

وجود اعتباری مبیع^۱

علمی - پژوهشی

رضا شعبانی شه بندی *

احمد امیر معزی **

سید عسگری حسینی مقدم ***

چکیده

وجود اعتباری معنا و مفهومی وسیع‌تر از مفهوم وجود است که از شرایط اساسی صحت عقد در معاملات است. وجود اعتباری مبیع در بیان حالتی از بیع است که مورد معامله در زمان عقد وجود عینی و خارجی ندارد اما برای آن با تحقق شرایطی، وجود اعتبار می‌شود. در مورد جایگاه شرعی و قانونی معامله به مال آینده نظراتی است از جمله نظریه باطل بودن این معاملات به دلیل معدوم بودن مبیع و حاکمیت جهل و غرر مستند به احادیث "لا تبع ما لیس عندک" و "نهی النبی ص عن بیع الغرر" و فقدان یکی از شرایط اساسی صحت عقد. هدف این مقاله نقد این نظرات و ارائه دلایل صحت آن با محوریت نظریه وجود اعتباری است که معامله مال آینده را با شرط ممکن الوجود بودن و امکان تحقق در زمان ایفای تعهد صحیح دانسته است. در نظام فقهی و حقوقی ایران مواردی مانند سلم، استصناع، کلی فی الذمه را از جهت وضعیت موضوع در زمان عقد، می‌توان از مصادیق معامله به مال آینده دانست.

کلید واژه‌ها: مال غیر موجود، وجود اعتباری، ممکن الوجود، استصناع

^۱ تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۰۸/۱۳ تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۷/۱۰)

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران
rezashabani0v@yahoo.com

** استادیار موسسه آموزش عالی ادیب مازندران، ساری، ایران (نویسنده مسئول)
studentresearch.moezzi@gmail.com

*** استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران
dhoseini@gmail.com

۱- مقدمه

جامعه جهانی در مسیر تکامل خود با تحول‌های سریع و گسترده‌ای روبرو است و در این مسیر مفاهیم، اعمال و رفتار جدیدی را ظاهر می‌سازد که علوم مرتبط برای ادامه حیات و سازگاری با این تغییر و تحول‌ها چاره‌ای جز انطباق با آن ندارند.

طرح موضوع ضرورت تحول در فقه از ناحیه امام خمینی نیز در مقام توجه به همین واقعیت‌ها و تحول‌هایی است که شورای نگهبان را به نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری توجه می‌دهد و می‌گوید: تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم 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 تصمیم‌گیری است. (مهریزی، ۱۳۷۶، ۴۵).

علم حقوق نیز به عنوان یکی از علوم اجتماعی بیگانه از این تحولات نیست و نمی‌تواند خود را همگام و همراه با این تحولات نسازد و نمی‌تواند با نادیده گرفتن آنها به حیات موثر خود ادامه دهد. وظیفه علم حقوق تحقق عدالت اجتماعی در سایه نظم دادن به امور و پاسخ‌گویی به نیازهای روز جامعه است بنابراین اصل لزوم همراهی غیر قابل انکار و تردید است. اما این همراهی و ایجاد بستر لازم می‌تواند از دو مسیر اتفاق بیافتد. ۱- نظام حقوقی بپذیرد که در مقام انطباق با تحول‌ها دائماً "شاهد تغییر باشد که در این صورت شاهد یک نوع بی‌نظمی و عدم ثبات خواهیم بود که زبینه نظام حقوقی که به دنبال ایجاد ثبات و نظم عمومی است، نمی‌باشد. ۲- از رهگذر تفسیر خود را در مقام انطباق با اعمال، وقایع و تحول‌های اجتماعی قرار دهد که در این صورت نه تنها خللی بر نظم اجتماعی در سایه ثبات قواعد حقوقی ایجاد نمی‌کند بلکه ضمن پاسخ‌گویی و مطابقت با تحول‌ها، پویایی خود را نیز حفظ و دنبال می‌کند. امری که در دکترین و نظام‌های حقوقی از آن به رجوع به "روح قوانین" نیز تعبیر شده است و از اصول تفسیر دانسته شد.

ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ یک نمونه از مستندهای قانونی برای استفاده از این ابزار بود. (کاشانی، ۱۳۹۴، ۲۴ و ۲۵). این ماده قانونی اگر چه برابر اصل ۱۶۷ قانون اساسی کنار گذاشته شد ولی با پذیرفته شدن اصول حقوقی به عنوان یکی از منابع قابل استناد در ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، با اندکی دقت می‌توان دریافت که جواز رجوع به "روح قانون" در نظام

حقوقی ایران همچنان وجود دارد، زیرا یکی از منابع معتبر اسلامی "عقل" است و التزام‌های عقلی در واقع همان "روح قانون" یا معانی و هدف‌هایی است که در پس پرده‌ی الفاظ قانون وجود دارد و به نیروی‌های عقل کشف می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۵۱۷).

نظریه وجود اعتباری مبیع که موضوع این نوشته است یکی از نمونه‌های بکارگیری ابزار تفسیر در رفع موانع پیش روی معاملات اموالی است که در زمان عقد وجود ندارند، لیکن به حکم عقل برای آنها مصداق اعتبار شده است و در آن ضمن اینکه اصل و لزوم وجود مبیع بطور کل مورد انکار و تردید واقع نشده است، وجود اعتباری آن با شرط ممکن الوجود بودن کافی دانسته شد که می‌تواند در کنار دیگر ابزارهای عقلی و نقلی و مصادیق معاملات به مال غیر موجود مانند سلم و استصناع در جهت اعتبار بخشی به معاملات به مال آینده مورد توجه و استناد قرار گیرد و پاسخ گوی ابهام‌های ایجاد شده باشد. علاوه بر آن ضرورت طرح این موضوع در این است که هنوز که هنوز است عقود مربوط به معاملات مال آینده در نزد مراجع صالح تنظیم اسناد و قراردادهای مانند دفاتر اسناد رسمی جایگاه خاص خود را نیافته و حاضر به تنظیم آن نیستند و در بین انواع اسناد پیش‌بینی شده در سامانه ثبت نیز محلی برای آن پیش‌بینی نشده است به غیر از قراردادهای مربوط به پیش فروش ساختمان موضوع قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که آن هم عملاً و به غیر از موارد بسیار نادر به مرحله اجراء در نیامد و همچنان در هاله‌ای از ابهام و بن بست‌های اداری و قانونی قرار دارد.

۲- شرط وجود مورد معامله و تشکیک در مشروعیت معامله‌ی مال آینده

اساسی‌ترین رکن هر قرارداد را "مورد معامله" تشکیل می‌دهد، چرا که معامله و تعهد بدون موضوع، هم چون جسم بی جان محسوب می‌شود. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ۱۴). شبهه اساسی که برای مشروعیت معامله‌ی مال آینده مطرح شد عدم موجود بودن آن در زمان عقد است که از آن به بیع معدوم نیز تعبیر شده و مقصود از آن مالی است که هنگام عقد وجود ندارد و در فقه اسلامی باطل دانسته شد. (دانشنامه جهان اسلام، ۱۳۹۷، ۲۳۷). و حدیث نهی "بیع ما لیس عندک" که به موجب آن پیامبر اکرم ص از فروش چیزی که نزد انسان نیست نهی کرده‌اند مورد استناد این نظریه است از آن جهت که فروش مال معدوم در قیاس با مال موجودی که نزد صاحبش نیست به بطلان سزاوارتر دانسته شد. (السرخسی، ۱۴۲۱، ۱۱۹). معامله غرری معامله خطرناک دانسته شد که عرف به آن دست

نمی زند (صفایی، ۱۳۹۳، ۱۳۳) و حدیث معروف "نهی النبی عن بیع الغرر" در بیان آن است و نتیجه آن نیز بطلان معامله می باشد. (کریمی، ۱۳۹۴، ۱۰۶؛ عمارلو و همکاران، ۱۴۰۳، ۱۲۰). و فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله، یعنی موجود نبودن کالا موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی.

