



## Research Article

### An Examination of General and Specific Object and Its Function in Correcting Pre-sale Contracts of Buildings

Ali Deylami Moezzi<sup>1</sup>

Mahdi Norouzi<sup>2</sup>

Received: 21/03/2021

Accepted: 08/08/2021

#### Abstract

Specific object and general object are the concepts widely used in contract law, which, according to Islamic jurisprudence (fiqh), can also be seen in the texts of case law. These two terms have philosophical and logical foundations that have been considered by their inventors. However, later it was neglected in the definitions of jurists and caused the misinterpretation of these two, and became the source of mixing of the types of objects, the effects of which are evident in various contracts, including the pre-sale of the building. Many believe that selling an unbuilt building through forward sale is considered void because it cannot be considered a general object. In

---

1. M. A in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author).  
a.dailamy@mail.sbu.ac.ir.

2. PhD in Comparative Studies of Islamic Denominations, University of Religions and Denominations,  
Qom, Iran. m.norouzi.@urd.ac.ir.

---

\* Deylami Moezzi, A., & Norouzi, M. (1400 AP). An Examination of General and Specific Object and Its Function in Correcting Pre-sale Contracts of Buildings. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 41-67.  
Doi: 10.22081 / jf.2021.60501.2263.

---

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

---

the present study, while examining the logical and philosophical foundations of these two terms and the history of their origin and evolution in jurisprudence, it has been shown that the criterion for general and specific object in liability is not the actual multiplicity of external cases, but rather, the validity (in general objects) and invalidity (in specific objects) of multiple cases matter intellectually. In this way, the future building will be considered as a general object and there won't be any problem with the validity of its transfer through forward sale, in terms of the type of the sold object.

**Keywords**

Types of objects, forward sale, pre-sale of apartments, general liability, future property.

**مقاله پژوهشی**

## بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

علی دیلمی معزی<sup>۱</sup>      مهدی نوروزی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۰۱      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۷

### چکیده

عین معین و عین کلی از مفاهیم پر کاربرد در حقوق قراردادهای به شمار می‌رود که به تبع فقه، به متون قانون موضوعه نیز ورود پیدا کرده است. این دو اصطلاح دارای مبانی فلسفی و منطقی است که مورد توجه ابداع‌کنندگان آن دو قرار داشته است، اما بعدها در تعاریف حقوق دانان مغفول مانده و سبب ارائه تفاسیر ناصحیح از این دو، و منشأ اختلاط اقسام عین گشته که آثار آن در قراردادهای مختلف، از جمله پیش‌فروش ساختمان مشهود است و به عقیده بسیاری، فروش ساختمان ساخته‌نشده از طریق بیع سلم، از آن جهت که نمی‌تواند عین کلی تلقی شود باطل است. در پژوهش حاضر ضمن بررسی مبانی منطقی و فلسفی این دو اصطلاح و تاریخچه پیدایش و تطور آن دو در فقه، نشان داده شده که ملاک عین معین و کلی در ذمه، تعدد بالفعل مصادیق خارجی نیست، بلکه قابلیت صدق بر مصادیق متعدد (در کلی) و عدم آن (در عین معین) از نظر عقلی معیار است و از این رهگذر، ساختمان آینده عین کلی محسوب خواهد شد و صحت انتقال آن از طریق بیع سلم، از حیث نوع مبیع، با اشکالی مواجه نیست.

### کلیدواژه‌ها

انواع عین، بیع سلم، پیش‌فروش آپارتمان، کلی در ذمه، مال آینده.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

a.dailamy@mail.sbu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکترای مطالعات تطبیقی مذاهب اسلامی، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. m.noruzi.@urd.ac.ir

\* دیلمی معزی، علی؛ نوروزی، مهدی. (۱۴۰۰). بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۴۱-۶۷.  
Doi: 10.22081/jf.2021.60501.2263

## درآمد

مال در یک تقسیم‌بندی، به عین، منفعت و حق تقسیم می‌گردد. عین نیز به‌نوبه خود به عین معین، کلی در معین، و کلی در ذمه قسمت می‌گردد. تقسیم‌بندی اخیر و اصطلاحات عین معین و عین کلی، خاستگاهی فقهی دارد و از آنجا به قانون مدنی راه پیدا کرده است. با این حال، این دو اصطلاح در حقوق به‌درستی تبیین نشده و برخی مصادیق آن دو، با یکدیگر خلط شده است و اثر خود را در بسیاری از قراردادها، از جمله قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر جای نهاده است.

امروزه پیش‌فروش ساختمان از جمله قراردادهای رایج و ضروری در اقتصاد محسوب می‌شود. دلیل این امر آن است که بسیاری از پیمان‌کاران ساختمانی، توانایی تأمین تمامی سرمایه موردنیاز برای پروژه را ندارند و لذا بخشی از آن را از طریق مشارکت مالکان آینده واحدها تأمین می‌نمایند. گسترش این قراردادها قانون‌گذار را بر آن داشت تا قانون پیش‌فروش ساختمان را در سال ۱۳۸۹ تصویب نماید. با این حال قراردادهایی که میان پیمانکار و خریداران منعقد می‌گشت، از حیث حقوقی مشکلاتی را به همراه آورد. از جمله آنکه در تفسیر ماهیت این قراردادها اختلاف افتاد و در آرای صادره از محاکم و نظرات حقوق‌دانان، عقود مختلفی از جمله صلح، شرکت، استصناع، بیع، و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، به‌عنوان مبنای این قراردادها معرفی گشت (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۲). ناگفته نماند که بر مبنای اختلافات موجود در تفسیر این قراردادها، احکام و آثار آنها در مراحل سه‌گانه تشکیل، اجرا و سقوط نیز تفاوت می‌یابد.

در قانون پیش‌فروش ساختمان، اگرچه عبارات «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید» ظهور در بیع دارند، اما به دلیل اجمال موجود در متن قانون، اشکالاتی در خصوص تطبیق قواعد بیع بر این قراردادها وجود دارد که از سوی حقوق‌دانان راه‌حل‌هایی جهت توجیه این مشکلات ارائه شده است. منشأ برخی از این ایرادات، تلقی رایج و در عین حال نادرست از عین معین و عین کلی در ذمه است.

در بخش اول از این پژوهش، تفاسیر ارائه شده از قرارداد پیش فروش ساختمان به عنوان بیع را از نظر گذرانده و پس از طرح ایراد مورد نظر، در بخش دوم به بررسی تلقی رایج از عین معین و کلی و تبیین صحیح این دو، با توجه به سابقه فقهی آنها می پردازیم و در نهایت، کارکرد تبیین صحیح عین کلی در تصحیح قراردادهای پیش فروش ساختمان را مورد بررسی قرار می دهیم.

در ارتباط با عین معین و عین کلی پژوهش هایی صورت گرفته که عمدتاً به تبیین آثار و احکام آن دو پرداخته و مشکل عدم تبیین ضابطه مندی عین معین و کلی در آنها همچنان بی پاسخ مانده است. ضمن آنکه در پژوهش حاضر، برخلاف پژوهش های دیگر، به ریشه پیدایش و تطور این دو مفهوم از منظر تاریخ فقه نیز پرداخته شده است. از جمله این پژوهش ها می توان به مقالات ذیل اشاره کرد:

۱. مقاله «کلی در ذمه و عین معین در فقه و حقوق»، نگاشته سید علی دلبری و فرزاد بهشتی، منتشر شده در مجله آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۸، ۱۳۹۲.

