

مجله حقوق تطبیقی،  
دوره ۱، شماره ۲،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹،  
صفحات ۱۲۳ تا ۱۵۶

## بیع کالی به کالی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق خارجی

دکتر محمود کاظمی\*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
تاریخ دریافت: ۸۹/۳/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۸۹/۵/۱۰

### چکیده

در خصوص مفهوم بیع کالی به کالی و حکم آن در حقوق ایران، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. قانون مدنی در این زمینه مجمل است. در فقه قول مشهور، اینست که بیع کالی به کالی باطل است و همین شهرت موجب شده که در حقوق مدنی نیز اکثر به بطلان آن نظر دهند اما بررسی متون فقهی و تاریخچه طرح این موضوع در فقه، ثابت می‌کند که قول مشهور بر مبنای محکمی استوار نیست، به گونه‌ای که نتوان بر آن خدشه وارد کرد. برای بطلان این بیع سه دلیل بیان شده است: لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم، بیع دین به دین و اجماع. اما هیچ یک از این ادله نمی‌تواند بطلان بیع کالی به کالی را ثابت نماید. در این مقاله سعی شده، ادله قول مشهور مورد نقد و تحلیل قرار گرفته و حکم واقعی آن روشن گردد و در نهایت نتیجه خواهیم گرفت که بیع کالی به کالی از دیدگاه فقهی (و به تبع حقوق موضوع له) صحیح و معتبر است.

واژه‌های کلیدی: بیع دین به دین، بیع سلم، بیع نسبه، کلی فی الذمه، دین، اجل، مهلت

## مقدمه

عقد بیع، یکی از مهمترین عقود معاوضی است که در مبادلات تجاری کاربرد زیادی دارد. از قدیم‌الایام که تجارت و دادستد وجود داشته است، بیع یک قرارداد شناخته شده بوده و مورد استفاده قرار می‌گرفته است، در حالیکه سایر عقود به مرور زمان و برحسب نیاز مردم تاسیس شده‌اند. در حال حاضر چه در زمینه داخلی و چه در تجارت بین‌الملل بیشتر داد و ستدها در قالب عقد بیع انجام می‌شود. این امر موجب شده تا برای یکنواخت کردن قواعد حاکم بر بیع بین‌المللی کنوانسیون‌هایی به تصویب برسد، که از جمله می‌توان کنوانسیون ۱۹۸۰ (وین) را نام برد. در حقوق خصوصی غالب مباحث مربوط به قراردادهای بیع اختصاص داده شده است و در فقه اسلامی سنت بر آن قرار گرفته است که قواعد عمومی قراردادهای بیع در ضمن مباحث مربوط به بیع بیان می‌شود.

عقد بیع از جهت حال و مؤجل بودن مبیع و ثمن دارای چند صورت است؛ اگر مبیع و ثمن هر دو حال باشند و بعد از بیع مبادله شوند بیع نقد نامیده می‌شود. اگر مبیع به صورت حال و پرداخت ثمن مؤجل باشد، بیع را نسبه نامیده و اگر مبیع مؤجل و ثمن حال باشد، بیع را سلم (یا سلف) می‌نامند. اما اگر مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشند، (و کلی فی الذمه) اصطلاحاً، بیع کالی به کالی نامیده می‌شود.

در قلمرو تجارت، کمتر معامله ایست که به صورت نقد واقع شود و غالب معاملات به صورت اعتباری منعقد شده و در زمان انعقاد بیع مبادله ای صورت نمی‌گیرد بلکه تنها اسناد مالکیت آنها مبادله می‌شود و در اکثر موارد در حین انعقاد قرارداد موضوع معامله موجود نیست و بعداً باید تهیه یا ساخته شود و به مشتری تحویل گردد. پرداخت ثمن نیز در این نوع معاملات از طریق اسناد تجاری و ضمانت نامه های بانکی صورت می‌گیرد. بدین ترتیب در این نوع معاملات هم مبیع و هم ثمن به صورت مؤجل اند و درحین انعقاد عقد مبادله ای صورت نمی‌گیرد و در واقع این گونه قراردادهای مصداق بیع کالی به کالی هستند.

اعتبار و صحت این نوع قراردادهای بیع در حقوق ایران [به تبع فقه اسلامی] مورد تردید قرار گرفته است، زیرا ظاهراً در فقه اسلامی این نظر که بیع کالی به کالی باطل است از شهرت بسزایی برخوردار است و حتی نسبت به آن ادعای اجماع نیز شده است.

هدف از نگارش این مقاله بررسی این موضوع در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی است و اثبات این امر است که برخلاف شهرت موجود، این نوع معاملات در فقه اسلامی نیز صحیح و معتبرند. با توجه به رواج این نوع معاملات (به ویژه در قلمرو بین‌المللی) نتیجه این تحقیق اثر مهمی بر مبادلات تجاری و رشد و شکوفایی اقتصادی کشور خواهد داشت. زیرا، از آنجائیکه حکم این موضوع به صراحت در قانون مدنی بیان نشده است، نتیجه حاصل از بررسی فقهی، در

حقوق موضوعه و رویه قضایی نیز موثر خواهد بود، به ویژه اینکه وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی (و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹) در مورد سکوت یا اجمال قانون، دادگاهها باید بر مبنای منابع معتبر فقهی قضاوت نمایند. در مورد بحث اگر نگوئیم قانون مدنی ساکت است، دست کم می توان گفت قانون در این زمینه مجمل است؛ بدینسان ضرورت دارد موضوع از دیدگاه فقهی مورد بررسی و تحقیق قرار گیرد.

این مقاله به دو بخش تقسیم شده است. در بخش نخست مفهوم و ماهیت بیع کالی به کالی بررسی می شود؛ و در بخش دوم حکم بیع کالی به کالی از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق موضوعه مورد مطالعه قرار می گیرد و در پایان به طور خلاصه به حقوق تطبیقی (حکم مسئله در حقوق فرانسه و کنوانسیون بیع بین المللی کالا) اشاره خواهد شد.

### بخش یکم - مفهوم و ماهیت بیع کالی به کالی

#### صور مختلف بیع از لحاظ حال و مؤجل بودن مبیع و ثمن

چنانکه در مقدمه اشاره شد، عقد بیع به لحاظ حال و مؤجل بودن مبیع و ثمن دارای صور مختلف است؛ یا مبیع و ثمن هر دو حال می باشند که در این صورت بیع نقد نامیده می شود. یا مبیع حال و ثمن مؤجل است که در این صورت بیع نسیه نامیده می شود و یا مبیع مؤجل و ثمن حال است که بیع سلم (یا سلف) گفته می شود و یا مبیع و ثمن هر دو مؤجل می باشند که در این فرض بیع کالی به کالی نامیده می شود. البته در هر یک از این چهار صورت یا مبیع و ثمن عین معین هستند یا کلی فی الذمه که در مجموع ۱۶ صورت قابل تصور است. ولی چنانکه خواهیم گفت از آنجائی که، اجل از عوارض دین است و دین به ثابت در ذمه اطلاق می شود در موردی که مبیع و ثمن مؤجل اند لزوماً باید کلی فی الذمه باشند؛ براین اساس در بیع سلم مبیع باید کلی فی الذمه باشد و به همین ترتیب در بیع کالی به کالی مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه اند. (خویی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۴).

اما اطلاق بیع اقتضاء دارد که مبیع و ثمن هر دو حال باشند. حال بودن مبیع و ثمن با کلی بودن آنها منافات ندارد. ممکن است مبیع حال باشد ولی در عین حال کلی فی الذمه هم باشد. در توجیه این اصل گفته شده است که چون با وقوع عقد، انتقال عوضین صورت می گیرد، هرگاه بعد از انعقاد عقد، هر یک از طرفین حق خود را مطالبه نماید طرف مقابل متعهد به انجام آنست (علامه حلی، بدون تاریخ چاپ، الف، ص ۵۴۷). عده ای نیز بر مبنای شرط ضمنی این اصل را توجیه می کنند و معتقدند که در هر عقد [بیع] این شرط ضمنی بین متعاقدين وجود دارد که ثمن باید نقداً پرداخت گردد و مبیع به صورت نقد تسلیم شود. (طباطبایی یزدی، بدون تاریخ چاپ، ص ۱۶۳).

اشکال این توجیه این است که باید به محض تاخیر در پرداخت ثمن یا تسلیم مبیع، برای طرف مقابل خیار تخلف از شرط ایجاد شود، نتیجه ای که هیچ کس به آن پایبند نیست.

در توجیه این اصل باید گفت، اگر اطلاق بیع اقتضای حال بودن را نداشته باشد، باید مؤجل باشد، و در صورت مؤجل بودن یا اجل معین است یا نامعین. معین بودن اجل منتفی است، زیرا فرض این است که قیدی در قرارداد وجود ندارد که حاکی از اجل باشد، چه رسد به اینکه مدت آن معین باشد. بنابراین مدت اجل (بر فرض وجود) باید نامعین باشد، و این نتیجه موجب می شود که مثلاً خریدار تا مدت زمان نامعینی بتواند از پرداخت ثمن خودداری نماید! امری که نامعقول بوده و با اصول حقوقی سازگار نیست. بر این اساس باید گفت اطلاق بیع اقتضای حال بودن را دارد (طباطبایی یزدی، بدون تاریخ چاپ، ص ۱۶۳). به علاوه در تایید این اصل باید گفت عرف و بنای عقلا چنین حکم می کند که هر کس معامله ای می کند می خواهد فوراً به نتیجه و آثار آن دست یابد و عوض یا معوض را بدست آورد. این امر در غالب معاملات چنین است و بر مبنای همین غلبه می توان گفت در فرضی که تصریحی وجود نداشته باشد، باید قرارداد را حال دانست. قانون مدنی هم در موارد مختلف به این اصل تصریح کرده است (مواد ۳۴۴ و ۴۹۰ قانون مدنی در مورد بیع و اجاره). در صورتی که مقتضای اطلاق عقد بیع، به صورت شرط در ضمن عقد گنجانده شود اثر آن این خواهد بود که اگر یکی از طرفین در اجرای تعهد خود تاخیر نماید، طرف دیگر بر مبنای خیار تخلف از شرط حق فسخ قرارداد را دارد (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۹). در حالیکه اگر این شرط وجود نداشت، در فرض تاخیر در اجرای تعهد، برای طرف مقابل خیار ایجاد نمی شد (خیار تاخیر ثمن که مختص عقد بیع است دارای شرائط خاص است). زیرا وجود خیار نیاز به دلیل دارد و اصل بر عدم آنست (ملائی هروی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۹). در فرض شرط تعجیل، به محض تاخیر، برای طرف مقابل خیار فسخ ایجاد می شود و اجبار مشروط علیه لازم نیست چه، در واقع اجبار وی ناممکن است یا اثری بر آن مترتب نیست، زیرا زمان بعد، غیر از زمان ادای دین است و این پرداخت با تاخیر مطلوب فروشنده نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۸۰).<sup>۱</sup> به عبارت دیگر می توان گفت در این فرض باشد تعجیل از نوع شرط فعل نیست تا اجبار آن معنا پیدا کند، بلکه نوعی شرط صفت است.

۱. «... لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل ، امکن اجباره به ام لم یمكن . و جب اولم یجب . فان مساله ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً" اوبعد تعذر اجباره علی الوفاء، مساله اخرى . مضافاً الى عدم جریانها فی مثل هذا الشرط از قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن « یجوز الاجبار و بعده لا ینفع ، لانه غیر الزمان الشروط فیہ الاداء» ( شیخ انصاری ، ۱۴۱۰، ص ۸۰)

### مبحث یکم - مفهوم بیع کالی به کالی و پیشینه تاریخی آن در فقه اسلامی

#### ۱- معنای لغوی «کالی به کالی»

در کتب لغت برای واژه «کالی» دو ریشه ذکر شده است، که هر دو با معنای اصطلاحی آن تناسب دارد. برخی آنرا از «کلا یکلا» دانسته اند که به معنای «تاخر» است. بیع کالی به کالی را به این دلیل به این نام، نامیده اند که در آن، تسلیم مبیع و پرداخت ثمن از زمان انعقاد عقد به تاخیر می‌افتد. برخی دیگر ریشه آنرا «کلی یکلی» به معنای «حرس» و «رَقَب» دانسته‌اند (شیرازی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۸). کالی اسم فاعل است و این نوع بیع به این نام، نامیده شده، چون هر یک از فروشنده و خریدار، برای فرا رسیدن وعده دین و طلب خود انتظار می‌کشند (طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۲۹).

#### ۲ - معنای اصطلاحی بیع کالی به کالی

در خصوص معنای اصطلاحی «بیع کالی به کالی»، اتفاق نظر وجود ندارد و در اینکه بیع کالی به کالی همان «بیع دین به دین» است یا با آن تفاوت دارد، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. در قانون مدنی ایران، این واژه استعمال نشده است و بالطبع، تعریفی از آن وجود ندارد. براین اساس برای تبیین معنای آن باید به منابع فقهی مراجعه و سابقه تاریخی آن در فقه اسلامی بررسی شود.

