

## بررسی تطبیقی

# کلی در ذمه و عین معین در فقه و حقوق\*

- سیدعلی دلبری<sup>۱</sup>
- فرزاد بهشتی توندی<sup>۲</sup>

### چکیده

در دانش فقه، مال به انواعی تقسیم می‌شود و قانون مدنی نیز با اقتباس از فقه تقسیمات متفاوتی ارائه می‌دهد؛ یکی از این‌ها، تقسیم مال به عین معین و کلی در معین و کلی در ذمه می‌باشد. البته قانون‌گذار به این تقسیم در باب اول قانون مدنی (اموال) تصریح نکرده است و لکن با توجه به مواد مختلفی که به طور عموم در باب بیع قانون مدنی آمده، این تقسیم برداشت می‌شود. از آنجا که انتقال مالکیت به یکی از صور مذکور است و تا کنون بحث مستقلی درباره بررسی این تقسیم در فقه و حقوق و آثار مترتب بر آن صورت نگرفته است، تحقیق در این زمینه ضروری می‌نماید. در این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی ابتدا بحث مفهوم‌شناسی عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه آمده است و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۳/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۱/۱۰.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (saddelbari@gmail.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول)

(farzad.beheshti.m@gmail.com).

در ادامه آثار این تقسیم در موارد مختلف به بحث گذاشته شده و روشن شده است که هر یک از عین معین و کلی در ذمه شاخصه‌ها و تفاوت‌های مختص به خود را دارد و کلی در معین نیز به عین معین ملحق می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** کلی در ذمه، عین معین، کلی در معین، انتقال مالکیت.

#### مقدمه

نظام‌های حقوقی عمدتاً برای هر فرد ذمه‌ای را تصور می‌کنند و تعهدات فرد که هنوز به مرحله اجرا نرسیده‌اند در آنجا قرار دارد؛ ذمه محلی اعتباری است برای تعهداتی که شخص بر عهده می‌گیرد و قرار است انجام دهد. تصور ذمه به ویژه در عقد ضمان و عقد حواله که قانون‌گذار در مواد ۶۸۴ و ۷۲۴ قانون مدنی بررسی می‌کند امری راحت است و می‌توان مفهوم آن را درک کرد؛ در حقیقت ذمه مقرر معنوی تعهد است. در فقه و حقوق نیز تصور ذمه برای صحت بسیاری از عقود که مورد آن‌ها کلی در ذمه است لازم است؛ چنان که واضح است اموال از جهتی به کلی در ذمه و کلی در معین و عین معین تقسیم می‌شوند و از آنجا که کلی در ذمه وجود خارجی ندارد و از سوی دیگر بدون شک می‌تواند مورد تعهد واقع شود باید آن را در محلی به نام ذمه اعتبار کرد. شاید بتوان ذمه را در عرف به همان معنای گردن معنا کرد؛ از این جهت ضامن را گردنگیر می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۰۵/۳). ما بر آنیم که درباره کلی در ذمه و عین معین و آثار آن بحث کنیم که بدین شمول در جای دیگری مطرح نشده و تحقیقاتی که در این زمینه انجام شده است بیشتر به بحث زمان انتقال مالکیت در بیع کلی در ذمه پرداخته‌اند ولی در اینجا علاوه بر این که مفهوم‌شناسی مورد توجه قرار گرفته است از آثار کلی در موارد مختلف از فقه و حقوق بحث شده است. امید است که این امر مقدمه‌ای برای تحقیقات گسترده دانش‌پژوهان فقه و حقوق باشد. این نوشتار پس از مفهوم‌شناسی به بررسی تطبیقی میان این دو مفهوم خواهد پرداخت.

#### مفهوم‌شناسی

ماده ۱۱ قانون مدنی مال را به منقول و غیر منقول تقسیم کرده، ولی به تعریف مال پرداخته است. در لغت نیز برخی آن را واضح دانسته و آن را به چارپایان، نقدین و

تمامی اشیايي که انسان بر آن سلطنت دارد، تطبیق داده‌اند:

- المال: معروف. وجمعه: أموال. وکانت أموال العرب: أنعامهم (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۴۴/۸).
- المال: معروف ما ملکته من جمیع الأشياء (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۶۳۵/۱۱؛ ابن اثیر جزری، ۱۳۶۴: ۳۷۳/۴).

برخی وجه نام‌گذاری این واژه را این دانسته‌اند که مردم نسبت به آن رغبت دارند و ناپایدار است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۷۸۴). در زبان انگلیسی نیز بدان «good» به معنای خوب اطلاق می‌شود (یزدی، ۱۳۷۸: ۴۳۸؛ بنی‌یعقوب، ۱۳۸۸: ۱۰۳۵/۲).

فقها و حقوق‌دانان نیز به تعریف اصطلاحی از اموال پرداخته‌اند؛ برخی مال را این چنین تعریف می‌کنند:

- المال ما یبذل فی مقابله شیء فی الأسواق (مرعشی نجفی، بی‌تا: ۳۴۴/۱؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۵۰۹).
- المراد من المال کل شیء یكون مطلوبًا ومرغوبًا عند الناس لأجل قضاء حوائجهم به ویكون دخیلًا فی معاشهم (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹/۲).

در تفاوت بین مال و شیء می‌توان گفت که مال همیشه دارای ارزش اقتصادی و قابل ارزش‌گذاری با پول می‌باشد ولی شیء ممکن است ارزش اقتصادی داشته باشد یا اینکه دارای ارزش اقتصادی نباشد. از سوی دیگر لازم نیست که مال محسوس و مادی باشد بر خلاف شیء که مادی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۹۵، ش ۴۶۷۲). بنابراین در این تعریف که مال به شیء تعریف شد، دوری وجود ندارد، ولی اگر آن را به «کل مال»، یا «ما یبذل یزائه المال» (اصفهانی، ۱۳۹۸: ۲۳۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۸۵/۲، ماده ۱۰۲۵) تعریف کنیم دور پیش می‌آید.

مال در فقه امامیه شامل پنج گروه می‌شود:

- الف) عین: عبارت است از اشیاي مادی مستقل، مثل گوسفند.
- ب) منفعت: عبارت است از نفع و فایده عین که ممکن است مادی باشد، مثل شیر گوسفند یا غیر مادی باشد، مثل بهره خانه مستأجره.
- ج) انتفاع: انتفاع از نوع منفعت غیر مادی است با این تفاوت که در منفعت غیر مادی تملیک صورت می‌گیرد، ولی در انتفاع تملیکی وجود ندارد و فقط حق استفاده

برای فرد ایجاد می‌شود، مثلاً اگر فردی مالک منافع باغی به مدت یک سال باشد و هنگام سررسید میوه‌های باغ کال و نارس باشد این میوه‌ها حتی پس از پایان مهلت مزبور از آن اوست. ولی اگر حق انتفاع داشته باشد به محض اتمام مدت انتفاع هیچ حقی در این باغ برای منتفع وجود ندارد ولو اینکه یک سال در این باغ متحمل زحمت شده است علاوه بر اینکه اجاره ملکی که مورد حق انتفاع است از طرف منتفع جایز نیست چون مالک منافع نمی‌باشد؛ زیرا در اجاره، موجر باید مالک منافع باشد و به تعبیر برخی از نویسندگان مالکیت منفعه حقی است که تمام امتیازهای مالکیت را دارد در حالی که حق انتفاع در حد مالکیت نمی‌باشد و صاحب آن تنها حق استفاده دارد (کاتوزیان، *اموال و مالکیت*، ۱۳۷۴: ۹۸، ش ۱۰۲).

(د) حق: مثل حق شفعه یا حق تحجیر یا حق خیار. مرحوم جزایری مروج تعاریف مختلفی را برای آن ارائه می‌کند؛ وی به نقل از مشهور می‌نویسد: «الحق سلطنة أو سلطنة فعلية» (۱۳۰/۱: ۱۴۱۶). برخی می‌گویند: «الحق نحو من الملك بل نوع منه» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۸۰/۱: ۱۴۱۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۳/۱: نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۶/۱). بررسی مفصل و بیان تفاوت آن با ملک و حکم که مورد اختلاف فقهاست بحثی جداگانه را می‌طلبد که در این مقال نمی‌گنجد.

(ه) دین: استحقاق مالی بر ذمه کس دیگر را دین (بدهی) گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۷۰/۳) و ذمه محلّ تعلق دین (صدر، ۱۴۲۰: ۳۲۲/۴: حسینی میلانی، ۱۳۹۵: ۱۶۵/۵) و گاه به همان معنای دین نیز استعمال می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۸۳).

اموال از نظر قانون مدنی دارای تقسیماتی است: منقول و غیر منقول (ماده ۱۱)، دارای مالک خاص و غیره (ماده ۲۳ به بعد)، عین یا منفعت (ماده ۵۵، ۳۳۸ و ۷۷۴)، مثلی و قیمی (ماده ۹۵). از جمله تقسیمات قابل برداشت از قانون و فقه، تقسیم عین (در برابر منفعت و انتفاع و حق) به عین معین و کلی در معین و کلی ما فی الذمه می‌باشد (ماده ۳۵۰ ق.م.) که در ادامه به توضیح هر یک می‌پردازیم:

الف) عین معین: مال موجود در خارج را که مشخص و ممتاز باشد، عین معین می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۷۰۳/۴، ش ۱۰۰۸۳)؛ به بیان دیگر عبارت است از مالی که در خارج وجود دارد و قابل اشاره حسیه است که خود بر دو قسم است:

۱. مفروز (تفکیک شده): چیزی که فعلاً شخص به نحو انحصار مالک آن است، گرچه ممکن است سابقاً مالکیت بر این شیء به نحو اشاعه بوده است، ولی فعلاً تقسیم شده و هر یک مالک حصه‌ای می‌باشند.

