی و عهده قلمداد نمود؛ زیرا از مواد قانون مدنی ایران استفاده نمی‌شود که شرط تملیکی بودن عقد وجود خارجی مبیع می‌باشد، اگرچه این شرط مورد پذیرش برخی دیگران از حقوقدانان نیز قرار گرفته است (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۴۱)؛ لذا مبنای تقسیم می‌تواند انتقال مالکیت و ایجاد حق عینی باشد. این مبنا مورد پذیرش فقه نیز می‌باشد؛ زیرا در فقه نیز اثر برخی از عقود انتقال مالکیت است و اثر برخی دیگر به وجود آمدن التزام و تعهد برای یک طرف یا طرفین عقد است (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۱۱۴).

## ۲-۴. مفهوم عقد تملیکی و عهدی

برخی حقوقدانان در تعریف گفته‌اند: «عقد تملیکی، چنان‌که از نام آن پیداست، عقدی است که موجب انتقال مالکیت مالی از یک طرف به طرف دیگر باشد؛ مانند فروش مال معین و عقد عهدی عقدی است که صرفاً موجب پیدایش تعهد و تکلیف قانونی بر عهده طرف عقد باشد؛ مانند قراردادی که در آن یکی از دو طرف متعهد می‌شود خانه‌ای را طبق نقشه معین در برابر دستمزد معین که طرف دیگر متعهد به تسلیم آن به او می‌شود، بسازد» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۸۵). این تعریف مورد قبول حقوقدانان دیگر نیز می‌باشد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۱۷۲-۱۷۴ / کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۷۵ / صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۰-۴۱). با توجه به تعریفی که در حقوق ایران از عقد تملیکی و عهدی شده و با لحاظ مبنایی که حقوقدانان با توجه به آن قایل به تقسیم عقد به تملیکی و عهدی شده‌اند، غالباً آنان بیع کلی در ذمه را از مصادیق عقد عهدی دانسته‌اند (همان منابع)؛ اگرچه یکی از حقوقدانان کوشیده است تفسیری جدید از عقد تملیکی ارائه دهد. او می‌گوید:

حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست. درست است که اگر مبیع قابلیت تعلق یافتن به دیگری را داشته باشد، در اثر بیع مالکیت انتقال می‌یابد؛ ولی نمی‌توان ادعا کرد که بیع جز به طریق تملیکی تحقق نمی‌یابد؛ زیرا این اثر موکول بر این است که موضوع عقد در عالم خارج معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۴).

ولی این حقوقدان در جای دیگر آورده است: «ولی دیدیم که تملیک نتیجه عقد نخستین و منوط به انتخاب مصداق کلی از سوی متعهد است. این انتخاب به‌طور معمول با تسلیم انجام یا احراز می‌شود؛ لیکن تسلیم و پذیرش آن در حکم داد و ستد نیست و معامله جدید به شمار نمی‌آید؛ بنابراین تسلیم در این فرض نیز تسلیم عین کلی انتقال داده شده است» (همو، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۷). تفسیر اخیری که این نویسنده ارائه کرده است، در این معنا ظهور دارد که با انجام عقد، عین کلی انتقال داده شده است و تسلیم، یک عمل حقوقی نیست و تعهدی فرعی و تبعی ناشی از عقد بیع می‌باشد؛ ولی در صدر عبارت مذکور تملیک را معلق بر انتخاب مصداق توسط متعهد کرده است. با این

همه این حقوقدان در جایی دیگر مقصود خود را روشن می‌سازد و می‌گوید:

در نتیجه عقد بیع، مالی را که قابل اختصاص یافتن به دیگری باشد و بتواند موضوع حق عینی قرار گیرد، تملیک می‌کند، در سایر موارد نیز اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد و همین که مانع قراردادی یا مادی تحمل اختصاص و حق عینی از بین برود، عقد اثر معهود را در تملیک به جای می‌گذارد و طبیعت آن نیاز به هیچ سبب اضافی یا مکمل ندارد. پس در تمام موارد تملیک، سبب آن را باید عقد بیع شمرد، هرچند که شرط تأثیر سبب انتخاب فروشنده باشد و به همین اعتبار است که آن را تملیکی می‌نامند (همو، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۶۳-۳۵).

این تفسیر ناشی از اختلاف در تفسیر تسلیم مصادیق عین کلی است؛ زیرا برخی از حقوقدانان تسلیم را یک عمل حقوقی و آن را سبب تملیک می‌دانند. به نظر او «تسلیم مورد تعهد در صورتی که کلی فی‌الذمه باشد، از نظر تحلیل عقلی معامله جدیدی می‌باشد و مانند انتقال عین خارجی است؛ زیرا کلی که مورد تعهد قرار گرفته، دارای افراد عدیده در خارج می‌باشد که متعهد ملزم به تسلیم یکی از آنهاست و می‌تواند هر یک از افراد کلی را برای ایفای تعهد خود انتخاب نماید و انتخاب فرد به‌تنهایی موجب ایفای تعهد نمی‌شود، بلکه باید آن را تسلیم متعهدله کرده و او آن را قبض نماید. عمل مزبور که به صورت یک عمل قضایی می‌باشد، به نظر می‌رسد که درحقیقت معامله جدیدی است؛ زیرا تسلیم در این مورد تملیک فرد معینی به متعهدله می‌باشد که کلی آن مورد تعهد بوده است و تملیک ناچار بدون قصد انشا ممکن نخواهد بود؛ همچنان‌که قبول آن نیز محتاج به قصد انشاست که به وسیله تسلیم از طرف متعهد و قبض از طرف متعهدله اعلام می‌گردد. این است که گفته می‌شود مالکیت در بیع کلی از زمان تسلیم حاصل می‌گردد نه از زمان عقد، بر خلاف آنچه در مورد عین خارجی است؛ بنابراین ایفای تعهد در صورتی که مورد تعهد کلی فی‌الذمه باشد، درحقیقت یک سند قضایی است» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۱۸). استاد کاتوزیان در نقد این تفسیر آورده است:

این تحلیل از لحاظ موکول ساختن تملیک به تعیین مبیع درست است؛ ولی باید به خاطر داشت که تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن. درباره تملیک عین از پیش سبب‌سازی شده و عقد بیع زمینه آن را فراهم آورده است. به

همین اعتبار هم آن را تملیکی گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۴).  
به نظر این نویسنده اگر تسلیم عمل حقوقی باشد، لازمه‌اش این است که خریدار در قبول یا رد مصداقی که فروشنده برای تملیک انتخاب کرده است، آزاد باشد. یا حتی در صورت بطلان بیع نیز باید این عمل حقوقی بتواند باعث تملیک شود؛ ولی این دو اثر را هیچ کس در حقوق ما نمی‌پذیرد (همان).

از مجموع دیدگاه‌های حقوقدانان ایران چنین استفاده می‌شود که هیچ کدام از آنها اثر تملیک فوری عقد بیع کلی را نمی‌پذیرند. به نظر آنها آنچه از عقد در زمان انشا به وجود می‌آید، تعهد است و عمل تملیک با تسلیم یا انتخاب مصداق توسط فروشنده صورت می‌پذیرد؛ اما برخی، تسلیم را یک عمل حقوقی مستقل و برخی دیگر آن را یک تعهد فرعی ناشی از عقد می‌دانند و به نظر بعضی به این دلیل که در نهایت تملیک، اثر عقد است، می‌توان به این اعتبار بیع کلی را یک عقد تملیکی نامید؛ عقدی که اثر تملیک آن معلق به انتخاب مصداق مبیع به مشتری می‌باشد.

### ۳-۴. منشأ اختلاف در تملیکی یا عهدی بودن بیع کلی

با توجه به آنچه در تعریف بیع و مبنای تقسیم عقد به تملیکی و عهدی مشخص شد، می‌توان گفت حقوقدانان به علت موارد ذیل بیع کلی ذمی را عقدی عهدی دانسته‌اند:

۱. در عقد تملیکی مبیع باید موجود باشد؛ در حالی که در بیع کلی ذمی، مبیع موجود نیست.

۲. عین بر چیزی صادق است که در خارج موجود و قابل اشاره باشد؛ لذا در بیع کلی بیع تحقق نخواهد یافت؛ زیرا عینی نیست تا تملیک نسبت به محقق گردد.

دلیل دوم مورد قبول فقها قرار نگرفته است. چنان‌که گفته شد، به نظر آنها عین در تعریف بیع به معنای شیء موجود در خارج نیست و در مقابل منفعت و حق می‌باشد؛ اما فقیهان نیز در مورد بیع کلی ذمی اشکالاتی مطرح کرده‌اند که بدین شرح است:

الف) برای اینکه شخص بتواند چیزی را به دیگری تملیک کند، باید خود مالک باشد و مالکیت از اعراض است و احتیاج به محل موجود دارد؛ ولی در موردی که معامله نسبت به کلی ذمی صورت می‌پذیرد، چیزی وجود ندارد و مالکیت نسبت به شیء معدوم مفهومی ندارد.

ب) مالک برای اینکه بتواند چیزی را تملیک کند، باید مالک مال موجودی باشد تا بتواند آن را به دیگری تملیک نماید؛ یعنی مال باید قبل از انشا برای او وجود داشته باشد.

ج) آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد، باید مال باشد و ارزش معاوضی داشته باشد؛ حال آنکه کلی ذمی، مال قلمداد نمی‌گردد. برای پاسخگویی به این اشکالات، فقیهان پاسخ‌های مختلفی ارائه کرده‌اند.

## ۵. اشکال مشترک بین کلی بر ذمه و دین و پاسخ آن

### ۵-۱. اشکال

مبیع باید قابل ملکیت باشد؛ زیرا ملکیت از اعراض است و عرض احتیاج به محل موجود دارد؛ درحالی‌که دین و کلی بر ذمه وجود خارجی ندارند تا ملکیت بر آنها صدق کند. بنابراین چیزی که بایع مالک آن نیست، چگونه ممکن است آن را تملیک کند. افزون بر اینکه در فرض امکان تملیک، امکان لحاظ مالکیت برای مشتری و صدق اینکه او مالک شده است، نیست. البته این اشکال در خصوص عقد بیع مطرح نیست؛ در مورد سایر عقود تملیکی نیز قابل طرح است.

