

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹  
زمستان ۱۳۹۳، ص ۲۳-۹

## زمان تعیین مبیع در بیع کلی\*

دکتر احمد باقری

استاد دانشگاه تهران

Email: a\_bagheri41@yahoo.com

شکیبا امیرخانی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: shakiba\_amirkhany@yahoo.com

### چکیده

در نظام حقوقی اسلام، عقد بیع در شمار عقود تملیکی قرار دارد، بی آن که میان معین بودن مبیع و کلی بودن آن تفاوتی وجود داشته باشد. از این رو در زمان تشخیص مبیع، در فرضی که مبیع کلی باشد، میان فقیهان اختلاف نظر گسترده‌ای وجود دارد که آثار مختلف و بعضاً متناقضی را به دنبال داشته است. تبیین این مهم و تحلیل آن برای دستیابی به نظریه‌ای متقن، می‌تواند از تشتت آرا به‌کاهد و احکام این عقد پرکاربرد را شفاف‌تر سازد. قانون مدنی نسبت به این مسأله اجمال دارد و همین امر باعث شده است که برخی حقوق‌دانان، به تبعیت از نظام‌های حقوقی غرب، بیع را در فرض کلی بودن مبیع، عهدی بدانند و آن را از شمول عقود تملیکی خارج سازند. در این پژوهش نخست تبیین دقیقی از مفهوم کلی و اقسام آن به عمل آمده و با توجه به آن، آرای مختلف فقیهان در ارتباط با زمان تشخیص مبیع کلی مورد بررسی قرار گرفته است. بر اساس یافته‌های این نوشتار، کلی مشاع با افراز معین می‌شود و در بیع کلی در معین و کلی در ذمه، اراده جدی بایع که مشتری‌گزینش و تسلیم مصداق کلی را به وی تفویض نموده است، معیار تشخیص مبیع خواهد بود.

**کلیدواژه‌ها:** مبیع، معین بودن، کلی در معین، کلی در ذمه، کلی مشاع.

**مقدمه**

عقد بیع در فقه اسلامی یکی از اسباب تملیک عین شمرده شده است. فقیهان در توصیف شرایط و ویژگی‌های مبیع، آن را منحصر به عین شخصی و معین ندانسته و بر امکان مبادله مبیع کلی در یکی از قالب‌های کلی در معین، کلی مشاع و کلی فی الذمه تأکید ورزیده‌اند. گرچه مبیع کلی در ضمن یکی از افراد و مصادیق خود در عالم خارج وجود می‌یابد، اما این که کدام فرد از افراد کلی را منحصرأ می‌توان مبیع شمرد و آثار و احکام مبیع معین را بر آن مترتب ساخت، سوالی است که به نظر می‌رسد اندیشمندان فقه اسلامی برای دستیابی به پاسخ دقیق آن اهتمام کافی نورزیده‌اند و از این رو در متفرعات مباحث بیع نظیر خیار عیب، خیار رؤیت و قاعده تلف مبیع پیش از قبض و مباحث مشابه در دیگر عقود، به تشتت آراء و استدلال‌ات نه چندان متقن، گرفتار آمده‌اند. به عنوان مثال برخی تسلیم یکی از مصادیق را برای تشخیص مبیع کلی کافی دانسته و برخی دیگر بر این باورند که عنوان مبیع تنها بر افرادی از کلی صادق است که برخوردار از سلامت و عاری از هرگونه عیب باشند و به قبض مشتری نیز درآیند. پراکندگی آراء فقیهان، قانون مدنی کشور را نیز متأثر ساخته و قانون‌گذار را به سکوت در این باره واداشته است تا آن‌جا که اغلب حقوق‌دانان برای رفع این اجمال، بر اطلاق صریح قانون‌گذار در خصوص تملیکی بودن همه اقسام بیع پای نهاده و با عهدهی شمردن بیع کلی، تسلیم و تشخیص و تملیک مبیع کلی را هم‌زمان تصور کرده‌اند، بدان معنا که با تسلیم مبیع کلی، تشخیص و تملیک آن نیز محقق خواهد شد. در این نوشتار تلاش می‌شود ضمن حفظ خصیصه تملیک در عقد بیع، آراء و نظرات فقیهان در خصوص زمان و چگونگی تشخیص مبیع کلی، مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد تا از این رهگذر بتوان به شاخصه‌ای منطبق بر موازین مسلم فقهی دست یافت که زمان تعیین اقسام مبیع کلی را به دقت روشن سازد.

**مفهوم‌شناسی**

مفاهیم را از حیث نحوه اطلاق آن‌ها بر مصادیق خارجی به دو قسم کلی و جزئی تقسیم کرده‌اند. بر این اساس مفهومی را جزئی گویند که تنها بر یک فرد خارجی قابل اطلاق باشد و در مقابل مفهومی کلی است که قابلیت انطباق بر افراد متعدد را دارا باشد (جعفری لنگرودی، ۵۷۴). از سرایت تعاریف پیش‌گفته به اموال موضوع مبادله در عقد بیع، می‌توان بیع را نیز ذیل دو عنوان کلی و جزئی جای داد، بدین بیان که چنان‌چه عین معین و شخصی منحصرأ، مقصود

طرفین عقد در تملیک و تملک واقع شود، بیع جزئی است و هرگاه مبیع از قابلیت انطباق بر مصادیق متعدد برخوردار بوده و این افراد به نحو علی البدل موضوع عقد قرار گیرند، بیع کلی خواهد بود.