#### ۳ - ورود واژه «کالی به کالی» از فقه عامه به فقه شیعه

ظاهراً در متون روایی شیعه این واژه استعمال نشده و به عقیده برخی از بزرگان فقه امامیه، این واژه از فقه عامه به فقه امامیه وارد شده است (حسینی عاملی، بدون تاریخ چاپ، ص ۲۸؛ نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۴؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۳).

صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد: «اگر چه منع از بیع کالی به کالی در طریق ما موجود نیست و از طریق عامه [به فقه ما] وارد شده است، ولی اصحاب به آن عمل کرده‌اند.» (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۴).<sup>۱</sup> با بررسی که نگارنده انجام داده است، در قدیمی‌ترین کتب فقهی موجود، موسوم به «فقه الرضا» که منسوب به امام رضا (ع) است، (۲۰۲-۱۵۳هـ.ق) و بعد از آن در دوره محدثین (دوره شیخ صدوق) و سپس دوره اجتهاد که با ظهور شیخ مفید (۴۱۳هـ.ق) و شاگردان وارسته او (علم الهدی و سید رضی، ۴۳۹هـ.ق و شیخ طوسی ۴۶۰هـ.ق) شروع و گسترش می‌یابد در کتب فقهی، این واژه به چشم نمی‌خورد.

۱. المنع من بیع الکالی بالکالی و ان لم یکن موجوداً فی طرقنا و انما هر من طرق العامه، لکن قد عمل به الاصحاب..... " (نجفی، ج ۲۴، ص ۲۹۴)

#### ۴- استعمال اولین بار این واژه در فقه امامیه

به نظر می‌رسد، اولین بار این واژه در قرن پنجم هجری توسط ابن براج، در کتاب خود، موسوم به «المهذب» استعمال شده است. وی در ذیل این فرع که «هرگاه کسی از دیگری مقداری گندم طلبکار باشد و آنرا به قیمت معین به صورت کلی فی الذمه بفروشد، در صورتی که خریدار ثمن را در مجلس معامله معین نکرده و به فروشنده نپردازد، بیع باطل است»، می‌نویسد: «چون از بیع کالی به کالی نهی شده است و این همان بیع دین به دین است (ابن براج، ۱۴۱۰، ص ۱۶۶).<sup>۱</sup> بعد از وی به رغم اینکه فقهای بزرگی پا به عرصه وجود گذاشته‌اند و آثار ارزشمندی از آنها به یادگار مانده است، اثری از این واژه در کتب فقهی به چشم نمی‌خورد. از جمله این فقها، کیدری (متوفای ۵۸۵ هـ.ق)، این ادویس حلی (۵۹۸ هـ.ق)، محقق حلی (۶۷۶ هـ.ق) را می‌توان نام برد. تا به قرن هشتم هجری می‌رسیم.

#### ۵- عصر علامه حلی (قرن هشتم هـ.ق)

وی که از علمای برجسته و بنام عصر خود بوده است، در کتاب گرانقدر خود، موسوم به تذکره الفقهاء، در مبحث بیع سلم می‌نویسد: «ثمن در بیع سلم باید در مجلس معامله قبض گردد و الا به عقیده تمام علمای ما بیع باطل است و ابو حنیفه و شافعی و احمد هم بر همین عقیده- اند». وی در ادامه در توجیه این حکم می‌نویسد: «چون مبیع دین است، اگر ثمن هم مؤجل باشد، بیع کالی به کالی می‌شود» (علامه حلی، بدون تاریخ چاپ، الف، ص ۵۵۶). بر این اساس علامه حلی، بیع کالی به کالی را بیعی می‌داند که در آن مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشند. ایشان در کتاب دیگر خود، موسوم به قواعد الاحکام، می‌نویسد: «عوضین اگر حال باشند، بیع نقد است و اگر هر دو مؤجل باشند، بیع کالی به کالی است که از آن نهی شده است» (علامه حلی، بدون تاریخ چاپ، ب، ص ۱۳۳)<sup>۲</sup>

#### ۶- عصر شهید ثانی (قرن دهم هـ.ق)

محقق کرکی از فقهای قرن دهم (۹۴۰ هـ.ق) و صاحب کتاب معروف جامع المقاصد، در کتاب الرسایل خود، از بیع کالی به کالی سخن به میان آورده است و آنرا به معنای «بیع دین به دین» دانسته است (محقق کرکی، ص ۱۸۰). در همین دوره شهید ثانی (۹۶۰ هـ.ق)، در کتاب شرح لمعه، به هنگام بحث از بیع سلم و استناد به «بطلان بیع دین به دین» از بیع کالی به کالی به عنوان بیعی که ثمن و مبیع هر دو مؤجل و کلی فی الذمه باشند، یاد می‌کند (شهید ثانی،

۱. قد نهی من بیع الكالی بالكالی و هو الدین بالدین .

۲. العوضان ان كانا حالین ، فهو النقد و ان كانا مؤجلین فهو بیع الكالی بالكالی ، منهی عنه .

۱۳۸۴، ص ۳۸۹). در سایر کتب فقهی بعد از قرن دهم، ذکری از این واژه نیست تا به قرن سیزدهم می‌رسیم.

#### ۷- قرن سیزدهم هـ ق

میرزای قمی از فقهای قرن سیزدهم (۱۲۳۱ هـ ق) در کتاب جامع الشتات که مشهورترین کتاب فقهی به زبان فارسی است، از بیع کالی به کالی سخن به میان آورده و آنرا مترادف «بیع دین به دین» می‌داند. اما این فقیه در معنای «بیع دین به دین» تردید دارد (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۱۴۵).

معاصران وی سید محمد جواد حسینی عاملی، صاحب کتاب مفتاح الکرامه (۱۲۲۶ هـ ق) حکم «بیع کالی به کالی» را در کتاب خود ذکر نموده و منشأ ورود این اصطلاح را فقه عامه دانسته‌اند. صاحب جواهر، آنرا مترادف «بیع دین به دین» می‌داند (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۴)، ولی صاحب مفتاح الکرامه این دو مفهوم را جدای از یکدیگر می‌داند ولی از قول مقدس اردبیلی نقل می‌کند که به اعتقاد مشهور بیع کالی به کالی، همان بیع دین به دین است (حسینی عاملی، بدون تاریخ چاپ، ص ۲۸).

#### ۸- عصر شیخ انصاری (ره)

شیخ انصاری که از برجسته‌ترین فقهای متأخر است، در کتاب مکاسب خود، بیع کالی به کالی را به بیع مؤجلین یعنی بیعی که مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشد، تعریف نموده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۸۰).

#### ۹- فقهای معاصر

در بین معاصرین نیز واژه کالی به کالی استعمال شده است. آیت‌الله خویی در کتاب مصباح الفقاهه، بیع کالی به کالی را به بیعی که ثمن و مبیع هر دو مؤجل و کلی فی الذمه باشد، تعریف می‌کند (خویی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۴). و آیت‌الله اراکی در کتاب البیع، بیع کالی به کالی را به «بیع مؤجل به مؤجل» تعریف نموده است (اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۳).

#### ۱۰- نتیجه

عقد بیع از لحاظ اینکه مبیع و ثمن حال یا مؤجل باشد دارای چند صورت است، که هر صورت با عنوان ویژه ای نامیده می‌شود:

**الف** - مبیع و ثمن هر دو حال باشد - بیع نقد: در این صورت تفاوتی نمی کند که مبیع و ثمن عین معین باشند یا کلی فی الذمه؛ زیرا چنانکه خواهیم گفت، اجل از ماهیت دین جداست و عارض بر آنست.

**ب** - مبیع حال و ثمن مؤجل باشد - بیع نسیه: در این فرض که مبیع حال است تفاوتی نمی کند مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه، ولی ثمن باید کلی فی الذمه باشد، زیرا چنانکه بعداً خواهیم گفت، برای صدق عنوان «مؤجل» به هر یک از مبیع و ثمن، باید کلی فی الذمه باشند و در صورتی که هر یک از آندو عین معین باشد، عنوان «مؤجل» بر آنها صادق نیست هرچند برای تسلیم آنها مهلت یا اجل معین شده باشد.

**ج** - مبیع مؤجل و ثمن حال باشد - بیع سلم: در این فرض ثمن ممکن است عین معین یا کلی فی الذمه باشد ولی مبیع لزوماً کلی فی الذمه است. به این دلیل یکی از شرایط بیع سلم اینست که مبیع کلی فی الذمه باشد و در تعریف آن نیز گفته شده: «فروش مال موصوف در ذمه» (طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۶۹)؛ یا «فروش کلی مؤجل به ثمن حال» (سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۸۲).

**د** - مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشد - بیع کالی به کالی: در این فرض مبیع و ثمن هر دو مؤجل و کلی فی الذمه است. براین اساس می توان بیع کالی به کالی را اینگونه تعریف نمود: «بیعی که مبیع و ثمن هر دو مؤجل و کلی فی الذمه باشد» بنابراین برای اینکه بیع کالی به کالی صادق باشد، دو شرط لازم است:

**اولاً:** مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشند: لزوم مؤجل بودن مبیع و ثمن به عنوان شرط صدق عنوان «کالی به کالی» مورد اتفاق تمام فقهاست و از تعاریف مختلفی که در کتب فقهی از این واژه به عمل آمده است قابل استنباط است. حتی کسانی که «بیع کالی به کالی» را از مصادیق «بیع دین به دین» دانسته اند، نیز از این امر عدول نکرده اند زیرا به نظر آنها «بیع دین به دین» به موردی که، دین در اثر انعقاد عقد بیع ایجاد می شود، نیز صادق است. حتی برخی از فقها بیع کالی به کالی را به بیع مؤجل به مؤجل تعریف کرده اند (علامه حلی، بدون تاریخ چاپ، ب، ص ۱۳۳؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۸۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۸۰؛ خویی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۴؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۳). بنابراین در اینکه در بیع کالی به کالی مبیع و ثمن باید مؤجل باشد تردیدی نیست.

**ثانیاً** - مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه باشد: این شرط از لوازم شرط اول است. به عبارت دیگر مؤجل بودن مبیع و ثمن در موردی صادق است که مبیع و ثمن کلی فی الذمه باشند. توضیح اینکه «اجل» از عوارض «دین» است و «دین» به ثابت در ذمه اطلاق می شود. برای اینکه چیزی در ذمه قرار گیرد باید کلی باشد (کلی در معنای منطقی). امور جزئی در خارج موجودند، و نیاز به وجود آنها در ذمه



نیست و اصلاً امکان این امر وجود ندارد. به عبارت دیگر اشتغال ذمه فقط نسبت به امور کلی قابل تصور است، زیرا اگر عوضین عین معین باشند در خارج موجودند و با انعقاد بیع، مالکیت آنها به طرف مقابل منتقل می‌شود و چیزی در ذمه طرف دیگر وجود ندارد. تعهد به تسلیم مبیع (یا ثمن در فرضی که عین معین است)، هر چند نوعی تعهد است (تعهد به انجام فعل) ولی این، غیر از دین است و بر ذمه تعلق نمی‌گیرد بلکه نوعی تکلیف است؛ ضمن اینکه این تعهد یک امر تبعی است و خارج از تعهد اصلی ناشی از بیع است. به همین دلیل در بیع سلم که مبیع مؤجل [و ثمن حال] است، کلی فی الذمه بودن مبیع، شرط صحت آن دانسته شده است (علامه حلی، ب، ص ۱۳۶؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۲؛ خویی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۴)؛ و در تعریف بیع سلم گفته شده: «بیع موصوف در ذمه است» (طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۶۹)؛<sup>۱</sup> یا «بیع کلی مؤجل به ثمن حال» (سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۸۲).<sup>۲</sup> امور جزئی در خارج موجودند ولی کلیات در خارج وجود ندارند، آنچه در خارج موجود است فرد کلی است. همین امر موجب تردید در صحت بیع کلی فی الذمه شده است (کوه کمری، ۱۳۷۳، ص ۲۰۲). زیرا این سوال مطرح شده است که اگر کلی در خارج وجود ندارد، چه چیزی تملیک می‌شود؟ و برخی از نویسندگان برای فرار از این مشکل این نوع بیع را عهدی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۳۲).

