

بیع کالی به کالی

علی رحیم پور کامی^(۱)

تعریف

کالی اسم فاعل از ماده کلاً، یکلو، کلاً به معنای خزس و حقیظ و راقب است. کلاً بصره فی الشیء ای زده فیه واحدق عینه به، یعنی با دقت آن را زیر نظر گرفت کلاً الدین ای تاخر^(۲)؛ پرداخت دین به تأخیر افتاد.^(۳)

دین از ماده «دان، بدین، دینا» به معنای اعطای مالی به دیگری تا مدتی است.^(۴) در تعریف دین گفته شده: «دین مالی کلی است که به سببی از اسباب در ذمه شخصی به نفع دیگری ثابت است. به کسی که ذمه اش به آن دین مشغول است مدیون و مدین و به آن شخص دیگر که دین به نفع اوست داین و غریم گفته می شود. سبب دین یا قرض کردن است یا امور اختیاری دیگر مانند مبیع در بیع سلم یا ثمن در بیع نسیه، اجرت و اجاره یا صداق در نکاح یا عوض در خلع و غیر آن سبب دین ممکن است امور قهری باشد مانند موارد ضمان و نفقه زوجه دایم و مانند آن.»^(۵)

در اصطلاح، بیع کالی به کالی معمولاً به بیعی اطلاق می شود که تادیه ثمن و

۱- قاضی دادگستری مازندران و کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

۲- لسان العرب، بیروت، ۱۳۸۸ هـ ق ذیل واژه کلاً.

۳- مجله حقوقی: نظر خوانندگان را در خصوص ترکیب مورد بحث به مبسوط در ترمینولوژی حقوق جلب می کند مجلدات ۲ و ۵ صص ۹۹۴ و ۲۲۹۸.

۴- المنجد فی اللغة، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۶ ش، ذیل واژه دان.

۵- روح اله الموسوی الخمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، چاپ دوم، دارالمنتظر، بیروت ۱۹۸۵ م، ص ۵۹۵.

مبیع موجب و مدت دار است. معنای اصطلاحی آن با معنای لغوی بیگانه نیست چنان که ذکر شد در لغت کلاً به معنای مراقبت و زیر نظر گرفتن آمده است چون در این بیع هم ثمن و هم مضمن وعده دار است هر یک از بایع و مشتری طرف خود را مراقبت می‌کند تا دینی را که بر ذمه دارد ادا نماید و اگر کالی به معنای اسم مفعول باشد یعنی آن دین مراقبت می‌شود تا اداء گردد.^(۱)

مشهور فقها^(۲) بلکه قریب به اتفاق قایلند بیع کالی به کالی باطل است هرچند بعضی در مصادیق آن اختلاف دارند. دلایل فقهاء بر بطلان و آن گاه مصادیق بیع کالی به کالی ذکر خواهد شد.

بیع کالی به کالی از دیدگاه فقهاء

دلایل بطلان بیع کالی به کالی

دلیل اول: روایت

در روایات شیعه به لفظ کالی به کالی روایتی وارد نشده اما از طرق عامه روایتی نقل شده از پیامبر اکرم (ص) به این مضمون: «لا یجوز بیع الکالی بالکالی».^(۳) از طریق شیعه

۱- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۱۲.

۲- همان، ص ۵۱۲، محقق حلی و محمدحسن نجفی، شرایع و جواهر الکلام، ج ۲۴، چاپ هشتم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۶ ش، ص ۲۹۵ و ۲۸۹؛ فخر المحققین ابضاح الفوائد، ج ۱، چاپ دوم مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان ۱۳۶۳ ص ۴۶۲، علامه یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۰، ص ۱۸، مؤسسه نشر اسلامی، قم، بی تا؛ میرزای قمی، جامع الشتات، با تصحیح مرتضی رضوی، ج ۳، چاپ مؤسسه کیهان ۱۳۷۱، ص ۲۷ محمدحسین آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۱، مکتبه النجاح طهران، ص ۱۲۷؛ ابن ادریس حلی سرائر، ج ۲ مؤسسه نشر اسلامی، ص ۲۴۱؛ احمد مقدس اردبیلی مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۹ چاپ اول، چاپ نشر اسلامی قم، ص ۹۶ محمدجواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴، مؤسسه آل البیت، بی تا، ص ۴۲۵؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، چاپ اول، مؤسسه آل البیت، ص ۴۲۵؛ زین الدین ابی علی الحسن بن ابی طالب ابن ابی المجدد الیوسفی المعروف بالفاضل و المحقق الآبی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، جزء اول، مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۵۲۴؛ آیت الله مشکینی، الفقه المأثور و الاصول الملتقاء، چاپ اول، نشر الهادی، ۱۴۱۰ هـ، ص ۲۵۸؛ روح الله الموسوی الخمینی، تحریر الوسيله ج ۱، پیشین، ص ۵۹.