۲. مقاله «ماهیت تملیکی بیع کلی بر ذمه و دین»، نگاشته علی محمد حکیمیان، منتشر شده در مجله حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۵۳، ۱۳۹۶.

در رابطه با قراردادهای پیش فروش ساختمان نیز پژوهش های متعددی انجام شده است؛ از جمله:

۱. مقاله «بررسی فقهی-حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، نگاشته علی اکبر ایزدی فرد و حسین کاویار، منتشر شده در مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷.

۲. مقاله «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، نگاشته علی غریبه و ناصر مسعودی، منتشر شده در فصلنامه تخصصی فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۰.

با این حال راه حل ارائه شده در پژوهش حاضر برای از میان برداشتن یکی از موانع پیش روی این قراردادها، در پژوهش های پیشین فاقد سابقه است.

## ۱. قرارداد پیش‌فروش به‌مثابه عقد بیع

از زمانی که قراردادهای پیش‌فروش پا به عرصه ظهور نهاد، حقوق‌دانان در تفسیر آن مسیرهای متفاوتی را پیمودند. دلیل این امر را می‌توان در پیچیدگی این قراردادها جست؛ چراکه در قراردادهای پیش‌فروش، از یک طرف با مسئله خرید و فروش کالای نهایی مواجهیم و از طرف دیگر، با مسئله خرید مواد اولیه و ساخت کالا، و گاه حتی ممکن است پیش‌خریدار به‌جای وجه نقد، زمین موردساخت را به‌عنوان ثمن قرار دهد. از سوی دیگر، این پیش‌فروش‌ها در قالب آپارتمان‌سازی انجام می‌شود که سبب گشته پای قوانین خاصی مربوط به آپارتمان‌ها از جمله قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرائی آن به این قراردادها باز شود. از این رو قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در میان حقوق‌دانان به عقود مختلفی از قبیل صلح، شرکت، استصناع، بیع، و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تفسیر شده است. (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۲).

آنچه که با موضوع پژوهش حاضر مرتبط است، تفسیر قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان عقد بیع است. در این دیدگاه، زمین یا واحد ساختمانی به‌عنوان مبیع قرار داده می‌شود. قائلان این دیدگاه، در تعیین نوع عقد بیع اتفاق نظر ندارند؛ بیع مشروط (طباطبایی و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۵۸)، بیع معدوم به‌تبع موجود، بیع معلق (ایزدی‌فرد و کاویار، ۱۳۸۷، صص ۱۰۵-۱۰۶) و بیع سلم از جمله تفاسیر ارائه‌شده است. از میان چهار دیدگاه فوق، آنچه که پژوهش حاضر می‌تواند در آن گره‌گشا باشد، دیدگاه بیع سلف است که با تفصیل بیشتری مطرح خواهد شد؛ بدین جهت که در دیدگاه نخست، مبیع زمین است که اساساً از ناحیه کلی یا معین بودن مبیع با مشکلی مواجه نیست. دیدگاه دوم و سوم نیز مبتنی بر تلقی ساختمان ساخته‌نشده به‌عنوان مال معین است؛ در حالی که پژوهش حاضر تلاش دارد ساختمان موردپیش‌فروش را به‌عنوان عین کلی تلقی نماید که برخلاف این دو دیدگاه است.

### ۱-۱. بیع سلف یا سلم

محقق حلی بیع سلم را چنین تعریف کرده است: «سلم عبارت است از خرید مالی

مضمون (در ذمه) با اجل معلوم، با مالی که حاضر است، یا در حکم حاضر (مانند دینی بر ذمه که در مجلس عقد به عنوان ثمن تعیین می گردد) است» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵). برخی از حقوق دانان سلم را بیعی معرفی کرده اند که مبیع آن کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می شود (جعفری لنگردوی، ۱۳۷۸، ص ۹۷۸). بیع سلم در قانون مدنی بدون بردن نام در ماده ۳۴۱ مورد اشاره قرار گرفته است. فقها علاوه بر شروط عمومی صحت بیع، دو شرط اساسی دیگر را برای سلم لازم می دانند: ۱. قبض ثمن در مجلس عقد، ۲. ذکر اوصاف و جنس و مقدار مبیع، و به طور کل، ذکر هر چیزی که در میزان ثمن دخیل است، به گونه ای که رفع جهالت شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۰۸).

مطابق تعریف بیع سلم و همان طور که در نگاهته های حقوقی تصریح شده، مسلم فیه باید کلی باشد و سلم در اعیان شخصی راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۰۲). از سوی دیگر، نویسندگان حقوقی تصریح دارند که تنها مال مثلی قابلیت بیع کلی را دارد و اموال قیمی تنها به شکل عین معین قابل دادوستد هستند. پس موضوع بیع سلم باید عین کلی مثلی باشد (توکل، ۱۳۹۶، ص ۴۵). مشکل عمده ای که پیش روی پیش فروش ساختمان از طریق بیع سلم وجود دارد، مخالفت با این شرط است. مطابق تلقی رایج از عین معین و کلی، آپارتمانی که در مکان مشخص و طبق نقشه مشخص ساخته خواهد شد، تنها یک مصداق خواهد داشت و لذا عین معین است، نه کلی فی الذمه (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳). برخی نیز با پذیرش شباهت آپارتمان ساخته نشده به عین کلی، آن را چیزی میاناً عین معین و عین کلی تلقی کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۷۷). با این حساب، تفسیر پیش فروش ساختمان به عنوان بیع سلم با چند مانع روبرو است که یکی از آنها، عین معین بودن ساختمان موضوع قرارداد است.

## ۲. عین معین و عین کلی

هر چند مال به اعتباراتی چون منقول و غیر منقول، دارای مالک مشخص و غیر مشخص (م ۲۳ ق.م و بعد)، مثلی و قیمی (م ۹۵ ق.م) تقسیم شده است، اما یکی از تقسیمات مهم آن

تقسیم مال به عین، منفعت و حق است (م ۲۹ ق.م) که عین به «معین» و «کلی در ذمه»، از زیر مجموعه‌های این قسمت به شمار می‌رود. در ادامه، ابتدا تعریف عین و اقسام آن در حقوق و فقه امامیه را مورد بررسی قرار داده تا به تبیین صحیحی از عین معین و عین کلی دست یابیم.

