

A Comparative Study on the Transfer of Nonexistent Property in Future Sales Contracts in Imamiyah Jurisprudence and Iranian, French and English Laws

Received: 29/02/2020; Accepted: 08/06/2021

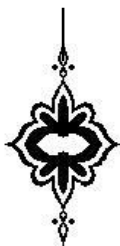
Mohammad Riyahi¹

Mohammad Jaafari Fesharaki²

Abstract

The sale of a future property is a transaction in which the property does not yet exist at the time of the contract's conclusion but will exist in the future. The property may be passing of ownership or an ascertained (i.e. definite and specific) object. This study investigated the latter type, that is, the sale of a future ascertained object. There are two obstacles to the validity of this contract. The first obstacle is the impossibility of ownership of nonexistent. The second obstacle is that this type of sale is uncertain (*Bai' al-Gharar*). However, from an analytical point of view, neither of the said obstacles can impair the validity of this type of contract because both obstacles can be overcome. In French Civil Code, making commitments concerning a future property is explicitly authorized. In English law, the sale of future property, which is a type of unascertained property, is not known as a transfer, but as an agreement to transfer. In the Iranian legal system, the legislator has not addressed this subject through a general rule. However, belief in the accuracy can be improved through foundations governing the legal system and some sporadic legal texts including Article 842 of the Civil Code. This study is conducted by means of a descriptive-analytical method.

Key words: Transfer, Ownership, Nonexistent Property, Sale, Future Property.



1. Ph. D. Student in Private Law, Islamic Azad University, Isfahan (Khorasgan) Branch.
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Isfahan (Khorasgan) Branch (Corresponding Author); Email: dr.fesharaki@yahoo.com

مطالعه تطبیقی مفهوم انتقال معدوم در بیع مال آینده در فقه امامیه، حقوق ایران، فرانسه و انگلیس

محمد ریاحی^۱

محمد جعفری فشارکی^۲

تاریخ دریافت ۹۸/۱۲/۱۰ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۰/۰۳/۱۸

چکیده

بیع مال آینده، معامله نسبت به مالی است که در زمان انعقاد معامله، موجود نیست. اما، در آینده، محقق خواهد شد. این مال، می‌تواند مال کلی فی‌الذمه، یا عین معین باشد. اما، هدف اصلی این نوشته مطالعه قسم دوم است. یعنی در آنجا که بیع، مربوط به عین معین آینده است. دو مانع اصلی برای صحت این عقد وجود دارد. مانع نخست محال بودن تملیک معدوم است. مانع دوم نیز، غرری بودن بیع است. اما از نظر تحلیلی، هیچ‌کدام از این دو مانع نمی‌تواند صحت این نوع عقد را خدشه‌دار نماید. زیرا، هر دو مانع قابل رفع است. در قانون مدنی فرانسه صراحتاً تعهد به مال آینده مجاز اعلام شده است. در حقوق انگلیس فروش مال آینده که نوعی از مال غیرمعین است، نه به‌عنوان انتقال، بلکه به‌عنوان توافق به انتقال، شناخته می‌شود. در نظام حقوقی ایران، قانونگذار، در حکمی عام، وضعیت قضیه را تبیین ننموده است. اما، از مبانی حاکم بر نظام حقوقی و برخی نصوص پراکنده، همچون ماده (۸۴۲) قانون مدنی، می‌توان عقیده بر صحت را تقویت نمود. روش تحقیق در مقاله حاضر تحلیلی-توصیفی است.

واژگان کلیدی: انتقال، تملیک، تملیک معدوم، بیع، مال آینده.



۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان).

۲. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان) (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:



مقدمه

مال آینده، مالی است که در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد. اما، متعاقدين با بنای بر ایجاد آن در آینده فروش آن را مورد قصد انشاء خود قرار می دهند. (Malaurie, 92: 2016A) مال آینده، می تواند شامل مال کلی فی الذمه و یا عین معین باشد. عین معین به مالی گفته می شود که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۵). این عین ممکن است در زمان انعقاد عقد موجود باشد یا این که بنا به فرض، در آینده به وجود آید. به عبارت دیگر، مشخص و قابل اشاره بودن عین معین در عالم خارج به این معنا نیست که آن عین در زمان انعقاد عقد وجود خارجی داشته باشد بلکه ممکن است در آینده پس از موجود شدن تشخیص و تعیین یابد. بنابراین، در تعریف عین معین می توان گفت: مالی است که تنها یک مصداق دارد، خواه آن مصداق هم اکنون در خارج وجود داشته باشد یا اگر بخواهد در آینده ایجاد شود، در قالب مال مشخص و منحصر به فرد متجلی می شود. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۴: ۱۱۲). هدف نویسنده حاضر، مطالعه ی بیع عین معینی است که در زمان انعقاد عقد موجود نبوده و قرار است در آینده به وجود آید. مانند، فروش محصول آینده ی زمین یا باغ معین، یا انتقال مالکیت شیئی با اوصاف معین که قرار است صانع آن را بسازد و تحویل خریدار دهد^۱ و امثال آن.

۱. به عقیده ی نگارندگان عقد استصناع (قرارداد سفارش ساخت) می تواند مصداقی از بیع مال معین آینده باشد. برخی از فقهای معاصر نیز در همین زمینه چنین می نویسند: «... البته می توان استصناع را نه براساس بیع سلم و بیع کلی بلکه براساس بیع شخصی حتی براساس بیع معدوم چنان که از اکثر حنفی ها نقل شده است تحلیل کرد. بدین صورت که مبیع، کلی در ذمه ی سازنده نیست، بلکه مبیع، مشخص است. یعنی، مشتری کالایی را که سازنده می سازد و کالایی واقعی است و به صورت مواد اولیه یا به صورت کلی در معین وجود خارجی متعین دارد، می خرد. چون، مشتری نسبت به کالا شناخت دارد و با توجه به التزام سازنده به ساختن آن، به تحقق آن اطمینان دارد، معامله او باطل نیست. وجه بطلان معامله، امری عقلی نیست، بلکه چیزی است مانند لزوم غرر که با شناخت کالا و اطمینان از ساخت آن برطرف می شود...» (شاهرودی، بی تا: ۱۶).





سؤالی که مطرح می‌شود این است که، وضعیت این عقد از حیث صحت یا بطلان، چه خواهد بود؟ آیا مصداق تملیک معدوم نمی‌شود؟ آیا چنین عقدی، غرری نخواهد بود؟ از منظر فقهی، عقیده‌ی دو دسته طرفداران صحت و بطلان بیع مال آینده مورد بررسی قرار می‌گیرد. به این شرح که برخی از فقها به دلیل محال عقلی بودن تملیک امر معدوم یا غرری بودن بیع، آنرا باطل می‌دانند. (نجفی، ۲۴، ۱۴۰۴: ۵۶، اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۶). در مقابل، گروه دیگر با این استدلال که در بیع لازم نیست، تملیک بلافاصله از عقد واقع شود، قول به صحت بیع مال آینده دارند. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۴، نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۱). در نظام‌های حقوقی دیگر نیز اختلافاتی در این زمینه وجود دارد. به‌عنوان مثال در نظام‌های حقوقی فرانسه و مصر قانونگذار صراحتاً تعهد به مال آینده را مجاز اعلام نموده است. (ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی فرانسه) (سنه‌وری، ۱۹۵۲: ۳۷۶، سنه‌وری، ۱۳۹۱: ۴۷۲، مرقس، ۱۹۹۰: ۱۸۸). هرچند در قانون مدنی فرانسه در عقد بیع و به‌طور ویژه در بیع مال آینده قانونگذار فرانسوی از تعهد نام می‌برد. اما، برخی از نویسندگان حقوق مدنی فرانسه عقد بیع و بیع مال معین آینده را حاوی اثر ناقله‌ی مالکیت می‌دانند. (Bénabent, 2016: 109) در نظام حقوقی انگلیس، فروش مال آینده که، قسمی از مال غیرمعین محسوب می‌شود را انتقال، که موجب تملیک فوری باشد، نمی‌دانند. بلکه، آنرا توافق به انتقال یا تعهد به انتقال قلمداد می‌کنند. (Treitel, 2003: 683).

در نظام حقوقی ایران، قانونگذار صراحتاً و به‌صورت عام حکمی در این زمینه مقرر نموده است. اما، با توجه به آن‌چه از مقررات پراکنده و بررسی مبانی پذیرفته شده استنباط می‌شود، صحیح بودن بیع مال آینده است. زیرا، اولاً، طرفین قرارداد از معامله نسبت به مال معین آینده چنین اراده‌ای ندارند که مال موجود، در زمان انعقاد عقد را، مورد معامله قرار دهند. بلکه، قصد ایشان بر این قرار گرفته است که مال معینی (با اوصاف و ویژگی‌های مشخص) را مورد انتقال قرار دهند که بنا به فرض، قرار است در آینده ایجاد شود. از این جهت، انتقال معدوم مطلق نیست. بلکه موجود شدن آن در آینده از منظر عرف، قریب به یقین است. ثانیاً، مالکیت در حقوق ایران با توجه به پیشینه‌ی فقهی آن، مفهومی اعتباری است و متعلق آن می‌تواند امری اعتباری باشد. این درحالی است که در حقوق فرانسه





مالکیت یک رابطه‌ی حقوقی بین شخص با شی‌ی مادی و ملموس است و امکان تصور رابطه‌ی مالکیت بین شخص با موجود اعتباری وجود ندارد. به همین دلیل در حقوق فرانسه اثر عقد اجاره ایجاد یک حق شخصی (نه عینی) است. (Malaurie et al, 2016A :204,207,209؛ 2016A :3604؛ Ancel et al, 2016). با این مقدمه، می‌توان معتقد بود برقراری رابطه‌ی مالکیت با مال غیرموجودی که در آینده موجود خواهد شد، امری غیرممکن نیست. با این توضیح که، در زمان انعقاد عقد مالکیت بالقوه به وجود می‌آید و مالکیت بالفعل منوط به وجود مال در آینده است. به دیگر سخن، با نظر به این که، مالکیت به شروط عقد بر نمی‌گردد بلکه به شروط عوضین بازگشت دارد،^۱ به نفس عقد حاصل نمی‌شود. بلکه مرتبه‌ای متأخر از عقد است. به عبارتی دیگر، تملیک انشائی همزمان با عقد و تملیک حقیقی با وجود مال در آینده محقق می‌شود. در واقع فروشنده در زمان انعقاد معامله مفهوم تملیک در معنای سببی را محقق می‌سازد و تملیک در معنای مسببی که اثر تملیک در معنای سببی است با وجود شدن مال، محقق می‌شود. مثلاً در عقد بیعی که موضوع آن میوه‌های یک باغ معین است طرفین، تملیک در معنای سببی را انشا می‌کنند و مالکیت حقیقی بر موضوع با وجود شدن آن در آینده محقق می‌شود. اما، در خصوص ایراد دوم، یعنی، بیم غرری شدن بیع نیز باید بگوییم غرر که به معنای ریسک و خطری است که منتهی به نزاع بین طرفین می‌شود، گاهی ناشی از جهل به حصول میب و گاهی ناشی از جهل به مقدار و اوصاف میب است. با وجود احتمال معقول و متعارف به حصول میب و نیز با تبیین مقدار و اوصاف آن به طوری که رافع جهالت باشد، غرر قابل دفع است. ضرورت تحقیق از آنجاست که قانون‌گذار در این رابطه به طور عام به وضع حکم نپرداخته است و اختلاف نظرات بسیاری در بین فقها و حقوق دانان وجود دارد. به این ترتیب لازم است در راستای انسجام نظام حقوقی، به صورت جامع این موضوع مورد بررسی قرار گیرد. به همین منظور، در دو قسمت، مرحله نخست از منظر فقهی و مرحله دوم از منظر

۱. «... لا تعدّ الملكيّة من شروط العقد بل تعدّ من شروط العوضین...». (نائینی، ۱۳۷۳، ۲: ۱۶۵).