بسیاری از فقهای امامیه بیع مال معدوم و حتی فراتر از آن هر نوع معامله ای نسبت به مال غیر موجود از جمله هبه و وقف مال معدوم را باطل دانسته اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۵۶). در مذاهب اهل سنت نیز بسیاری از فقیهان حنفی و حنبلی با استناد به پاره ای از روایات، یکی از شروط معقودعلیه را موجود بودن آن حین عقد دانسته و معتقدند در صورتی که مبیع یا مال موهوب و مرهون وجود نداشته باشد عقد باطل است. (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۴، ۱۰۱). شیخ طوسی در کتاب الخلاف استصناع چکمه، کفش و ظرف هایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می شود را روا نمی داند و دلیل بطلان را علاوه بر اجماع عدم وجوب تسلیم کالای مورد قرارداد، مجهول بودن کالای مورد قرارداد می داند به گونه ای که نه با دیدن مشخص گردید و نه ویژگی آن توصیف شده است، پس منع از قرارداد مزبور لازم است. (نظرپور و محمدی، ۱۳۹۰، ۵۳). و از شرایط لازم برای صحت عقد وجود مورد معامله است و معامله به مال غیر موجود مشمول حکم مربوط به بیع "مالیس عندالانسان" است که فروش آن در قیاس با مال موجودی که در نزد صاحبش نیست به بطلان سزاوارتر است. (سیفی زیناب و حسن زاده، ۱۳۸۸، ۱۹۳). عدم امکان تملیک در بیع معدوم در عقود تملیکی (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۰۹، ۱۳۹۴). و عدم تحقق عوض بدون وجود محل (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸، ۲۰۴). و فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله، یعنی موجود نبودن کالا موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی که از دیگر ایرادات وارده بر این معامله دانسته شد.

در مقابل، نظرات و مستندات فقهی، حقوقی و هم چنین مصادیقی از معاملات مانند اثمار، سلم و استصناع وجود دارد که در آنها مورد معامله در زمان عقد وجود ندارد اما مورد تایید شرع و قانون گذار ما قرار گرفته است. که دلالت بر پذیرش معامله به مال آینده (به شرط ممکن الوجود بودن) دارد. به بیان دیگر مطابق این نظرات صرف فقدان مبیع در زمان عقد نمی تواند مانع انجام معامله و حاکمیت جهل و غرر و بطلان آن باشد. به عنوان مثال فقها در صحیح و جایز بودن سلم اتفاق دارند و برای اثبات آن به کتاب، سنت و اجماع استدلال نمودند. از قرآن کریم به آیه ۲۸۲ از سوره بقره استناد شد که می فرماید: ای کسانی که ایمان آورده اید هنگامی که بدهی مدت داری به یکدیگر پیدا می کنید آن

را بنویسید. با این تفسیر که دین در این آیه عام و شامل دین سلم نیز دانسته شد زیرا دین هر چیزی است که در ذمه قرار گیرد. (صادقی، ۲۴، ۱۳۹۳). واستناد به اجماع فقها و حدیثی از حکیم ابن حزام که از پیامبر اسلام نقل شده که منظور از "لاتبع ما لیس عندک" معامله به مال شخصی است و شامل معامله به عین کلی نمی‌شود. (زراعت، ۱۳۹۰، ۲۴۲). و در مورد اثر ناشی از جهل، شامل جهل و غرری دانسته شد که منجر به خطر گردد آن هم خطری که عرفاً قابل مسامحه نباشد و عرف عقلاء از آن اجتناب کند و خطری که از نظر عقلاء و عرف محل توجه نباشد غرر محسوب نشده و محل در صحت عقد نخواهد بود. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲/ ۳۱۴). و این که معامله بر سر معدوم غرری و باطل است، مطلق نیست، می‌توان آن چه را که زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، اما عادتاً نسبت به وجود آن در آینده علم داریم، معامله نمود. در چنین مواردی غرر نیست و در نتیجه معامله صحیح است، مانند بیع سلم و استصناع. (الضریر، ۱۴۱۴، ۲۸). طباطبایی یزدی ضمن اشاره به بیع کلی فی الذمه که چیزی حین عقد موجود نیست و صحیح دانسته شد و بیان مصادیقی دیگر از آن مانند وصیت به حمل آینده و اجاره منافع آینده، این نظر را ارائه می‌دهند که در حصول ملکیت احتیاجی نیست که موضوع از قبل وجود داشته باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲۰۹/۱). اگر مبیع در اصل، غیر موجود یا امکان وجود آن در آینده منتفی باشد بیع باطل خواهد بود. (سنه‌وری، بی تا، ۱۹۱ و ۱۹۲).

از دلائل دیگر در تائید و پذیرش معامله مال غیر موجود، نظریه وجود اعتباری است که در آن صرف وجود اعتباری مبیع با وجود شرایطی مانند ممکن الوجود بودن در سر وعده برای صحت عقد کافی دانسته شد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ۲۰۹/۱). که ادامه این نوشته پیرامون این نظریه، مفهوم، ماهیت و اهمیت آن در امور اجتماعی و حقوق است.

۳- مفهوم وجود واقسام آن

در میان شرایط اساسی که برای صحت معاملات بیان شده نقش و اهمیت موضوع مورد معامله و در راستای آن جایگاه وجود مبیع بیشتر از دیگر موارد است از این جهت که هدف اصلی در معامله در نهایت تملیک مورد معامله است.

۳-۱- مفهوم وجود

وجود در لغت به معنی حقیقت، واقعیت و هستی و بودن است که از جمله به وجود بالفعل یعنی وجودی که در مرحله امکان بوده و به فعلیت رسیده است و وجود بالقوه که به وجودی که ممکن است آثار به آن مترتب شود، تعریف شده است. (زکریایی، ۱۳۹۰، ۵۴۹).

۳-۲- اقسام وجود (حقیقی و اعتباری)

- از تقسیمات وجود، تقسیم آن به وجود حقیقی (اصلی) و اعتباری است. (جوادی آملی، ۱۳۸۷، ۳۴). وجود، یا حقیقت و تحقق بالذات در خارج دارد که به آن اصل می‌گویند یا حقیقت و تحقق بالذات ندارد و تحققش با واسطه است که به آن اعتباری می‌گویند. (جوادی آملی، ۱۳۸۷، ۳۴؛ طباطبایی تبریزی، ۱۳۸۵، ۲۷۷). به اعتبار افعال ارادی انسان نیز حقیقی عبارت از وجودی است که تحققش به اعتبار و اراده انسان وابسته نیست و اعتباری شامل وجودی است که با اعتبار و اراده انسان تحقق و وجود می‌یابد. وجود اعتباری شامل افعال ارادی انسان است و وجود حقیقی شامل همه موجودات دیگر است که بدون نیاز به اراده انسان محقق‌اند. (جوادی آملی، ۱۳۸۷، ۳۴).