## ۲-۱. عین معین و عین کلی در حقوق

گروهی از حقوق‌دانان در تعریف عین گفته‌اند: «مالی است که در عالم خارج موجود و با حس لامسه قابل درک باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۵) و برخی دیگر گفته‌اند: «عین مالی است که اگر موجود شد دارای سه بعد باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۶۸). عین به نوبه خود به سه دسته تقسیم می‌گردد: عین معین، کلی در معین، و کلی در ذمه. این تقسیم که ریشه در فقه دارد، از متن قانون مدنی نیز قابل استفاده است. قانون مدنی در ماده ۳۳۸، بیع را «تملیک عین» معرفی نموده و در ماده ۳۵۰، انواع مبیع را شامل «مفروز، مشاع، مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و کلی فی الذمه» معرفی می‌نماید و در ماده ۳۶۱ و ۷۷۴، صحبت از «عین معین» می‌نماید و در ماده ۲۷۹، موضوع تعهد را «عین شخصی» و «کلی» می‌داند و در ماده ۳۵۱ در توضیح مبیع کلی، عبارت «صادق بر افراد عدیده» را به کار برده است. از جمع این موارد می‌توان نتیجه گرفت که عین معین یا شخصی، صادق بر افراد عدیده نیست و بر دو قسم مفروز و مشاع است، و دو قسم دیگر از عین می‌ماند که صادق بر افراد عدیده است؛ یکی مقداری معین از شیء متساوی الاجزاء که در لسان حقوق‌دانان به کلی در معین شناخته می‌شود، و دیگری کلی در ذمه. البته گاه «عین» به نحو مطلق به کار می‌رود و مراد از آن عین معین در برابر کلی در معین و کلی در ذمه است. بنابراین عین دارای دو استعمال است: گاه به معنای شیء ملموس در مقابل منفعت و حق، و گاه به معنای عین شخصی در برابر کلی. برخی از حقوق‌دانان معتقدند عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی به معنای اخیر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴۸۳). اما در نوشتار حاضر، مراد از عین به طور مطلق، همان اصطلاح اعم است.



قانون مدنی تعریف کامل تری از اقسام عین ارائه نداده است. حقوق دانان عین معین را با عباراتی قریب‌المضمون تعریف کرده‌اند. از جمله: «عین معین مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می‌شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵)، «عین خارجی که آن را عین شخصی و عین معین نیز گویند، به چیزی گفته می‌شود که در خارج موجود و بتوان به آن اشاره حسیه نمود؛ مانند آن خانه و آن دو گونی گندم موجود» (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۳۲)، «مال موجود در خارج را که مشخص و ممتاز باشد، عین معین گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۷۰۳، ش ۱۰۰۸۳).

در تعریف مال کلی در ذمه نیز گفته‌اند: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷)، و نیز «اشیایی که به واسطه عدد یا وزن یا مقدار مشخصی در ذمه متعهد معینی قرار می‌گیرند و تشخیص خارجی (فرد معین خارجی) آنها در نظر گرفته نمی‌شود، مانند ده من گندم در ذمه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴۸۳).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، ملاک «عین معین» در نزد حقوق دانان، «وجود خارجی» و «امکان اشاره حسی»، و در قانون مدنی با توجه به مفهوم مخالف ماده ۳۵۱، «عدم صدق بر افراد عدیده» است. با این تعریف، اموری از قبیل حق مالکیت فکری و معنوی از تعریف عین معین خارج می‌گردد. اما تعابیر حقوق دانان در تعریف کلی فی‌الذمه هماهنگ نیست که در مجموع می‌توان ملاک‌های زیر را برای آن استخراج کرد: «عین بودن صفات در ذهن»، «صدق بر افراد متعدد در خارج»، «قرار گرفتن بر ذمه»، «تعیین عددی، وزنی یا مقداری» و «لحاظ‌نشدن تشخیص خارجی».

تعاریف فوق از جهاتی قابل ملاحظه است که پیش از پرداختن به آنها لازم است نکاتی در رابطه با اصول تقسیم صحیح توضیح داده شود (مظفر، بی‌تا، صص ۱۰۶-۱۰۸). هر تقسیم متشکل از یک مقسم، اقسام و اساس تقسیم است. مقسم همان امری است که مورد تقسیم قرار می‌گیرد. برای صحت هر تقسیم سه شرط آتی باید تأمین گردد: تباین اقسام، وحدت جهت (اساس)، و جامعیت. شرط تباین اقسام گویای آن است که هر

مصادقی از مقسم که در نظر گرفته شود، فقط و فقط تحت یک قسم می‌گنجد و محال است بین دو دسته که قسیم یکدیگرند، مصداق مشترکی وجود داشته باشد. اساس تقسیم نیز باید واحد باشد. یعنی باید جهت واحدی در مقسم لحاظ شود و تقسیم فقط به اعتبار همان انجام گیرد. به عنوان مثال اگر انسان را به عنوان مقسم در نظر بگیریم، می‌توان آن را از جهت جنسیت به زن و مرد تقسیم نمود و دیگر نمی‌توان در همان تقسیم، اقسامی از قبیل پیر و جوان را نیز وارد کرد؛ زیرا تقسیم به پیر و جوان از جهت سن است، نه از جهت جنسیت. همچنین جمع اقسام باید مساوی مقسم باشد. یعنی تقسیم باید جامع جمیع افراد آن مقسم باشد و اگر مصداقی از مقسم یافت شد که تحت هیچ‌یک از اقسام نمی‌گنجد، در این صورت آن تقسیم ناقص است. خلل در هر یک از اصول فوق به صحت تقسیم آسیب می‌رساند. همچنین تقسیم انواع گوناگونی دارد، از جمله ثنایی و تفصیلی (عقلی و استقرایی) که در دو تایی اول، عقلاً محال است قسیم دیگری موجود باشد.

حال با توجه به اصول فوق، اشکالاتی را که بر تعاریف ارائه شده از عین معین و کلی وارد است، از نظر می‌گذرانیم:

۱. اساس تقسیم روشن نیست و اگر تعاریف مذکور را با دقت بیشتری مورد نظر قرار دهیم، قادر به استخراج اساس واحد برای اقسام نخواهیم بود؛ به عبارتی، در تقسیم واحد بیش از یک اساس تقسیم وجود دارد، زیرا اساس تقسیم در خصوص عین معین، ظرف وجود (خارجی بودن) و قابلیت اشاره حسی است، پس در سایر اقسام نیز همین دو باید ملاک شکل‌گیری قسیم‌ها باشد؛ در حالی که در تعریف اول - که تعریف رایج از عین کلی در ذمه است - «تعدد صدق خارجی» و «تعیین ذهنی» ملاک شکل‌گیری قرار گرفته است. در تعریف دیگر نیز «معین بودن» و «استقرار در ذمه» به عنوان معیار معرفی شده است. ممکن است پاسخ داده شود که هر آنچه در تعریف انواع عین آمده، اساس تقسیم نیست، بلکه بعضی از آثار و احکام بارز آنها است. به عبارتی، ضرورت ندارد در مقام تعریف اقسام یک مقسم، به درج اساس تقسیم در تعریف پایبند بود؛ بلکه جایز است از سایر اوصاف و ویژگی‌های اقسام در تعریف بهره گرفت. این پاسخ ادعایی است کلی

که فی نفسه مشکل را از میان بر نمی‌دارد؛ زیرا مشخص نمی‌سازد کدام یک از ملاک یا ملاک‌های موجود در تعاریف را باید اساس تقسیم قرار داد تا اصول تقسیم صحیح بر آن منطبق باشد.

۲. به نظر، قید «لحاظ نکردن تشخیص خارجی» در تعریف دوم، قید مستقلى نیست و تنها برای تأکید بر ذمی بودن عین کلی است. زیرا حیثیت استقرار در ذمه با حیثیت تشخیص خارجی جمع نمی‌شود. به عبارتی، رابطه این دو از قبیل ملکه و عدم ملکه است و پذیرش یکی مستلزم نفی دیگری است.