حقوقی، موضوع یاد شده مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در قسمت دوم، به منظور آشنایی با برخی نظام‌های حقوقی دیگر، نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلیس نیز مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. بررسی فقهی

فقه‌های امامیه در صحت بیع مالی که در آینده به وجود می‌آید، اختلاف نظر دارند. از جمله مواردی که در این زمینه، در فقه مورد مطالعه، قرار گرفته‌است، بیع میوه بر درخت قبل از رسیدن (بدو صلاح) یا حتی قبل از ظهور آن، و نیز استصناع است. در ادامه، در دو قسمت جداگانه عقاید مخالفان و موافقان را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۱-۱. نظریه بطلان

عمده دلیل فقه‌های طرفدار این عقیده، این است که، تملیک امر معدوم، عقلاً محال است. مال آینده در زمان انعقاد بیع، وجود خارجی ندارد و تملیک آن باطل است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۴: ۵۶، اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۶). به عبارتی دیگر، آن چه موجود نیست، مملوک نیست و تملیک آن چه، مملوک نیست، امکان ندارد. (کرکی، ۱۴۱۹: ۱۴۵). آن چنان که در ادامه خواهد آمد در حقوق انگلیس نیز پذیرفته شده، مادام که مال به وجود نیامده‌است ولو آن که تحققش در آینده مسلم باشد حقی بر مال وجود ندارد تا بتوان به دیگری منتقل نمود. یعنی، صرفاً می‌توان حق بر مال موجود را موضوع انتقال قرار داد. (Smith Qc, 2013: 171). در فقه حنفی نیز، بیع معدوم و هر آن چه در آن خطر عدم، وجود دارد را، باطل دانسته‌اند. (ابن-عابدین، ۱۴۱۵: ۸).

در فروش میوه بر درخت که به سه مرحله تقسیم می‌شود. مرحله نخست، قبل از به-وجود آمدن میوه. مرحله دوم، بعد از موجود شدن میوه و قبل از بدو صلاح^۱. مرحله سوم، بعد از موجود شدن میوه و بعد از بدو صلاح. در صحت بیع در مرحله سوم، اختلافی وجود

۱. بدو صلاح به معنی پدید آمدن صلاحیت میوه است. زمان بدو صلاح در میوه‌های مختلف، متفاوت است. در برخی، همانند خرما هنگام سرخ یا زرد شدن میوه است. در سایر میوه‌ها، هنگام بسته شدن دانه آن است. خواه دانه آشکار باشد. مانند، سیب و انجیر. خواه پنهان باشد. مانند، انار، گردو و بادام. (شهادتانی، ۱۴۱۰، ۳: ۳۵۵).





ندارد. حتی در این خصوص ادعای اجماع نیز شده است. (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۳۵۵). در مرحله دوم نیز برخی جواز بیع، را پذیرفته اند. ولی، آنرا به دلیل وجود روایات حمل بر کراهت نموده اند. (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۳۵۵، شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۸۸؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۲). اما، مرحله نخست، یعنی فروش میوه قبل از موجود شدن آن، که مهمترین قسمت بحث است، عده‌ای به دلیل مجهول یا معدوم بودن میوه قبل از ظهور آن، چنین بیعی را باطل دانسته اند^۱ و این قول را به مشهور منتسب نموده اند. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۹۷؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۸۵) این در حالی است که اگر به ضمیمه مال موجود دیگری به فروش رود مانعی ندارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۹۸) به این علت که، با ضمیمه نمودن موجود، اشکال مجهول و یا معدوم بودن مرتفع می گردد. (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۵۴۳). اما، سؤال این است که چگونه با ضمیمه نمودن مال دیگر، اشکال مجهول یا معدوم بودن ثمره، برطرف می شود؟! شاید گفته شود اگر ثمره به وجود نیاید ثمن در مقابل ضمیمه قرار می گیرد و معامله صحیح می شود. اما، چنین توجیهی صحیح نیست. زیرا، با قصد طرفین منافات دارد. می توان گفت عرف در چنین معامله‌ای سخت گیری نمی کند و همین که ثمره تخمیناً معلوم باشد رفع جهالت می کند. به دیگر سخن، مورد معامله با توجه به این که قابلیت تعیین دارد، مجهول قلمداد نمی شود.^۲

۱. عده‌ای، به لحاظ غرری شدن، بیع را باطل می دانند. (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۳۵۴). در منع فروش میوه‌های همان سال که هنوز موجود نشده اند، ادعای اتفاق بین فقها شده است. (همان). برخی از فقها، فروش میوه‌ی دو سال یا بیشتر از دو سال، قبل از بدو صلاح را جایز دانسته اند. اما، فروش ثمره یک سال را در صورتی که مقید به شرط چیدن (قطع)، قبل از بدو صلاح نشود، جایز نمی دانند. ۱ (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۳). علت این که فروش ثمره یک سال را باطل و دو سال و بیشتر را جایز دانسته اند، آن چنان که در متن روایت وجود دارد، احتمال ثمره ندادن درخت در یک سال بیان شده است. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۷).

۲. «و لا ینافی ذلك تجویز بیع سمک الآجام إذا كانت مشاهدة، لاحتمال أن لا یعتبر الوزن فی بیع الكثير منه، کالذی لا یدخل فی الوزن لکثرته کزبیرة الحدید، بخلاف القلیل منه». (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۲).





موضوع دیگری که وجود دارد، در رابطه با بیع استصناع^۱ است. حنفیه، آن را بیع معدوم تلقی نموده و ابتدائاً جایز نمی‌دانند. اما، با تمسک به روایت و استحسان و نیاز مردم به وجود چنین نهادی، آن را مجاز می‌دانند. (السمرقندی، ۱۴۱۴، ۲، ۸: ۲۶۳-۲۶۲). شیخ طوسی چنین عقده را باطل می‌داند. اما، نه به دلیل معدوم بودن شیء مورد معامله در زمان انعقاد عقد، بلکه دلیل بطلان را مجهول و غیر معلوم بودن موضوع بیان می‌نماید. (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱۵). اکثر مذاهب اهل سنت، استصناع را نزدیک به بیع سلم و صحیح می‌دانند.^۲ به این ترتیب، یکی دیگر از دلایل مخالفان، لزوم غرر در عقد است. با این توضیح که با فروش مالی که در زمان انعقاد عقد، موجود نیست ریسک و خطر^۳ حادث شده و معامله به این دلیل باطل است. برای تبیین این دلیل آشنایی با مفهوم غرر ضروری است. غرر از ریشه‌ی غَرَه، یَغْرُه، غَرَّأ، و غُروراً و غِرَّة و تغریر، در لغت به معنای در معرض هلاکت قرار دادن مال بدون آگاهی، یا به معنای غفلت (از ریشه‌ی غره) یا خدعه (از ریشه- ی تغریر) یا به معنای خطر استفاده شده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۷۶۸؛ مقرئ فیومی، بی تا: ۴۴۵). برخی لغت‌شناسان نیز غرر را به جهل معنا کرده‌اند. به این صورت که در تفسیر لفظ «غرر» در روایت «نهی رسول الله (ص) عن البیع الغرر» همانند بیع ماهی در آب یا پرند در هوا، می‌گویند برای آن، ظاهری است که مشتری را فریب می‌دهد و باطنی دارد که مجهول است. (طریحی، ۱۴۱۶: ۴۲۳؛ واسطی زبیدی، حسینی، ۱۴۱۴: ۳۰۰). در مفهوم غرر فقهای امامیه سه ملاک را مورد بررسی قرار می‌دهند. نخست، جهل به اصل

۱. عقد استصناع عبارت است از توافق با فروشنده (صاحب صنایع) جهت ساختن شیئی معین مانند کفش، ساختمان و غیره. یا گفته شده، استصناع، بیع به سفارش مصنوعات یدی است. کسی، از صاحب صنایع دستی تقاضای ساختن چیزی می‌کند با این وصف که آن صانع، مصالح کار را خود بدهد و با آن مصالح، کار کند. (جعفری- لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۷۴؛ ۱۳۸۲: ۷۰).

۲. تفاوت این دو را اولاً، در مؤجل (مدت دار) بودن بیع سلم و معجل (فوری) بودن استصناع و ثانیاً، لازم بودن سلم و خیار بودن استصناع می‌دانند. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۳۵۴-۳۵۲).

۳. ریسک و خطر از دو جهت است یکی ناشی از جهل به اوصاف و مشخصات و مقدار مبیع و دیگری ناشی از حصول و وصول مال به خریدار است. که در آینده با تفصیل بیشتری مورد بحث قرار می‌گیرد.





وجود مال مورد معامله. دوم، جهل به حصول آن توسط منتقل‌الیه (قدرت بر تسلیم و تسلیم). سوم، جهل به مقدار و صفات آن. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۱؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶، ۷: ۵۹۰). در ادامه، غرری بودن یا نبودن بیع مال آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲-۱. نظریه صحت

بیع عین موجب انتقال مالکیت است. یعنی، مالکیت حین انعقاد عقد منتقل می‌شود. اما، گاهی ملکیت، بلافاصله از بیع محقق می‌شود و گاهی با فاصله از آن ایجاد می‌شود. آن‌چه، در بیع لازم است محقق شود، انتقال است. خواه ملکیت نیز بالفعل محقق شود یا بالقوه. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۴، نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۱). آن‌چه از عبارت سید یزدی استنباط می‌شود این است که با تحقق بیع، مفهوم سببی تملیک، ایجاد می‌شود و تحقق مفهوم مسببی، می‌تواند در زمانی بعد از بیع، واقع شود.

