

بررسی راه کارهای فقهی و حقوقی معاملات پیش فروش

A Research on Jurisprudential and Legal Solution of Pre-Selling

Zahra Govahi*, Majid Valeh**

زهرا گواهی*، مجید واله**

Received: 13/Nov/2012 Accepted: 3/Sep/2013

دریافت: ۱۳۹۱/۸/۲۳ پذیرش: ۱۳۹۲/۶/۱۲

Abstract:

Jurists, distinguished senior authorities and lawyers, have provided several solutions for the pre-sale and the possibility of its realization in the form of futures sales. The purpose of this paper is to study the strategies for such transactions. The result of the study show that pre-sale is not synonymous with futures contract. But it is a broad concept that can include a wide variety of sales and contracts. Examples of different forms of pre-selling in today's society have emphasized the need for a comprehensive and integrated legislation and developing uniform standard relationships.

Key Words: Advance Selling, jurisprudence, Law.

JEL: A13.

چکیده:

در خصوص پیش فروش و چگونگی امکان تحقق آن در قالب بیع سلف، فقها، مراجع محترم عظام و حقوقدانان، به ارائه راهکارهای مختلفی پرداخته اند. هدف این مقاله بررسی راه کارهای یاد شده، جهت انجام چنین معاملاتی است. نتیجه تحقیق این بود که نمی توان حکم کرد پیش فروش مرادف و هم معنای بیع سلف است. بلکه مفهوم وسیعی است که اقسام مختلفی از بیع و قرارداد را می تواند شامل شود. اشکال مختلف و مصادیق گوناگون پیش فروش در جامعه کنونی، لزوم وضع قوانین جامع و یکپارچه و نیز تدوین روابط استاندارد و یکنواخت را تأکید می نماید.

کلمات کلیدی: پیش فروش، فقه، حقوق.

طبقه بندی JEL: A13.

*. Assistant professor, Payame Noor University, Tehran, Iran.

E-Mail: zgovahi@yahoo.com

** . Researcher of Astane Ghods Razavai, Mashhad, Iran.

*. استادیار دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

E-Mail: zgovahi@yahoo.com

** . پژوهشگر آستان قدس رضوی



۱. مقدمه

پیش فروش، معامله ای است که امروزه در نظام اقتصادی و تجاری تمامی کشورها متداول گشته است. گستردگی این نظام معاملاتی، مسائل جدیدی را برای آن به وجود آورده که کمتر به آن‌ها توجه شده است و این امر موجب خسران و ضرر عده‌ای و ایجاد زمینه سوء استفاده برای عده‌ای دیگر شده است. ابهام در نوع قرارداد، عدم تعیین زمان تحویل کالا، عدم تعیین مبلغ معامله، مشخص نبودن جزئیات کالا که موجب اختلاف قیمت آن می‌شود، قرار گرفتن آن تحت قاعده بیع سلف، کالی به کالی، صلح و ... از مواردی است که نیاز به بررسی دارد. در خصوص پیش فروش با توجه به عدم امکان تحقق آن در قالب بیع سلف - که در گذشته تقریباً تمامی اقسام پیش فروش را شامل می‌شده است - فقها، مراجع محترم عظام و حقوقدانان به ارائه راهکارهای مختلفی پرداخته اند که هر یک به نوبه خود ویژگی‌ها و خصوصیتی دارد. هدف این مقاله بررسی این راه کارها، بیان نقاط ضعف، قوت و انتخاب بهترین راه کار، جهت انجام چنین معاملاتی است.

۲. ادبیات تحقیق

۱-۲. مطالعه تطبیقی بیع در ایران با حقوق بیع بین‌المللی

با توجه به اینکه اغلب قریب به اتفاق معاملات بین‌المللی در قالب بیع منعقد می‌شوند و از سوی دیگر در اغلب این بیع‌ها، ثمن یا مثن و یا هر دو مؤجل هستند، لذا به نظر می‌رسد مطالعه تطبیقی و مقایسه موضوع مورد بحث در فقه و حقوق ایران از یک سو و مهم‌ترین سند بین‌المللی راجع به بیع یعنی کنوانسیون بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین از سوی دیگر، می‌تواند تعیین کننده راه حل عملی باشد.

الف) دیدگاه فقهی

روشن است که یکی از این تقسیم‌بندی‌ها از حیث نقد یا مؤجل بودن ثمن یا مثن یا هر دو می‌باشد. از این زاویه بیع به اقسام چهارگانه‌ی: «نقد، نسبه، سلف یا سلم و کالی به کالی» تقسیم شده است:

۱. بیع نقد: برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن (اعم از عین معین یا کلی) موعدی قرار داده نشده است.

۲. بیع نسبه: ثمن کلی است و برای تأدیه آن مدتی معین شده است لیکن اگر مبیع آن نیز کلی باشد باید هیچ گونه موعدی برای تسلیم مقرر نشود و الا بیع کالی به کالی می‌شود.

۳. بیع سلف یا سلم: مبیع کلی مافی الذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده است. هر چند ثمن می‌تواند عین معین یا کلی باشد لیکن باید در مجلس عقد به بایع تأدیه شود.

۴. بیع کالی به کالی: مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه هستند و برای تسلیم مبیع و پرداخت ثمن موعدی مقرر شده است. این بیع به نظر عموم فقهای امامیه باطل بوده و الزام آور نمی‌باشد.

این اقسام چهارگانه تا حدودی در قانون مدنی لحاظ شده اند که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

ب) دیدگاه حقوقدانان

با توجه به تبعیت قانون مدنی ایران از فقه، تقسیم بندی فوق تا حدودی در تدوین قانون مورد توجه واقع شده است.

در قانون مدنی بیع نقد و نسبه صحیح تلقی شده است و با توجه به ماده ۳۴۱ ق.م. هیچ یک از حقوقدانان تردیدی در این خصوص نداشته اند. اما در خصوص بیع سلف یا سلم، قانون مدنی ساکت است. از این رو، تردیدهایی در خصوص اینکه آیا ثمن باید در مجلس عقد تأدیه شود یا خیر، مطرح شده است.

اکثر حقوقدانان نظیر امامی و کاتوزیان، چنین بیعی را صحیح دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۸: ۴۵۵). کاتوزیان، بر مبنای سکوت قانون مدنی اظهار داشته است «این سکوت به معنی اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون وجود ندارد، نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۷۴).

قانون مدنی، در خصوص بیع کالی به کالی نیز ساکت است. در این خصوص نیز حقوقدانان سکوت قانون را به معنی الزام و متابعت از نظر غالب در فقه تلقی نکرده و استدلال کرده اند؛ که با توجه به اینکه امروزه بخش زیادی از داد و ستدهای بازرگانی به این شیوه است و قبول بطلان این معاملات مشکلاتی به بار می‌آورد، لذا سکوت قانون - که در مقام بیان



بوده - به عنوان قرینه‌ای بر جواز و صحت معامله کالی به کالی تلقی می‌شود، به علاوه با قبول نظریه بطلان معاملات کالی به کالی و «منع فروش دین به دین»، صحت این معاملات مورد تردید است (همان، ش. ۱۲۴، ص ۱۷۵. همچنین؛ امامی، ۱۳۶۸، ص ۴۵۵).

۳. تحلیل

راه کارهای ارائه شده در پیش فروش

آنچه بیان شد، مقدمه‌ای بود برای تبیین ابعاد گوناگون مسئله پیش فروش که در جامعه ما و در تمام جوامع اسلامی و غیراسلامی رواج زیادی یافته است و به اعتقاد نویسنده، حذف آن مشکلی را حل نمی‌کند. از طرفی این که حکم به بطلان چنین معاملاتی داده شود، بی آنکه شرایط زمانی و مکانی و مناسبات جدید اجتماعی و بین المللی در نظر گرفته شود، یقیناً بهترین راه حل نیست، البته هدف این تحقیق، بررسی ابعاد گوناگون مطلب جهت یافتن راه حلی منطبق بر تعالیم شرعی و مبانی فقهی و حقوقی می باشد.

راه کار اول: قرارداد پیش فروش در قالب سلف

معامله سلف از انواع معاملات پذیرفته شده و مشروع در فقه اسلامی است. برای رفع شبهات معاملات پیش فروش خصوصاً در مورد کالاهایی که نه عینیت یافته و موجودند و نه تمامی مبلغ ثمن قطعی و حال پرداخته می‌شود - که شبهه معامله کالی به کالی در آن است - می‌توان معامله سلف را به عنوان راه حل جهت برون رفت از بطلان این گونه معاملات قرار داد. به ویژه آن که معاملاتی همچون پیش فروش آپارتمان در حال ساخت، با قیمت و یا اتومبیل و یا سفرهای زیارتی و غیره که در جامعه کنونی ما رواج یافته و به بخشی لاینفک از معاملات رایج اقتصادی تبدیل شده - قرار داد.

یکی از عقود موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا، معاملات سلف است که شرایط آن در قوانین و آئین‌نامه‌های اجرایی مفصلاً بیان گردیده است. در بند (ب) ماده ۱۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانک‌ها اجازه داده شده است که «به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی آن قسم از تولیدات این واحدها که سهل

البیع باشند را بنابر درخواست آن‌ها پیش خرید کنند.» (همان ص ۵۲۷)

همچنین در ماده ۴۱ آیین نامه اعطای تسهیلات بانکی مصوب ۶۲/۱۰/۱۴ هم آمده است «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی اعم از اینکه مالکیت این واحدها متعلق به شخص حقیقی یا حقوقی باشد، منحصرأً به درخواست این گونه واحدها مبادرت به پیش خرید محصولات تولیدی آن‌ها بنمایند» (عباسی مقرب، ۱۳۸۴:۱۸۶)

یادآور می‌گردد که تعریف شورای پول و اعتبار هم در دستورالعمل صادره همچون تعاریف مذکور در مواد ۱۳، ۴۰، ۴۱ آئین نامه است. با عنایت به مراتب فوق عقد سلف در عملیات بانکی این گونه تعریف می‌شود:

«منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین می‌باشد»

با در نظر گرفتن مفاد آئین نامه و دستورالعمل در این باب، معامله سلف یا پیش خرید محصولات مشروط به شرایطی به شرح ذیل می‌باشد:

الف) مورد معامله یا مبیع، الزاماً باید محصول تولیدی واحدهای تولیدی باشد. با توجه به این شرط، فروشنده نمی‌تواند تولیدی وارداتی را تحویل خریدار دهد.^۱

ب) معامله به درخواست تولید کننده صورت خواهد گرفت.^۲
ج) محصول معامله شده می‌بایستی توسط واحد درخواست کننده تولید شود پس نمی‌توان محصول سایر کارخانه‌ها و شرکت‌های تولیدی را به خریدار تحویل داد.^۳

د) مبیع نباید سریع الفساد باشد، مگر این که در فاصله تحویل به بانک و فروش آن توسط بانک عامل انجام اقداماتی برای

۱. ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای

پول و اعتبار

۲. با استنباط از ماده ۴۱ آیین نامه عملیات بانکی بدون ربا

۳. همان و بند ب ماده ۱۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا.

