



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The ۱۴ rd.

Year/NO: ۳ Autumn ۲۰۲۱

دلایل فقهی و حقوقی صحت معامله ی مال آینده

رضا شعبانی شهبندی^۱ احمد امیرمعزی^۲ سید عسکری حسینی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۸

چکیده

معامله ی مال آینده یعنی معامله به مالی که مبیع در زمان عقد وجود ندارد ولی عادتاً قابلیت موجود شدن را دارد و زمینه این وجود در دید عرف دارای ارزش است و باید آن را مال یا در حکم مال دانسته و معامله آن را صحیح دانست. مبیع در مال آینده می تواند از نوع منقول، غیر منقول و یا در زمره حقوق بوده و هر کدام می تواند از نوع شخصی، یعنی محصولاتی که به سفارش خریدار و برای او تولید می شود یا از نوع کلی که به صورت انبوه تولید می شوند و فروشنده از میان آنها نوع و مقدار مورد نظر خریدار را انتخاب و به او تسلیم می کند، باشد. که در اموری مانند زمان انتقال مبیع به خریدار و ایجاد حق فسخ تفاوت دارند. از مباحث مهم پیرامون معامله مال آینده، نظریه ی بطلان آن بواسطه حاکمیت غرر و جهل و معامله به بیع معدوم بودن است که هدف این مقاله نقد این نظرات و ارائه دلایل صحت آن است. در این جهت به برخی نظرات فقهی و حقوقی، از جمله نظریه وجود اعتباری مبیع و مستندات قانونی موجود در نظام حقوقی ایران مانند سلم، استصناع و کلی فی الذمه و مستندات عرفی و عقلایی استناد شد. با تاکید بر ضرورت توجه و پذیرش این معاملات و اینکه عدم پذیرش آن به معنای نادیده گرفتن یک حقیقت موجود و یک نیاز بدیهی است که موجبات عسر و حرج را برای افراد و جامعه در پی دارد.

واژگان کلیدی: مال آینده، بیع معدوم، جهل و غرر، وجود اعتباری.

rezashabani۵۷@yahoo.com

studentresearch.moezzi@gmail.com

dhoseini@gmail.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

۲. استادیار موسسه آموزش عالی ادیب مازندران، ساری، ایران. (نویسنده مسئول).

۳. استاد یار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران.

مقدمه

انسان به عنوان "کون جامع" یعنی جامع جمیع عوالم است که همه عوالم سایه او محسوب می شوند و او مقصود اصلی و اولی از همه عوالم و ظهور تام و جامع همه ظهورات است و به همین جهت خلیفه خدا گردید. (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ص ۸۱-۸۲). در تعابیر اهل بیت ع انسان به عنوان مصحف کامل وجود شناخته شد و همه اشیاء برای او و چیزی خارج از او، یعنی برای غیر او نیست. (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ص ۸۲). لازمه تحقق این اهداف فراهم بودن ابزار لازم از جمله ابزار قانونی است که تامین و تدارک آن از وظائف مراجع قانون گذاری است و باید با علم از حوادث و تحولات ایام و نیازهای جامعه ی هدف و حقائق حاکم اقدام به وضع مقررات مناسب نمایند.

تردیدی نیست که نیازهای امروز بشر در غالب امور، تفاوت عمیقی با ایام گذشته دارد و دچار تحولات زیادی شده است. از جمله تحول در امور مربوط به معاملات و قراردادها، چه از نظر شکلی و چه در امور ماهوی، که با پدیده ها و موضوعات جدیدی در آن مواجه ایم که یا در گذشته سابقه ای نداشتند و یا کاربرد آنها در حدی نبوده است که بخواهد ذهن اهالی امور و علماء را به خود متوجه سازد.

از پدیده های عصر حاضر در حوزه معاملات، گسترش معامله به اموالی است که اساسا در زمان عقد وجود ندارند اما قابلیت ایجاد شدن و تولید و تسلیم را در آینده و زمان مورد نظر دارند که از آن به اموال آینده و معامله ی مال آینده نیز تعبیر می شود.

اگر چه تحت عنوان معامله مال آینده مواد قانونی و نظرات فقهی صریحی نفی یا اثباتا وجود ندارد اما در فقه امامیه و عامه و حقوق ایران شاهد مصادیقی از اعمال حقوقی و معاملات هستیم که موضوع عمل هنگام انعقاد آن موجود نیست. مانند کلی فی الذمه (موضوع ماده ۳۵۱ ق م) بیع سلم و استصناع (فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه)، قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹. با این مقدمه هدف نگارنده در این مقاله روشن سازی اهمیت و ماهیت این معاملات و جایگاه آن در سوابق فقهی و حقوقی ایران است.

کلیات

آنچه حائز اهمیت است اینکه این معاملات در گذشته محدود به نیازهای شخصی و جزئی بوده است اما امروزه از این سطح فراتر رفته و در سطح بسیار وسیع مورد استفاده مردم، دولتها، شرکتهای، کارخانجات تولیدی قرار می گیرد و ابزاری شده است برای تامین نیازهای آتی که در بسیاری از موارد امکان تهیه آنها از محل اقلام موجود نیست. مانند پیش خرید چند فروند هواپیما از کشور سازنده که عموماً بعد از انعقاد قرارداد و به صورت بیع شخصی تولید می شود. این جایگاه از معامله اموال آینده طلب می کند تا نگاه عمیق تری از گذشته نسبت به آن صورت پذیرد و در مواردی مقررات جدیدی برای آن وضع شود. اقدامی که قانون گذار ایران در مورد پیش فروش ساختمان و تحت عنوان قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ صورت داد تا علیرغم وجود نظرات فقهی و حقوقی که پیش فروش ساختمان می تواند در قالب سلم و سفارش ساخت (استصناع) نیز صورت پذیرد. (حسینی خامنه ای، ۱۴۲۴، ص ۳۶۵؛ صادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۹۳). اما قانون گذار راه خارج شدن از بحران اجتماعی و جلوگیری از بسیاری مفاسد ناشی از این معاملات و جلوگیری از آرای متعدد و مختلف قضایی را در وضع مقررات خاص برای آن دانست. اتفاقی که پیش از این در سطح وسیع و عام تر در برخی از نظام های حقوقی خارجی

مانند فرانسه و انگلیس و مصر نیز افتاده است. و ماده ۳ کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ که ناظر بر کالاهای آینده است و آن را بیع دانست. (صادقی، ۱۳۹۳، صص ۶۰-۶۵-۷۰).

۲-۱- مال آینده:

مال آینده مالی است که در زمان عقد وجود ندارد ولی با بیع تعهد می کند که بعداً آنرا فراهم سازد و در موعد مقرر تحویل دهد مانند نجاری که یک دست مبل می فروشد که دوماهه تحویل دهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ش ۹۲۵). 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. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، صص ۱۱).

از معامله به مال آینده به "بیع اشیاء آینده" و "بیع آیندان" نیز تعبیر شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ش ۳۴۶۴). در این نوع از معاملات، اگرچه مورد معامله از جهات توصیفی بین طرفین معین و مشخص است اما در زمان واقع شدن عقد وجود ندارد و طرفین نیز واقف بر آن هستند و قصدشان نیز بر معامله مالی قرار گرفته که در آینده موجود خواهد شد.