۳- مستدرک حاکم نیشابوری، ج ۲، ص ۵۷، کنز العمال، ج ۴، ص ۷۷ به نقل از مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان، پیشین، ج ۹، پاورقی، ۹۶.

حدیثی نقل شده: عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَى، عَنْ أَحْمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَهْزَمٍ عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ أَبِي عَبْدِ... عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ... (ص): «لَا يَبَاعُ الدِّينُ بِالْدِّينِ»^(۱)

فقهاء اجمالاً در این که بیع دین به دین باطل است اتفاق نظر دارند و به این روایت استناد می نمایند هر چند در مصادیق آن [و این که آیا در صدق بیع دین به دین باید مبیع و ثمن قبل از عقد دین باشند شامل موردی که به سبب عقد دین شوند نیز می باشد] اختلاف دارند که بعداً ذکر خواهد شد.

ایرادی که به دو روایت وارد کرده اند این است که روایت اول از طرق عامه نقل شده است و سند آن مشخص نیست و حتی در کتب عامه نیز سند آن معلوم نمی باشد و روایت دوم نیز ضعف سندی دارد به دلیل این که طلحة بن زید البتری در سلسله سند روایت آمده است که در علم رجال توثیق نشده است.^(۲)

دلیل دوم: اجماع

دومین دلیل و عمده ترین دلیل بر بطلان بیع کالی به کالی اجماعی است که بعضی فقهاء ادعا نموده اند: سید محمد جواد حسینی عاملی^(۳)، شیخ محمد حسن نجفی^(۴)، شهید ثانی^(۵) و علامه بحرانی^(۶) مدعی اجماع فقهاء بر بطلان کالی به کالی می باشند. از بررسی کتب فقهی به این نتیجه می رسیم که فقهاء فی الجمله قایلند بیع دین به دین باطل است و لکن در مفهوم آن اختلاف نظر دارند که آیا مصداق بیع دین به دین موردی است که مبیع و ثمن قبل از عقد دین باشند یا موردی را که بعد از عقد هم دین شوند،

۱- ابی جعفر الکنی الرازی، الفروع من الکافی با تعلیقات علی اکبر غفاری، چاپ سوم، بیروت، دارصعب و دارالتعارف، ۱۴۰۱ هـ، ج ۵، کتاب المعیشه با بیع الدین بالدین ح ۱؛ حر عاملی، وسایل الشیعه، جلد ۱۲، چاپ ششم، طهران، نشر مکتبه الاسلامیه، باب ۱۵ ح ۱ من ابواب الدین و القرض.

۲- احمد مقدس اردبیلی، پیشین، ج ۹، ص ۹۶.

۳- مفتاح الکرامه، پیشین، ج ۵، ص ۲۸.

۴- جواهر الکلام، پیشین، ج ۲۴، ص ۲۸۹.

۵- شرح لمعه، پیشین، ج ۳، ص ۵۱۲.

۶- حدائق الناضره، پیشین، ج ۲۰، ص ۲۰۱، الظاهرانه لاختلاف بینهم فی تحریم بیع الدین بالدین.

شامل می‌گردد که بعداً ذکر خواهد شد. ولی قدر متیقن، اجماع موردی را که مبیع و ثمن قبل از عقد دین باشد شامل می‌گردد.

ایرادی که می‌توان بر این اجماع وارد کرد این است که اجماع مذکور مدرکی و یا لااقل محتمل المدرک است. به احتمال قریب به یقین مدرک اجماع کنندگان حدیث «لایباع الدین بالدین» بوده و اجماع مدرکی یا محتمل المدرک در اصول ثابت شده که حجت نیست و باید مفاد مدرک مورد بررسی قرار گیرد که حجت است یا خیر؟ چنان که بعضی از فقهاء بیان کرده‌اند، تنها روایتی که از طریق شیعه وارد شده روایت طلحة بن زید است و طلحة بن زید البتری ضعیف است و قابل اعتماد نمی‌باشد، بنابراین مدرک اجماع قابل وثوق نیست. علاوه بر آن که احتمال دارد نهی وارده بر حدیث دال بر کراهت باشد.