### ۱۱- تمیز بیع کالی به کالی از بیع دین به دین

برخلاف واژه «کالی به کالی» که در متون روایی شیعه سابقه ندارد، اصطلاح «بیع دین به دین» در کتب فقهی امامیه بسیار استعمال شده است و روایتی نیز در این خصوص وجود دارد. شخصی به نام طلحه ابن زید از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرموده‌اند: «قال رسول الله ﷺ لایبیع الدین بالدین» (شیخ طوسی، ۱۳۶۴، ص ۱۸۹؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۴؛ خویی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۴). مستند اصلی بطلان بیع دین به دین در فقه امامیه، همین روایت است. اگر چه بطلان بیع دین به دین در فقه امامیه مشهور است، (بلکه اتفاق نظر وجود دارد) اما در خصوص ماهیت بیع دین به دین، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. در اینکه برای صدق عنوان «بیع دین به دین» لازم است قبل از انعقاد عقد بیع، هر دو دین وجود داشته باشند و با عقد بیع مبادله شوند یا شامل موردی که قبل از انعقاد عقد، دینی وجود ندارد و در نتیجه عقد (به صورت مؤجل) ایجاد می‌شوند، نیز می‌گردد، دیدگاههای مختلفی وجود دارد. پاسخ به این سوال یکی از اهداف اصلی تدوین این مقاله است. اجمالاً باید گفت قدر متیقن از بیع دین به دین که مورد اتفاق نظر فقهاست، موردی است که قبل از عقد بیع، هر دو دین بر ذمه مستقر شده و موجل نیز باشد اما در سایر موارد، تردید جدی وجود دارد.

۱. ابتیاع مال موصوف فی الذمه  
 ۲. ابتیاع کلی مؤجل بثمر حال، عکس النسبه

خاطرنشان می‌سازد که بین دین مؤجل و دینی که به صورت حال ایجاد شده و به مدیون برای پرداخت آن مهلت داده می‌شود، تفاوت وجود دارد، و به دلیل اهمیت آن، این موضوع بررسی می‌شود.

### مبحث دوم - تفاوت بین مفهوم «اجل» و «مهلت»

#### ۱۲- اجل عارض بر ماهیت دین است

اجل، خارج از ماهیت دین و عارض بر آنست، دین به ثابت در ذمه اطلاق می‌شود که می‌تواند مؤجل یا حال باشد. براین اساس هر گاه با بایع مبیع را به صورت کلی فی الذمه، اما حال بفروشد، برای وی دین ایجاد می‌شود ولی دین حال نه مؤجل.

بین اجل و مهلت نیز تفاوت وجود دارد. دین مؤجل از ابتدا به صورت مؤجل ایجاد می‌شود ولی دینی که برای پرداخت آن مهلت داده می‌شود، دین حال است (خواه از ابتدا به صورت حال ایجاد شده باشد و یا اگر مؤجل بوده است، سررسید آن فرا رسیده باشد). از آنجاییکه تعیین اجل در قیمت موثر است، بین دین مؤجل و حال تفاوت قیمت وجود دارد. تفکیک بین «اجل» و «مهلت» در قانون مدنی و فقه وجود دارد.

### بند ۱- تمیز بین اجل و مهلت در قانون مدنی و فقه

#### الف - تمیز بین اجل و مهلت در قانون مدنی

در قانون مدنی در مواد ۳۴۱ و ۳۴۴، در خصوص بیع، از «اجل» صحبت به میان آمده است. همچنین ماده ۴۹۰ همان قانون راجع به پرداخت اجاره بها در مورد اجل است. در ماده ۶۵۱ قانون مدنی نیز، آمده است که هرگاه برای ادای قرض، به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی‌تواند، قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه نماید.

از سوی دیگر، «مهلت» نیز در قانون مدنی استعمال شده است. مهلت اعطایی به مدیون به دو صورت است. گاهی دادگاه بدون رضایت داین، برای پرداخت دین به مدیون مهلت عادلانه می‌دهد. در قانون مدنی دو ماده این حکم را مقرر می‌دارند:

۱- ماده ۲۷۷ ق. م. مقرر می‌دارد که حاکم می‌تواند، نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط بدهد. از آنجایی که دین مؤجل تا قبل از سررسید قابل مطالبه نیست، معلوم می‌شود که منظور اعطای مهلت در مورد دین حال است.

۲- ماده ۶۵۲ ق. م است که مقرر می‌دارد که در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساط قرار می‌دهد. مقایسه این ماده با ماده ۶۵۱ که مطالبه دین مؤجل را، قبل از سررسید مجاز نمی‌شمارد، ثابت می‌کند که موضوع ماده ۶۵۲، دین حال است.

گاهی داین به رغم اینکه قانوناً، حق دارد پرداخت دین (طلب خود) را از مدیون مطالبه نموده و الزام او را بخواهد، به وی مهلت می دهد. اعطای مهلت از سوی داین در قانون مدنی به صراحت بیان نشده است ولی از اصول کلی قابل استنباط است.

### ب - تمیز بین اجل و مهلت در فقه

در فقه نیز بین اجل و مهلت تمیز قابل شده اند؛ به ویژه در مبحث بیع دین به دین این تفکیک اهمیت زیادی دارد. ابن ادریس، صاحب السرائر در ضمن فرعی می نویسد: «هرگاه طرفین موافقت نمایند، دینی که به صورت حال است، فعلاً پرداخت نشود، دین مؤجل نمی گردد و داین هر زمان بخواهد، می تواند آنرا مطالبه نماید...» (ابن ادریس، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۱۴، ص ۳۲۶).<sup>۱</sup> کیدری در کتاب اصباح الشیعه در این خصوص می نویسد: «هرگاه کسی از دیگری طلبی داشته باشد و [برای پرداخت آن] به مدیون مهلت بدهد، دین مؤجل نمی شود» (الکیدری، ۱۴۱۶، ص ۲۸۴، برای دیدن تعابیر مشابه، الهمذلی، ۱۴۱۰، ص ۴۸).

صاحب جواهر نیز در تفکیک بین این دو مفهوم، بیان صریحی دارد. وی در این خصوص می نویسد: «قدر متیقن از بیع دین به دین، موردی است که دین قبل از عقد، دین به شمار آید»؛ ایشان در ادامه می افزاید: «اگر غیر از این باشد، نباید بین موردی که ثمن مؤجل است و موردی که فقط کلی فی الذمه است [بدون اینکه مؤجل باشد]، تفاوتی وجود داشته باشد. چون در هر دو مورد عنوان دین، بعد از انعقاد عقد بیع صادق است. به ویژه در موردی که به مدیون مهلت داده می شود، بدون اینکه دین مؤجل شده باشد» (نجفی، ۱۹۱۸، ص ۳۶۴).<sup>۲</sup> در فرضی که دینی در قبال ثمن کلی فی الذمه مورد معامله قرار می گیرد، برخی از فقهاء معتقدند که اگر ثمن مؤجل باشد، بیع باطل است، چون بیع دین به دین است. صاحب جواهر در رد این ادعا دو دلیل اقامه می کند که یکی دلیل حلی است و دیگری دلیل نقضی؛ وی در این زمینه می گوید: اولاً در این فرض ثمن بعد از انعقاد عقد بیع به صورت دین در آمده است و قبل از انعقاد عقد وجود نداشته است، لذا عنوان دین قبل از انعقاد عقد، صادق نیست؛ ثانیاً اگر به اعتبار اینکه بعد از انعقاد عقد بیع، به آن دین اطلاق می شود، قبل از انعقاد بیع نیز به آن دین گفته شود، نباید بین موردی که ثمن به صورت مؤجل است با موردی که حال است (کلی فی الذمه ولی حال) تفاوتی وجود داشته باشد، زیرا در صدق عنوان دین [بعد از انعقاد عقد] به کلی فی الذمه، تفاوتی بین مؤجل و غیر مؤجل نیست. چون برای صدق عنوان دین، «اجل» لازم نیست و چنانکه گفته شد، دین به ثابت در ذمه اطلاق می شود خواه مؤجل باشد، خواه

۱. فان اتفعل علی تاجیل دین ما قد حلّ، فانه لا یصیر مؤجلاً و یجوز لمن اجله ان یطالب فی الحال"  
 ۲. خصوصاً "از امهله من غیر تعجیل"

حال. به ویژه در فرضی که ثمن [ کلی فی الذمه ] و به صورت حال است ولی بعد از عقد، فروشنده به خریدار مهلت می دهد. پس چون به این مورد، عنوان «بیع دین به دین» صادق نیست، در موردی هم که ثمن به صورت مؤجل قرار داده می شود، نباید «بیع دین به دین» صادق باشد (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۳۶۴).

### بند ۲- آثار عملی تمیز بین اجل و مهلت

تفکیک بین اجل و مهلت، دارای آثار عملی است؛ به ویژه در مبحث بیع کالی به کالی و بیع دین به دین و تمیز مصادیق آن دارای اهمیت است. همچنین آثار دیگری بر تمیز بین اجل و مهلت مترتب است که به شرح زیر بیان می شود:

#### ۱- مطالبه دین

مهمترین تفاوت بین اجل و مهلت اینست که دین مؤجل قبل از سررسید قابل مطالبه نیست و داین نمی تواند الزام مدیون به پرداخت دین را بخواهد. اما دینی که برای پرداخت آن به مدیون مهلت داده شده است قابل مطالبه است ولی اعطای مهلت (در صورتی که از سوی دادگاه صورت گرفته باشد) مانع اجرای این امر می شود. در همین فرض اگر مدیون قبل از انقضای مهلت، دین خود را بپردازد نمی تواند آنرا پس بگیرد هر چند به اشتباه پرداخته باشد، ولی در مورد دین مؤجل پرداخت دین قبل از سررسید، ایفای نارواست و مدیون می تواند آنرا مسترد نماید.

#### ۲- امکان اسقاط مهلت و عدم آن در مورد اجل

اجل برای طرفین آن لازم الاجراست. نه تنها داین نمی تواند آنرا ساقط نماید و قبل از سررسید، پرداخت دین را مطالبه کند، بلکه مدیون هم نمی تواند قبل از سررسید، داین را مجبور به دریافت دین نماید (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ص ۳۸۸؛ محقق حلی، بدون تاریخ چاپ، ص ۲۶؛ الکیدری، ۱۴۱۶، ص ۲۲۸؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۴۰۴)، زیرا ممکن است داین هم ذینفع اجل باشد؛ به علاوه پرداخت دین قبل از سررسید، تحمیل نوعی منت بر داین است که جایز نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۸۵). اما در مورد مهلت، رعایت آن از سوی طرفین الزامی نیست، و داین و مدیون می توانند آنرا ساقط نمایند. مگر در موردی که دادگاه به مدیون مهلت عادلانه داده باشد که در این فرض رعایت آن از سوی داین الزامی است؛ یا در موردی که داین به وجه ملزومی متعهد به رعایت مهلت می شود.

#### ۳- تهاتر

برای اینکه دو دین با یکدیگر تهاتر شوند، باید یکسان باشند و از جمله به لحاظ حال و مؤجل بودن، مشابه باشند. بر این اساس دین حال با دین مؤجل قابل تهاتر نیست اما دینی که به

مدیون آن مهلت داده شده است، با دین حال قابل تهاتر است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱)، البته با فرض اینکه سایر شرایط تهاتر وجود داشته باشد. ماده ۲۹۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تهاتر در مورد دو دینی حاصل می‌شود که موضوع آنها از یک جنس باشد، با اتحاد زمان و مکان ولو به اختلاف سبب». منظور از اتحاد زمان، زمان تادیه و سررسید (اجل) است (رای شماره ۱۳۱-۱۳۲۳/۱/۱۵ شیعه ۳ دیوان عالی کشور).

#### ۴- خسارت تاخیر تادیه

تازمانیکه اجل دین فرا رسیده باشد، قابل مطالبه نیست، در نتیجه خسارت تاخیر تادیه نیز بر آن تعلق نمی‌گیرد. اما در فرض اعطای مهلت، در اینکه خسارت تاخیر تعلق می‌گیرد یا خیر مباحثی مطرح است. برای بررسی این موضوع باید بین چند فرض تفکیک قایل شد.

#### الف - تاخیر حاصل قبل از اعطای مهلت

هرگاه سررسید دین فرا رسیده باشد و مدیون در پرداخت آن تاخیر نماید و متعاقب آن به مدیون مهلت داده شود در اینکه خسارت تاخیر ساقط می‌شود یا باید پرداخت شود بحث و اختلاف نظر است برای پاسخ به این سوال باید بین دو مورد تمیز قایل شد.

- ۱- در فرضی که مهلت عادلانه از سوی دادگاه داده می‌شود، رای دادگاه اثری بر خسارت تاخیر ندارد و اگر مدیون قبل از اعطای مهلت تاخیر داشته است باید خسارت ناشی از آنرا بپردازد.
- ۲- در فرضی که داین به مدیون مهلت می‌دهد، صرف اعطای مهلت دلیل سقوط حق مطالبه خسارت ناشی از تاخیر تادیه نیست ولی اگر از اوضاع و احوال قضیه ثابت شود که داین قصد اسقاط آنرا داشته است، ساقط می‌شود.