۲. بند الف ماده ۴۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا.



جلوگیری از فساد ممکن باشد^۱. (جهت صیانت از اموال بیت المال)

ه) مبیع سهل البیع باشد، یعنی برای بانک اطمینان حاصل شود که محصولات تولیدی مورد معامله در موعد تحویل به بانک به سهولت قابل فروش خواهد بود^۲.

و) زمان تحویل کل محصول به بانک حداکثر معادل یک دوره تولید باشد و از یک سال تجاوز نکند^۳.

در ضمن قیمت پیش خرید محصولات تولیدی توسط بانک با توجه به عوامل مؤثر در قیمت از جمله پیش بینی قیمت فروش آن‌ها در سررسید تحویل و همچنین سود بانک تعیین خواهد شد. در هر حال قیمت پیش خرید نباید از قیمت نقدی این گونه محصولات در زمان معامله بیشتر باشد.

ضمناً در ارتباط با اخذ تأمین بند ۶ آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا تصریح به اخذ تأمین ندارد، لکن در ماده ۱۱ دستور العمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۶۱/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار تصریح شده است که «بانک‌ها مکلفند که به منظور حسن اجرای تعهدات فروشنده از وی تأمین کافی اخذ نمایند^۴».

باعنایت به مواد سیزده گانه معامله سلف در سیستم بانکی کاملاً واضح و روشن است که از تمام ظرفیت‌های قانونی، برای برگشت سرمایه و سود مورد انتظار بانک و مجاب کردن فروشنده بهره گرفته شده است که این رویکرد برای صیانت از اموال بیت المال ضروری به نظر می‌رسد.

شرایط اختصاصی بیع سلف بر مبنای مقررات بانکی بدون ربا

در ادامه مبحث بیع سلف در عملیات بانکی بدون ربا به شرایط اختصاصی بیع سلف منطبق بر ماده ۱ تا ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا پرداخته می‌شود.

۱. همان بند ب.

۲. همان بند ج.

۳. آیین نامه عملیات بانکی بدون ربا، ماده ۶۶.

۴. مجموعه قوانین و مقررات پولی و بانکی با آخرین اصلاحات ص ۲۲۷.

عقد سلف تابع شرایط خاصی است که شرط صحت بیع سلف رعایت آن شروط است که این شرایط در مواد مزبور ماده ۴۵ آئین نامه اعطای تسهیلات بانکی مصوب ۶۲/۲/۱۴^۵ و ماده ۷ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار^۶ بدین شرح است:

۱. تعیین مشخصات اصلی مبیع و محصولات از نظر نوع، جنس و وصف به نحوی که مشخص کننده قیمت آن باشد به عنوان مثال؛ اگر خرید محصولات یک کارخانه تلویزیون سازی است بایستی مشخص شود تلویزیون‌های مورد نظر چند اینچ بوده و مدل آن‌ها چیست و سایر مشخصات و تعداد مشخص شود. تعیین موارد مذکور برحسب معاملات مختلف متفاوت است ولی قدر مسلم آن است که با عنایت به ماده ۳۵۱ قانون مدنی می‌بایستی مقدار و جنس و وصف آن دقیقاً ذکر گردد به گونه‌ای که از موارد مشابه آن، قابل تفکیک و شناسایی باشد.

۵. آیین نامه اعطاء تسهیلات بانکی مصوب ۶۲/۱۰/۱۴ ماده ۴۵ «بانک‌ها مکلف اند در معاملات پیش خرید محصولات تولیدی موارد زیر را رعایت نمایند و در قرارداد مربوط ملحوظ دارند:

الف) تعیین مشخصات اصلی این قبیل محصولات به نحوی که مشخص کننده قیمت باشند.

ب) پرداخت تمام قیمت پیش خرید محصولات پیش خرید شده به فروشنده در زمان انجام معامله.

ج) تعیین تاریخ تحویل.

د) تعیین مقدار، تعداد، وزن و سایر مشخصات متعارف محصولات مورد معامله.

ه) محل تحویل محصولات پیش خرید شده.

۶. ماده ۷ دستور العمل اجرایی معاملات سلف مصوب ۶۲/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار: «بانک‌ها مکلفند در معاملات پیش خرید محصولات تولیدی موارد زیر را رعایت نمایند و در قرارداد مربوط ملحوظ نمایند:

الف) تعیین مشخصات اصلی این قبیل محصولات به نحوی که مشخص کننده قیمت باشند.

ب) پرداخت تمام قیمت پیش خرید محصولات مورد معامله به فروشنده در زمان انجام معامله.

ج) تعیین تاریخ تحویل محصولات پیش خرید شده.

د) تعیین مقدار، تعداد، وزن و سایر مشخصات متعارف محصولات مورد معامله.

ه) تعیین محل تحویل محصولات پیش فروش شده.



اولین چیزی که از معاملات پیش فروش به ذهن می رسد آن است که پیش فروش همان بیع سلف است که در کتب فقهی شیعه، فراوان به آن اشاره شده است. زیرا بیع سلف بیعی است که در آن ثمن نقد و مثن مؤجل است و در پیش فروش نیز فروشنده بیع خود را فروخته و بعد از مدتی آن را تحویل می دهد.

هرچند نزدیک ترین معنی به پیش فروش در انواع بیع راه، بیع سلف دانسته اند اما دو مساله را در پی دارد:

اول آن که از شروط بیع سلف آن است که ثمن تماماً در مجلس عقد تحویل گردد، در حالی که کمتر موردی را می توان یافت که در پیش فروش، خریدار راضی به پرداخت کل ثمن در هنگام بیع باشد، بلکه عموماً در چند مرحله پرداخت می گردد. مثلاً در پیش فروش آپارتمان بخشی در هنگام تنظیم مبیعه نامه، بخشی در هنگام اتمام فونداسیون، بخشی در پایان سفت کاری و بخشی در هنگام تحویل پرداخت می شود، در حالی که در بیع سلف تقریباً هیچ کدام از فقهاء قائل به جواز چنین امری نشده اند. دومین مشکل آن است که در بیع سلف خریدار اجازه فروش مبیع را قبل از تحویل ندارد و حتی برخی فقهاء اجازه فروش آن را به فروشنده اول نیز نمی دهند. در حالی که در بسیاری از موارد پیش فروش، خریدار بیع را قبل از تحویل به قیمتی کمتر یا بیشتر از قیمت خرید از باب اجبار و نیاز و یا اختیار و منفعت طلبی به غیر واگذار می کند و ممکن است مبیع در یک معامله پیش فروش تا زمان تحویل در دست چندین نفر رد و بدل شده و به مالکیت دائم یا موقت آنان درآید. پس اگر پیش فروش را بیع سلف بدانیم بسیاری از معاملات رایج از این دست، باطل محسوب می گردد.

راه کار دوم: قراردادن پیش فروش در قالب سلف موازی

فلسفه شکل گیری سلف موازی حل مشکل نقدینگی قراردادهای سلف می باشد، قراردادهای سلف به دلیل آن که مبتنی بر تحویل حال ثمن از یک طرف معامله و تحویل آتی مثن (کالا) از سوی دیگر می باشد، می تواند با متفی بودن نقد کردن سلف خریداری شده، مشکلاتی را برای خریدار حادث نماید که سلف موازی در راستای رفع این مشکل پیش بینی

۱. شرط دوم؛ مبیع باید از حیث مقدار هم مشخص باشد، مقدار مبیع ممکن است به وزن باشد یا عدد یا اندازه یا به متر.

۲. محل تحویل محصولات خریداری شده (مبیع) در قرارداد بایستی معلوم شود.

۳. تاریخ تحویل محصول باید مشخص باشد.

۴. ثمن معامله تماماً پرداخت شود.

آن چه مسلم است، آوردن این موارد جزء لاینفک و ضروری قرارداد بیع سلف می باشد.

معامله سلف چون خود نوعی از عقد بیع است جزء عقود لازم است و هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معین؛ منظور از معین صرف نظر از اقاله و اختیارات می باشد، طرفین معامله می توانند آثار خودداری از ایفای تعهدات را در قرارداد شرط کنند به موجب ماده ۳۸۷ قانون مدنی اگر بیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

در قانون مدنی آمده است «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود خریدار حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید»^۱.

بنابراین در صورت تولید کالا و قبل از تحویل آن ها به بانک چنان چه مبیع در اثر حوادث خارجی و قهری تلف شود فروشنده موظف به اعاده ثمن می باشد، حال اگر فروشنده توان باز پرداخت ثمن به بانک را نداشت، منابع بانک که متعلق به سپرده گذاران است در مظان مخاطره قرار خواهد گرفت، پوشش بیمه اموال توسط فروشنده پس از تولید تا زمان تحویل کالا به بانک در راستای پوشش مخاطره تلف مبیع می باشد.

ماده ۱۰ دستور العمل اجرایی معاملات سلف مصوب شورای پول و اعتبار بانکها را مکلف کرده در صورت نیاز کالای تحویل گرفته شده را تا زمان فروش بیمه نمایند.