باید برای اعتبار به بهره‌ای از وجود هر چند ضعیف معتقد بود. همین که در لحظه اعتبار چیزی محقق می‌شود و این اعتبار واسطه تحقق حقیقی دیگر در عالم است نشان می‌دهد این اعتبارات معدوم محض نیستند و بهره‌ای از وجود دارند. (جوادی آملی ۱۳۸۳، ۴۲۴ و ۴۲۶). و نظریه ای، وجود اعتباری را به معنای وجود خارجی نداشتن و صرفاً ذهنی بودن نمی‌پذیرد و آن را مطابق واقعیت می‌داند. به این بیان که نه موجودات حقوقی نظیر عقود و نه موقعیت طرف‌های متقابل حقوق و تعهدات اعتباری به آن معنا که وجود خارجی نداشته باشند و صرفاً ذهنی باشند، نیستند. آن‌ها دارای واقعیت‌اند و قوانین و مقررات و قراردادهای شفاهی و کتبی مردم، صورت لفظی و بیان آن واقعیت‌اند. (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، ۳۷ و ۴۷). این نظریه در ادامه می‌گوید: در حقوق به پدیده‌هایی بر می‌خوریم که نمی‌توانیم بگوئیم واقعیت ندارند و صرفاً ذهنی هستند. وقتی دو نفر با صرف انرژی و با قصد انشاء در انتقال مالکیت و مسلط کردن دیگری به مال خود قراردادی را منعقد می‌کنند، چرا آن عقد "وجود" و به تعبیر دیگر واقعیت نداشته باشد و صرفاً ذهنی محسوب می‌شود؟ لازم نیست عقد دارای جرم و وزن و ابعاد باشد تا موجود تلقی شود عقد واقعا با ترکیب دو اراده (ایجاب و قبول) تحقق می‌یابد و وجود پیدا

می‌کند. (صادقی نشاط، ۱۳۹۵، ۴۳). علامه طباطبایی ضمن تاکید بر اینکه ما در صحنه فعالیت خود با خارج کار داریم و واقعیت خارج را می‌خواهیم، می‌افزایند: پس ناچار به علم، اعتبار واقعیت داده ایم، یعنی صورت ادراکی را همان واقعیت خارج می‌گیریم و آثار خارج را از آن علم و ادراک می‌شمایم. پس باید قضاوت کرد که انسان و هر موجود زنده هیچگاه از اعتبار دادن به علم (مقابل تردید مطلق) مستغنی نیست و به حکم اضطراری غریزی به علم اعتبار خواهد داد. یعنی صورت علمی را همان واقعیت خارج خواهد گرفت. (طباطبایی تبریزی، ۱۳۵۰، ۲۰۰ و ۲۰۱).

۴- نظریه وجود اعتباری مورد معامله

از جمله دلایل ارائه شده در رد نظریه بطلان معامله به مال غیر موجود در زمان عقد (بیع معدوم) نظریه وجود اعتباری است. که در خارج مصداق واقعی ندارند لیکن عقل برای آن‌ها مصداق اعتبار می‌کند. (مطهری، ۱۳۸۲، ۵۸). و منتزع از واقعیت‌ها و حقایق موجود در عالم‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۱۶۸). در این نظریه اصل و لزوم وجود مبیع بطور کل مورد انکار و تردید واقع نشده است بلکه وجود اعتباری آن کافی دانسته شد. البته با شرط ممکن الوجود بودن و به عبارتی دیگر، امکان تحقق آن در زمان ایفاء تعهد یا در زمان تسلیم باشد. لازمه پذیرش نظریه وجود اعتباری عدول از نظریه‌ای است که مطلقاً قائل بر لزوم وجود مادی و محسوس کالا در زمان عقد است، اما باید پذیرفت که امروزه و خصوصاً در علوم و امور اجتماعی از جمله امور حقوقی، امور اعتباری که مفهوم وجود نمونه‌ای از آن است از اهمیتی بیش از گذشته برخوردار شده و نفی آن غیرممکن و از موجبات عسر و حرج برای جامعه خواهد بود. و مردم خصوصاً دولتها را با چالش عظیم در تامین نیازهای عمومی مواجه می‌کند. ضمن اینکه با پذیرش معنای محدود و مضیق از وجود، اگرچه ظاهراً برابر قاعده عمل نمودیم، اما با توجه به واقعیات موجود در معاملات خرد و کلان امروز و اینکه بسیاری از اموالی که امروزه مورد معامله قرار می‌گیرند از نظر وجود، در تعبیر ارائه شده و مضیق جایی ندارند در حالی که بطور وسیع در جریان است و عرف جاری خصوصاً عرف خاص تجار و عقلای جامعه به وضوح آن را پذیرفته و به آن عمل می‌کند، نه تنها نتوانستیم گره‌ای از کار مردم بگشائیم که علم حقوق را که باید پاسخ‌گوی نیازهای واقعی و جاری مردم باشد را به سدی در پیشبرد امور جامعه تبدیل نمودیم. مانند استصناع که مصداقی از قرارداد به کالای غیر موجود در زمان عقد است که عملاً مردم در تمامی زوایای زندگی با

آن سروکار دارند و در زندگی روزمره از آن استفاده زیادی می‌نمایند و در صورت بطلان این قراردادها، نظم زندگی افراد در اجتماع دچار اخلال می‌شود. (صادقی، ۱۳۹۳، ۳۰۴).

علما و نویسندگان حقوقی نیز با ارائه تعریف و تعبیر وسیع از وجود، گامهای موثری را در این جهت برداشتند. به این صورت که از نظریه ضرورت موجود بودن کالا در زمان عقد در هر حال و صورت، دست برداشتند و آن را صرفاً در موردی که مورد معامله عین معین یا در حکم معین باشد ضروری دانسته و در مواردی مانند کلی فی الذمه که کالا در زمان عقد موجود نیست اهمیت را در توانایی و امکان اجرای تعهد و ممکن الوجود بودن مورد معامله در زمان تعیین شده دانستند چنانکه سازمان‌های صنعتی و تجاری بطور معمول فرآورده‌های آینده خود را می‌فروشند، یعنی در واقع مالی موضوع تعهد قرار می‌گیرد که در آینده بوجود می‌آید. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۷۲/۲). از این جهت در جایی که موضوع تعهد کلی است جایز دانسته شد که معامله به مالی تعلق گیرد که در آینده بوجود می‌آید. مانند فروش صد دستگاه اتومبیل بطور کلی، یا حق نشر کتابی را که در آینده تالیف می‌شود که این هم در حکم کلی دانسته شد، و به مولف حق داده شد که بتواند کتابی را که در آینده می‌نویسد به ناشر واگذار کند. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۷۵/۲). با همین نگرش است که علمای حقوق در جایی که مورد معامله کلی فی الذمه باشد و در هنگام عقد، جنس آن کلی موجود نباشد را پذیرفتند با این قید که در زمان تسلیم مورد معامله، بوجود آید، مانند آنکه شخصی ده تن برنج از محصول جدید به دیگری می‌فروشد که شش ماه بعد به او تسلیم کند. (شهیدی، ۱۳۸۴، ۲۰). و استصناع که منعی از آن در شریعت وارد نشده نوعی تملیک کلی فی الذمه دانسته شد، نه معدوم شخصی و بیع کلی فی الذمه در فقه شیعه جایز و صحیح است و انحصار به بیع سلم ندارد زیرا نهی شرعی از بیع کلی ثابت نشده است. و نهی پیامبر ص نیز شامل بیع مال شخصی است نه کلی. (خادمی کوشا، ۱۳۹۴، ۱۸).

در نقد نظری که ملکیت را هم چون سایر اعراض نیازمند وجود موضوع دانسته که نمی‌تواند به چیزی که وجود خارجی ندارد تعلق گیرد مانند کلی فی الذمه که شئی معدوم است و انتساب ملکیت بر شئی معدوم معقول نیست، آمده است که: حقیقت ملکیت چیزی جز اعتبار عقلا نیست. به عبارت دیگر ملکیت رابطه‌ای است اعتباری میان شخص و چیزی که در ید اوست و این رابطه واقعیتی ورای جعل ندارد. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۶۸). در فروش کلی فی الذمه و موارد مشابه، هم کلیت و هم متعلق آن اعتباری است و اگرچه وجود خارجی ندارد ولی وجود اعتباری برای درستی معامله کافی

است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ۴۰۷-۳۷۹).