#### ب - تاخیر ناشی از اعطای مهلت

در مورد تاخیر ناشی از اعطای مهلت و اینکه مدیون باید خسارت تاخیر تادیه بپردازد، اختلاف نظر بیشتر است؛

- ۱- اعطای مهلت عادلانه توسط دادگاه - در این فرض در اینکه خسارت تاخیر تعلق می‌گیرد. یا خیر، دوگونه می‌توان استدلال کرد. از یک سو می‌توان گفت منطقی در سر رسید (و در موردی که مطالبه لازم است با مطالبه داین)، چون مدیون در پرداخت دین تاخیر دارد، خسارت تاخیر تعلق می‌گیرد؛ و با توجه به اینکه حکم دادگاه دایر بر اعطای مهلت، حق مطالبه را از بین نمی‌برد، بلکه دین همچنان قابل مطالبه است ولی حکم دادگاه مانع اجرای آن می‌شود، پس اثر حکم دادگاه این است که در راه اجرای الزامی تعهد و پرداخت دین مانع ایجاد می‌کند ولی این منافاتی ندارد که ضمن اینکه مدیون از این مهلت ارفاقی برخوردار می‌شود، خسارت تاخیر نیز بپردازد. زیرا حکم دادگاه تمام آثار الزام

مدیون به پرداخت دین را از بین نمی برد، فقط حق داین نسبت به اجبار مدیون از بین رفته است. از سوی دیگر می توان گفت تحمیل خسارت تاخیر تادیه به مدیون، در مهلت اعطایی، با فلسفه وضع این قاعده، سازگار نیست، زیرا هدف از اعطای مهلت، رعایت حال مدیون و نوعی ارفاق درحق اوست که بر مبنای انصاف صورت می گیرد؛ حال اگر بنا باشد از بابت این مهلت ارفاقی، جریمه شود، نقض غرض است.

۲- داین مهلت بدهد - در این فرض اعطای مهلت از سوی داین ملازم با سقوط خسارت تاخیر تادیه است. داین نمی تواند از یک سو به مدیون مهلت بدهد و از سوی دیگر از او غرامت بگیرد. زیرا صرف نظر از اینکه در اصل مشروعیت مطالبه خسارت تاخیر تادیه در این فرض تردید وجود دارد (به دلیل شبهه ربا)، کسانی که خسارت تاخیر را [بطور مطلق] ربا نمی دانند معتقدند که در این فرض چون طرفین بر تاخیر در پرداخت دین، در برابر مبلغ معین (خسارت تاخیر) توافق نموده اند، در صدق عنوان ربا تردید وجود ندارد.<sup>۱</sup> به علاوه خسارت تاخیر تادیه برای جبران زیانی است که از ناحیه تاخیر غیرموجه در پرداخت دین به داین وارد می شود که در این فرض صادق نیست. مضافاً می توان گفت، رضایت داین به تاخیر در پرداخت (اعطای مهلت) به دلالت التزامی بر سقوط حق مطالبه خسارت تاخیر تادیه دلالت می کند، زیرا لازمه اعطای مهلت به مدیون، اینست که پرداخت دین به تاخیر بیفتد و التزام به شی التزام به لوازم آن نیز هست. از سوی دیگر می توان گفت چنین ملازمه ای مورد تردید است و عقلاً و عرفاً ملازمه ای بین اعطای مهلت و سقوط حق مطالبه خسارت تاخیر تادیه وجود ندارد.

به نظر می رسد، تنها دلیل قطعی که برعدم مشروعیت دریافت خسارت تاخیر تادیه در این فرض، وجود دارد، حرمت ربا است [اگر عنوان ربا در این فرض صادق باشد] و الا دلیل دیگری وجود ندارد. مگر اینکه از قرائن و شواهد استنباط شود که قصد داین سقوط آن بوده است.

##### ۵- قدرت بر تسلیم

در فرضی که بیع به صورت مؤجل است و فروشنده برای تسلیم مبیع مهلت دارد، قدرت بر تسلیم مبیع در زمان انعقاد عقد لازم نیست، بلکه در زمان تسلیم مبیع باید وجود داشته باشد (ماده ۳۷۰ ق.م.) همچنین است در فرضی که ثمن مؤجل است. اما اگر بیع به صورت حال باشد، قدرت بر تسلیم مبیع و ثمن در حین انعقاد عقد لازم است، هرچند بعد از انعقاد عقد،

۱. اکثر فقها، این فرع را مطرح نموده و اظهار داشته اند که تاخیر دین از سر رسید، در برابر عوض صحیح نیست. از جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد: (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ص ۳۸۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ص ۳۲۶؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶). هر چند این فقها دلیل این حکم را به صراحت بیان نکرده اند ولی به نظر می رسد دلیل آنها، اجتناب از رباست.

خریدار به فروشنده [ برای تسلیم مبیع ] مهلت بدهد. بنابراین اگر بایع در زمان عقد قدرت بر تسلیم نداشته باشد، عقد باطل است، هرچند بعد از عقد خریدار به فروشنده مهلت داده باشد.

### بخش دوم - حکم بیع کالی به کالی

#### مبحث یکم - حکم بیع کالی به کالی در قانون مدنی

##### ۱۳- نظرات مختلف

در قانون مدنی، در خصوص بیع کالی به کالی، حکم صریحی وجود ندارد. این امر موجب بروز دیدگاههای مختلفی شده است:

- ۱- برخی معتقدند که قانون مدنی در این زمینه ساکت است و چون طبق نظر مشهور فقها این نوع بیع باطل است، پس از دیدگاه حقوقی نیز حکم آن بطلان است.
- ۲- گروه دیگر معتقدند قانون مدنی در این زمینه ساکت نیست و از مفهوم برخی مواد قانون مدنی می توان بطلان آنرا استنباط نمود.
- ۳- سرانجام عده ای نیز براین عقیده اند که قانونی مدنی ساکت نیست و از برخی مواد قانون مدنی می توان صحت این نوع قرارداد را استنباط کرد. این نظرات را به تفصیل بررسی می کنیم.

##### بند ۱- سکوت قانون مدنی و بطلان این نوع معامله بر مبنای قول مشهور فقهاء

عده ای معتقدند که قانون مدنی در خصوص بیع کالی به کالی ساکت است و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود. از آنجایی که نظر مشهور فقهاء، بطلان این نوع معامله است، پس باید گفت از دیدگاه قانون مدنی نیز بیع کالی به کالی باطل است.

در رد این نظریه باید گفت قانون مدنی در این زمینه ساکت نیست. زیرا با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی که اصل صحت و لزوم هر نوع قرارداد را بیان نموده است و به موجب آن اصولاً هر قراردادی که بین متعاقدين منعقد می شود صحیح و معتبر است مگر اینکه مخالف صریح قانون باشد، برای اثبات صحت و اعتبار هر قراردادی نیاز به دلیل خاص نیست، بلکه اثبات بطلان و بی اعتباری آن نیازمند دلیل است. براین اساس می توان گفت بیع کالی به کالی از دیدگاه قانون مدنی صحیح است و اگر مقنن به بطلان این قرارداد، نظر داشت، به صراحت بیان می کرد. همین سکوت او در مقام بیان، دال بر آنست که قانونگذار این نوع قرارداد را تابع قواعد عمومی قراردادها دانسته و معتبر می داند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۷۵). به ویژه اینکه، [چنانکه خواهیم گفت]، برخلاف شهرت موجود، بطلان این نوع معاملات در فقه اسلامی نیز مستند به دلیل محکمی که قابل خدشه نباشد، نیست.

### بند ۲- عدم سکوت قانون مدنی و دلالت مفهوم برخی مواد آن بر بطلان این نوع بیع

نظر دیگر اینست که قانون مدنی در خصوص بیع کالی به کالی، ساکت نیست و از مفهوم برخی مواد آن می توان بطلان این نوع بیع را استنباط نمود. توضیح آنکه، هرگاه مبیع کلی فی الذمه و مؤجل باشد، بیع را سلم می نامند، حال اگر در این نوع بیع، ثمن هم مؤجل باشد بیع، کالی به کالی است. فقهاء برای جلوگیری از این امر، در بیع سلم، قبض ثمن را در مجلس بیع، شرط صحت آن می دانند و عدم آنرا و به طریق اولی مؤجل بودن ثمن را موجب بطلان بیع می دانند. قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۳۶۴ به طور ضمنی، قبض ثمن در مجلس بیع سلم را لازم دانسته است. این ماده مقرر می دارد: «... در بیعی که قبض شرط صحت آنست، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است، نه وقوع عقد». از این ماده استنباط می شود که بیع صرف از باب مثال آورده شده است و موارد دیگری که قبض شرط صحت بیع باشد، وجود دارد. چون غیر از بیع سلم بیع دیگری که قبض ثمن شرط صحت آن باشد، وجود ندارد، می توان استنباط نمود که از دیدگاه قانون مدنی، نیز قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است و تاجیل ثمن (بیع کالی به کالی) موجب بطلان آنست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۵۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۲۰۶). به علاوه از ظاهر ماده ۳۴۱ قانون مدنی نیز می توان استنباط نمود که در عقد بیع، مبیع و ثمن هر دو نمی تواند مؤجل باشد و تاجیل هر دو موجب بطلان بیع است. نقد و تحلیل این نظریه و رد آن از مباحث بعدی روشن خواهد شد.

### بند ۳- عدم سکوت قانون مدنی و دلالت برخی مواد قانونی بر صحت آن

دیدگاه دیگر اینست که قانون مدنی در خصوص بیع کالی به کالی، ساکت نیست و حکم آن بر مبنای اصول کلی حاکم بر قانون مدنی، صحت است. در اثبات این ادعا باید گفت:

**اولاً**، نویسندگان قانون مدنی از شهرتی که (هر چند قابل تردید) در فقه در خصوص بطلان بیع کالی به کالی وجود داشته است، آگاه بوده اند و سکوت آنها در مقام بیان و در کنار ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت قراردادها (م ۲۲۳) از یک سو و شیوع این نوع معاملات در عرف تجارت و داد و ستد، از سوی دیگر، نشانه آنست که آنها نخواسته اند چنین معاملات را باطل بدانند و مردم را به عسرت و تکلف دچار نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۲۰۶)؛

**ثانیاً**، اگرچه ماده ۳۴۱ ق.م به صراحت تاجیل مبیع و ثمن را با هم بیان نکرده است ولی ذهن خلاق آنرا درک می کند از اطلاق این ماده می توان صحت بیعی را که ثمن و بیع هر دو مؤجل باشند (بیع کالی به کالی) استنباط نمود (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۲۰۶)؛



ثالثاً، از استقراء در قانون مدنی می توان فهمید که اصل بر رضایی بودن قراردادهاست. با توجه به این اصل و اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م) و اصل صحت آنها (ماده ۲۲۳ ق.م) به دشواری می توان از ماده ۳۶۴ ق.م بطلان بیع کالی به کالی را استنباط نمود؛  
 رابعاً، مطالعه کتب فقهی ثابت می کند که شرط قبض ثمن در مجلس بیع سلم (و بطلان بیع کالی به کالی)، بیشتر به اجتهاد [و احتمالاً مصلحت اندیشی] فقها اتکا داشته است تا متون روایی و نصوص اسلامی. آنچه به صراحت در متون روایی منع شده است، بیع دین به دین است، و در خصوص ماهیت بیع دین به دین اختلاف نظر وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۲۰۶).

#### ۱۴- نتیجه - اجمال قانون مدنی و لزوم مراجعه به فقه

آنچه مسلم است قانون مدنی در این زمینه مجمل و مبهم است و وجود نظرات مختلف بین حقوقدانان این امر را ثابت می کند. به نظر می رسد نویسندگان قانون مدنی عمداً نخواسته‌اند حکم موضوع را به طور صریح بیان کنند و این به دلیل تردیدی بوده که آنها در حکم این نوع معامله داشته‌اند. این تردید ناشی از نگرانی و دغدغه‌ای بوده که در ترجیح یکی از دو راه حل وجود داشته است، زیرا بی شک نویسندگان قانون مدنی با اشرافی که بر فقه داشته‌اند و آگاهی از شهرت این حکم (لزوم قبض ثمن در بیع سلم و بطلان بیع کالی به کالی) در بین فقها، تمایلی به مخالفت صریح با قول مشهور فقها نداشته‌اند.

