

بسم الله الرحمن الرحيم

تعریف عقد

در ماده 183 ق.م در تعریف عقد آمده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد» که این تعریف محل آراء و نظرات حقوقدانان است و ایرادات زیادی وارد شده است که برخی از ایرادات مورد قبول بوده و برخی نیز مورد تأیید نمی‌باشد.

ایراد: این ماده از لفظ نفر استفاده کرده است که دال بر اشخاص حقیقی است و اشخاص حقوقی را در بر نمی‌گیرد ولی باید گفت که این ایراد وارد نیست چون در زمان تدوین قانون مدنی اشخاص حقوقی بدین صورت امروزی وجود نداشتند و نیز قانون تجارت اشخاص حقوقی را دارای همه حقوق اشخاص حقیقی به جز حقوق اختصاصی می‌داند. لذا این ماده را می‌توان شامل اشخاص حقوقی هم دانست.

ایراد: این ماده از انجام تعهد توسط یک نفر در برابر یک نفر سخن می‌گوید لذا اگر یک نفر از جانب دو نفر عقدی را منعقد کند باطل خواهد بود چرا که یک نفر در برابر یک نفر در این مورد صادق نیست که البته این ایراد نیز وارد نیست چرا که در انعقاد عقد بین طرفین عقد تغایر اعتباری کفایت می‌کند لذا یک نفر می‌تواند از یک حیث وکیل بایع و از یک حیث وکیل مشتری باشد.

ایراد: ایراد دیگری توسط دکتر امامی وارد شده است بدین بیان که تعریف عقد در ماده 183 با تعریف بیع در ماده 338 ق.م سازگار نیست چرا که ماده 338 ق.م عقد بیع را تملیک می‌داند ولی ماده 183 عقد را تعهد می‌داند لذا از آنجائیکه در عقود تملیکی تعهدی وجود ندارد و به صرف عقد مالکیت منتقل می‌شود لذا تعهدی در عقود تملیکی وجود ندارد حال باید گفت که یا بیع عقد نیست و یا عقد تعهد نیست.

پاسخ به ایراد دکتر امامی: باید بگوییم که در بیع (عقود تملیکی) تعهد وجود دارد چرا که بند 3 و 4 ماده

362 ق.م بایع و مشتری را ملزم به تسلیم ثمن و مبیع می کند لذا این مورد وجود تعهد در بیع را می رساند.

پاسخ دکتر امامی: تعهد به تسلیم در عقد بیع جزء ذات عقد بیع نیست و جنبه‌ی تبعی دارد و اگر تسلیم هم

رخ ندهد بیع صحیح است چرا که در صورت عدم تسلیم الزام فرد به تسلیم ممکن و مجری خواهد بود.

تقویت ایراد دکتر امامی: در تقویت ایراد دکتر امامی باید گفت که تعریف ماده 183 از عقد با تعاریف

مذکور از همه عقود تملیکی سازگاری ندارد: ماده 464 ق.م باید گفت که در عقد معاوضه مالکیت یک مال

در برابر انتقال مالکیت مال دیگری انتقال می یابد که این عقد تعهدی را در بر ندارد حال آیا معاوضه که تعهدی

را در بر ندارد عقد نیست؟ یا عقد تعهد نیست؟

ماده 466 ق.م

باید گفت که در اجاره نیز تعهدی وجود ندارد حال یا باید اجاره عقد نباشد یا باید عقد تعهد نباشد.

ماده 795 و 826 و 648 ق.م: باید گفت که در عقود وصیت تملیکی، هبه و قرض نیز همچنین است.

لذا باید گفت که اشکال مذکور (اشکال دکتر امامی) به تعریف عقد در ماده 183 ق.م این است که این

تعریف با عقود تملیکی سازگار نیست حال یا باید تعریف عقد اشتباه باشد و یا تعاریف سایر عقود.

ولی باید گفت که طبق نظر دکتر کاتوزیان به نوعی می توان این ایراد را پاسخ گفت بدین شرح که ماده 183

به معنای تعهد یک نفر در برابر یک نفر دیگر نیست یعنی تعریف عقد به اثر آن که عهد است مدنظر ماده 183

نمی باشد و نمی خواهد بگوید که عقد عهد است که در این صورت تعریف اسم مصدری است و ایراد وارد

خواهد بود ولی اگر تعریف را معنای مصدری بدسیم یعنی عقد عبارت است از پیمان بستن که در این تعریف عقد با عقود تملیکی نیز سازگاری دارد.