۲. مشاع: آن دسته از اموال که دو نفر یا بیشتر در آن شریک‌اند و نمی‌توان سهم هر یک را در خارج تمیز داد، مثل خانه‌ای که به ارث می‌رسد. در مال مشاع هر یک از شرکا در جزء جزء آن شریک‌اند (طاهری، ۱۳۷۵: ۸۶/۴).

ب) عین کلی در ذمه: اشیا یا به واسطه عدد یا وزن یا مقدار مشخصی در ذمه متعهد معینی قرار می‌گیرند و تشخیص خارجی (فرد معین خارجی) آن‌ها در نظر گرفته نمی‌شود، مانند ده من گندم در ذمه (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۸۳). قانون‌گذار نیز در ماده ۳۵۱ قانون مدنی<sup>۱</sup> آن را به طور ضمنی تعریف کرده است و از آن به عنوان آنچه «صادق بر افراد عدیده» است یاد کرده است و محل اعتبار آن ذمه است؛ از این رو می‌توان گفت که مفهوم کلی در حقوق همان مفهوم منطقی آن است، در منطق گفته‌اند:

الكلی، المفهوم الذی لا یمتنع صدقه علی أكثر من واحد (مظفر، ۱۴۳۲: ۵۱/۱).

ج) عین کلی در معین: مقصود کلی طبیعی اشیا در محدوده معین یا مقدار معین از شیء متساوی الاجزاء می‌باشد (ر.ک: ماده ۳۵۰ ق.م.؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۶۲). در تفاوت کلی در معین و عین مشاع نیز می‌توان این گونه اظهار کرد که در مشاع شخص در جزء جزء آن شریک است، اما در کلی در معین خیر، و ثمره این دو در صورت تلف ظاهر می‌شود (طاهری، ۱۳۷۵: ۸۷/۴).

بنابراین عین دارای دو استعمال می‌باشد؛ گاهی به معنای مال مادی و خارجی است و گاهی در مقابل مجموع منفعت و انتفاع و حق. در این صورت شامل این اقسام است: عین معین، عین کلی در معین، عین کلی در ذمه. عین به کاررفته در ماده ۳۳۸ قانون مدنی به معنای کلی می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۸۳)، لذا نباید توهّم شود که

۱. در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

قانون‌گذار فقط تملیک عین معین را در مقابل عوض معلوم بیع دانسته است. قبل از ورود به بحث درباره آثار هر یک از کلی در ذمه و عین معین می‌توان گفت که کلی در معین مقداری از عین معین است لذا باید تابع احکام آن باشد و از طرف دیگر در فقه بر آن شبه عین اطلاق می‌شود بنابراین باید دارای احکام آن باشد و شاید تقابل این دو مفهوم نیز در ماده ۳۵۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> می‌تواند دلیل خوبی باشد بر اینکه احکام کلی در معین از کلی فی الذمه جداست و شاهد دیگر بر این مدعا نیز مفهوم مخالف ماده ۴۱۴ قانون مدنی است که خیار را در بیع کلی قرار نداده است، لذا فقط در عین معین خیار وجود دارد. مفهوم این ماده این است که در کلی در معین نیز خیار وجود دارد، از این رو ملحق به عین معین است. البته این اصل که کلی در معین در حکم عین معین است مادامی جاری است که در فقه یا در حقوق تصریح به خلافش نشده باشد. پس اگر تصریح شده بود که ملحق به کلی در ذمه است همان متبع است چنان که خواهد آمد که برخی از حقوق‌دانان از جهت زمان انتقال مالکیت آن را ملحق به کلی در ذمه کرده‌اند (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۲/۱، ش ۱۶). بر این اساس بحث را با مقایسه و تطبیق میان کلی در ذمه و عین معین پی می‌گیریم.

## ۱. مقایسه و تطبیق بین کلی در ذمه و عین معین

در ادامه نوشتار با مقایسه میان کلی در ذمه و عین معین از آثار این تقسیم بحث خواهیم کرد.

### ۱-۱. انتقال مالکیت

در پاسخ به این سؤال که آیا ملکیت با انعقاد بیع یا تسلیم مورد معامله منتقل می‌شود رویه واحدی وجود ندارد. برخی حقوق‌دانان به سبب انتقادی که وارد شده است انتقال مالکیت در مبیع کلی در ذمه و کلی در معین را از زمان انعقاد بیع نمی‌دانند. انتقاد از این قرار است که در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد پس از عقد خریدار مالک

۱. 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.

هیچ چیز نمی‌شود جز اینکه حق دارد از فروشنده بخواهد که فرد مبیع را تعیین و تسلیم نماید و فروشنده باید مصداق مبیع کلی را تعیین کند و از این تاریخ به بعد خریدار می‌تواند ادعای مالکیت کند. بنابراین نمی‌توان چنین عقدی را تملیکی نامید در حالی که اثر آن تنها ایجاد تعهد برای فروشنده به تعیین یا تسلیم است. در صورتی هم که مبیع کلی در معین (مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء) باشد اثر قرارداد بیع تملیک نخواهد بود به دلیل اینکه تا وقتی که فروشنده مبیع را تعیین نکند یا حادثه‌ای خارجی آن را معین نکند خریدار بر هیچ مال معینی حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نیست. تفاوت این قسم با کلی فی الذمه در این است که به اجمال می‌دانیم که مبیع داخل در ذمه معین است و به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته‌اند چون تا حدودی از تشخیص خارجی برخوردار است (همان).

این اشکال را به بیان دیگری نیز می‌توان مطرح کرد که در اینجا ملکیت متصور نیست؛ زیرا ملکیت که یکی از عناصر تعریف بیع است، تحققش وابسته به یک موجود محقق است و کلی در ذمه معدوم است بنابراین ملکیت نمی‌تواند بر شیء معدوم قرار گیرد.

برای برون‌رفت از این اشکال فقیهان معتقدند که ملکیت از امور اعتباری است بنابراین لازم نیست که معرض مالکیت در خارج موجود باشد بلکه اعتبار وجود محلی برای آن به اعتبار حصول آن در آینده در اعتبار این نوع از ملکیت کافی است؛ از این رو عقلاً این ملکیت را برای کلی در ذمه اعتبار می‌کنند همان گونه که ملکیت را برای ثمره‌ای که بعداً به وجود می‌آید، برای منفعت در اجاره اعتبار می‌کنند و حال اینکه موضوع تعهد در هر دو معدوم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۷۲/۱). در حقیقت در صورتی که مبیع کلی در ذمه باشد خریدار مالک ما فی الذمه بایع می‌شود به همین دلیل در صورتی که مبیع عین معین باشد حق مشتری را حق عینی و در صورتی که کلی در ذمه باشد حق دینی یا ذمی می‌نامند ولی به محض اینکه کلی به وسیله بایع در فردی مشخص گردید حق دینی تبدیل به حق عینی می‌گردد (طاهری، ۱۳۷۵: ۹۷/۴).

برخی معتقدند که هیچ یک از این راه حل‌ها نمی‌تواند اشکال را برطرف کند به دلیل اینکه در ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف بیع آمده است: «تملیک عین به

عوض معلوم» و در اینجا عینی وجود ندارد و اگر قانون‌گذار تعبیر به تملیک مال به عوض معلوم می‌کرد این اشکال برطرف می‌شد همچنان که در هبه این تعبیر را دارد و بر این اساس قائل می‌شدیم که خریدار پس از عقد، مالک مال کلی می‌شود؛ ولی بیع کلی در ذمه با تعریف کنونی سازگار نیست چون پس از عقد خریدار مالک هیچ عینی نمی‌شود و حق عینی نیز برای وی ایجاد نمی‌شود و تنها می‌تواند از فروشنده اجرای تعهدش را بخواهد (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۲/۱، ش ۱۶؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۱۶).

به نظر می‌رسد با توضیح و تعریفی که در سابق برای عین ارائه شد، پاسخ به این اشکال واضح است از این جهت که عین در این ماده اعم از عین معین و کلی در معین و کلی در ذمه است.

در حقیقت برای رفع اشکال می‌توان گفت که تملیک فوری و بدون قید و شرط جزء جوهر و اساس بیع نیست تا در بیع مال کلی با اشکال مواجه شویم بلکه اگر قابلیت تعلق گرفتن به دیگری را داشته باشد با بیع مالکیت انتقال می‌یابد ولی اگر این قابلیت را نداشته باشد ابتدا باید تعیین و تسلیم و سپس تملیک تحقق یابد و با این توجیه از تعریف قانون مدنی که برگرفته از تعریف فقهاست خارج نشده‌ایم.

برخی دیگر از اساتید حقوق برای از میان برداشتن این اشکال گفته‌اند که بیع کلی مشتمل بر دو عمل حقوقی مستقل است: یکی تملیک و دیگری تسلیم به خریدار. بدین معنا که در اثر عقد، تعهد به تسلیم و به وسیله تسلیم تملیک به خریدار تحقق می‌یابد مثلاً اگر بایع دو خروار گندم به کسی فروخته باشد مشتری نمی‌تواند بدون اذن فروشنده دو خروار گندم را بردارد (امامی، ۱۳۷۰: ۴۵۱/۱) و در صورتی که مبیع در حکم عین خارجی (مقدار معین از شی متساوی الاجزاء) باشد اگر انتخاب از بین افراد عدیده را به مشتری واگذار کرده‌اند حق این کار را دارد و می‌تواند بدون اجازه بایع آن را بردارد ولی هر گاه انتخاب از بین افراد عدیده با بایع باشد مشتری حق این کار را ندارد چون مستلزم تصرف در مال غیر بدون اجازه می‌باشد و اگر بایع مقداری دیگر از شیء متساوی الاجزاء را به غیر واگذار کند و یا تلف کند به گونه‌ای که از این شیء فقط به مقدار حق مشتری باقی بماند آن مقدار ملک مشتری است و بدون اجازه می‌تواند آن را اخذ کند وگرنه مثل بیع کلی باید تعیین و تسلیم توسط بایع صورت گیرد.