دلیل سوم: اصالت عدم نقل

اصالت عدم نقل و اصالت بقای ملک بر ملکیت مالک در صورت شک در صحت بیع کالی به کالی و این که ملکیت با چنین عقدی منتقل گردیده یا خیر، اقتضا دارد که ملکیت انتقال نیافته باشد. و قاعده لزوم وفا به عقد فرع بر این است که عقد صحیح منعقد شده باشد تا وفا به آن لازم باشد و در اینجا شک داریم که عقد صحیح واقع شده یا خیر؟ لذا این قاعده جاری نمی‌شود.

ایرادی که می‌توان به این دلیل وارد کرد این است که ما با استناد به ادله جواز عقد و اصل صحت می‌گوییم چنین بیعی صحیح است و دلایل کافی بر بطلان آن وجود ندارد جای شک نیست تا به اصل مزبور استناد نماییم.

مصادیق بیع کالی به کالی

۱- شمول بیع کالی به کالی بر بیع عین موجل

اگر یکی از عوض و معوض عین معین و برای تسلیم آن مدت تعیین شود بیع کالی به کالی است، یا این که بیع کالی به کالی صرفاً در صورتی مصداق دارد که هم ثمن و هم مضمن کلی باشد؟

ظاهر لفظ کالی به کالی خصوصاً معنای لغوی آن که به معنای مراقبت آمده است این

است که شامل عین شخصی هم می‌گردد. تا زمانی که عین معین تسلیم نگردیده بر ذمه بایع است که تسلیم خریدار نماید و تا زمانی که تسلیم نشده خریدار مراقبت می‌نماید که از بایع تحویل گیرد. مرحوم کاشف الغطاء می‌فرمایند: «... او یکونا معاً مؤجلین و هو بیع الکلی فی الذمه بالکلی و یمكن جریانه فی الشخصی ایضاً و قد یحمل علیه بیع الکالی بالکالی فی بعض تفاسیره»^(۱)

یعنی یا ثمن و مثنم با هم مدت‌دار است و آن بیع کلی فی الذمه به کلی است و همچنین امکان دارد بیع کالی به کالی در عین شخصی و در بعضی تفسیرهایی که از بیع کالی به کالی می‌شود بر چنین بیعی کالی به کالی اطلاق می‌گردد.

به نظر می‌رسد بر بیعی که مبیع آن عین معین و برای تسلیم ثمن و مثنم مدت معین گردد بیع کالی به کالی یا دین به دین صادق نباشد. در این صورت مالکیت از لحظه انعقاد عقد حاصل می‌شود و منافع و نمانات آن ملک مشتری است مگر آن که شرط خلاف شود. منتهی تسلیم مبیع تا مدت معینی با توافق طرفین به تأخیر افتاده است اما بیع کالی به کالی که در فقه باطل است مبیع لزوماً کلی فی الذمه است که خریدار بر شیء موجود خارجی مالک نمی‌شود و بلکه دینی بر ذمه فروشنده ایجاد می‌شود (مالکیت مافی الذمه). در بیع سلم نیز وقتی فقهاء می‌فرمایند - قبض ثمن در مجلس عقد شرط صحت سلم است چون اگر به قبض درنیاید بیع کالی به کالی می‌شود و باطل - مثنم همیشه کلی فی الذمه است فقهاء بیع را به دو نوع تقسیم می‌نمایند: بیع اعیان و بیع موصوف فی الذمه، بیع سلم از جمله بیع موصوف فی الذمه است. در تمام مواردی که به علت تأخیر ثمن و مثنم بیع را باطل دانسته‌اند

به دلیل این که بیع کالی به کالی است در بیع موصوف فی الذمه است و الا در بیع اعیان در هیچ موردی بطلان بیع را مستند به این که بیع کالی به کالی است ننموده‌اند در بیع

۱- تحریرالمجله، پیشین، ج ۱، ص ۱۲۷، ایشان نظر خود را صریحاً بیان نکردند که آیا بیع کالی به کالی شامل این مورد می‌شود یا خیر؟ ولی از فحوای کلام استفاده می‌شود که در این مورد بیع کالی به کالی مصداق ندارد.