برخلاف محقق اصفهانی که ملکیت را یک رابطه انتزاعی و نیازمند منشاء انتزاع در خارج دانسته است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۶۸). آمده است، همانگونه که ماهیت این رابطه اعتباری است، طرف رابطه نیز می‌تواند اعتباری باشد عقلا برای کلی نوعی وجود اعتبار می‌کنند که می‌تواند بدون ملکیت تعلق گیرد. به عبارت دیگر در کلی فی الذمه دو اعتبار وجود دارد یکی در اصل وجود کلی و دوم در ملکیتی که به آن تعلق گرفته است، درست همانند وجوب و حرمت که به کلیه افعال قبل از آنکه تحقق خارجی پیدا کنند تعلق می‌گیرد. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳). در اعتبار عقلایی به معنی قرارداد عقلایی، قراردادکنندگان بر طبق یک مصلحتی و بر طبق یک غایت قرارداد می‌بندند که فلان قانون را معتبر بدانند و محترم بشمارند. مثل اعتبار مالکیت که یک امر قراردادی اجتماعی است و جامعه آن را اعتبار کرده است. (زکریایی، ۱۳۹۰، ۹۸). و اعتبار زوجیت میان دو انسان یا اعتبار مالکیت و مملوکیّت میان یک انسان و یک شیء که یک امر قراردادی است و امر قراردادی وضع و رفعش به دست خود قراردادکنندگان است. (زکریایی، ۱۳۹۰، ۹۷). شیخ الشریعه اصفهانی در توضیح بیع کلی پس از آنکه اشاره می‌کند که متبادر از اطلاق مبیع آن است که باید عین باشد نه منفعت و نه حق، به تقسیم مبیع به عین و کلی در ذمه اشاره می‌کند و اشکال مذکور بر مبیع کلی در ذمه را به تفصیل بیان نموده و با تمسک به امور اعتباری به آن پاسخ می‌دهد. او در پاسخ به این اشکال که ملکیت که با عقد و ایجاب و قبول ایجاد می‌شود همانند اعراض است و باید یک متعلق خارجی داشته باشد حال اگر مبیع کلی در ذمه باشد وجود خارجی ندارد پس معدوم محض می‌باشد بنابر این چگونه می‌تواند ملک و مال باشد تا انشای تملیک و عقد بیع به نحو فعلی بر آن واقع شود؟

می‌گوید: اساساً ملکیت از امور اعتباری است نه از امور متاصل خارجی (همچون قیام و قعود و شیرینی و ترشی) پس مانعی ندارد که متعلق آن (مبیع) نیز امری اعتباری و موجود مفروض و اعتباری باشد. و پاسخ دوم اینکه به نظر ایشان صحیح و حق این است که مقتضای اینکه مبیع، عین باشد این نیست که عین خارجی بالفعل باشد. بلکه می‌توان بیع را جاری کرد بر مبیعی که در آینده به نحو عینی و خارجی تحقق می‌یابد و این اثر خودش را دارد و روشن است که در مبیع شرط نیست که ضرورتاً امری فعلی باشد و همچنین این اشکال که ملکیت بر معدوم برای بایع حاصل نیست و مال بر معدوم صادق نیست پیش نمی‌آید زیرا ملکیت رابطه‌ای اعتباری بین مالک و عین است که همین رابطه

اعتباری ملکیت بین بایع و مبیع فی الذمه وجود دارد جز آنکه تحقق خارجی اش در آینده است و مالیت هم دارد چون مالیت نزد عقلاء به این است که در ازای آن مالی بدهند و در اینجا نیز عقلاء در مقابل مبیع کلی در ذمه‌ای که مترقب الحصول است، مال پرداخت می‌کنند. (اصفهانی، ۱۳۹۸، ۲۱۳ و ۲۱۴ و ۱۵۲).

غروی اصفهانی ملکیت را در معنای حقوقی خود امری اعتباری دانسته است که نیازی نیست موضوع آن بالفعل در خارج موجود باشد و لذا منعی ندارد که یکی از طرفین آن (مملوک یا مالک) کلی باشد. البته لازم است که متعلق ملکیت در نظر عقلا قابلیت آن را داشته باشد که اعتبار به آن تعلق گیرد. (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ۷/۱). با این استدلال که اگر تملیک غیر موجود ممکن نباشد پس چگونه بیع کلی در ذمه را تجویز می‌کنند، در حالیکه چیزی هنگام عقد وجود خارجی ندارد. همچنین میوه را قبل از بروز آن بر درخت، به مدت مثلاً دو سال یا با ضمیمه می‌فروشند و یا در عقد اجاره، منافع را از هم اکنون تملیک می‌کنند، در حالی که منافع به صورت تدریجی تحقق می‌یابد، چنانکه وصیت به حمل آینده‌ی حیوان و مانند آن را نیز پذیرفته‌اند، همه این موارد نشان می‌دهد که در پیدایش ملکیت نیازی نیست که موضوع از پیش موجود باشد. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳، ۴۰۵/۲). در پاسخ عقیده‌ای که جواز انجام اموری همانند فروش میوه‌ها را صرفاً آمادگی و استعداد برای مالکیت می‌داند و اینکه در اثر عقد، یک وضعیت حقوقی ویژه بوجود می‌آید که بر اساس آن، خریدار پس از پیدایش میوه، مالک آن می‌گردد، نه آنکه پس از عقد بلافاصله خریدار، مالک معدوم باشد. (نجفی، ۱۳۶۷، ۴۰۶). آمده است: در عقود معاوضی، تملیک حقیقی صورت می‌گیرد و چیزی به نام تاهل و استعداد قابل تصور نیست و همانگونه که ملکیت از امور اعتباری است، موضوع آن نیز می‌تواند محل اعتباری باشد، هم چنانکه همه احکام و فرامین شرعی و غیر شرعی، اعتبارات عقلایی هستند و می‌توانند به اموری صرفاً در اعتبار عقلاً موجود انگاشته می‌شوند تعلق یابند. بدین ترتیب می‌توان گفت: در فروش کلی در ذمه و موارد مشابه، هم ملکیت و هم متعلق آن اعتباری است و اگرچه وجود خارجی ندارند، ولی وجود اعتباری برای درستی معامله کافی است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ۴۰۷/۲). فاضل نراقی در کتاب عوائدالایام به مناقشه مزبور چنین پاسخ داده‌اند که مبیع انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری، چه مالک فعلاً "مالک باشد، چه در آینده، مثل فروش گندمی که هم اکنون وجود ندارد و شخص گفت: فروختم یک من گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده

مالک آن خواهم شد فعلاً" به تو انتقال می‌دهم. یعنی انتقال فعلی است، ولی ملک فعلی نیست. بنابراین اگر چه انتقال فعلی است ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد، و آنچه از اعراض است یعنی ملک، فعلی نیست تا مناقشه مذکور صحیح باشد. (ولویون، ۱۳۸۴، ۲۸).

و نظریه‌ای ضمن تقسیم مبیع معدوم به دو گونه و باطل دانستن گونه‌ای که در آن مشخصات مبیع نزد طرفین یا یکی از آن‌ها مبهم است و حتی اعتبار ذهنی متحصل و وجود اعتباری معهود ندارد، گونه دیگر آن را شامل موردی می‌داند که مبیع در آن اگرچه وجود خارجی عینی ندارد اما وجود اعتباری معهود و مشخصی دارد که عقد بیع به آن تعلق می‌گیرد. و همان مبیع معدوم با جمیع خصوصیات، متعلق بیع بوده و در ذمه بایع قرار می‌گیرد. چنین مبیعی که وجود خارجی ندارد به دلیل اینکه اولاً" وجود اعتباری دارد ثانیاً" مشخصات و اوصافش نیز کاملاً معلوم است که باعث هیچ جهالتی در مبیع نیست تا موجب غرر باشد، کالموجود است و عقد و انشاء به آن تعلق می‌گیرد و از همین رو بیع سلم و یا فروش کلی در ذمه مانند آن توجیه می‌گردد. (طاهری، ۱۴۱۸، ۵۷/۵).