۲-۲- معامله ی مال آینده و اهمیت آن

آنچه اصولاً و در غالب معاملات، رایج و مرسوم است وجود خارجی داشتن مبیع در زمان واقع شدن عقد است که از آن به عین معین و کلی در معین تعبیر می شود. (ماده ۳۵۰ ق.م). اما معامله به کالای غیر موجود در زمان عقد اگرچه دارای سابقه دیرینه است و مباحثی مانند سلم و استصناع که موضوع آنها در زمان عقد موجود نیستند دلالت بر آن دارند اما با توجه به تغییر، گسترش و تنوع در نیازها این معاملات از رونق و وسعت بیشتری از گذشته برخوردار شده است و لذا توجه بیشتری را در حوزه های مختلف از جمله در عالم حقوق و قانون گذاری می طلبد. مبیع آینده می تواند از اموال منقول مثل اتومبیل، محصولات صنعتی یا از اموال غیر منقول همانند واحدهای ساختمانی باشد و می تواند شامل تولیدات و تراوش های فکری و اختراعات (حقوق معنوی و فکری) نیز باشد که در قراردادهای و نظام حقوقی امروز از جایگاه خاصی برخوردار شده است. (صادقی، ۱۳۹۳، صص ۱۱). و مقررات خاصی برای آنها وضع شده و کنوانسیون ها و معاهداتی برای آن شکل گرفته است. (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۱، صص ۱۹-۲۲).

محقق بر این باور است که معامله مال آینده می تواند در قالب عقود مختلف اعم از بیع، صلح، و قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی (عقود غیر معین) نیز واقع شود و موضوع قرارداد می تواند مال یا حق باشد از این جهت بجای استفاده از کلمه "بیع" که بیانگر یک نوع عقد و معامله خاص است از عنوان "معامله" در مقاله استفاده نمود تا بتواند دایره شمول بحث و فراگیری مصداقهای آن را در گستره وسیعتری محل توجه و بحث قرار دهد زیرا مطابق نظر بسیاری از فقها و علمای حقوق عقود معتبر نزد شارع را نمی توان منحصر به عقود معین دانست بلکه عقود و ایقاعات از اعتبارات عقلایی بوده که شارع مقدس به دلیل نیازهای اجتماعی آنها را امضاء نموده است و افزون بر این از عبارت برخی فقها استفاده می شود که در باب معاملات امضای شارع لازم نیست و عدم منع کفایت می کند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، صص ۲۷۱). و در مقابل آن دسته از فقها که "او فو بالعقود" را عقود دانسته اند که در شریعت مقدس متداول بوده و احکام آنها در فقه مورد بحث قرار گرفته است. (نراقی، ۱۴۱۷، صص ۱۲). و نفوذ عمومات قراردادهای صادر شده از ناحیه شارع را فقط ناظر به عقود دانستند که در زمان شارع رواج داشته و شامل قراردادهایی که در زمان متاخر رایج شده نمی گردد. (انصاری، ۱۳۷۰، صص ۹۰). از نظر بسیاری از فقها از جمله فقهای معاصر، عموماتی مانند "تجاره عن تراض" و "او فو بالعقود" امضاء و تأیید هر معامله عقلایی و هر

تجارت مبتنی بر تراخی است و مادامی که دلیلی بر فساد آن نباشد، این آیات در بر دارنده یک حکم کلی هستند و اختصاص به عقود معهود ندارند. (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۹۲؛ خمینی، ۱۴۱۵، ص. ۶۲). و هر معامله و عقد که از نظر عرفی "تجارت عن تراض" باشد از نظر شرعی صحیح و آثار مقصود بر آن مترتب است. آیه مزبور شامل همه اسبابی است که در نزد عقلاء سبب صحیح تحصیل مال تلقی گردد و آیه یاد شده اختصاص به عقود معهود ندارد بلکه عقود بی نام و مستقل را هم در بر می گیرد. (حسینی شیرازی، ۱۴۱۴، ص. ۶۹).

لزوم نگاه جدید به مباحث حقوقی و فقهی که از آن به فقه حکومتی و پویا یعنی فقهی که همواره باید پاسخگوی مسائل جدید باشد نیز تعبیر شده است. (مهریزی، ۱۳۷۶، ص. ۱۴۲). را در نگاه بسیاری از محققان حوزه و دانشگاه خصوصاً معاصرین می توان یافت. اگرچه ضرورت تحول در حقوق اسلامی در تاریخ حوزه فقه و فقهات بی سابقه نیست و در اعصار مختلف شاهد این توجه و تغییرات به نسبت ضرورتی که احساس می شد، بوده ایم. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ص. ۱۱). اما این ضرورت در عصر جدید خصوصاً با استقرار حکومت اسلامی در ایران و لزوم مطابقت قوانین با شرع (اصل ۷۲ قانون اساسی) و جهت اثبات توانایی آن در اداره جامعه و حضور در عرصه بین المللی بیش از پیش احساس می شود.

در میان همه نظرات توجه به این امر از سوی امام خمینی (ره) که دو عرصه علم و عمل و رهبری یک حکومت اسلامی را تجربه نموده اند بیش از نظرات دیگر می تواند قابل استناد باشد که با تجربه و درک بسیاری از مشکلات و خلاء های موجود، اجتهاد مصطلح را برای اداره جامعه کافی ندانستند و طرح موضوع ضرورت تحول در فقه از ناحیه ایشان و بسیاری از علمای دیگر بر گرفته از همین واقعیات بوده و می باشد. توصیه ایشان به شورای نگهبان در این زمینه مورد توجه است که آورده اند: "تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند، چرا که یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پر آشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم گیری است." "حکومت در نظر مجتهد واقعی، فلسفه عملی تمامی فقه در تمامی زوایای زندگی بشریت است، حکومت نشان دهنده جنبه عملی فقه در برخورد با تمامی معضلات اجتماعی و سیاسی و نظامی و فرهنگی است و فقه تئوری واقعی و کامل در اداره انسان و اجتماع از گهواره تا گور است." (امام خمینی، صحیفه امام، ص. ۲۱۷-۲۱۸). ماهاتیر محمد به عنوان یک سیاستمدار معتقد و با کوله باری از تجربه ضمن اعتقاد به توانایی اسلام در اداره امور، می گوید: اسلام متعلق به تمام عصرهاست و منحصر به قرن هفتم میلادی یا قرن اول هجرت تعلق ندارد بنابر این تلاش برای باز تولید محیط قرن هفتم میلادی، با این اعتقاد که اسلام برای همه عصرها و نسلها است در تباین آشکار قرار می گیرد این عقیده موجب تضعیف امت اسلام، فروکاستن اسلام به دینی غیر مرتبط با زندگی اجتماعی و دینی می شود. (ماهاتیر، ۱۳۹۰، ص. ۲۷).

۲-۳- مبیع شخصی و کلی در معامله ی مال آینده

مال آینده ضمن تنوع در نوع می تواند جنبه شخصی یا کلی نیز داشته باشد.

الف- مبیع شخصی: معامله ای که در آن فروشنده یا سازنده کالا آن را برای شخص معینی تولید یا می سازد. مبیع در این حالت به محض بوجود آمدن مختص آن معامله است و حالت سفارش شخصی و معین دارد و امکان تعیین و تخصیص آن برای اشخاص دیگر منتفی است و با ایجاد کالای مزبور، موضوع بیع مال آینده معین و مشخص می شود. (پیرهادی، ۱۳۸۵، ش ۵ و ۴، ص. ۴۲). زمان انتقال مال در مبیع شخصی بستگی به توافق بین متعاملین دارد که ممکن است به صورت تدریجی و در مراحل تولید و ساخت یا بعد از تولید و ساخت کامل یا همزمان با تسلیم باشد.

ب- مبیع کلی: مقصود از مبیع کلی در معامله مال آینده معامله کالایی است که بصورت محدود و خاص برای خریدار مشخصی ساخته و یا تولید نمی شود بلکه بصورت انبوه تولید می شود و فروشنده از میان آنان تعداد و نوع مورد نظر خریدار را انتخاب و به او تسلیم می کند. در این نوع از معاملات متعاملین در زمان عقد صرفاً آن را به نحو مقتضی توصیف و در کمیت و کیفیت آن توافق می کنند و فروشنده یا سازنده متعهد می شود تا در زمان معین مورد معامله را مطابق با آنچه در زمان عقد توافق شده تعیین و تسلیم خریدار نماید. در این نوع از معاملات طرفین در زمان عقد در باره فرد معین توافق نمی کنند و فروشنده باید آن را از میان افراد کلی با اوصاف تعیین شده معین نماید. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ص. ۱۹۰). در کلی بر خلاف حالت شخصی، مبیع بلافاصله پس از تولید تعیین نمی یابد و در مالکیت خریدار قرار نمی گیرد بلکه باید متعاقب آن با اراده فروشنده معین و مشخص شود تا مالکیت آن به خریدار منتقل گردد، مگر اینکه شرط دیگری برای زمان انتقال مالکیت نموده باشند مانند انتقال مالکیت هم زمان با تسلیم مال.