از سوی دیگر از آنجایی که بیع فرد اجلای معاملات معاوضی است و اکثر قریب به اتفاق داد و ستدها در قالب بیع واقع می شود و غالب این معاملات به صورت مؤجل و سلم است و گاهی حتی طرفین معامله یکدیگر را نمی بینند و از طریق تلفن یا تلکس (و در حال حاضر اینترنت) معامله می کنند، تکمیل این شرط را به متعاملین، نوعی عسرت و تکلف می دانسته‌اند که بر آنها بار می شود، و موجب اخلال در نظم معاملات و رکود اقتصادی می گردد که مطلوب هیچ قانونگذاری نیست. بنابراین به نظر می رسد که قانونگذار قصد داشته است با اجمال گویی، باب تفسیر و بحث را باز گذاشته و تعیین حکم واقعی را با توجه به مصالح موجود به رویه قضایی واگذارد. قانونگذار نمی تواند خود را به عنوان یک حاکم مستبد و به دور از جامعه فرض کند. عرف و سلوک جامعه مهمترین معیار برای تدوین قانون است. به همین دلیل اکثر احکام اسلامی جنبه امضایی دارند. اگر هدف از وضع قانون اجرای آن در جامعه باشد، وضع قانون باید با توجه به این هدف صورت گیرد. قانونی که بدون توجه به مصالح جامعه وضع شود، جامعه با لطایف الحیل از اجرای آن فرار می کند و آن قانون به صورت متروک در می آید.

این اجمال گویی قانونگذار را به وضوح می توان از لحن قانون مدنی در ماده ۳۶۴ ق.م استنباط نمود. از یک از سو می توان گفت که نظر مقنن بر این بوده که در بیع سلم قبض شرط صحت

نیست، زیرا مقنن با اشرافی که بر منابع فقهی داشته است، آگاه بوده است که به غیر از بیع صرف، تنها یک مصداق دیگر وجود دارد که در آن قبض شرط صحت بیع است، یا حداقل این ادعا در مورد آن مطرح است، و آن بیع سلم است و غیر از این دو قطعاً مصداق دیگری وجود ندارد. حال اگر نظر مقنن بر این بود که به پیروی از فقه، قبض را شرط صحت بیع سلم بداند، آنرا به صراحت بیان می کرد و ماده ۳۶۴ را به این شرح تدوین می کرد: «در بیع صرف و سلم که قبض شرط صحت آنست...». بنابراین می توان گفت که از دیدگاه مقنن، تنها در بیع صرف قبض شرط است، نه اینکه بیع صرف را به عنوان مثال بیان کند، زیرا این شیوه نگارش در موردی است که چندین مصداق برای آن وجود داشته باشد و گوینده یا (نویسنده) برای جلوگیری از طولانی شدن عبارت، یک مورد را به عنوان مثال بیان می کند.

از سوی دیگر می توان گفت، از دیدگاه قانونگذار، قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است، زیرا اگر نظر او بر این بود که تنها در بیع صرف قبض شرط باشد، از کلمه «بیعی» به صورت نکره و مطلق استفاده نمی کرد و اینگونه بیان می کرد که: «در بیع صرف که قبض شرط صحت عقد است...». اینکه مقنن واژه «بیعی» را به صورت نکره بیان کرده است، دال بر اینست که در نظر وی عقود دیگری غیر بیع صرف وجود دارند که قبض ثمن در مجلس عقد شرط صحت آنهاست و بیع صرف یکی از مصداق آنست. چون مصداق دیگر، بیع سلم است، پس در بیع سلم نیز قبض ثمن در مجلس عقد، شرط صحت است و در نتیجه، بیع کالی به کالی باطل است.

بر این اساس می توان گفت حکم قضیه در قانون مدنی مبهم و مجمل است و ما ناچاریم به منابع معتبر فقهی مراجعه نماییم و حکم موضوع را از آنجا استنباط کنیم، و بررسی کنیم که آیا لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم و در نتیجه بطلان بیع کالی به کالی مبتنی بر دلیل محکمی است که غیر قابل خدشه باشد، یا چنین نیست.

## مبحث دوم - حکم بیع کالی به کالی در فقه

### ۱۵- پیشینه موضوع در فقه

چنانکه گفته شد، واژه «بیع کالی به کالی» از طریق فقه عامه به فقه امامیه وارد شده است؛ براین اساس «بیع کالی به کالی» با این عنوان و به طور خاص در فقه امامیه مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است، بلکه بطور غیر مستقیم و در ضمن عناوین دیگر از آن، بحث و حکم آن بیان شده است، و اکثر فقها به اختصار از آن گذشته اند. فروعی که در آن به طور ضمنی از بیع کالی به کالی سخن به میان آمده است، بیع سلم و بیع دین به دین است.

**۱۶- ادله بطلان بیع کالی به کالی: از طریق بیع سلم، بیع دین به دین و اجماع**

ادله ای که در فقه برای بطلان بیع کالی به کالی به آن استناد شده است عبارتند از:  
 ۱- از طریق بیع سلم؛ در بیع سلم که مبیع کلی فی الذمه و مؤجل است، قبض ثمن در مجلس عقد شرط صحت آنست؛ حال اگر ثمن هم مؤجل باشد، بیع کالی به کالی می شود. براین اساس معلوم می شود که بیع کالی به کالی نوعی بیع سلم است که در آن ثمن مؤجل است و بالطبع در مجلس عقد قبض نشده است؛ چون این بیع باطل است، نتیجه می شود که بیع کالی به کالی باطل است.

۲- در مورد بیع دین به دین، نص صریح وجود دارد که چنین معامله ای باطل است. از مصادیق بیع دین به دین، موردی است که مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه و مؤجل باشند؛ و این نوع بیع، همان بیع کالی به کالی است؛ بنابراین بیع کالی به کالی به عنوان یکی از مصادیق بیع دین به دین باطل است.

۳- سرانجام دلیل دیگری که برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی به آن استناد شده است، اجماع است. اکنون هر یک از این ادله را به تفصیل بررسی و نقد می کنیم و نتیجه خواهیم گرفت که هیچ یک از این ادله برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی کافی نیست.

**بند ۱- اثبات بطلان بیع کالی به کالی بر مبنای لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم****۱۷- تعریف بیع سلم**

بیع سلم و سلف به یک معناست، منظور بیعی است که در آن مبیع کلی فی الذمه و مؤجل باشد (سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۸۲). به همین دلیل فقها از آن به «بیع مضمون فی الذمه» تعبیر می کنند (شهیدثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۶۰). صریح ترین، موجزترین و در عین حال کامل ترین تعریف در خصوص بیع سلم، تعبیر ابن ادریس است. ایشان در تعریف سلم می نویسد: «السلم بیع الذمم» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ص ۳۴۵). تقریباً تمام فقها به هنگام بحث از بیع سلم، قبض ثمن در مجلس عقد را یکی از شرایط صحت آن دانسته اند. به گونه ای که برخی از فقها این امر را به صورت قید در تعریف بیع سلم آورده اند. شهید ثانی در این خصوص می نویسد: «بیع مال مضمون در ذمه در مقابل مال معلومی که در مجلس قبض می شود» (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۶۰).<sup>۱</sup> اما عده ای از فقها در لزوم این شرط تردید کرده اند. بر این اساس ابتدا مبنا و دلایلی را که فقها برای اثبات ادعای خود ارائه نموده اند، بیان می کنیم، سپس به نقد و تحلیل آنها می پردازیم.

۱. هو بیع مضمون فی الذمه ، مضبوط ، بمال معلوم مقبوض من المجلس .

### اول - مبنای استناد فقها به بیع سلم و دلایل آنها

چنانکه قبلاً اشاره شد، مبنای استناد فقها به بیع سلم (برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی)، لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع است. بدین بیان که چون قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم، شرط صحت آنست، هرگاه ثمن به صورت مؤجل باشد (بیع کالی به کالی)، در مجلس عقد قبض نمی‌شود و بیع باطل است. بررسی کتب فقها در این خصوص نشان می‌دهد که، هرچند بسیاری از فقها بر لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم فتوا داده اند ولی اکثراً<sup>۱</sup> برای اثبات ادعای خود دلیلی اقامه نکرده‌اند. اما کسانی که برای اثبات ادعای خود استدلال نموده‌اند سه مورد زیر را بیان کرده‌اند: ۱- استناد به بطلان بیع کالی به کالی؛ ۲- بطلان بیع دین به دین، ۳- اجماع. اما هیچ یک از این ادله برای اثبات ادعا کافی نیست. برای نقد و بررسی ادله، سابقه تاریخی موضوع را در فقه بررسی می‌کنیم.

### الف - دوره قدیم (قبل از قرن ششم)

در کتب قدیمی فقهی از جمله کتاب فقه الرضا و بعد از آن المقنع تالیف شیخ صدوق و المقنعه تالیف شیخ مفید (۴۱۳ هـ ق) و الانتصار نوشته سید مرضی علم الهدی، ذکری از بیع سلم دیده نمی‌شود. سید مرتضی در کتاب مسایل الناصریات، تنها بیان می‌کند که ثمن در بیع سلم باید معلوم باشد. بعد از او صاحب کتاب الکافی (۴۴۷ هـ ق) از این موضوع ذکری به میان نیاورده است. در قرن پنجم هجری، یعنی عصر شیخ طوسی، وی برای صحت و اعتبار بیع سلم دو شرط را ذکر می‌کند: ۱- معلوم بودن اوصاف مبیع؛ ۲- ذکر اجل معین برای تسلیم آن. ولی از لزوم قبض ثمن در مجلس عقد، سخنی به میان نمی‌آورد (شیخ طوسی النهایه، بدون تاریخ چاپ، ص ۳۹۵). سایر فقهای هم عصر او نیز به این موضوع اشاره نکرده‌اند. تنها یکی از فقها ضمن فرعی می‌نویسد: «هرگاه کسی طلبی داشته باشد و آنرا در برابر ثمن کلی فی‌الذمه، بفروشد و ثمن در همان مجلس عقد معین نشود، بیع باطل است، چون در مجلس عقد معین و قبض نشده است و در این صورت بیع کالی به کالی و دین به دین است» (ابن براج، ۱۴۱۰، ص ۱۶۶).

### ب - قرن ششم هـ ق

برای اولین بار در قرن ششم هجری، ابوالمکار بن زهره، صاحب کتاب غنیه النزوع، برای اثبات لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم به اجماع فقهاء، استناد می‌کند (ابن زهره، ۱۴۱۰) فقهای بعد از وی اجماع علما را به وی نسبت داده‌اند و از قول او اجماع را نقل کرده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۸۹). این در حالیست که عبارت وی در کتاب مذکور به صراحت بر این امر دلالت

ندارد و دقیقاً فهمیده نمی شود که آیا منظور وی اینست که بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم اجماع وجود دارد یا بر صحت و جواز بیع سلم؟! عبارت وی اینست: «ما السلم فشرایط الزاید التي تخصه اربعة: ذکر اجل المعلوم و... و ان یکون راس المال مشاهدا و ان یقبض فی مجلس العقد، بدلیل اجماع الطایفه و لانه لا خلاف فی صحته مع تکامل هذه الشروط و لا دلیل علی ذلك اذالم یتکامل» (ابن زهره، ۱۴۱۰). در اینجا با توجه به جمله معطوف «و لانه لاخلاف فی صحته...» که دلیل برای اثبات صحت بیع سلم است، به نظر می رسد که جمله معطوف علیه نیز «بدلیل الاجماع الطایفه...» دلیل برای صحت بیع سلم باشد، نه لزوم قبض ثمن در مجلس عقد. به هر حال فقهای بعد از وی تحقق اجماع را به وی نسبت داده اند و حتی صاحب جواهر در قرن ۱۳ ادعای اجماع را به وی نسبت می دهد (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۸۹).

### ج - قرن هفتم و هشتم هـ ق

در قرن هفتم هجری محقق حلی از فقهای برجسته آن قرن، در دو کتاب شرایع و مختصر النافع بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم تاکید می کند ولی دلیلی اقامه نمی کند (محقق حلی، ۱۳۶۴، ص ۶۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ص ۴۶۳). در قرن هشتم، علامه حلی اولین کسی است که به صورت اجتهادی برای اثبات لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم، استدلال می کند. وی در کتاب تذکره الفقها در این خصوص می نویسد: «در بیع سلم اگر قبل از تفرق متعاملین، ثمن قبض نگردد، به عقیده تمام علماء، ابو حنیفه، مالک و احمد، بیع باطل است». و در ادامه در این زمینه می نویسد: «چون در بیع سلم وجود غرر محتمل است، بنابراین خواسته اند با تسلیم ثمن در مجلس عقد، آنرا جبران نمایند» (علامه حلی، الف، ص ۳۶۳).

### د - قرن دهم هـ ق

در قرن دهم هجری، شهید ثانی بر لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم، تاکید می کند و در این خصوص می نویسد: «هر گاه در بیع سلم شرط شود، ثمن مؤجل باشد، بیع باطل است، چون بیع کالی به کالی می شود و بیع کالی به کالی باطل است» (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۵۵۶).

### هـ - قرن دوازدهم و سیزدهم هـ ق

در قرن دوازدهم صاحب الحدائق الناظره، در لزوم چنین شرطی تردید می کند.

وی در این خصوص جواز تأجیل ثمن در بیع سلف می نویسد: «منعی در این خصوص نیافتیم و ظاهراً دلیل علما بر این قول، اجماع است، در حالیکه ابن جنید با این قول مخالف است و معتقد است می‌توان پرداخت ثمن را سه روز به تاخیر انداخت» (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۵).