بررسی مسائل و مشکلات سلف

۱. قانون مدنی، ماده ۳۸۸.



اشکال دوم: این که میبایع قرارداد سلف را نمی‌توان قبل از سررسید فروخت در حالی که در غالب موارد خریداران کالای خریداری شده را قبل از سررسید بفروش می‌رسانند و حواله کالای فروشنده اول را تحویل خریدار جدید می‌دهند و این معاملات به صورت متداول ادامه دارد.

کمیته مزبور راه حل های ذیل را جهت رفع مشکل پیشنهاد کرده است (سایت تالار بورس کالا):

راه حل اول- استفاده از شرط ضمن عقد، برای رفع مشکل اول می‌توان بخشی از کالای مورد نظر را به صورت سلف فروخت و کل ثمن آن را هم نقد پرداخت کرد و در ضمن آن شرط کرد که بخش دیگر را موقع تحویل ثمن به مبلغ معینی بفروشد.

راه حل دوم- استفاده از سلف موازی برای حل مشکل ثانویه. می‌توان از سلف موازی استفاده نمود، با این بیان که خریدار سلف اول با قطع نظر از قرارداد، نخست اقدام به فروش سلف کند، هر چند که نوع کالا و مقدار آن مثل میبایع سلف اول باشد و اعطای حواله کالا از باب حواله به شخص ثالث باشد. در این صورت برای روشن شدن استقلال معاملات از یکدیگر می‌توان زمان واگذاری برگه حواله، پشت برگه حواله، به استقلال معامله ثانویه تصریح کرد.

راه حل سوم- استفاده از قرارداد صلح و برای رفع هر دو مشکل بدین صورت تصمیم گیری شد، از آنجایی که پرداخت کل ثمن و عدم جواز بیع قبل از سررسید از شروط اختصاصی سلف است و در صلح جاری نمی‌شود، با این توضیح که فروشنده مقدار معینی از کالا را در مقابل مبلغی معین که طبق زمان بندی مشخص پرداخت می‌شود را مصالحه کند و برگه کالا را تحویل دهد، خریدار نیز هر زمان که بخواهد همان کالا را به خریدار دوم مصالحه کند.

راه حل چهارم- ترکیب راه حل اول و دوم برای رفع هر دو مشکل با هم می‌توان از ترکیب راه حل اول و دوم استفاده کرد با این بیان که خریدار سلف اول در سلف مستقل دوم شبیه سلف اول در ضمن قرارداد متعهد شود که بخش دیگری از کالا را به قیمت معینی در زمان تحویل خواهد فروخت.

در رفع مشکلات خریداران سلف، باید توجه داشت که مصلحت اندیشی باعث آسیب پذیری موضوع نگردد، راهکاری

شده است که این راهکار علاوه بر رفع مشکل نقدینگی خرید باعث توسعه سلف در جامعه می‌گردد. این ابزار به خریداران کالاهای سلف این امکان را می‌دهد که بتوانند دارایی خود را به پول نقد تبدیل کنند. دارایی در معاملات سلف کالایی است که موعد معینی برای تحویل آن در نظر گرفته شده است، بدین ترتیب امکان نقدشوندگی کالا در سلف افزایش یافته و خریدار دیگر نگران این نخواهد بود که نتواند نقدینگی لازم را تأمین کند.

در سلف موازی به موازات قرارداد سلف اولیه یک قرارداد سلف ثانویه نیز به امضا می‌رسد، به این ترتیب که خریدار در قرارداد سلف نخست در موضع فروشنده در قرارداد سلف ثانوی قرار می‌گیرد و یک قرارداد سلف موازی بین خریدار در معامله‌ی نخست و خریدار ثانوی که برای خرید همان کالا وارد قرارداد شده است به امضاء می‌رسد.

نکته حائز اهمیت در انعقاد قرارداد سلف موازی آن است که اساساً قرارداد سلف موازی مبتنی بر دو عقد سلف است که این دو قرارداد از یکدیگر کاملاً مستقل هستند، بدین شکل که در قرارداد سلف دوم، عقد سلف دیگری به موازات عقد سلف نخست بین طرفین به امضا می‌رسد و خریدار در معامله اول از طریق انعقاد معامله مستقل دیگری کالایی را طبق عقد سلف به مشتری می‌فروشد.

در ادامه، نظریه کمیته فقهی سازمان بورس اوراق بهادار در مورد سلف موازی که در تاریخ ۸۷/۵/۱۶ به تصویب رسیده بیان می‌گردد، البته بجاست قبل از طرح نظریه اعضای کمیته، برخی توضیحات مسئولین بورس و کارشناسان را یادآوری نمود:

توضیح و گزارش شد که بسیاری از بنگاه های تولیدی برای تأمین مالی یا به دلایل دیگر اقدام به پیش فروش بخشی از محصولات خود می‌کنند، اگر این پیش فروش در قالب قرارداد سلف باشد، بنابر فتوای مشهور فقهای شیعه و اهل سنت دو اشکال اساسی بر آن وارد است:

اشکال اول: کل ثمن معامله باید در مجلس عقد پرداخت شود در حالی که در غالب موارد بخشی از ثمن مدت دار است.



ارائه گردد که مضافاً بر فقدان ابهام، باعث برداشت ناصحیح از احکام فقهی نشود.

راه کار سوم: قرارداد پیش فروش در قالب بیع کالی به کالی

در قوانین مدون ایران و از جمله قانون مدنی از بیع کالی به کالی سخنی به میان نیامده است. اما قسمت آخر ماده ۳۶۴ ق.م.ا^۱ به نحوی انشا شده که به نظر می رسد - علاوه بر بیع صرف - انواع دیگری از بیع وجود دارد که قبض ثمن شرط صحت آن است.

برخی از حقوقدانان، از سیاق این ماده چنین استفاده کرده اند که در برخی از انواع بیع قبض شرط صحت آن است و تا قبض صورت نگیرد عقد بیع واقع نمی شود و بیع صرف جهت نمونه ذکر شده است، (جعفری لنگرودی، ج ۱: ۵۹۳). اینان بر این باورند که بیع سلف نمونه ای دیگر از این نوع است که قبض ثمن شرط صحت آن است و ماده ۳۶۴ ق.م.ا به همین نوع بیع اشاره دارد. بنابراین در صورتی که ثمن در مجلس قبض نشود، بیع باطل است. با تأمل و مراجعه در منابع معتبر اسلامی دریافت می شود که قبض ثمن در بیع سلف به هنگام انعقاد عقد ضروری است و بر همین اساس عده دیگری حکم به بطلان بیع کالی به کالی نموده اند و چنین استدلال کرده اند که چون در این زمینه قانون مدنی سکوت نموده و نص صریحی ندارد، ناچار باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود که در این منابع نیز بیع کالی به کالی را ممنوع و باطل دانسته اند. (شهیدی، بی تا: ۱۸). اصول ۴-۱۶۷-۱۷۰ و امثال آنها در قانون اساسی، که تأکید بر مطابقت قوانین مختلف با موازین شرعی دارد و در صورت فقدان نص قانونی یا اجمال یا ابهام آن باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود و حکم مسئله را دریافت نمود، نیز مؤید همین نظر است. اما برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که قبض شرط صحت عقد سلم نمی باشد و از قانون مدنی نه تنها چنین استنباط نمی گردد، بلکه از مواد مختلف آن استفاده می شود که قانونگذار بر بطلان این قبیل معاملات نظر

نداشته است و بیع کالی به کالی نیز دلیلی بر بطلان آن نبوده و حتی باتوجه به امور زیر از لحاظ قانون مدنی می توان به صحت آن حکم نمود، بنابراین نیازی به مراجعه به منابع فقهی در این خصوص احساس نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۰۵) و (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۸۶).

برخی از دلایل آنها به شرح ذیل است:

۱. نویسندگان قانون مدنی از شهرت بطلان بیع کالی به کالی در فقه اطلاع داشته اند؛ با وجود این در مقام تقنین سکوت کرده و متعرض آن نشده اند.
۲. در ماده ۳۴۱ ق.م.ا مؤجل بودن مبیع یا ثمن پذیرفته شده است.
۳. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها که در ماده ۱۰ ق.م.ا آمده است و نیز اصل صحت مذکور در ماده ۲۲۳ ق.م.ا مؤید صحت این نوع قرارداد است.
۴. اصل در معاملات آن است که قبض تأثیری در صحت ندارد مگر در مواردی که به لزوم آن تصریح شده باشد، در حالی که در بیع سلف بر ضرورت قبض ثمن تصریح قانونی وجود ندارد.
۵. بر فرض این که قبض ثمن در بیع سلف ضرورت داشته باشد، دلیل بر بی اعتباری بیع کالی به کالی نیست.
۶. مطالعه کتب فقهی نشان می دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه بیشتر به اجتهاد و احتمالاً درایت فقیهان تکیه دارد تا به منع اخبار وارده، زیرا برخی دلیل عمده این امر را اجماع دانسته اند، در حالی که مخالفانی نیز در این زمینه وجود دارند.
۷. روایتی که مستند بطلان بیع کالی به کالی است^۱ در مفهوم آن اختلاف نظر وجود دارد و برای اثبات ادعا کافی نیست (بیهقی، بی تا: ۲۹۰).

بیع کالی به کالی نه تنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض ندارد، بلکه در روابط بازرگانی نیازی غیر قابل انکار است و بی شک بی اعتبار دانستن آن ما را در روابط تجاری بین المللی با مشکل مواجه خواهد ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۰۸). بنابراین در مورد اعتبار بیع کالی به کالی در میان حقوقدانان کشورمان، امروزه دو نظریه وجود دارد که هر یک ادله ای بر تأیید نظر

۱. ماده ۳۶۴ ق.م.ا می گوید: «... در بیعی که قبض شرط صحت است، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.»