۳. قید «معین بودن صفات در ذهن» و «تعیین عددی، وزنی یا مقداری» نیز زائد است و نمی‌تواند اساس تقسیم قرار گیرد. به نظر می‌رسد این قید جهت پرهیز از غرر در عقود همچون بیع سلم درج شده است. حال آنکه معین بودن یا نبودن، از احکام مربوط به عقدی است که عین کلی، موضوع آن قرار می‌گیرد و مرتبه تقسیم عین و تعریف انواع آن، مرتبه پیش از شکل‌گیری عقد است و باید عین را فارغ از هر عقد خاصی تعریف و تقسیم نمود. به علاوه، اگر وجه این قید پرهیز از غرر باشد، همین وجه در عین معین نیز موجود است و باید در آن نیز قید گردد. همچنین عین کلی مجهول می‌تواند موضوع برخی عقود تسامحی قرار گیرد، همانند آنکه طرفین صلح نمایند بر تملیک یک خودروی نامشخص به اختیار یکی از طرفین. در حالی که قید مذکور منجر به خروج عین کلی مجهول از شمول مقسم می‌گردد و به جامعیت آن خلل وارد می‌سازد.

۴. تعریف اول به همان دلیل مبهم بودن اساس تقسیم، جامع افراد نیست و می‌توان مصادیقی از اعیان را مثال زد که هیچ‌یک از انواع عین بر آنها صدق نمی‌کند؛ مثال روشن آن که مرتبط با موضوع نوشتار حاضر است، واحد ساختمانی است که طبق مشخصات توافق شده و مطابق با نقشه در مکان منحصر به فرد خود ساخته خواهد شد؛ این ساختمان از یک سو در حال حاضر وجود خارجی ندارد و قابل اشاره حسی نیست، پس عین معین نیست، کلی در معین هم نخواهد بود؛ چرا که تنها تفاوت کلی در معین با عین معین، نداشتن مصداق جدا شده است، و گرنه هر دو در حال حاضر وجود خارجی دارند

و ساختمان آینده چنین نیست. از سوی دیگر، بدیهی است که امکان ساخت بیش از یک واحد ساختمانی با مشخصات مورد توافق وجود ندارد. چنین ساختمانی اگرچه صفات آن در ذهن مشخص است، اما در عالم خارج مصادیق متعدد ندارد. پس ویژگی عین کلی در ذمه بر آن صدق نمی‌کند. ممکن است گفته شود ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد، به منزله موجود است (وجود اعتباری یا استقبالی آن لحاظ شده است) و وجود خارجی عین معین، اعم از وجود خارجی حقیقی و وجود خارجی اعتباری است و به تعبیر دیگر، ساختمان آینده به دلیل آنکه ویژگی‌های آن تماماً مشخص است و اطمینان عرفی کامل به ساخت آن وجود دارد، و یا چون بر روی نقشه مشخص است، از وجود اعتباری فعلی برخوردار است و لذا عین معین بر آن صدق می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت عرف تنها در موارد نادری مال معدوم موجود در آینده را به منزله مال موجود در حال لحاظ کرده و با تأمل در آنها تا حدودی می‌توان به ریشه این اعتبار پی برد؛ به عنوان مثال در بیع میوه سردرختی (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۳۷۳) می‌توان وجود شکوفه یا میوه بسته‌شده را منشأ این اعتبار دانست، حال آنکه چنین اعتباری در خصوص ساختمان آینده ادعایی بلا دلیل و برخلاف واقعیت عرفی است و اگر امکان داشت در تمام موارد مال غیر موجود را به منزله موجود لحاظ کرد، در این صورت قید وجود مبیع در بیع معین از اساس بیهوده بود. اموری از قبیل نقشه ساختمان نیز به دلیل جای نداشتن در ارتکاز عرفی نمی‌تواند وجود اعتباری ساختمان آینده تلقی گردد. پس ساختمان آینده نمی‌تواند مصداق عین معین باشد.

۵. این سردرگمی و اختلاط اقسام عین با یکدیگر، در تحلیل عقود از قبیل استصناع و پیش‌فروش ساختمان مشکلاتی را به بار آورده و باعث دشواری تطبیق این عقود بر قواعد مربوطه گشته که نمونه‌هایی از آن در بخش اول گذشت. در بخش آتی به ریشه راه‌یابی این تعاریف در حقوق، و منشأ شکل‌گیری این اختلاط خواهیم پرداخت.

## ۲-۲. عین معین و عین کلی در فقه

همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، تقسیم‌بندی عین به معین، کلی در معین و کلی در

ذمه، دارای سابقه فقهی است. برخی از فقها عین را چنین تعریف نموده‌اند: «مراد از عین چیزی است که هرگاه در خارج موجود گردد، جسمی مشتمل بر ابعاد ثلاثه خواهد بود» (خوئی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶). نکته ظریف و مهمی که در این تعریف مشاهده می‌شود و در تعریف ارائه شده توسط حقوق دانان مغفول مانده، قید «هرگاه موجود گردد» است. حکمت این قید آن است که تعریف باید جامع و مانع باشد و بدون لحاظ این قید، تعریف تنها شامل اعیانی می‌گردد که در خارج وجود مادی بالفعل دارند، یعنی اعیان معین. نگارنده با وجود استقرا در کتب فقهی، به تعریفی از عین معین (شخصی) و عین کلی توسط فقها دست نیافت. با این وجود، کاربرد این دو اصطلاح در کتب فقهی بسیار رایج است. بررسی کتب فقهی متقدم نشان می‌دهد که این دو اصطلاح در ابتدای ادوار فقهی وجود نداشته و به تدریج به ادبیات فقهی راه یافته و در قرون متأخر به طور وسیع رایج شده است. به همین جهت برای تبیین صحیح عین معین و کلی در فقه، ابتدا نیازمند بررسی سیر تاریخی این دو اصطلاح و سپس پرداختن به مبانی نظری آن دو هستیم تا بتوانیم ملاک روشنی از عین معین و عین کلی به دست دهیم.

## ۲-۲-۱. سیر تاریخی عین معین و عین کلی

چنانچه ذکر شد، اصطلاحات «عین معین»، «عین شخصی» و «عین کلی فی الذمه» در ابتدای ادوار فقهی وجود نداشت. به طور دقیق تر، این اصطلاحات تا حدود قرن هفتم هجری قمری برای فقها شناخته شده نبود و کاربرد آنها در نگاهته‌های فقهی سابقه‌ای نداشت. البته در چند مورد اندک از عبارت «عین معین» استفاده شده است (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۸۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸)، اما شکل اصطلاحی نداشته، بلکه به معنای لغوی خود به کار می‌رفته است. برای روشن تر شدن این امر، چند مورد از مواضعی را که عین معین و کلی در متون فقهی کاربرد دارند، در کتب متأخر و متقدم با یکدیگر مقایسه می‌نمایم.