کاتوزیان به نقد نظر امامی می‌پردازند و معتقد است که این تحلیل از این جهت که تملیک را متوقف بر تعیین دانسته است صحیح ولی از این جهت که تعهد ناشی از عقد را ناظر به تعیین مبیع دانسته نه تملیک، قابل انتقاد است بنابراین ادعای اینکه با تسلیم، عقد جدید در باب تملیک بسته می‌شود باطل است علاوه بر اینکه طبق مبنای امامی باید خریدار نیز در قبول یا رد فردی که فروشنده انتخاب کرده است آزاد باشد به این دلیل که قرار است با تسلیم، عقد جدیدی نسبت به تملیک بسته شود پس در قبول یا رد آن اختیار دارد (اصل آزادی قراردادها) و حال اینکه چنین اختیاری ندارد و تالی فاسد دوم آن این است که در صورت بطلان عقد بیع باید خود این سبب (تسلیم) بتواند باعث تملیک شود و حال اینکه این امر در حقوق ما پذیرفته نیست (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۴/۱، ش ۱۷).

کاتوزیان در جایی دیگر به مبنای خودش تصریح دارد و می‌گوید:

تملیک مبیع در این صورت اثر عقد بیع است و معلق به تعیین مصداق کلی است که تعیین مصداق گاهی توسط مشتری و گاهی در اثر حادثه خارجی انجام می‌شود (همان: ۸۴/۱، ش ۴۰).

بنابراین در صورتی که بیع به کلی تعلق گیرد تملیک فوراً انجام نمی‌شود، بر خلاف صورتی که مبیع عین معین است که اراده، هم ایجاد تعهد می‌کند و هم فوراً آن را اجرا می‌کند، در صورتی که موضوع عقد بیع کلی باشد این اجرا صورت نمی‌گیرد چون طرفین عقد اراده کرده‌اند که مدیون مصداق کلی را تعیین کند و تا انتخاب صورت نپذیرد تملیک نیز تحقق نمی‌یابد.

در قضاوت بین نظریات ارائه شده می‌توان گفت که ظاهراً بر اساس قانون مدنی مالکیت حتی در کلی در ذمه نیز از حین انعقاد قرارداد منتقل می‌شود. دلیل ما بر این ادعا صراحت بند اول ماده ۳۶۲ قانون مدنی است که ملکیت را به محض وقوع عقد محقق دانسته است و اختصاص این قسمت از ماده به عین معین فاقد وجهت قانونی است و انتقادی که سبب اصلی در تفسیر این ماده به عین معین شده است پاسخ داده شد.

## ۲-۱. ضمان درک

در ضمان درک نیز یکی از شرایط این است که مبیع عین معین باشد چون در ضمان درک همان گونه که در ماده ۳۹۰ قانون مدنی آمده است طرف معامله موظف به برگرداندن ثمن به علت مستحقّ للغير درآمدن مبیع است و این حکم صورتی را شامل می‌شود که موضوع معامله عین خارجی باشد چون در فرضی که مبیع کلی باشد مالی به خریدار تملیک نشده است تا مستحقّ للغير درآید و نتیجه این بیع، تعهد به تسلیم است نه تملیک (البته بنا بر نظر مشهور در حقوق نه نظریه مختار ما). در نهایت اگر در مقام تسلیم، مال دیگری را برای وفای به عهد بدهد نمی‌توان گفت که مال دیگری را فروخته است؛ چون فروختن غیر از تسلیم کردن می‌باشد و در این مورد که مال دیگری را در مقام ایفای تعهد داده است به درستی وفای به عهد نکرده است و خریدار می‌تواند او را الزام به دادن فردی از کلی کند که قابل تملک باشد؛ زیرا در بیع کلی تملیک تنها به‌خاطر عقد بیع، نسبت به مورد مشخص حاصل نمی‌شود بلکه با انجام عقد بیع، مشتری به طور کلی در ذمه بایع مالک می‌شود و بایع باید از عهده آن برآید. در این صورت اگر بایع برای تفریغ ذمه خود مال دیگری را در خارج مشخص کرده و به مشتری تسلیم نماید، ذمه بایع از آن تعهد تبرئه نمی‌شود تا زمانی که از مال خود به مشتری بپردازد. لذا اگر مالی را که به مشتری پرداخته است مستحقّ للغير درآید، معامله باطل نمی‌شود و بایع ملزم به استرداد ثمن نمی‌گردد، بلکه لازم است که از مال خود مصداقی برای آن کلی در ذمه تعیین نماید و مشتری در باب کلی فی الذمه تنها می‌تواند بایع را الزام به انتخاب فردی که برای مشتری قابل تملک باشد بنماید و حتی برای این الزام از دادگاه کمک بخواهد (طاهری، ۱۳۷۵: ۱۱۵/۴).

## ۳-۱. بیع با توصیف و از روی نمونه

گذشت که مبیع گاهی عین معین، گاهی کلی در ذمه و گاهی نیز کلی در معین است؛ در این صورت برای رفع ابهام از قرارداد می‌توان از چند طریق عمل کرد:

الف) مشاهده: درباره آن دسته از مبیع‌هایی که اطلاع بر اوصاف کیفی‌شان رافع ابهام است از این طریق عمل می‌شود مثل میز، صندلی و ... .

ب) توصیف: آنچنان که ماده ۳۴۷ قانون مدنی درباره فرد نایبنا مقرر داشته است: شخص کور می‌تواند خرید و فروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً به طریقی غیر از معاینه یا به وسیله کس دیگر ولو طرف معامله، جهل خود را برطرف کند.

جهل کَمّی یا کیفی ممکن است از این طریق برطرف شود. ماده ۳۵۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در صورتی که مبیع کَلّی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

شارحان قانون مدنی معتقدند که این ماده ناظر به جایی است که مورد معامله مال کَلّی و جزء اموال مثلی باشد. بنابراین اگر موضوع معامله غیر مثلی باشد، مانند ۴ رأس گاو، در این صورت اگر گاوها موجود بوده‌اند، استناد به این ماده صحیح نمی‌باشد و نمی‌توان به استناد اینکه رنگ و جنس آنها مشخص نبوده است، بیع را باطل اعلام کرد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۷۴: ۲۹۱؛ همو، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۱۱۲/۱، ش ۷۹). در تأیید این نظر می‌توان به رأی صادره از شعبه ۳ دیوان عالی کشور استناد کرد. این شعبه در حکم شماره ۲۶.۱.۲۶ مقرر می‌دارد:

ماده ۳۵۱ قانون مدنی راجع به مواردی است که مورد معامله کَلّی و صادق بر افراد عدیده و مثلی باشد بنابراین اگر موضوع معامله غیر مثلی (چهار رأس گاو) بوده و سند مدرکیه هم حاکی باشد که گاوها موجود بوده‌اند استناد به ماده مزبور صحیح نیست و تعیین شدن رنگ و سن گاوها در سند موجب بطلان معامله نخواهد بود مگر اینکه معلوم گردد حین معامله گاوها وجود نداشته و یا نزد خریدار مجهول بوده‌اند (متین، ۱۳۸۸: ۸۷-۸۸).

ممکن است کسی تصور کند که ماده ۳۵۱ قانون مدنی در حقیقت تکرار ماده ۳۴۲ است که در آنجا مقرر شده است «مقدار جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن و کیل یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است» ولی این تصور باطل است، از این جهت که در صورتی که مبیع معین باشد کافی است که مقدار جنس و وصف مبیع نزد طرفین معلوم باشد مثلاً اگر قرار است من دوچرخه‌ای را از شما بخرم باید جنس و وصف آن معلوم باشد ولی در مبیع کَلّی صرف معلوم بودن

این اوصاف کفایت نمی‌کند بلکه علاوه بر معلوم بودن باید درباره آن‌ها نیز توافق شود و اگر روی آن‌ها توافق نشود عقد به سبب ابهام وارده از این جهت باطل می‌باشد چون این ابهام تعهد فروشنده را مجهول می‌کند از این رو، ماده ۳۴۲ قانون مدنی تعبیر به «معلوم باشد» می‌کند ولی ماده ۳۵۱ تعبیر به «ذکر» می‌کند و صرف معلوم بودن را کافی نمی‌داند. البته اگر این اوصاف در قرارداد ذکر نشود و لیکن بتوان از قرارداد فهمید که این اوصاف نزد طرفین معلوم بوده است حکم به بطلان بیع بر خلاف سند است. بنابراین ماده ۳۵۱ درباره مبیع کلی است، ولی حکم ماده ۳۴۲ درباره مبیع عین معین است. شعبه ۳ دیوان عالی کشور در حکم شماره ۲۴۷.۱.۲.۱۹ این گونه مقرر می‌دارد که اگر در قباله آمده باشد که «فروشنده تمام سهم خود را از زمین و چمن و غیره، بدون استثنای چیزی، با حدود معین و مشخص به خریدار انتقال داد» چون این جمله حکایت دارد که حدود و مشخصات مبیع نزد طرفین معلوم بوده است حکم به بطلان بیع از جهت ابهام و جهل در مبیع بر خلاف سند خواهد بود (متین، ۱۳۸۸: ۷۹). البته منظور این نیست که باید این اوصاف در سند اثبات‌کننده عقد آمده باشد بلکه ذکر آن‌ها در متن عقد کفایت می‌کند ولی باید ذکر شود.