مبنای دیگری که ارائه شده است، تمسک به مفهوم اعتباری تملیک است. به عبارت دیگر، از آن‌جایی که تملیک امری مادی و خارجی محسوب نمی‌شود و برای تحقق لزومی به پایگاه مادی ندارد، هیچ مانعی نیست که به امور معدوم تعلق گیرد، در حالی که آن امر معدوم مقدورالتسلیم باشد. برخلاف امور مادی همچون، سیاهی یا سفیدی که عرض هستند و برای تحقق ناگزیر از وجود پایگاه مادی (معروض) هستند. (موسوی خوئی، بی‌تا، ۲: ۱۵). به عبارت دیگر، مالکیت خود جوهر است و برای تحقق، برخلاف عرض، نیاز به پایگاه ندارد.

در پاسخ به ایراد غرری شدن بیع نیز، عده‌ای گفته‌اند، معنای متبادر از غرر که در روایات مورد نهی قرار گرفته است، صرفاً، خطر از جهت عدم اطلاع نسبت به صفات و مقدار مبیع است نه خطر به معنای مطلق که هرگونه خطر ناشی از تحویل یا عدم تحویل را نیز دربرگیرد. زیرا، بدیهی است که در فروش کالای غایب، یا فروش میوه و محصولات کشاورزی، دستیابی به کالا خطرانی را در پی دارد، حال آن‌که چنین معاملاتی را صحیح می‌دانند. کوتاه سخن آن‌که، به روشنی پیداست مطابق با این عقیده در کالایی که تحویل یا عدم تحویل آن معلوم نیست، خطری وجود ندارد، به خصوص که در صورت عدم امکان





تحویل، با اعمال خیار^۱ جبران می‌گردد. با این استدلال که در بیع، عالم بودن متبایعین به قدرت بر تسلیم در زمان انعقاد عقد شرط است نه قدرت واقعی. زیرا، غرر با علم به قدرت مرتفع می‌شود ولو آن که قدرت واقعی وجود نداشته باشد. پس، اگر مالی را بفروشد که بر حصول آن علم ندارد بیع باطل است. حتی اگر بعد از عقد قدرت بر تسلیم پیدا کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۲: ۳۸۸). مرحوم خوئی نیز در فروش مال غائب، غرر را این گونه مرتفع می‌داند که چنانچه، اطمینان و وثوق به حصول و وصول مبیع به دست منتقل‌الیه، وجود داشته باشد، خطری متصور نیست. (موسوی خوئی، بی تا، ۵: ۲۵۸). مطابق قول اخیر، برخلاف نظر مورد اشاره در بالا، غرر به خطر ناشی از جهل به حصول مبیع معنا شده است. مرحوم نائینی، هرکدام از غره، غرور و غرر را مستلزم جهل به واقع می‌داند. یعنی، در صورت عالم بودن به واقع، غرر نیز منتفی است. (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۷۹). برطبق این عقیده، بنابه فرض، اگر قصد متعاقدين از انشای معامله تملیک فوری نباشد بلکه، اراده‌ی ایشان بر تملیک در آینده تعلق گرفته باشد و با علم به این موضوع مبادرت به انعقاد معامله شده باشد، غرر منتفی خواهد بود. در حقوق فرانسه اگر مال آینده امکان تحقق نداشته باشد، قرارداد باطل خواهد بود. (Brahinsky, 2016-2017: 94). بنابراین، لازم است احتمال معقول برای به وجود آمدن در آینده وجود داشته باشد تا معامله صحیح باشد. مگر آن که معامله در قالب عقد احتمالی^۲ واقع شده باشد. (Bénabent, 2017: 30)

۲. بررسی حقوقی

در این قسمت ابتدا نظام‌های حقوقی خارجی از بعد مطالعه‌ی تطبیقی مورد بررسی قرار می‌گیرد. از جمله نظام‌های حقوقی که مطالعه می‌شود به ترتیب نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلیس است. سپس، به مطالعه‌ی موضوع در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۱. خیار تعذر تسلیم.





۲-۱. نظام حقوقی فرانسه

در حقوق فرانسه، چنانچه مالی که موضوع معامله است، در زمان انعقاد قرارداد موجود نباشد، معامله باطل است. به عنوان مثال، اگر موضوع معامله یک دستگاه آپارتمان با مشخصات معین باشد و سپس کشف شود در زمان معامله، آپارتمان موصوف در اثر سیل از بین رفته است، آن قرارداد باطل خواهد بود. (Bénabent, 2016: 122). شرط وجود موضوع قرارداد، مانع از این نیست که قرارداد نسبت به شیء آینده منعقد گردد. (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی فرانسه ۱۸۰۴ و ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی فرانسه ۲۰۱۶). در عمل نیز انعقاد قرارداد نسبت به چنین موضوعاتی، رایج است. (مانند فروش چیزی که فروشنده قرار است آن را بسازد^۳ یا فروش ملک برای احداث ساختمان،^۴ محصول آینده،^۵ حقوق مورد انتظار،^۶ حیوانی که به دنیا خواهد آمد^۷). این موضوع در مواد (۱-۱۶۰۱ تا ۴-۱۶۰۱) قانون مدنی فرانسه، مورد تصریح واقع شده است.^۸

در برخی قوانین خاص در حقوق فرانسه، انتقال برخی حقوق مربوط به آینده، ممنوع شده است. از جمله در ماده (۷۲۲) قانون مدنی ۱۸۰۴^۹ انتقال حقوق مربوط به ارثی که در آینده ایجاد خواهد شد، یا معامله نسبت به ارث آینده، ممنوع اعلام

1. Article 1130.C.Fr: Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation...
2. Article 1163: L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ...
3. Objets à fabriquer
4. Immeuble à construire
5. Récolte à venir
6. Droits attendus
7. animal à naître
8. L'exigence d'un objet possible n'empêche pas que le contrat puisse porter sur une chose future ... Un tel contrat est parfois conditionnel: il ne se formera pas si la chose n'arrive pas à l'existence, par exemple si la récolte est détruite avant d'être parvenu à maturité. Mais il peut aussi être conclu purement et simplement, ce qui lui donne un caractère aléatoire mais n'en entache pas la validité: le prix sera dû à tout événement. (Flour et al, 2011 : 247; Bénabent, 2013 : 74; Marty et al, 1988 : 1, 174)
9. Article 722: Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi.





شده است.^۱ دلیل ممنوعیت این نوع معامله، مخالف بودن با نظم عمومی، قلمداد شده است. (Bénabent, 2016 : 123) برخی دیگر، علت این حکم را، خطرناک بودن تنظیم قرارداد به دلیل، بیم آرزوی مرگ برای شخصی که نسبت به ارث وی قرارداد منعقد شده است، از سوی آن که، حقی را به موجب این ارث به دست آورده است، می دانند.^۲ علاوه بر آن، مطابق با مواد (L.131-1 et L.132-4)^۳ از قانون مالکیت معنوی، انتقال حقوق خالق آثار معنوی (فکری) آینده، باطل اعلام شده است. (Mainguy, 2016 : 126)

شایان ذکر است، در معامله ای که موضوع آن، مال آینده است، چنانچه، بدون تقصیر طرف قرارداد یا شخص ثالث، موجود نشود قرارداد باطل خواهد بود. به عنوان مثال، محصول قبل از موعد از بین برود یا کالاهای فروخته شده، به علت خارجی، ساخته نشود. (Bénabent, 2016 : 123). نکته دیگری که قابل توجه است این که، در بند دوم ماده (۱۱۶۳) قانون مدنی فرانسه ۲۰۱۶،^۴ شرط امکان پذیر بودن ایجاد و تحقق مال آینده، اضافه گردیده است. به عبارتی، اگر مال موجود در آینده، امکان تحقق نداشته باشد، معامله نسبت به آن باطل خواهد بود. ملاک امکان پذیر بودن نیز، زمان انعقاد قرارداد است. (Brahinsky, 2016-2017: 94).

آنچه، از ملاحظه ظاهر مواد^۵ (۱۱۶۳) و (۱-۱۶۰۱ تا ۴-۱۶۰۴) قانون مدنی فرانسه، استنباط می شود، این است که، می توان به موجب قرارداد، نسبت به انتقال شیء آینده متعهد

۱. برخی از نویسندگان حقوق فرانسه، معامله نسبت به مال آینده را، صراحتاً، استثنا بر قاعده (موجود بودن موضوع، حین انعقاد قرارداد) فرض کرده اند و معامله نسبت به ارث آینده و انتقال مالکیت در آثار فکری (هنری) را، استثنا بر استثنا (une exception à l'exception) قلمداد نموده اند. (magnant, 2004: 32). در مقابل، برخی دیگر، فروش مال آینده را به عنوان نظریه کلی (عمومی) تعهدات (La théorie générale des obligations) معرفی کرده اند. (Malaurie et al, 2016A : 92)

۲. با این وجود در حقوق فرانسه، قرارداد بیع مادام العمر که همین خطر را دارد، مورد پذیرش واقع شده است. on accepte bien les contrats de vent viagère qui comportant exactement le même risque. (Magnan, 2004 : 323)

3. L. 131-1: la cession global des œuvres futures est nulle. Article L132-4 Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés...

4. Article 1163: «... Celle-ci doit être possible...».

5. "L'obligation a pour objet une prestation présente ou future...". (Malaurie et al, 2016A : 92)





شد، نه این که در زمان قرارداد بتوان مالکیت آن را منتقل نمود. آن چنان که، در ماده (۲)-۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه آمده است: بیع مدت دار، قراردادی است که در آن، بایع متعهد به تحویل مال، در زمان تکمیل آن می شود و خریدار متعهد به گرفتن آن و پرداخت قیمت در زمان تحویل می گردد.^۱ (Malaurie et al, 2016A :92-94) در واقع، در انتقال مورد معامله به دیگری، دو مرحله را در بررسی موجود بودن مال، در نظر می گیریم. نخست، وجود شیء. دوم، وجود حق انتقال دهنده، بر آن مال. به عنوان مثال کسی که خانه اش را می فروشد، مستقیماً آن خانه را به دیگری منتقل نمی کند بلکه، حق مالکیت خود بر آن مال را انتقال می دهد. به این ترتیب، ابتدا باید وجود خانه و سپس وجود حق بایع بر خانه را احراز کنیم. اگر یکی از این دو شرط نباشد، فروش خانه نیز صحیح نیست. (Bénabent, 2017 : 26)

با این حال، در حقوق فرانسه یک تقسیم بندی وجود دارد که در آن، قراردادها را به قراردادهای ناقل مالکیت^۲ و غیر ناقل مالکیت^۳ تفکیک می نمایند. (Mainguy, 2016 : 61) در این تقسیم، عقد بیع را در زمره ی دسته ی نخست قرار می دهند و اعلام می دارند در حقوق فرانسه (در عقود ناقله) اصل، انتقال مالکیت فوری به منتقل الیه به محض انعقاد قرارداد است. ولو آن که موضوع هنوز تحویل نشده و عوض نیز پرداخت نشده باشد. این قاعده نه تنها در مقررات مربوط به عقد بیع (ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی ۱۸۰۴) بلکه، در قواعد عمومی قراردادها در ماده (۱۱۹۶) قانون مدنی ۲۰۱۶ نیز مورد تصریح واقع شده است. (Bénabent, 2016 : 109) مطابق ماده اخیر «در قراردادهایی که موضوع آن انتقال مالکیت یا هر حق دیگری است، به محض انعقاد قرارداد انتقال واقع می شود». بنابراین، در حقوق فرانسه، نیز این اعتقاد وجود دارد که بیع یکی از عقود ناقل مالکیت است. البته، در عقد بیع سه استثنا برای قاعده ی یادشده در بالا ذکر می کنند که یکی از آن موارد، بیع مال آینده