به هر حال ملکیت از دیدگاه فقه‌های اسلام از ماهیات و امور اعتباری به شمار می‌رود و حقیقت آن چیزی جز اعتبار عقلاً یا شارع نیست. که فلسفه وضع آن مصالح اجتماعی است و شارع هم بخاطر آن مصلحت اعتبار آنها را امضاء و تایید می‌کند (نائینی، ۱۴۱۷، ۳۸۳/۴). و مقصود از ملکیت در اصطلاح حقوق اسلامی، ملکیت حقیقی یا ملک با مفهوم فلسفی آن نیست بلکه منظور ملکیت اعتباری است. از دیدگاه فقیهان ملکیت رابطه اعتباری و علقه حقوقی بین مالک و مملوک است که موجب سلطنت و سلطه شخص بر مال خود می‌گردد. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ۷۰/۲) با وجود این مالکیت آنگاه که در دایره تشریع و قانونگذاری قرار می‌گیرد در حقوق از احکام وضعی به شماره می‌آید. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ۷۰/۲).

۵- شرط ممکن الوجود بودن مبیع آینده

از شرایط لازم در پذیرش نظریه وجود اعتباری ممکن الوجود بودن مبیع دانسته شد به طوری که اگر مبیع در اصل، غیر موجود یا امکان وجود آن در آینده منتفی باشد بیع باطل خواهد بود. (سنه‌وری، بی تا، ۱۹۱ و ۱۹۲/۴). به عبارت دیگر قابلیت موجود شدن کالا در زمان ایفای تعهد است که اهمیت دارد و مبنای مورد معامله قرار می‌گیرد. و با همین نگرش است که در جایی که مورد معامله کلی فی الذمه

باشد و در هنگام عقد، جنس آن کلی موجود نباشد را پذیرفتند با این قید که در زمان تسلیم مورد معامله به وجود آید. مانند آنکه شخصی ده تن برنج از محصول جدید به دیگری می‌فروشد که شش ماه بعد به او تسلیم کند. (شهیدی، ۱۳۸۴، ۲۰). و آمده است هرگاه در دید عرف احتمال حصول مورد معامله در آینده زیاد باشد به نحوی که عقلا و خردمندان جامعه به چنین معامله‌ای مبادرت ورزند و حصول موضوع معامله را ممکن شمارند، باید حکم به صحت آن داد و در این صورت فرض غرر و جهل منتفی خواهد بود. (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۴، ۲۰). و شیخ انصاری این تاکید را دارند که روشن است که مبیع کلی و معهود و مشخص در جمیع اوصافش، هیچ جهالت و غرری در پی ندارد و قدرت بر تسلیم مبیع در زمان عقد شرط نیست بلکه همین که در زمان استحقاق تسلیم مبیع، قدرت تسلیم داشته باشد کافی است. (شیخ انصاری، بی تا، ۱۸۷ و ۱۸۸). و علامه حلی در تحریر الاحکام و در مورد سلم می‌گوید: بدون خلاف، مسلم فیه باید در هنگام سررسید، عام الوجود باشد به این معنی که یافت شدنی (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۱۹۲ و ۱۹۵/۲) (غالب التحق) باشد و در نظر امامیه در سلم کالایی که پیش فروش می‌شود در صورت تعیین اجل و مدت، باید هنگام فرارسیدن زمان تحویل آن فراوان باشد (شیروانی و غروانی، ۱۳۸۶، ۱/۲۴۰). و از فقه‌های معاصر نیز ضمن بیان شروط لازم برای صحت معامله سلم، از جمله بر این شرط اشاره دارند که وقتی برای تحویل جنس معین کنند که در آن وقت بقدری از آن جنس وجود داشته باشد که اطمینان داشته باشند که نایاب نخواهد بود. (صانعی، ۱۳۷۸، ۳۳۸). و چنانچه مورد معامله در زمان قرارداد موجود نباشد و وجود آن در آینده مشخص نباشد، قرارداد منعقد نمی‌گردد. اما اگر انتقال دهنده، وجود آن را در آینده تضمین نماید، قرارداد انعقاد خواهد یافت. (نوری، حمد خاطر، ۲۰۰۱، ۱۲۵).

۶- اهمیت مفاهیم اعتباری در امور حقوقی

علوم حقیقی و اعتباری را در امور اجتماعی و حقوقی می‌توان به مثابه دو بال برای یک پرنده دانست که امکان پرواز بدون وجود هر کدام از آنها نخواهد بود. به همان اندازه که علوم حقیقی در سعادت و تکامل ما موثرند، علوم اعتباری نیز نقش حیاتی و سازنده دارند و هیچگاه بشر از آن‌ها بی‌نیاز نبوده و نخواهد بود. اجتماع امروز ما با معلومات اعتباری و اجتماعی تدریجاً و به مرور زمان به وجود آمده است. (شریعتی سبزواری، ۱۳۸۵، ۱۸۴ و ۳۰۵/۲). ریشه ایجاد مفاهیم اعتباری نیازهای انسانی دانسته

شد تا جایی که سر حکمت جعل عناوین اعتباری، امکان زندگی برای بشر عنوان شد و اینکه اصلاً بشر با اعتباریات زندگی می‌کند و قبول این حقیقت که انسان وقتی وارد جامعه شد ناچار است و هیچ چاره‌ای ندارد با قراردادهای اجتماعی (که یک امر اعتباری است) زندگی کند. (جوادی آملی، بی تا، ۱۳).

قوانین جزائی و مدنی از سنخ امور اعتباری محسوب می‌شوند و یک سلسله اموری هستند که عقلای بشر از قدیم تاکنون برای جلوگیری از هرج و مرج‌ها و نابسامانی‌ها و یا تامین امنیت و بهزیستی و ایجاد وحدت و زندگی مسالمت آمیز وضع و تشریع نموده‌اند. کتاب‌های قانون، مانند قراردادهای اجتماعی ژان ژاک روسو و یا منشور سازمان ملل و سایر پیمان‌ها و قراردادهای بین المللی به همین منظور نگارش یافته‌اند. (شریعتی سبزواری، ۱۳۸۵، ۲/۲۰۰). این ویژگی خاص احکام حقوقی نیست و در مورد احکام شرعی نیز صادق است. امام خمینی احکام را از مقوله امور اعتباری می‌داند که تنها در وعای اعتباری می‌توان برای آن‌ها وجودی در نظر گرفت. ایشان در این زمینه می‌نویسد: همه انشائیات از امور اعتباری‌اند که تنها در وعای اعتبار تحقق دارند و معقول نیست که از انشائیات امور حقیقی و تکوینی اصیل ایجاد گردد. (خمینی، ۱۳۶، ۱۳۶۷). اصولیین نیز احکام شرعی را اعتباری تلقی کرده و تقسیم اراده الهی به تشریعی و تکوینی را اماره و کاشف اعتباری بودن احکام شرعی دانستند. (نقیبی، ۱۶۸، ۱۳۶۸). و دراندیشه سیاسی اسلام نیز احکام و شرایع، از امور اعتباری دانسته شدند برای رساندن انسان و جامعه به غایت حرکت استکمالی. (یزدانی مقدم، ۱۳۸۷، ۱۱۵ و ۱۳۹).

۷- قواعد فقهی قابل استناد در ضرورت پذیرش معامله مال آینده

برای پذیرش معامله به مال آینده و تقویت جایگاه آن در نظام فقهی و حقوقی هم چنین می‌توان به دلائل فقهی دیگری استناد نمود. همانند: روایت حفص بن غیاث "لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق" که از عمده دلائل عقلا در تمامی اعصار دانسته شد و از عموم علت آن این استفاده می‌شود که هرچه موجب تعطیلی بازار مسلمین باشد مورد نفی شارع مقدس است بنابر این لازم است بنابر صحت گذاشته شود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱/۲۷۲). و قواعدی همانند لاضرر که از قواعد مهم فقهی بوده و از پشتوانه عقلی به عنوان مهم ترین دلیل برای نفی ضرر دانسته شد. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۱۳۱/۱). و لاجرح که در تمامی ابواب فقه از جمله معاملات جاری می‌شود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵،

۱/۲۷۲). و از پشتوانه منابع فقهی (آیات، روایات، اجماع و عقل) برخوردار است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱/۲۷۲). و هر حکمی که از آن حرج و استیصال و مشقت لازم آید به دستور آیات شریفه (و دیگر منابع اشاره شده) این حکم منتفی و از صفحه تشریع مرفوع است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱/۱۷۳). و سیره عقلاء که اصول قراردادها مبتنی بر آن دانسته شد و عرف و رویه معمول بین مردم که یکی از مهمترین ادله در باب معاملات به شمار می‌رود چرا که شارع در معاملات، بر خلاف عبادات، غالباً آنچه را که مردم در روابط اجتماعی خویش رعایت می‌کنند را امضاء کرده است. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ۵۰).