ج) فروش از روی نمونه: طبق ماده ۳۵۱ قانون مدنی باید اوصاف مبیع کلی ذکر شود، ولی در صورتی که فروش از روی نمونه به عمل آید طرفین از ذکر اوصاف بی‌نیاز می‌باشند. فروش از روی نمونه برای احتراز از هر گونه ابهام در عرف تجاری مرسوم است. قانون‌گذار با کشف این عرف در ماده ۳۵۴ مقرر می‌دارد:

ممکن است فروش از روی نمونه به عمل آید؛ در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، و الا مشتری خیار فسخ خواهد داشت.

اما سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که اگر در قراردادی هم اوصاف مبیع ذکر شود و هم نمونه‌ای نشان داده شود در حقیقت در اینجا هم فروش بر اساس اوصاف بوده است و هم از روی نمونه. حال در این موارد اگر اوصاف مقرر به نمونه مطابقت نداشته باشد کدام یک از این دو معتبر است و باید ملاک قرار گیرد؟

در این باره رویه قضایی وجود ندارد، ولی برخی از نویسندگان به نقل از حقوق‌دانان فرانسوی نظریه‌ای را آورده‌اند که پذیرفتن نمونه دلیل بر این نیست که طرفین از اوصاف

مذکوره در قرارداد صرف نظر کرده‌اند و نمونه در واقع انتخاب مصداقی از کالای توصیف شده در قرارداد است و اگر به اشتباه بر خلاف اوصاف مذکوره در قرارداد انتخاب شد، لطمه‌ای به اوصاف نمی‌زند (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۱۱۷/۱، ش ۸۷) و در نهایت ایشان می‌نویسد:

باید دادرس با بررسی اوضاع و احوال مربوط به هر دعوی کشف کند که آیا اوصاف مقرر در قرارداد نزدیک‌تر به اراده طرفین و خواست مشترک آن‌ها در تعیین مبیع کلی است یا نمونه؟ (همان).

اما سؤال دیگری که قابل طرح است این است که اگر نمونه پیش از اینکه مبیع کلی بر اساس آن تسلیم شود از بین برود تکلیف چیست؟ برای پاسخ به این سؤال می‌توان دو فرض را مطرح کرد:

الف) موردی که هم اوصاف مبیع در قرارداد آمده است و هم اینکه نمونه تعیین شده است: در این فرض مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود، چون تنها معیار برای احراز مطابقت با از بین رفتن نمونه اوصافی است که در عقد ذکر شده است و همان اوصاف ملاک عمل قرار می‌گیرد.

ب) موردی که اوصاف مبیع در قرارداد نیامده یا اینکه ناقص آمده است و نمی‌توان کلی را بر اساس آن تعیین کرد: در این فرض باید مدعی را شناخت و باید دید آیا مدعی خریدار است یا فروشنده؟ احتمال دارد خریدار را مدعی دانست، زیرا اصل این است که اراده مشترک به این تعلق گرفته است و باید خلاف آن را اثبات کند و احتمال دارد که فروشنده مدعی باشد از این جهت که ادعای وفای به عهد می‌کند و اصل عدم آن است. از ماده ۲۷۹ قانون مدنی می‌توان فهمید که خریدار مدعی است، چون در این ماده انتخاب مصداق به عهده فروشنده گذاشته شده، پس اصل این است که فروشنده مصداق کلی را تسلیم کرده است و قول خریدار مخالف با این اصل است پس مدعی محسوب می‌شود و همچنین اصل آزادی بدهکار در انتخاب مصداق است و خریدار که می‌خواهد این آزادی را به نفع خودش مقید کند مدعی است و باید دلیل ارائه کند (همان: ۱۱۹/۱، ش ۸۲).

سؤال دیگری که در ماده ۳۵۴ قانون مدنی مطرح است این است که آیا این ماده

هم در مورد عین معین جاری است و هم در مورد کلی در ذمه یا خیر؟ برخی حقوق‌دانان معتقدند که ماده مزبور ناظر به صورتی است که مبیع عین معین باشد، ولی اگر مبیع کلی در ذمه باشد، ذیل ماده در مورد آن جریان ندارد. به این دلیل که قانون‌گذار در ماده ۴۱۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.

از این ماده برداشت می‌شود که ذیل ماده ۳۵۴ در مورد کلی در ذمه قابلیت جریان ندارد. بنابراین در مورد مبیع کلی اگر فروشنده از تسلیم مطابق نمونه امتناع کرد اول باید الزام او را خواست و وقتی می‌توان معامله را فسخ کرد که الزام او ممکن نباشد و به وسیله دیگری نیز نتوان مبیع را فراهم آورد. در حقیقت در این صورت باید به ماده ۲۳۹ قانون مدنی در باب شروط عمل کرد (امامی، ۱۳۷۰: ۴۳۶/۱). برخی دیگر از نویسندگان نیز این نظر را تأیید کرده‌اند (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۱۱۹/۱).

در فلسفه این تفاوت می‌توان اظهار داشت که چون در عین معین موضوع ترازی کالای خاص و قابل اشاره است و اگر آن وصف در آن کالا موجود نباشد نمی‌توان کالای دیگری را جایگزین آن کرد به دلیل اینکه معامله بر این کالا تعلق گرفته است در حقیقت با تعویض و تبدیل کالای موضوع عقد با مشکل «ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد» روبه‌رو خواهیم شد از این رو خریدار حق فسخ یا امضا را دارد اما اگر کالا کلی باشد در این صورت معامله روی کالای معینی نرفته است پس اگر مطابق نمونه تسلیم نشود باید آن را تعویض کند. نکته قابل ذکر دیگر این است که اگر اجناس تحویل داده شده معیوب باشد ولو در نمونه نیز عیب وجود داشته باشد باعث نمی‌شود که خریدار خیار نداشته باشد به دلیل اینکه در فروش از روی نمونه این فرض وجود دارد که آنچه تحویل داده شده است، عیب آشکار ندارد و این مانع از استناد به عیوب پنهانی نمی‌باشد.

#### ۴-۱. موضوع تعهد واقع شدن

در فقه و حقوق ایران اصل بر این است که همان طور که عین معین می‌تواند مورد تعهد

واقع شود و موضوع آن را تشکیل دهد، کلی در ذمه و کلی در معین نیز این قابلیت را دارد مگر اینکه قانون‌گذار تصریح کرده باشد که موضوع این تعهد خاص، باید عین معین یا کلی در معین باشد. از طرف دیگر نیز با تفحص در قانون و فقه می‌توان گفت که در برخی موارد قانون‌گذار فقط تعهد بر کلی را درست دانسته است و تعهد بر عین معین را جایز نشموده است مثل بیع سلف که معمولاً مبیع کلی است (رسانی‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۴۸). البته تعبیر فقها در تعریف این قسم از بیع حتی شبهه‌ای باقی نمی‌گذارد که باید مبیع کلی باشد. چه اینکه سلف را این گونه تعریف کرده‌اند:

وهو بیع مضمون فی الذمة مضبوط بمال معلوم مقبوض فی المجلس إلی أجل معلوم بصیغة خاصة (عاملی جبعی، ۱۳۸۱: ۹۱/۲).

پس در فقه و حقوق پاسخ به این سؤال که کلی در ذمه نیز می‌تواند موضوع تعهد قرار گیرد مثبت است ولی ممکن است در مقام تصور اشکالاتی به آن وارد شود از جمله اینکه یکی از شرایط عوضین به تصریح قانون و فقها این است که مال باشد (انصاری، ۱۴۲۰: ۹/۴؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۳۶۴/۲) و کلی در ذمه قبل از اینکه موضوع تعهد و عقد واقع شود مال نمی‌باشد. برای برون‌رفت از این اشکال برخی از فقها می‌فرمایند آنچه که در بیع و سایر تملیکات و تعهدات معتبر است این است که موضوع تعهد از اموری باشد که فی ذاته مال است اگرچه عرفاً مال محسوب نشود و کلی در ذمه قبل از اینکه مورد تعهد واقع شود مال به این معنا می‌باشد اگرچه عرفاً مال محسوب نشود بلکه اگر در وضع اسماء عبادات و معاملات قائل به اعم باشیم حتی این مقدار از مالیت نیز معتبر نمی‌باشد و بیع یک من از خاک نیز صحیح می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۷۴/۱). در مورد کلی در معین نیز اختلافی وجود ندارد که می‌تواند موضوع تعهد واقع شود (طوسی، بی‌تا: ۱۵۳-۱۵۲/۲؛ همو، ۱۴۰۷: ۱۶۲-۱۶۳/۳؛ کرکی، ۱۴۰۸: ۱۰۳/۴؛ طباطبایی، بی‌تا: ۵۱۵/۱؛ نراقی، ۱۴۰۵: ۳۷۷-۳۷۶/۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۲۷۴-۲۷۵). شیخ انصاری نیز ادعای عدم خلاف نسبت به آن می‌کند (۱۴۲۰: ۲۵۵/۴).

برای موضوع تعهد واقع شدن کلی در معین می‌توان اقسام مختلفی را تصور کرد:

الف) مقدار کل شیء متساوی الاجزاء و مقداری از آن که موضوع تعهد واقع شده است هر دو معلوم است؛ تعهد در این صورت صحیح است و جهلی در آن نیست.

ب) مقدار کلّ شیء متساوی الاجزاء معلوم نیست، ولی مقدار مورد تعهد معلوم است و نیز می‌دانند که کل، مشتمل بر مقدار مورد تعهد می‌باشد؛ در این صورت نیز معامله صحیح است و طرفین می‌دانند که مبیع موجود است.