1. 1601-2: La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison...
2. Contrats translatifs de propriété
3. Contrats non translatifs de propriété



است. با این توضیح که، اگر مال آینده مال معین باشد، انتقال مالکیت تا زمان تکمیل مبیع به «تأخیر» می‌افتد و به محض تکمیل، مالکیت به خریدار انتقال می‌یابد. تا قبل از تکمیل، مالکیت مبیع برای فروشنده باقی می‌ماند. زیرا، تا آن زمان مبیع فروخته شده، وجود ندارد. به عنوان مثال مالکیت اتومبیلی که در آینده ساخته می‌شود با تکمیل به خریدار منتقل می‌شود. اما، انتقال مالکیت نسبت به مال کلی آینده منوط به معین و شخصی شدن آن است. (Bénabent, 2016 : 110) مثلاً، مالکیت محصول آینده با تکمیل به خریدار انتقال نمی‌یابد بلکه منوط به تعیین است. (Mainguy, 2016 : 156) برخلاف حقوق فرانسه، در حقوق رم بیع موجد دو اثر است یکی تعهد به تحویل مبیع و ثمن و دوم تعهد به انتقال مالکیت. به نظر می‌رسد اختلاف نظر موجود بین نویسندگان حقوق مدنی فرانسه ناشی از تعارضاتی است که در قانون مدنی این کشور دیده می‌شود. به عنوان مثال از ماده (۱۵۸۲) قانون مدنی فرانسه چنین استنباط می‌شود که، با انعقاد عقد بیع فروشنده متعهد می‌شود که در آینده مبیع را به خریدار تملیک نماید و خریدار متعهد می‌شود ثمن را به بایع تملیک کند. در حالی که، مطابق ماده (۱۵۸۳) قانون مدنی انتقال مالکیت در بیع به صرف تشکیل عقد و بلافاصله از عقد حاصل می‌شود. این ناسازگاری به وابستگی حقوق فرانسه به حقوق رم بازمی‌گردد. ماده (۱۵۸۲) با سیستم حقوق رم منطبق است و با ماده (۱۵۸۳) سازگاری ندارد.

در فروش ساختمانی که بنابه فرض قرار است در آینده، ساخته شود، یکی از تعهدات مختلفی که برای بایع به وجود می‌آید، تعهد وی به انتقال مالکیت آن ساختمان در زمان تکمیل، به متعهدله است. (Malaurie et al, 2016A :93) اما، نکته مهم عبارت ذیل ماده (۱۶۰۱-۲) است که حکایت دارد انتقال مالکیت در زمان اتمام ساختمان، به خریدار منتقل می‌شود و این اثر عطف بماسبق می‌گردد. یعنی، اثر مالکیت خریدار از زمان انعقاد قرارداد است.^۲

در تفسیر عبارت یاد شده، تعهد نسبت به مال آینده، مذکور در ماده (۱۱۶۳) قانون مدنی را، به عنوان نظریه عمومی معرفی نموده‌اند و عبارت ذیل ماده (۱۶۰۱-۲) قانون مدنی





که حکایت از عطف بماسبق شدن مالکیت خریدار از زمان قرارداد، دارد را، خلاف آن قاعده دانسته‌اند. در توجیهی دیگر بیان می‌دارند، به موجب عبارت ذیل ماده یادشده، صرفاً، آثار مالکیت عطف بماسبق می‌شود،^۱ تا این که، بایع را از انتقال حقوق مربوط به ساختمان، از زمان انعقاد قرارداد تا اتمام عملیات ساختمان، منع نماید. (Malaurie et al, 2016A: 93). اما، سوال این است که آیا می‌توان مشابه حقوق فرانسه در حقوق ایران نیز اثر مالکیت را عطف بما سبق نمود؟ شاید بتوان گفت اراده‌ی طرفین این قدرت و قابلیت را دارد که پس از به وجود آمدن مبیع معین در آینده و برقراری رابطه‌ی مالکیت، اثر آن را به زمان ایجاد سبب یعنی انعقاد قرارداد، عطف نماید. یعنی، ملکیت برای مشتری از زمان به وجود آمدن مبیع ایجاد شود. اما، اثر آن از زمان انعقاد قرارداد جاری گردد. اما، چنین عقیده‌ای را نمی‌توان پذیرفت. زیرا، تصور اثر قبل از مؤثر در امور اعتباری همانند امور مادی امری غیرممکن است و تا سبب حاصل نشود مسبب نخواهد آمد. از طرفی باید بگوییم به رسمیت شناختن رابطه‌ی مالکیت و اثر آن، حکمی است که از ناحیه قانون‌گذار وضع می‌شود و از اراده‌ی طرفین خارج است. اراده‌ی طرفین در حدودی که قانون تعیین می‌کند کارساز است. آنچه در اراده‌ی طرفین قرار دارد همان مالکیت انشائی است نه مالکیت قانونی و عقلایی. عطف اثر مسبب به قبل از به وجود آمدن سبب، منوط به حکم قانون است. مانند آنچه در ماده (۲۵۸) قانون مدنی در اثر اجازه در عقد فضولی آمده است. در ادامه برخی مصادیق از قراردادها، که در حقوق فرانسه مورد توجه قانون‌گذار آن کشور قرار گرفته است، مطالعه خواهیم کرد.

الف. قرارداد قطعی:^۲ در این نوع از قرارداد، موضوع آن شیء احتمالی (شانسی) نیست بلکه، مالی است که ممکن است در آینده تکمیل شود. یعنی، بیع متکی به وجود مال در آینده است. مانند، انتقال مال الاجاره‌ای که سررسید آن در آینده، خواهد رسید یا فروش شیئی که ساخته خواهد شد. در این مورد، انتقال مالکیت و همچنین انتقال ریسک در زمان

۱. همان حکمی که در فقه امامیه و حقوق ایران به نظریه کشف حکمی، معروف است.

2 Contrat commutatif.

3 Emptio rei speratae





تکمیل و اتمام مال (و قبل از تسلیم) صورت خواهد پذیرفت. (Malaurie et al, 2016A: 92) در این نوع بیع، احتمال وجود موضوع در آینده قریب به یقین است. با این توضیح که، بایع تعهد می‌کند که مال را در آینده ایجاد کند. برخلاف قرارداد شانس که وجود موضوع در آینده، صرفاً یک احتمال است. (Mainguy, 2016 : 126)

ب. قرارداد احتمالی و شانس: ^۱گاهی، تحقق موضوع بیع، احتمالی و شانس است. مانند فروش ماهی در تور قبل از آن که صیاد آن‌ها را صید کرده باشد یا محصولی که هنوز چیده نشده است. به موجب این قرارداد اگر صیاد ماهی‌ها را نگیرد یا محصول چیده نشود و بنابه فرض، از بین برود، قرارداد معتبر است و خریدار باید قیمت تعیین شده را پرداخت نماید. اثر این قرارداد، برخلاف مورد قبلی، انتقال ریسک در زمان انعقاد بیع، به خریدار است. مگر این که، برخلاف آن توافق شود. ^۳(Malaurie et al, 2016A : 93 ; Marty et al, 1988 : 1, 174)

ج. فروش ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد: ^۴ممکن است ساختمانی که در آینده، ساخته خواهد شد، به فروش رود. در این بیع، تعهدات مختلفی برای بایع به وجود خواهد آمد. اولاً، بایع متعهد به ساختن یک ساختمان در مهلت معین می‌شود. ثانیاً، متعهد به انتقال مالکیت آن به متعهدله می‌گردد. ثالثاً، متعهد به تحویل مال است. رابعاً، تکمیل ساختمان را، تضمین نموده است. (Malaurie et al, 2016A : 93)

با وجود این، بر حسب این که انتقال مالکیت و پرداخت قیمت در چه زمانی اتفاق می‌افتد، این نوع بیع به سه قسمت تقسیم می‌شود.

۱. بیع مدت‌دار: ^۵در این قرارداد، بایع متعهد به ایجاد ساختمان در مهلت معین می‌گردد. آثاری که این قرارداد در بردارد، عبارتند از: نخست، انتقال مالکیت زمانی صورت می‌گیرد

1 Contrat aléatoire

2 Emptio spei

3 À l'emptio spei, on assimile la vente en bloc d'une chose future ; les risques sont à la charge de l'acheteur dès la formation du contrat, sauf volonté contraire : la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur. (Malaurie et al, 2016 (A) : 93)

4 Vente d'immeuble à construire

5 Vente à terme





که مال کامل گردد. دوم، همان طور که پیش از این گفته شد، اثر انتقال مالکیت، عطف به گذشته (زمان انعقاد قرارداد) می شود. (ماده ۲-۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه). سوم، خریدار نباید ثمن را، تا قبل از تحویل، تسلیم نماید. با این وجود، قبل از تاریخ تحویل، می توان خریدار را موظف به پرداخت بیعانه^۱، به تدریج و هم زمان با پیشرفت کار نمود. این مبالغ (بیعانه)، با هدف تضمین و حفظ آن در قرارداد، غیرقابل انتقال^۲، غیرقابل توقیف^۳ و خارج از دسترس^۴ است. (CCH, art. L 261-12)(Malaurie et al, 2016A :93).