مقدمان بر اساس نوع مبیع، تقسیم‌بندی آتی را برای بیع مطرح می‌کردند: مبیع یا «عین حاضر و قابل مشاهده» است، و یا «عین غائب» و یا «موصوف در ذمه». به عنوان مثال

شیخ طوسی پس از بیان حقیقت بیع گفته: «بیع بر سه قسم است: بیع عین قابل مشاهده، بیع موصوف در ذمه و بیع خیار رؤیت... و اما بیع خیار رؤیت همان بیع اعیان غایب است»<sup>۱</sup> (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۷۶). بیع عین قابل مشاهده، یعنی بیع چیزی که نزد مشتری حاضر است و وی می‌تواند آن را ببیند. بیع خیار رؤیت همان بیع موضوع ماده ۴۱۰ قانون مدنی است و عبارت است از اینکه میبایع چیز مشخص و معینی است، اما اکنون نزد مشتری نیست و لذا بر اساس رؤیت سابق، یا از طریق بیان اوصاف، فروخته می‌شود، و اگر برخلاف اوصاف برشمرده و یا رؤیت سابق از کار درآید، مشتری خیار رؤیت خواهد داشت. این نوع بیع به نام خیار مختص آن یعنی خیار رؤیت شهرت داشت. (برای مشاهده موارد بیشتر از این تقسیم رجوع کنید به: ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۱).

بیع موصوف در ذمه نیز در جایی است که بایع هنور مالک میبایع که در آینده تسلیم می‌نماید نیست، و یا اگر مالک است، همان شیء مخصوص را میبایع قرار نمی‌دهد، بلکه در مقابل مشتری عهده‌دار می‌شود کالایی را با اوصاف برشمرده شده در عقد در اجل معین به عنوان میبایع به وی تسلیم نماید. به همین جهت از «بیع الموصوف فی الذمه» گاه با عنوان «البيع المضمون» یاد می‌شد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۲؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۳) و وجه تسمیه‌اش آن بود که پس از بیع، میبایع در ذمه و در ضمانت بایع قرار می‌گرفت. این بیع در باب سلم مورد بحث قرار می‌گرفت و تفاوتش با بیع عین غائب در آن بود که اگر میبایع تسلیم شده در اولی خلاف وصف درمی‌آمد، بایع وظیفه داشت مصداق دیگری مطابق وصف تسلیم نماید، در حالی که در بیع عین غائب اگر میبایع خلاف وصف بود، مشتری تنها حق فسخ عقد یا پذیرش همان میبایع تسلیم شده را داشت (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص ۷۶-۷۷). در برخی موارد نیز بیع را به دو دسته کلی «بیع اعیان و بیع ذمم» تقسیم می‌کردند و بیع اعیان را به دو دسته بیع عینی که مشاهده می‌شود و عینی که مشاهده

۱. «البيع... علی ثلاثة أضرب: بیع عین مرئیة، و بیع موصوف فی الذمه، و بیع خیار الرؤیة... و أما بیع خیار الرؤیة فهو بیع الأعیان الغائبة.»

نمی‌شود (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸). در مقابل، مطلق عین در کتب متأخران، اعم از موجود در خارج و موجود در ذمه انواع مبیع قرار گرفته (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳) و بیع مؤجل در سلم به بیع کلی تفسیر شده (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۱۹۷) و در خیار رؤیت، عین شخصی غائب در برابر مبیع کلی قرار داده شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۴). چنان‌که مشاهده می‌شود، آنچه در تقسیم‌بندی متقدمان محوریت داشت، موجودبودن یا نبودن مبیع در زمان عقد بود. به‌علاوه ایشان بیع عین را در برابر بیع ذمه قرار می‌دادند که خود اشعار به این امر دارد که «کلی در ذمه» در نزد متقدمان، عین محسوب نمی‌شد. به‌عبارتی عین در نزد ایشان منحصر در چیزی بود که در خارج وجود بالفعل ولو مردد در بین مصادیق داشت. از همین جا می‌توان حدس زد «عین» بعدها استعمال اعم خود را یافته است.

نخستین فقیه شیعه که اصطلاحات «عین معین»، «عین شخصی» و «کلی ثابت در ذمه» را در نوشته‌های خود در معنای معهود فعلی به کار برد، علامه حلی است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۴۲۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۱۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۵، ص ۳۱۸). ایشان در موارد متعدد، اصطلاح عین شخصی یا عین معین را به جای عین حاضر یا مشاهد یا مرئی یا غایب به کار برد. با این حال هنوز اصطلاح «کلی در ذمه» در آثار ایشان استقرار نیافته بود و به‌عنوان مثال، همچنان در بیع سلم برای اشاره به عین کلی در ذمه، از عنوان «شیء موصوف در ذمه» استفاده می‌شد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸). پس از ایشان به تدریج این اصطلاحات جای خود را در آثار فقهای حله و جبل عامل باز کردند. به‌عنوان مثال، جمال‌الدین حلی در حدود یک‌صد سال بعد، دین را «کلی ثابت در ذمه و غیر مشخص» برمی‌شمارد (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۹) و شهید ثانی (حدود ۲۵۰ سال بعد) در مبحث خیار رؤیت از مبیع کلی نام می‌برد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۴) و محقق کرکی می‌گوید عین بر ذمه یعنی امر کلی (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۱۰). نمونه‌های دیگری از این استعمالات در آثار فقهای این دوره قابل مشاهده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۵۲؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۳۲). به نظر می‌رسد سیطره علمی علامه حلی باعث شد این

ابداعات مورد اقبال شاگردان مکتب حله و فقهای بعد واقع شود و کاملاً تثبیت گردد. دقت در نحوه نخستین کاربردهای این اصطلاحات نشان می‌دهد که دقیقاً به همان معنای موجود در خاستگاه اصلی خود، یعنی معنای منطقی و فلسفی به کار می‌رفتند و این امر پس از تبیین کلی و جزئی منطقی در مبحث آتی روشن تر خواهد شد؛ از جمله آنکه علامه حلی در خصوص تفاوت بیع عین غایب شخصی و بیع سلم از حیث خیار، چنین استدلال می‌کند که معقود علیه در اولی، امری شخصی، و در دومی، امری کلی است که در ذمه ثابت می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۱۵۰). ماحصل استدلال ایشان آن است که امر کلی می‌تواند مصادیق متعدد داشته باشد، پس مانعی برای رجوع به مصداق دیگر در مقام وفای به عهد نیست. بر خلاف امر شخصی که چون مصداق واحد از پیش معین دارد، چنین امکانی وجود ندارد. این تقابل میان امر شخصی و امر کلی و شرح استدلال، کاملاً با استعمال این دو اصطلاح در علم منطقی و نیز فلسفه تطابق دارد.

### ۲-۳. تبیین ملاک عین معین و عین کلی

پیش‌تر اشاره شد که اصطلاحات عین شخصی و عین کلی، دارای ریشه‌های فلسفی و منطقی هستند. به همین جهت برای تبیین این دو اصطلاح ابتدا ناگزیریم اشاره‌ای به مبانی منطقی و فلسفی آنها داشته باشیم. مفاهیم در منطقی به دو دسته تقسیم می‌گردند: کلی و جزئی. مفهوم کلی آن است که صدقش بر بیش از یکی متمتع نیست و جزئی، که گاه از آن با عنوان «شخصی» هم یاد می‌شود، خلاف آن است (مظفر، بی‌تا، ص ۵۷). نکته بسیار مهم آن است که تفاوت کلی و جزئی، در تعداد مصادیق بالفعل نیست، بلکه ممیز این دو، قابلیت صدق از نظر عقل است (مظفر، بی‌تا، ص ۵۷)؛ به این معنا که ممکن است بعضی از مفاهیم کلی هرگز هیچ مصداق بالفعلی در عالم خارج نداشته باشند (همانند مفهوم اجتماع نقیضین و شریک خداوند)، و یا تنها یک مصداق خارجی داشته باشند (همانند اولین محصول خط تولید خودرو) و یا بیش از یک مصداق و حتی بی‌نهایت مصداق یابند (همانند مفهوم انسان)، اما با این حال همگی این مفاهیم کلی هستند و تمامی آنها از نظر عقل، قابلیت صدق بر مصادیق متعدد را دارند و به تعبیر