در پاسخ به این جمله باید گفت که (در پاسخ به مصدری بودن تعریف عقد) هر نوع توافقی نمی تواند عهد باشد لذا صرف معنای مصدری بودن که فایده ای ندارد بلکه موضوع اصلی توافق طرفین است لذا باید گفت که قطعاً مراد از عقد معنای مصدری نیست چرا که اولاً افراد مثلاً در عقد بیع که پیمان بستن و تعهد دادن فکر نمی کنند بلکه هدف آنها انتقال مالکیت است که اثر عقد بیع می باشد و ثانیاً در الفاظ حقوقی به معنای لغوی مد نظر نیست بلکه حاصل و اثر الفاظ مراد است.

از طرفی باید بگوییم این که ما می گوئیم عقد عهد نیست مراد این نیست که عقد هیچ عهدی را در بر نمی گیرد بلکه هدف این است که عقد صرفاً عهد را به دنبال ندارد بلکه آثار دیگری را هم دارد مانند اثر اباحه، اثر سقوط تعهدات، ایجاد شخصیت حقوقی، علقه زوجیت و ... لذا عقد باید به نوعی تعریف شود که همه آثار را به همراه داشته باشد. لذا باید گفت که در این تعریف مقنن از جنس و فصل که دو عضو مهم در تعریف یک شیء هستند استفاده نکرده است بلکه صرفاً به بیان اثر عقد (عهد) مبادرت کرده است که نادرست نیست.

ایراد دیگر:

از ایرادات وارد بر این تعریف ایرادی است که دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی بیان کرده اند: بدین شرح که یکی از تقسیمات عقود تقسیم آنها به عقود مجانی و عقود معوض است که در عقود مجانی صرفاً یکی متعهد به انجام امری می شود ولی در عقود معوض طرفین عقد انجام امری را متعهد می شوند لذا از آنجائیکه ماده 183 ق.م صرفاً انجام امری از سوی یک فرد را بیان کرده است و در مقابل انجام امری یا تعهدی را برای طرف مقابل ذکر نکرده است، لذا می توان گفت که این ماده عقود مجانی را شامل می شود و عقود معوض را در بر نمی گیرد هر چند که این ایراد به ظاهر ماده وارد است ولی باید گفت که قابل رفع هم هست. لذا در نهایت بعد از بیان

تعریف مذکور در ماده 183 و ایرادات وارده می‌بایست تعریف جامع و مانعی بیان کرد تا ایرادات فوق رفع گردند. لذا تعریف مورد نظر تعریفی است که دکتر شهیدی بیان کرده‌اند بدین بیان که: عقد عبارت است از همکاری (توافق) متقابل دو اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی، که البته این آثار حقوقی ممکن است متفاوت باشد. مانند: ایجاد عقد، فسخ، سقوط تعهدات، ایجاد شرکت و ...

تعریف معین

معین به معنای معلوم، مشخص شده است. این لفظ در اصطلاح حقوقی معنای خاصی ندارد ولی همین که همراه لفظ «عقود» استفاده شده است، نوعی ویژگی به آن می‌دهد لذا باید گفت که عقد معین چیست؟

به قرینه مقابله، باید گفت که عقود معین عقود هستند که در برابر آنها عقود نامعین قرار دارند. در اصطلاح حقوقی، عقود معین، آن دسته از قراردادهایی هستند که در قانون نام، شکل و قالب خاص دارند و نیز قانون شرایط و آثار آنها را بیان کرده است. مانند: عقد بیع، کفالت، وکالت، اجاره، قرض، بیمه، نکاح و ...