مبحث اول: بیع دین به دین

دین از لحاظ لغوی به معنای چیزی است که دارای مدت باشد (فیروزآبادی، ۱۴۰۳ هـ.ق، ص ۳۲)، و یا در اختیار گذاردن مالی نزد دیگری است برای مدتی و یا تعهدی است که بر عهده شخص برای انجام دادن کار یا خودداری از آن و یا پرداخت مالی وجود دارد و برخی آن را به معنای قرض دادن مال دانسته اند (الیسوعی، ۱۹۷۳م، ص ۲۳۸). بی شک قرض یکی از اسباب و مصادیق دین است، یعنی اخص از دین است ولو این که گاهی مترادف به کار برده می شوند.

در اصطلاح حقوقی به تعهدی که برعهده شخصی به نفع دیگری وجود دارد از حیث انتساب به بستانکار طلب و از جهت نسبتی که به بدهکار دارد دین (بدهی) می گویند (جعفری لنگرودی، بی تا، ص ۳۱۶). بنابراین مفهوم دین، روشن است و بر هر مورد که عرف تعهدی را از مصادیق دین بدانند، قابل تطبیق است، اگرچه در مصادیق آن اختلاف نظر وجود دارد. لذا لازم است که نظر فقهای عظام در خصوص بیع دین به دین مورد بررسی قرار گیرد.

الف) در آثار شیخ صدوق (ابن بابویه قمی (شیخ صدوق) ۱۴۱۵)، از بیع دین به دین سخنی به میان نیامده است و شیخ مفید نیز در کتاب «المقنعه» ص ۹۵ تنها متعرض جواز فروش دین قبل از قبض آن به غیر مدیون شده و مطلبی درباره بیع دین به دین بیان نکرده است.

ب) شیخ طوسی (۳۳۸-۴۶۰ هـ.ق) در دو مقام از کتاب «النهایه» متعرض بیع دین به دین شده است، یکی در احکام بیع سلف و دیگری در بیع دیون و در هر دو عبارت ایشان به جواز بیع دین به دین اشاره دارند گرچه آن را مکروه نیز دانسته اند، مگر این که ثمن و مئمن هر دو قبل از عقد به صورت دین باشد که در این صورت قایل به عدم جواز می باشند تنها به ذکر لزوم قبض ثمن در بیع سلف اشاره کرده و در بیع دین مسأله ای را مطرح ساخته که طبق آن تبادل دو دین (ولوناشی از قبل از عقد) جایز است او در قالب مثال می گوید: «اگر شخص طعامی را به واسطه بیع سلف از دیگری طلبکار باشد و در مقابل بدهکار نیز طعامی را از بابت قرض طلبکار شخص ثالثی باشد

خود دارند، در نظریه اخیر صحت این نوع معامله با استناد به اصول کلی حقوقی و برخی مواد قانون مدنی ادعا شده و تاکید شده که در این خصوص ضرورتی برای مراجعه به فقه نیست. زیرا حکم آن از مواد قانون قابل استنباط است. ولی به نظر می رسد که بهترین راه حل همان است که این مسأله در منابع معتبر فقهی بررسی گردد، که اگر بیع کالی به کالی به لحاظ فقهی به طور مسلم ممنوع و بی اثر باشد، نمی توان با این توضیحات اعتبار آن را به رسمیت شناخت. در ادامه بجاست این مسأله در مقررات شرعی و احکام فقهی مورد بررسی قرار گیرد تا روایی و ناروایی آن برای تطبیق معاملات پیش فروش بر آن مشخص گردد. در این صورت، می توان سکوت قانون گذار را به معنی پذیرش صحت و قبول این نوع معامله دانست.

بررسی بیع کالی به کالی از دیدگاه فقهی

همان گونه که گفته شد قانون مدنی بر بطلان بیع سلف که ثمن قبض نشده، و بیع کالی به کالی، صراحت ندارد، لذا گروهی بر این باورند که چون در فقه این نوع معامله باطل شمرده شده از لحاظ قانونی نیز باید آن را باطل دانست، لاجرم باید این منابع را بررسی کرد تا معلوم شود آیا بطلان چنین معامله ای به دلیل نامشروع بودن آن بوده و از منابع معتبر شرعی و قانونی گرفته شده است یا این که این استنباط، مبنای حکم شرعی ندارد.

با مراجعه به کتب فقهی در می یابیم که این موضوع در دو مقام مورد گفتگو قرار گرفته است:

«۱- در شرایط و احکام سلف ۲- در بیع دین به دین» به خاطر ارتباط موضوعی و استنادی بیع سلف و دین به دین در این مقام به بررسی بیع دین به دین از دیدگاه فقهی خواهیم پرداخت.

فقها، علاوه بر مبحث شرایط بیع سلف، غالباً به ممنوعیت بیع دین به دین نیز پرداخته اند. با عنایت به وابستگی این دو بیع و استدلال به بطلان دین به دین برای تثبیت سلف، بجاست تصویری روشن از بیع کالی به کالی را در آرا فقها به نمایش گذاشته و در نهایت به نقد و بررسی و نتیجه گیری مبادرت ورزیم.



مبادله این دو دین جایز است. زیرا اصل بر جواز است و منع احتیاج به دلیل دارد»

ج) ابن ادریس (متوفی ۵۹۸ هـ ق) در کتاب «السرائر، ج ۲، ص ۳۱۷» پس از تقسیم دین به حال و مؤجل می فرماید:

«اگر دین مؤجل باشد فروش آن به اجماع جایز نیست، ولی اگر حال باشد، فروش آن در مقابل دین دیگری جایز نیست» و علاوه بر ادعای اجماع در این مسأله به خبری از پیامبر (ص) استناد می نماید که ایشان از بیع کالی به کالی نهی فرموده اند و سخن پیامبر (ص) را به معنای منع بیع دین به دین تلقی می نمایند و سپس برای بیع دین به دین مثالی می آورند که قابل تأمل است مثل این که مواد غذایی یا چیز دیگری تا وقت معینی به صورت سلف فروخته شود و پس از رسیدن موعد فروشنده برای انجام تعهد خود چیزی نداشته باشد در نتیجه آن را مجدداً از خریدار در مقابل دین مؤجل دیگری خریداری نماید و یا این که مواد غذایی در بیع سلف خریداری شده و ثمن پرداخت نشود و به صورت دین برعهده خریدار باقی بماند.

در ادامه به نظریه شیخ طوسی متعرض شده که «نسیه در فروش دین را مکروه دانسته اند» و در رد این نظریه می گوید: «چنین بیعی صحیح نمی باشد و حرام و ممنوع است، زیرا بیع دین به دین بوده که در اخبار واحد به همین الفاظ منع شده است، گرچه شیخ طوسی به این گونه اخبار عمل نمی کنند» (ابن ادریس، ج ۲، ص ۳۱۷).

بنابراین می توان گفت که ابن ادریس، از نخستین کسانی است که بیع دین به دین را مطلقاً ممنوع دانسته و در مقام توجیه به اتفاق امامیه و روایت مزبور استناد می جوید. در روایت مورد نظر، از بیع دین به دین نهی فرموده اند که ادعای ایشان با استدلالات زیر نمی تواند مورد استناد قرار گیرد.

۱. ایشان (ابن ادریس) اولین کسی است که بیع دین به دین را مطلقاً ممنوع اعلام کرده و قبل از ایشان کسی چنین ادعایی نکرده است، بنابراین ادعای عدم خلاف نادرست است، چون قبل از ایشان هیچ کسی متعرض نشده و خود شیخ هم به طور ضمن صحت آن را مورد تأیید قرار می دهد، مگر در موردی که

دین مربوط به قبل از عقد باشد، که اینجا هم، ایشان مبادله را جایز می داند.

۲. اگر استناد ایشان در ادعای اجماع لزوم قبض ثمن در بیع سلف باشد و با قیاس به آن مسأله در اینجا نتیجه گرفته باشد که اختلافی در مسئله نیست، باید گفت این برداشت نیز صحیح نمی باشد، زیرا به فرض که قبض ثمن را از شرایط بیع سلف بدانیم به مسئله بیع دین به دین ارتباطی نداشته و قابل قیاس نمی باشد.

۳. طبق مورد یاد شده در بالا، روایت استنادی از پیامبر اکرم (ص)، صرفاً از حیث سند و دلالت، قابل بررسی می باشد.

۴. همان طور که خواهیم آورد بسیاری فروش دین حال را خواه در مقابل دین حال دیگر یا نقد و ... جایز می دانند، در حالی که وی به طور مطلق بیع دین به دین را ممنوع می داند و ادعای اجماع نیز دارند.

و نکته قابل تأمل آن که برخی محققان مانند (شهید اول، بی تا، ج ۳۷، ص ۱۱)، پس از وی نیز بیع دین مؤجل را به طور مطلق مردود دانسته و به کلام ابن ادریس استناد می نمایند که گفته: «لاخلاف فی تحریم بیع الدین»

د) محقق حلی (متوفی ۶۷۶ هـ ق) بیع دین را در مسأله دهم از احکام بیع سلف مطرح کرده است (حلی، چاپ دوم ۱۴۰۹ م، ص ۳۲۳). ایشان معتقد است که: «بیع دین حال خواه بر مدیون و یا غیر آن جایز است و فرق نمی کند که ثمن آن نقد باشد یا دین دیگری که حال است، ولی اگر ثمن مؤجل و مدت دار باشد، برخی معتقدند، باطل است به دلیل اینکه بیع دین به دین است و در مقابل، برخی قایل به کراهت می باشند و همین قول اخیر با اصول و قواعد کلی هماهنگ و سازگارتر است» و ایضاً در بخش دیگری می گوید: «در بیع سلف اگر طرفین شرط کنند که ثمن از همان دینی باشد که مشتری از بایع طلبکار بوده است گروهی معتقدند باطل است، زیرا بیع دین به دین است و گروهی دیگر معتقدند کراهت دارد که قول اخیر سازگاری بیشتری با قواعد دارد» (همان، ص ۳۲۰).



اول: در احکام سلف که شرط پنجم از شرایط صحت آن را قبض ثمن شمرده و می‌گوید: «اگر در بیع سلف شرط تأجیل ثمن شود باطل است چون بیع کالی به کالی است». «ولو شرط کون الثمن موجلا بطل لانه من الکالی بالکالی و ان قبض فی المجلس لقصر الاجل» (شهید اول، ۱۳۷۱: ۲۰۰).