در هر دو حالت مبیع می تواند از منقول، غیر منقول، و از حقوق فکری و معنوی مانند واگذاری حق انتشار یک کتاب به ناشر مشخص و امثال آن باشد با این شرط که اولاً "قابلیت معامله را داشته باشند ثانیاً "ممکن الوجود در زمان وعده باشند. (پیرهادی، ۱۳۸۵، ص. ۳۱-۳۲؛ پارساپور، ۱۳۹۳، ص. ۳۳۶-۳۵۵).

۲-۴- علم به مبیع در معامله ی مال آینده (تفصیلی یا اجمالی)

مطابق فقه امامیه مبیع و ثمن باید از حیث مقدار و جنس و وصف نزد طرفین معلوم باشد و در صورت مجهول بودن یکی از امور سه گانه، معامله به استناد احادیث فقهی و به علت غرری بودن آن باطل است. (نجفی، ۱۴۱۲، ص. ۲۰۵؛ شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۲۹۵). در لزوم معلوم بودن ماهیت و مقدار و اوصاف مهم مورد معامله تفاوتی بین "عین معین" مانند خانه مشخص، یا "کلی در معین" مثل یک تن از پنج تن برنج موجود در انبار معین، یا "کلی فی الذمه" مثل یک تن برنج دارای اوصاف مشخص بطور کلی، وجود ندارد. (شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۲۹۶). اما در همه موارد نیاز به علم تفصیلی نیست و علم اجمالی به مبیع کافی است، زیرا در برخی از عقود فراهم ساختن امکان ایجاد روابط حقوقی با اعمال دقت و سخت گیری در شرایط تشکیل آن عادتاً امکان ندارد و الزامی شدن علم تفصیلی نسبت به آن موارد مانع ایجاد روابط ضروری و منظم حقوقی بوسیله اشخاص می شود و مواردی همانند جعاله (م ۵۶۳) صلح (م ۷۶۶) و ضمان (م ۶۹۴) در قانون مدنی از مصادیق قبول علم اجمالی می باشد. از استقراء در مواد پراکنده نیز چنین بر می آید که در عقود مسامحه ای و در جایی که نیاز عمده و اقتضای کار مورد نظر ایجاب می کند که دو طرف درجه ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، علم اجمالی کافی است. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص. ۱۸۵). از جمله مستندات این نظریه می تواند ماده ۲۱۶ قانون مدنی باشد که در شرح آن آمده است "در کنار قاعده عمومی، پاره ای از موارد وجود دارد که قانون گذار تسامح را ضروری می بیند و علم تفصیلی به مورد معامله را شرط نمی داند. ولی در هر حال به مجهول نمی توان تعهد کرد و موضوع التزام بایستی قابل تعیین و تنفیذ باشد". (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص. ۱۸۴). در ماده ۳۵۱ قانون مدنی مقنن در مبیع کلی ذکر مقدار و جنس و وصف را برای صحت کافی دانست. مواد قانونی مربوط به علم اجمالی مبتنی بر عرف است و در مواردی که نص قانونی وجود نداشته باشد برای تشخیص اینکه آیا علم اجمالی کفایت می کند یا نه باید به عرف رجوع کرد و دلیلی وجود ندارد که موارد علم اجمالی منحصر به مواد منصوص در قانون باشد. این نظریه نه با فقه اسلامی وفق می دهد نه با مصلحت اجتماعی که تسهیل معاملات مردم را ایجاب می کند. (صفایی، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۴؛ شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۰). این همان قاعده ای است که امروزه در

مورد معامله مال آینده وجود دارد و مورد قبول عرف و عقلاء نیز واقع شد. اگرچه در مورد کالای آینده با توجه به پیشرفت علوم و فنون و امکان طراحی، ترسیم و به عینیت در آوردن فرم، شکل و ماهیت محصولات در فضای مجازی خصوصا در تولیدات صنعتی و ماشین آلات و امثال آن در غالب موارد دستیابی به علم تفصیلی امری ممکن شده است و اصولا نکته ابهامی برای طرفین معامله در مورد ویژگی های کالای مورد معامله و به اصطلاح نفوذ جهل و غرر باقی نمی گذارد. ضمن اینکه مقصود از معلوم بودن مورد معامله که بعنوان شرط صحت عقد در قانون مدنی معرفی شده است، معلوم بودن ماهیت و مقدار و وصف موضوع توافق اراده طرفین است، نه شی خارجی که به عنوان مورد معامله تعریف شده است. طرفین باید هنگام عقد بدانند که موضوع معامله در اراده ایشان چیست و نسبت به چه چیزی توافق می کنند. (شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۳۲۵).

۳- نقد و بررسی نظرات پیرامون معامله ی مال آینده

ویژگی اصلی معامله مال آینده که آنرا از دیگر عقود تملیکی مانند بیع عین معین که در آن مبیع در زمان عقد موجود و مشخص است جدا می کند، عدم وجود مبیع در زمان عقد است که همین ویژگی باعث بروز اختلاف نظرها در صحت یا عدم صحت آن گردید. به عنوان مثال در حالی که فقها بر این که عقد سلم از نظر شرعی صحیح و جایز است اتفاق دارند و از دیدگاه امامیه سنت متواتر بر جواز بیع سلم وجود دارد. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ص. ۲۶). اما عموم فقهای اهل سنت جواز سلم را بر خلاف قاعده می دانند زیرا نوعی بیع معدوم است و مستلزم غرر، اما پیامبر آن را تجویز نموده چون مورد نیاز مردم بوده است. (الکاسانی، ص. ۴۳۰). اما ابن قیم بر خلاف نظر اکثر اهل سنت، سلم را مطابق قاعده دانسته است. (الجوزیه، بی تا، ص. ۹).

در نظام فقهی و حقوقی ایران عمده مباحث پیرامون مبانی معامله مال آینده در مباحث مربوط به کلی فی الذمه، سلم، استصناع و اثمار صورت گرفت. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۳؛ داوودآبادی فراهانی، قیوم زاده، ۱۳۹۵، ص. ۷۹۹-۸۰۰). عمده ایرادات مخالفان صحت آن در محور وضعیت مبیع در زمان عقد است که در قالب موضوعاتی مانند معدوم بودن مبیع در هنگام عقد، حاکمیت جهل و غرر، عدم مالکیت فروشنده در مبیع (ما لیس عندک) مطرح شده است.

۱-۳- ایراد معدوم بودن مبیع: بیع معدوم فروش مالی است که هنگام عقد وجود ندارد و در فقه اسلامی باطل شمرده شده است. (دانش نامه جهان اسلام، ۱۳۷۹، ص. ۲۳۷).