در ادامه شایسته است بگوییم همانطور که می‌دانید قانون مدنی از فقه اخذ شده است و در فقه صرفاً عقود معین بیان شده‌اند و هر نوع الزامی می‌بایست در قالب این عقود ایجاد گردد. لذا بر این اساس صلح ابتدائی باطل است چرا که در فقه تنها چیزی که الزام آور است همین عقود معین است و نه عقود نامعین. قانون مدنی نیز به همین امر توجه کرده است و عقود معین را به رسمیت شناخته است گرچه با وضع ماده 10ق.م عقود دیگر را هم صحیح تلقی کرده است. لذا بر این اساس الزامات و قراردادها باید یا در قالب عقود معین باشند و یا باید ضمن عقد لازمی ذکر گردند و با توجه به این اوصاف می‌توان گفت که نیازی نیست طرفین عقود معین، حین انعقاد عقود معین نسبت به آثار آن متعرض مطلبی شوند چرا که آثار آنها را قانون بیان کرده است و اگر طرفین در مورد آثار آنها چیزی نگویند یا اصلاً توجهی به آثار آنها نداشته باشند قانون آثار عقود معین را اجرا خواهد کرد. ولی

این جمله بدان معنی نیست که همه قواعد و آثار عقود معین امری هستند چرا که این آثار صرفاً زمانی اجرا می‌شوند که نسبت به آن‌ها سکوت شود ولی اگر بر خلاف برخی آثار عقود معین توافق گردد، دیگر آن آثار اجرا نشده و مفاد توافق طرفین اجرا خواهد شد. بنابراین عقود نامعین عبارت‌اند از هر گونه توافقی که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود و در قانون نام، شکل، شرایط و آثار آن‌ها بیان نشده‌است. البته باید گفت که این مطلب دال بر بی قانون بودن این عقود نیست بلکه شرایط اساسی و کلی قانونی مربوط به عقود باید در عقود نامعین هم اجرا گردد.

مثال عقود نامعین: قرارداد با هتل، بیمارستان، بانک، آژانس مسافرتی.

تاریخچه ماده 10 قانون مدنی

سابقاً هیچ قراردادی مورد پذیرش نبود مگر قراردادی که بر اساس شکل و قالبی که قانون تعیین کرده بود منعقد می‌شد لذا قراردادهای نامعین معمولاً به نحوی صوری و ضمن عقد معین لازمی منعقد می‌شدند و یا این نوع قراردادها از طریق عقد صلح اجرا می‌شدند. در ادامه با وضع ماده 10 ق.م حکم بر آن شد که هر توافقی الزام آور است مگر توافقی که خلاف قانون و اخلاق حسنه باشد. لذا آنچه که عقد را محقق می‌سازد اراده طرفین است و اراده نیز قالب و شکل خاصی ندارد لذا نمی‌توان به عقود معین بسنده نمود؛ بنابراین لزوم عقود از اراده‌ها ناشی می‌شود نه از قانون و مذهب.

آیا تقسیم عقود به معین و نامعین درست است؟

امروزه عده‌ای از حقوقدانان غربی و شرقی بر این باورند که دسته سومی از عقود هم وجود دارد که نام آن "عقود مختلط" است لذا بر این اساس تقسیم عقود به معین و نامعین درست نیست. عقود مختلط مانند: عقود مرتبط با هتل‌ها بیمارستانها و... چراکه این عقود شامل بسیاری از عقود دیگر می‌شوند لذا برخی حقوقدانان این نوع قراردادها را دسته سوم از تقسیمات عقود می‌دانند.

در نظام‌های حقوقی نسبت به این ادعا پاسخ‌های گوناگون وجود دارد:

دکتر کاتوزیان: نمی‌توان نظر مطلق صادر کرد چرا که عقد تابع قصد است لذا باید به قصد متعاقدین توجه نمود بدین نحو که اگر همه عقود منعقد در هتل‌ها و... به عنوان یک عقد واحد هستند لذا تجزیه آن عقود اشتباه بوده و عقدی نامعین خواهد بود و اگر این عقود به عنوان عقد واحد نمی‌باشند و قابل تجزیه هستند لذا هر کدام برای خود عقدی معین خواهد بود. بر این اساس تقسیم عقود به معین و نامعین درست است و دسته‌سومی وجود ندارد و صرفاً به قصد طرفین بستگی دارد.

ولی باید گفت که گاهی چند عقد با هم می‌آیند بدین نحو که فردی خانه خود را می‌فروشد و ماشین خود را اجاره می‌دهد و خودش هم به عنوان راننده قرار می‌گیرد حال باید گفت که این سه قرارداد در واقع از هم جدا هستند و طرف مقابل می‌تواند هر جز را به نحو منفک از اجزای دیگر بپذیرد یا رد کند. لذا تقسیم عقود به معین و نامعین صحیح است.