مبیع کلی از نظر فقیهان به سه دسته تقسیم می‌شود:

#### أ- کلی در معین

ممکن است طرفین بیع به جای آن که قصد خود را متوجه عین شخصی و معین نمایند، متعلق عقد خود را عین کلی قرار داده و بر لزوم تأدیه مبیع از افراد معین موجود در خارج تراضی نمایند، مانند آن که شخصی یکی از ده یخچال همانند موجود در یک فروشگاه را خریداری نماید، بدون آن که یکی از آن‌ها را مورد اشاره قرار دهد و قصد جدی خود را به آن معطوف سازد. در این صورت فروشنده ملزم به تعیین و تسلیم یخچال مشتری از میان ده یخچال مذکور خواهد بود. این مبیع را کلی در معین می‌نامند، زیرا از یک سو هنگام عقد از تشخیص بی‌بهره و قابل اطلاق بر هریک از یخچال‌های موجود در فروشگاه است و از دیگر سو انحصار افراد قابل انطباق در مصادیق معین، مبیع کلی را تا حدی از عدم تعیین دور ساخته است. (همان، خوبی، ۳۲۳/۵) ماده ۳۵۰ قانون مدنی در تبیین اقسام مبیع، به کلی در معین اشاره‌ای نکرده و در کنار «مبیع مشاع» و «کلی فی الذمه» تنها به ذکر «کلی از شی متساوی الاجزا» اکتفا کرده است،<sup>۱</sup> همان‌طور که در وضع ماده دیگر نیز کلی در معین را «در حکم عین خارجی» دانسته است.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد این همانی یاد شده در کلام قانون‌گذار به جهت موجود و معین بودن مصادیق همسان در مبیع «کلی در معین» باشد، تا آن‌جا که آن را تا حدی از اقسام دیگر کلی متمایز ساخته و در بعضی موارد احکام عین معین خارجی را بدان بخشیده است.

#### ب- کلی در ذمه

چنان‌چه مبیع از جنس دین باشد، اصطلاحاً به آن کلی فی الذمه گفته می‌شود که مشتمل بر دو قسم است:

قسم اول: گاه با بیع دینی را که بر ذمه دیگری نسبت به او مستقر شده است، به مدیون یا شخص ثالث می‌فروشد. به عنوان مثال «الف» از «ب» یک تن برنج طلبکار است و این دین را مبیع در بیعی قرار می‌دهد که با «ب» یا «ج»، منعقد می‌سازد. از آن‌جا که مبیع در بیع مذکور

۱- ماده ۳۵۰ قانون مدنی: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد

۲- ماده ۴۰۲ قانون مدنی: هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه با بیع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به با بیع بدهد، با بیع مختار در فسخ معامله می‌شود.

دینی است که ذمه مدیون پیش از انعقاد عقد به ایفای آن متعهد گردیده است، لذا در اتصاف آن به اوصاف مالیت و ملکیت تردیدی وجود ندارد، زیرا فروشنده هنگام عقد مالک مالی است در ذمه و عهده دیگری، که آن را متعلق بیع خود قرار داده و به ملکیت مشتری در می آورد، هرچند مال موضوع تملیک از جنس دین و قرارگاه آن به جای عالم خارج، ذمه مدیون باشد. (خویی، ۳۱۲/۲؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۸۹/۱؛ جزایری، ۳۳/۱)

قسم دوم: ممکن است مبیع کلی، دینی باشد که به محض تحقق عقد ذمه بایع به ادای آن متعهد می گردد، مانند فرضی که «الف» یک تن برنج را به اعتبار وجودش در آینده ای مشخص به «ب» می فروشد که در فقه از آن با عنوان بیع سلف یاد می شود. برخی فقها بر این باورند که در چنین بیعی هم زمان با انعقاد عقد، وجود اعتباری مال در ذمه بایع شکل گرفته و به تملیک مشتری در می آید، حال آن که بعضی بر تقدم اعتبار مذکور بر بیع تأکید دارند و نظر خویش را با لزوم مالیت موضوع بیع پیش از عقد، مستدل می سازند. (خویی، همان؛ نایینی، منیه الطالب، ۴۰/۱)

برخی حقوق دانان کلی فی الذمه را فاقد وجود خارجی معرفی کرده و این ویژگی را وجه تمایز این کلی از سایر اقسام آن دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۵۷۵)، حال آن که بر خلاف تلقی این بزرگان، فقدان وجود خارجی نه تنها سبب افتراق اقسام مبیع کلی از یکدیگر نخواهد شد، بلکه وجه اشتراک آنها نیز به شمار می آید، زیرا مبیع کلی اعم از آن که کلی در معین، کلی مشاع یا کلی فی الذمه باشد، تا زمانی که در ضمن یکی از افراد و مصادیق خود متعین نگردد، وجود خارجی نخواهد یافت. بنابراین در بیان تفاوت میان اقسام کلی باید گفت که مصادیق قابل انطباق در کلی فی الذمه، منحصر در محدوده خاصی از افراد خارجی نیست و تسلیم هر فرد واجد اوصاف مقرر در بیع، سبب براءت ذمه متعهد خواهد شد، حال آن که در دو قسم دیگر تسلیم مبیع از میان مصادیق معین خارجی منظور طرفین قرار گرفته است. (خمینی، البیع، ۳۳/۱-۳۴).

### ج- کلی مشاع

چنانچه مقدار معینی از عین موجود در خارج به قید اشاعه مورد معامله قرار گیرد، مبیع را کلی مشاع می نامند، مانند آن که «الف» نصف مشاع یک تن برنج را از «ب» خریداری کند. (جعفری لنگرودی، ۵۷۴؛ خویی، ۳۱۰/۵) نام گذاری مبیع مشاع به کلی از آن روست که اشاعه سبب سرایت مالکیت شرکا در تمام ذرات مال موضوع شراکت، به قدر سهم هر یک از ایشان

می‌گردد. بنابراین پیش از تعیین سهام و تفکیک آن‌ها از یکدیگر، هریک از ذرات مال، متعلق حق همه شرکا و تصرف هر شریک در آن متوقف بر اذن سایر شریکان خواهد بود. بدین ترتیب در مثال فوق «الف» نمی‌تواند پانصد کیلو از برنج خریداری شده را جدا کرده و به عنوان ملک خود به آن اشاره کند، هم‌چنان که «ب» نیز فاقد این اختیار است، زیرا در هر دانه برنج حق هر دوی ایشان به نحو تنصیف به هم آمیخته است و می‌توان آن را مال هر دو به حساب آورد.