در مورد اثر حکم عقل در ضرورت تجویز معامله به مال آینده ضمن اینکه این جواز از نمونه‌هایی در نزد شرع برخوردار است (مانند کلی فی الذمه، سلم و استصناع) در زمره مستقلات عقلی نیز به شمار می‌آید که شامل آن دسته از احکامند که عقل بدون توجه به شرع به آن‌ها حکم می‌کند. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۵). و بنای عقلاء نیز قائم بر عدم تجویز تشریع حرجیه در تمامی ابعاد است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۲۷۴). عرف عقلاء یکی از منابع قانون گذاری در شرع است خواه متشرعه باشد و غیر متشرعه و تا زمانی که با شرع مقدس مغایرت نداشته باشد می‌تواند مورد تأیید باشد. (محمدیان امیری و همکاران، ۱۳۹۸، ۱۴۴). و این برخاسته از نگاه روشن گرانه اسلام به روابط پیچیده و تحولات اجتماعی مبتنی بر عرف عقلانی است که به عنوان بستری برای شکل گیری قواعد و نظام حقوقی در طی ایام و گذر زمان محسوب می‌شود. توجه بسیاری از نظام‌های حقوقی و بین المللی بر معامله مال آینده که مقررات خاصی برای آن وضع نموده‌اند نیز می‌تواند دلیل دیگری در اهمیت و جایگاه این معاملات در عصر حاضر باشد. (صادقی، ۱۳۹۳، ۶۰).

از پدیده‌های عصر حاضر در حوزه معاملات، گسترش معامله به اموالی است که اساساً در زمان عقد وجود ندارند. این معاملات اگرچه در گذشته‌های دور نیز مسبوق به سابقه بودند اما غالباً محدود به نیازهای شخصی و جزیی بوده است. نیاز روز افزون مردم و دولتها در کشورهای اسلامی به نوعی از این معاملات که از آن به عقد استصناع نام برده می‌شود سبب گردید تا مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی آن را مورد نقد و بررسی قرار دهد، و ضمن بیان ماهیت قرارداد و توجیهات فقهی و حقوقی برای صحت آن، به نقش و کاربرد این قرارداد در عصر حاضر تأکید زیادی نماید. این مجمع ضمن لازم دانستن قرارداد استصناع، آن را در تحقق اهداف اقتصادی موثر دانسته و موجب بر آورده کردن

نیازها و منجر به توسعه و رفع مشکلات دانسته است چون گاهی شخص نیاز به شیئی پیدا می‌کند که با اوصاف مورد نظر او در بازار یافت نمی‌شود و از طریق سفارش ساخت می‌تواند این مشکل را حل نماید و می‌تواند در زمینه‌های متعدد اقتصادی و اجتماعی و تامین نیازهای مالی از جمله تامین مسکن و ایجاد کارخانجات و تاسیسات در کشورهای در حال توسعه نقش چشمگیری داشته باشد. (صادقی، ۱۳۹۳، ۲۶۵ و ۲۶۸).

۸- اقوال فقها در جایگاه معامله به مال آینده

نظر فقها در مورد بیع مال آینده را باید در حوزه مباحثی مانند سلم و استصناع جستجو نمود زیرا وضعیت مبیع در آنها مطابقت با بیع مال آینده دارد و از ویژگی مبیع در این عقود این است که در ذمه بایع و سازنده قرار می‌گیرد.

سلم به خریدن مال کلی موجل، در مقابل ثمن نقد تعریف شده است. (خمینی، ۱۴۱۰، ۳۵۴). در بیع سلم مبیع مدت دار و کلی فی الذمه است و می‌تواند در زمان عقد موجود اما غایب باشد یا دور است و می‌خواهد در آینده آن را تحویل دهد. هم چنین شامل بیعی است که مبیع اساسا در خارج معدوم است اما به نحو کلی در ذمه با اوصاف و شرایط معین می‌باشد. (عاملی، ۱۴۱۲، ۳۱۲). فقیهانی همانند آیت الله فاضل، آیت الله سیستانی و آیت الله زنجانی نیز کلی بودن مبیع در سلم را شرط می‌دانند. (بنی‌هاشمی، ۱۳۸۳، ۲۳۱).

از ویژگی‌های استصناع که از آن به سفارش ساخت تعبیر می‌شود و از مسائل مستحدثه فقهی دانسته شد. (خادمی کوشا، ۱۳۹۶، ۱۵۸) و شامل قراردادی است که با صنعتگری منعقد می‌شود تا چیزی بسازد. معدوم بودن کالا یا طرح در زمان انعقاد قرارداد از ویژگی‌های آن دانسته شد که مقصود از قرارداد، ساخت و ایجاد آن است. (نظریور و محمدی، ۱۳۹۰، ۳۹). در بین دو عقد سلم و استصناع که از وجوه مشترک آنها معدوم بودن مبیع در زمان عقد دانسته شد، آنچه که به معاملات جاری و متداول امروز نزدیک تر است عقد استصناع است و علت عدم امکان استناد به عقد سلم در غالب موارد و معاملات امروز لزوم نقد بودن ثمن در مجلس است که از شرایط لازم در سلم دانسته شد تا جایی که اگر قسمتی از ثمن را قبض کند، عقد نسبت به قسمت قبض شده صحیح و نسبت به باقی باطل دانسته شد. (خمینی، ۱۴۱۰، ۵۴۴). در حالی که غالب معاملات مربوط به مال آینده امروزه به صورت

نسبیه صورت می‌گیرد و لذا نمی‌تواند در قالب سلم واقع شود و در استصناع چنین شرطی لحاظ نشده است.

از دیگر مصادیق معامله به مال آینده در زمان حاضر پیش فروش ساختمان است که خوش بختانه و با تصویب آن در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ این قرارداد جایگاه خاص خود را در نظام حقوقی ایران پیدا کرده و به بخش عمده‌ای از ابهامات در مورد اثرات شرعی و قانونی آن پاسخ داده است. اگرچه به دلیل پاره‌ای سخت‌گیری‌ها در چگونگی تنظیم قرارداد مربوطه در دفاتر اسناد رسمی این قانون هنوز نتوانسته است نقش اساسی و مورد نظر خود را در بین معاملات و اسناد تنظیمی در دفاتر پیدا کند که از این نظر باید اصلاحاتی در برخی از مواد آن صورت پذیرد.

در مطابقت این قانون با عقود سلم و استصناع از جهت چگونگی پرداخت ثمن، آن را با شرایط عقد استصناع مطابق می‌یابیم.

چرا که ماده ۱۳ این قانون به امکان پرداخت اقساطی وجه اشاره دارد و حتی پیش خریدار را نسبت به اقساط پرداختی یا در حین قرارداد، مالک ملک پیش فروش می‌داند. ضمن اینکه این مورد اخیر برخلاف نظری است که استصناع را در ارتکاز عرفی، فاقد مفهوم انشایی اعتباری دانسته‌اند. (منتظری، بی تا، ۲۹۳). و محتوای قرارداد استصناع را عاری از اثر تملیک سازه دانسته و آن را صرفاً قراردادی (مواعده ای) مبنی بر پذیرش مطالبه ساخت دانسته و تملیک سازه را موکول به پس از ساخت و توانان با قبض دانسته است. (خادمی کوشا، ۱۳۹۴، ۱۷۴).