الف- طرح ایرادها: از شرایط اساسی صحت عقد، وجود مورد معامله دانسته شد که اگر وجود خارجی نداشته باشد تملیک آن بی معنا و عقد مربوطه همچون جسم بی جان است. البته در مورد معامله کلی در ذمه یا منفعت نیاز به بحث و نقد دارد. برای این لزوم به سه دلیل عقلی، نقلی و عقلایی استناد شد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳، ص. ۴۰۵-۴۰۶). تبیین دلیل عقلی بر این قرار گرفت که: ملکیت عرضی از اعراض است و احتیاج به محل و موضوع دارد تا ملکیت امکان پذیر نباشد، تملیک هم ایجاد نخواهد شد. (کرکی، ۱۴۱۴، ص. ۲۰۹). و دلیل نقلی مستند به روایاتی شد که دلالت بر منع فروش میوه یک سال قبل از بروز و ظهور شکوفه یا خود میوه دارد. (حر عاملی، ۱۴۰۳، ص. ۲). و دلیل نقلی مبنی بر اینکه مردم چیزی را که در وجودش تردید است مورد معامله قرار نمی دهند و چنین معامله ای شبیه قمار است. و عموماً نفوذ عقد نیز منصرف به مواردی است که در میان مردم رواج داشته و مورد عمل آنان باشد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص. ۲۱۱). جمهور اهل سنت (شافعیه، مالکیه، حنابله) نیز سفارش ساخت را از جمله به این دلیل که سفارش ساخت، بیع معدوم است که پیامبر اکرم ص از فروش آنچه که نزد انسان نیست نهی فرمودند، نپذیرفتند. (الترمذی، ۱۴۱۵، ص. ۵۳۴). هم چنین آمده است که: عموم

فقه‌های اهل سنت جواز سلم را بر خلاف قیاس و قاعده می‌دانند زیرا نوعی بیع معدوم است و مستلزم غرر اما پیامبر ص آن را تجویز نموده اند چون مورد نیاز مردم بوده است. (الکاسانی، بی تا، ص ۴۳۰). مال معدوم مشمول حکم مربوط به "بیع ما لیس عندا لانسان" دانسته شد که فروش آن در قیاس با مال موجودی که نزد صاحبش نیست به بطلان سزاوارتر است. (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸، ش ۵۰، ص ۱۹۳).

ب- پاسخ به ایرادها: از جمله پاسخهای داده شده بر ایرادات مطروحه، صحیح دانستن برخی از معاملات است که در آنها بیع در زمان عقد معدوم هستند مانند سلم که فقها در صحت آن اتفاق دارند و برای اثبات آن به کتاب، سنت و اجماع استدلال نمودند. (قمی، ۱۳۷۹، ص ۱۸۹). اجماع عملی مسلمین که بر جواز بیع سلم است زیرا در زمان بعثت، مردم سلم می‌کردند و پیامبر آن را نهی نفرمودند و از آن زمان تاکنون نیز تعامل مسلمین بر این معامله وجود داشته است. (الصاغر جی، ۱۴۲۰، ص ۵۶). و اینکه جایز نبودن بیع معدوم نه نصی دارد و نه اجماعی، مگر در بعضی موارد، و معلوم نیست علت عدم جواز معدوم بودن باشد. (ابن تیمیه، ۱۳۶۸، ص ۲۳۱). این عقیده که علت اصلی این منع، قاعده نفی غرر باشد و لذا بیع معدوم اگر مبتنی بر غرر نباشد و تسلیم آن در وقت استحقاق ممکن باشد مانعی ندارد. (مغنیه، ۱۴۲۱، ص ۲۸۵). از علمای معاصر نیز نقل شد که روایت بطلان بیع معدوم منصرف به مواردی است که مبیع در خارج شناخته شده نبوده و اطمینانی به تحقق آن در ظرف زمانی خودش نباشد که موجب رفع غرر و خطر گردد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۶). در پاسخ به نظری که سلم را بیع معدوم دانسته، آمده است که پیامبر اکرم ص آن را تجویز نمودند، چون مورد نیاز مردم بوده است. (اللاشقر، ۱۴۱۸، ص ۱۸۵). ابن قیم سلم را مطابق قاعده دانسته و به نظر ایشان منظور پیامبر ص از این نهی یا فروش، عین معین بوده است یا منظور فروش چیزی است که شخص قادر به تسلیم آن نیست هر چند در ذمه باشد. (الجوزیه، بی تا، ص ۱۹). حنفیه اگرچه سفارش ساخت را بر خلاف قاعده می‌داند اما آن را صحیح دانسته است. (الکاسانی، ۱۴۱۷، ص ۹۳). برای صحت قرارداد سفارش ساخت به عنوان عقد مستقل از جمله به قرآن، سنت، اجماع عملی و استحسان استناد شده است. (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۲).

علاوه بر دلایل اشاره شده توجه به نظریه امور اعتباری و کافی دانستن وجود اعتباری مبیع، که با نگاه واقعی و عقلایی به ضرورت های زمان و عرف عملی و ساری و جاری بین تجار و غیر قابل انکار بودن جایگاه آن در معاملات امروزه مطابقت دارد بسیار راهگشا بوده و می‌تواند از دلایل بسیار علمی و منطقی در جهت رد نظریه بیع معدوم باشد. این نظریه که قائل بر لزوم وجود مال، در زمان عقد نیست، ملکیت را از امور اعتباری دانسته و محل اعتباری را کافی برای واقع شدن معامله می‌داند، لذا همان طور که ملکیت امری اعتباری است، موضوع و محل آن نیز ممکن است وجود اعتباری داشته باشد (طباطبایی یزدی، بی تا، ص ۲۰۹). پذیرش این نظریه با علم بر این حقیقت که علوم اجتماعی و قوانین از سنخ امور اعتباری هستند رافع بسیاری از ابهامات مطرح شده خواهد بود. امور اعتباری را عقلای بشر از قدیم تاکنون امری لازم برای جلوگیری از هرج و مرج ها و نا بسامانی ها و لازمه تامین امنیت و بهزیستی دانستند. (شریعتی، ۱۳۸۵، ص ۳۰۰). استاد مطهری ضمن اینکه علوم اجتماعی را یک سلسله امور اعتباری می‌داند که بشر در زندگی خود چاره ای از برخی قراردادها ندارد، این قراردادها را در اختیار بشر می‌داند که می‌تواند آنها را وضع کند و می‌تواند رفع نماید. (مطهری، ۱۳۸۱، ص ۶۲). و علامه طباطبایی روی آوری انسان ها به امور اعتباری را برای بر طرف ساختن احتیاج های وجودی خود می‌داند که عقلاء و مدیران جامعه برای به زیستی و حقوق اجتماعی فرض و اعتبار می‌کنند که در صورت انفرادی زیستن بشر، این نوع اعتباریات لغو و بی فایده می‌باشد. (شریعتی، ۱۳۸۵، ص ۳۲۷).

۲-۳- نقد نظریه غرری بودن معامله مال آینده: غرر در لغت به معنی خطر و در معرض هلاکت افتادن آمده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص. ۱۳). و از عناصر آن، جهل و احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل عنوان شد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ش. ۳۹۰۸).

به نظر علت اصلی بطلان معامله معدوم قاعده نفی غرر باشد. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۵). از مهم ترین دلائل در منع معاملات غرری روایت مشهور "نهی النبی ص عن الغرر" عنوان شد که مال غیر موجود مصداقی از آن دانسته شد. در مفهوم غرر و خطرهای ناشی از آن و اثر آن در تحقق جهل، اختلاف نظر زیادی وجود دارد. در تعبیری خطر عبارت از احتمال ضرری دانسته شد که از نظر عقلاء قابل اجتناب نباشد نه احتمال ضعیفی که مورد توجه عرف قرار نگیرد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص. ۲۸۶). شیخ انصاری خطر ناشی از جهل به رسیدن مبیع به دست منتقل الیه را به مراتب با اهمیت تر از جهل به صفات مبیع می داند. و مطابق نظر تمام علماء و فقها که قائل بر اتفاق بر آن هستند معنای غرر را در جهالت می دانند و جهل را قدر جامع بین تفاسیر وارده در معنای غرر دانستند چه جهل در اصل وجود مبیع باشد و چه در حصول آن در صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت. (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ص. ۱۸۵). غرر را در هر یک از فروض بیان شده (اعم از غرر به واسطه جهل به رسیدن مبیع یا جهل به صفات بدانیم) مانند نظری که احتمال موثر در پیدایش غرر را در امور متعدد شامل: ۱- عدم اطمینان به وجود مال و امثال آن. ۲- عدم اطمینان به امکان تسلیم و تسلیم و قبض مبیع. ۳- احتمال ضرر ناشی از جهل به اوصاف لازم بدانیم. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص. ۲۸۶). آنچه مشخص است اینکه وجود غرر در فرض تحقق، اصل صحت و اعتبار معامله را محل تردید قرار داده و موجبات بطلان آن را فراهم می نماید. اما اینکه قائل بر توجه غرر بر کدام وضعیت از موارد بیان شده باشیم و یا قائل بر جمع آنها، در رای صادره موثر خواهد بود.