گرچه اغلب فقیهان عین مشاع را این‌گونه ترسیم کرده و بیع آن را در شمار اقسام بیع کلی جای داده‌اند، اما از کلام برخی دیگر چنین بر می‌آید که ایشان موضوع کلیت مبیع مشاع را چندان باور نداشته و بر این نظرند که در فروش مال به قید اشاعه، همانند فرض معین بودن مبیع، کل مال به ملکیت مشتری داخل می‌گردد. تنها وجه افتراق این دو قسم از بیع آن است که در فروش عین مشاع، مالکیت هریک از بایع و مشتری ناقص و به قدر سهم شراکتی ایشان است، حال آن‌که مالکیت مشتری بر مبیع معین خریداری شده، کامل و بدون نقص است. (خوبی، ۳۱۶/۵) تبیین متفاوت این فقیهان از ماهیت افراز و عدم تأثیر آن در تعیین سهم شرکا، گواهی بر دیدگاه ایشان در خصوص تفاوت میان مبیع معین و مشاع است. (همان، ۳۱۹)

### اختلاف نظر فقیهان در زمان تعیین مبیع کلی

هرچند فقیهان در آثار خود بر صحت و جواز بیع کلی تأکید ورزیده‌اند، اما بحث مستقلاً را به چگونگی تعیین مبیع کلی و خروج آن از وصف کلیت اختصاص نداده‌اند. با وجود این از دقت در آرای ایشان می‌توان به شاخصه‌های زیر جهت تعیین مبیع کلی دست یافت.

#### أ- ایفای تعهد و تسلیم یکی از مصادیق کلی

یکی از آثار بیع صحیح، تعهد فروشنده و خریدار به تسلیم مبیع و ثمن است که اطلاق این اثر شامل فرضی که مبیع یا ثمن از وصف کلیت برخوردار است نیز می‌گردد. حال چنان‌چه کالای فروخته شده کلی در معین یا کلی فی‌الذمه باشد، بی‌تردید تسلیم چنین مبیعی به مشتری از طریق تأدیه یکی از افراد و مصادیق آن کلی به عمل خواهد آمد. برخی فقیهان بر این باورند که با تسلیم فردی که عرفاً واجد عنوان کلی موردنظر است و قبض مصداق یاد شده توسط متعهدله، موضوع قرارداد از حالت کلیت خارج شده، متعین خواهد شد و از آن پس فرد تسلیم

شده از اوصاف و خصوصیات مبیع عین معین برخوردار می‌گردد.<sup>۳</sup> به عنوان مثال چنانچه فرد مذکور معیوب باشد، هم‌چون فرضی که عیب مبیع شخصی آشکار شود، امکان فسخ بیع برای مشتری متصور خواهد بود. (محقق حلی، ۴۳/۲؛ شیخ طوسی، ۹۵/۲؛ نجفی، ۲۴/۲۴-۲۸؛ شهید ثانی، ۳/۳۴۲)

با وجود آن‌که این اندیشمندان تا حدی سعی بر التزام نسبت به آثار نظر برگزیده خویش داشته‌اند اما به نظر می‌رسد در برخی موارد ناخواسته تبعاتی را پذیرفته‌اند که ناشی از تلقی کلیت موضوع قرارداد حتی پس از قبض مصداق و تعیین مبیع است. از جمله آن‌که اغلب ایشان بر امکان مطالبه بدل فرد معیوب در عرض حق فسخ اتفاق داشته و بر اختیار مشتری در انتخاب هر یک از گزینه‌های پیش‌گفته تأکید ورزیده‌اند و صرفاً در برخی شرایط تحقق این تخیر اختلاف نظر دارند (همان‌ها) حال آن‌که هم‌زمانی تبدیل فرد معیوب به فرد سالم با استحقاق فسخ معامله ممکن نیست، زیرا امکان فسخ نتیجه مبیع شمردن فرد به قبض در آمده است در حالی که ابدال از عدم صدق عنوان مبیع بر فرد مقبوض ناشی می‌شود و این دو مبنا کاملاً با یکدیگر متناقض‌اند. (نایینی، منیة الطالب، ۱۷۸/۲-۱۷۹) از طرفی چگونه می‌توان تصور نمود مبیع کلی در ضمن یکی از مصادیق خود در عالم خارج محقق شده و مصداق خارجی به واسطه قبض مشتری متعلق انشاء و قصد طرفین نیز قرار گیرد و آن‌گاه به جهت ظهور عیب در فرد منظور امکان عدول از قصد مشترک و بازگرداندن وصف کلیت به مبیع وجود داشته باشد؟ همین اشکال به درستی از سوی برخی فقیهان نیز مطرح شده که پاسخ قانع‌کننده‌ای به آن داده نشده است. (خمینی، ۲۸۵/۲)

از توجهات برخی فقیهان چنین به نظر می‌رسد که ایشان برای کلیت موضوع عقد بیع ماهیتی مستقل قائل‌اند تا آن‌جا که انقلاب معاوضه میان کلی و ثمن را به فرد و ثمن، حتی در فرض تعیین قطعی کلی در ضمن فرد، محال شمرده‌اند (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۴/۴۴۰). گویا از نظر ایشان چنانچه مبیع کلی متعلق بیع واقع شود، هیچ‌گاه نمی‌توان وصف کلیت را از آن سلب و هم‌چون مبیع عین معین با آن رفتار نمود، حتی پس از تسلیم یکی از مصادیق کلی از سوی بایع و قبض آن فرد توسط مشتری به دیگر بیان گرچه با این تسلیم ذمه فروشنده از تعهد تسلیم مبیع بری گردد اما چنین بیعی همواره مبادله مبیع کلی در برابر ثمن