### ۵-۲. پاسخ اشکال

در پاسخ به این اشکال گفته شده است ملکیت یک حقیقت اعتباری عقلایی است و عقلاً بین شیء و مالک علقه و ارتباطی را اعتبار می‌نمایند که آن اعتبار منشأ سلطنت و سلطه شخص بر مال است یا اینکه عقلاً وقتی چیزی نزد کسی است، یک نحو سلطه‌ای را برای او نسبت به شیء مملوک اعتبار می‌کنند؛ بنابراین ملکیت یک امر واقعی غیرجعلی نیست و صرفاً امری اعتباری عقلایی و جعلی می‌باشد؛ به این معنا که ملکیت حقیقتی و رای جعل عقلاً یا شارع ندارد. بنابراین اگر حقیقت آن جعلی است، هیچ منعی وجود ندارد که محل آن نیز یک موجود اعتباری و جعلی باشد؛ به این مفهوم که عقلاً یا شارع مال کلی بر ذمه را یک شیء موجود قلمداد می‌کنند که ملکیت به آن تعلق

می‌گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۳-۵۴).

این پاسخ مورد نقد و بررسی برخی دیگر از فقیهان قرار گرفته است. به نظر آنها اگر مراد از اعراض، اعراض مقولی باشد که از جمله امور واقعی متأصل است، به ناچار باید بپذیرید ملکیت هم یک عرض خارجی متأصل است؛ زیرا امکان ندارد محل آن یک امر اعتباری باشد، بلکه باید امر واقعی خارجی باشد؛ اما اگر مراد از عرض، مفهوم لفظی آن، یعنی الحاق و لحوق باشد، می‌توان گفت مراد پاسخ‌دهنده از اشکال این نیست که ملکیت از جمله مقولات متأصله است؛ بلکه منظور این است که ملکیت امری صرفاً اعتباری است و محل آن نیز می‌تواند یک موجود اعتباری و جعلی باشد. به عبارت دیگر عقلاً به دلیل مصالح خودشان ملکیت را اعتبار کرده‌اند و شارع نیز آن را امضاء کرده است و این ملکیت اعتباری از نوع اعراض نیست تا احتیاج به موضوع و محل در خارج داشته باشد؛ مثلاً زکات و خمس را کلی طبیعی فقیر و سید مالک هستند و لازم نیست مصداق عینی فقیر و سید در خارج هم وجود داشته باشد. همچنین اجماع بر صحت تملیک کلی در بیع سلف وجود دارد؛ درحالی‌که مبیع کلی وجود خارجی ندارد. پس می‌توان گفت: در ملکیت اعتباری امکان اینکه یک طرف این ملکیت کلی باشد، وجود دارد. حال یا مال کلی باشد و مالک حقیقی و یا مال موجود خارجی باشد و مالک طبیعی یک صنف خاص - مانند فقیر و سادات - اگرچه در خارج حتی یک سید و فقیر موجود نباشد؛ لذا ملکیت از اعراض مقولی نیست، بلکه امری اعتباری است و امور اعتباری قوامش به دست کسانی است که آن را اعتبار می‌کنند (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۸-۲۱).

### ۳-۵. اشکال مختص به کلی بر ذمه و پاسخ آن

اشکال: اگر مبیع یک مال کلی بر ذمه باشد، قبل از اینکه عقد به آن تعلق گیرد و موضوع معامله واقع شود، مال قلمداد نمی‌شود؛ زیرا کسی که مثلاً هیچ مقدار گندم ندارد، او را نمی‌توان صاحب هزار کیلو گندم دانست؛ درحالی‌که به نظر شارع او می‌تواند آن مقدار گندم را بفروشد و فرض این است که بیع از عقود معاوضی است که در آن، مالی با مالی معاوضه می‌گردد؛ اگرچه بعد از اینکه عقد واقع شد، مشتری

را می‌توان صاحب هزار کیلو گندم بر ذمه بائع قلمداد کرد و او را صاحب مال دانست. این اشکال در اجیرشدن یک انسان آزاد و حر نیز مطرح می‌باشد؛ زیرا اجاره نیز از عقود تملیکی است، ولی قبل از اینکه عقد واقع شود، عمل شخص مال قلمداد نمی‌شود.

**پاسخ:** در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: در عقد بیع و سایر عقود تملیکی شرط است که موضوع معامله قابلیت مال قلمدادشدن را داشته باشد؛ اگرچه عرفاً تملیک‌کننده را مالک آن قلمداد نکنند و شکی نیست که هزار کیلو گندم امکان مقابله آن با مال وجود دارد و عرف در مقابل آن پول پرداخت می‌نماید. این مقدار از مالیت برای صدق بیع کافی است و در عقد بیع لازم نیست قبل از معامله نسبت به مبیع صدق عرفی مال بشود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۴). مرحوم نائینی در پاسخ به این پرسش علاوه بر جواب مذکور اضافه کرده است هزار کیلو گندم قبل از اینکه مورد معامله واقع شود، موجود نیست، ولی مال هست و این طور نیست که هزار کیلو گندم مانند هزار کیلو خاک نزد عرف باشد و هیچ مالیتی برای آن قایل نباشند و آنچه در بیع معتبر است، مالیت عوضین است، به طوری که صدق مبادله مال با مال بشود؛ اما اینکه مبیع باید قبل از بیع موجود هم باشد، دلیلی بر اعتبار وجود آن در دست نمی‌باشد (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۸).