ایمان قبض ثمن شرط صحت نیست اگر چه مبیع موجب باشد.^(۱)

برخی از فقهاء تصریح دارند که بیع کالی به کالی وقتی صادق است که مبیع و ثمن هر دو کلی فی الذمه باشد.^(۲) ممکن است مجازاً در مورد بیع عین شخصی که برای تسلیم آن مدت معین شده و ثمن نیز موجب است بیع کالی به کالی اطلاق گردد هم چنان که ممکن است بیع سلم گفته شود ولی مراد بیع عین شخصی باشد.^(۳) اما در این صورت چنین بیعی دارای حکم بیع کالی به کالی مصطلح نمی باشد همان گونه که اگر در موردی به بیع عین شخصی سلم گفته شود دارای احکام و شرایط بیع سلم نیست.

نویسندگان حقوق مدنی غالباً بیع کالی به کالی را تعریف کرده اند به بیعی که مبیع و ثمن آن کلی فی الذمه باشد و برای تسلیم مبیع و همچنین تادیه ثمن موعدی مقرر شده باشد از نظر ایقان بیع عین شخصی هر چند برای تادیه ثمن و مضمن موعدی مقرر شده باشد کالی به کالی نیست.^(۴)

به هر حال با توجه به تصریح بعضی فقهاء و روح عبارات سایر فقهاء و تأکید حقوقدانان به یقین می توان گفت که وقتی، بیع کالی به کالی است که هم ثمن و هم مضمن کلی فی الذمه باشد و قطعاً بیع عین شخصی را شامل نمی گردد.

با وجود این، شعبه دهم دیوان عالی کشور در مقام تجدیدنظرخواهی در موضوع بیعی که مضمن آن شش دانگ یک باب منزل و مقداری از ثمن معامله با دو فقره چک در

۱- ابن ادریس حلی، پیشین، ج ۲، ص ۲۴۱

۲- علامه حلی در تذکره بیع را به چهار قسم تقسیم می کنند: احد از آن اقسام بیع موجب به موجب و کالی به کالی است می فرمایند مراد از موجب خصوص کلی است به نقل از سیداحمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۳، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۱۸۱.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۳ می فرمایند: شاید مجازاً بر بیع عین خارجی به ثمن معین بیع سلم اطلاق گردد.

۴- سیدحسین امامی، حقوق مدنی، چاپ یازدهم، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۱ ش، ج ۱، ص ۴۵۴؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، چاپ چهارم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶ ش، ص ۲۰۵، امیرحسین آبادی، نقد و بررسی رأی هیأت عمومی اصراری ردیف $\frac{۷/۷۲}{۷۳/۱/۴۱}$ مجله کانون وکلا شماره ۱۱؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، ۲۵۲۷ شاهنشاهی، چاپ خانه مشعل آزادی، ج ۱، ص ۵۵۵، مهدی شهیدی، جزوه حقوق مدنی ۶، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۸.

روز بعد تحویل شده چنین اظهار نظر کرده است: «... قولنامه در تاریخ ۶۸/۲/۲۲ تنظیم و بیعانه طی چکهای مورخ ۶۸/۲/۲۳ به شماره‌های ۹۳۹۵۸۸ و ۴۵۰۷۱۶ تادیه شده است و با این ترتیب در تاریخ تنظیم قولنامه نه مبیع تحویل گردیده و نه ثمنی به فروشنده پرداخت شده با وصف مرقوم بیع به صورت کالی به کالی صورت پذیرفته و شرعاً صحیح نمی‌باشد...»^(۱)

یکی از مستشاران دیوان عالی کشور در مشروح مذاکرات دیوان در رأی اصراری حقوقی شماره $\frac{۳۱}{۷۴/۸/۳۰}$ که مبیع شش‌دانگ یک باب خانه و مقداری از ثمن نقداً پرداخت و برای پرداخت مابقی ثمن مدت معین گردیده بود اظهار داشته: «... اگر ما به ماده ۳۴۱ قانون مدنی مراجعه کنیم این طور برداشت می‌شود که در بیع نمی‌شود که مبیع و ثمن هر دو نسبه باشند و پرداخت بعضی از ثمن هم در قانون مدنی پرداخت ثمن تلقی نشده است. بنابراین چون مبیع تحویل نشده و ثمن هم تادیه نشده نمی‌توانیم بگوییم بیع واقع شده...»^(۲)