شیخ الشریعه اصفهانی قائل بر این است که مقتضای اینکه مبیع عین باشد این نیست که عین خارجی بالفعل باشد بلکه می‌توان بیع را جاری کرد بر مبیعی که در آینده به نحو عینی و خارجی تحقق می‌یابد و این اثر خودش را دارد. (اصفهانی، ۱۳۹۸، ۲۱۳).

آیت الله خمینی خرید آپارتمان به صورت سلف را صحیح دانستند که از ویژگی آن موجود نبودن مبیع در زمان عقد است. (موسوی الخمینی، ۱۴۲۴). آیت الله خامنه‌ای نیز با رعایت شرایط مربوط به بیع سلف آن را مجاز دانستند. (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ۳۶۵) و مکارم شیرازی نیز معامله آپارتمان ساخته نشده که نقشه آن طرح ریزی شده را بلامانع می‌دانند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۸۴). محقق داماد در فروش کلی فی الذمه و موارد مشابه هم مالکیت و هم متعلق آن را اعتباری می‌داند که اگرچه وجود خارجی ندارد ولی وجود اعتباری برای درستی آن کافی است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳،

۳۷۹).

طبایطایی یزدی وجود اعتباری را برای درستی معامله کافی دانستند و غروی اصفهانی ملکیت رادر معنای حقوقی خود امری اعتباری دانستند که نیازی نیست تا موضوع آن بالفعل در خارج موجود باشد و تجویز بیع کلی فی الذمه را نیز مستند دلیل خود قرار دادند. (طبایطایی یزدی، بی تا، ۲۰۹).

آیت الله گرامی ضمن اینکه وجود بالفعل مبیع را لازم نمی دانند، در مورعقد استصناع و نظری که آن را به دلیل موجود نبودن باطل دانسته این گونه اظهار نظر کرده اند: معدوم بودن مبیع در جایی مشروعیت را از بین می برد که منجر به جهالت و غرر شود و در عقد استصناع با توصیف اوصاف مهم و بیان جزئیات مصنوع، جهالت و غرری وجود ندارد. (علوی، ۱۳۹۸، ۹۵).

آنچه از مجموع این نظرات حاصل می آید مشروع دانستن معامله به بیع کلی خصوصا در قالب سلف و استصناع در نزد فقهای امامیه معاصر است و اینکه صرف عدم وجود کالا را به عنوان دلیلی قاطع بر حاکم شدن جهل و غرر بر معامله و ممنوعیت آن ندانستند. ضمن اینکه جا گرفتن عقود سلف و استصناع در نظام حقوقی بانکی جمهوری اسلامی ایران و تصویب قانون پیش فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ و هم چنین اشاره به بیع کلی در ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیک که تماما و مطابق اصل ۹۴ قانون اساسی از حوزه نظارت شورای نگهبان نیز گذشته اند علاوه بر اینکه دلالت صریح بر جایگاه قانونی این معاملات در نظام حقوقی ایران دارد تأیید شرعی را نیز با خود همراه کرده اند.

از عمده ایرادهای وارده بر مبیع غیر موجود حاکمیت جهل و غرر به واسطه موجود نبودن کالا است که توصیف آن را غیر ممکن یا مشکل دانسته است که این ایراد در عصر حاضر با پیشرفت علوم و فنون در قدرت توصیف کالا چه از لحاظ شکلی و ماهیتی، خصوصا در تولیدات صنعتی و جاری بودن این معاملات در نزد عقلاء و عرف معاملاتی، تقریبا به طور کامل رفع شده است و جایی برای حاکمیت جهل و غرر باقی نگذاشته است و اطلاق عنوان بیع معدوم بر مال آینده نیز با توجه به پذیرش مصادیقی از آن در شرع و قانون و عقیده صاحب نظران، خصوصا نظریه وجود اعتباری نمی تواند محل توجه باشد. علاوه اینکه ضرورت زندگی اجتماعی و رفع نیازهای آن خصوصا در حوزه وظائف حکومتها و مطابق اصل اعتبار و لزوم قراردادهای باید سعی در اعتبار بخشیدن به قراردادها داشته باشیم و تا زمانی که نص صریح و روشن بر ممنوعیت عقدی در نزد شارع و قانون گذار به دست نیامده است از تحریم آن خودداری کنیم.

نظریه ضرورت تحول در فقه از ناحیه امام خمینی و توصیه ایشان به شورای نگهبان در توجه به نقش زمان و مکان و رعایت مصلحت نظام در تصمیم گیری‌ها محل تامل است که فرموده اند: تذکری پدران به اعضای شورای نگهبان می‌دهم 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 نزد مجتهد واقعی، فلسفه عملی تمامی فقه در تمامی زوایای زندگی بشریت است. حکومت نشاندهنده 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. (مهریزی، ۱۳۷۶، ۴۵).

۹- نتیجه گیری

از دستاوردهای علم اقتصاد در عصر کنونی پیش کشیدن معاملاتی است که یا فاقد هرگونه سابقه در اعصار گذشته بوده‌اند و یا از اهمیت چندانی برخوردار نبودند ولی امروزه دامنه وسیعی را در اقتصاد خرد و کلان به خود اختصاص داده‌اند و تبدیل به ضرورت‌های اجتناب ناپذیر در زندگی امروزی شده‌اند. لازمه همگامی و همراهی با این تحولات که عمدتاً جنبه فرامرزی و به اصطلاح بین المللی نیز به خود گرفته‌اند، فراهم نمودن ابزار لازم جهت انطباق با آن است که در عالم حقوق از جمله ابزار در اختیار، ارائه تعریف، تعبیر و تفسیر جدید از مفاهیم است که در این صورت نظام حقوقی ضمن حفظ ثبات، پویایی خود را حفظ و دنبال می‌کند.

وجود، یا حقیقت و تحقق بالذات در خارج دارد که به آن اصیل می‌گویند یا حقیقت و تحقق بالذات ندارد و تحققش با واسطه است که به آن اعتباری می‌گویند. وجود اعتباری عبارت از وجودی است که با اعتبار و اراده انسان تحقق و وجود می‌یابد و معنای اعتبار این است که چیزی که نیست، هست بشود. امور اعتباری خاص احکام حقوقی نیست و در مورد احکام شرعی نیز صادق است. اصولیین احکام شرعی را اعتباری تلقی کرده و تقسیم اراده الهی به تشریعی و تکوینی را اماره و کاشف اعتباری بودن احکام شرعی دانستند.

وجود اعتباری تعریفی وسیع‌تر از مفهوم وجود است که از شرایط اساسی صحت عقود در معاملات است. نظریه وجود اعتباری از جمله دلائل ارائه شده در پذیرش معامله به مال غیر موجود در زمان عقد

(مانند مبیع در کلی فی الذمه) است که در آن همانند اصل مالکیت که از امور اعتباری و پذیرفته شده است، اعتباری بودن مبیع نیز پذیرفته شد از جمله با این استدلال که مقتضای اینکه مبیع عین باشد این نیست که عین خارجی بالفعل باشد بلکه می‌توان بیع را جاری کرد بر مبیعی که در آینده به نحو عینی و خارجی تحقق می‌یابد و اثر خودش را می‌گذارد. در این تعریف از وجود آنچه اهمیت دارد توانایی و امکان اجرای تعهد و ممکن الوجود بودن مورد معامله در زمان تعیین شده است که باید این قابلیت را داشته باشد.

ریشه ایجاد مفاهیم اعتباری نیازهای انسانی است و سر حکمت جعل عناوین اعتباری، امکان زندگی برای بشر عنوان شد و اینکه اساساً بشر با اعتباریات زندگی می‌کند و راه وصول به عنایات، اهداف و مصالح در زندگی اجتماعی ساخت مفاهیم اعتباری است و سر زندگی بشری نیز در اعتباریات دانسته شد. ضمن اینکه توسل به امور اعتباری به معنای رهایی از امور حقیقی و ایجاد قاعده‌ای برای فرار از واقعیت‌های اجتماعی نیست، مفاهیم اعتباری در حقایق نفس الامری ریشه دارند و با واسطه‌هایی از آنها گرفته می‌شود و همین باعث می‌شود که بتوانند در حقایق تکوینی و اعتباری تاثیر حقیقی بگذارند.