دیگر، صدق آنها بر بیش از یکی ممتنع نیست (مظفر، بی تا، صص ۵۷-۵۸)، در حالی که فرض صدق مفهوم شخصی بر بیش از یک مصداق، مستلزم محال و ممتنع است. در توضیح قابلیت صدق کلی بر افراد متعدد می توان گفت از آنجا که مفهوم کلی از یک واقعیت خارجی گرفته نشده، پس عقل مانعی نمی بیند که هر گاه موجودی در خارج تحقق یابد که اوصاف و ذاتیات آن کلی با وی مطابقت داشته باشد، مفهوم کلی بر آن صدق نماید، و از این جهت این قابلیت را دارد که مصداق متعددی بیابد<sup>۱</sup> (طباطبایی، ۱۴۲۴ق، ص ۹۴). اما زمانی که مفهومی از یک موجود خارجی برگرفته می شود، یعنی مفاهیم جزئی یا شخصی، فقط و فقط همان موجود خارجی است که ذاتیات و اوصاف آن مفهوم را دارا است و تصور موجود دیگر با همان ذاتیات و اوصاف از نظر عقل محال است؛ زیرا مستلزم تکرار شیء واحد است، یعنی شیء دوم همان شیء اول خواهد بود. این مطلب مفاد یک قاعده فلسفی است که می گوید جزئیت یا شخصیت به سبب وجود است (طباطبایی، ۱۴۲۴ق، ص ۹۶).

حال با کنار هم قرار دادن مطالب پیش گفته می توان به تبیین ضابطه عین معین و کلی پرداخت. عین معین شیئی است که هم اکنون موجود است (ملاک عین حاضر و غائب) و چون موجود است، عقلاً نمی تواند بیش از یک مصداق داشته باشد (ملاک جزئی فلسفی) و عین کلی برخلاف آن است، یعنی هم اکنون مصداق خارجی ندارد و لذا در عقد با اوصاف معین می گردد (ملاک موصوف بر ذمه) و چون موجود نیست، قابلیت تعدد مصداق را دارا است (ملاک کلی فلسفی)، حتی اگر مصداق آن منحصر در واحد باشد. شواهد این تبیین در کتب فقهی نیز موجود است. محقق کرکی در مقام بیان تفاوت میان بیع عین غائب و بیع سلم صراحتاً می گوید: «فرق این دو قسم آن است که مبیع در اولی جزئی و در دومی کلی است»<sup>۲</sup> (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۲۰) و در جای دیگر در یکی از فروع باب اجاره می گوید: «... عمل مورد اجاره در ذمه است. پس در واقع

۱. برای مشاهده تحقیقات فلسفی جدید در خصوص کلی می توانید ر.ک: لاکس، مایکل. (۲۰۰۶م). درآمدی به

متافیزیک معاصر (مترجمان: صالح افروغ - یاسر پوراسماعیل). تهران: انتشارات حکمت.

۲. «الفرق بین هذین القسمین: أن المبیع فی الأول جزئی و فی الثانی کلی».

یک امر کلی است، هر چند یک فرد بیشتر نداشته باشد. پس با موت منفسخ نمی شود، زیرا کلی در ذمه است»<sup>۱</sup> (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۶۹).

البته باید توجه داشت وجود خارجی عین در فقه و حقوق، اعم از وجود حقیقی و اعتباری آن است؛ بدین معنا که گاه عین حقیقتاً در خارج موجود نیست، اما عرف بنابه مصالح و دلایلی آن را به منزله موجود لحاظ می کند و احکام عین معین را بر آن بار می سازد؛ همانند مال آینده معین که میوه سردرختی یکی از مثال های بارز آن است. در این موارد برای مال موجود در آینده دو اعتبار می تواند وجود داشته باشد: اعتبار آن به عنوان کلی در ذمه، و اعتبار آن به عنوان عین معین، و بر حسب این دو اعتبار می تواند موضوع عقود مختلف قرار گیرد.

با توجه به آنچه گفته شد، در مسئله معروف و چالشی که «شخصی مقداری از لباس بافته شده را خریداری می کند مشروط بر آنکه مابقی لباس به عنوان مبیع کلی همانند مقدار بافته شده تکمیل گردد»<sup>۲</sup> (برای نمونه ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۶۸)، چنین معامله ای باید محکوم به صحت باشد، ولی عده ای از فقها این معامله را باطل می دانند که به نظر می رسد دلیل بطلان آن مبیع شخصی تلقی کردن مابقی لباس است؛ زیرا مبیع شخصی باید در زمان عقد موجود باشد که در فرض مسئله موجود نیست. در نتیجه مال آینده ای که مصداق واحد خواهد داشت، مال معین است، نه کلی.

در پاسخ می توان گفت دلایل همه قائلان بطلان معامله مورد نظر از همگونی برخوردار نیست؛ برخی بطلان را ناشی از اجتماع دو وصف متضاد (خیار و عدم خیار رؤیت) در دو بخش لباس می دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۷۷)، برخی نیز ضمن اعتراف به کلی بودن بخش بافته نشده، بطلان را ناشی از غرر دانسته اند. از این جهت که قسمتی از مبیع عین حاضر است و مابقی آن که بر ذمه است مجهول است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۱، ص ۷۹). بعضی دلیل بطلان را این می دانند که «بیع مذکور، بیع شیء

۱. «لأنها في الذمة فهي أمر كلي في الواقع وإن لم يكن له إلا فرد واحد فلا يفسخ بالموت لأن الكلي في الذمة».

۲. «لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي»، و نیز «إذا ابتاع ثوباً على خف منساج».

معدوم معین است که در شرع ثابت نیست؛ زیرا تنها بیع عین موجود معین و عین معدوم غیر معین در شرع مطرح است» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۵، ص ۷۳) که به نظر می‌رسد این دلیل صرف بیان احتمال است و خود نویسنده در ادامه آن را مردود شمرده است.