یکی دیگر از قضات دیوان عالی کشور اظهار داشته است: «... این از موارد کالی به کالی و نسبه نیست عینی که خارجی باشد آنجا که اشکال فرمودند بیع باطل است در نسبه در کالی به کالی است. در عین خارجی نسبه معنی ندارد اگر یک کسی منزل را فروخته باشد بعد از یکماه تحویل بدهد و پولش را بعد از یک ماه یا بعد از دو ماه بگیرد این از مصادیق کالی به کالی نیست که ما بگوییم معامله باطل است...»^(۳)

هیأت عمومی دیوان در رأی اصراری مذکور بیع را صحیح دانسته و از مصادیق کالی به کالی قلمداد نموده است.

۱- به نقل از امیرحسین آبادی، نقد و بررسی رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور ردیف $\frac{۷/۷۳}{۷۳/۱/۳۱}$ مندرج در مجله کانون وکلا، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶.

۲- به نقل از مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۷۴، چاپ اول، نشر دفتر مطالعات تحقیقات دیوان عالی کشور، چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۷۶، ص ۵۷۶ و ۵۷۵.

۳- همان، ص ۵۸۰.

۲- شمول بیع کالی به کالی بر بیع کلی به کلی موجل

آیا در صدق بیع دین به دین مبیع و ثمن هر دو باید قبل از انعقاد عقد دین باشند و یا این که اگر مبیع و ثمن دین نبوده ولی به سبب عقد دین شوند، بیع کالی به کالی صدق می‌کند؟ مثلاً احمد از علی یکصد کیلوگرم گندم و رامین طلبکار است، علی نیز یکصد کیلوگرم جو از محمود طلبکار است. احمد یکصد کیلوگرم گندمی را در ذمه علی است به وی می‌فروشد و ثمن آن را یکصد کیلوگرم جو قرار می‌دهد که در ذمه محمود است. در این مثال هم ثمن و هم مبیع قبل از عقد دین است. ممکن است احمد یکصد کیلوگرم گندمی را که در ذمه علی است به حسین به نسیه به مبلغ هشتاد هزار ریال بفروشد یا به عکس یکصد کیلو جو از حسین بخرد و ثمن آن را یکصد کیلوگرم گندمی قرار دهد که در ذمه علی است در این دو مثال اخیر یکی از ثمن و مثنی قبل از عقد دین است و دیگری به سبب عقد دین می‌گردد. گاهی احمد یکصد کیلوگرم گندم و رامین را به علی می‌فروشد به ازای یکصدکیلو جو، زمان تسلیم ثمن و مثنی را یک ماه بعد قرار می‌دهند در این مثال قبل از عقد دینی وجود نداشته بلکه بعد از عقد یکصد کیلوگرم گندم بر ذمه احمد است که یک ماه بعد باید تسلیم نماید و یک صد کیلوگرم جو بر ذمه علی است که یک ماه بعد باید تحویل دهد. حال آیا بیع دین به دین یا کالی به کالی فقط شامل مثال اول است که هم ثمن و مثنی قبل از انعقاد عقد دین بوده و یا این که شامل مثالهای دیگر نیز می‌شود که قبل از عقد یا دینی وجود نداشته یا فقط ثمن یا مثنی دین بوده و مورد دیگر به سبب عقد دین شده و برای تسلیم آن مدت تعیین گردیده است؟

در این مسأله بین فقهاء اختلاف نظر است. جمعی از فقهاء بلکه مشهور معتقدند: بیع دین به دین باطل است. تفاوتی ندارد که ثمن و مثنی قبل از عقد دین باشند یا بعد از عقد دین شوند در هر صورت دین به دین صدق می‌نماید و بیع صحیح نیست.^(۱) روایتی هم

۱- سیدمحمدجواد حسینی عاملی، پیشین، ج، ص ۴۲۵، شهید اول، شرح لمعه، پیشین، ج ۴، ص ۲۰، محقق نانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، پیشین، ج ۵، ص ۴۲۵، ابن ادریس و علامه در قواعد نیز به نقل محقق نانی همین نظر را دارند؛ علامه بحرانی، پیشین، ج ۲۰، ص ۲۰۱ این قول را به مشهور نسبت می‌دهند.