در قرن سیزدهم فقهای مشهوری همچون سید علی طباطبایی (۱۲۳۱ هـ ق)، میرزای قمی (۱۲۲۶ هـ ق) و صاحب جواهر (۱۲۶۶ هـ ق) بر لزوم چنین شرطی تأکید کرده اند ولی دلیل متقنی ارایه نکرده اند. صاحب جواهر، ضمن نقل تردید صاحب حدایق در این خصوص می‌نویسد: «به هر حال اجماع محقق است، به علاوه می‌توان به اصل عدم نقل قبل از قبض استناد نمود» (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۸۹). میرزای قمی نیز ضمن تصریح بر این شرط مقرر می‌دارد که در این زمینه ادعای اجماع شده است و ظاهراً در آن خلافتی نیست (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۱۴۸).

### دوم - نقد ادله فقهی ارایه شده

از بررسی کتب فقهی در ادوار مختلف، بدست می‌آید که به رغم اینکه بسیاری از فقها به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم، اعتقاد دارند ولی غالباً برای اثبات این ادعا دلیلی اقامه نکرده اند و به بیان فتوی اکتفا نموده اند. اما دلایلی که سایر فقها برای اثبات این حکم به آن استناد کرده اند به شرح زیر دسته بندی می‌شوند:

۱- بطلان بیع کالی به کالی؛ ۲- بطلان بیع دین به دین؛ ۳- اجماع؛ حال به نقد و تحلیل هر یک از این ادله می‌پردازیم:

### الف - بطلان بیع کالی به کالی

یکی از دلایلی که برخی از فقها برای لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم به آن استناد جسته اند، بطلان بیع کالی به کالی است. بدین بیان که چون در بیع سلم مبیع کلی فی الذمه و مؤجل است، هر گاه ثمن در مجلس عقد قبض نشود، لازم می‌آید که بیع کالی به کالی باشد و بیع کالی به کالی باطل است، پس قبض ثمن در مجلس بیع سلم لازم است (علامه حلی، الف، ص ۳۶۳). در رد این استدلال باید گفت:

اولاً، این دلیل اعم از مدعاست، زیرا بر فرض اینکه بطلان بیع کالی به کالی پذیرفته شود، از آن تنها می‌توان حال بودن ثمن در بیع سلم را ثابت نمود ولی این امر لزوماً به معنای قبض ثمن در مجلس عقد نیست. زیرا اگر ثمن حال باشد و در مجلس عقد قبض نشود، بر طبق نظر فقها، بیع باطل است، در حالیکه چنین بیعی، بیع کالی به کالی نمی‌باشد، بیع سلمی است که ثمن در مجلس قبض نشده است؛

ثانیاً، یکی از مقدمات استدلال یقینی نیست. به عبارت دیگر کبرای این استدلال ثابت نیست. استدلال فقها دو مقدمه دارد:

۱- مؤجل بودن ثمن در بیع سلم (عدم قبض آن مجلس عقد)، موجب می شود که بیع کالی به کالی باشد (صغری)؛

۲- هر بیع کالی به کالی باطل است (کبری)؛ پس بیع سلمی که در آن ثمن مؤجل باشد، باطل است (نتیجه) و لازمه این نتیجه اینست که قبض ثمن شرط صحت بیع سلم است، یا حداقل عدم تاخیر ثمن شرط است. اما چنانکه گفته شد، کبرای این استدلال یقینی و ثابت نیست. زیرا در اینکه بیع کالی به کالی باطل باشد، اتفاق نظر وجود ندارد. به علاوه این نوع استدلال نوعی مصادره به مطلوب است و در واقع نتیجه به عنوان یکی از دو مقدمه آورده شده. زیرا فقها خواسته اند از طریق اثبات لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم، به بطلان بیع کالی به کالی برسند، حال اگر بنا باشد برای اثبات این شرط به «بطلان بیع کالی به کالی» استناد شود، مصادره به مطلوب است.

### ب - بطلان بیع دین به دین

برخی از فقها برای اثبات لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم (و در نتیجه بطلان بیع کالی به کالی) به «بطلان بیع دین به دین» استناد کرده اند (ابن ادریس ۱۴۱۰، ص ۲۹۹). این دلیل نیز برای اثبات ادعا کافی نیست زیرا در صدق عنوان «بیع دین به دین» به مورد بحث (که مبیع و ثمن هر دو مؤجل اند) به شدت تردید است. مشهور فقها بر این عقیده اند که قدر متیقن از «بیع دین به دین» موردی است که دین قبل از انعقاد عقد وجود داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۰، ص ۴۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۴۱۲؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۱۴۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۵۷۳؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۳). بنابراین از طریق بطلان بیع دین به دین نمی توان به بطلان بیع کالی به کالی و در نتیجه لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم رسید.

### ج - اجماع

دلیل دیگری که برای اثبات شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد بیع سلم به آن استناد شده است، و بیشترین طرفدار را دارد، اجماع است. اما پذیرش این ادعا با توجه به مبانی فقهی مورد قبول فقهاء مشکل است؛ زیرا، اولاً، بسیاری از فقها در این خصوص اظهار نظر نکرده اند به علاوه و برخی نیز در وجود اجماع تردید کرده اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۵)؛ همچنین آیت ... مامقانی، در کتاب مناهج المتقین در این خصوص می نویسد؛ «دلیلی بر بطلان بیع سلمی که ثمن در مجلس عقد قبض نشده است، وجود ندارد، آنچه ثابت است، اینست که ثمن نباید مؤجل باشد» (مامقانی، ۱۳۲۳، ص ۲۵۱). بنابراین در تحقق اجماع تردید است؛

ثانیاً بر فرض پذیرش وجود اجماع، حجیت اجماع در فقه امامیه ذاتی نیست، بلکه به دلیل کاشفیت آن از قول معصوم است. یکی از طرق احراز کاشفیت اجماع از قول معصوم اینست که قول اجماع کنندگان مستند به دلیلی نباشد و به عبارتی اجماع مستند (مدرکی) نباشد. بدین معنا که هرگاه علما بر قولی اتفاق نظر داشته باشند ولی برای اثبات قول خود دلیلی، بیان نکنند، کشف می شود که آنها از معصوم شنیده اند. اما هرگاه اجماع کنندگان برای قول خود به دلیلی استناد کرده باشند، یا احتمال برود که قول آنها مستند به دلیلی بوده است، نمی توان به اجماع استناد نمود بلکه باید دلیل مورد استناد اجماع کنندگان را مورد تجزیه و تحلیل قرار داد (گرچی، ۱۳۷۶، ص ۷۹). در مساله مورد بحث، علما برای اثبات ادعای خود به بطلان بیع کالی به کالی و دین به دین استناد کرده اند، بنابراین اجماع مستند بوده و حجت نیست و نفس ادله هم قبلاً مورد بررسی قرار گرفته و رد شده است. بنابراین ثابت می شود که قول مشهور فقهاء مبنی بر لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم، مستند به دلیل محکمی نیست.

از دیدگاه حقوق موضوعه نیز پذیرش چنین شرطی موجب اخلال در نظم معاملات می شود و با توجه به آنچه از فقه نتیجه می شود، به نظر می رسد از دیدگاه قانون مدنی نیز چنین شرطی لازم نیست. آنچه نویسندگان قانون مدنی را از تصریح به عدم لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم (و صحت بیع کالی به کالی) بازداشته است، شهری بوده است که این نظر در فقه داشته است. براین اساس از طریق لزوم قبض ثمن در مجلس بیع سلم نمی توان بطلان بیع کالی به کالی را ثابت نمود

## بند ۲- اثبات بطلان بیع کالی به کالی بر مبنای بیع دین به دین

### ۱۸- اتفاق نظر فقهاء بر بطلان بیع دین به دین

چنانکه گفته شد، برخلاف بیع کالی به کالی، درخصوص بطلان بیع دین به دین، اختلافی وجود ندارد، اگر چه در تعیین مصادیق بیع دین به دین اختلاف نظر است. به عبارت دیگر در کبرای قضیه، اختلافی نیست، بلکه اختلاف نظر در تعیین صغراست.

### ۱۹- ماهیت دین

دین، موجود اعتباری است که در ذمه شخص وجود دارد و مدیون به کسی اطلاق می شود که ذمه او در برابر داین مشغول باشد. از آنجائیکه تنها امور کلی هستند که به ذمه تعلق می گیرند (امور جزئی در خارج موجودند)، متعلق دین همیشه یک امر کلی است و اجل یک امر عارضی و خارج از ماهیت دین است، دین ممکن است حال یا مؤجل باشد.

براین اساس هرگاه شخص کالایی را به صورت کلی بفروشد، هر چند بیع حال باشد ولی ذمه او در برابر خریدار نسبت به تسلیم فردی از افراد آن کلی مشغول است و به عبارتی او مدیون



است. و در مقابل اگر خریدار به صورت نقد ملزم به پرداخت ثمن باشد باز ذمه او به پرداخت ثمن مشغول است (مدیون است) هر چند این دین حال است. به همین دلیل، دین به مؤجل و حال قابل تقسیم است<sup>۱</sup> به علاوه جواز احاله مشتری بایع را به شخص ثالث، بعد از انعقاد بیع به صورت نقد (در صورتی که ثمن کلی فی الذمه باشد)، دلیل دیگری بر این ادعاست که اجل تاثیری در صدق عنوان دین ندارد.

## ۲۰- جواز فروش دین

موضوع دیگری که در اینجا باید مطرح شود اینست که، موضوع بیع می تواند دین باشد. با توجه به اینکه موضوع بیع باید عین باشد، جواز فروش دین اینگونه توجیه می شود که منظور از «عین» در مقابل منفعت و برخی حقوق است والا در جواز فروش دین نباید تردید کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۴۲). به علاوه می توان گفت: بیع دین، نوعی بیع کلی فی الذمه است، و همان توجیهاتی که در مورد آن وجود دارد، در این مورد نیز صادق است. برای صحت بیع دین، متعلق آن باید عین باشد، چون در غیر اینصورت از مصادیق بیع منفعت می شود که نمی تواند موضوع بیع قرار گیرد. از دیدگاه فقهی نیز جواز فروش دین مورد تردید قرار نگرفته است و در تمام کتب فقهی در مبحث راجع به بیع، بیع دین مطرح شده است. در حقوق فرانسه نیز در جواز انتقال دین از طریق بیع تردیدی وجود ندارد، زیرا در آنجا مبیع می تواند هر نوع حق مالی باشد (Mazeaud, 1974, p.10) در جواز فروش دین، تفاوتی بین اینکه این فروش قبل از سررسید دین باشد یا بعد از آن وجود ندارد.

## صور مختلف بیع دین به دین و حکم آن

بیع دین به دین بر حسب اینکه دین قبل از انعقاد عقد وجود داشته باشد یا به واسطه عقد بیع ایجاد شود و اینکه مؤجل و حال باشد و انتقال قبل از سررسید انجام شود یا بعد از آن دارای صور مختلفی است. در اینجا صور مهمی را که مورد بحث ماست به تفصیل بررسی می کنیم.

## اول- وجود دو دین قبل از انعقاد بیع

در موردی که قبل از انعقاد بیع هر دو دین وجود دارد، دو فرض کلی قابل تصور است:

۱- هر دو دین مؤجل باشند.

۲- هر دو دین حال باشند.

۱. تقسیم دین به مؤجل و حال در فقه رایج است. در اینجا تعبیر یکی از فقها را عیناً نقل می کنیم: من مات حل ما علیه من دین مؤجل (الکیدوری، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۲۸۴).

در فرضی که هر دو دین به صورت مؤجل قبل از انعقاد بیع وجود دارند و قبل از سررسید مورد بیع قرار می‌گیرند، در صدق عنوان بیع دین به دین تردیدی وجود ندارد و در اینکه این نوع بیع باطل است هیچ اختلافی نیست، خواه دین بر ذمه متعاقدين و خواه بر ذمه اشخاص ثالث باشد. در واقع قدر متقین و فرد اجلائی «بیع دین به دین» این فرض است.