۲. بیع در مرحله طرح یا نقشه^۵: این نوع از قرارداد، بیع مدت دار محسوب نمی شود. در این بیع، بایع فوراً حقوقش را نسبت به زمین و ساختمان، به خریدار منتقل می کند. ساختمان، به تدریج با ایجاد آن، به مالکیت خریدار درمی آید. خریدار نیز هم زمان با پیشرفت کار، ثمن را به صورت اقساط پرداخت می کند. با این حال، انتقال ریسک، تا زمان تکمیل ساختمان، از بایع به خریدار صورت نمی گیرد. (Malaurie et al, 2016(A) : 93-94; Mainguy, 2016 : 126)

۳. بیع برای نوسازی: در قالب فروش ساختمان نیازمند بازسازی^۶، خریدار بایع را به بازسازی ساختمان، متعهد می نماید. ثمن در فاصله ی بین انعقاد بیع تا زمان اتمام کار، به تدریج (به صورت اقساط) پرداخت می شود. بازسازی در اکثر موارد، اجزا ساختمان از جمله فنداسیون و سایر قسمت ها را دربرمی گیرد. به طوری که، در زمان تحویل، به صورت نو و جدید تسلیم می گردد. (Malaurie et al, 2016(A) : 93-94)

خلاصه آن که، قانون گذار فرانسوی انعقاد قرارداد نسبت به مال آینده را به رسمیت شناخته است. هر چند در قاعده یا استثنا بودن این حکم در بین حقوق دانان فرانسوی اختلاف نظر وجود دارد، اما در عرف معاملاتی آن کشور، آن چنان که مورد اشاره قرار گرفت معاملات بسیاری نسبت به مال آینده منعقد می شود و عرف بر آن معاملات صحه

1 Dépôts de garantie
2 Incessibles
3 Insaisissables
4 Indisponibles
5 Vente en l'état future d'achèvement ou La vente sur plans
6 La vente «d'immeubles à rénover»





می‌گذارد. این نکته نیز از اهمیت برخوردار است که انتقال مالکیت در معامله نسبت به مال آینده، علی‌القاعده با تکمیل مال انجام می‌شود. این گفتمان در حقوق فرانسه به مفهوم حق عینی بازگشت دارد که موضوع آن را الزاماً عین موجود خارجی (به‌نحوی که قابل اشاره باشد) می‌دانند و برقراری رابطه‌ی مالکیت صرفاً با چنین شیئی امکان‌پذیر است. در حالی که در فقه امامیه و قانون مدنی ایران، مالکیت مفهومی اعتباری است و موضوع آن نیز می‌تواند مالی اعتباری باشد. بر همین مبنا در ماده (۳۳۸) قانون مدنی بیع به نحو مطلق به تملیک عین (اعم از معین، کلی در معین و کلی در ذمه) تعریف شده است.^۱ با این توضیح که، با انعقاد عقد، مالکیت انشائی به اراده‌ی طرفین ایجاد می‌شود ولی مالکیت قانونی که اثر مالکیت انشائی است و به حکم قانون‌گذار ایجاد می‌شود منوط به موجود شدن مال معین خارجی است.

۲-۲. نظام حقوقی انگلیس

صحت فروش کالای معین در حقوق انگلیس منوط به وجود آن در زمان انعقاد عقد است. (ماده ۶ قانون فروش کالا). در پرونده‌ی (Couturier v Hastie 1856) موضوع قرارداد فروش محموله‌ی ذرت در کشتی معینی که در حال حرکت از سالونیک به لندن بوده است، می‌باشد. پس از فروش، کشف می‌شود ناخدای کشتی به دلیل قرار گرفتن محموله در خطر تخمیر و فاسد شدن، در تونس و قبل از انعقاد عقد، آن را فروخته است.

۱. برخی از حقوق‌دانان داخلی در تحلیل ماده (۲۹) قانون مدنی ایران و مقایسه‌ی آن با ماده (۵۴۳) قانون مدنی فرانسه^۱ نظر بر این دارند که در اقتباس ماده (۲۹) قانون مدنی ایران تصرفات دقیق و معناداری صورت گرفته است و دو تفاوت موجود در این دو ماده باعث جدایی مفهوم مالکیت در حقوق ایران از آن چه در نظام حقوقی فرانسه جا افتاده است، می‌باشد. اولین تفاوت، این که در بند اول ماده (۲۹) از اصطلاح «مالکیت» به جای «حق مالکیت» استفاده شده است. هدف از چنین تغییری هنگام اقتباس، تفکیک ملک از حق بوده است. نویسندگان قانون مدنی به مبنای فقهی تفکیک حقیت از ملکیت توجه داشته و با ظرافت، «مالکیت» را جایگزین «حق مالکیت» نموده‌اند. دومین تفاوت صورت گرفته در ماده (۲۹) افزودن عبارت «اعم از عین یا منفعت» در بند اول آن ماده است. استفاده از عین و منفعت در این بند به صورت مطلق که از یک طرف عین، شامل عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه و از طرف دیگر منفعت، منفعت عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه و نیز منفعت شخص را در برمی‌گیرد، حکایت از آن دارد که موضوع مالکیت در حقوق ایران برخلاف آن چه در حقوق فرانسه هست، می‌تواند امری اعتباری باشد. کوتاه سخن آن که، در نظام حقوقی ایران به دلالت عبارت مورد اشاره در بالا لازم نیست متعلق مالکیت شیء خارجی و ملموس باشد. پس، مالکیت در حقوق ایران در حصار حق عینی محدود نمی‌گردد. (الشریف، ۱۳۹۳: ۳۶-۳۴).





مجلس اعیان، دعوای فروشنده مبنی بر دریافت ثمن قرارداد فی مابین را، نمی پذیرد. برخی نویسندگان علت رد دعوا را بطلان قرارداد به دلیل عدم وجود موضوع دانسته اند. (Furmston, 2001: 67). حقوق دانان انگلیسی انتقال حق را، جابجایی یک حق موجود، می دانند. (Treitel, 2003: 683) به عبارت دیگر، منتقل نمودن حقی که هنوز ایجاد نشده است یا حقی که ایجاد آن در اختیار انتقال دهنده نیست، انتقال^۱ محسوب نمی شود. بلکه، ممکن است توافق به انتقال^۲ قلمداد گردد و لازم است، چنین قراردادی، معوض باشد تا الزام آور تلقی شود.^۳ (Treitel, 2003: 683) البته، اگر تحقق امر محتمل، تحت کنترل متعهدله باشد، می توان چنین ماهیتی را انتقال محسوب نمود. به عنوان مثال در آن جایی که سازنده، ساختمانی را که بنا به فرض، قصد ساخت آن را دارد به دیگری می فروشد، پیشرفت ساختمان بستگی به پرداخت پول از سوی متعهدله دارد، از این جهت تحقق امر محتمل (اتمام ساختمان) تحت کنترل متعهدله است. چنین قراردادی را، انتقال محسوب نموده اند. اما، اگر تحقق امر محتمل، در کنترل متعهدله نباشد با حسن نیت و مسامحه می توان چنین ماهیتی را قرارداد برای انتقال (توافق به انتقال) نامید. (Smith Qc, 2013: 167)

مطابق با، قانون بیع کالای انگلیس (۱۹۸۰) در تفکیک بیع از توافق به بیع می توان گفت، نهاد بیع مربوط به جایی است که به موجب قرارداد، مالکیت کالا از بایع به خریدار منتقل می شود. (بند ۴ ماده ۲ قانون کالای انگلیس). اما، در آن جا که، به موجب قرارداد، انتقال مالکیت کالا در آینده صورت خواهد پذیرفت و یا اینکه انتقال مالکیت منوط به تحقق شرطی باشد، توافق به بیع خوانده می شود. (بند ۵ ماده ۲ قانون فروش کالای انگلیس). برخی از نویسندگان انگلیسی علت وجود این تفاوت را، ابهام در مفهوم فروش (sale)، معرفی می نمایند. با این توضیح که، آیا مفهوم فروش، به قرارداد واقع شده بین خریدار و فروشنده بازمی گردد و یا به انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار که موضوع توافق است،

1 Assignment

2 Agreement to assign

۳. برخی حقوق دانان انگلیسی، لزوم معوض بودن چنین قراردادی را به دلیل عدم امکان انعقاد عقد هبه، مورد انتقاد قرار

می دهند. (Smith Qc, 2013: 167)





برمی‌گردد؟ چرا که در حقوق انگلیس، اصل این است که مالکیت به محض انعقاد قرارداد و نه با تحویل کالا یا پرداخت ثمن، از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود. (Furmston, 2001: 22)

مطابق با بند (۱) ماده (۱۷) قانون فروش کالاها، زمان انتقال مالکیت کالا بین خریدار و فروشنده، بستگی به اراده‌ی طرفین دارد. در احراز قصد طرفین، شروط مذکور در قرارداد، رویه‌ی معاملی طرفین و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد. (بند ۲ ماده ۱۷ قانون فروش کالا). این حکم مربوط به کالاهای معین است. اما، انتقال مالکیت در کالای غیرمعین، مطابق با ماده (۱۶) قانون فروش کالا، پس از تشخیص و تعیین آن صورت می‌گیرد. در مورد کالای آینده^۱ نیز که به‌عنوان نوعی از کالای غیرمعین شناخته می‌شود، همان‌طور که در بالا گفته‌شد، چنان‌چه وجود یا عدم‌وجود کالا مبتنی بر یک امر محتمل باشد که در اختیار متعهدله نیست، چنین ماهیتی قرارداد برای فروش محسوب می‌شود و انتقال مالکیت پس از به‌وجود آمدن (تشخیص و تعیین) آن، صورت خواهد گرفت.^۲ (بند ۳ ماده ۵ قانون فروش کالا). (Treitel, 2003: 683; Beatson et al, 2010: 668; Richards, 2007: 531)

Richards, 2007: 531 علت عدم امکان انتقال مال آینده آن است که، صرفاً حق بر مال موجود را می‌توان منتقل نمود. در زمان انعقاد قرارداد نسبت به مال آینده، حقی وجود ندارد تا بتوان آن را انتقال داد. (Smith Qc, 2013: 171).

۱. کالای آینده مطابق با بند (۱) ماده (۵) قانون فروش کالا، کالایی است که به‌وسیله فروشنده بعد از انعقاد عقد ساخته (to be manufactured) یا تحصیل (acquired) خواهد شد.

۲. اگر عدم تحویل مال به دلیل تقصیر هریک از فروشنده یا خریدار باشد، ریسک نیز برعهده‌ی اوست. (بند ۲ ماده ۲۰ قانون فروش کالا). در این رابطه، پرونده‌ی جالب توجهی که قبل از تصویب قانون فروش کالا ۱۹۷۹ شکل گرفته‌است، پرونده‌ی (Head v Tattersall 1870) می‌باشد. در این پرونده، خواهان اسبی فراری را از خواننده خریداری می‌کند. با این شرط که اسب مذکور به‌وسیله‌ی سگ شکاری، به دام افتاده و تحویل خریدار شود و اگر این اتفاق صورت نپذیرفت خریدار می‌تواند در زمان معینی، معامله را برهم زند. اتفاقاً اسب به دام نیافتاد و خریدار تا قبل از سپری شدن زمان مورد توافق، برهم زدن معامله را انتخاب نمود. اسب، قبل از بازگشت، در زمانی که تحت مالکیت خواهان بوده، آسیب دیده بود. دادگاه مقرر داشت که خواهان (خریدار) اختیار چنین عملی (برهم زدن معامله)، را داشته‌است. همچنین، صراحتاً اعلام شد مالکیت (property) به خواهان منتقل شده- است و سپس با توجه به قصور خواننده در یافتن اسب، به خواننده برگشته‌است. (Furmston, 2001: 70). آن‌چه از رأی مورد اشاره استنباط می‌شود این است که، قبل از تصویب قانون فروش کالا ۱۹۷۹ مالکیت مال آینده، با انعقاد عقد، نه با تعیین و تشخیص آن، به خریدار منتقل می‌شده‌است.