دوم: در احکام دین می‌گوید: «اگر دین مؤجل باشد بیع آن به طور کلی جایز نیست». «ولو كان الدين مؤجلا لم يجز بيعه مطلقاً» (همان، ص ۳۱۳) و به سخن ابن ادریس استناد می‌نماید که دلیل تحریم بیع مؤجل را اجماعی دانسته است.

نتیجه آن که ایشان در کتاب «الدروس» همچون ابن ادریس بیع دین مؤجل را به طور کلی ممنوع می‌داند در حالی که در کتاب لمعه فروش آن را جایز دانسته مگر در موردی که در مقابل آن، دین دیگری مؤجل باشد.

ز) شهید ثانی (۹۶۶-۹۱۱ هـ ق) در شرح «لمعه»، کتاب دین پس از نقل قول و کلام شهید اول مبنی بر عدم جواز فروش دین به دین مؤجل به توجیه آن پرداخته و می‌گوید: «علت ممنوعیت این نوع بیع به واسطه صدق بیع دین به دین است» (شهید ثانی، ۱۳۸۸: ۱۵۷). آنگاه در مقام نقد این سخن می‌گوید: «دینی که فروش آن ممنوع است عبارت از دینی است که قبل از عقد بیع به عهده طرفین به صورت دین بوده و پس از آن با بیع مورد مبادله واقع شده است، ولی اگر قبل از عقد دینی نبوده، بلکه به موجب عقد بیع برای طرفین، دین و تعهد ایجاد شود، صدق دین به دین ممنوعه بر آن معلوم نیست، زیرا در حدیث مشهور «لا بیع الدین بالدین» صرف بآه به معنای مقابله و عوض است، یعنی دین در برابر دین دیگری به واسطه عقد بیع مبادله نمی‌شود» (همان، ج ۲، ص ۱۵۷). در حالی که در محل بحث ما قبل از عقد، دینی وجود ندارد بلکه عقد بیع موجب حدوث دین برای طرفین می‌گردد. مضافاً این که اگر دین بعد از عقد را مشمول نهی از بیع دین به دین بدانیم، سایر فروضی را که دین به آن اطلاق می‌شود، مثل دین حال باید فروش آن ممنوع باشد، در حالی که بسیاری از فقها در جواز فروش آن تردید ندارند.

بنابراین ایشان نیز همانند غالب فقها موردی را مصداق بیع دین به دین ممنوعه می‌داند که قبل از عقد بیع به صورت دین

بنابراین محقق حلی، بیع دین به دین را در صورتی که حال باشد، جایز و حتی در موردی هم که ثمن دین مؤجل باشد، جایز ولی مکروه می‌داند.

در بیع دین به دین که هر دو مؤجل باشند، نظیر بیع سلف که ثمن آن دین مؤجل بر عهده بایع باشد نیز، قائل به جواز توأم با کراهت است و تفاوتی بین فروشنده و غیر آن در صورتی که ثمن دین مؤجل باشد، وجود ندارد. پس تنها موردی که آن را صحیح نمی‌داند در جایی است که دو دین مؤجل قبل از عقد به وسیله بیع مورد مبادله واقع شود، یعنی همان عقیده ای که شیخ طوسی نیز داشته است، در حالی که ابن ادریس به طور کلی فروش دین خواه حال یا مؤجل مربوط به قبل از عقد یا بعد از آن را جایز نمی‌دانست و ادعای اجماع نیز می‌نمود.

ه) علامه حلی (۷۲۶-۶۴۸ هـ ق) در تذکره می‌گوید:

بیع دین به دین جایز نیست به دلیل روایتی که امام صادق (ع)، از رسول خدا (ص)، نقل فرمودند که «لا بیع الدین بالدین»، لکن فروش آن به غیر دین خواه مدیون و یا غیر آن جایز است و به صورت نقدی نیز جایز است. اما فروش دین در مقابل ثمن نسبه مکروه است و شیخ طوسی نیز قایل به همین نظریه می‌باشند (حلی (علامه)، بی تا، حسن بن یوسف بن المطهر، ج ۲ ص ۳).

پس نظر علامه حلی نیز مانند شیخ طوسی و محقق حلی، این است که تنها در صورتی می‌توان بیع را از مصادیق دین به دین ممنوع دانست که عوضین قبل از عقد هر دو به صورت دین باشند، ولی اگر به واسطه عقد بیع ثمن و مثن دین شوند ممنوع نیست، زیرا بیع دین به دین بر آن صدق نمی‌کند، ولی سخن وی در این باب با آنچه که در لزوم قبض ثمن مطرح کرده است، سازگار نیست، زیرا در احکام سلف همین موردی را که در اینجا معتبر می‌داند از مصادیق بیع دین به دین به حساب آورده است، مگر این که نوعی تغییر عقیده و رأی باشد.

و) شهید اول (۷۸۶-۷۳۴ هـ ق) شاگرد فخرالمحققین فرزند علامه حلی در کتاب «الدروس» در دو مقام متعرض مسئله شده است:



به عهده طرفین یا ثالثی وجود داشته باشد ولی آنچه را که در اثر عقد بیع دین می گردد ممنوع نمی داند.

ح) شیخ یوسف بحرانی (متوفی ۱۱۸۶ ه ق)، در چند موضع در احکام سلف و بیع دین به دین به این مسئله پرداخته است. ایشان در احکام بیع سلف می گوید: «بر لزوم قبض ثمن در بیع سلف ادعای اجماع شده است ولی دلیل و نص خاصی بر مسئله وجود ندارد و شاید به همین دلیل ابن طاووس توقف نموده و اقدامی پسندیده نیز هست»، آن گاه سه روایت را نقل می کند و به نقد آن ها می پردازد و در پایان می گوید: «هیچ یک از این سه روایت دلیل لزوم قبض ثمن نیست. پس نمی تواند مستند منع بیع نسبه به نسبه باشد» (بحرانی، ۱۳۸۸، صص ۱۶ تا ۲۰، و صص ۴۷ و ۴۸). و در کتاب دین می گوید: «بیع دین به دین ممنوع و حرام است و روایت طلحه و روایتی که به همین مضمون از عامه نقل شده دال بر بطلان و ممنوعیت آن است ولیکن در موردی است که قبل از عقد بیع ثمن و مثنی به - صورت دین باشد ولی اگر به واسطه عقد بیع دین شوند، مشمول این ممنوعیت نمی باشند همان گونه که برخی چون شهید ثانی نیز گفته اند» (همان، ص ۲۰۱).

بنابراین با تامل بر آرای فقها تا اینجا در می یابیم که آنان منع دین به دین را مختص صورتی می دانند که قبل از عقد دین باشد و تنها ابن ادریس و شهید اول دین بعد از عقد را نیز مشمول این ممنوعیت می دانند.

ط) صاحب جواهر الکلام (محمد حسن نجفی)، در چند جا از کتاب خویش در این باره اظهار نظر می نماید و نهایتاً می گوید: «بیع دین به دین ممنوع است و یکی از مصادیق آن جایی است که به واسطه عقد بیع دین به وجود آمده باشد، زیرا از مصادیق بیع کالی به کالی است» (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۹۲).

ی) میرزای قمی در چند مسأله از «جامع الشتات»، به مناسبت سؤال هایی که از ایشان شده است در این خصوص ابراز نظر نموده اند و نقطه اشتراک در همه آن ها منع بیع دین به دین است لکن در صورتی که قبل از عقد بیع به صورت دین وجود داشته باشد و نه به طور کلی که شامل موردی هم که به واسطه بیع، دین می شود، بگردد و در این مقام به ذکر نمونه ای از پاسخ های ایشان اکتفا می کنیم.

«قسم دوم بیع کالی به کالی است و آن باطل است بلاخلاف ولکن اشکال در معنای آن است و آن چه از لفظ حدیث «لا بیع ال دین بال دین» به ذهن متبادر می شود این است که ثمن و مثنی هر دو در حال بیع دین باشند نه اینکه به سبب بیع دین شوند پس هرگاه زید ده تومان طلبی را که از بکر دارد، به بکر بفروشد، در عوض ده تومان طلبی که بکر از عمرو دارد، این قطعاً بیع دین به دین و کالی به کالی است، و اما هرگاه ده تومان طلب خود را که از بکر دارد به پانصد من گندم به او بفروشد که شش ماه دیگر بگیرد، این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد، چون در حال بیع آن گندم دین نبوده بلکه به سبب بیع، دین می شود و حرمت آن معلوم نیست» (قمی، ۱۳۷۱: ۱۴۵).

ک). سید محمد کاظم یزدی، در چند جا از کتاب «سئوال و جواب» و حاشیه بر مکاسب» متعرض این مسئله شده و با استناد به روایت مزبور فروش دین را به طور کلی حتی در صورت حال بودن آن، ممنوع و باطل دانسته است.

مبحث دوم: ادله مورد استناد و نقد و بررسی آن

از تأمل در آرای فقها که مهمترین آن ها بر اساس ادوار نقل گردیده دو نکته قابل استنباط است:

الف) تقریباً اکثر فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که فروش دو دینی که قبل از عقد بیع به صورت دین به عهده طرفین عقد یا شخص ثالث باشد ممنوع و باطل است ولی عده ای از ایشان این امر را به دین حاصل از عقد نیز تسری داده اند که در میان متقدمان ابن ادریس و شهید اول و در بین متأخرین صاحب جواهر الکلام و سید کاظم طباطبایی را می توان نام برد.

ب) هر دو گروه بر ادعای خود به اجماع یا روایت و یا به هر دو استناد نموده اند در این مبحث به ارزیابی این دو دلیل (اجماع و روایت) می پردازیم.

الف - روایت

پیرامون این بحث دو روایت مورد استناد واقع شده که مضمون آن ها یکسان است لکن یکی از منابع روایی عامه و دیگری در کتب روایی خاصه موجود است.