برخی از فقها در تبیین معضل فوق و رفع اشکالات مطروحه، شقوق قابل تصور در مسئله را به چهار حالت تقسیم کرده‌اند: ۱. بیع منسوج شخصی موجود به همراه منسوج کلی بر ذمه، ۲. بیع این منسوج شخصی موجود به همراه مقدار معینی از عمل شخصی خارجی ریسندگی (دقت شود در حالت اول خود منسوج مبیع بود، نه عمل)، مشروط بر آنکه همانند اولی نسج شود، ۳. بیع منسوج خارجی موجود به همراه مقدار معینی از عمل کلی ریسندگی، مشروط بر آنکه همانند نسج قبلی باشد، و ۴. بیع منسوج خارجی موجود به همراه غیر منسوج بدون آنکه تحت یکی از عناوین قبل باشد. از آنجا که صحت سه حالت اول تقریباً مسلم و کاملاً منطبق بر قواعد باب بیع است، ایشان در یک جمع‌بندی اشکالات فقها را مربوط به حالت چهارم می‌دانند (خویی، بی تا، ج ۷، صص ۹۳-۹۴). در تکمیل پاسخ ایشان می‌توان چنین گفت که تعیین نوع مبیع و شرط در قرارداد تابع قصد طرفین است و بازگشت اشکال فوق به آن است که طرفین قصد نموده‌اند کالای غیر موجود را که در آینده موجود خواهد شد، نه به عنوان مبیع کلی و نه به عنوان شرط فعل، بلکه به عنوان مبیع شخصی قرار دهند. یعنی در قصد مشترک طرفین تنها یک مبیع شخصی وجود دارد که عبارت است از مجموع لباس تکمیل شده، نه یک مبیع شخصی به همراه یک مبیع کلی. شاهد آنکه شیخ طوسی در اشکال اول، احتمال وقوع خیار رؤیت را به عنوان مانع برمی‌شمارد (شیخ طوسی، ۱۴۸۷ق، ج ۲، ص ۷۷) و خیار رؤیت مختص مبیع شخصی است.

با توجه به آنچه گذشت می‌توان حدس زد که علامه حلی که خود جامع معقول و منقول و مؤلف آثار برجسته فقهی و منطقی (از جمله کتاب معروف الجوهر النضید) به شمار می‌رود، در مقام تبیین احکام بیع، پا از نگاه بسیط عرفی فراتر نهاده و با تحلیل ماهیت انواع مبیع در عقود بیع، ویژگی‌های جزئی و کلی منطقی را بر آنان منطبق دانسته و به تدریج، این ابداع جایگزین تقسیم‌بندی قدما در انواع بیع و مبیع گشت. مبتکران و

مروجان اولیه این اصطلاحات که خود بر مبانی فلسفی و منطقی آن مسلط بودند، آنها را در معانی دقیق کلمه به کار می‌بردند، بدون آنکه خلطی در میان‌شان رخ دهد، اما به تدریج با فاصله گرفتن دانش حقوق از بستر فقهی-فلسفی خود، مبانی عقلی آنها مغفول ماند که ثمره آن، اختلاطات مذکور در ابتدای بحث بود. حقوق‌دانان با لحاظ ظاهر عبارت قانون مدنی،<sup>۱</sup> ملاک کلی در ذمه را تعدد مصادیق قرار دادند و نه قابلیت صدق؛ حال آنکه تقسیم‌بندی عین معین و کلی در قانون مدنی متخذ از منابع فقهی بوده و دلیلی بر تغییر آن و ارائه تقسیم‌بندی علیل از اعیان از سوی قانون‌گذار وجود ندارد. به همین جهت ماده ۳۵۱ ق.م نیز باید به گونه‌ای موافق با ملاک پیش‌گفته تفسیر گردد. لذا مراد قانون‌گذار از «صادق بر افراد عدیده» شأنیت صدق است و نه فعلیت آن. احتمال دیگری هم در تفسیر این ماده وجود دارد و آن اینکه قانون‌گذار نظر به وجه غالب داشته، زیرا قریب به اتفاق اعیان کلی در ذمه می‌توانند مصادیق متعدد خارجی داشته باشند و تنها در برخی موارد به دلیل قیود خاص زمانی یا مکانی منحصر در مصداق واحد می‌گردند.

### ۳. تصحیح قرارداد پیش‌فروش ساختمان

چنان‌که در بخش اول مقاله گذشت، بسیاری از حقوق‌دانان تمایل دارند قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را به‌عنوان عقد بیع به‌شمار آورند. اما از دیدگاه ایشان ساختمان موضوع پیش‌فروش نمی‌تواند مبیع کلی تلقی شود. در توجیه این نظر گفته شده:

در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان معمولاً موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و مشخصه‌های دیگر آپارتمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین می‌شود... بنابراین آپارتمانی که با مشخصات پیش‌گفته ساخته می‌شود، با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن، عین معین محسوب می‌شود... پس نمی‌توان آپارتمانی مثل آن تصور کرد (ایزدی و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳).

به همین جهت برخی از حقوق‌دانان پیش‌فروش آپارتمان را از طریق تعهد به بیع

۱. مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده (م ۳۵۱ قانون مدنی).

توجیه نموده‌اند (شهدی، ۱۳۸۵، ص ۲۰). استدلال فوق مبتنی بر آن است که واحد ساختمانی موردبیع، از قیود فیزیکی بسیاری برخوردار است که عملاً موجب می‌شود آن ساختمان منحصر به فرد گردد، یعنی نتواند دارای اشباه و نظایر، و به تعبیر ماده ۳۵۱ ق.م. دارای مصادیق متعدد باشد و لذا عین معین خواهد بود؛ در حالی که ملاک عین معین بر آن صدق نمی‌کند و چنان که برخی از صاحب‌نظران اشاره کرده‌اند، ساختمان مذکور علاوه بر آنکه قابل اشاره حسی و خارجی نیست، تحت تأثیر ابتکار و انتخاب فروشنده نیز قرار دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۷-۲۷۸). با این حساب، آپارتمان پیش‌فروش شده نه عین معین خواهد بود و نه کلی در ذمه. به طریق اولی کلی در معین نیز نمی‌تواند باشد، در حالی که هر عینی که در نظر گرفته شود، ضرورتاً باید تحت یکی از این سه قسم بگنجد. برخی برای برون‌رفت از این مشکل، حالتی میانه عین معین و عین کلی را پذیرفته‌اند، اگرچه اعتراف دارند به کلی شباهت بیشتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۷-۲۷۸). بازگشت این ادعا به دو چیز است: یا دسته چهارمی علاوه بر سه دسته عین مذکور وجود دارد که تاکنون قائلی برای آن یافت نشده، یا آنکه آپارتمان آینده تحت دو قسم از اقسام یک مقسم می‌گنجد که در بخش قبل نشان دادیم این امر محال است. پس این ادعا قابل پذیرش نیست.

پاسخ درست آن است که آپارتمان مورد پیش‌فروش عین کلی است، زیرا مطابق ضابطه ارائه‌شده، تعداد مصادیق مبیع موردنظر، چه در زمان انشای عقد و چه در زمان اجرای تعهدات ناشی از آن، تأثیری در کلی یا شخصی بودن آن ندارد. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، طرفین توافق می‌نمایند پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر، یک دستگاه واحد ساختمانی با اوصاف مشخص به پیش‌خریدار تحویل دهد و چون این واحد مسکونی در حال حاضر موجود نیست، پس از نظر عقلی می‌تواند مصادیق متعدد داشته باشد، اگرچه به لحاظ عرفی مصداق واحد دارد. پس ساختمان پیش‌فروش شده کلی است. به علاوه اگر با دقت بیشتری بنگریم، ساختمان مذکور حتی در خارج نیز می‌تواند مصادیق متعددی بیابد؛ چراکه حتی با نگاه عرفی نیز ساختمانی که با مصالح خریداری شده از کارخانه «الف» ساخته می‌شود، با ساختمانی که در همان زمان و همان

مکان موجود در نقشه اما با مصالح خریداری شده از کارخانه «ب» ساخته می شود، تفاوت دارد و این دو، دو مصداق برای کلی ساختمان محسوب می گردند؛ مگر آنکه محصولات دو کارخانه چنان از نظر کیفی به هم نزدیک باشند که عرف تفاوتی میان آن دو قائل نباشد. به عبارت دیگر، صرف حضور در یک زمان و یک مکان، موجب یکی بودن ساختمان ها نمی شود، بلکه عواملی از قبیل مصالح اولیه را نیز باید دخیل دانست. بدین ترتیب، یکی از موانع تفسیر پیش فروش ساختمان به عنوان بیع سلم از میان برداشته می شود. دو اشکال دیگر باقی می ماند (لزوم قبض ثمن در مجلس و لزوم مثلی بودن مبیع در بیع کلی) که موضوع بحث این پژوهش نیست و نوشتار جداگانه ای می طلبد.