شیخ طوسی در موضوع سفارش ساخت از جمله دلائل جایز نبودن آن را مجهول بودن کالای مورد قرارداد دانستند یعنی نه با دیدن مشخص شده و نه از طریق بیان ویژگی و صفات معین گردیده است. بنابر این قرارداد مورد نظر نباید جایز باشد. (طوسی، ۱۴۱۱، ص. ۲۱۵). و لذا در جایی که این ابهام به هر طریق از جمله توصیف رفع گردد مانع مورد نظر ایشان رفع شده محسوب می شود. آنچه که در ماده ۳۵۱ قانون مدنی برای کلی فی الذمه مورد قبول قرار گرفته است ضمناً در این مورد توجه به اثر و جایگاه علوم جدید در تبیین و تشریح کالاها و معرفی آنها از هر جهت که بحث آن در علم تفصیلی و اجمالی آمده است کاملاً ضروری است و رویه ای که در حال حاضر در حال واقع شدن است و تبدیل به عرف تجاری شده و مورد قبول عقلاء و بسیاری از نظامهای حقوقی و بین المللی نیز قرار گرفته است، و نقش چشم گیری را چه در سطح داخلی و بین المللی و خصوصاً بین دولتها در جهت رفع نیاز عمومی ایفاء می کند تا جایی که امروزه کسی به بهانه جهل و غرر یا عدم امکان توصیف، ایرادی بر آن وارد نمی کند. البته در همه مواردی که علما و صاحب نظران و نظام های حقوقی معامله کالای غیر موجود را پذیرفتند حتماً آن را مشروط به روشن بودن اوصاف و قابل تحقق بودن در سر وعده دانستند و در شرایط صحت قرارداد سفارش ساخت از جمله این شرط شده که کالایی که ساخته می شود باید معلوم باشد و معلوم بودن با بیان جنس، نوع، مقدار و اوصاف حاصل می شود و اگر این امور مجهول باشد و بیان نگردد عقد فاسد می شود. (صادقی، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۳).

نکته قابل ذکر در مورد اثر جهل و غرر، توجه به مراتب آن و تاثیر آن در ضرر است. مرحوم صاحب جواهر دارد: غرری که نهی از آن شده است، خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع می باشد نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غایب ضرورتاً خطر حاصل می شود و حال آنکه بیع کالای غایب جایز می باشد. (نجفی، ۱۴۳۴، ص. ۳۳۸). مراغی می گوید: هر خطری در هر

معامله نمی تواند سبب غرری شدن معامله شود بلکه مقصود از غرر خطراتی است که عرفا قابل مسامحه نباشد و عرف عقلاء از آن اجتناب کند و لذا خطری که از نظر عقلاء و عرف، محل توجه نباشد غرر محسوب نشده و منحل در صحت عقد نخواهد بود. (مراغی، ۱۴۱۷، ص ۳۱۴). ناصر کاتوزیان در مورد مبیع کلی این گونه بیان می دارد که: در مبیع کلی، چون فروشنده بر مبنای اوصافی که در عقد آمده است مبیع را انتخاب می کند، باید در باره مقدار و جنس و وصف مبیع توافق شود و مبهم ماندن هر یک از آنها در عقد سبب بطلان بیع می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ش ۷۹، ص ۱۱۳). نظریه ای با ایجاد تردید در اینکه مبنای غرر فقدان کالا در زمان عقد باشد می گوید: به نظر می رسد غرر مدار عدم حضور و وجود مادی و فیزیکی مبیع نیست زیرا اگر چنین بود، نباید عقد اجاره و معامله کلی فی الذمه درست باشد چون در زمان معامله چیزی موجود نیست. این نظریه در ادامه حضور و وجود موضوع معامله را صرفاً یکی از راههای اطلاع از ارزش و خصوصیات کمی و کیفی یک شی دانسته که مبین ماهیت و وجود آن خواهد بود بنابر این اگر اطمینان از حصول فیزیکی مال، به صورت رویه متداول و جاری عقلایی و عرفی پذیرفته شده جامعه در معاملات باشد نمی توان 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 این گونه معاملات است. عرف و رویه ای که اولاً "به صورت عادت عمومی پایدار و مسلم در آمده است. ثانیاً "جنبه الزام پیدا کرده است. ثالثاً "ناظر به تشخیص موضوع (وجود یا نبود غرر) است نه اصل حکم و قاعده. (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۴).

۳-۳- ایراد ما لیس عندک: از دیگر ایرادهای وارد شده بر معامله مال معدوم استناد به حدیث "لا تبع ما لیس عندک" یعنی آنچه در نزد تو نیست، نفروش، است که فقهای اهل سنت به آن استناد کردند که پیامبر اکرم ص خطاب به حکیم ابن حزام می فرماید: آنچه را که نزد تو نیست، نفروش. (سرخسی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۹). و به استناد آن استصناع بیع معدوم و باطل دانسته شد. (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۹۳). در مورد این روایت بین علمای اهل سنت و فقهای شیعه در تفسیر آن اختلاف بسیار وجود دارد و در منابع روایی شیعه احادیث بسیاری وجود دارد که در آنها معامله به مالی که نزد بایع نیست مجاز شناخته شد. (عاملی، بیتا، ۱۷-۱۸، ص ۴۶-۵۳). و آمده است حتی در صورت عدم قبول ادله مربوط به رد "بیع ما لیس عند الانسان"، باز هم صحت استصناع با استحسان قابل اثبات است چرا که پیامبر ص فرمودند: مردم نیاز دارند به اینکه کالاهای مورد نیاز خود را با صفتی که مایلند بسازند و بر این اساس اگر استصناع را جایز ندانیم اشخاص در حرج و سختی گرفتار خواهند شد به علاوه مردم از زمان پیامبر تاکنون از طریق استصناع داد و ستد می کردند در حالی که هیچ کس منکر آن نبوده است. (السرخسی، ۱۴۱۴، ص ۱۳۳-۱۳۹). در برخی نظرات این روایت شامل مبیع موجودی که در حال حاضر نزد فروشنده نیست دانسته شد لذا اعم از مدعا و غیر قابل استناد می باشد. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۷۹، ص ۱۰۶-۱۰۷). در مطلبی پیرامون جایگاه این قاعده در بحث فضولی آمده است که حدیث پیامبر ظهور دارد در معامله بر عین شخصی و شامل معامله بر عین کلی نمی شود و معامله بر عین کلی به اجماع فقها و تصریح روایات، صحیح است. (زراعت، ۱۳۹۰، ص ۲۴۶). در مورد ایراد به بیع معدوم به واسطه حدیث مالیس عندک که در قیاس سزاوارتر به بطلان دانسته شد پاسخ هایی داده شد (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۹۴). از ابن قیم نقل شده است که در تفسیر حدیث مذکور می گوید: مراد از آن بیع چیزی است که بر حصول یا عدم حصول آن اطمینانی وجود ندارد و چنین بیعی غرری می باشد. مانند بیع شتر فراری. (سیفی زیناب، حسن زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۹۵). در مقابل این نظر که قائل بر لزوم ملکیت نقل دهنده بیش از انتقال در ملک است و فاقد شی نمی تواند معطی آن باشد، از عبارات برخی فقیهان بر می آید که ملکیت مورد معامله شرط صحت عقد نیست و آنچه شرط است مالیت است و بیع کلی فی الذمه شاهد عدم اعتبار شرط مزبور دانسته شد. (طباطبایی یزدی، بیتا، ص ۲۵۹).