هرگاه انعقاد بیع بعد از فرا رسیدن سررسید دو دین باشد، برخی از فقها در بطلان این نوع بیع تردید کرده و آنرا معتبر دانسته‌اند. به نظر می‌رسد، این دیدگاه تلاشی بوده است که در جهت کاهش قلمرو بیع دین به دین صورت گرفته است والا در اینکه به این مورد، بیع دین به دین صدق می‌کند تردیدی نیست و چنانکه بارها گفته شده است، برای صدق عنوان دین، لازم نیست دین مؤجل باشد. صاحب جواهر درباره منشا تردید در بطلان این نوع معامله می‌نویسد: از یک سو احتمال صدق بیع دین به دین قوی است، زیرا دین در اصل مؤجل است. اما از سوی دیگر می‌توان به صحت آن حکم کرد، با این استدلال که در مورد نهی از بیع دین به دین باید به قدر متقین اکتفا کرد و در مورد تردید به اصل صحت رجوع نمود (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۳۴۵). صاحب مفتاح الکرامه نیز در این خصوص می‌نویسد: «احتمال دارد، این مورد مصداق بیع دین به دین و باطل باشد، زیرا اگر [ بنا بر فرض ] برای صدق عنوان دین، به وجود اجل معتقد باشیم، حداکثر در زمان تحقق دین لازم است نه بعد از آن. بنابراین بعد از سررسید دین مؤجل، به طور قطع عنوان دین بر آن صادق است؛ و احتمال دارد در مورد عمل به نهی از بیع دین به دین که خلاف اصل است به قدر متقین اکتفا کنیم؛ ضمن اینکه اصل خبر نیز از لحاظ سند، ضعیف است و نمی‌توان به آن اعتماد کرد» (حسینی عاملی، ص ۲۹).

در فرضی که دو دین قبل از انعقاد عقد موجود ولی حال هستند، هر چند عنوان بیع دین به دین بر آنها صادق است ولی مشهور فقها به صحت این نوع بیع حکم کرده و آنرا خارج از نهی بیع دین به دین دانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۳۴۶؛ حسینی عاملی، ص ۲۹). بدین ترتیب حکم موردی که دو دین قبل از انعقاد عقد وجود دارند و یکی مؤجل و دیگری حال است، نیز روشن می‌شود.

### دوم - عدم وجود دین قبل از انعقاد عقد و ایجاد آن به وسیله بیع

در این فرض قبل از انعقاد عقد، دینی وجود ندارد، بلکه چون مبیع و ثمن به صورت کلی فی‌الذمه‌اند با انعقاد عقد بیع، دو دین بر ذمه متعاقدين ایجاد می‌شود. در صورتی که مبیع و ثمن مؤجل باشند، مصداق بیع کالی به کالی است. اگر این مورد از مصادیق بیع دین به دین دانسته شود و بالطبع به بطلان آن حکم گردد، بطلان بیع کالی به کالی نیز ثابت می‌گردد. ولی چنانکه قبلاً گفته شد، در صدق عنوان بیع دین به دین به این مورد اختلاف نظرهای شدیدی وجود دارد و

بسیاری از فقها بیع دین به دین را شامل این مورد نمی دانند. در این مورد نظرات مختلف فقها و ادله هر یک را به تفصیل بررسی و در پایان از بحث نتیجه‌گیری می‌کنیم.

#### الف - ادله کسانی که معتقدند بیع دین به دین شامل بیع کالی به کالی می‌شود

کسانی که معتقد به بیع دین به دین را شامل بیع کالی به کالی می‌دانند، محدودند (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۸؛ ابن براج، ۱۴۱۰، ص ۱۶۶؛ محقق کرکی، الرسایل، ص ۱۸۰). این گروه از فقها در اثبات ادعای خود این گونه استدلال می‌کنند که:

**اولاً**، اکثر فقها بیع دین به دین را بر بیع کالی به کالی صادق می‌دانند. مثلاً صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد: «در مسالک گفته شده است که اکثر فقها بر این عقیده اند که بیع دین به دین به بیع کالی به کالی هم صادق است و صاحب حدایق این نظر را به مشهور فقها نسبت داده است» (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۲)؛

**ثانیاً**، عرفاً به مضمون [و مستقر] در ذمه، دین گفته می‌شود. مثلاً کسی که کالایی را به صورت نسبه خریده است و ثمن در ذمه او مستقر است، می‌گوید آنرا به دین خریده ام (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۴۰۱).

#### ب - ادله کسانی که معتقدند بیع دین به دین شامل بیع کالی به کالی نمی‌شود

این دسته از فقها که به نسبت گروه قبل در اکثریت اند، برای اثبات ادعای خود مبنی بر عدم شمول بیع دین به دین به بیع کالی به کالی اینگونه استدلال می‌کنند که آنچه از روایت نبوی «لا بیع الدین بالدین» به ذهن متبادر می‌شود، این است که «دین» قبل از انعقاد عقد موجود باشد و به وسیله عقد مبادله گردد (علامه حلی، الف، ص ۵۵۷؛ سید علی طباطبایی، بدون تاریخ چاپ، ص ۵۶۵؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۴۰۱؛ اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۳؛ شهید ثانی، ص ۴۳۳؛ بحرانی، حدایق، ص ۴۸؛ نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۹۳).

در تایید این نظر باید گفت:

**اولاً**، آنچه از حدیث نبوی متبادر می‌شود اینست که دین باید قبل از انعقاد عقد وجود داشته و به وسیله عقد مبادله گردد. و حرف «ب» که بر سر کلمه «الدین» در آمده است و به معنای «مقابله» است این امر را تایید می‌کند؛ بنابراین آنچه در مقابل یکدیگر مبادله می‌شوند باید «دین» باشند تا عنوان «بیع دین به دین» صادق باشد؛ زیرا صحبت از مبادله دینی است که قبل از انعقاد عقد وجود داشته است نه دینی که بعداً به وجود خواهد آمد؛

**ثانیاً**، طرفداران صدق عنوان «بیع دین به دین» به مورد بحث، اینگونه استدلال می‌کنند که به ثابت و مستقر در ذمه (کلی فی الذمه) نیز دین گفته می‌شود. در پاسخ باید گفت که در این

امر تردیدی نیست، ولی چنانکه شما نیز معترفید بعد از استقرار موجود اعتباری در ذمه به آن دین نامیده می شود نه قبل از آن. در زمان انعقاد عقد هنوز دینی به ذمه تعلق نگرفته است و وجود ندارد، تا موضوع بیع قرار گیرد. به این اعتبار که بعداً دینی ایجاد خواهد شد، نمی توان آنرا قبل از انعقاد عقد موجود دانست؛

**ثالثاً**، طرفداران این نظر که بیع دین به دین به بیع کالی به کالی صادق است، در موضوع بیع سلم خلاف آنرا مطرح کرده اند. در بیع سلم فرعی به شرح زیر در کتب فقهی مطرح است که «هر گاه فروشنده مبیع (کلی فی الذمه) را در مقابل دینی که در ذمه او به نفع خریدار وجود دارد، مبادله نماید، بیع باطل است، چون بیع دین به دین است». این گروه از فقها در ذیل این فرع نوشته اند: «اگر در عقد بیع شرط شود که ثمن دین [موصوف] باشد، بیع باطل است، چون بیع دین به دین است. ولی اگر شرط نشود که ثمن دین باشد، بلکه ثمن کلی فی الذمه باشد که بر ذمه مشتری قرار می گیرد ولی او بعداً آنرا با دینی که به نفع او در ذمه فروشنده است محاسبه [و تهاتر] نماید، بیع باطل نیست؛ زیرا در اینجا دین به عنوان ثمن قرار داده نشده است. آنچه به عنوان ثمن در مقابل مبیع قرار داده شده است، کلی فی الذمه است و آنچه بعداً صورت می گیرد محاسبه ثمن از دین موجود در ذمه بایع به نفع مشتری است و در واقع نوعی استیفای دین است، و از ابتدا قصد معاوضه مبیع با این دین وجود نداشته است. این به دلیل حرف «ب» است که در روایت نبوی وجود دارد. زیرا روایت مزبور، بیع دین در مقابل دین را باطل دانسته است ولی در مورد بحث چنین اتفاقی نیفتاده است (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۴۰۱).

از این استدلال، علیه آنها، در مورد بحث استفاده می کنیم و می گوئیم، وجود دین قبل از انعقاد عقد بیع، شرط صدق عنوان «بیع دین به دین» است و به کلی فی الذمه که بعد از انعقاد عقد در ذمه مشتری ایجاد می شود، نمی توان قبل از انعقاد عقد، دین نامید و بیع دین به دین را صادق دانست؛

**رابعاً**، اینکه به کلی فی الذمه که بعد از انعقاد عقد تبدیل به دین می شود، عرفاً قبل از انعقاد عقد دین اطلاق می شود، مجاز است، و اگر چنین اطلاقی حجت باشد، در موردی هم که ثمن کلی فی الذمه و حال است، نیز عنوان دین [مجازاً] صادق است، به ویژه در فرضی که ثمن به صورت حال است ولی بعداً به خریدار مهلت داده می شود؛ اما کسی چنین اعتقادی ندارد و این نوع معامله را باطل نمی داند (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۴۰۱).

بر این اساس به نظر می رسد که از دیدگان فقهی به بیع کالی به کالی، عنوان بیع دین به دین صادق نیست. در اینجا به عنوان حسن ختام بحث عین عبارت شهید ثانی در کتاب مسالک را نقل می کنیم. ایشان در این خصوص می نویسند: «حق اینست که بیع دین به دین محقق نمی شود مگر در موردی که عوضین قبل از انعقاد عقد به صورت دین باشند. مثل اینکه

فروشنده و خریدار هر یک دینی [طلبی] را که بر عهده اشخاص ثالث دارند، در مقابل یکدیگر معاوضه نمایند؛ زیرا مقتضای کلمه «ب» [در روایت لایبایع الدین بالدین] اینست که نفس دین عوض [او معوض] قرار گیرد و آنچه بعد از انعقاد عقد بر ذمه متعاقدين مستقر می‌شود (و به طور اعتباری برای صحت بیع، قبل از انعقاد عقد، اعتبار و مضمون می‌شود و عوض قرار می‌گیرد) قبل از عقد دین نامیده نمی‌شود. اما اینکه هرگاه شخص کالایی را در برابر ثمن کلی فی الذمه و به صورت مؤجل بخرد، اصطلاحاً می‌گویند، «آنرا به دین خریده است» در حالیکه منظورشان اینست که ثمن در ذمه مشتری است و هنوز آنرا نپرداخته است، نوعی مجاز است. منظور آنها اینست که ثمن در ذمه مشتری ثابت و مستقر است و اگر جز این می‌بود، لازمه‌اش این بود که همین سخن در موردی که ثمن کلی فی الذمه و حال است نیز گفته شود [یعنی در آن مورد نیز آنرا بیع دین به دین بدانیم]، زیرا عرف به این مورد هم عنوان دین را صادق می‌داند. آری، هرگاه قبل از انعقاد عقد، دین وجود داشته باشد و مبیع قرار گیرد، خواه قبل از سر رسید باشد، خواه بعد از آن، عنوان بیع دین صادق است. بنابراین برای صدق عنوان «بیع دین به دین» و شمول نهی نبوی (ص) بر آن، باید در برابر آن دین دیگری به عنوان ثمن قرار گیرد» (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۴۳۴).

بدین ترتیب حکم موردی که یکی از عوضین دین موجود باشد و با عوض دیگر که کلی فی الذمه است معاوضه گردد، روشن می‌گردد.

### بند ۳- اثبات بطلان بیع کالی به کالی به وسیله اجماع

دلیل دیگری که برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی به آن استناد شده است، اجماع است در واقع این تنها دلیلی است که مستقیماً به آن استناد شده است. ولی این دلیل نیز برای اثبات مدعی کافی نیست، زیرا:

**اولاً**، چنانکه برخی از فقهاء بیان داشته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۵) در تحقق اجماع تردید است؛

**ثانیاً**، برخی از اجماع‌کنندگان برای اثبات این حکم به دلایلی استناد نموده‌اند. بنابراین اجماع ادعایی مستند (مدرکی) است و اجماع مستند حجت نیست.

باتوجه به آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه فقهی دلیل قاطعی برای بطلان بیع کالی به کالی وجود ندارد و بر مبنای اطلاق و عموم ادله لزوم و صحت عقود، باید آنرا صحیح دانست. بدین ترتیب با عنایت به اجمال و ابهام قانون مدنی در این خصوص، باید بر این بود که از دیدگاه حقوق موضوعه نیز بیع کالی به کالی صحیح است.

## مبحث سوم - حکم بیع مؤجل به مؤجل (کالی به کالی) در حقوق فرانسه و کنوانسیون

### بیع بین المللی

#### الف - حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه نیز تقسیم بندی بیع به نقد و نسیه وجود دارد و اصل نقد بودن بیع از مواد قانون مدنی آن قابل استنباط است. به علاوه از برخی از مواد قانون مدنی می توان استنباط نمود که طرفین می توانند به گونه ای قرارداد بیع را منعقد نمایند که مبیع و ثمن هر دو مؤجل باشد. مطابق ماده ۱۶۱۰ ق. م فرانسه، برای تعیین زمان تسلیم مبیع در وهله اول باید به قرارداد رجوع کرد و این ناشی از این قاعده است که قرارداد قانون طرفین است (Ghestin, 1990)

(p.718). ماده ۱۶۵۰ قانون مدنی فرانسه نیز در مورد پرداخت ثمن مقرر می دارد که طرفین می توانند زمان و مکان پرداخت ثمن را معین نمایند. در ادامه این ماده آمده است، در صورتی که طرفین برای پرداخت ثمن توافق نکرده باشند، به عرف مراجعه می شود. ماده ۱۶۵۱ ق. م نیز مقرر می دارد که در صورت عدم تعیین زمانی برای پرداخت ثمن وعدم وجود عرف، ثمن باید به طور همزمان و در مکانی که مبیع تسلیم می شود، پرداخت گردد.