۱۰- منابع

- اصفهانی، شیخ الشریعه (۱۳۹۸ ه ق). رساله فی تحقیق معنی البیع. قم: دارالکتاب.
- بنی‌هاشمی، سیدمحمدحسن (۱۳۸۳). توضیح المسائل مراجع مطابق با فتاوی سیزده نفر از مراجع تقلید. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۳). توحید در قرآن. قم: نشر اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷). عین النضاج (تحریر تمهیدالقواعد). قم: مرکز نشر اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷). مبادی اخلاق در قرآن. قم: مرکز نشر اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله (بی تا). درس فقه با موضوع بیع. قم: پژوهشگاه علوم و حیان معارف، سایت بین المللی علوم و حیان اسراء.
- حسینی خامنه ای، سید علی ابن جواد (۱۴۲۴). اجوبه الاستفتاات. قم: انتشارات دفتر معظم له.

- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقہیہ. قم: موسسہ النشر الاسلامی.
- خادمی کوشا، محمد علی (۱۳۹۴). فقہ معاملات جدید. قم: مرکز بین المللی ترجمہ و نشر المصطفی.
- خمینی، روح الله (۱۴۱۰). تحریر الوسیلہ ج ۱. قم: موسسہ مطبوعاتی اسماعیلیان.
- خمینی، روح الله (۱۳۶۷). تہذیب الاصول، تقریر لبحث آیت الله روح الله الموسوی الخمینی، للسبحانی (مترجم). قم: انتشارات دارالفکر.
- دانشنامہ جہان اسلام (۱۳۹۷). تہران، بنیاد دائرہ المعارف اسلامی.
- زراعت، عباس (۱۳۹۰). شرح مبسوط مکاسب-شرایط طرفین عقد بیع. تہران: انتشارات جنگل.
- زکریائی، محمد علی (۱۳۹۰). فرهنگ مطہر. تہران: انتشارات جامعہ و فرهنگ، تہران.
- سرخسی، شمس الدین (۱۴۲۱). المبسوط ج ۱. لبنان: دارالمعرفہ للطباعہ والنشر.
- سنہوری، عبدالرزاق احمد (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- سیفی زیناب، غلام علی؛ حسن زادہ، منصورہ (۱۳۸۸). استصناع در فقہ و حقوق ایران. مجلہ تحقیقات حقوقی، شمارہ ۵۰، ص ۱۶۱-۲۱۸.
- شریعتی سبزواری، محمد باقر (۱۳۸۵). تحریری بر اصول فلسفہ و روش رئالیسم علامہ محمد حسین طباطبائی با پاورقی شہید مطہری. تہران: انتشارات بوستان، تہران.
- شیروانی، علی، غروی، محسن (۱۳۸۶). لمعہ دمشقیہ، شہید اول. تہران: انتشارات دارالفکر.
- شہیدی، مہدی (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱. تہران: انتشارات مجد.
- شیخ الانصاری، مرتضی (بی تا). کتاب مکاسب.
- صادقی، محمد (۱۳۹۳). مطالعہ تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقہ و حقوق. تہران: انتشارات خرسندی.

- صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۶). حقوق، واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق). فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۱، ص ۳۷-۴۸.
- صانعی، یوسف (۱۳۷۸). رساله توضیح المسائل. مسئله ۲۱۱۵، قم: انتشارات میثم تمار.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۹۳). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها ج ۲. تهران: نشر میزان.
- الضریح، الصدیق محمد الامین (۱۴۱۴). الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره. جده: المعهد الاسلامی للبحوث والتدریب.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- تبریزی، محمد حسین (۱۳۵۰). اصول فلسفه و روش رئالیسم ج ۲. تهران: نشر آخوندی.
- تبریزی، محمد حسین (بی تا). المیزان فی تفسیر القرآن ۲. قم: منشورات جماعته المدرسین فی حوزه العلمیه فی قم المقدسه.
- تبریزی، محمد حسین (۱۳۸۵). نهاییه الحکمه. تصحیح و تعلیق غلامرضا فیاضی، قم: موسسه امام خمینی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴). تکمله العروه الوثقی. قم: نشر داوری.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب. قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- عاملی، شهیدثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۲). الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن ابن یوسف (۱۴۲۰). تحریر الاحکام شرعیه علی مذهب الامامیه. قم: موسسه الامام الصادق ع.
- علوی، سید موسی (۱۳۹۸). عقد استصناع از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان. قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.

- عمارلو، مرتضی؛ خیراللهی، محمد علی و فلاح، اکبر (۱۴۰۳). طرح الگویی مجاز پیش فروش خودرو از منظر فقه امامیه. فصل نامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ص ۱۱۲-۱۳۸.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸). حاشیه مکاسب. قم: دارالمصطفی لایحه التراث.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها. تهران: انتشارات بهنشر، تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). کلیات حقوق نظریه عمومی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۹۴). حقوق مدنی قراردادها و ویژه. بنیاد حقوقی میزان.
- کریمی، عباس، شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴). معامله به مال آینده. مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۹۰، ص ۱۰۱-۱۲۷.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه بخش مدنی ۲. تهران: انتشارات سمت، تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴). قواعد فقه بخش مدنی مالکیت و مسئولیت. تهران: مرکز نشر علوم اسلام.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۶). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق قراردادها در فقه امامیه. انتشارات سمت.
- محمدیان امیری، مهدی؛ عسگری، علیرضا؛ احمدی، سید محمد مهدی و عابدیان، سید حسین (۱۳۹۸). بررسی فقهی و حقوقی بیع در فضای مجازی. فصل نامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۵۵، ص ۱۳۷-۱۶۲.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۲). مجموعه آثار ۶- اصول فلسفه و روش رئالیسم. انتشارات صدرا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). استفتائات جدید مکارم. قم: الانتشارات موسسه امام علی ابن ابیطالب

ع.

- منتظری نجف آبادی، حسینعلی (بی تا). رساله استفتائات. قم.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). قواعد فقهیه. تهران: انتشارات مجد، تهران.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۴). توضیح المسائل (محشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مهریزی، مهدی، (۱۳۷۶). فقه حکومتی، فلسفه فقه عقیدتی اجتماعی. شماره ۴.
- محمدحسین (۱۴۱۷). فوائد الاصول. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: کتابفروشی اسلامی.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۰۴). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام ج ۲۴. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نظرپور، محمد تقی و محمدی، مرتضی (۱۳۹۰). صحت و فساد عقد استصناع دیدگاه‌های فقهی‌های امامیه مذاهب اربعه و حقوق ایران. مجله حقوق اسلامی، دوره ۸، شماره ۲۸، ص ۲۷-۳۷.
- نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶). نظریه اعتباری بودن احکام شرعی با رویکردی به نظریه امام خمینی (ره). پژوهشنامه متین ۳۶، دوره ۹، شماره ۳۶، ص ۱۵۹-۱۷۱.
- نوری، حمد خاطر (۲۰۰۱). عقودالمعلومیه دراسه فی المبادئ العامه فی القانون المدنی. عمان: دراسه موازنه، جامعه آل البیت.
- وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ولویون، رضا (۱۳۸۴). حق موضوع بیع، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی. ش ۵۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۸). استصناع. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰.

-
- یزدانی مقدم، احمد رضا (۱۳۸۷). حرکت جوهری و ادراکات اعتباری با نگاه به اندیشه فلسفی سیاسی علامه طباطبائی. مطالعات معرفتی در دانشگاه آزاد اسلامی، ش ۳۹.