۳-۴- ایراد در قصد: از دیگر ایرادات مطرح شده در معامله مال غیر موجود، ایراد بر قصد است که متعاملین در زمان عقد قصد بر کالایی را می کنند که وجود ندارد. این ایراد در صورتی می تواند درست باشد که قصد طرفین در زمان معامله بر وجود مالی قرار گرفته باشد ولی آن مال موجود نبوده باشد که چنین معامله ای باطل است زیرا قصد به معدوم تعلق نمی گیرد و تراضی واقع شده عقیم خواهد بود. ولی در جایی که تعهد طرفین بر تملیک، بعد از وجود مال باشد، نفوذ عقد با اشکالی مواجه نمی شود و به معدوم استوار نمی شود و تملیک زمانی صورت می گیرد که بیع موجود است و جدایی سبب از مسبب نیز به تحلیل مزبور صدمه نمی زند زیرا در امور اعتباری چگونگی و زمان و شرایط تاثیر سبب، در اختیار سازنده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۵).

۴- معامله به مال آینده در نظام حقوقی ایران و در نظر فقها و حقوق دانان برخلاف برخی از نظام های حقوقی و مقررات بین المللی که در آنها معامله مال آینده تحت همین عنوان مورد توجه قرار گرفته و برای آن مقرراتی وضع شده است. (صادقی، ۱۳۹۳، ص. ۶۰). در قوانین ایران این صراحت وجود ندارد اگرچه در مورد مصادیقی از آن مانند سلم، استصناع، کلی فی الذمه و اثمار مستندات و صراحت قانونی وجود دارد.

۴-۱- در قانون مدنی:

الف- در قانون مدنی ایران راجع به سلم و سفارش ساخت ماده صریحی وجود ندارد اما برخی از حقوق دانان از مفاد ماده ۳۴۱ قانون مدنی جواز عقد سلم را استفاده نموده اند و این که از نظر قانون مدنی در بیع سلف بدون آنکه قبض ثمن در مجلس عقد لازم باشد صحیح است زیرا ماده ۳۴۱ به متعابین اجازه می دهد که می توانند برای تسلیم مبیع یا تادیه ثمن اجلی قرار دهند. (امامی، ۱۳۸۵، ص. ۴۴۳). اگرچه پاره ای از نویسندگان به پیروی از مشهور بین فقیهان امامیه و با استناد به این قرینه که در ماده ۳۶۴ قانون مدنی بیع صرف به عنوان مثال "بیعی که قبض شرط صحت است" آورده شده، اعتقاد دارند که در قانون مدنی نیز قبض مبیع شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد صورت پذیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۳۱۸).

ب- مهمترین ماده قانونی برای پذیرش معامله ی مال آینده ماده ۳۵۰ قانون مدنی است که در آن کلی فی الذمه بعنوان قسمی از اقسام مبیع پذیرفته شد و این کلی شامل مالی دانسته شد که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد "خواه وجود در خارج نداشته باشد (کلی فی الذمه) یا داشته باشد (کلی در معین) (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۲۹). در فقه نیز سابقه تقسیم مبیع به مبیع شخصی و مبیع کلی که یا کلی فی الذمه یا کلی فی الذمه معین، مبیع مفروز و مبیع مشاع، مبیع دین، مبیع حاضر، مبیع غایب که مبیع غایب می تواند غیر موجود و نحو کلی فی الذمه باشد، وجود دارد. (دزفولی، ۱۴۱۱، ص. ۳).

ج- ماده دیگر قابل استناد منطوق و مفهوم ماده ۳۶۱ قانون مدنی است که مطابق آن در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آنست، باید هنگام عقد موجود باشد. خرید و فروش مال معین که وجود خارجی ندارد باطل است و در باره بیعی که موضوع آن در حکم معین است، هنگام بسته شدن عقد باید تمام شئی متساوی الاجزاء یا دست کم مقداری از آنکه موضوع بیع قرار گرفته است، موجود باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۵؛ شهیدی، ۱۳۸۴، ص. ۲۰). با این وصف مبیع عین معین و در حکم معین نمی تواند از مصادیق بیع مال آینده باشند و این مفهوم را می رساند که در کلی فی الذمه که مصداقی از مال آینده است این لزوم وجود ندارد. و این ماده ناظر بر فرضی دانسته شد که دو طرف می خواهند از هم اکنون (زمان عقد) مال موجود

آینده را تملیک کنند که این تراضی به علت عدم وجود مال عقیم است اما در مورد بیع عینی که در آینده ساخته می شود نفوذ عقد مواجه با اشکال دانسته نشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۵؛ کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۷۹، ص. ۱۲۰). در تحلیلی این ماده مبهم تر از آن دانسته شد که بتوان به استناد آن معامله به مال آینده را باطل دانست زیرا قانون گذار در شرایط اساسی صحت قراردادها و در بین شرایط مربوط به مورد معامله به موجود بودن آن اشاره نکرده است. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۷۹، ص. ۱۲۰). و عدم اشاره از این جهت که در ماده ۳۶۱ قانون گذار در مقام بیان حکم بوده می تواند دلالت بر جواز داشته باشد. و ماده ۸۴۲ قانون مدنی که "ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود." البته با شرط توجه موصی به مال غیر موجود در زمان وصیت، که در غیر این صورت از موارد بطلان به علت فقدان موضوع دانسته شد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۸۷).

د- ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می تواند مجوز تنظیم قرارداد مربوط به معامله مال آینده در غالب عقود غیر از عقود معین باشد خصوصا در مورد حقوق مالی که برخی معامله آن را در غالب بیع نمی پذیرند. و از دلایل وضع ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار بخشیدن به معاملاتی دانسته شد که علیرغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نگنجد. (شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۸). ضمن اینکه این معاملات نه تنها بر خلاف نص صریح هیچ قانونی نیست (ماده ۱۰ ق م) و با نظم عمومی و اخلاق حسنه (موضوع ماده ۹۷۵ ق م) نیز مغایرتی ندارد، بلکه بعنوان راه و ابزاری در جهت برقراری نظم عمومی و رفع نیازهای اجتماعی به حساب می آید و عدم پذیرش آن میتواند موجبات اختلال در نظم عمومی در بخش معاملات و تامین نیازهای اجتماعی را فراهم کند. در برخی آرای قضائی قراردادهایی که موضوع آن سفارش ساخت و به اصطلاح پیش فروش است به عنوان قرارداد مستقل و منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته شد. (صادقی، ۱۳۹۳، ص. ۲۹۹).

ه- قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که در جواز معامله ساختمان هایی است که در زمان عقد وجود ندارند و به صورت پیش فروش مورد معامله قرار می گیرند. (ماده ۱). این قانون را می توان نمونه ای صریح از پذیرش معامله مال آینده در نظام حقوقی ایران دانست.

۴-۲- در نظام بانکی: در نظام بانکی ایران مصادیقی از معامله به مال آینده وجود دارد از جمله:

الف- بیع سلم و استصناع که به عنوان عقدی از عقود بانکی در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه پذیرفته شدند.

ب- مقررات مربوط به قرارداد ساخت، بهره برداری و واگذاری، مشهور به "بی او تی" موضوع ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام که نمونه ای از بیع استصناع دانسته شد. (صادقی، ۱۳۸۵، ش. ۲۸، ص. ۱۲۸-۱۳۰).

۴-۳- در نظرفقها و حقوق دانان: مهمترین نقطه ی اختلافی بین صاحب نظران در مورد معامله مال آینده پیرامون جایگاه جهل و غرر و معدوم بودن مبیع در زمان عقد است که به آن پرداخته شد و در ادامه به نظراتی که در جهت پذیرش این معامله بیان شده اشاره می شود.