اولین روایتی که مورد استناد واقع شده خبری است که در کتاب السنن الکبری، (بیهقی، بی تا، ص ۲۹۰)، از پیامبر اسلام (ص) نقل شده و سپس در مستدرک الوسائل (بی تا، ص ۴۰۵)



اند که قبل از عقد بیع ثمن و مثنی به صورت دین باشند و لذا آنچه به سبب عقد دین می شود، جایز است و از طرفی بیع دین قبل از عقد که موعده آن رسیده و حال شده را نیز معتبر دانسته اند و حتی شیخ طوسی در موردی مبادله بین دو دین مؤجل قبل از عقد را نیز جایز می داند. بنابراین هر چند عمل به این روایت با توجه به ضعف سند مشکل به نظر می رسد، اما همگان در یک محتوای کلی وحدت نظر دارند و آن منع بیع دینی است که قبل از عقد به عهده طرفین باشد و بیش از این دلالتی ندارد و سیاق روایات در بیع سلف و دین، مثال هایی را که اهل لغت و فقها آورده اند، همین مطلب را تایید می کند.

ثالثاً: در این روایت احتمال های دیگری داده شده است: (همان ج ۱۳، ص ۶۴، در ذیل حدیث احتمالات را آورده است) از آن جمله که این روایت نسخ شده باشد و یا حمل بر کراهت بیع دین به دین شده؛ همان طور که شیخ طوسی و برخی دیگر چنین توجیه کرده اند یا این که روایت موردی را در بر می گیرد که دو دین از یک جنس باشند یا ناظر بر فروش دو دینی است که بر عهده اشخاص متفاوتی است، مثل بیع دینی که بر عهده زید است، در مقابل دینی که بر عهده عمرو است.

رابعاً: روایت دیگری که در این باب وجود دارد، مشعر به صحت بیع دین به دین است از آن جمله خبر اسماعیل بن عمر در روایت علی ابن جعفر، از برادرش امام کاظم (ع)، که در روایت اخیر به صحت بیع سلم در مقابل دین تصریح شده است. پس می توان گفت این روایت نمی تواند مستند قابل اطمینانی بر بطلان بیع دین به دین باشد و در نتیجه اصل صحت و آزادی اراده و ادله عمومی دیگر بر این نوع معامله حاکم و صحت آن را تأیید می کند و بر فرض که از اشکال های وارده صرف نظر کنیم و مضمون این روایت را مبنی بر بطلان بیع دین به دین بپذیریم، باز قلمرو آن خیلی محدود و منحصر به همان موردی است که غالب فقها بر آن اتفاق نظر داشته و ناظر به بیع دو دین قبل از عقد می دانند.

بیع کالی به کالی در زندگی اجتماعی و اقتصادی امروز و به ویژه در تجارت بین المللی دارای اهمیت زیادی است و کمتر قراردادی را می توان یافت که رد پای آن یافت نشود، ولی با وجود این قانون مدنی ایران بر صحت یا بطلان آن تصریحی

از کتب روایی خاصه نیز به نقل از کتاب دعائم الاسلام آمده است. متن خبر طبق نقل چنین است: «نهی النبی (ص) عن بیع الکالی بالکالی» و در معنای آن گفته اند که عبارت است از بیع دین به دین یا نسبه به نسبه و برای آن مثالی آورده اند که در خور توجه می باشد:

«شخصی مواد خوراکی را برای مدت معینی به عنوان سلف می خرد، ولی در زمان موعود، فروشنده طعام مورد تعهد را جهت تحویل دادن به مشتری ندارد و در نتیجه خریدار مجدداً همان دین را به دین دیگری بر عهده فروشنده برای مدت معین دیگری خریداری می کند».

در مورد این روایت باید گفت که اولاً: در مورد منبع و سند صدور این سخن از پیامبر (ص) قطعیت وجود ندارد، زیرا سند آن به طور کامل، قابل اعتنا نیست؛ یعنی نه کتاب دعائم الاسلام می تواند مورد وثوق کامل باشد (اینکه آیا محتوای کتاب همان متن اولیه است یا خیر) و نه سنن بیهقی بلکه صرفاً می توانند مؤید بر یک مضمون کلی باشند. ثانیاً: به فرض قبول سند این روایت، در مفاد، اختلاف نظر وجود دارد و حداکثر چیزی که می توان از آن استفاده کرد، همان پیام کلی است که به طور اجمال بیع دین به دین مطلوب شرع نیست.

دومین روایتی که مورد استناد واقع شده است و مفاد روایت سابق را دارد این است که طلحه بن زید از امام صادق (ع) نقل می کند که ایشان از قول پیامبر (ص) فرمود که «لایبایع الدین بالدین» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ص ۶۴). یعنی دین در مقابل دین فروخته نمی شود که در این خصوص ذکر چند نکته ضروری به نظر می رسد؛

اولاً: این روایت به لحاظ سند مورد اطمینان قطعی نیست، زیرا راوی آن طلحه بن زید است که در مورد شخصیت وی در کتب رجالی وحدت نظر وجود ندارد و توثیق نشده است به این جهت هر چند این روایت مورد تمسک قرار گرفته، ولی از اطمینان کافی برخوردار نیست.

ثانیاً: از لحاظ دلالت و مضمون نیز محل اختلاف است، برخی به استناد آن فروش هر نوع دینی را اعم از حال و مؤجل خواه مربوط به قبل از عقد و یا بعد از عقد باشد، باطل دانسته اند ولی اکثر فقها ممنوعیت فروش دین را ناظر به موردی دانسته-

**ب- اجماع**

برخی از فقیهان مثل شهید اول، به تبع ابن ادریس، بر منع دین به دین ادعای اجماع نموده‌اند، ولی با مراجعه به آرای فقها معلوم می‌شود که:

اولاً: اولین کسی که در مسأله ادعای اجماع نموده ابن ادریس است در حالی که قبل از او شیخ طوسی فروش دین به دین را به طور کلی ممنوع نمی‌دانست، بلکه فقط در صورت وجود دین قبلی باطل می‌دانست و علاوه بر این از سیاق عبارت او بر می‌آید که مستند او روایت «لایباع الدین بالدین» باشد، نه اجماع. حتی در کتاب «الخلافا» که مسایل را بیشتر با اجماع حل و فصل می‌کند.

ثانیاً: اعتبار و ارزش اجماع به کاشفیت از رأی معصوم است و آن زمانی ملاک قرار می‌گیرد که دلیل دیگری در میان نباشد، در حالی که در خصوص مورد بحث اکثر فقها به روایت استناد نموده‌اند و یا از باب مقایسه به لزوم قبض ثمن در بیع سلف وارد شده‌اند، بنابراین اجماع نمی‌تواند به عنوان دلیل مستقل دارای اعتبار باشد.

ثالثاً: اگر از آرای فقها نوعی اتفاق نظر هم کشف کنیم بر بخشی از این ادعا اتفاق نظر وجود دارد و آن ممنوعیت بیع دین به دینی است که قبل از عقد وجود داشته و نه دین پس از عقد. پس به طور مطلق چنین اجماعی وجود ندارد و نمی‌تواند مستند این ادعا قرار گیرد که بیع کالی به کالی از نوع بیع دین به دین، ممنوع است.

بررسی مسائل و مشکلات بیع کالی به کالی

در تعریف بیع کالی به کالی گفته شد، بیعی است که در آن ثمن و مثن هر دو مؤجل است، بسیاری از موارد پیش فروش در جامعه ما و به ویژه در سطح بین المللی از این قبیل است یعنی در هنگام قرارداد نه ثمنی پرداخت می‌شود و نه مبیعی تحویل می‌گردد. در معاملات داخلی مثلاً پیش خرید آپارتمان با پرداخت اقساطی که گاه اولین قسط آن نیز بعد از انعقاد قرارداد است و یا در معاملات بین المللی تولیدکننده ایرانی مواد اولیه را خریداری می‌کند، حال آنکه موضوع معامله شش ماه بعد از قرارداد تحویل خواهد شد و ثمن معامله نیز دو ماه بعد از تحویل پرداخت می‌گردد و در زمان قرارداد نه ثمنی

ندارد و همین امر موجب شده است که عده‌ای از نویسندگان با استنباط از ماده ۳۶۴ ق.م. و به استناد اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی که ضرورت هماهنگی قوانین و مقررات را با موازین شرعی لازم شمرده و در مقام سکوت یا ابهام قانون منابع معتبر فقهی را لازم الاتباع دانسته است، این نوع بیع را باطل و نا مشروع بدانند، زیرا قانون آن را به رسمیت نشناخته است، ولی در مقابل برخی از اساتید بر این باورند که در قانون مدنی دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد و به علاوه با تکیه بر استدلال‌هایی آن را نه تنها در قانون مدنی جایز دانسته‌اند، بلکه از منابع فقهی و روایی نیز منع آن را یک حکم مسلم و غیر قابل خدشه ندانسته‌اند. در این بحث کوشیده شد که بررسی شود آیا در منابع فقهی مسأله منع دین به دین یا کالی به کالی مسلم است و اگر چنین است قلمرو و شمول آن تا چه حد است؟ که با بررسی و مطالعه در احکام سلف و کتاب دین می‌توان به این نتیجه رسید که: در بیع سلف، تقریباً مشهور فقها معتقدند که قبض ثمن لازم است و الا بیع باطل است، ولی در مقابل گروهی این نظریه را به دلیل اشکال در ادله از جمله روایت مورد استناد و یا اجماع ادعاییه نپذیرفته و آن را بدون دلیل یافته‌اند، به نظر می‌رسد که دلیل قابل استنادی بر لزوم قبض ثمن در بیع سلف نیست، مگر اینکه گفته شود پرداخت ثمن در مفهوم عرفی و ماهیت عقد سلف نهفته است، که در این خصوص هم دلایلی نیست و بر فرض که لزوم قبض ثمن در بیع سلف پذیرفته شود، نمی‌تواند دلیل بر بطلان بیع کالی به کالی باشد، زیرا بیع سلف عقدی با تعریف خاص خودش است و بیع کالی به کالی تعریف خاص خود را دارد و قابل مقایسه و تسری به یکدیگر نیستند.