ج) مقدار کلّ شیء متساوی الاجزاء معلوم است، ولی مقدار مورد تعهد معلوم نیست. این صورت بلااشکال باطل است، چون مقدار مورد تعهد معلوم نیست.

د) مقدار کل شیء متساوی الاجزاء معلوم نیست، ولی مقدار مورد تعهد معین است. برخی این قسم را صحیح نمی‌دانند و قائل به بطلان نیز می‌باشند چون جهل به وجود، مانع صحت است (حلی، ۱۴۱۳: ۱۲۷/۱؛ همان، بی‌تا: ۴۶۹/۱؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۶۸/۴). برخی دیگر از فقها قائل به صحت این قسم شده معتقدند که تعیین مقدار مورد تعهد در صحت آن کافی است، منتها اگر در هنگام تحویل کمتر از مقدار مورد نظر باشد خیار تبعض صفت پیش می‌آید و متعهد له بین فسخ یا کم کردن از ثمن به همان مقدار کسری مبیع مخیر است (عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰۱/۳).

ه) مقدار تمامی شیء متساوی الاجزاء معلوم نیست، ولی متعهد تمامی آن را موضوع تعهد قرار می‌دهد. شکی نیست که در این صورت نیز بیع باطل است چون مقدار تعهدشده مجهول است (امامی، ۱۳۷۰: ۴۳۴/۱؛ طاهری، ۱۳۷۵: ۸۹/۴).

فلسفه ماده ۳۵۰ قانون مدنی که بیان می‌دارد بیع کلی در معین فقط در اشیای متساوی الاجزاء صحیح می‌باشد، ولی در اشیای متفاوت الاجزاء باطل است، به این دلیل است که متفاوت بودن اجزا، موجب تفاوت در قیمت خواهد شد و چون بایع و مشتری نمی‌دانند کدام قسمت مورد بیع قرار گرفته و در حقیقت مبیع مجهول است، معامله باطل می‌باشد (انصاری، ۱۴۲۰: ۲۸۴/۴؛ طاهری، ۱۳۷۵: ۸۷/۴).

در ادامه تفاوت آثار کلی در ذمه و کلی در معین در عقود مهم بررسی خواهد شد.

#### ۱-۴-۱. عقد اجاره

مراد از ماده ۴۷۲ قانون مدنی این نیست که قانون‌گذار اجاره مال کلی را مردود دانسته است، بلکه مراد از معین بودن عدم تردد بین چند عین مستأجره است بنابراین اجاره مال کلی جایز است و تعیین مصداق خارجی بر عهده موجر می‌باشد (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود



معین، ۱۳۷۴: ۳۸۲/۱، ش ۲۶). علاوه بر اینکه قانون‌گذار در ماده ۵۱۰ قانون مدنی به صراحت اجاره حیوان کلی را مجاز شمرده است:  
در اجاره حیوان لازم نیست که عین مستأجره حیوان معینی باشد بلکه تعیین آن به نوع معینی کافی خواهد بود.

قانون مدنی در مورد خیار عیب در اجاره کلی مقرر می‌دارد:  
اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که موجر داده معیوب درآید مستأجر حق فسخ ندارد و می‌تواند موجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

بنا بر آنچه از ملاک ماده ۳۷۷ در مورد حق حبس مبیع و ثمن استفاده می‌شود در صورتی که موجر فرد معیوب را در اجاره مال کلی تسلیم کرده باشد او نیز می‌تواند از دادن اجاره‌بها خودداری کند به دلیل اینکه تسلیم انجام نشده است.  
اما در ذیل این ماده حکم دیگری نیز وجود دارد که اگر تبدیل فرد معیوب امکان نداشته باشد، خیار وجود دارد؛ اما در اینکه این خیار به چه جهت است و اینکه آیا حق فسخ ناشی از عیب است یا تعدر تسلیم، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند که این خیار مستند به عیب نمی‌باشد بلکه ناشی از تعدر تسلیم است البته در پایان احتمال می‌دهند که همان خیار عیب باشد چون ممکن است از ظاهر ماده ۴۸۲ استفاده شود که قانون آن را از توابع خیار عیب با احکام ویژه دانسته است (کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ۱۳۷۴: ۳۴۴).

در ادامه ماده ۴۸۳ قانون مدنی حکم تلف مورد اجاره را بحث می‌کند که اجاره از زمان تلف را نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌داند. برخی حقوق‌دانان احتمال داده‌اند که این ماده مخصوص صورتی است که مورد اجاره عین معین باشد و تلف شود، اما در صورتی که موضوع اجاره مال کلی باشد، در این صورت می‌توان الزام موجر را به تعویض مصداق خواست؛ یعنی از او خواست تا مصداق دیگری از کلی را تسلیم نماید و اگر اجبار او ممکن نباشد مستأجر حق فسخ دارد (کاتوزیان، *حقوق مدنی - عقود معین*، ۱۳۷۴: ۴۳۵/۱، ش ۳۱۰). البته ممکن است استدلال شود که چون با تسلیم مصداق کلی اجاره در حکم اجاره عین معین است حکم این ماده اختصاص به تلف عین معین نمی‌باشد و

در کلی نیز جریان دارد. این احتمال نیز از این جهت قابل دفاع می‌باشد که چون کلی تا وقتی تسلیم نشده باشد آثار کلی را دارد، اما پس از تسلیم مثل عین معین است.

#### ۱-۴-۲. عقد ضمان

برخی بر آنند که ضمان از اعیان مضمونه مثل مال مغضوب و مقبوض به عقد فاسد، ضمان به معنای اصطلاحی نیست؛ زیرا از شرایط اساسی ضمان، کلی بودن یا در ذمه بودن است (امامی، ۱۳۷۰: ۲۵۹/۲). اما در پاسخ به این سؤال که آیا این ضمان ولو اینکه ضمان اصطلاحی نمی‌باشد صحیح است یا خیر؟ اختلافی را از فقها نقل کرده‌اند که برخی قائل به بطلان این نوع از ضمان‌اند به جهت اینکه اگر فردی ملتزم شود که مال موجود در دست غاصب را رد کند باعث به وجود آمدن دو تعهد می‌شود و در این صورت ضمّ ذمه صورت می‌گیرد و حال اینکه ماهیت ضمان نقل ذمه است و گروهی دیگر از فقها قائل به صحت‌اند و دلیل آن‌ها عموماً ادله ضمان است که شامل این مورد نیز می‌شود. امامی معتقد است که این تعهد از آنجا که شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۱ قانون مدنی را دارد و از طرفی ماده ۱۰ آن را شامل می‌شود و از سوی دیگر قانون‌گذار ضمان عهده از مشتری یا بایع را نسبت به درک مبیع یا ثمن صحیح دانسته است، می‌توان نتیجه گرفت که این عقد درست است (همان).

کاتوزیان نیز در نظری همسو با ایشان اعتقاد به صحت این نوع از ضمان دارد ولی ضمان اصطلاحی نمی‌باشد و ایشان این نوع از تعهد را از باب تعهد به فعل ثالث (ماده ۲۳۴، بند ۳) نافذ می‌داند (حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۱۷/۴، ش ۱۸۳).

#### ۱-۴-۳. عقد رهن

در عقد رهن، مال مرهونه باید عین معین باشد و کلی در ذمه نمی‌تواند مورد رهن واقع شود (ماده ۷۷۴ ق.م.ا)، زیرا یکی از شرایط تحقق رهن، قبض دادن عین مرهونه به مرتهن است، ولی کلی در ذمه پس از عقد دین است و غیر قابل قبض، لذا نمی‌تواند وثیقه دین قرار گیرد.

اگر چنین استدلال شود که قبول داریم فعلاً دین غیر قابل قبض است ولی در مقام ایفای تعهد تبدیل به فرد می‌شود و قابلیت قبض دارد، این استدلال نیز مخدوش است به

این دلیل که آنچه بعداً در مقام ایفای تعهد داده می‌شود دین کلّی نمی‌باشد؛ بلکه یکی از مصادیق آن می‌باشد و اینکه کلّی در ضمن فرد محقق می‌شود اشکال عدم قابلیت قبض را برطرف نمی‌کند. البته برخی نویسندگان برای حل این مشکل راه حلّی را پیشنهاد کرده‌اند که به مرتهن وکالت داده شود که دین را از مدیون وصول کند و وکالتاً از طرف مالک نزد خود راهن گذارد (امامی، ۱۳۷۰: ۳۳۱/۲ و ۳۳۸).

آیا کلّی در معین را می‌توان به رهن داد یا خیر؟ از آنجا که کلّی در معین در حکم عین معین است همچنان که گذشت باید بتوان آن را به رهن داد و قبض آن به یکی از دو صورت ذیل انجام می‌شود:

الف) تسلیم تمام مالی که بخشی از آن مورد وثیقه است.

ب) انتخاب مقدار معین به وسیله راهن و تسلیم آن به مرتهن.

البته اشکالی که به نظر می‌رسد این است که صورت دوم تحقق قبض در مورد کلّی نیز جریان دارد بنابراین رهن مال کلّی نیز نباید اشکالی داشته باشد. قبض بدین وسیله انجام می‌شود، پس نباید رهن مال کلّی را به دلیل عدم قابلیت قبض باطل شمرد.