از طرفی در مثال‌هایی مانند قراردادهای هتل‌ها همه قراردادها در قالب یک عقد می‌باشند که بر اساس ماده 10 ق.م و توافق طرفین ایجاد می‌گردد و از طرفی می‌توان گفت که قواعد مربوط به هر یک از عقود تشکیل دهنده این قراردادها می‌تواند مشکلات این عقود را برطرف کند.

شناسایی نوع عقد

باید بگوییم شناسایی نوع عقد از اهمیت بسیاری برخوردار است و بر اساس نوع عقود است که می‌توان مشکلات ایجاد شده را حل نمود. در حالت عادی و عرفی در برهه‌های مربوط به هر عقدی نوع عقد مورد نظر قید می‌گردد ولی گاهی نوع عقد مشخص نیست و نیز گاهی افراد اطلاعات حقوقی ندارند لذا در صورت بروز مشکل در این نوع موارد شناسایی نوع عقود می‌تواند راه‌گشای خوبی باشد.

مثال: هرگاه فردی به جای مدیون بگوید من ملتزمم آیا در این جمله قصد ضمانت داشته است یا خیر؟ آیا دین دیون را به ذمه خود گرفته است یا خیر؟ (آیا ماده 723 ق.م اجرا می‌شود یا خیر؟) لذا اراده واقعی طرفین باید مشخص گردد. در مورد این مثال باید گفت: اصل عدم ضمانت است و کسی که خلاف آن سخن می‌گوید باید

ادعای خویش را ثابت کند و بعد از این قسمت اگر به نتیجه رسیده نشد عرف تعیین تکلیف خواهد کرد و در صورت یأس از عرف نیز امارات قضایی حاکم خواهد بود.

مثال: امروزه معمولاً خرید و فروش اتومبیل از طریق وکالت‌نامه انجام می‌شود، حال از آنجائیکه وکالت عقدی جایز است، آیا با فوت بایع وراثت او می‌تواند به مشتری رجوع کرده و عقد وکالت را فسخ کنند؟ سابقاً قضات دادگاه‌ها این نوع خرید و فروش‌ها را وکالت تلقی می‌کردند ولی امروزه به بیع بودن آنها اذعان می‌شود. لذا برخی عقود براساس ظاهر نوعی عقد محسوب می‌شوند و در واقع نوع دیگری از عقود هستند. لذا اصل چنین است که با ظاهرسازی نمی‌توان به اهداف مورد نظر دست یافت و واقعیت‌ها مدنظر خواهند بود در حالی که خود قانون گاهی به ظاهر سازی‌ها دامن زده است.

آیا اصل حاکمیت اراده (اصل 10 ق.م) مخصوص عقود نامعین است یا در عقود معین هم جاری می‌باشد؟؟

در پاسخ باید گفت، ماده 10 ق.م مخصوص عقود نامعین نبوده و نسبت به عقود معین هم جاری می‌شود چرا که برخی از آثار عقود معین را می‌توان براساس توافق طرفین تغییر داد، چرا که آنچه عقد را محقق می‌سازد قصد و اراده طرفین است و اراده افراد قالب و شکل خاصی ندارد و می‌تواند هر نوع قراردادی را بپذیرد یا نپذیرد و فقط باید این نوع قراردادها مخالف قانون و اخلاق حسنه نباشند. از طرفی باید گفت که اراده افراد در انعقاد عقد باید معقول باشد و مخالف مقتضای ذات عقد نباشد، مثلاً افراد نمی‌توانند به انعقاد عقد بیع با بقای مالکیت عین، برای بایع توافق کنند.

در فقه نیز براساس "المؤمنون عند شروطهم" و نیز براساس "العقود تابعه للقصد"، اصل آزادی قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته است.

در باب علت پذیرش اصل آزادی اراده در عقود معین باید گفت قانون، تدوینی انسانی است و انسان نمی‌تواند همه امور مربوط به آینده را در نظر بگیرد، لذا هر قانونی نیاز به ترمیم دارد؛ بنابراین اگر بگوییم که اصل آزادی اراده در عقود معین جاری نیست رسیدن به توافق اراده‌ها در عقود معین بسیار مشکل می‌شود. لذا برای پویایی قانون باید اصولی همچون اصل حاکمیت اراده وجود داشته باشد. از طرفی اجرای اصل حاکمیت اراده نباید مخالف قانون باشد، برای مثال تملیک خانه به عوض معلوم در واقع بیع است، حال اسم این تملیک هر چه می‌خواهد باشد، باز هم بیع و قواعد آن جاری خواهد شد.