با بررسی همه جانبه در بیع دین به دین می‌توان گفت که دلیل موثق و قابل اعتمادی بر بطلان بیع کالی به کالی به این مضمون که در عقد بیع ثمن و مثن کلی و مؤجل باشد، وجود ندارد و بطلان آن به مصلحت اندیشی و استنباط شخص صاحب نظر آن بر می‌گردد.



دلیل مشکلاتی که در قالب بیع سلف ایجاد می‌کند، بهتر است در قالب بیعانه بیاورند، یعنی مبلغ پرداخت اولیه را به عنوان بیعانه قرار دهند و قرارداد قطعی را در هنگام تحویل مبیع و پرداخت ثمن به صورت نقد انجام دهند. (پاسخ مرجع عالیقدر، به استفتا محقق؛ به نقل از نویسنده مقاله).

راهکار پنجم: قرارداد پیش فروش در قالب شرکت

شرکت عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه»، (قانون مدنی ماده ۵۷۱). برخی از فقها، هم چون حضرت آیت ... صناعی، معتقدند پیش فروش‌هایی که در جامعه انجام می‌شود در قالب مشارکت است، نه بیع سلف. لذا مشکلاتی از قبیل عدم پرداخت ثمن در مجلس، فروش در اثنای زمان تحویل، عدم تعیین مشخصات کامل مبیع و ... مرتفع است. (پاسخ مرجع عالیقدر، به استفتا محقق؛ به نقل از نویسنده مقاله).

اگر طرفین عقد پیش فروش، واقعاً قصد شراکت داشته باشند این فرض صحیح و راهگشا می‌باشد، چرا که چنین فرضی، دیگر پیش فروش نیست بلکه شرکت است و احکام مخصوص به خود را نیز داراست.

راهکار ششم: قرارداد پیش فروش در قالب شرط ضمن

عقد

برخی دیگر از اندیشمندان، همچون صاحب‌نظران شورای فقهی بورس، پیشنهاد داده‌اند که معامله را نسبت به پرداخت اولیه قطعی نموده و مثلاً اگر قیمت زمین را به نسبت پرداخته، معامله را نسبت به آن قطعی نماید و در ضمن آن شرط نماید که فروشنده باید پس از تکمیل ساختمان یک واحد آن را با مشخصات خاص به مبلغ معین به او بفروشد. یعنی عقد بیع راجع به مبیع واحد به دو عقد انحلال می‌یابد. یک عقد بیع در زمان حال و به صورت نقد و دیگری در زمانی متأخر. لیکن در ضمن عقد بیع فعلی (نقدی) شرط فروش مابقی مبیع را در زمان مؤخری نمایند (تالار بورس کالا، ۱۳۹۰). ترتیب از مشکلات پیش فروش‌های میسر می‌شود.

پرداخت می‌شود و نه مبیعی تحویل می‌گردد و این تقریباً در تمامی مبادلات و معاملات بین المللی رواج دارد.

اگر پیش فروش را از مصادیق بیع کالی به کالی بدانیم مشکلی که ایجاد خواهد شد آن است که تقریباً تمامی فقها متأخر قائل به حرمت و بطلان بیع کالی به کالی هستند و روایت صریح از پیامبر اکرم (ص)، دال بر حرمت بیع کالی به کالی وجود دارد و برخی از فقها متقدم نیز بیع دین به دین را به دو قسم دانسته‌اند: یکی آن که قبل از عقد بیع ثمن و مضمن دین بوده است که در این خصوص تماماً فقها قائل به حرمت و بطلان بیع شده‌اند و دیگر آن که قبل از عقد بیع ثمن و مضمن دین نبوده است، بلکه در اثر معامله دین شده است که در این صورت برخی فقها قائل به جواز توأم با کراهت شده‌اند.

قابل ذکر این که قانون مدنی در خصوص بیع کالی به کالی سکوت کرده است، لذا بعضی از حقوقدانان این سکوت را دلیلی بر جواز این بیع دانسته‌اند و بعضی سکوت قانون را دلیل جواز رجوع به نظر فقها دانسته‌اند. پس هم از جهت فقهی و هم از جهت قانونی تقریباً می‌توان گفت در تجویز چنین بیعی تردید جدی وجود داشته و اجازه‌ی صریح بر اباحه وجود ندارد و لاقلاً با طیب خاطر نمی‌توان آن را پذیرفت.

راهکار چهارم: قرارداد پیش فروش در قالب بیعانه یا

پیش بها

در برخی معاملات برای آنکه فروشنده را ملزم به فروش کالا به خریدار نمایند یا او را مقید به عدم فروش کالا به شخص دیگر نمایند، مبلغی به عنوان بیعانه به فروشنده داده می‌شود که بداند فرد طالب خرید مبیع اوست و در زمان مقرر جهت خرید قطعی اقدام خواهد نمود، به این امر بیعانه می‌گویند. جعفری لنگرودی، در تعریف بیعانه می‌گوید: «پس از خاتمه مقاوله بر بیع، بدون اینکه بیع صورت گیرد برای واقع ساختن بیع در زمان معلوم در آینده با تعیین ثمن، تملیک و تملک صورت نمی‌گیرد، صرفاً تعهد بر واقع ساختن عقد بیع صورت می‌گیرد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ص ۱۰۴)

برخی از مراجع محترم عظام، از قبیل حضرت آیت ... مکارم شیرازی، پیشنهاد داده‌اند که پیش فروش را به



شرکت و شرط ضمن عقد بود اینجا رفع شده و دست طرفین را بر هرگونه شرط و توافقی باز می‌دارد. در اینجا ذکر نکته‌ای در خصوص عقد صلح نیز ضرورت دارد:

با توجه به متون فقهی، صلح از عقود مسامحه است، بدین بیان که عقد صلح در مواردی کاربرد دارد که طرفین اختلافی با یکدیگر دارند و بدون توجه به ارزش عوضین و یا سایر حقوق متصوره ی طرفین، قصد تسالم و تسامح و مصالحه در کار است. لذا مفهوم تسالم در ذات و جوهره ی صلح دانسته شده است. بر همین اساس است که عقد صلح می‌تواند به صورت مجانی یا معوض منعقد گردد. در مواقعی که معوض است نیز، مساوی بودن ارزش عوضین شرط نیست و صلح محاباتی نیز صحیح است. بدین بیان اگر بعداً معلوم گردد که عوضین دارای ارزش مساوی نبوده و یکی از طرفین مغبون شده است، برای وی خیار غبن - به مفهوم و گستردگی ای که در بیع مطرح است - ایجاد نمی‌شود همان گونه که در قانون مدنی به آن اشاره شده است.

«صلحی که در مورد تنازع یا مبتنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار» چرا که قصد اساسی و اولیه ی طرفین، رفع و دفع خصومت یا ریشه ی نزاع بوده است و ارزش عوضین در وراء این هدف قرار دارد.

با توجه به پذیرش اصل آزادی قراردادها در قانون مدنی، به نظر می‌رسد پیش فروش را می‌توان به عنوان قراردادی خصوصی (و غیر معین) بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد نمود. بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» این ماده قانونی که براساس اصل آزادی قراردادها منعقد شده است امروزه بسیاری از مشکلات اقتصادی جامعه را حل نموده و به توافقات افراد در قالب قرارداد، وجهه قانونی داده است. با عنایت به این که مشخص شد که پیش فروش با هیچ یک از ضوابط قانونی مغایرتی ندارد، لذا انعقاد قرارداد خصوصی نیز هیچ گونه

هرچند این راه حل نیز می‌تواند در برخی موارد راه گشا باشد لیکن همانند راه حل های پیشین جامع و مانع نبوده و مشکلاتی در پی دارد؛ اشکال اول آن که عمومیت و شمول ندارد یعنی مواردی که مثل بیع بین المللی هیچ گونه وجهی در هنگام انعقاد قرارداد پرداخت نمی‌شود را در بر نمی‌گیرد. اشکال دوم شرط را بر دو نوع دانسته‌اند شرط فعل و آن شرط به انجام یک عمل است و دیگر شرط نتیجه که به محض اشتراط، نتیجه نیز حاصل می‌شود. در خصوص مفروض، شرط مذکور از نوع شرط فعل است که خریدار شرط می‌کند. مثلاً فروشنده آپارتمان را ساخته و به او در موعد مقرر بفروشد در این نوع بیع، معامله نسبت به میزان بیع نقدی قطعی و لازم است اما در خصوص مابقی، بیعی ایجاد نشده است و تحقق بیع که ایجاب و قبول باشد، واقع نشده است بلکه ایجاب و قبول فقط در قبول شرط بوده است. پس معامله‌ای صورت نگرفته است لذا امکان تخلف از شرط در زمان تحویل مابقی مبیع ممکن است و از آنجا که معامله دوم قطعی و لازم نشده است لذا حمایت قانونی به دلیل ابهامات قانونی در این خصوص زیاد نبوده و در عمل مشکلات زیادی از قبیل اختلاف و منازعات و اطاله دادرسی و ... ایجاد خواهند نمود.

راهکار هفتم: قراردادن پیش فروش در قالب صلح

با توجه به بحث‌های تاریخی در جواز یا عدم جواز شروط ابتدایی، صلح، از قدیم الایام به عنوان راه حلی برای عبور از مشکلات حقوقی و رفع موانع به شمار می‌رفته و بی‌جهت نبوده که از صلح به عنوان سیدالعقود یاد شده است. در خصوص موضوع بحث نیز به نظر می‌رسد صلح می‌تواند نقش تاریخی خود را بازی کرده و راه‌کاری مناسب جهت حل مسائل و مشکلات پیش فروش در زمان حاضر به حساب آید. همان گونه که گذشت، پیشنهاد برخی از علما و فقها از جمله حضرت آیت‌... صافی گلپایگانی، در خصوص معاملات پیش - فروش نیز تمسک به قرارداد صلح می‌باشد. (پاسخ مرجع عالیقدر، به استفتا محقق؛ به نقل از نویسنده مقاله). عقد صلح در مسئله پیش فروش بسیار راه گشاست و مشکلات شرعی و قانونی که در عقود دیگر از قبیل سلف، کالی به کالی، بیعانه،



شیرازی، بی تا، ص ۲۶، یادداشت‌های درس امام خمینی (ره)، ۱۳۴۳/۵/۷.