به موجب «توافق به بیع» هیچ حقی مبتنی بر مالکیت و تصرف برای خریدار ایجاد نمی‌شود. بلکه تنها در صورت نقض قرارداد، خریدار می‌تواند ادعای خسارت نماید. تا زمانی که مالکیت کالا هم‌چنان متعلق به فروشنده است، به اختیار خود می‌تواند در آن تصرف نماید. مگر تصرفاتی که مثلاً موجب اتلاف کالای مورد نظر شده و نقض عقد را به دنبال دارد. بنابراین، در توافق به بیع، از آنجایی که میباید در حکم اموال تحت ملکیت فروشنده به‌شمار می‌رود، در صورت لزوم قابل توقیف به درخواست بستانکاران وی خواهد بود. در صورت ورشکستگی فروشنده نیز چنین اموالی به مدیر تصفیه واگذار خواهد شد. (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۱۴۰).

در کامن‌لا مال موجود و مال آینده را در سه طبقه، دسته‌بندی می‌کنند. نخست، حق موجود و قابل اجرا. دوم، حق موجود و قابل اجرا در آینده. سوم، حق غیرموجودی که ممکن است در آینده ایجاد شود. نوع نخست، صرف‌نظر از این که از قلمرو بحث خارج است، امر واضحی است و لزومی به توضیح اضافه ندارد. اما، تفکیک مقوله‌ی دوم و سوم حائز اهمیت است. ثمره‌ی عملی این تفکیک آن است که، اولاً مال آینده را در قبال عوض می‌توان انتقال داد و انتقال رایگان آن امکان ندارد. برخلاف دسته‌ی دوم که امکان انتقال آن بدون عوض هم ممکن است. ثانیاً، پس از انتقال دسته‌ی دوم از حقوق، اثر عملی انتقال، فوراً محقق می‌شود و انتقال‌دهنده نمی‌تواند هیچ‌گونه عملی (از جمله واگذاری حق به ثالث و ...) را به ضرر منتقل‌الیه، انجام دهد. (Smith Qc, 2013:167&171).

اما، ضابطه‌ی تشخیص مورد دوم از سوم چیست؟ تشخیص این دو از همدیگر، به موجود بودن^۱ و غیرقابل اجرا بودن^۲ بستگی دارد. حق قابل اجرا در آینده، در حال حاضر موجود است و به موجب روابط حقوقی فعلی^۳ ایجاد شده است. این حقوق به‌عنوان حق آینده، موجودند حتی اگر احتمالی باشند و اطمینانی به وقوع آن‌ها در آینده نباشد. ماهیت حق احتمالی یا شرایط و اوضاع و احوالی که یک حق بالقوه، به یک حق قابل اجرای فعلی



1 Existence
2 Not enforceability
3 Present legal relationship



تبدیل می‌گردد، به وسیله‌ی رابطه‌ی قانونی فعلی موجود، تشخیص داده می‌شود. بنابراین، مستمری سالیانه بازنشستگی که در آینده کامل می‌شود، یک حق موجود است. زیرا، یک رابطه‌ی قانونی فعلی بین طرفین وجود دارد. در مقابل، مال آینده، به‌طور کلی موجود نیست و رابطه‌ی قانونی کنونی نیز که حق قابل اجرا از آن ناشی شود، وجود ندارد. به‌عنوان مثال منافع ناشی از وصیت‌نامه یک شخص زنده، می‌تواند مثالی برای مال آینده باشد. مسلم است که موصی له در زمان حیات موصی هیچ‌گونه حقی ولو احتمالی در اموال موصی زنده ندارد. بلکه، صرفاً انتظار یا امیدی بر اموال وی دارد. به‌علاوه، موصی نیز می‌تواند، ولو این-که خود را ملتزم به عدم عدول نموده باشد، از وصیت خود عدول کند. وصیت تا زمان مرگ موصی هیچ اثری ندارد. همچنین، حق تألیف کتابی که هنوز نوشته نشده است را می-توان مال آینده دانست. (Smith Qc, 2013: 168)

نتیجه آن که، مطابق حقوق انگلیس «انتقال» نسبت به حقی که موضوع آن در زمان عقد، موجود است مصداق می‌یابد و اگر موضوع در آن زمان وجود نداشته باشد و بنا بر آن باشد که در آینده ایجاد شود، انتقال نبوده و تعهد به انتقال تلقی می‌شود. مگر در جایی که تحقق امر محتمل، تحت کنترل متعهدله باشد که در این فرض نیز انتقال محسوب می‌شود.

۴-۲. نظام حقوقی ایران

در ماده (۳۶۱) قانون مدنی می‌خوانیم، در معامله نسبت به عین معین لازم است که مورد معامله در زمان انعقاد عقد موجود باشد. به عبارت دیگر، اگر عین معین، در زمان انعقاد عقد موجود نباشد، معامله باطل خواهد بود.^۱

برخی از نویسندگان، بین عقود عهدی و تملیکی قائل به تفکیک شده، ماده (۳۶۱) قانون مدنی را ناظر به عقود تملیکی می‌دانند. زیرا، فقط مال موجود، قابلیت تملیک دارد و نمی‌توان مال غیر موجود را ولو آن که پیدایش آن در زمان بعد محقق باشد، مورد انتقال (تملیک) قرار داد. اما، در قالب عقد عهدی، همچنان که، می‌توان نسبت به مال موجود تعهد نمود، مالی که پس از عقد، موجود خواهد شد را نیز، می‌توان مورد تعهد قرار داد. (امامی،





۱۳۹۴: ۲۶۴، بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۴، شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۰). تردیدی وجود ندارد که، فروش مال موجود در آینده را به صورت کلی فی‌الذمه، صحیح بدانیم. زیرا، لزومی به، وجود خارجی مصداق کلی، هنگام عقد، نیست. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۰، کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۰۶).

برخی از نویسندگان نیز، بیع مال معینی که سفارش ساخت آن به فروشنده داده می‌شود را بیع عهدی و صحیح دانسته‌اند. از سوی دیگر، فروشنده را عهده‌دار تهیه و تملیک آن می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۰۷). صرف‌نظر از وجود تعارض مورد اشاره در کلام این نویسنده، قلمداد نمودن چنین بیعی، به‌عنوان بیع عهدی، با مبنای دیگری که توسط ایشان در بیع کلی فی‌الذمه اتخاذ شده است منافات دارد. به‌نحوی که، در استدلالی دیگر، فروش مال آینده را نزدیک به کلی فی‌الذمه دانسته و عقیده دارند طرفین از انعقاد بیع قصد دارند سبب تملیک را ایجاد نمایند تا تملیک در زمان وجود مال، محقق شود. به‌عبارت دیگر، طرفین در زمان انعقاد قرارداد قصد تملیک فوری ندارند بلکه، تملیک را به هنگام موجود شدن مال، معلق می‌نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۹-۲۷۴ و ۲۹۴-۲۹۳).

به‌نظر می‌رسد، بیع مال آینده، ولو در قالب عین معین، با هیچ مانع شرعی یا قانونی مواجه نباشد. با این توضیح که، در زمان انعقاد عقد، اراده‌ی طرفین تملیک انشائی و اعتباری را خلق می‌کند و مالکیت خارجی و قانونی بر مال در لحظه وجود یا ایجاد شیء، محقق می‌شود. این که، در ماده (۳۳۸) قانون مدنی نیز می‌خوانیم بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، منظور قانون‌گذار از تملیک، تملیک انشائی بوده است. زیرا، خلق مالکیت منشائی از اراده‌ی طرفین خارج بوده و به حکم قانون ایجاد می‌شود. به تعبیر دیگر، در زمان انعقاد عقد، تملیک در معنای سببی مورد انشاء طرفین بوده و تملیک در معنای مسببی منوط به موجود شدن مال است. تملیکی که در زمان انعقاد عقد به وجود می‌آید همان تملیک انشائی است. آن‌چنان که، مرحوم شیخ انصاری نیز در تعریف بیع آن‌را به «انشاء تملیک عین بمال» تعریف می‌کند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱). از این تعریف چنین استنباط می‌شود که با استفاده از لفظ «انشاء» در تعریف، مفهوم سببی مورد نظر بوده است. یعنی بیع، به سبب تملیک تعریف شده است. درحالی که، مرحوم آخوند خراسانی برخلاف تعریف





بالا، ضمن انتقاد به آن، بیع را به تملیک عین به عوض تعریف می‌کند و بیان می‌دارد انشاء تملیک، بیع محسوب نمی‌شود زیرا اولاً، انشاء انشاء قابل تصور و معقول نیست. ثانیاً، انشاء تملیک جزء السبب است و در کنار اجزا دیگر بیع به وجود می‌آید. به این صورت که در بیع، ابتدا تصور می‌شود و سپس انشا می‌شود و نهایتاً در خارج به وجود می‌آید. بنابراین، انشا جزئی از این مراحل است و هر مرحله آثاری دارد که با آثار مرحله دیگر متفاوت است. (آخوندخراسانی، ۱۴۰۶: ۵-۶) به این ترتیب، در نظر نخست تملیک به معنای انشائی (سببی) و در نظر دوم تملیک به معنای منشائی (مسببی) مورد نظر قرار گرفته است. در تأیید تعریف مرحوم شیخ انصاری از بیع می‌توان گفت آن چه به اراده‌ی بایع وابسته است تملیک انشائی است و تملیک مسببی نتیجه‌ی انشاء بوده که از قدرت بایع خارج است و به حکم قانون برقرار می‌شود. این تملیک به شرایط عوضین بازگشت دارد. کلام مرحوم مروج جزائری در همین زمینه شنیدنی است: «وجه زیاده لفظ «الإنشاء» فی التعریف هو: کون البیع تملیکا إنشائیا لا تملیکا خارجیا ای ممضی شرعا، أو عقلائیاً، لأن ما بید البائع هو التملیک الإنشائی، و الملكية الشرعية أو العقلاییة خارجة عن حیز قدرته، فلا معنی لإیجادها بالإنشاء، فإن کان ما أنشأه واجدا لشرائط البیع الصحیح العرفی و الشرعی ترتبت الملكية علی إنشائه، و إلاً فلا». (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ۱: ۱۹۸). کوتاه سخن آن که با تفسیر مورد اشاره در بالا در رابطه با مدلول ماده (۳۳۸) قانون مدنی نه تنها تعریف بیع، تعارضی با بیع مال آینده ندارد. بلکه، مؤید آن است.

از وجود برخی مواد قانون مدنی نیز می‌توان به نتیجه‌ی بالا، یعنی صحت بیع آینده رسید. از جمله ماده (۸۴۲) قانون مدنی که به عنوان مصداقی از قاعده بیان می‌دارد: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود». از این حیث که در وصیت نیز تملیک صورت می‌گیرد، خصوصیتی وجود ندارد که بگوییم صرفاً به موجب وصیت می‌توان مالی که هنوز موجود نشده است را، تملیک نمود. بنابراین، حکم مقرر در ماده بالا می‌تواند به موارد مشابه تسری یابد.