۳ - از نظر برخی فقیهان که فسخ بیع به سبب عیار رؤیت را در بیع کلی در معین و کلی مشاع امکان‌پذیر می‌دانند، چنین بر می‌آید که ایشان فرد به قبض در آمده از این دو قسم کلی را مبیع می‌شمرده‌اند. (طباطبایی قمی، ۲۸۳/۴) همچنانکه برخی این روش را به تشخیص مبیع کلی در معین اختصاص داده‌اند. (جزایری، ۳۲/۱)

خوانده شده و از این رو امکان تبدیل فرد مقبوض واجد عیب با فردی سالم از آن کلی موجه خواهد بود.

از دیگر دلایلی که عدم پای‌بندی برخی از این فقیهان را نسبت به لوازم نظریه خویش آشکار می‌سازد، مشروع ندانستن حق فسخ برای مستأجر در فرضی است که موضوع اجاره کلی و فرد تسلیم شده به مستأجر، معیوب باشد. در چنین حالتی ایشان استحقاق فسخ اجاره را تنها در صورت تعدد ابدال متصور دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۲۲۹/۳؛ نجفی، ۳۱۵/۲۷-۳۱۶). حال آن‌که به نظر می‌رسد میان عقد اجاره و بیع از حیث استدلال بر ثبوت یا عدم امکان فسخ تفاوتی نیست، زیرا داوری عرف به عنوان مهم‌ترین زیربنای نظر ایشان در هر دو عقد یکسان است و از طرفی دلایل خاصی وجود ندارد که نحوه تعیین موضوعات کلی در عقود مختلف را به تمایز بیان کرده باشد. بنابراین چنان‌چه قبض مصداق کلی از سوی متعهدله در تشخیص آن کافی شمرده شود، این قاعده برخوردار از اطلاق و قابل سرایت به همه معاملات در فرض کلیت موضوع آن‌ها خواهد بود و از این رو نمی‌توان آن را تنها به اقسام خاصی از بیع نظیر صرف و سلم<sup>۴</sup> منحصر دانست.

#### ب- تسلیم فرد عاری از عیب از سوی متعهدله

از بررسی و تتبع در آثار فقیهان چنین بر می‌آید که اغلب ایشان تسلیم یکی از مصادیق را در تشخیص مبیع و ثمن کلی ناکافی دانسته و ضمن اعتبار شرط ضمنی سلامت در مصداق به قبض در آمده، تنها آن فرد از کلی را که عاری از هرگونه عیب باشد، برای صدق عنوان مبیع یا ثمن صالح دانسته‌اند. (ابن ادریس، ۴۷۳/۲-۴۷۴؛ کرکی، ۹۲/۷؛ یزدی، العروة الوثقی، ۳۴/۵؛ بحرانی، ۶۱۴/۲۱) برخی نیز قدمی فراتر نهاده و نه تنها صحت و سلامت از عیوب را برای مبیع یا ثمن خواندن فرد تسلیم شده لازم شمرده‌اند، بلکه برخوردارگی کامل فرد مقبوض از صفات مقرر میان طرفین را نیز ضروری دانسته‌اند؛ آن‌گونه که به صراحت اعلام می‌دارند چنان‌چه مصداق اعطا شده از مبیع کلی فاقد برخی از اوصاف مورد توافق طرفین باشد، مشتری مکلف است مال بایع را که بی‌جهت در تصرفش قرار گرفته به وی بازگرداند و مبیع را مطالبه کند. (مظفر، ۱۶۷/۲)

در توجیه نظریه انطباق مبیع کلی بر مصداق واجد سلامت چنین استدلال شده است که مبیع عین معین از آن‌جا که قابلیت تقیید را دارا نیست، ناگزیر در هر حال و حتی در صورت

۴ - نظریه تعیین مبیع کلی از طریق تسلیم یکی از مصادیق از سوی قائلان به آن صرفاً در ابواب بیع صرف و سلم مطرح گردیده است.

نقصان و عیب یا تخلف از اوصاف مقرر، متعلق بیع واقع شده و مبیع خوانده خواهد شد، اما چنانچه مبیع کلی باشد، به جهت آن که از قابلیت تضییق و تقیید برخوردار است، از این رو افرادی از کلی مبیع خواهند بود که ضمن بهره‌مندی از صفات مورد توافق، معیوب نباشند. (اصفهان‌ی، الاجاره، ۵۳) به عنوان مثال چنانچه اتومبیلی به نحو کلی در معین یا کلی در ذمه فروخته شود، صرفاً اتومبیل‌هایی را می‌توان مبیع شمرد که از همه اوصاف برخوردار بوده و دچار نقصان و عیب نباشند. بنابراین اتومبیل‌های فاقد این ویژگی اساساً در دایره مبیع کلی جای ندارند و حتی تسلیم نیز به مبیع شدن آن‌ها کمکی نخواهد کرد. بدیهی است پذیرش این استدلال نخست متوقف بر آن است که دخالت وصف صحت برای صدق عنوان مبیع پذیرفته شود تا آن‌گاه بتوان گفت چنانچه فرد ایفا شده از مبیع کلی معیوب باشد، فرد مذکور را نمی‌توان مبیع نامید؛ (همان، ۵۴) حال آن‌که دلیلی بر اثبات این مدعا وجود ندارد. از این رو برخی فقیهان ضمن اجتناب از قبول مقدمه نخست، بر این باورند که سلامت مبیع از عیوب در ذات و عنوان آن بی‌تأثیر است. (سبزواری، ۱۷/۱۸؛ اصفهان‌ی، الاجاره، ۵۴)