**اشکال عدم مالکیت بائع:** اشکال دیگر مطرح شده در مورد مبیع کلی بر ذمه این است که این مبیع قبل از عقد، مملوک بائع نیست؛ زیرا انسان مالک چیزی بر ذمه خودش نمی‌باشد؛ در حالی که در عقد بیع، عوضین باید مملوک طرفین عقد باشد؛ زیرا مفاد «لابیع الا فی ملک» بر این شرط دلالت دارد. چنان‌که ملاحظه می‌گردد، این اشکال نیز مختص کلی در ذمه است و مشمول بیع دین نیست؛ زیرا دین قبل از بیع بر ذمه مدیون مستقر است و صدق مملوکیت نسبت به آن برای دین می‌شود.

**پاسخ:** در پاسخ به این اشکال گفته‌اند ملکیت لازم در بیع چیزی بیش از سلطنت بر انجام عقد بیع نیست و به همین دلیل ولی قادر است مال مولی علیه را بفروشد و مراد از ملک در حدیث «لابیع الا فی ملک» صرف سلطنت بر انجام عقد بیع است و ملک در موارد زیادی به مفهوم سلطنت استعمال می‌گردد و این آیه قرآن که «رب انی لا املک

الا نفسی و اخی» و مانند آن به همین مفهوم است و شکی نیست که انسان سلطنت بر اعتبار کردن چیزی از ذمه خودش برای دیگری را دارد و این سلطنت برای صحت عمل بیع کافی است (همان، ص ۸۹).

مرحوم نائینی در اینجا با توجه به مبنای خودش در تعریف بیع، اشکالی را بر این پاسخ طرح کرده، سپس به آن پاسخ می‌دهد. او در طرح اشکال چنین می‌گوید: اگر کسی بگوید بنا بر مبنای شما حقیقت بیع چیزی جز تبدیل دو طرف اضافه با بقای اصل اضافه نمی‌باشد و با پذیرش این تعریف لازم است قبل از عقد، کلی بر ذمه بایع موجود باشد تا بایع آن را به وسیله بیع طرف اضافه به مشتری و به جای آن ثمن را جای مبیع قرار دهد تا اضافه ثمن به بایع صدق کند و بیع محقق گردد، پس در این صورت لازم است کلی قبل از عقد بر ذمه مستقر باشد؛ حال آنکه شما ملکیت معتبر در بیع را صرف سلطنت بر انجام عقد دانستید و به لزوم مملوکیت قبل از عقد قایل نشدید. وی در پاسخ به این اشکال می‌گوید: آنچه در عقد بیع معتبر می‌باشد، صرف انتقال مبیع از بایع به مشتری است و این انتقال با بیع صورت می‌گیرد و دلیلی بر لزوم وجود مملوکیت قبل از عقد در دست نمی‌باشد (همان).

بعضی دیگر از فقیهان در پاسخ اشکال سوم این‌طور گفته‌اند: اگر اشکال شود که بیع مبادله مال با مال می‌باشد و این مبادله وقتی صورت می‌پذیرد که عوض و معوض یا در خارج و یا در ظرف ذمه موجود باشند و چون کلی قبل از عقد در هیچ کدام از این دو ظرف وجود ندارد، پس نمی‌تواند مبیع واقع شود. سپس ادامه می‌دهد بعضی این‌طور پاسخ داده‌اند که کلی اگرچه در ذمه موجود نیست، ولی با نفس عقد بیع در ذمه حاصل می‌شود و این مقدار کافی است؛ ولی این پاسخ، درست نیست؛ زیرا همان‌طور که حکم نمی‌تواند موضوع ساز باشد و ابتدا باید موضوع وجود داشته باشد تا حکم به آن تعلق گیرد، بیع نیز نمی‌تواند متعلق خودش را بسازد، بلکه قبل از واقع شدن بیع متعلق آن باید موجود باشد؛ لذا پاسخ این اشکال را باید این‌طور داد که بیع، چیزی جز مبادله تملیک نیست - نه مبادله مال با مال - و ملکیت از امور اعتباری است که احتیاج به وجود موضوع در خارج یا در ظرف ذمه ندارد، اگرچه متعلق ملکیت لازم است که قابلیت اعتبار ملکیت نزد عقلا را داشته باشد. بنابراین کلی قبل



از اضافه شدن به ذمه اگرچه یک مفهوم خیالی است و امکان بیع نسبت به آن وجود ندارد، ولی بعد از اضافه شدن کلی به ذمه، عقلاً آن را مال می دانند و مورد رغبت ایشان قرار می گیرد؛ پس فرقی نمی کند که مافی الذمه متعلق بیع قرار گیرد- مثل دین- یا اینکه کلی با نفس بیع یک مملوک اعتباری قلمداد شود. در حقیقت با عقد بیع، دو چیز حاصل می شود: یکی متصف شدن کلی به ملکیت- و برای بیع که تبادل ملکیت است، همین مقدار کافی است- و دیگری به ملکیت مشتری درآمدن این مملوک اعتباری (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷-۱۸). به عبارت ساده تر، ما بیع را مبادله مال با مال نمی دانیم و آنچه در بیع مفید است، صرف قابلیت مبیع برای اینکه چیزی عوض آن قرار گیرد و به همین مقدار که مبیع مورد غرض اشخاص است، کافی است و کلی نیز این قابلیت را دارد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۱۹۵-۱۹۷).