#### ۴-۴-۱. عقد هبه

برخی معتقدند که هبه مال کلّی و منفعت جایز است. استدلال این گروه به ماده ۷۹۵ قانون مدنی است که قانون‌گذار در آنجا از تعبیر به «عین» عدول کرده و لفظ «مال» را به کار برده است و این کلمه شامل کلّی نیز می‌شود (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۹-۳۸/۳، ش ۱۵). علاوه بر اینکه از لحن ماده ۸۰۶ قانون مدنی می‌توان نفوذ این قسم از هبه را برداشت کرد؛ چون در این ماده هبه طلب به طلبکار جایز دانسته شده است با اینکه طلب نیز مانند کلّی در ذمه فرد است پس همان گونه که هبه طلب جایز است هبه مال کلّی نیز باید جایز باشد.

در مقابل برخی حقوق‌دانان هبه در مال کلّی را جایز نمی‌دانند. البته دلیلی را که فقها بر آن آورده‌اند مردود می‌دانند؛ دلیل فقها این است که چون کلّی در حین عقد در خارج موجود نیست تا بتواند مورد تملیک واقع شود، لذا هبه آن باطل است. دلیل ردّ آنان این است که کلّی در ضمن افراد در خارج موجود است و قبض یکی از افراد

قبض کلی شمرده می‌شود. در عین حال که ایشان هبه مال کلی را جایز نمی‌دانند، ولی تملیک مال کلی را جایز می‌دانند و برای نفوذ تملیک مال کلی به ماده ۱۰ قانون مدنی استناد می‌کنند (امامی، ۱۳۷۰: ۳۸۵/۲).

اما به نظر می‌رسد که هبه مال کلی صحیح باشد به این دلیل که اگر هبه کلی به دلیل عدم قابلیت قبض آن چنان که فقها گفته‌اند صحیح نباشد باید در صحت بیع کلی نیز تردید کرد چون در آنجا نیز کلی در خارج وجود ندارد. البته ممکن است از این اشکال پاسخ داده شود که بین باب هبه و بیع تفاوت زیادی وجود دارد از این جهت که در هبه، قبض در وقوع تملیک اثر دارد و چون نمی‌توان در همان حال مال کلی را به قبض داد، لذا صحت آن با اشکال روبه‌روست بر خلاف بیع که قدرت بر تسلیم در مقام ایفای تعهد کفایت می‌کند.

#### ۱-۴-۵. عقد وصیت

ماده ۸۴۷ وصیت به مال کلی را مفروغ عنه گرفته است و مقرر می‌دارد: اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است، مگر اینکه در وصیت طور دیگری مقرر شده باشد.

هر گاه موصی به عین معین باشد و توسط موصی تلف شود، این اتلاف رجوع محسوب می‌شود؛ مثلاً اگر شخصی گوسفند مشخصی را برای مصرفی وصیت کند و سپس همان گوسفند را در یک مهمانی کشته و به مصرف برساند، در این صورت وصیت باطل می‌گردد؛ اما اگر وصیت به طور کلی باشد و سپس مقداری از آن مال را خود مصرف نماید وصیت باطل نمی‌شود (طاهری، ۱۳۷۵: ۱۴۱/۵). علاوه بر اینکه در توضیح ماده ۸۴۱ در مورد بطلان وصیت به مال غیر گفته‌اند که ناظر به موردی است که موصی به عین معین باشد، ولی اگر کلی در ذمه باشد بحثی در صحت آن نیست (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۷۴: ۵۱۲).

#### ۱-۵. سقوط تعهد (تعیین، تسلیم و کیفیت آن)

بین کلی در ذمه و عین معین در شرایط سقوط تعهد تفاوت وجود دارد. این تفاوت‌ها از پاسخ به این دو سؤال روشن می‌شود که تعیین و تسلیم بر عهده کیست؟ و کیفیت

تسلیم چگونه است؟ درباره سؤال اول باید گفت که تعیین در کلی در ذمه و کلی در معین<sup>۱</sup> بر عهده فروشنده می باشد به دلیل اینکه در هر دو قسم موضوع حق متعهد له عین خارجی نمی باشد لذا تعیین و تشخیص حق بر عهده متعهد است اما در صورتی که موضوع تعهد عین معین باشد پس از تعهد اثر آن بار می شود؛ برای مثال در بیع مالکیت حاصل می شود و محل آن نیز شیء خارجی می باشد لذا تعیین معنا ندارد. اما تسلیم در هر دو قسم بر عهده متعهد است و باید هر گونه مانعی را برای استفاده از موضوع تعهد از میان بردارد.

اما درباره سؤال دوم باید بین صورتی که کلی در ذمه و عین معین باشد تفاوت گذاشت و گفت در صورتی که عین معین باشد همان عین خارجی معین تسلیم می شود در هر وضعیتی که حین تسلیم دارد و اگر کسر و نقصانی در آن به وجود آید پنج حالت را می توان تصور کرد:

الف) متعهد له قبل از انقضای اجل آن را مطالبه کرده باشد: در این صورت استحقاقی برای مطالبه ندارد.

ب) اجل منقضی شده است ولی از طرف متعهد له مطالبه نشده باشد: از ماده ۲۷۸ قانون مدنی فهمیده می شود که مسئول نقصان و کسر به وجود آمده نمی باشد، اگرچه ناشی از تعدی یا تفریط وی باشد مگر مواردی را که قانون گذار استثنا کرده باشد.

ج) اجل منقضی شده است و مطالبه نیز صورت گرفته و تسلیم نیز از طرف متعهد له صورت گرفته باشد. در این صورت به حکم منطوق ماده ۲۷۸ ضامن هیچ کسر و نقصانی نیست ولو اینکه ناشی از تعدی یا تفریط این شخص باشد مگر مواردی را که قانون گذار استثنا کرده باشد.

د) متعهد با انقضای اجل و مطالبه، تأخیر در تسلیم کرده باشد: در این صورت نیز به دلیل منطوق ماده ۲۷۸ مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگرچه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد. شاید دلیل این حکم این باشد که این فرد از لحظه امتناع از تسلیم در حکم غاصب است از این رو با مجازات شدیدی روبه روست.

۱. این مورد از مواردی است که کلی در معین در حکم عین معین نیست، بلکه ملحق به کلی در ذمه است.

در صورتی که کلی در ذمه و کلی در معین موضوع تعهد باشد ممکن است در مرحله تسلیم بین متعهد و متعهد له اختلاف به وجود آید به دلیل اینکه در برخی موارد بین مصداق‌های خارجی کلی تفاوت قیمت وجود دارد و ممکن است که بین خریدار و فروشنده اختلاف به وجود آید و فروشنده فرد پایین را می‌دهد ولی خریدار از قبول آن امتناع می‌کند و مدعی فرد مرغوب و با قیمت بالاتر است. البته برای رفع اختلاف در باب بیع قانون مدنی نمی‌توان به پاسخی درست دست یافت و قانون‌گذار برای حل اختلاف، مقررهای را در باب وفای به عهد پیش‌بینی کرده است و در ماده ۲۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که فرد اعلای آن را ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب است نمی‌تواند بدهد.

### ۱-۶. عدم وجود مبیع در زمان عقد

بطلان در ماده ۳۶۱ قانون مدنی مقید به صورتی شده است که عین معین مورد بیع باشد. بنابراین اگر مبیع کلی در ذمه باشد و وجود نداشته باشد باید حکم به صحت بیع کرد. به عبارت دیگر بیع کلی می‌تواند در مورد مال آینده نیز باشد (طاهری، ۱۳۷۵: ۵۷/۲؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۱۷۷/۴).

از بطلان بیع عین معین نیز یک صورت استثنا شده است و آن موردی است که عین معینی موضوع قرارداد واقع شود که در آینده ساخته خواهد شد. در این مورد اگر اراده طرفین بر این قرار گرفته باشد که قرارداد تعهد درباره فروش ساختمان آینده را منعقد کنند مشکلی نیست. اما اگر خواسته مشترک طرفین واقع ساختن عقد بیع باشد، آیا باید ما به دلیل ماده ۳۶۱ قانون مدنی بیع را باطل بدانیم و یا اینکه آن را نافذ بدانیم؟ برخی از نویسندگان نفوذ این بیع را برگزیده‌اند به جهت اینکه در مورد بیع معدوم دو فرض را می‌توان تصور کرد:

الف) جایی است که اراده دو طرف بر این قرار گرفته است که از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند: در این صورت چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعتاً باید تراضی دو طرف درباره فرض مالی که وجود ندارد باطل باشد، چون حقی

وجود ندارد که موضوع تراضی قرارگیرد.

ب) جایی است که اراده طرفین بر این است که سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم کنند: در این صورت اشکال فرض قبل به وجود نمی‌آید زیرا حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به عبارت دیگر تملیک زمانی اتفاق می‌افتد که مبیع موجود باشد. نهایت اشکالی که در اینجا به نظر می‌رسد این است که امکان جدایی سبب از اثر در این عقد تحقق یافته است حال آنکه جدایی سبب از اثر ممکن نیست، ولی این اشکال نیز قابل دفع است چون در امور اعتباری چگونگی و زمان شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن (معتبر) است و طرفین اینجا خواسته‌اند که تأثیر سبب معلق باشد. در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۸۴۲ قانون مدنی در باب وصیت استناد کرد: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود». علت اینکه قانون‌گذار در عین اینکه عمل حقوقی نسبت به مال معدوم را نپذیرفته است، وصیت بر معدوم را اجازه داده است، می‌تواند دو چیز باشد. اول: تسامح و تساهلی که در شرایط نفوذ وصیت می‌باشد. دوم: اینکه در وصیت، موصی به به محض وصیت منتقل نمی‌شود، بلکه تملیک آن منوط به وجود موصی به و مرگ موصی است. ولی در فرض مزبور اگر موصی نظر به وصیت مال موجود داشته باشد و حال اینکه در واقع معدوم است، این وصیت باطل است. نهایتاً کاتوزیان معتقد می‌شود که این قرارداد فروش مال آینده است، چون ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را تملیک عین می‌داند که در اینجا تملیک عین وجود ندارد (حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۲۷۷/۱، ش ۱۸۸). ایشان در جایی دیگر می‌نویسد:

آنچه را که گفتیم در مورد وصیت به منافع نیز صادق است و نباید چنین پنداشت که چون منافع ترکه بعد از فوت بوجود می‌آید پس جزء ترکه نیست و نمی‌تواند موضوع وصیت قرار گیرد (همان: ۲۱۷/۳، ش ۳۶۴).

صاحب جواهر در مورد اینکه ممکن است وصیت به مالی باشد که در آینده به وجود می‌آید تصریح می‌کند:

فی متعلق الوصیة وهو إما عین موجودة وإما متوقّعة كحمل الدابة وإن لم یکن معتاد الوقوع إذا كان ممكناً (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۸/۲۸).

و از عبارت شهید ثانی برمی آید که باید صلاحیت وجود را به حکم عادت داشته باشد:

... ولا موجودًا بالفعل حال الوصیة بل یکفی صلاحیته للوجود عادة فی المستقبل (عاملی جبعی، ۱۳۸۱: ۳/۴۱۰).

ولی از ظاهر ماده ۸۴۲ قانون مدنی تأیید نظر صاحب جواهر فهمیده می شود.

### ۷-۱. خیارات

برخی از خیارات فقط در صورتی وجود دارند که موضوع تعهد عین معین باشد، از قبیل خیار رؤیت و برخی از آن‌ها فقط در مبیع یا ثمن کلی جاری می شوند، مثل خیار تفلیس که در صورتی جاری می شود که ثمن کلی باشد. در اینجا تعدادی از اهم خیارات را از جهت عین معین و کلی در ذمه بودن بررسی خواهیم کرد.

#### ۱-۷-۱. خیار تأخیر

یکی از شرایط خیار تأخیر این است که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد. اکثر فقها نسبت به اینکه آیا خیار تأخیر در بیع کلی در ذمه جاری می شود یا خیر، کلامی ندارند (نجفی، ۱۹۱۸: ۵۵/۲۳؛ حسینی عاملی، بی تا: ۵۷۹/۴)، ولی شیخ انصاری معتقد است که پس از تأمل در کلمات فقها ما قطع به اختصاص این خیار به بیع عین معین یا کلی در معین پیدا می کنیم (۱۴۲۰: ۲۲۷/۵).

در این رابطه قانون گذار به تبعیت از نظر مشهور در ماده ۴۰۲ قانون مدنی مقرر داشته است:

هر گاه مبیع عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیة ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله خواهد بود.

صدر این ماده به وضوح بیانگر این است که خیار تأخیر در مورد بیع کلی نمی باشد. همچنین از این ماده می توان تأیید این مطلب را که کلی در معین در حکم عین معین است، برداشت کرد.



### ۱-۷-۲. خیار تفلیس

حقوق دانان معتقدند که این خیار در صورتی اجرا می‌شود که ثمن کلی در ذمه باشد و مورد این ماده ناظر به این قسم از ثمن است. اما اگر ثمن معین باشد فسخ معامله و استرداد مبیع امکان ندارد؛ زیرا ثمن معین در اثر بیع به مالکیت فروشنده درمی‌آید و باید به او تسلیم شود؛ از این رو افلاس و توقیف مشتری در اجرای این تعهد اثری ندارد. به عبارت دیگر جعل خیار تفلیس برای کمک به بایع است که داخل در غرمای مفلس نشود و این حکمت در ثمن کلی وجود دارد (امامی، ۱۳۷۰: ۵۲۷/۱؛ نجفی، ۱۹۱۸: ۲۹۶/۲۵؛ کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۵۵/۱).

### ۱-۷-۳. خیار حیوان

برخی نویسندگان معتقدند که این خیار تنها در صورتی اجرا می‌شود که مبیع عین معین باشد (انصاری، ۱۴۲۰: ۸۴/۵؛ حلی، بی‌تا: ۵۱۹/۱). استدلال آنان چنین است که در بیع کلی تملیک از هنگام عقد انجام نمی‌شود تا با جعل خیار از ضرر جلوگیری شود (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۳۷۴: ۵۱/۱؛ ش ۳۶؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۳۶). ضعف این استدلال واضح است از این جهت که در سابق گفتیم در بیع کلی نیز تملیک از زمان عقد انجام می‌شود. از طرف دیگر برخی نویسندگان معتقدند که این خیار در مبیع شخصی و کلی جاری است. البته ایشان بر این باورند که از فقهای امامیه تصریحی راجع به این امر وجود ندارد (امامی، ۱۳۷۰: ۴۷۹/۱).

### ۱-۷-۴. خیار عیب

خیار عیب نیز مختص به عین معین می‌باشد و در مبیع کلی جریان ندارد. به این دلیل که اگر در مبیع کلی آنچه که داده شد معیوب باشد همان گونه که گذشت می‌توان وی را الزام به تسلیم فرد سالم کرد. علاوه بر اینکه ماده ۴۳۷ قانون مدنی نیز آن را تأیید می‌کند. قانون‌گذار در این ماده در مقام بیان این است که خیار عیب ویژه مبیع معیوب نیست، بلکه در ثمن نیز جاری می‌شود. منتهی همان گونه که از صراحت این ماده فهمیده می‌شود قانون‌گذار شرط اجرای خیار را شخصی بودن ثمن قرار داده است. همچنین در صورتی که مبیع نیز معیوب باشد خیار در صورتی وجود دارد که مبیع عین

معین باشد و در بیع مبیع کلی خیار وجود ندارد به این دلیل که اگر بتوان از راه دیگری غیر از فسخ به نتیجه‌ای عادلانه رسید باید همان راه را برگزید. به عبارت دیگر، فسخ آخرین راه می‌باشد و در فرض مزبور نیز که موضوع عقد مال کلی است چون متعهد اجبار به تسلیم مصداق سالم را دارد پس خیار در صورتی امکان دارد که الزام وی به تسلیم مصداق سالم ممکن نباشد. این حکم را مناط موجود در ماده ۴۸۲ قانون مدنی نیز تأیید می‌کند چون حکم در این ماده در مورد اجاره خصوصیتی ندارد لذا می‌توان آن را به بیع نیز سرایت داد. از این ماده استفاده می‌شود که خیار عیب در صورتی است که مبیع عین معین باشد و در مبیع کلی خیاری وجود ندارد.

در صورتی که مبیع کلی در معین باشد خیار در صورتی به وجود می‌آید که تمام مبیع معیوب باشد و یا اینکه به اندازه‌ای که موضوع عقد قرار گرفته است کالا سالم نماند در غیر این دو صورت می‌توان الزام او را به دادن مبیع از بخش سالم درخواست کرد و جای فسخ نیست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۲۸۸/۵، ش ۹۹۹: امامی، ۱۳۷۰: ۵۰۳/۱-۵۰۴).

### ۵-۷-۱. خیار رؤیت

این خیار فقط در مورد عین معین یا در حکم آن (کلی در معین) جاری می‌شود. ماده ۴۱۴ قانون مدنی در این زمینه تصریح دارد که «در بیع کلی خیار رؤیت نیست...». از این ماده نیز برداشت می‌شود که کلی در معین در حکم عین معین است. در فقه نیز برخی به صورت ضمنی آن را مختص به عین معین می‌دانند؛ زیرا فرموده‌اند که هر گاه در ضمن عقد وجود صفتی در عین معین شرط شود در فرض کشف خلاف، الزام به تحصیل آن نمی‌شود و فقط برای مشروط له خیار فسخ ایجاد می‌گردد بر خلاف صورتی که مبیع کلی باشد و با توصیف فروخته شده باشد، در این صورت ملزم به دادن کالایی مطابق با آنچه توصیف شده می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۱/۲) و بعضی صراحتاً خیار رؤیت را مختص عین معین و شخصی می‌دانند. شیخ انصاری در این باره می‌نویسد: «مورد هذا الخیار بیع العین الشخصیة الغائبة» (۱۴۲۰: ۲۴۹/۵) و صاحب جواهر نیز آن را مختص به عین معین می‌داند: «... هو لا یثبت إلا فی بیع الأعیان

الشخصیّة من غیر مشاهدة رافعة للجهل والغرر» (نجفی، ۱۹۸۱: ۹۲/۲۳). ولی این ماده تمام تردیدها را برداشته است؛ زیرا به گونه‌ای تنظیم شده است که اختصاص خیار رؤیت به عین معین را به صراحت می‌فهماند.

### ۱-۶-۷. خیار تدلیس

از آنجا که فسخ عقد آخرین راه جلوگیری از ورود ضرر و زیان است، حکم مقرر در ماده ۴۳۹ قانون مدنی ویژه مواردی است که ثمن یا مبیع، شخصی یا عین معین باشد لذا در ثمن کلی چون می‌توان آن را تعویض نمود، خیاری وجود ندارد، مگر اینکه دلیل خارجی اجرای آن را ناممکن سازد. البته برخی نویسندگان معتقدند که اگر فروشنده نسبت به همه اوصاف مشترک تمام اقسام و مصداق‌های کلی، خریدار را گمراه کند، مانند اینکه اسپرین را داروی شفابخش وانمود کند در این صورت تدلیس محقق می‌شود، چون فریب مربوط به انعقاد قرارداد است نه اجرای آن (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۳۵۵/۵، ش ۱۰۳۳).