گزینش نظریه تعیین مبیع کلی در مصداق عاری از عیب، اغلب صاحبان این نظر را برآن داشته است که جریان خیار عیب را در بیع کلی به صراحت انکار کنند و برای مشتری که مصداق معیوب به وی تسلیم شده است، صرفاً حق مطالبه بدل را متصور بدانند، زیرا همان‌گونه که گفته شد، به زعم ایشان فرد واجد عیب که به قبض مشتری در آمده است را نمی‌توان مبیع خواند و از این رو مشتری حق دارد با ردّ فرد معیوب به فروشنده، فرد سالمی از همان مبیع را درخواست کند (یزدی، حاشیه المکاسب، ۷۰/۲). از طرفی این فقیهان برای آن‌که به اشکال نادیده انگاشتن اطلاق اخبار مربوط به خیار عیب که به صراحت همه اقسام مبیع را شامل می‌گردد، دچار نشوند، ناگزیر واژه «ردّ»<sup>۵</sup> (حرّ عاملی، ۳۰/۱۸) مذکور در این روایات را در فرض کلیت موضوع بیع، به ردّ تطبیق و وفا تعبیر کرده (اصفهان‌ی، الاجاره، ۵۴) و در توجیه آن گفته‌اند به لحاظ اختلاف در مقتضای بیع، ردّ نیز شامل دو صورت است بدین ترتیب که چنانچه مبیع معیوب، عین معین باشد، ردّ آن به منزله فسخ عقد است و هنگامی که مبیع کلی بوده و فرد تسلیم شده از آن کلی واجد عیب باشد، ردّ مصداق به مثابه ردّ تطبیق کلی بر فرد مقبوض است و نه به معنای زوال عقد و از این نوع ردّ به «ابطال تطبیق» (نجفی، ۲۵/۲۴) یا

۵ - عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً، فقال إن كان الشيء قائماً بعينه، رده على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العيب» (برای دیدن روایت مشابهه رک: وسائل الشیعه، ۳۰/۱۸، حدیث ۳ از باب ۱۶)



«فسخ وفا» (یزدی، حاشیه مکاسب، ۷۰/۲) تعبیر کرده‌اند، حال آن‌که توجیه یاد شده، ادعایی است که در کلام این بزرگان دلیلی بر اثبات آن به چشم نمی‌خورد. زیرا آن‌چه از معنای واژه «رد» متبادر می‌گردد، «فسخ عقد» است. (همان) از این رو چنان‌چه مدعی این فقیهان استعمال این واژه در بیش از یک معنا با لحاظ تفاوت در اقسام مبیع است، بایستی دلیلی بر این استعمال خلاف اصل ارایه گردد که مغفول مانده است.

بر مبنای نظر ایشان تنها زمانی که مبادله فرد معیوب با فرد سالم نامقدور گردد، می‌توان امکان فسخ عقد را به استناد خیار تعدّر تسلیم پیش‌بینی کرد. در این میان فرقی ندارد سبب این تعدّر عجز فروشنده باشد یا معیوب در آمدن تمام افراد مبیع کلی (یزدی، حاشیه المکاسب، ۷۰/۲؛ اصفهانی، الاجاره، ۵۶) به دیگر بیان حتی در فرضی که بیش از یک فرد از کلی باقی‌مانده و آن فرد منحصر نیز مبتلا به نقصان و عیب است، نمی‌توان مصداق مذکور را مبیع نامید و مطالبه ارش یا فسخ عقد را به استناد خیار عیب مشروع دانست. هرچند به نظر می‌رسد برخی از این فقیهان انحصار کلی در مصداق معیوب را سبب تعیین قهری مبیع و به تبع جواز جریان خیار عیب دانسته‌اند، بدون آن‌که میان کلی در ذمه و کلی در معین تفاوتی قائل شوند. (سبزواری، ۱۸۵/۱۷)

به نظر نمی‌رسد نظریه یاد شده نیز از مبانی فقهی و منطقی استواری برخوردار باشد، چه آن‌که تنها معیار ممتاز کننده مبیع و ثمن در عقد بیع، قصد جدی طرفین است و در این خصوص میان کلی یا عین معین بودن موضوع قرارداد تفاوتی نیست. به عبارت دیگر هم‌چنان که عین معین پس از تحقق عقد و تعلق قصد طرفین مبیعه بر تملیک آن، مبیع خوانده شده و تمام آثار مبیع بر آن مترتب می‌شود، عین کلی نیز پس از آن‌که در ضمن یکی از مصادیق خود، به نحو قطعی متعلق قصد انشای طرفین قرار گیرد، ناگزیر مبیع خواهد بود و در هر دو حال عدول از این قصد میسر نیست مگر به یکی از طرق مشروع فسخ و انحلال بیع. حال در بیع کلی که مشتری اختیار تعیین یکی از افراد مبیع کلی را به بایع تفویض کرده و بایع بر اساس این توافق، یکی از مصادیق آن کلی را به مشتری تسلیم کرده و او نیز فرد اعطا شده را به قصد مبیع بودن پذیرفته است و تملک می‌کند، چگونه می‌توان مدعی بود بقیه افراد مبیع کلی هم‌چنان متعلق قصد طرفین به نحو علی‌البدل است و از این رو در صورت ظهور عیب در فرد تسلیم شده، مشتری می‌تواند بدل فرد معیوب را مطالبه کند؟ بر فرض آن‌که شخصی مالی را به صورت کلی در معین یا کلی در ذمه خریداری کرده و هنگام تسلیم، خود یکی از مصادیق آن