در رابطه با مدلول ماده یادشده در بالا از ابن ابی لیلی نقل کرده‌اند که وصیت به مال آینده را به لحاظ مجهول بودن موصی به، باطل دانسته است. (طوسی، ۱۴۰۷:





۱۴۴). اما، در بین فقهای امامیه برخی ادعای اجماع بر صحت وصیت به مال آینده، نموده‌اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۶۱). از طرفی، برخی از فقها عقیده دارند که، اگر موصی به مال متوقع در آینده باشد. لازم نیست امکان به وجود آمدن آن قریب به یقین و عرفاً مورد انتظار باشد. بلکه، ممکن الوجود بودن آن برای صحت وصیت کافی است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸: ۲۷۸). در مقابل، دسته‌ی دیگری از فقها صرف امکان موجود شدن موصی به را کافی ندانسته و وجود انتظار عرفی برای به وجود آمدن موصی به در آینده را ضروری می‌دانند. (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۵: ۳۳). به نظر می‌رسد با توجه به این که وصیت از جمله عقود مسامحه محسوب می‌شود امکان موجود شدن موصی به برای صحت آن کافی است. اما، در عقود مغاینه وجود انتظار عرفی برای حصول موضوع معامله به منظور دفع غرر لازم است. (صفایی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۸۱). کوتاه سخن آن که، در وصیت که در آن تملیک رخ می‌دهد و عقدی رایگان است و به تعبیری غرر در آن راه ندارد عدم وجود موضوع، در زمان وصیت خللی به عقد وارد نمی‌کند. به این ترتیب، در عقود مغاینه‌ای اگر به طریقی غرر مرتفع شود مانعی در پذیرفتن صحت معامله نسبت به مال آینده وجود ندارد. بنابراین، می‌توان گفت معامله نسبت به مال آینده که احتمال وجودش عرفاً زیاد است با فرض منتفی شدن غرر حکم به صحت آن بلامانع است و ماده (۸۴۲) قانون مدنی می‌تواند به عنوان مصداقی از این قاعده پذیرفته شود. به دیگر سخن، حکم مندرج در ماده (۸۴۲) مبنی بر جواز وصیت به مال غیرموجود، با توجه به مطالب پیش گفت، به علت مسامحه‌ای بودن عقد و انتفاء غرر در آن است و گرنه تملیک مال آینده فی نفسه با مانعی روبرو نیست. پس با برطرف شدن غرر در عقود مغاینه تملیک معدوم اشکالی ندارد.

همچنین، در این باره که، قانونگذار در ماده (۳۶۱) قانون مدنی از معامله نسبت به مال معینی که در زمان انعقاد قرارداد، وجود نداشته، سخن می‌گوید. به نظر می‌رسد، منظور مال معینی است که قبل از انعقاد معامله، از بین رفته است و در رابطه با مال معینی که وجود ندارد و بنا به فرض، قرار است در آینده به وجود آید سخنی نمی‌-





گوید. ظاهر استفاده از لفظ ماضی (وجود نداشته) نیز ذهن را به سوی این برداشت منصرف می‌نماید.

شاید نصوصی هم‌چون ماده (۷۹۷) قانون مدنی که بیان می‌دارد: «واهب باید مالک مالی باشد که هبه می‌کند»، ذهن را به این برداشت رهنمون سازد که منظور قانون‌گذار مالکیت در زمان انعقاد هبه است. درحالی‌که، چنین نیست. زیرا، با پذیرش این برداشت باید هبه‌ی مال کلی را نیز، غیرممکن بدانیم. بلکه، منظور این است که واهب نمی‌تواند مال دیگری را، هبه نماید و گر نه، تابع قواعد عقد فضولی خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۳).

در رابطه‌با، احتمال غرر در بیع مال آینده نیز می‌توان با رعایت شرایطی، آن را دفع نمود. صرف نظر از وجود اختلاف نظراتی که در مفهوم غرر بین فقها وجود دارد و پیش از این به آن اشاره شد، اگر غرر را در مفهوم اعم ریسک و خطر (ریسک و خطر ناشی از جهالت در اوصاف و ویژگی‌ها و مقدار مبیع یا ناشی از تردید در تحصیل و به‌دست آوردن آن)، معنا کنیم، اولاً طرفین می‌توانند با تعیین اوصاف و مقدار مبیع، بیع را از غرری بودن خارج نمایند. به‌عنوان مثال و همان‌طور که در عرف معاملات چنین است، در فروش ساختمانی که ساخته خواهد شد، طرفین با مشخص نمودن نقشه‌ی دقیق ساختمان و مصالح مورد استفاده و متراژ و زیربنای ساختمان و سایر ویژگی‌ها، جهل در اوصاف و مقدار را برطرف می‌نمایند. ثانیاً، بیع مال آینده، بیع احتمالی و شانسی نیست که عرف تحصیل و دستیابی به مبیع را یک فرض و احتمال صرف بدانند، بلکه با توجه به عرف یا عادت معاملات نسبت به اموال آینده، دستیابی به مبیع از منظر عرف، درصد بالایی را به‌خود اختصاص می‌دهد و قریب به یقین است. از این جهت غرر در چنین معاملاتی راه پیدا نمی‌کند. به‌علاوه، قصد متعاقدين از انشای بیع مال آینده، تملیک فوری نیست بلکه، اراده‌ی ایشان بر تملیک در آینده تعلق گرفته‌است و با علم به این موضوع مبادرت به انعقاد معامله شده‌است. بنابراین، غرر منتفی خواهد بود.

در حقوق فرانسه غرری بودن معامله خللی به عقد وارد نمی‌کند. با این استدلال که هریک از طرفین قرارداد، خطر را به‌منظور شانس به‌دست آوردن، پذیرفته‌اند. مضافاً به این-





که، در ماده (۱۱۲۹) قانون مدنی فرانسه ۱۸۰۴ آمده است مقدار شیء مورد تعهد می تواند مشخص نباشد، مشروط بر این که بتواند بعداً معلوم گردد.^۱ همچنین در بند دوم ماده (۱۱۶۳) قانون مدنی ۲۰۱۶ همین مفهوم با نگارش دیگری تکرار شده است.^۲ در یک تقسیم بندی، عقد معوض به عقد قطعی و عقد غرری (احتمالی) تفکیک می شود. قرارداد وقتی غرری است که تحقق موضوع در آن بستگی به وقوع یک حادثه‌ی احتمالی دارد. (Bénabent, 2016: 26). در صورت فقدان حادثه‌ی احتمالی، عقد غرری، می تواند به لحاظ فقدان علت (cause) باطل باشد. (Buffelan Lanore et Larribau Terneyre, 2017: 644). (مواد ۱۹۷۴ و ۱۹۷۵ قانون مدنی فرانسه).

عقد گاهی ذاتاً و گاهی مطابق اراده‌ی طرفین، غرری است. از جمله عقود که ذاتاً غرری دانسته شده، عقد بیمه^۳، قمار^۴، گروبندی^۵، قرارداد رانت و یژر^۶ و ... است. در دو مورد نیز قرارداد بنا بر اراده‌ی طرفین غرری است. مورد نخست، قراردادی است که متعاملین ریسک و خطر آن را می پذیرند. مثلاً بطلان قرارداد را به علت اشتباه، منتفی می -

1 Article 1129 C.C.Fr: Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

2 Article 1163 C.C.Fr 2016: Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

3 L'assurance

4 Du jeu

5 Du pari

۶. قرارداد «rente viagère» در قانون مدنی فرانسه صریحاً تعریف نشده است. ولی نویسندگان حقوق مدنی فرانسه

آن را چنین تعریف می کنند: «رانت و یژر قراردادی است که طبق آن یک شخص (متعهد به پرداخت) تعهد می -

کند مبلغی را که مستمری نامیده می شود در فواصل معینی به دیگری پردازد و این پرداخت در طول زندگی

بستانکار (متعهدله پرداخت) به عمل می آید». (به نقل شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۰۵). البته، الزاماً مادام العمر بودن مستمری

شرط لازم قرارداد نیست:

Rente viagère. Rente due pendant la vie d'une ou de plusieurs personnes («sur la tête de»), généralement (mais non forcément) des crédientiers. (Cornu, 2018: 1893)

قرارداد رانت و یژر از این حیث غرری است که طول دوره‌ای که مستمری باید پرداخت شود معلوم نیست. به همین

جهت، بهای مابه‌ازای آن مستمری نیز مجهول است.





سازند. یا از عیب مخفی صرف نظر می کنند. یا خطر خلع ید شدن از ملک را می پذیرند.^۱ مورد دوم قرارداد «forfait» است. مثلاً در قرارداد «la vent^۲ à forfait» مدیر تصفیه با اجازه ی دادگاه تمام یا بخشی از اموال و دارائی بدهکار را در مقابل ثمن مقطوع انتقال می دهد. چنین قراردادی به علت معلوم نبودن ارزش اموال واگذار شده غرری می باشد. با این توضیح که، خصوصیات اموال موضوع واگذاری متفاوت و ناهمگن است. (Malaurie et al, 2016B:158).

در حقوق داخلی برخی معامله به مال آینده را به عنوان قاعده پذیرفته اند. به طوری که، علاوه بر وصیت، رهن و هبه و وقف و قرض و معاوضه و صلح مال آینده را صحیح دانسته و در عقود عینی، لزوم قبض را به بعد از پیدایش موضوع قرارداد موکول می سازند. (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۴: ۱۱۹).

نتیجه گیری

هنگامی که بیع، بر عین معین منعقد می شود، آن شیء باید در زمان انعقاد معامله موجود باشد. این یک قاعده عقلی است که در نظام های حقوقی مختلف از جمله نظام هایی که مورد مطالعه قرار گرفت، مورد پذیرش واقع شده است. زیرا، انتقال امر معدوم محال عقلی است. در برخی نظام های حقوقی از جمله فرانسه، قانونگذار صراحتاً، تعهد نسبت به مال آینده را، امکان پذیر دانسته است. البته، در تملیکی یا عهدی بودن این قرارداد بین حقوقدانان فرانسوی اختلاف نظر دیده می شود. به این ترتیب، در نظام های حقوقی یاد شده، روشن است که قانونگذار صرفاً امر معدوم مطلق را قابل انتقال نمی داند و انتقال مالی که در

۱. در پرونده ای که در آن، گاو بیماری با ریسک و خطرش خریداری شده بود، توسط بازرس دامپزشکی توقیف شد. چنین قضاوت شد که خریدار نمی تواند بطالن بیع را به منظور استرداد ثمن مورد مطالبه قرار دهد. (Malaurie et al, 2016B:790)

۲. بیع





آینده ایجاد خواهد شد، مانعی بر سر راه ندارد.^۱ از طرفی، برخی از حقوق دانان، مال آینده را داخل در مفهوم مال موجود می‌دانند. با این توضیح که در بیان معنای وجود بیان می‌دارند، شیء موجود، مالی است که هنگام انعقاد عقد موجود است و یا این که وجود آن در آینده امکان‌پذیر است.

در حقوق انگلیس، معامله نسبت به مال آینده، انتقال، که اثر آن انتقال مالکیت در زمان انعقاد عقد است محسوب نمی‌شود، بلکه تعهد یا توافق به انتقال قلمداد می‌گردد.

در بین فقها که به دو گروه تقسیم می‌شوند، عده‌ای عقیده بر بطلان بیع مال آینده دارند. دو دلیل که در این باره ذکر می‌کنند، یکی محال بودن انتقال یا تملیک معدوم است. دوم، غرری بودن بیع است. در مقابل، گروه دیگر با رد نمودن دو ایراد یادشده، عقیده بر صحت چنین بیعی دارند. در بین حقوق دانان نیز، انتقال مال آینده را در صورتی صحیح می‌دانند که به صورت مال کلی فی‌الذمه مورد انتقال واقع شود. یعنی، در قالب عقد عهدی امکان‌پذیر می‌دانند. به این دلیل که مالکیت مالی را که در زمان انعقاد بیع وجود خارجی ندارد و شخص بر آن حق عینی ندارد، نمی‌توان به دیگری انتقال داد.

اما، می‌توان معتقد بود، عقد به کیفیتی که انشا می‌شود می‌تواند موجد اثر باشد. انشا عقد منجز موجد مالکیت منجز و انشا عقد معلق، موجد مالکیت معلق خواهد بود. نظیر آن، در بیع مال معین آینده نیز اراده‌ی طرفین بر این تعلق نیافته که نسبت به مال موجود معامله منعقد شده و مالکیت در لحظه‌ی عقد محقق گردد. بلکه، قصد طرفین انعقاد عقد نسبت به مالی است که در آینده به وجود می‌آید. از این حیث در زمان انعقاد عقد طرفین صرفاً قادر به خلق مالکیت انشائی (سببی) هستند و ملکیت قانونی معلق به وجود مال در آینده است. آن چه در اختیار طرفین قرار دارد نیز همان تملیک انشائی است و مالکیت قانونی که به



۱. در ماده (۱۲۹) قانون مدنی عراق آمده است: «يجوز أن يكون محل الإلتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن- الحصول في المستقبل و عين تعيينا نافيا للجهالة و الغرر». (نک حکیم، ۱۳۹۴: ۱۸۳-۱۸۲).



شرایط عوضین بازگشت دارد نه به شرایط عقد، به اعتبار حکم قانون استوار می‌شود. آن-چنان که، اگر موضوع عقد بیع، خوک یا شراب باشد، هرچند به اراده‌ی طرفین تملیک انشائی ایجاد می‌شود اما، تملیک قانونی از سوی قانون‌گذار برقرار نمی‌گردد. سیر تکامل انشا عقد با تکیه بر اراده‌ی طرفین در بیع شراب و بیع خودرو یکسان است و تنها تفاوت آن دو در این است که در اولی تملیک قانونی رخ نمی‌دهد و در دومی این تملیک اتفاق می‌افتد و گرنه در هر دو مورد تملیک انشائی که به اراده‌ی طرفین است، محقق می‌شود.

منابع

۱. ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، حاشیه ردالمختار، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، المكتبة التجارية - مصطفی أحمد الباز، ج ۵.
- ابن قدامه، عبدالله، بی تا، المغنی؛ بیروت، دارالکتب العربی للنشر والتوزیع.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع - دار صادر، ج ۳، ج ۵.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱.
۴. امامی، سید حسن، ۱۳۹۴ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۳۶، ج ۱.
۵. انصاری دزفولی، شیخ مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب (ط- الحدیث)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱، ج ۴.
۶. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب (للاخواند)، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱.
۷. بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰ش، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۱.
۸. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (شیخ مفید)، ۱۴۱۳ق، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ج ۱.





۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۱ش، الفارق، تهران، انتشارات گنج دانش،
چ ۲، ج ۱.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰ق، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة،
بیروت، دارالعلم للملایین، چ ۱، ج ۲.
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم،
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲۳.
۱۲. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، ۱۴۱۷ق، العناوین الفقهیة، قم،
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲.
۱۳. حکیم، عبدالمجید، ۱۳۹۴ق، الموجز فی شرح قانون المدنی فی مصادر الإلتزام، بغداد،
توزیع المكتبة القانونية، چ ۱.
۱۴. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم،
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲، ج ۵.
۱۵. السمرقندی، ۱۴۱۴ق، تحفة الفقهاء، بیروت، دارالکتب العلمیة، چ ۲، ج ۸ و ۸.
۱۶. السنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۳۹۱ش، نظریة العقد، تهران، انتشارات
خرسندی، چ ۱، ج ۱.
۱۷. -----، ۱۹۵۲م، الوسیط فی شرح قانون المدنی -
مصادر الإلتزام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۳، ج ۱.
۱۸. شاهرودی، سید محمود، بی تا، استصناع مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم،
مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چ ۱.
۱۹. الشریف، محمد مهدی، ۱۳۹۳ش، «از تملیک تا تعهد تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه
در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهدی انکاری اجاره اشیا)»،
فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ش ۲.





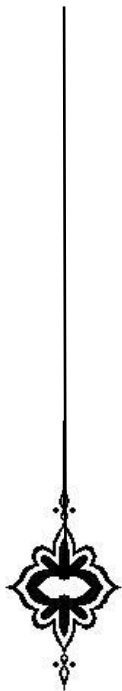
۲۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۷ش، مجموعه مقالات حقوقی (صلح مال در برابر تعهد به پرداخت مستمری تطبیق با قرارداد مشابه *rente viagère* در حقوق فرانسه)، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجلد، چ ۲.
۲۱. -----، ۱۳۸۶ش، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، تهران، مجمع علمی- فرهنگی مجلد، چ ۸.
۲۲. صفایی، سیدحسین، شعبانی کندسری، هادی، ۱۳۹۷ش، حقوق مدنی وصیت، ارث، شفعه، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۱.
۲۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، ۱۴۲۱ق، حاشیه‌المکاسب، قم، مؤسسه- اسماعیلیان، چ ۲، ج ۱.
۲۴. طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی- مرتضوی، چ ۳، ج ۳.
۲۵. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (شیخ الطائفه)، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المكتبة المرتضوية إحياء الآثار الجعفرية، چ ۳، ج ۲.
۲۶. -----، ۱۳۹۰ق، الاستبصار فیما اختلف من- الأخبار، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چ ۱، ج ۳.
۲۷. -----، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۳.
۲۸. عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، چ ۲، ج ۹.
۲۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، قم، کتابفروشی داوری، چ ۱، ج ۳.





۳۰. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، ۱۳۷۳ق، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب ، تهران، المكتبة المحمدیة، چ ۱، ج ۱.
۳۱. قبولی درافشان، سید محمد هادی، ۱۳۸۶ش، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، انتشارات شلاک، چ ۱.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷ش، حقوق مدنی عقود معین ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۱۰.
۳۳. -----، ۱۳۸۴ش، حقوق مدنی عقود معین ۳ عطایا، تهران، انتشارات گنج- دانش، چ ۵.
۳۴. -----، ۱۳۸۶ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چ ۱۵.
۳۵. کریمی، عباس، شعبانی کندسری، هادی، ۱۳۹۴ش، «معامله به مال آینده»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹۰.
۳۶. مرقس، سلیمان، ۱۹۹۰م، الوافی فی شرح القانون المدنی فی العقود المسماة عقد البیع، قاهره، کلبه الحقوق جامعه القاهرة، چ ۵، ج ۷.
۳۷. مروج جزائری، سید محمد جعفر، ۱۴۱۶ق، هدی الطالب فی شرح المكاسب، قم، مؤسسه دارالکتاب، چ ۱، ج ۱ و ۷.
۳۸. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ق، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، مؤسسه - انصاریان، چ ۲، ج ۳.
۳۹. مقری فیومی، احمد بن محمد، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، منشورات دارالرضی، ج ۲.
۴۰. موسوی خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه - تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چ ۱، ج ۳.





۴۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی جا، ج ۲ و ۵.
۴۲. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۷، ج ۲۸، ۲۴، ۲۲.
۴۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ق، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چ ۱.
۴۴. واسطی زبیدی حنفی، محب الدین، حسینی، سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، چ ۱، ج ۷.
45. Ancel, Pascal, Tisserand-Martin, Alice, Venandet, Guy, Wiederkehr, Georges, Henry, Xavier, Guiomard, Pascal, (2016) Code Civil, Paris: Dallos.
46. Beatson Jack, Burrows Andrew, Cartwright John, (2010) Anson's law of contract, new york, by Oxford University Press Inc, 29th edition
47. Bénabent, Alain, (2017) Droit Des Contrats Spéciaux Civils Et Commerciaux, paris, LGDJ, 12^e édition.
48. -----, (2016) Droit Des Obligations, paris, LGDJ, 15^e édition.
49. Buffelan-Lanore, Yvaine ; Larribau-Terneyre, Virginie, (2017) Droit Civil les obligations, paris, Edition sirey, 15^e édition.
50. Cornu, Gérard, (2018) Vocabulaire juridique, paris, Presses Universitaires de France, 12^e édition.
51. Fabre Magnan, Muriel, (2004) Les Obligations, paris, presses universitaires de france, 1^e édition.
52. Flour, Jacques, Aubert, Jean - Luc, savaux, éric, (2011) Droit civil Les obligations Le rapport d'obligation, paris, Dalloz, , 7^e édition.
53. Furmston, Michael, (2001) principles of commercial law, London, Cavendish Publishing Limited, 2^{ed} édition.
54. Mainguy, Daniel, (2016) contrats spéciaux, paris, Dalloz, 10^e édition.
55. Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, Gautier, Pierre-Yves, (2016) A Droit civil Droit Des Contrats Spéciaux, paris, LGDJ, 8^e édition.
56. Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe, (2016) Droit civil Droit Des Obligations, paris, LGDJ, 8^e édition.
57. Marty, Gabriel, Raynaud, Pierre, Jestaz, Philippe, (1988) Droit civil Les Obligations, paris, Editions Sirey, 2^e édition.

58. Renault Brahinsky, Corinne,(2016-2017)Droit Des Obligations, , Gualino, 13^eédition.
59. Richards, Paul,(2007)Law of contract, Harlow, Pearson Education Limited, 8thedition.
60. Smith Qc, Marcus,(2013)The law of assignment the creation and transfer of chose in action, London, Oxford University Press, 2^{ed} edition.
61. Treitel, Sir Guenter,(2003)The Law Of Contract, London, Sweet & Maxwell Limited, 11thedition.