۱۰۱

## ۶. نظر برگزیده در مورد تملیکی بودن بیع کلی و دین

به نظر می رسد نگاهی به گذشته بیع کلی می تواند ما را در رسیدن به یک پاسخ درست کمک نماید. به علاوه لازم است نگاهی به جواز و عدم جواز و قلمرو این بیع در فقه اهل سنت نیز صورت پذیرد؛ زیرا فقه عامه فقه رایج زمان بوده، فقه شیعه را باید به مثابه حاشیه بر اصل دانست؛ زیرا در مواردی که برای شیعه شبهه ای در مورد جواز و عدم جواز یک مسئله پیش می آمد، به ائمه علیهم السلام مراجعه می شد و طبیعی است که در موارد اتفافی کمتر مباحثی روی می داده است. در فقه عامه یکی از شروط اساسی برای مبیع، موجود بودن آن در هنگام عقد است و به همین دلیل آنها بیع بر معدوم را به اتفاق صحیح نمی دانند و از جمله مثال های بیع معدوم را فروش میوه قبل از آنکه به وجود آید، بیع المضامین (آنچه از ماء فحل موجود خواهد شد) و بیع الملاقیح (فروش جنین موجود در شکم حیوانات) دانسته اند و دلیل آن را حدیثی می دانند که ابن عباس از پیامبر اسلام نقل می کند: «نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن بیع المضامین و الملاقیح و حبل الحبله». به علاوه برای عدم صحت بیع معدوم به وجود غرر و جهالت و حدیث «نهی عن بیع الغرر» اشاره نموده اند. آنها بیع سلم (سلف) را از آن قاعده اصلی استثنا کرده و دلیل آن را روایات وارد شده در مورد صحت آن دانسته اند؛ از جمله حدیث معروف «نهی

رسول الله ﷺ عن بیع ما لیس عند الانسان و رخص فی السلم» (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۸۹ / سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۲، ص ۱۲۴ / وزارت اوقاف کویت، ۱۹۸۷، ج ۷، ص ۱۴ / محقق بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، صص ۱۴۰-۱۳۹).

آن گونه که نقل شده است، هنگامی که پیامبر اسلام ﷺ وارد مدینه شدند، ملاحظه کردند که مردم میوه سال‌های آینده خود را مورد معامله قرار می‌دهند و بنا بر نقل ابن عباس، آن حضرت اصل این معامله را امضا کرده است؛ ولی شرایطی مانند معلوم بودن وزن، کیل و اجل مبیع را لازم دانستند (سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۲، ص ۱۲۴). اما چنانچه از فقه شیعه و اهل سنت بر می‌آید، در ابتدا جواز بیع سلف مربوط به فروش اشیای مثلی بود که امکان ضبط مقدار، صفت و اجل آن وجود دارد و به همین دلیل شامل فروش میوه این درخت، یا پشم‌های ریسیده شده توسط این زن و مانند آن نمی‌شد؛ چون این گونه محدودیت‌ها موجب غرری شدن بیع و معامله می‌شد؛ یعنی امکان داشت این درخت به علت آفت زدگی در سال آینده میوه نداشته باشد یا آن زن مشخص به علت مریضی نتواند پشم‌ریسی کند. ضمناً بیع سلف حال مشروع نبود و مبیع نمی‌توانست اطعمه و خوراکی‌های مردم باشد. بر اثر مرور زمان فقیهان شیعه از این قلمرو تجاوز کردند و آن را شامل بیع سلف حال نیز دانستند. به نظر آنها دلیل این تجاوز از قلمرو تعلیل ائمه علیهم‌السلام از حدیث نبوی مذکور بود.

برخی فقها آورده‌اند امام صادق علیه‌السلام می‌فرمایند: در فقره اول حدیث آمده است «نهی رسول الله ﷺ عن بیع ما لیس عند الانسان» و این مربوط به عین شخصی است و ذیل حدیث معامله را نسبت به سلم به‌طور کلی اجازه داده است (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۸۹). به نظر عده‌ای دیگر از فقیهان شیعه، آنچه موجب جواز معاملات سلفی به‌طور کلی اعم از مؤجل و حال است، وجود مقتضی و مفقود بودن مانع است. مقتضی برای جواز بیع سلف، شمول ادله عمومی مشروعیت بیع و عمل مردم در زمان رسول الله ﷺ و ائمه علیهم‌السلام و وجود ضرورت و حاجت نسبت به این معاملات است. عدم مشروعیت آن سبب حرج بر مردم می‌شود و مانع می‌تواند عدم مشروعیت معامله نسبت به مبیع مؤجل باشد؛ حال آنکه در عین شخصی نیز تأجیل تجویز شده است. به علاوه اجل برای ارفاق نسبت به متعهد (مسلم‌الیه) است و وقتی بیع سلم مؤجل و اجل دار تجویز شده است، به قیاس

اولویت باید سلم حال نیز مشروع باشد؛ زیرا در بیع سلم حال قدرت ادا و ایفای فعلی متعهد وجود دارد. یا ممکن است مانع عدم شمول اطلاق ادله نسبت به بیع سلم حال باشد که فرض این مانع نیز باطل است؛ زیرا اطلاق سلم شامل سلم حال و مؤجل - مردد - می‌شود. افزون بر اینکه شارع نوع بیع سلم را تجویز کرده است، نه سلم مؤجل را (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۳۰-۱۳۱ / محقق بحرانی، ۱۴۰۸، ج ۱۹، ص ۱۳۹-۱۴۰).