وارد شده است «لاتبعه نسیئاً اما نقداً فلیبعه بما شاء»^(۱) یعنی دین را به نسیه بفروش اما نقد به هر مقدار که خواهی بفروش این روایت شامل موردی می شود که مثنی به سبب عقد دین می شود.

جمعی دیگر از فقهاء معتقدند نهی اختصاص به موردی دارد که ثمن و مثنی فی الحال و قبل از عقد دین باشند و مواردی که ثمن و مثنی یا یکی از آن دو به سبب عقد دین گردد و تسلیم آن مدت دار باشد بیع دین به دین نیست و حدیث «لایبایع الدین بالدين» شامل مواردی که ثمن و مثنی یا هر دو به سبب عقد دین شوند نمی شود.^(۲) زیرا متبادر از بیع دین به دین و کالی به کالی تاجیل قبل از عقد است بدان خاطر که ظاهراً تقدم وصف دین بر عقد فهمیده می شود و این نظر را اصل (شاید اصل تاجیل قبل از عقد و تقدم وصف بر عقد مراد باشد) تأیید می کند. باضافه این که عرفاً علم به اطلاق نداریم (نمی دانیم که شامل تاجیل بعد از عقد هم می گردد یا خیر؟) ادله جواز عقد از کتاب و سنت و اجماع نیز مؤید این نظر است و فقط در صورتی که تاجیل مقدم بر عقد باشد نص داریم که از عموماًت خارج است. علاوه بر این که صحت سند دو روایت منع و تحریم معلوم نیست، برای این که روایت: «لایجوز بیع الکالی بالکالی» عامی است و سند آن حتی در کتب عامه مشخص نیست، و روایت «لایبایع الدین بالدین» نیز به دلیل این که در سندش طلحه بن زید البتیری وجود دارد و وی توثیق نشده ضعف سندی دارد بنابراین اکتفاء بر موضع یقین (که تاجیل قبل از عقد باشد) اولی است.^(۳) گذشته از همه این موارد اگر معتقد شویم بیع دین به دین شامل موردی که به سبب عقد مبیع و ثمن دین گردد،

۱- این روایت را سیدمحمدجواد حسینی عاملی، در مفتاح الکرامه، ج ۲، ص ۴۲۵ نقل کرده است، در کتب روایی و سایر کتب فقهی موفق به دست یافتن مدرک آن نشدم.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه، پیشین، ج ۴، ص ۲۰، ابی علی الحسن بن ابی طالب، ابن ابی المجد البوسفی المعروف بالفاضل و المحقق الآبی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۵۲۴، میرزای قمی جامع الشتات با تصحیح مرتضی رضوی، ج ۳ چاپ مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱، ص ۲۷؛ احمد مقدس اردبیلی، پیشین، ج ۹، ص ۹۶، مشکینی الفقه المانور و الاصول المتلقاة، پیشین، ص ۲۵۸، شیخ طوسی در نهایت به نقل از علی اصغر مروارید، سلسله التناهیات، انتشارات مؤسسه فقه الشیعه و دارالاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۱۵، کتاب الدین ص ۱۸ قابل به کراهت فروش دین به نسیه شده اند.

۳- احمد مقدس اردبیلی، پیشین، ج ۹، ص ۹۶.

می‌شود در بیع دین به نقد که به اتفاق فقهاء صحیح است این اشکال نیز لازم می‌آید تا وقتی ثمن تسلیم نشده بر ذمه مشتری است و لااقل اندک فاصله‌ای بین عقد و تسلیم ثمن ایجاد می‌گردد و حال آن که فرقی بین ثمن حال و موجل در این مورد نیست و ادعای اطلاق اسم دین بر ثمن موجل اگر قبل از عقد مراد باشد ممنوع است و اگر بعد از عقد مراد باشد بین ثمن موجل و حال مشترک است.^(۱)