طبقه بندی عقود معین

در این مورد باید گفت که کتاب‌های فقهی نظام و تربیت خاصی را در عقود معین بیان نکرده‌اند و قانون مدنی نیز به تبع از فقه نظام خاصی در این مورد ارائه نکرده است. ولی از زمان علامه حلی عقود طبقه بندی شده‌اند. در فوائد طبقه بندی عقود باید گفت:

- اولاً براساس طبقه بندی عقود، عقودی که جوهر و قواعد مشترک دارند در یک دسته قرار می‌گیرند که این باعث می‌شود تا از تکرار مطالب تکراری خودداری شود.
- ثانیاً، براساس طبقه بندی، می‌توان قواعد مشترک عقود را به راحتی بیان کرد که این امر در تفسیر عقود نیز مؤثر است.

بخش نخست: اهمیت و جایگاه عقد بیع

آگاهی به قواعد عقد بیع به قدری با اهمیت است که شخص مسلط به این قواعد حقوقدان و فقیه تلقی گردد و علت آن چنین است که در عرف بیشترین معامله‌ای که صورت می‌گیرد بیع است لذا بیشترین مباحث و مطالب علمی نیز به بحث بیع اختصاص یافته است و نیز به جهت اهمیت آن در سراسر دنیا سعی بر آن شده است تا قواعد مربوط به بیع یکسان گردد. بر همین اساس در سال 1986 میلادی کنوانسیون بیع بین المللی در ژنو نوشته شد که تا به امروز شروح بسیاری نسبت به آن توسط دکتر داراب پور و دکتر صفایی نوشته شده است. از طرفی گسترش همه روزه روابط بازرگانی و تجاری باعث شده تا حقوقدانان برای تسهیل امور بیع به وضع قواعد یکسانی مبادرت کنند.

تعریف بیع

لفظ "بیع" بر وزن "فعل" به معنای خرید و فروش است ولی اگر همین لفظ کنار "شراء" آید صرفاً به معنای فروش خواهد بود. از نظر اصطلاحی بیع در ماده 338 ق. م بدین نحو بیان شده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».

ایراد: در بیان ایراد به این ماده باید گفت این تعریف شامل بیع عین کلی نمی‌شود چرا که این تعریف با بند 1 ماده 396 ق. م سازگاری ندارد. چون در بیع عین کلی، مالکیت به مجرد عقد منتقل نمی‌گردد. در پاسخ به این

ایراد باید گفت که شمول این تعریف نسبت به عین معین از کجا بدست می‌آید تا بگوییم که این تعریف صرفاً شامل بیع عین معین می‌شود و شامل بیع عین کلی نمی‌شود.

در ادامه باید گفت «تملیک» یعنی مالکیت و مالکیت یعنی حق عینی و حق بر عین نیز یعنی حق بر شیء خارجی و مالکیت زمانی معنا دارد که شیء خارجی موجود باشد لذا تملیک زمانی حاصل است که عین مورد نظر شیئی خارجی و معین باشد لذا ماده 338 ق.م. تعریف عین معین است. از طرفی سابقاً معمول بیع‌ها صرفاً در رابطه با عین معین رخ داده است که بر این اساس ایراد به عدم شمول ماده 338 ق.م. نسبت به بیع عین کلی وارد است.

واژه تملیک: تملیک مصدر باب تفعیل و 2 مفعولی است؛ یعنی انتقال مالکیت یک کالا به شخص دیگر. یعنی با پذیرش طرف مقابل این انتقال صورت می‌گیرد نه به صرف ایجاب. از طرفی باید قادر به تملیک باشد. بنابراین تملیک و تملک رابطه تضایف دارند و باید با هم باشند لذا بیع خود تملیک است نه تعهد به تملیک.

واژه عین: عین در برابر دین به کار می‌رود؛ عین آن است که قابل حس با حواس پنجگانه و خارجی می‌باشد و دین آن است که بر ذمه می‌باشد و در ذهن است. لذا حق هم به صورت عینی است و هم به صورت دینی. گاهی عین نیز در برابر منفعت است، گاهی عین در برابر حق ارتفاق و حق انتفاع و گاهی عین در برابر عقد رضایی و تشریفاتی مورد کاربرد است چرا که عقد عینی، عقدی است که قبض در آن شرط صحت است.