لازم است توضیح داده شود که طرفداران مذهب حنفی بیع سلف حال را نپذیرفته‌اند. به نظر آنها بیع سلف بیع المفالیس است و برای جلوگیری از نزاع، سلم حال مشروع نیست؛ زیرا مشروعیت آن برای این بوده است که امکان مراجعه به مسلم‌الیه در طول مدت اجل تعیین شده وجود نداشته باشد و بیع سلف حال این حکمت را از بین می‌برد و منجر به منازعه می‌شود (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴، ص ۲۲۱).

به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نیست. همان‌طور که علامه حلی فرموده‌اند، اقتضای صحت بیع سلم به‌طور کلی وجود دارد. افزون بر اینکه حکمت تشریح این معامله باید بر قلمرو این معامله بیفزاید و سبب تسری این بیع در تمام موارد دیگری که موجب غرر و خطر نیست، بشود؛ زیرا چه فرقی بین عقد نسئنه و سلم در این حکمت وجود دارد. چنان‌که عقد نسئنه یک نوع احسان نسبت به خریدار و کسانی که مال موجودی ندارند، محسوب می‌شود، بیع سلم نیز باید تا حد امکان رعایت احسان و سهولت برای فروشندگانی که در هنگام عقد مال موجودی ندارند، بنماید. چرا باید افرادی که دارای اعتبار بوده، قدرت انجام عملی یا تأدیه مالی در زمان آینده دارند، نتوانند در چرخه بازار خرید و فروش وارد شوند و از انجام معامله محروم شوند؟ به نظر می‌رسد آن‌طور که از نظر برخی حقوقدانان و فقیهان بر می‌آید، عقد سلم یک عقد خطری محض نیست، بلکه دارای شرایط خاصی می‌باشد که آن را به مثابه یک مال موجود قرار می‌دهد؛ زیرا قیودی مانند مثلی بودن، عام‌الوجود بودن و اینکه احتمال قدرت بایع بر پرداخت مصادیق کلی وجود داشته باشد، اگر مؤجل است، اجل آن تعیین شده باشد، جنس، وصف و مقدار آن کاملاً مشخص باشد و مانند آنها مال مثلی را تا حد زیادی مقید می‌سازد؛ به‌طوری‌که عقلاً نسبت به این نوع معامله رغبت نشان می‌دهند. به همین دلیل نیز پیامبر اسلام ﷺ عمل مردم مدینه را امضا نموده، شرایطی را

تعیین فرمودند، تا بیع را از حالت خطری و غرری خارج سازد (همان، ص ۲۲۰-۲۲۲ / کاشف الغطاء، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۶۸ / ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۴۳ / محقق کرکی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۷۹ / خمینی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷-۸).

چنان‌که گفته شد، جواز معاملات سلفی مؤجل کم‌کم شامل بیع سلفی حال شد و فروش دین نیز گردید. در یک صد سال اخیر در فقه شیعه عنوان عام دیگری تحت عنوان بیع کلی در ذمه نیز اضافه گردید. این بیع تمام شرایط بیع عین شخصی را دارد؛ منتها وجود خارجی مبیع در حین عقد لازم نیست؛ اما ذکر جنس، صفات و میزان مبیع و اجل آن باید تعیین شود؛ به طوری که آن را از حالت غرری و خطری خارج سازد. به نظر امام خمینی آنچه سبب مالیت و ارزش معاملاتی مال کلی است، خود مال کلی نیست، بلکه مالیت داشتن مصادیق موجود آن کلی - اگر معامله کلی حال باشد - یا مصادیقی که در آینده تحویل داده خواهد شد - اگر بیع کلی مؤجل باشد - می‌باشد. به نظر وی قدرت بایع در تحویل مبیع فروخته شده سبب می‌شود مردم مال کلی بر ذمه را مال بدانند و در مقابل آن پول پرداخت نمایند؛ درست مانند پشتوانه اسکناس که باعث رواج و ارزش مالی آن می‌شود. چگونه است که قدرت اقتصادی دولتی که اسکناس چاپ می‌کند، به مشتی کاغذ اعتبار می‌دهد، آیا جز سرایت قدرت اقتصادی و مشروعیت و اعتبار دولتی که آن رایج کرده است، چیز دیگری به آن ارزش می‌بخشد؟ - در اینکه پشتوانه اسکناس چیست، اختلاف است؛ ولی نظریه توان و قدرت اقتصادی برترین نظر پذیرفته شده می‌باشد و وجود طلا و جواهرات در خزاین دولتی یک نظریه قدیمی در این مسئله است - بنابراین از آنجاکه مشتری می‌داند امکان مراجعه او به فروشنده و مطالبه اجناس فروخته شده وجود خواهد داشت و او نیز دارای چنان اعتبار و قدرتی است که می‌تواند آنها را تحویل دهد، باعث شده مردم مبیع کلی را دارای ارزش معاملاتی بدانند؛ درست مانند اینکه یک متصدی حمل و نقل، کالای موجودی را ضمانت کند. چگونه است که مردم این ضمانت را کافی می‌دانند و اگر مال تلف شود و از بین برود، مال خود را تلف شده قلمداد نمی‌کنند؟ به بیان دیگر قدرت بایع به پرداخت مبیع در هنگام سررسید آن موجب شده است عقلاً عهده و ذمه او را معتبر بدانند و در مقابل کلی مستقر بر ذمه او پول پرداخت کنند.