را انتخاب و بایع نیز ضمن اعلام رضایت، فرد منتخب مشتری را به وی تسلیم کند، آیا باز هم می‌توان گفت در صورت معیوب در آمدن آن فرد، مشتری حق مطالبه بدل مبیع معیوب را داراست؟ پاسخ می‌تواند مثبت باشد، زیرا بر اساس نظر کسانی که سلامت مبیع را در تشخیص آن شرط دانسته‌اند، فرد انتخاب شده در حقیقت عنوان مبیع را نخواهد داشت. در رد این سخن باید گفت که سلامت مبیع در تشخیص آن مدخلیتی ندارد، زیرا در مبیع عین معین نیز در فرض معیوب بودن آن، مشتری حق مطالبه بدل را ندارد و صرفاً می‌تواند بیع را فسخ کند یا ارش بگیرد. پس می‌توان گفت که سلامت مبیع یا اقتضای اطلاق بیع است یا به عنوان شرط ضمنی یا تبانی در عقد بیع لحاظ می‌شود و در این میان متفاوت نیست که مبیع کلی یا عین معین باشد. آری؛ تفاوت در این است که در مبیع عین معین، عقد از همان ابتدا بر همان فرد خاص واقع شده و در مبیع کلی عقد در ابتدا بر فرد نامعین واقع شده است و سپس بایع بنا بر اختیاری که دارد، مبیع را پس از عقد متعین ساخته است. تعبیر فقیهان که به صراحت از تعین در متن عقد سخن گفته‌اند، (شهید ثانی، شرح لمعه، ۳۳۴/۴) حاکی از این است که مبیع کلی بی‌تردید در خارج از متن عقد محقق می‌شود که در ما نحن فیه بایع معین کننده کلی در خارج از عقد است.

### ج- تعین کلی در فرد منحصر

چنانچه مبیع کلی در یکی از افراد خود منحصر گردد بدان معنا که امکان تأدیه آن از طریق مصادق دیگری ممکن نباشد، برخی فقیهان بر این باورند که فرد باقیمانده از کلی لزوماً مبیع خواهد بود، بدون آنکه نوع کلی و علت نیایی و انحصار آن در ضمن فرد منحصر، در این مهم تأثیرگذار باشد. (سبزواری، ۱۸۵/۱۷) به نظر می‌رسد علت التزام به این رأی آن باشد که همه افراد کلی متعلق قصد طرفین به نحو علی‌البدل قرار گرفته‌اند و از این رو چنانچه پیش از تعیین قطعی مبیع، افراد کلی به هر دلیل تلف یا معیوب یا آنکه از دسترس فروشنده خارج شوند و تنها مصادیقی از کلی باقی بمانند که برابر با موضوع عقد باشند، قصد طرفین در خصوص افراد برجای مانده، قهراً تنجز خواهد یافت، بدون آنکه اراده یا اقدام دیگری از ناحیه فروشنده و خریدار در این تعین تأثیرگذار باشد. مثل آنکه فروشنده‌ای یکی از ده یخچال موجود در انبار خود را به نحو کلی در معین بفروشد و همه یخچال‌ها جز یکی از آنها سرقت شود. بدیهی است یخچال باقی مانده حتی در فرض عدم رضایت بایع، مبیع خوانده شده و ملک مشتری خواهد بود. بعضی دیگری از فقها ضمن تفصیل میان اقسام کلی، انحصار را در

کلی فی الذمه، مفید تعیین و تشخیص ندانسته و بر این نظرند که چنانچه مبیع از نوع کلی در ذمه بوده و در تعداد موضوع قرارداد منحصر گردد، هم چنان صدق عنوان مبیع بر فرد یا افراد منحصر پیش از تسلیم بایع مقدور نخواهد بود و صرفاً پس از تسلیم فروشنده می توان به خروج مال از ملکیت بایع و تملک آن توسط مشتری ملتزم شد. (مامقانی، ۴۶۹/۳) از طرفی چنانکه پیشتر نیز گفته شد، شماری از فقیهانی که سلامت از عیوب را به انضمام تسلیم بایع در تشخیص مبیع کلی لازم می شمردند، انحصار کلی را در تعیین آن بی تأثیر دانسته و در فرضی که آخرین فرد از کلی نیز معیوب باشد، به جای خیار عیب نظر به ثبوت خیار تعدد تسلیم برای مشتری داشته اند (یزدی، ۷۰/۲) در این میان به نظر می رسد انحصار کلی در تعداد افراد موضوع مبیعه، اعم از آن که کلی در معین یا در ذمه باشد، قصد جدی طرفین را قهراً متوجه افراد باقیمانده خواهد نمود و از این رو بایع مکلف است مصادیق منحصر را که دیگر به آنها مبیع گفته می شود، به مشتری تسلیم کند. بدیهی است چنانچه پس از قبض مشتری عیب مبیع کلی آشکار گردد، بر مبنای خیار عیب، امکان فسخ بیع یا مطالبه ارش برای مشتری فراهم آمده و بدین ترتیب از وی رفع ضرر به عمل خواهد آمد.

#### د- افراز کلی

افراز و تقسیم، راهکار تعیین مبیع در فرضی است که بایع مال خویش را به قید اشاعه به تملیک مشتری در می آورد. آن گروه از فقیهان که فروش عین مشاع را به جهت عدم تعیین سهم بایع و خریدار از اقسام بیع کلی محسوب داشته اند، افراز و تقسیم مبیع را تنها راه حل رهایی آن از کلیت ناشی از اشاعه، عنوان کرده اند. (جزایری، ۳۳/۱) این نظر در حقوق ایران نیز مورد تأیید واقع شده و افراز با تراضی طرفین یا حکم دادگاه پایان بخش مالکیت مشاعی شرکا، معرفی شده است. (جعفری لنگرودی، ۵۷۴-۵۷۵) در مقابل برخی فقیهان بر این باورند که افراز و تقسیم مبادله ای است میان مملوک مشاعی شرکا که گرچه این تبادل خلاصی از اشاعه و استقلال مالکیت ایشان را به همراه دارد، اما نباید چنین تصور کرد که حق هریک از شریکان کلی است که بدین وسیله تعیین پیدا می کند. (خویی، ۳۱۹/۵) به نظر می رسد نظریه نخست از مبانی محکم تری برخوردار است، زیرا گرچه عین مبیعی که موضوع شراکت قرار گرفته در عالم خارج موجود و از این لحاظ با کلی فی الذمه متفاوت است، اما سهم مشاعی هر یک از شریکان پیش از آن که از سهم دیگر شرکا جدا شود، متعین نیست و هیچ یک از شریکان

۶ - إن كان مراد الامامیه هو أن حق كل منهما أمر كلي يتعين بالقسمه، فهو لا يصح إلا في موارد كون المملوك كلياً كموارد البيع في الذمه أو بيع الكلي في الخارج، فإنه يتعين بالتعيين.

نمی‌تواند محدوده تحت مالکیت خویش را از دیگران متمایز سازد و آن را به عنوان سهم اختصاصی خویش معرفی کند. درست همانند فروش مبیع کلی در معین که هیچ‌یک از افراد آن را نمی‌توان مبیع نامید، مگر آن‌که یکی از آن افراد برای تسلیم به مشتری به نحو قطعی انتخاب شود. بنابراین می‌توان پذیرفت عین مشاع نیز کلی است که با افراز و از بین رفتن اشاعه تعیین می‌یابد.

### تعیین یافتن مبیع کلی در حقوق ایران

هرچند قانون مدنی در ماده ۳۵۰ خود به ذکر اقسام مبیع کلی اکتفا کرده و از احکام مرتبط با بیع کلی صرفاً به عدم جریان خیار رؤیت در آن<sup>۷</sup> و نیز اختصاص خیار تأخیر ثمن به بیع کلی در معین<sup>۸</sup>، بسنده کرده است، اما موضوع تعیین مبیع کلی از نگاه اندیشمندان حقوق مخفی نمانده است. نخست باید دانست اغلب حقوق‌دانان اثر مستقیم بیع را در فرض کلی بودن موضوع قرارداد، تعهد به تسلیم و ایفای یکی از مصادیق کلی دانسته‌اند؛ حال برخی از ایشان صراحتاً بر عهده بودن بیع در این فرض تأکید ورزیده و ملکیت را در اثر تسلیم محقق شمرده‌اند (شهیدی، ۳۷) و برخی دیگر گرچه از این صراحت اجتناب کرده و از تملیکی بودن عقد بیع عدول نکرده‌اند، اما بر این باورند که مشتری در بیع کلی، بر ذمه و عهده بایع سلطه و استیلا می‌یابد و از این رو در فرض مذکور مالکیت در معنای عام خود استعمال شده است (امامی، ۵۲۶/۱-۵۲۵). هم‌چنان که بعضی نیز بیع کلی را فراهم آورنده اقتضای تملیک شمرده، نفوذ و استقرار ملکیت را منوط به آن دانسته‌اند که قابلیت پذیرش این حق عینی در موضوع قرارداد ایجاد شود. بنا بر نظر ایشان در فرضی که مبیع کلی است، تا زمانی که فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود، خریدار مالک مبیع شناخته نمی‌شود، گرچه قابلیت و استعداد مالک شدن وی به واسطه عقد بیع به وجود آمده باشد. (کاتوزیان، ۶۹/۱)

از آن‌چه در خصوص ماهیت عهده بیع کلی در حقوق ایران گفته شد، چنین بر می‌آید که این اندیشمندان به هم‌زمانی تملیک و تعیین مبیع کلی با تسلیم آن باور داشته‌اند؛ گرچه برخی از ایشان تسلیم مبیع را صرفاً یکی از مبرزات متعارف اراده فروشنده در تعیین مبیع برشمرده و بر این نظرند که حتی پیش از تسلیم مبیع کلی نیز امکان تعیین و تملیک آن متصور است؛

۷- ماده ۴۱۴ قانون مدنی: در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد

۸- ماده ۴۰۲ قانون مدنی

چنان‌که اگر فروشنده مصداقی از مبیع کلی را تعیین، بسته‌بندی و برای خریدار ارسال کند، مشتری مالک کالای ارسال شده خواهد بود. به همین ترتیب اگر مبیع کلی به هر دلیل در سهم خریدار منحصر گردد، مصادیق باقی مانده بدون نیاز به تسلیم در ملک مشتری وارد می‌شود. (همان) بعید نیست بر مبنای نظر اخیر بتوان تلف مصداق مبیع کلی قبل از تسلیم به خریدار را مشمول قاعده تلف مبیع پیش از قبض و سبب انفساخ بیع به‌شمار آورد؛ بدین استدلال که تعیین قطعی مصداق کلی از طرف فروشنده، مبیع کلی را در حکم عین معین و شخصی قرار می‌دهد که بایع صرفاً ملزم به تسلیم آن است و از این رو تلف این کالا به منزله تلف مبیع و موجب انحلال بیع خواهد بود. (همان، ۹۲) شاید تشبیه آرا و نظرات فقیهان سبب شده است که استدلال پیش گفته در آثار ایشان پررنگ نباشد، تا آن‌جا که سرانجام پاسخ قطعی به پرسش پیرامون نحوه تعیین مبیع کلی را به رویه قضایی واگذارده‌اند. (همان)

### نتیجه‌گیری

قصد انشای طرفین مبیعه برای تملیک و تملک یک مال تنها معیار مبیع واقع شدن و انفکاک آن از سایر اموال است، از این رو چنان‌چه بایع و مشتری قصد مشترک خود را بر مبادله عین شخصی و معین معطوف سازند، عین مذکور ناگزیر وصف مبیع را دارا خواهد شد و از این پس سلب این عنوان ممکن نیست، مگر به یکی از طرق مشروع گسستن عقد. این قاعده کلی در فرض کلیت مبیع نیز حاکم است، بدان معنا که اگر مبیع کلی و قابل صدق بر اموال متعدد باشد، برای تعیین مبیع از سایر مصادیق کلی چاره‌ای جز رجوع به قصد انشاء طرفین عقد و زمان شکل‌گیری این قصد مشترک نیست. از این رو در فرضی که مشتری کالایی را با علم به اوصاف آن می‌خرد و امکان تعیین مبیع را از میان مصادیق معین خارجی به بایع واگذار می‌کند، (کلی در معین) از زمانی که بایع قصد جدی خود را به یکی از افراد آن کلی معطوف می‌سازد و مقدمات تسلیم آن را به مشتری فراهم می‌آورد، می‌توان مدعی صدق عنوان مبیع بر فرد انتخاب شده و خروج مبیع از وصف کلیت شد. هم‌چنان‌که اگر بایع و مشتری قرارداد خود را توسعه بخشند و بر تسلیم مبیع از همه افراد واجد وصف که ممکن است هنوز به وجود نیامده باشند، توافق نمایند، (کلی فی‌الذمه) نیز تعیین مبیع متوقف بر تعیین قطعی فرد توسط بایع خواهد بود. بنابراین چنان‌چه کالایی به صورت کلی در معین یا کلی فی‌الذمه فروخته شود، همین که یکی از افراد کلی مورد نظر از سوی بایع جدا و برای تحویل به

مشتری آماده گردد، فرد تعیین شده مبیع خوانده شده و واجد تمام آثار و خصوصیات خواهد بود که مبیع معین و شخصی از آن بهره‌مند است. بدیهی است در کلی در معین یا کلی در ذمه که مبیع در فرد یا افراد موضوع بیع منحصر است، این تعیین از زمان انحصار محقق می‌شود و از همان هنگام، مصادیق منحصر در تعداد موضوع مبادله را می‌توان مبیع دانست. حال چنانچه مبیع کلی تعیین یافته پس از قبض مشتری معیوب در آید، تنها حق فسخ عقد یا مطالبه ارش را برای مشتری زیان‌دیده فراهم خواهد ساخت و چنانچه مصداق یادشده پیش از تسلیم به مشتری تلف گردد، انفساخ بیع را به دنبال خواهد داشت. اطلاق و عموم بلامعارض برخی روایات که حکایت از ثبوت خیار عیب در فرض کلیت مبیع دارند، گواه صدق این مدعاست، آن گونه که حتی مخالفان این نظر را نیز یارای انکار دلالت آن نبوده است. وانگهی نباید از نظر دور داشت که احراز این قصد جدی قدری دشوار است و لذا برای شناخت آن با توجه به نوع و کیفیت اموال موضوع مبادله، بایستی از شواهد و قرائن عرفی نیز مدد جست. در خصوص کلی مشاع نیز بر فرض آن که همسانی کلیت آن با کلی در معین و کلی فی‌الذمه پذیرفته شود، تنها راه رهایی از اشاعه و دست‌یابی به مالکیت مستقل، افراز و تقسیم خواهد بود.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ق.
- الاصفهانی، محمد حسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
- \_\_\_\_\_، *الاجاره*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۰.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ق.
- جزایری مروج، محمد جعفر، *هدی الطالب إلى شرح المکاسب*، قم، طلیعة النور، الطبعة الاولى، ۱۴۲۸ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۶.
- حرّعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، آل‌البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ق.

خمينی، مصطفی، *مستند تحرير الوسيله*، تهران، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينی، الطبعة الاولى، بی تا.

خويی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة في المعاملات*، لبنان، دارالهادی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ق.  
سبزواری، عبد الاعلی، *مهذب الاحكام في بيان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسة المنار، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۳ق.

شهيد ثانی، زين الدين بن علی، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.

\_\_\_\_\_، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، بيروت، دار العالم الاسلامی، بی تا.

شهيدی، مهدي، *حقوق مدنی ۶* (عقود معين ۱)، تهران، مجد، چاپ يازدهم، ۱۳۸۸.  
طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط في فقه الامامية*، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، الطبعة الثالثة، ۱۳۸۷ق.

قمی، تقی، *دراساتنا من الفقه الجعفري*، قم، مطبعة الخيام، الطبعة الاولى، ۱۴۰۰ق.  
كاتوزيان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از عقود معين)*، تهران، كتابخانه گنج دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۸.

مامقانی، محمد حسن، *غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب*، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، الطبعة الاولى، ۱۳۱۶ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسة الاسماعيليان، الطبعة الثانية، ۱۴۰۸ق.

محقق كركی، علی بن حسين، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، قم، مؤسسة آل البيت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ق.

مظفر، محمد رضا، *حاشية المظفر على المكاسب*، قم، حبيب، الطبعة الاولى، بی تا.  
نايینی، محمد حسين، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، الطبعة الاولى، ۱۳۷۳ق.

\_\_\_\_\_، *المكاسب و البيع*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.  
نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، لبنان، دار إحياء التراث العربية، الطبعة السابعة، ۱۴۰۴ق.

يزدی، محمد كاظم بن عبدالعظيم، *حاشية المكاسب*، قم، مؤسسة الاسماعيليان، الطبعة الثانية، ۱۴۲۱ق.  
\_\_\_\_\_، *تكملة العروة الوثقى*، قم، كتابفروشی داوری، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ق.