از آنجایی که مبیع می تواند مؤجل باشد پس احتمال اینکه ثمن نیز مؤجل باشد وجود دارد. بنابراین از دیدگاه حقوق فرانسه، امکان اینکه مبیع و ثمن هر دو مؤجل [و کلی فی الذمه] باشند وجود دارد و چنین قراردادی صحیح است.

به ویژه اینکه موضوع عقد بیع در حقوق فرانسه، می تواند شی مادی یا معنوی و یا طلب و حق دینی باشد (Ghestin, 1990, p.365)؛ و بطور کلی اثر بیع تعهد به تملیک مبیع دانسته شده است. بنابراین از دیدگاه حقوق فرانسه در صورتی که در عقد بیع، مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه و مؤجل باشند، عقد صحیح است.

#### ب - کنوانسیون بیع بین المللی

ماده ۳۳ کنوانسیون بیع بین المللی مقرر می دارد که زمان تسلیم کالا معمولاً در قرارداد معین می شود و یا دست کم با رجوع به قرارداد قابل تعیین است. مستنبط از این ماده اینست که موعد تسلیم کالا می تواند زمانی بعد از عقد باشد؛ یعنی مبیع مؤجل باشد. از سوی دیگر ماده ۵۸ کنوانسیون مقرر می دارد که زمان پرداخت ثمن در قرارداد معین می شود. از بند ۱ ماده فوق استنباط می شود که تعیین زمان پرداخت ثمن به اراده طرفین بستگی دارد و آنها می توانند برای پرداخت ثمن اجل و مدت تعیین نمایند و به عبارتی ثمن می تواند مؤجل باشد. از جمع بین مواد ۳۳ و ۵۸ کنوانسیون می توان استنباط نمود که بر طبق کنوانسیون، پرداخت ثمن و تسلیم مبیع هر دو می تواند مؤجل باشد. این امر طبیعی است زیرا چنانکه گفته شد اغلب

داد و ستدهایی که امروزه به ویژه در قلمرو تجارت بین الملل صورت می گیرد به صورت مؤجل و وعده دار است؛ در زمان انعقاد بیع، نه مبیع تسلیم می شود و نه ثمن پرداخت می گردد و حتی ممکن است مبیع موجود نباشد. بطلان این نوع قراردادها لطمه زیادی به تجارت بین الملل وارد می کند. بدینسان باید گفت: تاسیس «بیع کالی به کالی» و بطلان آن یک تاسیس فقهی و حکم خاص است و در حقوق موضوعه سابقه‌ای ندارد و اگر ثابت شود که از دیدگاه فقهی نیز بطلان این نوع قرارداد مستند به دلیل محکمی نیست و در نتیجه به صحت این نوع قراردادها از دیدگاه حقوق موضوعه ایران نیز حکم نمود، این امر هماهنگ با نظام‌های حقوقی پیشرفته دنیا و در راستای مصالح اجتماعی و نظم حقوقی است.

### نتیجه

به عنوان نتیجه مباحث مطرح شده، باید گفت:

- ۱- در خصوص بیع کالی به کالی در قانون مدنی، نصی وجود ندارد و حکم این مسئله در قانون مدنی مجمل است. ظاهراً این اجمال گویی قانونگذار عمدی بوده و به دلیل تردیدی بوده است که در ترجیح یکی از دو مصلحت، در ذهن مقنن وجود داشته است (پیروی از نظر مشهور فقها یا نظم معاملات و هماهنگی با نظام‌های حقوقی دنیا). بر این اساس و بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی حکم مسئله را باید از منابع معتبر فقهی استنباط نمود.
  - ۲- در متون روایی فقه امامیه، سابقه‌ای از «بیع کالی به کالی» وجود ندارد و این واژه از فقه عامه به فقه امامیه وارد شده است. آنچه در روایات شیعه وجود دارد «بطلان بیع دین به دین» است اما در تعیین مصداق بیع دین به دین و اینکه شامل بیع کالی به کالی هم می شود اتفاق نظر وجود ندارد، بلکه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد.
  - ۳- برای بطلان بیع کالی به کالی در فقه امامیه، عمدتاً به سه طریق استدلال شده است: برخی به لزوم قبض ثمن در بیع سلم استناد کرده اند و گفته اند که چون در بیع سلم مبیع کلی فی الذمه و مؤجل است ثمن باید در مجلس معامله قبض شود و اگر ثمن در مجلس قبض نشود، بیع باطل است. به طریق اولی اگر در همین فرض ثمن هم کلی فی الذمه و مؤجل باشد (بیع کالی به کالی) بیع باطل خواهد بود. بنابراین به طور غیر مستقیم از لزوم قبض ثمن در بیع سلم به بطلان بیع کالی به کالی رسیده‌اند.
- اما ادله‌ای که برای اثبات لزوم قبض ثمن در بیع سلم اقامه شده است هیچکدام کافی برای اثبات مدعی نیست و حتی برخی از آنها مصادره به مطلوب است. زیرا از جمله دلایلی که برای اثبات لزوم قبض ثمن در بیع سلم ارائه شده است، بطلان بیع کالی به کالی است! به علاوه به

بطلان بیع دین به دین هم استناد شده است که چنانکه در متن مقاله بررسی شده است، در شمول عنوان بیع دین به دین به این مورد تردید وجود دارد.

اجماع فقهاء هم نمی تواند به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد، زیرا در اصل تحقق اجماع تردید است و بر فرض تحقق، این اجماع مستند(مدرکی) است، و اجماع مستند حجت نیست.

۴- برخی برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی به بطلان بیع دین به دین استناد نموده و استدلال کرده اند که بیع کالی به کالی از مصادیق بیع دین به دین است و مطابق حدیث نبوی (ص) این بیع باطل است. در رد این استدلال گفته شد که در شمول عنوان «بیع دین به دین» به «بیع کالی به کالی» به شدت تردید است، و قدر متقین از بیع دین به دین موردی است که قبل از انعقاد عقد، دو دین موجود باشند و با یکدیگر مبادله شوند، اما در سایر موارد تردید وجود دارد که باید به اصل جواز و صحت بیع رجوع نمود.

۵- سومین دلیلی که در فقه برای اثبات بطلان بیع کالی به کالی به آن استناد شده است، اجماع است ولی این دلیل نیز کامل نیست، زیرا:

**اولاً** در اصل تحقق اجماع در این مورد تردید است و برخی از فقها آنرا رد کرده اند؛

**ثانیاً** بر فرض تحقق اجماع، چون اجماع مستند(مدرکی) است، حجت نیست.

بنابراین از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی، بیع کالی به کالی صحیح و معتبر است.

## منابع و مأخذ

### الف-فارسی

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، دائرة المعارف حقوقی (مدنی - تجارت)، تهران، گنج دانش.
- ۲- حسین آبادی، امیر، (۱۳۷۶)، «بررسی و نقد رای وحدت رویه « شماره ۱۶۹-۱۶۸، مجله کانون وکلای دادگستری.
- ۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، عقود معین ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، جلد دوم.
- ۶- گرجی، ابوالقاسم، سال تحصیلی ۷۶-۷۷، حقوق اسلامی، جزوه پلی کپی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

### ب-فقهی به زبان عربی

- ۱- اراکی، محمد علی، (۱۴۱۵)، هق، کتاب البیع، جلد اول، قم، موسسه اسماعیلیان.
- ۲- انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، (۱۴۰۱ ه. ق)، المکاسب، به ضمیمه حواشی و ملحقات، جلد ۳، چاپ سربی، بدون تاریخ و محل انتشار.
- ۳- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ۴- حسینی الاسحاقی الحلبي (حمزة بن زهرة - ابن زهرة): غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، (مندرج در: علی اصغر مروارید: سلسله الینابیع الفقهیه، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۰ ه. ق، جلد ۲۴، ص ۲۴۸؛ سلسله الینابیع



الفقهیه مجموعه است در بیش از ۱۰۰ جلد که در هر جلد از آن موضوعات خاص فقهی از کتب فقهی عیناً جمع آوری شده است. به عنوان مثال در یک جلد آن بحث عقد وکالت از کتب شرح لمعه، شرایع و... عیناً نقل قول شده است و به همین ترتیب مجلدات دیگر آن به یک باب از ابواب فقهی اختصاص داده شده است و مباحث آن باب عیناً از کتب فقهی مختلف نقل شده است.

۵- حسینی شیرازی، سیدمحمد، (۱۳۷۵ هـ. ق.)، ایصال الطالب الی اسرار المکاسب، جلد ۱۶، قم، کتابخانه آیت ... مرعشی.

۶- حسینی عاملی، محمدجواد، بدون تاریخ چاپ، مفتاح الکرامه، فی شرح قواعد العلامه، جلد ۵، موسسه آل‌البیت، قم.

۷- حلی (ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن - محقق حلی): ۱۴۰۳ هـ. ق.، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق: سیدصادق شیرازی، جلد ۲ و ۱، تهران، انتشارات استقلال.

۸- حلی (حسن بن یوسف بن مطهر - علامه حلی): بدون تاریخ چاپ، تذکره الفقهاء، جلد ۱، مکتبه مرتضویه، لایه، الآثار الجعفریه، چاپ سنگی.

۹- حلی (حسن بن یوسف بن مطهر - علامه حلی): مختصر النافع، (مندرج در علی اصغر مروارید، ج ۱۴، ص ۱۴۶۳، سلسله الینابیع الفقهیه).

۱۰- حلی (حسن بن یوسف بن مطهر - علامه حلی): بدون تاریخ و محل انتشار، قواعد الاحکام، چاپ قدیم.

۱۱- حلی (ابن جعفر محمد بن منصور بن ادیس - ابن ادیس): بدون تاریخ چاپ، السرائر، جلد ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۱۲- حجت کوه کمره‌ای، محمد، (۱۳۷۳ هـ. ق.)، تقریرات بیع، ج ۲، قم، مکتبه محمدی.

۱۳- خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۸ هـ. ش.)، مصباح الفقاهه، جلد ۷، انتشارات وجدانی.

۱۴- سیستانی، سید علی، (۱۴۱۰ هـ. ق.)، منهاج الصالحین، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۱۵- طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۰۴ هـ. ق.)، ریاض المسائل، ج ۱، قم، موسسه آل‌البیت.

۱۶- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (بدون تاریخ) و محل انتشار، حاشیه برمکاسب، مندرج در المکاسب محشی، چاپ سنگی.

۱۷- طرابلسی (القاضی عبدالعزیز بن براج - ابن براج): ۱۴۰۶ هـ. ق.، المهذب، جلد ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۱۸- طوسی، (ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی بن الحسن - شیخ طوسی): بدون تاریخ چاپ، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، انتشارات قدس محمدی.

۱۹- طوسی، (ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی بن الحسن - شیخ طوسی): ۱۳۶۲ هـ. ق.، تهذیب الاحکام، جلد ۶، دارالکتب الاسلامیه.

۲۰- عاملی (زین‌الدین بن علی - شهید ثانی): بدون تاریخ چاپ، الروضة البهیة، فی شرح لمعه الدمشقیه (شرح لمعه)، جلد ۱، چاپ قدیم، محشی، کتاب فروشی اسلامیه.

۲۱- عاملی (زین‌الدین ابن علی - شهید ثانی): ۱۴۱۹ هـ. ق.، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۳، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.

۲۲- قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، جلد ۲، تصحیح: مرتضی رضوی، موسسه کیهان.

- ٢٣- کرکی (محقق کرکی): الرسائل، جلد ١، قم، کتابخانه آیت... مرعشی.
- ٢٤- الکیدوری (قطب الدین): ١٤١٦هـ. ق، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم، موسسه الامام الصادق.
- ٢٥- مامقانی (شیخ عبدا...): بدون تاریخ چاپ، مناہج المتقین، قم، موسسه آل البيت.
- ٢٦- نجفی (محمدحسن): ١٩٨١ م، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ٢٤، بیروت، دار احیاء التراث.
- ٢٧- الہذلی (یحیی بن احمد بن الحسن بن سعید): الجامع للشرایع، ج ١٤ (مندرج در: علی اصغر مروارید، سلسله الینابیع الفقہیہ).

### ج - فرانسوی

- 1-Ghestin (Jacque) et Desche (Bernard) (1990), Traite des contrats, La vente, L.G.D.J., Paris.
- 2- Mazeaud (Henri et Leon) et (Jean) Mazeaud, leçons de droit civil, 4<sup>ed</sup>, Montchrestien, 1974, T.III, V. II, Principaux contrats.