اگر این مبنا را بپذیریم، اشکالات مطرح شده در مورد بیع کلی در ذمه و دین وارد نیست؛ زیرا اولاً مبیع کلی بر ذمه - چنان که اشاره شد - به اعتبار مصادیق موجود یا قابل تحقق آن نزد عقلا مال قلمداد می شود؛ ثانیاً صرف وجود یک ذمه معتبر برای تحقق بیع کافی است؛ زیرا قدرت اشخاص نسبت به تحویل کالا در سررسید آن موجب می شود شخص دارای سلطه لازم برای معامله باشد؛ زیرا بیع، مبادله مال با مال است و یک شخص دارای اعتبار و قدرت تحویل مصادیق کلی ذمه در سررسید، نزد عقلا صلاحیت و سلطه لازم برای انجام معامله را دارد (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، صص ۳۷۶-۳۷۷ و ۱۵۱-۱۵۲ و ج ۳، ص ۷-۸). به همین دلیل است که مردم حاضرند برای اینکه سال آینده ماشین را از شرکت سایپا تحویل گیرند، پول نقد بپردازند؛ ولی آنها به شرکت آذراب اراک در مقابل خرید ماشین پول نمی دهند و تعهد او را کافی نمی دانند؛ زیرا آن شرکت را دارای قدرت تحویل خودرو نمی دانند.

۱۰۵

شاید این پرسش مطرح شود که این، همان عقد عهدی است؛ زیرا آنچه ذکر شد، چیزی جز تعهد به تحویل نیست. در پاسخ می گوئیم در سیستم حقوقی اسلام برای رونق دادن به اقتصاد یک ظرف اعتباری خاص به نام ذمه در نظر گرفته شده است. ذمه در حقیقت چیزی جز قدرت و توان اشخاص نسبت به انجام التزام خودشان نیست؛ اما یک التزام ارزش معاملاتی دارد؛ زیرا فقیهان به درستی دریافته اند تعهد صرف غیر از تکلیف فرد نسبت به طرف معامله نیست و این تکلیف قابل خرید و فروش نمی باشد؛ زیرا تکلیف قانونی شخص تنها می تواند سبب الزام او را فراهم آورد؛ اما این الزام قابل معامله نیست؛ زیرا تکلیف و الزام چنان به هر فرد گره خورده است که قابل گسیختن نیست؛ به علاوه اگر فردی از انجام این تکلیف عاجز شد، به چه دلیل می توان به اموال او مراجعه کرد و معادل ثمن مبیع را از آن گرفت؟ به همین دلیل فقیهان در کنار ذمه، به طرفی به نام عهده نیز قائل شده اند. به نظر آنها در معاملات کلی مانند سلف و نسیئه و به طور کلی فروش کلی در ذمه آنچه ابتدا به وجود می آید، یک مال کلی مستقر بر ذمه می باشد. این مال فرضی است که به اعتبار مصادیق خارجی اش ارزش معاملاتی دارد و به همین دلیل امکان فروش دین و واگذاری آن به دیگری موجود است؛ اما در زمان سررسید علاوه بر اینکه ذمه شخص مشغول به پرداخت مال کلی است، عهده نیز

مشغول می‌گردد؛ زیرا عهده ظرف تکلیف و تسلیم عین شخصی است و در سررسید شخص علاوه بر اینکه مال کلی بر ذمه‌اش مستقر است، مکلف بر این می‌شود تا با تعیین مصادیق آن ذمه خود را بری نماید.

ممکن است ایراد شود که بیع سلف از جمله معامله کلی بر ذمه است و در مورد معامله آن سه فرض متصور است. فرض نخست معامله آن بعد از تاریخ سررسید و پس از قبض خریدار است که همه فقیهان قایل به صحت معامله آن هستند و بحثی در آن نیست. در فرض دوم که تاریخ دریافت رسیده باشد، ولی خریدار قبل از قبض آن را به ثالث واگذار کند، برخی معامله را مکروه، ولی جایز دانسته‌اند. اما در فرض سوم که اجل آن فرا نرسیده و قبض نیز صورت نگرفته است، بعضی قایل به عدم جواز به دلیل اجماع منقول شده‌اند. در پاسخ باید گفت این اجماع مورد قبول برخی دیگر قرار نگرفته و آنها فروش در این فرض را نیز جایز دانسته یا برخی دیگر معامله آن را در قالب عقد صلح مشروع دانسته‌اند و برخی از کارشناسان فقهی - اقتصادی با طرح فروش سلف موازی حتی با فرض وجود اجماع منقول راهکار برون‌رفت را ارائه کرده و اجرای خرید و فروش آنها در بورس را قانونی دانسته‌اند (موسویان، ۱۳۸۹، ص ۸۵-۱۱۶).