در نهایت باید گفت که «عین» در ماده 338 ق.م. به قصد خارج کردن حق و منفعت آمده است. لذا اگر در تعریف ماده 338 از لفظ منافع استفاده شود هر چند بیع مدنظر باشد باز هم اجاره حاصل خواهد شد چراکه تملیک منافع صورت گرفته است و تملیک منافع هم عبارت است از اجاره.

واژه ب (باء): باء به معنای مقابله است؛ یعنی در برابر، درازای. همین لفظ فرق بین معاوضه و بیع را مشخص می‌کند چراکه در معاوضه (رد و بدل کردن کالا) برابر بودن ارزش 2 کالا مطرح نیست ولی در بیع باید ارزش عوضین برابر باشد لذا اگر در بیع ارزش 2 کالا (عوضین) رعایت نشده و برابر نباشد در حقوق کامن لا باطل و در حقوق اسلامی برای فردی که ضرر کرده است خیار غبن حاصل می‌شود.

واژه عوض معلوم: عوضی که در عقد بیع مطرح است می‌بایست معلوم باشد چرا که در غیر این صورت بیع غرری خواهد بود. بنابراین ثمن در عقد بیع می‌تواند، منفعت، حق، عمل و... باشد که در این صورت نمی‌توان بین بیع و اجاره تفکیک قائل شد.

ایرادات ماده 338 ق. م

ایراد اول: این ماده در باب ثمن، تعیین تکلیف نکرده و بیان نکرده است که عوض معلوم چه چیزی را به عنوان عوض قرار داد. لذا می‌توان کالایی را در عوض کالایی دیگر قرار داد که همین مطلب مصداقی مشترک بین بیع و معاوضه خواهد بود. لذا تعریف مذکور در ماده مانع اغیار نیست. ولی اگر ثمن را مشخص می‌کرد (مثلاً ثمن را پول تعیین کند) تعریف مانع اغیار بود.

ایراد دوم: در ماده 183 ق. م عقد به تعهد تعریف شده است لذا بیع نیز که از جمله عقود است باید تعهد باشد. حال اینکه ماده 338 ق. م بیع را تملیک تعریف کرده است. لذا بین 2 ماده 183 و 338 تعارض وجود دارد چرا که بیع یا باید عهد باشد تا با عقد بودنش براساس ماده 183 سازگار باشد که در این صورت تملیک نخواهد بود و یا بیع باید تملیک باشد که اگر تملیک باشد عهد نخواهد بود و حال که عهد نیست نمی‌تواند عقد باشد.

در بیان علت وجود این تعارض بین مواد 183 و 338 باید گفت که منشأ اقتباس قانون مدنی است. چرا که ماده 183 از ماده 1101 قانون مدنی قدیم فرانسه (ماده 1134 قانون مدنی فعلی فرانسه) اخذ شده است و ماده 338 ق. م از متون فقهی (کتاب شرایع الاسلام) اخذ شده است.

ایراد سوم: همانطور که بیان شد بین 2 ماده 183 و 338 تعارض وجود دارد لذا یا باید ماده 338 تغییر کند و یا باید ماده 183 تصحیح گردد که همین راه حل بهتر است. چرا که تعهد صرفاً یکی از آثار عقود است نه همه آثار آن. گاهی اثر عقود تعهد نبوده بلکه سقوط تعهد و شرکت و... می‌باشد. لذا باید گفت که تعریف مندرج در ماده 183 ق. م تعریف به اثر است در حالی که می‌بایست این تعریف، تعریف به ماهیت و با استفاده از جنس و فصل باشد؛ لذا تعریف دکتر شمس که سابقاً ذکر شد بهتر است.

ایراد چهارم: ماده 338 ق. م همه بیع‌ها را در بر نمی‌گیرد و فقط شامل بیع عین معین می‌شود.

لذا بیع عین کلی مشمول این ماده نیست، باید گفت که این ایراد از لفظ تملیک حاصل می‌گردد چرا که تملیک به معنای انتقال مالکیت است و مالک حق عینی بر شیء خارجی و معین باشد. لذا انتقال مالکیت در عین معین صورت می‌گیرد ولی از بیع کلی انتقال مالکیت حین تسلیم کالا صورت می‌گیرد. بنابراین بیع عین کلی، عقدی عهدی است نه تملیکی؛ لذا ماده 338 بیع عین معین را شامل می‌شود نه بیع عین کلی را.