### نتیجه گیری

تقسیم بندی اعیان به سه دسته معین، کلی در معین و کلی در ذمه، از تقسیمات بنیادی مرتبط با اموال است. تبیین ناصحیح این سه اصطلاح منجر به بروز اشکالاتی در خصوص احکام و آثار برخی قراردادها، از جمله قراردادهای پیش فروش ساختمان شده است. ارائه ملاک نادرست برای عین معین و کلی از آنجا نشأت گرفته که این دو اصطلاح، در سیر تکامل فقه ب وجود آمده اند و دارای ریشه های منطقی و فلسفی اند، اما در مسیر ورود به عالم حقوق، این مبانی مغفول ماند و این اصطلاحات به مفاهیمی عرفی تنزل یافت. با بررسی تاریخیچه و مبانی پیدایش این دو اصطلاح، این نتیجه حاصل شد که عین معین عبارت است از چیزی که در عالم خارج وجود دارد؛ حال وجود خارجی حقیقی یا وجود خارجی اعتباری، و لذا از نظر عقلی محال است که بیش از یک مصداق داشته باشد. عین کلی در ذمه نیز عبارت است از چیزی که هنوز وجود خارجی نیافته و لذا عقلاً ممتنع نیست بیش از یک مصداق داشته باشد؛ هر چند ممکن است در عالم واقع بدون مصداق، تک مصداق و یا دارای چندین مصداق باشد. به زبان ساده تر، هر عینی که در حال حاضر موجود به وجود خارجی حقیقی یا اعتباری است، عین معین، و هر عینی که در حال حاضر موجود نیست و ظرف وجود آن ذمه و عهده

است، عین کلی در ذمه خواهد بود و لازم است ماده ۳۵۱ قانون مدنی در همین راستا تفسیر گردد.

با این حساب، اموری از قبیل آپارتمان ساخته نشده، عین کلی در ذمه محسوب می شود و حکم به بطلان قرارداد پیش فروش ساختمان بر این مبنا که مبیع در این قرارداد عین معین است و عین معین قابلیت پیش فروش را ندارد، از اساس اشتباه است، و در نتیجه یکی از موانع سه گانه بر سر راه تفسیر پیش فروش ساختمان در قالب بیع سلم برداشته می شود.

## فهرست منابع

۱. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی. (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن جنید (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، سیدحسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمة والبيع والخيارات (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین. (۱۳۸۷). بررسی فقهی-حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان. مجله حقوق اسلامی، ۵(۱۸)، صص ۸۷-۱۱۴.
۵. توکلی، احمد. (۱۳۹۶). مختصر حقوق مدنی (چاپ چهاردهم). تهران: چتر دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق (چاپ پنجم). تهران: گلشن.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). حقوق اموال (چاپ پنجم). تهران: گنج دانش.
۹. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمي الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم، ۳ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (چاپ اول، ۱۴ جلد). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق الف). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول، ۳ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق ب). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة (چاپ دوم، ۹ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. حلی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴ق). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة: المكاسب. قم: داوری.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (چاپ بیست و هشتم). قم: مدینه العلم.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (چاپ اول، محشی: کلاتر، ۱۰ جلد). قم: کتاب فروشی داوری.
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). حقوق مدنی ۶ (چاپ ششم). تهران: مجد.
۲۱. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۲۴ق). نهاية الحکمة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. طباطبایی، سید محمد صادق؛ کیانی، عباس. (۱۳۹۳). تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان. مجله حقوقی دادگستری، ۷۸(۸۵)، صص ۴۵-۸۲.
۲۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامية (چاپ سوم، ۸ جلد). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۴. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (چاپ دوم، ۱۳ جلد). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۵. غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر. (۱۳۹۰). تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع. مطالعات حقوقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی)، ۱(۲)، صص ۱۵۷-۱۷۵.

۲۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). عقود معین: معاملات معوض - عقود تملیکی (ج ۱، چاپ دهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). اموال و مالکیت (چاپ بیست و ششم). تهران: میزان.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). نظریه عمومی تعهدات (چاپ پنجم). تهران: میزان.
۳۰. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (چاپ دوم، ۴ جلد). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. مظفر، محمد رضا. (بی تا). المنطق. بی جا: دارالتعارف.
۳۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۳. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (چاپ اول، المحشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.



15. Jafari Langroudi, M. J. (1370 AP). *Legal Terminology*. (5<sup>th</sup> ed.). Tehran: Golshan. [In Persian]
16. Jafari Langroudi, M. J. (1378 AP). *Extensive in Legal Terminology*. Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1380 AP). *Property Law*. (5<sup>th</sup> ed.). Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
18. Katozian, N. (1387 AP). *Certain Contracts*. (Vol. 1): Exchange Transactions - Proprietary Contracts. (10<sup>th</sup> ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
19. Katozian, N. (1388 AP). *Property and Possession*. (26<sup>th</sup> ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
20. Katozian, N. (1389 AP). *General Theory of Obligations*. (5<sup>th</sup> ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
21. Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (28th ed.). Qom: Madinah al-Ilm.
22. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqh: al-Makasib*. Qom: Davari.
23. Mohaqeq Helli, J. (1408 AH). *Sharae al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram*. (2<sup>nd</sup> ed., 4 vols.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
24. Mufid, M. (1413 AH). *Al-Muqne'a*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Sheikh Mofid Millennium International Congress. [In Arabic]
25. Muzaffar, M. R. (n.d.). *Al-Mantiq*. Dar Al-Ta'arof.
26. Qaribeh, A., & Masoudi, N. (1390 AP). Jurisprudential and legal analysis of the pre-sale apartment contract with reflection on the types of sale. *Journal of Contemporary Legal Studies (Islamic Jurisprudence and Law)*, 1(2), pp. 157-175. [In Persian]
27. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Rawzah al-Bahiyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dameshqiyyah*. (1st ed. 10 vols.). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
28. Shahidi, M. (1385 AP). *Civil Law 6*. (6<sup>th</sup> ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
29. Sheikh Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed., 8 vols.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Works. [In Arabic]
30. Tabatabaei, S. M. H. (1424 AH). *Nahayat al-Hikmah*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]

31. Tabatabaei, S. M. S., & Kiani, A. (1393 AP). An Explanation of the legal nature of the building pre-sale contract. *The Judiciary Law Journal*, 78(85), pp. 45-82. [In Persian]
32. Tavakoli, A. (1396 AP). *Brief Civil Law*. (14<sup>th</sup> ed.). Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
33. Yazdi, S. M. K. (1419 AH). *Al-Urwat al-Wothqa*. (1<sup>st</sup> ed., Al-Mahshi). Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office. [In Arabic]