## ۷. نتیجه

اگر تعریف بیع را مبادله مال با مال بدانیم، قلمرو بیع به فروش منافع و حقوق هم سرایت می‌کند و فروش مال کلی بر ذمه و دین را هم در بر می‌گیرد؛ زیرا در نظر عقلا آنها هم مال قلمداد می‌شوند. به اعتبار قدرت بایع بر تحصیل و ایفای مصادیق کلی او دارای سلطه لازم برای انجام بیع می‌باشد و به اعتبار مصادیق موجود یا قابل وجود، کلی بر ذمه مالیت و ارزش معاملی هم دارد. اما بر اساس تعریفی که قانون مدنی پذیرفته است، نیز این مبنا قابل پذیرش است؛ زیرا عین در این تعریف - چنان‌که برخی فقیهان گفته‌اند - در مقابل حق و منفعت است یا مفهوم آن به معنای چیزی است که موجود است و یا در صورت تحقق خارجی موجود قابل اشاره است؛ بنابراین بیع شامل فروش غیر از منفعت و حقوق می‌باشد. از طرف دیگر مصادیق عین مالیت دارد؛ زیرا یا

مال موجود خارجی است، مانند عین شخصی و عین در حکم موجود- کلی در معین- یا کلی بر ذمه و یا دین است و- چنانکه گفته شد- عرف عقلا دو قسم اخیر را هم به اعتبار ارزش مصادیق خارجی شان مال می‌دانند و در مقابل آن پول پرداخت می‌کنند. افزون بر اینکه تملیک در این تعریف به معنای سلطنت بر انجام معامله و قدرت بر مالک‌کردن دیگری است و فروشنده مال کلی بر ذمه و دین چون قدرت ایفای مصادیق خارجی را دارد، دارای این نوع سلطه و سلطنت می‌باشد.



## منابع

۱. ابن ادريس حلی؛ السرائر؛ ج ۲، چ ۲، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۱ق.
۲. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، چ ۸، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
۳. بحر العلوم، سیدمحمد؛ بلغة الفقيه؛ ج ۴، تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشای قانون مدنی؛ ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹.
۵. خمینی، روح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۱ و ۳، چ ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
۶. خوانساری، محمدتقی؛ منية الطالب؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
۷. خوئی، ابوالقاسم؛ المستند فی شرح العروه؛ ج ۳۰ (اجاره)، قم: مؤسسه نشر آثار خوئی، ۱۴۲۲ق.
۸. —؛ مصباح الفقاهه؛ ج ۲، چ ۳، قم: وجدانی، ۱۳۷۱.
۹. روحانی، سیدمحمدصادق؛ فقه الصادق؛ ج ۱۵، چ ۳، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.
۱۰. سرخسی، شمس الدین؛ المبسوط؛ ج ۱۲، بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۰۶ق.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط؛ ج ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۸م.
۱۲. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۳. شیخ انصاری؛ مکاسب؛ تحقیق شیخ پایانی؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالحکمه، ۱۴۱۸ق.
۱۴. شیخ طوسی؛ المبسوط؛ ج ۲، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
۱۵. صفایی، سیدحسین؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
۱۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، چ ۴، بیروت: مؤسسه اعلمی، ۱۴۰۹ق.



۱۷. — حاشیه مکاسب؛ ج ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.
۱۸. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۸، چ ۱، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.
۱۹. علامه حلی؛ مختلف الشیعه؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۲۰. قنواتی، جلیل و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
۲۱. کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت؛ چ ۲، تهران: نشر دادگستر و نشر میزان، ۱۳۷۸.
۲۲. —؛ درس‌هایی از عقود معین؛ ج ۱، چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۲۳. —؛ عقود معین؛ ج ۱، چ ۶، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۴. —؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی؛ چ ۳، تهران: دادگستر، ۱۳۷۱.
۲۵. —؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۶. کاشف الغطاء، محمدحسین؛ تحریر المجلة؛ تهران: مکتبه النجاح و قم: مکتبه الفیروزآبادی، [بی تا].
۲۷. محقق بحرانی؛ حدائق الناضرة؛ ج ۱۹، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۸ق.
۲۸. محقق کرکی؛ جامع المقاصد؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۸ق.
۲۹. —؛ رسائل؛ ج ۱، چ ۱، قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی، ۱۴۰۹ق.
۳۰. موسویان، سیدعباس؛ اوراق سلف؛ ابزاری برای تأمین مالی پروژه‌های بالادستی صنعت نفت؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، ش ۳۹، پاییز ۱۳۸۹.
۳۱. نائینی، میرزا حسین؛ کتاب مکاسب و البیع؛ مقرر آملی؛ ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۲. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۲، چ ۷، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.
۳۳. وزارت اوقاف کویت؛ الموسوعة الفقهية؛ ج ۷، چ ۲، کویت: ذات السلاسل، ۱۹۸۷م.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی