

## بررسی تطبیقی بیع مال آینده در فقه اسلامی و حقوق ایران

سید محسن آرزو<sup>۱</sup> علی شیعیه علی<sup>۲</sup> فاطمه نعمتی<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران. (نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی واحد شیروان دانشگاه آزاد اسلامی، شیروان، ایران.

<sup>۳</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی موسسه آموزش عالی اشراق، بجنورد، ایران.

نویسنده مسئول: sm.aziz@hsu.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

### چکیده

امروزه با توجه به اینکه نیازهای جوامع بیشتر شده است، ناچار در عرصه حقوقی نیز نیاز به قالبهای حقوقی جدیدی غیر از عقود موجود در قانون داریم تا به این نیازها از نظر قانونی نیز پاسخ گفته باشیم. بیع مال آینده (یعنی بیعی که مبیع آن در هنگام انعقاد عقد موجود نیست و در آینده بوجود می آید) قالبی از بیع می باشد که در حال حاضر به خصوص با رواج پیش فروش آپارتمانها مورد کنکاش قرار گرفته است اما متاسفانه به علت اینکه در قانون نص صریحی راجع به این نوع از بیع نداریم در بین حقوقدانان و فقها، اختلافاتی در صحت یا عدم صحت آن مشاهده می شود که هر کدام نیز دلایل خاص خود را دارند. اما حقیقت این است که دلایلی که مخالفان صحت بیع مال آینده اعم از فقها و حقوقدانان می آورند، دلایل محکمی برای بطلان این بیع نیست و بنابراین، بنا به اصل صحت باید حکم به صحت این معامله نمود که لازمه این حکم، بررسی موضوعات متعدد می باشد. از جمله اینکه ماهیت این بیع چیست و چه اقسامی دارد؟ آیا مبیع عین معین را می توان به صورت بیع مال آینده مورد معامله قرار داد؟ رابطه بیع مال آینده با عقود چون بیع سلم، استصناع و کالی به کالی چیست؟

در این مقاله که به روش توصیفی و تحلیلی نگاشته شده است، نتیجه این شده که بیع مال آینده عیناً مطابق با هیچ کدام از عقود نیست بلکه عقدی مستقل است.

**کلیدواژه:** بیع، مال آینده، مبیع، انتقال مالکیت.

**مقدمه**

امروزه با توجه به تغییر نیازها و تحول وضعیت اقتصادی، ناگزیر، باید به دنبال راهکارهای نوین جهت بهبود وضعیت اقتصادی و پرکردن خلاء های قانونی جهت کمک به وضعیت موجود بود. یکی از عقود مهم و پرکاربرد در عرصه اقتصادی جوامع عقد بیع می باشد که در مواد ۳۳۰ تا ۳۹۵ قانون مدنی ایران ذکر شده است.

یکی از ارکان عقد بیع، مبیع و یکی از مهمترین آثار بیع، انتقال مالکیت می باشد که یک سوی آن انتقال مالکیت مبیع و از سوی دیگر انتقال مالکیت ثمن می باشد. با توجه به قانون مدنی ایران مبیع در عقد بیع ممکن است به سه گونه باشد: ۱- عین معین ۲- کلی در معین ۳- کلی فی الذمه.

علی الظاهر به خصوص در عین معین با توجه به ماده ۳۶۱ قانون مدنی مبیع در هنگام بیع باید موجود باشد و ظاهر این ماده راه را برای صحت بیعی که مبیع آن هنگام عقد موجود نیست بسته است. البته مبهم بودن این ماده تردید هایی را در زمینه ی ضرورت موجود بودن یا موجود نبودن مبیع در هنگام انعقاد بیع بوجود می آورد به خصوص اینکه در ماده ۳۴۸ که شرایط مبیع را در عقد بیع می شمارد ذکری از موجود بودن مبیع در هنگام عقد نشده است.

در این مقاله به بررسی این موضوع می پردازیم که بیع مالی که در آینده بوجود می آید صحیح است یا خیر؟ در این مسئله بین فقها و حقوقدانان کشورهای مختلف اختلاف نظر وجود دارد به طوری که عده ای با تمسک به قواعد حاکم بر این مسئله و وجود روایاتی آنرا باطل تلقی نموده و عده ای نیز با دلایلی انعقاد بیع مال آینده را در هر سه حالت صحیح می دانند. حال اگر با نظر گروه اول موافق باشیم و این نوع بیع را صحیح بدانیم، زمان انتقال مالکیت چه زمانی است و آثار آن در این مدت چه خواهد بود؟ آیا این نوع عقد تملیکی است یا عهده؟ عقد دینی می باشد یا عینی؟ بررسی این موضوعات و پاسخ به این سوالات اهمیت عملی نیز دارد، زیرا هر کدام از این عقود آثار و احکام مختص به خود را دارد.

بنابراین با توجه به اوصاف مذکور سعی داریم با نگاهی دقیق به قانون مدنی ایران، دکتترین و همین طور فقه اسلامی - که در واقع نقش مهمی در قانون گذاری ایران دارد - به بررسی دلایل مخالفین و موافقین بیع مال آینده پردازیم تا در نهایت به این نتیجه برسیم که آیا انعقاد چنین بیعی با توجه به قوانین و دلایلی فقهی موجود قابل پذیرش است یا خیر و در نهایت آثار و نتایج چنین بیعی چیست.

**تعریف بیع مال آینده**

در رابطه با تعریف مال آینده در قانون تعریفی ارائه نگشته و در بین حقوقدانان نیز با توجه به تردید در صحت چنین بیعی تعاریف زیادی ارائه نگشته اما در ادامه به برخی از آنها می پردازیم.

برخی حقوقدانان معتقدند، بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد اما با بیع تعهد می کند که بعدا آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۸۰/۱). به عنوان مثال کشاورزی تعهد می کند ۱۵ کیلو پرتغال سال جاری باغ معین خود را در برابر مبلغ معین به مشتری منتقل نماید. در این مثال به طور کلی در بیع مال آینده تاریخ تشخیص مبیع بعد از بیع است. مبیع در بیع مال آینده غالبا یا بعدا تولید و ساخته می شود یا مثل محصولات کشاورزی که در بالا مثال زده شد کشت و رشد و نمو می یابد.

برخی از حقوقدانان در یک تقسیم بندی از انواع اموال نام می برند که در یکی از بندها از مال آینده نام برده و می گویند در موردی که مالی به حکم عادت در آینده ایجاد می شود و زمینه این وجود در دید عرف ارزش دارد باید آن را مال یا در حکم مال دانست. پس مال آینده مالی است که عادتاً و بدون هر گونه آفات و اشکال موجود می شود (ولویون، بی تا: ۸۵).

پس اموال دو گونه اند: مسلم الحصول: مثل میوه سال آینده باغ که مال آینده است. محتمل الحصول: مال آینده نیستند و مال محسوب نمی شوند (همان: ۸۶).

به نظر تعریف اول جامعتر است و به بیع مال آینده نزدیک تر و مفهوم روشنتری از بیع مال آینده را منتقل می کند. اما در فقه تعریف خاصی از بیعی با عنوان بیع مال آینده نشده است اما عقود در فقه وجود دارد که شباهت هایی با این نوع بیع دارد که گاهی ممکن است این فرض را بوجود آورد که همان بیع مال آینده می باشد. برای همین در ادامه به معرفی و بررسی چند عقد می پردازیم که بیشترین شباهت را با بیع مال آینده دارد.

### عقود مشابه بیع مال آینده

در لغت استصناع از ماده ی «صنع» و به معنای ساختن می باشد (عجم، ۱۳۷۷: ۱۷۳۰/۲) که زمانی که در باب استفعال قرار می گیرد - استصناعا الشی - به معنای طلب ساختن چیزی از کسی خواهد بود (افرام بستانی، بی تا: ۵۹)، عقد استصناع را می توان اینگونه تعریف کرد: استصناع قراردادی است که در آن سازنده، تعهد می کند کالایی را برای سفارش دهنده بسازد و به وی تحویل دهد و طرف دیگر نیز باید عوض آن را بپردازد.

در این تعریف، آن که کالا را می سازد «صانع»، آنکه استصناع کالا را می دهد، «مستصنع» و کالای مورد ساخت را «مصنوع» می گویند.

### بیع سلم یا سلف

سلم در لغت به معنای پیش پرداخت، قبول کردن، اطاعت نمودن آمده است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۱۰۹۱/۲). در تحریرالوسیله در تعریف بیع سلم اینگونه آورده شده: «سلم خریدن کلی مدت دار در مقابل ثمن نقد است» عکس نسبه (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۱۷/۱). بنابراین بیع سلم که مترادف بیع سلف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۷۸)، بیعی است که در آن ثمن نقداً و در هنگام انعقاد بیع پرداخت می شود و مبیع آن مؤجل و کلی فی الذمه است. در عرف به این نوع بیع پیش خرید یا پیش فروش می گویند (طاهری، ۱۳۸۹: ۴۲/۴).

در بیع سلم شروطی باید رعایت شود که در زیر به آن ها اشاره می شود.

۱- در عقد بیع سلم شرط است که ثمن معلوم باشد و در هنگام انعقاد معامله نقداً پرداخت شود. اما در قانون مدنی به لزوم دادن ثمن در هنگام انعقاد بیع اشاره ای نشده است. بنابراین دادن ثمن در هنگام عقد شرط صحت این بیع نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۴/۱).

۲- مبیع (مسلم فیه) نیز باید معلوم باشد. یعنی جنس، نوع، وصف و اندازه ی آن معلوم باشد. هم چنین مکانی که قرار است مسلم فیه در آن جا پرداخت شود باید معین شده باشد.

### بیع کالی به کالی

برای اینکه بیعی کالی به کالی باشد دو شرط لازم است: اولاً همه فقها اتفاق نظر دارند که باید ثمن و مبیع موجد باشد ثانیاً باید مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه باشند که این شرط از لوازم شرط اول است یعنی موجد بودن مبیع و ثمن زمانی امکان پذیر است که هر دو کلی فی الذمه باشند چون اگر عوضین عین معین باشند در خارج موجودند و با انعقاد بیع مالکیت آنها به طرف مقابل منتقل می شود و چیزی در ذمه طرف دیگر وجود ندارد تعهد به تسلیم مبیع یا ثمن در این فرض تعهد به انجام فعل و نوعی تکلیف است نه دین و بر ذمه تعلق نمی گیرد ضمن اینکه این تعهد یک امر تبعی است و خارج از تعهد اصلی ناشی از بیع است به همین دلیل است که در بیع سلم که مبیع موجد و ثمن حال است کلی فی الذمه بودن مبیع شرط صحت دانسته شده است (خویی، ۱۳۶۸: ۵۴۴/۳).

### مقایسه عقود مشابه با بیع مال آینده

۱- **مقایسه بیع مال آینده با بیع سلم:** با عنایت به تعریف بیع سلم به تعهد فروشنده به تهیه کالای مورد نظر (کلی) مطابق با اوصاف مذکور در قرارداد و تحویل آن به خریدار در ازای دریافت نقدی ثمن، علاوه بر تمایز این عقد از حیث موضوع به دلیل کلی بودن آن، تفاوت‌های دیگری نیز بین این نوع بیع با بیع مال آینده به چشم می خورد که می توان به نقد بودن ثمن و لزوم قبض فی المجلس آن (با فرض قبول تفسیر خاص از ماده ۳۱۴ قانون مدنی) اشاره نمود بنابراین سه تفاوت عمده بین بیع سلم و بیع مال آینده موجود است.

۲- **مقایسه بیع مال آینده با استصناع:** با تعریف عقد استصناع به تعهد صانع برای ساخت کالا برای مستصنع میتوان تفاوت‌هایی بین این نوع عقد با بیع مال آینده قایل شد. اگر کالای مورد بحث کالای موجود (قسمتی از آن) مثل آپارتمان در حال ساخت باشد به نظر می رسد با بیع مال موجود مواجه هستیم اگر کالای مورد نظر بین طرفین به صورت کلی مشخص شده است با بیع کلی روبرو می شویم و اگر کالای اختصاصی غیر موجود موضوع معامله قرار گیرد به نظر بیع مال آینده انطباق با موضوع پیدا می کند. البته تمامی اینها در صورتی است که اراده طرفین بر بیع مال تعلق گیرد و اگر اراده بر تعهد بر بیع صورت گرفته باشد صور فوق منتفی بوده و ماهیت قرارداد خارج از بیع بررسی می شود.

۳- **مقایسه بیع مال آینده با بیع کالی به کالی:** در این نوع بیع همانطور که در بالا اشاره شد همه فقها اتفاق نظر دارند که باید ثمن و مبیع موجد باشد ثانیاً باید مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه باشند که این شرط از لوازم شرط اول است یعنی موجد بودن مبیع و ثمن زمانی امکان پذیر است که هر دو کلی فی الذمه باشند چون اگر عوضین عین معین باشند در خارج موجودند و با انعقاد بیع مالکیت آنها به طرف مقابل منتقل می شود و چیزی در ذمه طرف دیگر وجود ندارد. درحالی که در بیع مال آینده لزومی به این شرایط وجود ندارد. پس نتیجه ای که حاصل می شود این است که بیع مال آینده عیناً با هیچ کدام از عقود نامبرده شده یکی نیست و ممکن است برخی از آنها در شرایط خاصی با بیع مال آینده رابطه عموم خصوص من وجه پیدا کنند.

### اقسام بیع مال آینده

#### عین شخصی یا معین

بیع عین معین (خرید و فروش مال موجود که قابلیت رؤیت و لمس دارد) یکی از انواع بیع و مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانون‌گذار تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله اول آن را مد نظر داشته است. مقنن در ماده مذکور بیع را عبارت از تملیک عین

به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده ۳۶۱ قانون مدنی «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». بدیهی است در قرارداد هایی که مال در آینده بوجود می آید، همچون پیش فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مبنا و مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود این نکته ساده ترین دلیل حقوق دانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. «شهبیدی» بیع خانه ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع در چنین معامله ای چنین استدلال می کند: موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند این که مورد معامله، خانه ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنین رهن مال غیر موجود صحیح نیست، زیرا ظاهر ماده ۷۷۴ ق. م، که مقرر می دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده ۸۴۲ ق. م، وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است (شهبیدی، ۱۳۸۴: ۳۰۹/۱).

اما در مقابل «دکتر کاتوزیان» در خصوص موجود نبودن مبیع بین حالتی که طرفین تصور می کرده اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می دانند که مبیع وجود ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، تفاوت قائل شده است. این تحلیل تفاوت موردی را که دو طرف می خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می سازد.

۱- در مورد نخست چون حق قائم به معدوم نمی شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می ماند. زیرا بنابه فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است، برای مثال اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است، پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم سوخته و اسب مرده است، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حمله ای را که حیوان پیدا می کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه ای می سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه رو نمی شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می گیرد که مبیع موجود باشد (شهبیدی، ۱۳۹۰: ۳۰۹/۱). اشکالی که بر این نظر وارد می کنند، این است که در حالتی که مبیع موجود نباشد چگونه می توان عقدی را منعقد کرد و تملیکی را انجام داد. در پاسخ به این ایراد می توان گفت که عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکان پذیر نیست اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی توان محدود و مقید به زمان واحدی نمود. پس امکان دارد عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک

براساس توافق طرفین و به استناد اراده طرفین در زمانی دیگر تحقق یابد و این در امور اعتباری غیرمنطقی نیست و به این دلیل قانون مدنی ما در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته و آن را عقدی صحیح دانسته است.

اما اگر مال آینده به صورت عین شخصی باشد به محض بوجود آمدن مختص آن معامله می شود و به عبارتی همین که مبیع در قالب یک عین شخصی و معین وجود یافت به ملکیت مشتری در می آید و قابل تخصیص به اشخاص دیگر نیست زیرا همین که مبیع آینده تعیین و تشخیص یافت مالکیتش به مشتری منتقل می شود.

موضوع این نوع بیع اغلب در غالب محصولات کشاورزی و یا مصنوعات بشری شامل اموال منقول و غیر منقول می باشد.

در خصوص محصولات کشاورزی با استقراء در نظریات فقهاء و صاحب نظران درمی یابیم که گاه بحث از فروش محصولات کشاورزی در قالب بیع مال آینده معطوف به حالتی است که فروشنده محصول مزرعه یا باغ خاصی را می فروشد. نتیجتاً محصول، مختص آن بیع و آن خریدار خواهد بود. البته در این مورد نیز دو حالت متصور است. حالت اول این است که هنوز اثری در محصول یا باغ خاص ظاهر نشده و به اصطلاح فقها هنوز بدو صلاح محقق نگردیده است و در این حالت بیع نسبت به محصولات مزرعه یا باغ صورت میگیرد که در فقه از آن تحت عنوان بیع اثمار (بیع میوه) بحث شده است. در خصوص مصنوعات بشری نیز گاه با توجه به سفارش خاص خریدار کالایی صرفاً و منحصرأ برای آن مشتری ساخته می شود. از طرفی این مصنوعات ممکن است منقول باشد که در فقه اسلامی از آن تحت عنوان استصناع نامبرده شده است یا غیر منقول همانند پیش فروش آپارتمان (پیر هادی، ۱۳۸۶: ۲۷).

بنابراین در عین معین لزوماً مبیع نباید به هنگام عقد تعیین خارجی و عینی داشته باشد بلکه وجود اعتباری نیز کفایت می کند و عینی را که در زمان عقد وجود خارجی ندارد اما متعاقب انعقاد عقد در موعد معین به وجود خواهد آمد و عرف و بنای عقلا نیز بر وجود حتمی آن در آینده تعیین دارند را باید عین معین تلقی کرد.

### بیع مال آینده به صورت کلی فی الذمه

یکی از اقسام بیع مال آینده بیعی است که مبیع آن به صورت کلی فی الذمه باشد. در بیع کلی فی الذمه عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد بیع اشکال و ایرادی را بر عقد وارد نمی سازد و فروشنده مکلف است مبیع را در موعد مقرر مطابق اوصاف مورد توافق تسلیم نماید. فروشنده می تواند از مبیع موجود تحویل دهد یا از دیگری تهیه کند و تحویل دهد یا اینکه خود آن را بسازد و تحویل دهد. در واقع تعهد فروشنده از نوع تعهد به نتیجه است و راه نیل به هدف اهمیتی ندارد.

در این نوع بیع برخلاف بیع عین معین، کالا مورد سفارش به صورت انبوه تولید می شود لیکن به محض تولید به ملکیت خریدار در نمی آید. زیرا مبیع بلافاصله پس از تولید تعیین نمی یابد بلکه باید متعاقب تولید و طی عمل جداگانه ای مصداق کالای سفارش داده شده جهت ساخت از انبوه کالاهای تولیدی مجزا شده تا مالکیت آن به مشتری منتقل شود به عنوان مثال کارخانه سایپا سفارش دو هزار کامیونت را از یک نوع و یک مدل دریافت می کند در این فرض کارخانه دو هزار کامیونت در انبار خود ندارد بلکه متعاقب دریافت سفارش شروع به تولید کامیونت های مذکور

می نماید. اما آنچه مسلم است این است که بلافاصله پس از ساخت و تولید آمبولانس های موصوف مالکیت آنها به سفارش دهندگان منتقل نمی شود بلکه تعیین آن برای هر یک از مشتری ها لازم می باشد تا مالکیت به مشتری منتقل شود.

### اعتبار بیع مال آینده

یکی از دلایلی که باعث شده تا عده ای فقها و حقوقدانان اعتقاد به بطلان چنین بیعی داشته باشند وجود روایاتی است که از فروش میوه یک ساله قبل از ظهور منع می کند که این روایات که تعداد آن نیز کم نمی باشد باعث شده حتی عده ای از فقها بر بطلان چنین بیعی ادعای اجماع کنند. همچنین وجود حدیثی همچون «لا تبع ما لیس عندک» در فقه اهل سنت باعث شده تا آنها نیز معتقد به بطلان بیع مال آینده شوند. (کریمی، و شعبانی کندسری، ۱۳۷۹: ۱۰۵).

اما در مقابل عده ای فقها و حقوقدانان معتقدند این احادیث دلالت بر تحریم ندارند حتی وجود برخی روایات پیش فروش مبیع را صحیح دانسته اند (امینی، بی تا: ۴۱).

همچنین روایت «لاتبع ما لیس عندک» که به آن اشاره شد نه تنها در تفسیر آن بین علمای اهل سنت و همچنین میان فقهای شیعه اختلاف فراوان وجود دارد بلکه در منابع روایی شیعه احادیث زیادی وجود دارد که معامله نسبت به مالی که نزد بایع نیست را مجاز شناخته اند (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۴۶-۵۳).

اما نکته قابل توجهی که در مورد این حدیث وجود دارد این است که این حدیث اعم از مدعاست بنابراین قابل استناد برای بطلان این نوع بیع نمی باشد چرا که شامل مبیع موجودی که در حال حاضر نزد فروشنده نیست هم می شود. در حالیکه در صحت و عدم بطلان چنین بیعی کسی ذره ای تردید ندارد و حتی فقهای امامیه بر صحت آن ادعای اجماع کرده اند. بنابراین این دلیل نمی تواند دلیل محکمی برای بطلان بیع مال آینده باشد.

دلیل دیگر وجود ماده ۳۶۱ ق. م می باشد که ظاهراً نشان از این دارد که مبیع به خصوص در مواردی که عین معین می باشد که در ماده نیز به این نوع مبیع اشاره شده باید هنگام عقد موجود باشد چه اینکه هنوز به وجود نیامده یا اینکه بوجود آمده اما از بین رفته است. بنابراین طبق این ماده مال غیر موجود را نمی توان انتقال داد (شهیدی، ۱۳۸۴، ۳۰۸/۱-۳۰۹).

همچنین اگر سیره عقلا را در نظر بگیریم اینکه بخواهیم مال غیر موجودی را که در آینده قرار است بوجود بیاید مورد معامله و بیع قرار دهیم که در بوجود آمدن آن شک و تردید وجود دارد شاید خلاف سیره عقلا باشد زیرا عقل ایجاب می کند خریدار در مقابل پولی که می دهد مبیعی تحویل بگیرد که موجود باشد و بلافاصله بعد از وقوع عقد امکان انتقال و استیفاء و انتفاع کامل از مبیع را داشته باشد بنابراین دور از ذهن نیست که این نوع بیع از نظر سیره عقلا باطل باشد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ۴۸/۲).

نقد دلیل قانونی: اگر بخواهیم ماده ۳۶۱ ق. م را تفسیر کنیم باید بین ۲ فرض تفاوت قائل باشیم: فرض اول اینکه طرفین معامله می خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند. فرض دوم اینکه طرفین قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم کنند. در

فرض اول حق قائم به معدوم می شود در واقع مالی وجود ندارد که طرفین بر آن تراضی نمایند و موضوع انتقال قرار گیرد بنابراین نتیجه ای در بر نخواهد داشت.

اما در فرض دوم خریدار و فروشنده سبب را طوری می سازند که تملیک بعد از وجود انجام می پذیرد بنابراین عقد نافذ می شود چراکه حق مالکیت خریدار بر مبیع بعد از ایجاد آن منتقل می شود و در واقع این حق مثل مورد قبل بر چیزی که وجود ندارد استوار نیست. در اینجا ممکن است گفته شود سبب از مسبب جداست و این ایجاد مشکل می کند اما باید گفت جدایی سبب

از مسبب خللی وارد نمی آورد چراکه در امور اعتباری چگونگی زمان و شرایط تاثیر سبب در اختیار سازنده آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۷۵/۱). اگر به ظاهر ماده ۳۶۱ هم نگاه کنیم عبارت «معلوم شود که مبیع وجود نداشته» نشان از این دارد که طرفین فرض دوم را در نظر گرفته اند. بنابراین هرگاه معلوم شود که بنای طرفین بر مال موحود نباشد چنین بیع عین معینی مضمول ماده نیست.

دلیل اصلی که ماده ۳۶۱ آن را باعث بطلان بیع شمرده است فقدان موضوع است. پر واضح است بیعی که فاقد موضوع باشد باطل است اما در بیع مال آینده ما با بیعی مواجه هستیم که موضوع دارد و آن مالی است که باید در آینده بوجود آید و قصد طرفین نیز بوجود آمدن مبیع در آینده است پس وقوع بیع نیز مطابق با قصد طرفین است پس دلیلی برای بطلان باقی نمی ماند.

دلایل دیگری که طرفداران بطلان بیع مال آینده از آن نام می برند یکی منع تملیک معدوم و دلیل دیگر غری بودن معامله به مال آینده.

**منع تملیک معدوم:** همانطور که قبلا ذکر شد عده ای از فقها و حقوقدانان معتقدند که یکی از شرایط اساسی بیع موجود بودن مبیع هنگام عقد می باشد بنابراین هنگامی که مبیع در هنگام عقد وجود ندارد و از آنجایی که عقد بیع عقدی تملیکی است بنابراین موضوعی برای وقوع عقد بیع و تملیک مبیع وجود ندارد، هر آنچه موجود نیست مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست تملیک آن غیر ممکن است لامتناع تملیک ما لیس بمملوک (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۴۰۶/۲).

**نقد دلیل عدم اعتبار معدوم:** نکته قابل توجهی که در این مورد وجود دارد این است که آیا وجود موضوع قرارداد جزو شرایط صحت و قاعده عمومی قراردادها می باشد. با بررسی منابع مختلف، نه تنها در هیچ روایتی یا قانونی موجود بودن مورد معامله شرط صحت قرارداد تلقی نشده بلکه در هیچ حدیث یا قانونی نیز به طور عام از فروش معدوم نهی نشده است. در وضعیت جوامع کنونی نیز استفاده از عقود همچون استصناع برای ساخت کالاهای مختلف و پیش فروش آپارتمانها که هر دو در واقع بیع مال آینده محسوب می شوند پیدا کرده است خود نشانگر این مسئله است که وجود موضوع معامله شرط صحت بیع نمی باشد. همچنین در مورد انتقال فوری مالکیت باید گفت با وجود مواردی همچون تعلیق عقد تاخیر در انتقال مالکیت ممکن است ضمن انعقاد عقد و انتقال مالکیت فاصله اندازد در می یابیم انتقال مالکیت در زمان عقد مقتضای عقود تملیکی نیست. بنابراین در عقود تملیکی لزوما انتقال مالکیت با انعقاد عقد بیع صورت نمی گیرد. در واقع می توان گفت

مالکیت از نظر فوریت و عدم فوریت لا به شرط است. در اموال آینده هم عقد صورت می گیرد و هنگامی که مال به وجود آمد مالکیت هم به طور خود به خود منتقل می شود در واقع مالکیت زمانی منتقل خواهد شد که مال به وجود آمده باشد. و این مسئله نیز مورد خواست طرفین است و با مقتضای عقود ناقل ملکیت مغایرتی ندارد.



مالکیت به عنوان معلول و عقد به عنوان علت می باشد که زمانی منتقل می شود که علت آن یعنی عقد کامل شده باشد و این کامل شدن نیز همان به وجود آمدن مبیع در آینده می باشد. این مسئله یعنی ایجاد مالکیت بعد از ایجاد مال در آینده نیز مورد تصریح برخی فقهای امامیه قرار گرفته است (نجفی، بی تا، ۳۶۴).

**غرری بودن:** و اما در مورد غرری بودن این نوع بیع با توجه به حدیث نبوی که از بیع غرری نهی شده است عده ای آنرا از مصادیق این حدیث می دانند و غرری بودن آن به علت وجود همان شک و تردیدی است که در حصول مبیع وجود دارد

**غرری بودن بیع هم در بین علما و فقها و حقوقدانان مختلف مورد اختلاف است که چه نوع بیعی غرری می باشد عده ای بیعی را غرری می دانند که مبیع مجهول باشد (حلی، ۱۴۱۱: ۳۲۲/۲). عده ای جهل به اوصاف مبیع را مشمول غرر می دانند (ایروانی، ۱۳۲۷: ۴۱/۲).**

عده ای قراردادی را غرری می دانند که شخص یا مال او در معرض خطر هلاکت باشد (حسینی عاملی، ۱۳۱۹: ۳۲۷/۱۳). البته در همه این موارد پر واضح است غرری باعث بطلان است که عرفا قابل مسامحه نباشد در غیر این صورت باعث بطلان نمی شود.

### ماهیت بیع مال آینده

#### عهدی یا تملیکی بودن بیع مال آینده و آثار آن

در خصوص موضوع بحث یعنی بیع مال آینده که مال در زمان انعقاد عقد موجود نمی باشد برقراری رابطه بین معدوم و شخص خریدار از حیث منطقی صحیح به نظر نمی رسد هر چند در مقام اجتهاد در برابر نصوص موجود می توان قابلیت عینیت و مالیت موضوع معامله را به عنوان طرف رابطه عینی تصور نمود ولی آنچه در قرارداد منعکس می شود و اراده طرفین بر آن تعلق می گیرد نه آن قابلیت، بلکه خود مال است بنابراین اصل اولی در مقام بررسی موضوع بحث عهدی بودن معامله موصوف به نظر می رسد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۶۴).

از طرف دیگر استقرا در مقررات و قواعد عقود معین تصور دیگری نیز از عقد تملیکی به دست می دهد: در عقد اجاره به عنوان یک عقد تملیکی منافعی که موجود نیست به تملک مستاجر در می آید به نحوی که با ایجاد ذره ذره منافع در طول زمان، این منافع در ملکیت مستاجر است. بنابراین قول به این که عقد تملیکی سبب تملیک مال آینده قرار می گیرد و تحقق تملیک منوط به وجود آن مال می شود وجاهت منطقی و قانونی پیدا می کند. با اخذ ملاک واحد می توان در مورد بیع مال آینده نیز قایل به تملیکی بودن عقد موصوف گردید.

با لحاظ آنچه بیان گردید و اولویت تعریف بر موارد نقض می توان به تاسیس اصل پرداخت و موارد خروج از اصل را به عنوان استثناء به قدر متیقن محدود نمود با این توضیح که اصل اولی عبارت از عهدی بودن بیع مال آینده است و تملیکی بودن آن با اخذ ملاک از موارد استثنا نیاز به انطباق دارد (همانجا).

در مورد پیش فروش آپارتمان با توجه به اینکه پیش خریدار می تواند نسبت به عوضی که پرداخت می کند مالک ملک مورد معامله گردد و قانونگذار تملیک تدریجی آپارتمان در حال ساخت را تایید نموده است به نظر تملیکی بودن عقد (ولی تملیک در زمانی غیر از زمان انعقاد عقد و منوط به ایجاد عین و پرداخت عوض) بر عهدی بودن آن مقدم است و می توان چنین معامله ای را یک عقد تملیکی نامید. البته در مقایسه با

عقد اجاره می‌توان لزوم پرداخت عوض برای تملک تدریجی ملک را مورد مناقشه قرارداد ولی در ماهیت قضیه یعنی تملک تدریجی تاثیر گذار نیست (حاتمی و ذاکرنیا، ۱۳۸۹: ۷۱-۹۴).

با مقایسه فوق نکته ای که به دست می آید این است که تملیک تدریجی در عقد تملیکی قابل تصور است و نه در عقد عهده و دلیل آن رابطه مستقیم و بلا واسطه خریدار بر مال می باشد که با عقد تملیکی هم خوانی دارد.

بنابراین در این مورد نیز تملیک در زمانی غیر از زمان معامله و به تدریج حاصل می شود. نکته قابل تامل دیگر در این مقایسه این است که هر دو مورد خروج از اصل، مالی که در آینده ایجاد می شود تابع و فرع بر مالی است که موجود می باشد. در عقد اجاره منفعتی که در آینده ایجاد خواهد شد وابستگی تام به عینی دارد که است و در پیش فروش ساختمان نیز بدواً زمینی وجود دارد که بنا، وابستگی تام به آن دارد و موجودیت بنا نیازمند آن است. این همان نقطه اتصال موضوعات معامله فوق به بحث مثلی و قیمی بودن موضوع معامله می باشد که محل اختلاف در کلی یا عین معین بودن مورد معامله است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۵۶).

نتیجه آنکه اگر بیع مال آینده را یک عقد تملیکی تصور کنیم، تملک تدریجی مبیع در حین ایجاد، در برابر عوض یا بدون آن می تواند ایجاد شود. البته در مواردی که مبیع در حال ایجاد، بستگی به عین موجودی دارد که بدون آن تصور نمی شود، ولی اگر این عقد را عهده بدانیم به نظر می رسد نمی توان به تملک تدریجی آن حکم نمود و در هر حال بعد از تعیین و تشخیص مبیع توسط شخص فروشنده، تصور رابطه مالکیت برای خریدار متصور می باشد.

بنابراین وجود رابطه مالکیت در این بیع قابل انکار نیست و انتقال مالکیت یکی از مباحث مهم این بیع می باشد.

## زمان و نحوه ی انتقال مالکیت

### زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت عین معین

به نظر برخی انتقال مالکیت در بیع مال آینده در حقوق ایران از تاریخ تشخیص بیع خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۸/۱-۵). در فروش آینده محصولات کشاورزی و اثمار در مورد انتقال مالکیت آن باید دو حالت را در نظر گرفت: حالت اول: در مواردی که مبیع ثمره ی بعد از ظهور یا همان بدو صلاح باشد. با اینکه تا زمان رسیدن به کمال هم لازم است زمان متعارف متناسب با نوع مبیع بگذرد اما در مورد مالکیت آن با توجه به اینکه مبیع موضوع و محلی خارجی دارد و صورت نوعیه و اولیه آن به وجود آمده است و رابطه سلطه و قدرت خریدار بر شیء خارجی متصور است می توان گفت با توجه به تملیکی بودن عقد بیع در فقه امامیه و همین طور قانون مدنی انتقال مالکیت همزمان (حتی در معنی ایجاد حق عینی) با عقد صورت می گیرد (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۶۵).

اما در حالت دوم یعنی قبل از بدو صلاح یا حاصل نما شدن مالکیت به معنی ایجاد حق عینی قابل انتقال نیست و اگر عقد بیع را در این حالت صحیح و تملیکی تلقی کنیم باید معنی اعم مالکیت را که سلطه و مالکیت بر قابلیت خاصی از مال متعلق به فروشنده است در نظر بگیریم. به عبارت دیگر سلطه و مالکیت بر مبیع به تبع سلطه بر بوته درخت مزرعه یا باغ خاصی است و با این قید که از بوته یا درخت مزرعه یا باغ خاصی فراهم بشود مطرح است و حق دینی بر مبیع بعد از ظهور و بدو صلاح قابل تصور خواهد بود (همانجا).

از طرفی در بیع مال آینده مبیع گاهی صرفاً برای خریدار ساخته می شود در واقع عینی است که سفارش شده و مختص به یک خریدار است. تسلیم و تسلیم نقشی در انتقال مالکیت ندارد. در این بیع، مبیع با اتمام ساخت مشخص و تعیین شده است و مالکیت در این حالت نسبت به کل مبیع در لحظه اتمام ساخت منتقل می شود:

اما گاهی مبیع لحظه به لحظه تکمیل می شود به عنوان مثال صنعتگری کالایی تولید می کند که قطعات یک به یک به یکدیگر نصب می شود تا نهایتاً کاملاً تکمیل شود. سوالی که در اینجا پیش می آید این است که آیا با تهیه و نصب هر قطعه مالکیت آن به خریدار منتقل می شود. در اینجا ممکن است دو حالت پیش آید اگر طرفین به این امر تصریح کرده باشند انتقال مالکیت با تهیه یا نصب هر قطعه بلاشکال خواهد بود، اما اگر تصریح نکرده باشند، محل تأمل است. از طرفی می توان گفت آخرین جزء ویژگی خاص یا تفاوتی با سایر اجزاء مبیع ندارد که در یک آن، باعث انتقال مالکیت بقیه اجزاء گردد. از طرفی ممکن است گفته شود که تا آخرین جزء مبیع تهیه و به آن اضافه نشود، صدق عنوان مبیع را در اختیار نداریم که ناشی از کل اجزاء آن است.

با دقت در این مسئله و با توجه به قصد ضمنی طرفین در سفارش عین منحصر به خریدار، می توان هر جزئی از مبیع که تهیه یا تعبیه می شود، به قصد تعلق به بیع و تملیک آن به خریدار تهیه و ضمیمه می شود و خریدار هم همین قصد ضمنی را دارد. پس انتقال مالکیت صورت می گیرد اما این انتقال مالکیت نمی تواند مانع کار و ساخت شود، گویا در پایان کار فروشنده اختیار و تصرف و ساخت و تکمیل کردن مبیع را دارد و خریدار حق ایجاد ممانعت ندارد. بنابراین با نصب هر قطعه، آن قطعه به عنوان جزئی از مبیع معین می شود و چون مبیع منحصر و مختص مشتری است به خریدار هم اختصاص می یابد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۶۷).

در اینجا دو نظر متفاوت در باب زمان انتقال مالکیت وجود دارد: اول اینکه با توجه به تعریف مالکیت به رابطه بین شخص و مال از طرفی و اراده شخص بر تملک مال با تمام ویژگیهای آن، عده ای قایل به مالکیت خریدار بر مبیع در زمان تشخیص کامل مال و انطباق با موضوع مورد اراده طرفین می باشند. بنا بر این نظر، زمانی خریدار مالک مال مورد معامله می شود که مال اوصاف فوق را داشته باشد.

نظر دوم نیز با تأکید بر رابطه مالکیت و تعریف آن به رابطه شخص و مال از طرفی و تعیین مال موضوع معامله به اجزا در طول زمان قایل به ایجاد مالکیت تدریجی در طی مراحل تکمیل مال می باشند بنا بر این نظر با تکمیل هر یک از مراحل ایجاد مبیع خریدار مالک آن قسمت شده و نسبت به مابقی نیز اینکه حق عینی یا دینی داشته باشد محل سوال است ولی آنچه به نظر صحیح می رسد ایجاد یک حق دینی است چرا که رابطه با معدوم صحیح به نظر نمی رسد. البته در موارد خاص مثل پیش فروش آپارتمان به نظر میرسد به تبع موجود (زمین محل ساخت) می توان رابطه با معدوم را پذیرفت.

برخی دیگر در بیع مال آینده و انتقال مالکیت، قصد طرفین را لحاظ می کنند یعنی معتقدند این طرفین هستند که مثلاً در محصولات کشاورزی محصولی که با بدو صلاح یا انعقاد آن وجود یافته به خریدار منتقل بشود یا توافق به انتقال مالکیت پس از درو و جمع کردن محصولات باشد. اگر طرفین سکوت کنند در زمان انتقال مالکیت باشد ملاک وقت درو جمع کردن محصول است (همانجا).

عده ای معتقدند بر خلاف آنچه قانونگذار ایران در بند یک ماده ۳۶۲ وانمود کرده است، در همه اقسام بیع لزوماً مالکیت همزمان با بیع منتقل نمی شود. (به عنوان مثال در بیع آپارتمان ساخته نشده انتقال مالکیت همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می گیرد) و تشخیص مبیع همیشه به یک شکل نیست و همچنین تملیک تدریجی در قالب شرط در حقوق ما می تواند نافذ باشد و اگر تعلیق تملک، ساخته شدن آپارتمان پذیرفته شود دلیلی وجود ندارد که آن را در ساخته شدن بخشی از آپارتمان های ساخته شده و نیمه ساخت نیز به همان شکل نپذیریم (همانجا).

به تعبیر دیگر فرض موجه در انتقال مالکیت آپارتمانی که در آینده ساخته می شود آن است که دو طرف سبب را به گونه ای می سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد از این رو حق مالکیت پس از ایجاب، انتقال می یابد و تملیک زمانی صورت می گیرد که مبیع موجود است. مبیع چیزی میان معین و کلی است منتها با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن موثر می شود و خود به خود به خریدار تعلیق می یابد. بر این اساس پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به ملکیت خریدار در می آید و او می تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده استناد کند (ولویون، بی تا: ۲۷۵ و ۲۷۷).

در بیع آینده غیر منقول (آپارتمان) ساخته نشده به نظر می رسد در زمان معامله، فروشنده زمین یا حداقل فضای ایجاد اعیانی را مالک است و سلطه و مالکیت ایجاد اعیانی را در زمین معین دارد و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود و به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می گیرد. خریدار با بیع، سلطه و مالکیت و حق عینی نسبت

به فضای واحد آپارتمانی مورد معامله و عرصه آن به قدر السهم واحد خودش را کسب می کند و با توجه به اینکه واحد آپارتمان مختص او ایجاد می شود با ساخت هر جزء از واحد مورد معامله، حق عینی نسبت به آن جزء هم برای خریدار ایجاد می گردد (پیروزی، ۱۳۸۷: ۶۵). به طور واضح تر می توان این گونه بیان کرد که در این نوع بیع، مشتری در زمان انعقاد عقد مالکیتی نسبت به چیزی ندارد، بلکه به محض اتمام ساخت و تولیدات است که مالکیت آن کالا به وی منتقل می شود. در این حالت به علت وجود مانع مادی (که همان عدم وجود مبیع است) انتقال مالکیت به مجرد عقد محقق نمی شود، بلکه به محض عینیت یافتن این مبیع این مانع مرتفع شده و انتقال مالکیت که اثر اصلی عقد است محقق می گردد. در این نوع از بیع مال آینده، یک نوع تعلیق در یک عقد تملیکی داریم. یعنی این نوع از عقود نیز از اقسام عقود تملیکی است که اثر آن (یعنی انتقال مالکیت مبیع) منوط به ایجاد و تولید نهایی مبیع (معلق علیه) و انتقال مالکیت در این حالت تا زمان تحقق و حصول معلق علیه به تأخیر خواهد افتاد، بدون آنکه نیاز به اقدام دیگر مثلاً تسلیم یا جدا سازی (افراز) باشد (همانجا).

تفاوت این نوع تعلیق با عقود معلقی که با توافق و تراضی محقق و اثر عقد را منوط و مشروط به تحقق امری در عالم خارج نمایند، در این است که این تعلیق ناشی از اراده طرفین نیست، بلکه به علت عدم وجود مبیع (که مانعی محسوب می شود) می باشد که به محض وجود و اتمام ساخت، مالکیت بدون نیاز به تسلیم و افراز قابل انتقال است.

به نظر می رسد نظریه اخیر صحیح تر باشد زیرا که با حقیقت قابل انطباق تر است: با توجه به اینکه مبیع در بیع مال آینده موجود نیست و در آینده قرار است بوجود آید، این عدم وجود مبیع، مانعی است که انتقال مالکیت همزمان با انعقاد بیع را دچار خدشه می کند، اما به محض برطرف

شدن مانع، دیگر اشکالی جهت انتقال مالکیت مبیع وجود ندارد. زیرا همانطور که از قوانین و نظریه حقوقدانان برمی آید انتقال مالکیت همزمان با انعقاد بیع مقتضای ذات عقد بیع نمی‌باشد.

### زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت مال کلی

در این قسمت به بررسی مبیع به صورت کلی می‌پردازیم:

زمانی که مبیع کلی است به نظر می‌رسد زمان انتقال مالکیت محل اختلاف نباشد چرا که بنا به نظر اکثر حقوقدانان با تعیین مصداق کلی و تسلیم انتقال مالکیت صورت می‌گیرد (امامی، ۱۳۵۱: ۴۱۰/۱).

اگر صنعتگر به صورت کلی اقدام به تولید مبیع کند یا محصولات کشاورزی به صورت کلی فروخته شود، انتقال مالکیت آنها به صورت انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه خواهد بود، یعنی عقد سبب تملیک است و انتقال آن پس از تعیین مصداق امکان پذیر است و حق عینی یا تعیین و اختصاص کالا به خریدار برای او ایجاد خواهد شد.

عده ای معتقدند در بیع مال آینده که هنوز ساخته نشده مانند اینکه کالای تولیدی خود را که هنوز تولید نشده از خط تولید خود بفروشد، مبیع شیء غیر معین بالذات است و مالکیت آن به خریدار منتقل نمی‌گردد، مگر بعد از آنکه تولید کالا تمام بشود همچنین مصالحی که کالا با آن تولید می‌شود ملک مشتری نشده بلکه در مالکیت بایع باقی می‌ماند تا اینکه عمل تولید تمام شود. چراکه مصالح را فروخته بلکه محصول تولیدی خود را فروخته است.

نکته ای که در این نوع مبیع قابل توجه است این است که، برخلاف حالتی که مبیع عین معین است، صرف اتمام ساخت و تولید موجب انتقال مالکیت مبیع به خریدار نمی‌شود؛ زیرا در این فرض، مبیع به صورت کلی فی الذمه می‌باشد و تا زمانی که از میان انبوه کالای تولید شده، تعیین و تشخیص نیابد مالکیت آن به خریدار منتقل نمی‌شود. در انتقال مالکیت، نوعی تعلیق وجود دارد منتها این تعلیق به علت تراضی طرفین نیست بلکه علت آن مانعی است که همان عدم وجود مبیع و عدم تعیین آن بعد از ساخت و تولید است، و به محض برطرف شدن این مانع مالکیت به مشتری منتقل می‌شود.

### نتیجه‌گیری

در حالتی که مبیع کلی فی الذمه باشد اختلاف نظری در صحت بیع مال آینده نمی‌باشد چرا که بیع در هر حال در زمان انعقاد عقد وجود ندارد اما اختلاف نظر اصلی مربوط به زمانی است که مبیع به صورت عین معین باشد، چرا که برخی فقها و حقوقدانان معتقدند اگر مبیع به صورت عین معین باشد و در هنگام انعقاد عقد موجود نباشد عقد بیع باطل است. ماده ۳۴۸ قانون مدنی که در مقام بیان شرایط صحت عقد بیع می‌باشد شرط موجود بودن عقد را جزء مواد صحت عقد که در نتیجه عدم رعایت این شرط عقد بیع باطل باشد را ذکر نکرده است اما در ماده ۳۶۱ مطلبی را بیان می‌دارد که ظاهر آن بر می‌آید اگر بیع عین معین هنگام انعقاد عقد وجود نداشته باشد بیع باطل است ولی حقیقت این است که بین حالتی که طرفین تصور می‌کرده‌اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می‌دانند که مبیع وجود

ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، باید تفاوت قائل شویم. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد. در مورد نخست چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا بنابه فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است، اما در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. بنابراین دلایلی که برای بطلان بیع مال آینده به صورت عین معین از جمله وجود تعدادی روایات مبنی بر بطلان بیع مال آینده، قاعده منع تملیک معدوم و غرری بودن چنین بیعی بیان شده، دلایل محکم و غیر قابل خدشه‌ای نیستند بنابراین با توجه به اصل صحت بنا را بر صحت این نوع مبیع می‌گذاریم.

در رابطه با ماهیت این نوع بیع با توجه به اینکه مقتضای ذات عقد بیع انتقال مالکیت می‌باشد به طور قطع بیع مال آینده نیز عقدی تملیکی می‌باشد. علی‌رغم وجود شباهت بیع مال آینده با تعدادی عقود دیگر در فقه همچون بیع سلم، استصناع و کالی به کالی می‌باشد که در این پژوهش به بررسی و مقایسه این عقود با یکدیگر پرداختیم؛ بیع مال آینده عینا مطابق با هیچ کدام از عقود نام برده نیست بلکه عقدی مستقل است.

## فهرست منابع

- افرام بستانی، فؤاد (بی تا). فرهنگ ابجدی عربی-فارسی، برگرفته از نرم افزار جامع التفاسیر نور
- امامی، حسن (۱۳۵۱). حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امینی، منصور (۱۳۸۲). مجله تحقیقات حقوقی، «مالکیت در قراردادهای فروش»، شماره ۳۷، صص ۱۵۳-۱۷۳.
- امینی، منصور (بی تا). جزوه حقوق مدنی پیشرفته، بی تا.
- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۶). دانشنامه حقوق خصوصی، محراب فکر.
- ایروانی، باقر (۱۳۲۷). دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ دوم، قم: بی تا.
- پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶). «انتقال مالکیت در بیع مال آینده»، مجله تحقیقات حقوقی عدالت آراء، شماره ۴ و ۵، صص ۳۹-۷۸.
- پیروزی، پژمان (۱۳۸۷). «بیع اشیاء آینده»، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۹، صص ۵۵-۷۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷). دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت؛ حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات، تهران: نشر بنیاد راستاد.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حاتمی، علی اصغر و ذاکرنیا، حانیه (۱۳۸۹). «ماهیت قراردادهای ساخت و ساز»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۲، شماره ۲، صص ۷۱-۹۴.
- حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۳۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، محمد بن ادریس (۱۴۱۱). السرائر، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱). تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸). مصباح الفقاهه فی المعاملات، تهران: انتشارات مجد.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). **حقوق مدنی ۳ (تعهدات)**، چاپ هفتم، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ هشتم، تهران: انتشارات مجد.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۳۸۹). **حقوق مدنی ۶ و ۷**، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- عجم، رفیق (۱۳۷۷). **مصطلحات اصول الفقه عندالمسلمین**، بیروت: مکتبه لبنان ناشرون.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). **حقوق مدنی عقود معین**، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). **دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین**، چاپ دوازدهم، تهران: گنج دانش.
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری (۱۳۷۹). «معامله به مال آینده»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۹۰، صص ۱۰۱-۱۲۷.
- محقق داماد، مصطفی و همکاران (۱۳۸۹). **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، چاپ اول، قم: سبحان.
- نجفی (کاشف‌الغطاء)، حسن بن جعفر (بی‌تا). **انوار الفقاهه**، کتاب بیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ولویون، رضا (بی‌تا). **جزوه مدنی ۲ اموال و مالکیت**، بی‌نا.