بر اساس دلایلی که فقهای اخیرالذکر بیان کرده‌اند و بر مبنای اصل صحت، بیعی که مبیع و ثمن بعد از عقد و به سبب آن دین شود جایز و لازم‌الوفاء است و فقط بیعی که ثمن و مثن آن قبل از عقد دین باشد باطل است و اگر بیع کالی به کالی را تفسیر نماییم به بیعی که ثمن و مثن مدت‌دار است باید قایل به صحت شویم مگر صورتی را که قبل از عقد هم ثمن و مثن دین بوده باشند. دلیلی بر بطلان بیعی که ثمن و مثن به سبب عقد دین شوند نداریم و اصل صحت معاملات و ادله‌ی جواز عقد اقتضاء دارد که چنین بیعی را صحیح بدانیم گرچه اکثر فقهاء به استناد حدیث «البیع الدین بالدین» و اجماع باطل دانسته‌اند ولی چنان که بیان کردیم حدیث مذکور این مورد را شامل نمی‌شود و اجماعی هم که ادعا نموده‌اند اجماع مدرکی و یا لااقل محتمل‌المدرک است و در اصول ثابت شده که چنین اجماعی حجت نمی‌باشد بعلاوه در صورتی که مبیع و ثمن بعد از عقد دین شوند اجماعی وجود ندارد عده‌ای از فقهای نامدار یا مخالفت نموده‌اند یا قایل به توقف شده‌اند ثالثاً عده‌ای که بیع کالی به کالی را باطل دانسته‌اند و داخل در مجمعی هستند کلامشان مطلق است و واقعاً معلوم نیست، صورتی را که مبیع و ثمن به واسطه عقد دین شوند، اراده کرده باشند. هم چنان که مرحوم مقدس اردبیلی گفته است متبادر از بیع دین به دین که در روایت نهی شده تاخیر قبل از عقد است زیرا ظاهراً تقدم وصف دین بر عقد فهمیده می‌شود و نمی‌توانیم از اطلاق کلام این عده از فقهاء استفاده نماییم و

۱- شهید ثانی، شرح لمعه، پیشین، ج ۴، ص ۲۰ البته ایشان در باب بیع سلف کلامی دارند که از ظاهر کلامشان استفاده می‌شود که از این مبنا عدول کردند می‌گویند اگر شرط تأخیر بعض ثمن در بیع سلف باطل است چون بیع کالی به کالی می‌شود.

صورتی را که بعد از عقد هم مبیع و ثمن دین شوند داخل در اجماع کنندگان بدانیم، بنابراین به نظر دلیلی بر بطلان بیعی که ثمن یا مثنی یا هر دو بعد از عقد و به سبب آن دین شوند وجود ندارد و دلیل اقامه شده بر فرض پذیرش آن و جبران ضعف سند به عمل مشهور، اختصاص به موردی دارد که هم مبیع و هم ثمن قبل از عقد دین باشد.

بیع کالی به کالی از دیدگاه قانون مدنی

در قانون مدنی صراحةً ذکری از بیع کالی به کالی نشده است. فقط در ماده ۳۴۱ قانون مدنی مقرر گردیده: «مبیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تادیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.» یکی از استادان حقوق مدنی معتقد است: «از کلمه «یا» مذکور در این ماده نمی‌توان استفاده منع جمع نمود یعنی نمی‌شود برای تسلیم مبیع و تادیه ثمن هر دو اجل قرار داد، بلکه قانون این امر را مسکوت گذارده است؛ با آن که در مقام بیان حکم آن بوده است و با توجه به اطلاق ماده ۱۰ قانون مدنی که شامل تمامی افراد قراردادها (اگر چه از عقود معینه باشد) می‌شود نمی‌توان عدم بیان ماده ۳۴۱ را دلیل بر بطلان بیع کالی به کالی دانست علاوه بر آن که استدلال مزبور شامل بیعی که ثمن و مثنی هر دو عین خارجی و ثمن کلی و هر دو موجب باشند نیز می‌گردد و باید آن را نیز باطل دانست و حال آن که باطل نمی‌باشد زیرا آنها از اقسام بیع کالی به کالی به شمار نمی‌روند.»^(۱)

یکی دیگر از استادان حقوق مدنی می‌گوید: «نویسندگان قانون مدنی بی‌گمان از شهرت بطلان چنین بیعی در فقه آگاه بوده‌اند و سکوت آنان در مقام بیان حکم، آن هم در کنار ماده ۱۰ و اصل صحت قراردادها (ماده ۲۲۳) و شیاع چنین معاملاتی در عرف نشانه آن است که نمی‌خواسته‌اند چنین عسرتی در داد و ستدهای بازرگانی به وجود آورند» در توجیه ماده ۳۴۱ ق.م می‌فرمایند: «در این ماده گرچه به صراحت مؤجل بودن مبیع و ثمن با هم پیش‌بینی نشده است ولی ذهنی متعارف و خالی از شائبه از آن به خوبی می‌فهمد

که هدف منع چنین بیعی نبوده است. اطلاق ماده به گونه‌ای است که می‌توان امکان تعیین اجل برای تسلیم ثمن و مبیع را استنباط کرد و قانونگذار اگر چنین استنباطی را از اطلاق ماده راضی نباشد باید آن را اعلام کند.^(۱)

برخی از حقوق‌دانان معتقدند هر چند قانون مدنی ایران نسبت به صحت یا بطلان بیع کالی به کالی ساکت است ولی با توجه به این که در موارد ابهام یا سکوت باید به عرف و عادت مسلم در حقوق مراجعه کرد و عرف و عادت مسلم، فقه امامیه می‌باشد در حقوق مدنی نیز راهی جز باطل دانستن بیع کالی به کالی نیست هر چند که امروزه، در روابط بازرگانی، تا حدودی شایع است.^(۲)

اگر بپذیریم قانون مدنی در مورد بیع کالی به کالی ساکت است باید مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی با مراجعه به منابع معتبر اسلامی، یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید که بستگی به استنباط قاضی از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر که قبلاً نقل شده دارد که مصادیق و موارد بیع کالی به کالی را چه بدانند.

و اگر بگوییم قانون مدنی در این خصوص ساکت نیست و عدم بیان قانونگذار در ماده ۳۴۱ با آن که در مقام بیان بوده در کنار ماده ۱۰ ق.م. و اصل صحت قراردادها (ماده ۲۲۳ ق.م.) را بیان بدانیم با این استنباط بیع کالی به کالی به طور مطلق صحیح است و نوبت مراجعه به منابع معتبر و یا فتاوی معتبر نمی‌رسد.

این استنباط قبل از تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی قابل پذیرش بود لکن براساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی... باید براساس موازین اسلامی باشد. بنابراین نمی‌توان این نظر را لااقل در مورد بیعی که ثمن و مثن قبل از عقد دین باشد و موجد با شهرت عظیمه‌ای که در فقه بر بطلان آن وجود دارد پذیرفت به تصریح اصل مذکور، اصل چهارم قانون اساسی بر اطلاق یا عموم قوانین و

۱- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ج ۲، ص ۲۰۶.

۲- مهدی شهیدی، جزوه درسی حقوق مدنی ۶، دانشگاه بهشتی، ص ۱۸، عبدا... کیانی، التزامات بایع و مشتری چاپ اول انتشارات قفوس، ۱۳۷۶ ش، ص ۱۷۹.

مقررات دیگر و حتی اصول دیگر قانون اساسی حاکم است و نمی‌توان از اطلاق ماده ۳۴۱ و ماده ۱۰ ق.م. و اصل صحت قراردادها (ماده ۲۲۳ ق.م.) و عدم بیان قانونگذار استنباط نمود که بیع کالی به کالی مطلقاً صحیح است.

چنان که ذکر کردیم اگر با استمداد از فتاوی بعضی فقهاء معتقد شویم غرض از بیع دین به دین این است که هم مبیع و هم ثمن قبل از انعقاد عقد بیع دین باشد نه این که بیع سبب دین شدن ثمن و مثن گردد یعنی بعد از بیع، ثمن و مثن به صورت دین در آیند بسیاری از بیعهایی که در زمان حاضر منعقد می‌شوند و مقتضیات زمان اقتضاء دارد که هم ثمن و هم مثن موجد باشد از دایره شمول بیع به دین خارج می‌گردد، کم اتفاق می‌افتد که هم ثمن و هم مثن قبل از انعقاد بیع هر دو دین باشند لذا اشکال اساسی در روابط تجاری که موجب عسرت گردد به وجود نمی‌آید و بطلان بیعی که هم مبیع و هم ثمن قبل از انعقاد عقد بیع دین باشد با عنایت به ندرت چنین بیعی عسرتی در روابط تجاری به وجود نمی‌آورد.



چنین کنند ...

نقل است که صالح ابن احمد یک سال در اصفهان قاضی بود، صایم الدهر و قایم اللیل و در شب دو ساعت بیشتر نخفتی، و بر در سرای خود خانه‌ای بی در ساخته بود و شب آنجا نشستی که نباید که در شب کسی را مهمتی باشد و در بسته یابد. این چنین قاضی بود.

تذکره الاولیا ۳۱۰