الف- لزوم وجود مبیع در موارد عادی است (عین معین و کلی در معین) و عقد بیع می تواند سبب تملیک مالی قرار گیرد که در آینده بوجود می آید مانند فروش آپارتمان های ساخته نشده. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۶). در جایی که موضوع تعهد کلی است، می تواند به مالی تعلق گیرد که در آینده بوجود می آید. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص. ۱۷۵). در مورد مبیع کلی است لزومی ندارد که فروشنده مصدقی از آن را هنگام عقد داشته باشد بنابر این اگر شرکتی از کارخانه هواپیما سازی ده فروند هواپیما

بخرد که ظرف دوره مشخص تحویل داده شود ضرورتی ندارد که هنگام امضای قرارداد کارخانه هواپیما را داشته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۴).

ب- جعفری لنگرودی ضمن اطلاق "بیع آیدان" به معامله به مال آینده، و اینکه بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود خارجی ندارد براساس اصل حاکمیت اراده آنرا نافذ می داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ش. ۳۴۶۴).

ج- در عقد عهدهی مورد تعهد میتواند مالی قرار گیرد که پس از عقد موجود شود. (امامی، ۱۳۸۵، ص. ۲۲۱؛ صفایی، ۱۳۹۳، ص. ۴۰). بنابر این اگر کسی تعهد کند که کالایی را در مدت معین به دیگری تحویل دهد این معامله صحیح است اگرچه کالای مزبور هنگام معامله موجود نباشد. (صفایی، ۱۳۹۳، ص. ۴۰).

د- نظریه ای اگرچه قائل بر این است که اگر مورد معامله مال باشد باید موجود، معین و دارای منفعت عقلانی مشروع باشد و معامله به مالی که هنوز وجود پیدا نکرده و یا وجود داشته و در حال معامله معدوم شده باشد را صحیح ندانست، اما ضمن توجه دادن به نقش عرف و عادت اجتماعی در وضع مقررات، عقود و معاملات را زائیده احتیاجات اجتماع در امور معاش و نظام اجتماعی می داند که قسمتی از آنها در قوانین موضوعه تقریر و بعضی نیز منع و پاره ای نیز تقیید و یا به اخلاق واگذار می شود. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص. ۱۰۸). به عنوان مثال سفارش ساخت که از جهت موضوع مصداقی از مال آینده است از معاملاتی دانسته شد که در همه جوامع مورد نیاز است و استفاده از آن برای تامین نیازهای فردی و اجتماعی امری کاملاً رایج و مورد قبول عرف در هر کشور و هر ملتی دانسته شد. (صادقی، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۵).

ه- معامله بر عین کلی به اجماع فقها و تصریح روایات صحیح است و در حدیثی از پیامبر اکرم ص که به حکیم ابن حزام می فرماید: آنچه را که نزد تو نیست نفروش، معامله به عین شخصی را بیان می کند و شامل معامله به عین کلی نمی شود. (زراعت، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۲-۲۴۶-۲۴۷).

و- شرایطی که در مورد معامله معتبر است نسبت به اقسام گوناگون مورد معامله تفاوت می کند، اگر در مواردی که عین معین یا کلی در معین مورد معامله قرار می گیرد قبل از هر چیز باید وجود خارجی داشته باشد ولی در جایی که کلی در ذمه موضوع عقد است چنین شرایطی وجود ندارد در فروش کلی فی الذمه و موارد مشابه، هم مالکیت و هم متعلق آن اعتباری است و اگر چه وجود خارجی ندارد ولی وجود اعتباری برای درستی معامله کافی است. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳، ص. ۳۷۹-۴۰۷).

ز- از نظر محقق کرکی ملکیت عرضی از اعراض و به اصلاح فلسفی از مقولات متاصل است و همانگونه که سیاهی و سفیدی نیاز به محلی برای ظهور و بروز دارد، مالکیت نیز احتیاج به محل و موضوع دارد و تا ملکیت نباشد، تملیک هم که ایجاد مالکیت است، ممکن نخواهد بود. به تعبیر دیگر آنچه موجود نیست، مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست، تملکش غیر ممکن است. (کرکی، ۱۴۱۴، ص. ۱۴۵). مرحوم طباطبایی یزدی در پاسخ می گوید: در بیع کلی فی الذمه که چیزی حین عقد موجود نیست، معامله صحیح است یا اینکه در عقد اجاره مثلاً برای یکسال منافع تملیک می شود و عقد صحیح است در حالی که منافع در آینده حاصل می شود و چنین است وصیت به حمل آینده حیوان. این موارد نشان دهنده آن است که در حصول ملکیت احتیاجی نیست که موضوع از قبل وجود داشته باشد. (طباطبایی یزدی، بی تا، ص. ۲۰۹).

ح- نظریه امور اعتباری نیز در قبول معامله مال آینده و رفع ابهام از ایراد عدم وجود، محل توجه است که می گوید: ملکیت از امور اعتباری است و پیدایش آن فقط با اعتبار عقلاء امکان پذیر است، در نتیجه نمی توان ملکیت را با اموری چون سفیدی و سیاهی که نیاز به محل خارجی دارند قیاس کرد همانطور که ملکیت از امور اعتباری است، موضوع آن هم شاید

محل اعتباری باشد، چنانکه همه احکام و دستورات شرعی و غیر شرعی اعتباریات عقلایی هستند و شاید به اموری که صرفاً در اعتبار عقلاء موجود انگاشته می شوند، تعلق یابند و وجود اعتباری برای درستی معامله کافی است. (طباطبایی یزدی، بی تا، ص. ۲۰۹). به نقل از غروی اصفهانی در حاشیه المکاسب آمده است: ملکیت در معنای حقوقی خود امری اعتباری است که نیازی نیست موضوع آن بالفعل در خارج موجود باشد. اگر تملیک غیر موجود ممکن نباشد پس چگونه بیع کلی در ذمه را تجویز می کنند در حالیکه چیزی هنگام عقد وجود خارجی ندارد. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ص. ۷۰).

نتیجه

منظور از مال آینده مالی است که در زمان عقد وجود ندارد اما قابلیت موجود شدن را دارد. در نظام فقهی و حقوقی ایران مواردی مانند کلی فی الذمه، سلم، استصناع و قانون اخیر پیش فروش ساختمان از جهت وضعیت مبیع در زمان عقد مصادیقی از مال آینده محسوب می شوند.

معامله ی مال آینده در گذشته محدود به نیازهای شخصی و جزئی بوده است اما امروزه در سطح وسیع و گسترده مورد استفاده عموم، دولتها، شرکتهای و کارخانجات تولیدی است و به ابزاری مهم برای تامین نیازهای آتی تبدیل شده است تا جایی که در بسیاری از موارد امکان تامین نیازهای یک جامعه در خارج از آن میسر نیست. مانند قراردادهای مربوط به پیش خرید هواپیما که کشور سازنده بعد از انعقاد قرارداد اقدام به تولید آن می کند. این معامله امروزه در بسیاری از نظام های حقوقی و بین المللی جای مستقلی برای خود یافته است و در صحت آن نزد عقلاء و تجار و عرف بین المللی هیچ جای تردیدی نیست. عمده ایرادهای وارده بر معاملاتی که موضوع آن در زمان عقد وجود ندارد ایراد معدوم بودن مبیع و حاکمیت جهل و غرر و خطرات ناشی از آن است که با توجه به پیشرفت علوم در معرفی کالاها و توصیف آنها بطور کامل خصوصا در مورد کالاهای صنعتی، ایراد جهل و غرر بر معاملات مال آینده اصولا نمی تواند صادق باشد و اطلاق عنوان بیع معدوم بر آن نیز با توجه به پذیرش مصادیقی از آن در شرع و قانون (کلی فی الذمه، سلم و استصناع) و تعبیراتی که از آن ارائه شده، خصوصا نظریه وجود اعتباری و نظرات فقهی و حقوقی در ممکن بودن آن با شرط ممکن الوجود بودن در زمان وعده نیز محلی از اعراب نمی تواند داشته باشد.