### ۱-۷-۷. خیار تبعض صفقه

برخی صاحب‌نظران معتقدند که این خیار در مبیع کلی نیز جریان دارد. دلیل بر جریان نیز اطلاق ماده ۴۴۱ قانون مدنی در مورد خیار تبعض صفقه است علاوه بر اینکه خصوصیتی از نظر خیار تبعض صفقه در مبیع خارجی نمی‌باشد، مثلاً اگر شخصی جو و تلخه<sup>۱</sup> را با همدیگر بخرد بعد معلوم شود که تلخه مصرف عقلائی ندارد و بیع نسبت به آن باطل است خیار فسخ تمام معامله را دارد (امامی، ۱۳۷۰: ۵۲۲/۱).

از سوی دیگر برخی معتقدند که اگر خیار تبعض صفقه را فقط در موردی دانستیم که بعض از مبیع ملک دیگری درآید چون این فرض تنها در عین متصور است، زیرا اگر مبیع کلی باشد و بعض آن ملک دیگری درآید عقد اصلی را نمی‌توان به این بهانه فسخ کرد، پس خیار مختص به بیع عین معین است و از ماده ۲۷۷ استفاده می‌شود که می‌تواند بخش موجود را نیز برگرداند و مطالبه همه مبیع را بکند؛ چرا که این ماده مقرر می‌دارد:

۱. نوعی گیاه تلخ و بی‌ارزش.

متعهد نمی‌تواند متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.

لذا خیار تبعض صفقه فقط در عین معین وجود دارد. اما اگر خیار تبعض صفقه در تمام موارد بطلان و حتی انفساخ و بر هم خوردن بخشی از قرارداد باشد نظری که آن را در کلی در ذمه نیز جاری می‌داند قابل تأیید است (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۳۷۶/۵، ش ۱۰۴).

### ۸-۱. مهر

فقها تصریح دارند که مهر باید شرایط معتبر در عوضین را داشته باشد (نجفی، ۱۹۸۱: ۷/۳۱). بنابراین همان گونه که عوضین در بیع می‌توانند کلی در معین یا عین معین باشند مهر نیز می‌تواند این گونه باشد و به خاطر وضوح این مطلب در قانون مدنی بدان اشاره نشده است.

در ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی قانون‌گذار مقرر می‌دارد:

هر گاه مهر، عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود، شوهر ضامن عیب و تلف است.

ماده فوق بر اساس فقه امامیه تنظیم شده است و همان گونه که در فقه تردیدی نیست مادام که زوج مهر را تسلیم زوجه ننموده، ضامن آن است اعم از اینکه مهر، عین معین یا غیر آن باشد در حقوق موضوعه نیز چنین است. اما آنچه در ضامن تلف یا عیب مهر در ماده فوق مطرح است، در صورتی است که مهر، عین معین باشد و گرنه در مهر کلی، تسلیم مهر به طور معمول با تسلیم مصداقی از کلی تحقق می‌یابد و پیش از تعیین مصداق معین، گفتگوی تلف شدن آن به میان نمی‌آید (طاهری، ۱۳۷۵: ۱۷۲/۳). همین طور آنچه در فسخ مهر معیوب در این ماده گفته شد در مهر معین است، ولی چنانچه مهر کلی باشد و پس از تسلیم معلوم گردد که آنچه شوهر به زن خود داده معیوب بوده، زن می‌تواند آن را به شوهر مسترد دارد و از افراد سالم کلی بخواهد. ممکن است گفته شود که مهر کلی پس از تسلیم به زن در حکم مهر معین خواهد بود، زیرا زن در اثر قبول مهر، مالک آن می‌گردد (امامی، ۱۳۷۰: ۳۹۲/۴).

## ۹-۱. ابراء، اسقاط، اعراض

در همه مذاهب اسلامی، ابراء از عین معین صحیح نیست؛ زیرا ابراء به معنای اسقاط است و اعیان قابل اسقاط نیستند، مگر اینکه ابراء مربوط به حقی در اعیان باشد که در این صورت ابراء درست است؛ مثل ابراء حق دعوی نسبت به عین معین.

ابراء بر دو قسم می‌باشد:

الف) ابراء خاص: آن است که موضوع آن دین یا حق دینی معین یا حقوق راجع به عین معین باشد؛ مثل اینکه طلبکار، بدهکار را از دین معینی بری کند.

ب) ابراء عام: آن است که دائن به مدیون بگوید تو را از هر دینی که به من داری، بری کردم یا آنکه حقوق خود را نسبت به همه اموال منقول و غیر منقول تو تا امروز ساقط کردم. این نوع ابراء، مانع مطالبه حقوق و دیونی که پس از ابراء به وجود آمده، نیست.

اسقاط از آثار سلطنت ناشی از حق مالکیت شخص بر اموال و حقوق است. از آنجا که موضوع اسقاط می‌تواند هم شامل حقوقی باشد که متعلق آن عین معین است و هم حقوقی که متعلق آن ذمه دیگری است و موضوع ابراء فقط حقوقی است که متعلق آن ذمه است، می‌توان گفت که میان ابراء و اسقاط رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است؛ زیرا هر جا ابراء است، اسقاط نیز هست؛ ولی ممکن است اسقاط باشد، بی‌آنکه ابراء موجود باشد، چنان که به چشم‌پوشی از حق شفعه و حق سکنی، اسقاط اطلاق می‌شود، ولی ابراء گفته نمی‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۹۲/۲).

اعراض به معنای اعراض از ملک آمده است و میان فقها اختلاف است که آیا موجب زوال مالکیت است یا خیر و صاحب جواهر در بحث «جواز اکل ما ینثرفی الأعراس» به این اقوال اشاره دارند (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۲/۲۹-۵۳). برخی نویسندگان حقوق برای اینکه اعراض موجب زوال ملکیت باشد چهار عنصر را ذکر کرده‌اند:

الف) مال باشد اعم از منقول یا غیر منقول، مثل اینکه زلزله روستایی را ویران کند و مردم از آن کوچ کنند.

ب) مال معروض عنه از اموال بلا مالک نباشد.

ج) مالک به اختیار خود از آن مال اعراض کرده باشد. البته قصد اعراض شرط نیست.

د) آن مال متعلق حق غیر نباشد، لذا موجر نمی‌تواند از آن اعراض کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۱۸/۱).

بنابراین در اعراض باید آنچه از آن اعراض می‌شود، مال موجود در خارج یا عین معین باشد. بنابراین اگر واژه اعراض در اسقاط حق به کار رود باید اعراض را تهی از معنای اصطلاحی دانست.

### نتیجه‌گیری

از مباحث طرح‌شده می‌توان نتیجه گرفت که تقسیم اموال به کلی در ذمه، کلی در معین و عین معین در فقه و حقوق دارای آثار فراوانی است و معلوم شد که کلی در معین در حکم عین معین است؛ مگر در مواردی که قانون تصریح به خلاف آن کرده باشد و از نظر انتقال مالکیت تفاوتی بین کلی در ذمه و عین معین نمی‌باشد و در هر دو انتقال مالکیت به محض وقوع عقد انجام می‌شود، همان‌گونه که اطلاق ماده ۳۶۲ قانون مدنی در مورد آثار بیع صحیح این را می‌فهماند. همچنین از این جهت که هر دو می‌توانند موضوع تعهد واقع شوند تفاوتی بین آنها وجود ندارد.

## کتاب شناسی

۱. ابن اثیر جزری، علی بن ابوالکرم، *النهاية في غريب الحديث*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۳. اصفهانی، شیخ الشریعه فتح الله، *رسالة في تحقیق معنی البیع*، قم، دار الکتب، ۱۳۹۸ ق.
۴. اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، دار المصطفی، ۱۴۱۸ ق.
۵. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، چاپ هشتم، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۶. انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم، باقری، ۱۴۲۰ ق.
۷. بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۸. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۹. بنی یعقوب، جواد، *فرهنگ واژگان و اصطلاحات حقوقی اداری اقتصادی*، چاپ دوم، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. جزایری مروج، سید محمد جعفر، *هدی الطالب الی شرح المکاسب*، قم، دار الکتب الجزایری، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق دائرة المعارف عمومی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. همو، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، تهران، گلشن، ۱۳۷۰ ش.
۱۳. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۴. حسینی عاملی، محمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۱۵. حسینی میلانی، سید محمد هادی بن جعفر، *محاضرات فی فقه الامامیه*، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ ق.
۱۶. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، قم، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
۱۷. همو، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. رسائی نیا، ناصر، *حقوق مدنی اشخاص / اموال / مالکیت*، تهران، آوای نور، ۱۳۷۶ ش.
۲۰. رشتی، میرزا حبیب الله، *فقه الامامیه*، قسم الخیارات، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۲۱. صدر، سید محمد، *ما وراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۵ ق.
۲۳. طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلایل*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بی تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ دوم، قم، طبعه نور، ۱۴۲۹ ق.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۶. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بی جا، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
۲۷. عاملی، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، گنج عرفان، ۱۳۸۱ ش.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، تهران، یلدا، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. همو، *حقوق مدنی - عقود معین*، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴ ش.

۳۲. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۷۴ ش.
۳۳. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴ ش.
۳۴. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۳۵. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۳۶. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی قسمت حقوقی، تهران، مهرگان، ۱۳۸۸ ش.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۸. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، القصاص علی ضوء القرآن والسنة، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۳۹. مظفر، محمدرضا، المنطق، چاپ بیستم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۳۲ ق.
۴۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی‌تا.
۴۱. نانینی، میرزا محمدحسین، مکاسب و البیع، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۴۳. نجفی خوانساری، موسی، منیة الطالب فی شرح مکاسب، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۴۴. نراقی، محمد مهدی، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، قم، مکتبة آیة الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۴۵. یزدی، عباس، فرهنگ حقوقی رهنما، چاپ دوم، تهران، رهنما، ۱۳۸۴ ق.