دکتر کاتوزیان این ایراد را وارد نمی‌داند بدین شرح که: در تعریف بیع که تملیک است مراد این است که تملیک ناشی از بیع است حال گاهی تملیک با فاصله انجام می‌شود و گاهی بدون فاصله که در بیع عین معین تملیک بدون فاصله است و در بیع عین کلی تملیک با فاصله. لذا بیع عین کلی هم تملیکی است با این تفاوت که تملیک در آن با فاصله رخ می‌دهد.

در بیان پاسخ به نظر دکتر کاتوزیان باید گفت که: قانونگذار به مجرد وقوع عقد بیع تملیک را ثابت می‌داند لذا تملیک بلافاصله باید رخ دهد تا بیع حاصل شود بنابراین ماده 338 شامل عین کلی که تملیک در آن با فاصله است نخواهد بود.

از طرفی قانون گذار بیع را به تملیک تعریف کرده است که عرفاً یعنی بعد از بیع تملیک حاصل شود لذا اگر قصد داشت بیع عین کلی که تملیک در آن با فاصله است را بیان کند می‌بایست گفت که تملیک نتیجه نهایی بیع است که هم بیع است که هم بیع عین کلی و هم بیع عین معین را شامل گردد از طفی بیعی که در عرف بیشتر مورد انجام است بیع عین معین است لذا توجیه دکتر کاتوزیان مورد قبول نیست.

در ادامه پاسخ به نظر دکتر کاتوزیان باید گفت، آنچه در ماده 338 ق. م ذکر شده است مأخوذ از فقه می‌باشد و سابقاً بیع مرسوم میان مردم، بیع عین بوده است لذا ماده 338 ق. م ناظر به بیع عین کلی نمی‌باشد بلکه بیع رایج و قالب رایج کرده است و در مقام بیان همه اقسام بیع نیست، لذا معنایش این نیست که بیع کلی از اقسام بیع نمی‌باشد. البته باید گفت که این پاسخ پایانی و مورد پذیرش نیست، لذا معنایش این نیست که بیع عین کلی از اقسام بیع نمی‌باشد. چرا که در نهایت تکلیف بیع عین کلی را روشن نکرد، حال آنکه باید مشخص شود که بیع عین کلی چه شرایطی دارد.

در ادامه ایرادات باید بگوییم ماده 338 ق. م پاسخگوی قرارداد های فعلی جامعه نمی‌باشد، چون در جامعه‌ی امروزی معاملات بسیاری به صورت کلی انجام می‌گیرد، از طرفی در مورد معاملاتی که موضوع آنها سرقفلی، حق تالیف، برق خانگی، تعیین تکلیف نشده است چرا که اگر بیع تملیک عین است آیا این موارد عین هستند؟! و اگر بیع تملیک عین نباشد فلذا تعریف ماده دارای ایرادی است.

در پاسخ به این ایراد باید گفت که، در تعریف از عین تجدید نظر به عمل آید، عین تا کنون به شیء خارجی قابل لمس با حواس پنجگانه که وجود مستقل دارد اطلاق می‌گشت، که در برابر آن منفعت قرار دارد که به معنای

وجودی وابسته و غیر قابل لمس و حس با حواس پنج‌گانه است و نیز برابر آن حق قرار دارد که به معنای وجودی وابسته به شیء یا شخص است.

حال حقوق معنوی از اعیان هستند یا از حقوق؟ علی‌القاعده باید پذیرفت که اموری همچون نرم افزارهای رایانه، قابل لمس نمی‌باشند ولی به طریق الکترونیکی قابل رؤیت هستند و وجودی مستقل دارند لذا می‌توان آنها را جزء اعیان محسوب کرد چراکه برای وجود خود وابسته به چیزی نمی‌باشد و نیز دارای ارزش اقتصادی هستند لذا تعریف بیع به تملیک عین شامل این نوع موارد هم می‌شود. ولی ایرادی به این نظر وارد است که این نرم افزارها نیز منفعت ذهن انسان هستند و وابسته به انسان می‌باشند لذا نمی‌توان آنها را دارای وجود مستقل دانست، ولی در پاسخ به این ایراد باید گفت که افزایش تعداد نرم افزارها از مصادیق کالای مثلی است لذا هر یک از نرم افزارها، برای خود هویت فردی دارند، نه هویت نوعی؛ به عبارتی دقیق‌تر هر یک از نرم افزارها برای خودش یک عین است.