برای جواز معامله مال آینده یا پذیرش جایگاه مستقل آن، می توان از باب اجتهاد و ارائه تفسیر و تعبیر جدید در عبارات و مقررات و مصادیق فعلی بهره جست که نظریه وجود اعتباری می تواند نمونه بارزی از آن باشد و یا همانند برخی کشورها به وضع موادی صریح برای آن پرداخت. اقدامی که قانون گذار ایران در مورد پیش فروش ساختمان در سال ۸۹ صورت داد. نظام حقوقی موفق نظامی است که بتواند همراه و همگام و حتی سریعتر از تحولات زمان گام بردارد و راه را برای تسهیل امور خصوصا درجایی که پای نیازهای عمومی جامعه در میان است، باز نماید.

فهرست منابع

- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم (۱۳۶۸ق). نظریه العقد، بی جا، مطبع السنه المحمديه.
- ابن منظور، (۱۴۱۴). لسان العرب، بیروت، دار صادر، جلد ۵.
- الترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۱۵). الجامع الصحیح، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- اشقر، محمد سلیمان (۱۴۱۸). بحوث فقهیه فی قضايا اقتصادیه معاصره، اردن، دارالفائس.
- اصغری آق مشهدی، فخرالدین (۱۳۹۱). درآمدی بر حقوق مالکیت معنوی، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران.
- امامی، حسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه، جلد ۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۶). مکاسب، قم، منشورات دارالحکمه.
- ایاب، السعد (۲۰۰۷). القانون المدنی العقود المسمى الجزء الاول، لبنان، منشورات زین الحقیقه.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی، تهران، انتشارات مجد.
- پارساپور، محمدرضا (۱۳۹۳). تحلیل فقهی و حقوقی صکوک استصناع، فصلنامه حقوق خصوصی ۳، ۳۲۷-۳۴۴.
- پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۵). انتقال مالکیت در بیع مال آینده، مجله حقوقی عدالت آراء، ۴ و ۵، ۷۸-۳۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). فرهنگ عناصر شناسی - حقوق جزا و مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- بی نام (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- بی نام (۱۳۸۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، جلد ۲.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۵). حق و تکلیف در اسلام، قم، مرکز نشر اسراء.
- الجوزیه، محمد بن ابی بکر (ابن قیم) (بی تا). اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت، دارالحیل.
- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن (۱۴۰۳). وسائل الشیعه، تهران، انتشارات اسلامیه، جلد ۱۳.
- حسینی خامنه ای، سید علی ابن جواد (۱۴۲۴). اجوبه الاستفتائات، قم، انتشارات دفتر معظم له.
- حسینی شیرازی، محمد (۱۴۱۴). البیع، بیروت، دارالعلوم.
- حسینی المرغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه، قم، موسسه النشر الاسلامی، جلد ۲.
- خمینی، روح الله (۱۴۱۵). البیع، قم، موسسه النشر الاسلامی، قم، جلد ۱.
- بی نام (۱۳۸۹). صحیفه امام، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، جلد ۲۱.
- دانشنامه جهان اسلام (۱۳۷۹). تهران، بنیاد دائره المعارف اسلامی.
- داوودآبادی فراهانی، محمد ابراهیم، و قیوم زاده، محمود (۱۳۹۵). بیع مال آینده، پژوهش های فقهی، ۴، ۷۹۷-۸۲۰.
- دزفولی، مرتضی ابن محمد (۱۴۱۱). کتاب مکاسب شیخ انصاری، قم، منشورات دارالذخائر.
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸). مطالعه تطبیقی غرر در معامله، قم، پژوهشکده فقه و حقوق.
- زراعت، عباس (۱۳۹۰). شرح مبسوط مکاسب شرایط طرفین عقد بیع، تهران، انتشارات جنگل.
- السرخسی، محمد (۱۴۱۴). المبسوط، بیروت، دارالکتب العلمیه، جلد ۱۲.
- السنهوری، عبدالرزاق (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، جلد ۴.
- سیفی زیناب، غلامعلی، و حسن زاده، منصوره (۱۳۸۸). استصناع در فقه و حقوق، تحقیقات حقوقی، ۵۰، ۲۱۸-۱۶۱.

- شریعتی سبزواری، محمدباقر (۱۳۸۵). تحریری بر اصول فلسفه و روش رئالیسم علامه سید محمد حسین طباطبائی با پاورقی شهید مطهری، قم، موسسه بوستان کتاب.
- شهبندی، مهدی (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۶ عقود معین، تهران، انتشارات مجد.
- بی نام (۱۳۹۳). حقوق مدنی ۱ تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، جلد ۱.
- صادقی، محسن (۱۳۸۵). بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری (بی او تی) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (پرتال جامع علوم انسانی)، ۳۸، ۱۲۱-۱۵۵.
- صادقی، محمد (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق، تهران، انتشارات خرسندی.
- الصاغر جی، اسعد محمد سعید (۱۴۲۰). الفقه الحنفی و ادلته، بیروت، دارالکلم الطیب.
- صفائی، سید حسین (۱۳۹۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، جلد ۲.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶). سوال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا). ملحقات العروه الوثقی، قم، مکتبه داوری.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۱۱). الخلاف، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (حر)، محمد بن حسن، (بی تا). وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت ع، جلد ۱۷ و ۱۸.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۹). جامع الشتات، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، جلد ۲.
- بی نام (۱۳۸۴). دوره عقود معین ۱ حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- بی نام (۱۳۸۸). اموال و مالکیت، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- الکاسانی، ابی بکر بن مسعود (۱۴۱۷). بدائع الصنایع فی ترتیب الشرایع، بیروت، موسسه التاریخ العربی، جلد ۳.
- کرکی، علی ابن الحسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه آل البيت .
- کریمی، عباس، و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۷۹). معامله به مال آینده، مجله حقوقی دادگستری، ۹۰، ۱۲۷-۱۰۱.
- ماهاتیر، محمد (۱۳۹۰). اسلام دانش و مسائل بین المللی، تهران، موسسه خدمات فرهنگی رسا.
- محقق داماد، سید مصطفی، قنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۶). حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، انتشارات سمت، جلد ۱.
- بی نام (۱۳۹۳). حقوق قراردادها در فقه امامیه توافقی اراده ها و شرایط متعاقدين و مورد معامله، تهران، سمت، جلد ۲.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۱). مجموعه آثار ۵ بخش فلسفه، تهران، انتشارات صدرا.
- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱). فقه الامام الصادق، قم، موسسه انصاریان، جلد ۳.
- مهریزی، مهدی (۱۳۷۶). فقه حکومتی، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم انسانی، ۴، ۱۶۵-۱۴۱.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۳۴). جواهر الکلام، قم، موسسه النشر الاسلامی، جلد ۲۲.
- بی نام (۱۴۱۲). جواهر اکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، جلد ۸.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷). عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸). استصناع، مجله فقه اهل بیت ع، ۲۰ و ۱۹.

بی نام (۱۴۲۴). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ع، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ع، برگرفته از برنامه نرم افزاری جامع فقه اهل بیت ع. جلد ۲.

Jurisprudential and legal reasons for the validity of the future goods transaction

abstract

Transaction of future property means a transaction to property that the seller does not have at the time of the contract, but usually has the ability to exist, and the context of this existence is valuable in custom and should be considered property or as property and its transaction is considered correct. They can be movable, immovable or in the category of rights, and each can be of a personal type, ie products that are ordered by the buyer and produced for him, or of a general type that are mass-produced and the seller among them Be the type and amount desired by the buyer and submit to him. Which differ in matters such as the time of transfer of the seller to the buyer and the creation of the right of termination. One of the important issues regarding the transaction of future property is the theory of its invalidity due to the rule of arrogance and ignorance and the transaction of extinction. The purpose of this article is to critique these views and provide reasons for their validity. In this regard, some jurisprudential and legal views, including the theory of the existence of credit and legal documents in the Iranian legal system, such as Salm, Istisna 'and general on duty, and customary and rational documents were cited. Emphasizing the need to pay attention and accept these transactions and that not accepting it means ignoring an existing truth and an obvious need that causes hardship for individuals and society.