همچنین می توان از زاویه دیگر چنین بیان نمود که وسعت مفهوم صلح و کارایی آن برای حاکمیت اراده در قراردادها موجب پیدایش این عقیده شده است که با وجود عقد صلح، نیازی به ماده ۱۰ قانون مدنی وجود ندارد، زیرا توافقی که عنوان صلح نداشته باشد، باقی نمی ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد. (جعفری لنگرودی، ص ۱۴۰ و ۱۹۰) به نظر می رسد اگرچه ماهیت صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی در واقع ترتیب اثر دادن به تراضی مشروع متعاقدین است، ولی این قرابت ماهوی نباید سبب شود که وجوه افتراق این دو نهاد و امتیازات ماده ۱۰ قانون مدنی را در نظر نگیریم. زیرا عقد صلح در زمره عقود معین است و عنوان آن به طور صریح یا ضمنی باید از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود، به بیان دیگر صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانون گذار برای تجلی حاکمیت اراده طرفین تأسیس شده است، در صورتی که ماده ۱۰ حکایت از لزوم قراردادهای خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه است و دامنه ای گسترده دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۵۴). به عنوان مثال اگر طرفین قرارداد پس از وقوع عقد، مدت انجام تعهد را کاهش دهند یا بر آن بیافزایند نمی توان گفت عقد صلح محقق گردیده است، در حالی که توجیه چنین توافقی با ماده ۱۰ سازگارتر است. همچنین صلح گاهی نسبت به افراد ثالث مؤثر است. چنان که ماده ۷۵۹ قانون مدنی مقرر می دارد «حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد» بنابراین اگر شریک مال غیر منقول، سهم خود را به دیگری مصالحه کند، حق شفعه شریک دیگر ساقط است، در حالی که قرارداد های موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تنها درباره کسانی مؤثر است که در تنظیم آن شرکت داشته اند.

۴. بحث و نتیجه گیری

از این پژوهش به نتایج زیر می توان دست یافت:

۱. تعریفی که از پیش فروش در عرف عمومی جامعه می آید، به هر نوع معامله ای که در آن مبیع عند العقد تحویل نگردد اطلاق می شود و این در حالی است که ثمن فی المجلس و یا

مشکلی نداشته و لذا در اغلب قریب به اتفاق موارد، معاملات مرسوم در سطح جامعه می تواند در ذیل ماده ۱۰ قرار گرفته و صحیح تلقی گردد. بدین ترتیب معاملات بین المللی نیز که عمدتاً عوضین به صورت مؤجل هستند، می تواند در قالب قرارداد خصوصی منعقد گردد چرا که مشخص شد آن چه به عنوان معامله کالی به کالی ممنوع گردیده، معامله دین به دین است و حال آن که معاملات مزبور چنین نیستند و مضاف بر این، قانون مدنی در خصوص معامله کالی به کالی نیز ساکت است و لذا اصل بر اباحه چنین معاملاتی - که دین به دین نیستند - می باشد.

پیش از تدوین قانون مدنی و پذیرش اصل آزادی قراردادها، به علت غلبه نظریه حصری بودن عناوین عقود و معاملات در فقه، پیمان هایی که در روابط حقوقی افراد منعقد می شد در یکی از قالب های پیش ساخته حقوقی ارائه می گردید. نمی توان گفت که ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ما سابقه ندارد، زیرا گذشته از این که فقهای امامیه در مبحث شرط از همین اصل پیروی کرده اند و عقد صلح نیز ماهیتاً وسیله تأمین آزادی افراد بوده است، اساساً عموم فقها لزوم حکم «وفای به عهد» را منحصر به عقود معین ندانسته و کلیه معاملات عقلایی را که منافاتی با موازین شرعی نداشته باشد، صحیح و لازم الوفا دانسته اند (حائری، ۱۳۷۰: ۳). و لذا برخی از حقوقدانان معتقد هستند: «به فرض که ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق فرانسه اقتباس شده باشد، ضرورتی برای این کار نبوده، زیرا در فقه به این مسئله توجه شده است» (جعفری لنگرودی، بی تا، ۱۹۰).

اندیشمند معاصر، حضرت امام خمینی (ره)، نیز می فرمایند: «به چه دلیل باید معامله صحیح شرعی سابقه داشته باشد؟ البته در زمان صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروز متداول است، جریان داشته، ولی به آن معنی نیست که جریان تعبدی باشد و باید حتماً شارع اشاره کند که فلان معامله صحیح است یا فاسد، بلکه شارع هر عقد و قراردادی که بین دو نفر صورت می گیرد را تنفیذ کرده است، چه سابقه دار باشد و چه نباشد، مگر اینکه دلیل شرعی برخلافش داشته باشیم» (بی آزار



۳. اشکال مختلف و مصادیق گوناگون پیش فروش در جامعه کنونی لزوم وضع قوانین جامع و یکپارچه و نیز تدوین روابط استاندارد و یکنواخت را تأکید می نماید. کمبودی که امروزه به چشم می خورد و نبود آن موجب ایجاد منازعات و مخاصمات گوناگون شده و بار آن بر دوش قوه قضائیه، در رسیدگی به پرونده های فراوان، سنگینی می کند.

۴. برای رفع این مشکلات و مخاصمات، علما و حقوق دانان راه های مختلفی را پیشنهاد داده اند، رافع تمام مشکلات مربوطه نبوده و با تحلیل از این راه ها به این نتیجه می رسیم که هیچ کدام جامع و مانع نمی باشد. از نظر نویسندگان این مقاله، باید به دنبال انتخاب وضعیت بهینه بود. پیشنهاد می شود که قرار دادن معاملات پیش فروش در قالب صلح و مصالحه کمترین اشکال را دارد و می توان آن را به عنوان بهترین راه حل برای صحه گذاشتن برچنین معاملاتی قرار داد.

در آینده و یا به صورت اقساطی پرداخت می شود. پس نمی توان حکم نمود که پیش فروش مرادف و هم معنای بیع سلف است. بلکه مفهوم وسیعی است که اقسام مختلفی از بیع و قرارداد را می تواند شامل شود.

۲. عموم مصادیق پیش فروش در قدیم در قالب بیع سلف بوده است و شاید به این دلیل عموماً از لفظ پیش فروش بیع سلف به ذهن متبادر می شود، اما اکنون غالب مصادیق پیش فروش در شکل بیع کالی به کالی است، به ویژه قراردادهای بین المللی. در خصوص بیع کالی به کالی دو نظر عمده وجود دارد، آنجا که ثمن و مثن هر دو مؤجل بوده و قبل از عقد دین باشد حرام و چنان چه در اثر عقد دین ایجاد شود جایز است - که قول غالب با توجه به ادله ارائه شده همین است - و نظر دیگر حرام بودن در هر دو شکل مطرح شده است.

منابع

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۵۷). *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد اول. حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات، تهران: نشر بنیاد راستاد.

----- (۱۳۸۶). *الفارق*. چاپ اول. تهران: (دائرة المعارف عمومی حقوق). کتابخانه گنج دانش.

جهانگیر، منصور. (۱۳۸۸). *قانون مدنی، با آخرین اصلاحیه ها و الحاقات*. تهران: نشر دیدار.

حائری، مسعود. (۱۳۷۰). *تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی*. چاپ اول. تهران: مؤسسه کیهان.

حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق). (بی تا). *شرایع الاسلام*، چاپ دوم، بی جا، بی تا، ۳۲۳.

داراب پور، مهرباب. (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی (کنوانسیون ۱۹۸۰ وین)* / ترجمه. چاپ اول. نوشته: هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه های معتبر جهان: کتابخانه گنج.

ابن ادریس، محمد بن احمد. (بی تا). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (و المستطرفات)*. قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه.

امامی، سید حسن. (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*. چاپ هشتم. تهران: کتاب اسلامیة .

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۸۸). *حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة*، جلد ۲۰. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، موسسه النشر الاسلامی.

بی آزار شیرازی، عبدالکریم. (بی تا). *رساله نوین*، یادداشت های درس امام خمینی در ۱۳۴۳/۵/۷.

بیهقی، احمد بن حسین. (بی تا). *السنن الکبری*. بیروت: دارالفکر.

تالار بورس کالا (سایت رسمی). <http://www.ime.co.ir>



نوری، حسین بن محمد تقی. (بی تا). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد سیزدهم. بیروت: نشر مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۳۷۱). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، جلد سوم. قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.

شهید ثانی، زین الدین بی علی. (۱۳۸۸). فقه ۱، شرح لمعه دمشقیه، ترجمه حمید مسجدسرایبی. کاشان: اندیشه های حقوقی.

شهیدی، مهدی. (بی تا). جزوه درسی دوره لیسانس حقوق مدنی ۶: انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهشتی.

صفایی، سید حسین. (بی تا). تقریرات درس حقوق مدنی پیشرفته. دوره دکتری حقوق خصوصی. سال تحصیلی (۱۳۸۶، ۱۳۸۵). تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات.

----- عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود و میرزا نژاد، اکبر. (۱۳۸۴). حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی. چاپ اول. تهران: دانشگاه تهران.

طارم سری، مسعود. (۱۳۸۷). حقوق بازرگانی بین المللی. چاپ دهم: شرکت چاپ و نشر بازرگانی وابسته به مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.

عباسی مقرب. محسن. (۱۳۸۴). مجموعه قوانین و مقررات پولی و بانکی با آخرین اصلاحات. چاپ اول. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۳ هـ.ق). القاموس المحيط. جلد چهارم. بیروت: دارالفکر.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). عقود معین، چاپ هشتم. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

----- (۱۳۶۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: انتشارات به نشر.

معلوف الیسوعی، لوئیس. (۱۹۷۳ م). المنجد فی الغه والاعلام، جلد اول. بیروت: دارالمشرق.

مزینی، مسعود؛ مهاجری تهرانی، محمد حسن. (۱۳۸۶). بانکداری بین المللی، چاپ هشتم. تهران: مؤسسه بانکداری ایران.