از طرفی برخی از موارد مانند برق، حق تحجیر، حق سر قفلی خرید و فروش می‌شوند که باید بررسی گردد آیا مشمول تعریف بیع و عین می‌شوند یا خیر؟

اولاً باید گفت که همانطور که بیان شد عین با منفعت متفاوت است چراکه عین وجودی مستقل دارد ولی منفعت وجودی مستقل ندارد. ثانیاً در مورد حقوق معنوی مانند حق تالیف باید گفت که ملحق به اموال عینی هستند و آثار آنها را دارند هرچند که اوصاف آنها دارا نمی‌باشند لذا خرید و فروش آنها بیع محسوب می‌شود.

در مورد حق تحجیر باید گفت از نظر قانون این دسته از امور به عنوان حق شناسایی شده اند لذا نمی‌توان انتقال آنها را بیع تلقی کرد چراکه بیع، انتقال عین است ولی می‌توان در این موارد به عرف رجوع کرد که انتقال این امور را بیع می‌داند.

تمییز بیع از سایر عقود

در بیان اهمیت این بحث می‌توان گفت، هرگاه عقدی منعقد می‌شود و طرفین در مورد آن ادعاهای متفاوتی دارند باید نوع عقد مشخص گردد چراکه قدم اول در دادرسی شناسایی نوع عقد است؛ مثلاً واگذار منافع یک ساله باغی، در برابر یک میلیون تومان صورت گرفته است و یکی از طرفین این واگذاری را بیع می‌داند و دیگری اجاره، حال قاضی باید بررسی کند که این واگذاری بیع بوده یا اجاره؟! برای مثال بین بیع و معاوضه نیز

ممکن است اشتباه رخ بدهد چراکه هر دو عبارت از مبادله دو کالا هستند و اهمیت شناسایی آنها در اختیار تأخیر ثمن و نیز شفعه در اموال غیر منقول است.

مقدمه

انسان اولیه وقتی دریافت که نمی‌تواند به تنهایی زندگی کند قواعد برای زندگی جمعی وضع کرد که از جمله‌ی این قواعد تقسیم کار بود. بر اساس تقسیم کار، عده‌ای تولید لباس و عده‌ای تولید غذا و عده‌ای عمل کشاورزی را بر عهده داشتند. بعد از مدتی تولیدات هر گروه از انسانها افزایش یافت و مازاد از نیاز خود را به گروه دیگر منتقل می‌دادند که در اثر این انتقال‌ها، قرار داد معاوضه ایجاد شد. بعد از گذشت مدتی این مکانیزم هم پاسخگو نبود که در نتیجه افراد یک کالا واسطه ایجاد کردند که در اثر آن برای انتقال مال به دیگری می‌بایست عوض آن، کالای واسطه داده شود. در ادامه این کالای واسطه موجب پیدایش پول شد که انتقال کالا با واسطه پول بیع نامیده شد؛ لذا می‌توان گفت مبنای بیع، معاوضه می‌باشد. بنابراین می‌توان بیان کرد که امروزه اگر کالایی با پول مبادله گردد عقد بیع و اگر با کالای دیگری مبادله گردد عقد معاوضه انجام شده است، لذا عرف تجاری امروز بین بیع و معاوضه تفاوت کامل قائل شده است ولی در ایران و قانون مدنی تعریف بیع به نحوی است که مبادله کالا با کالا هم بیع تلقی شده است چرا که ماده 338 ق. م در قسمت پایانی می‌گوید: «ممکن است بیع به داد و ستد واقع گردد.»

لذا این ماده هر داد و ستدی را بیع می‌داند که شامل داد و ستد کالا با کالا خواهد بود. بنابراین قاضی باید معین کند که معامله انجام شده، بیع است یا معاوضه؟! چراکه احکام آنها متفاوت است. در هر صورت در تفسیر قرار داد (معامله مشتبه) ابتدا اراده ظاهری طرفین مورد بررسی قرار می‌گیرد و اگر اراده ظاهری منطبق با بیع یا معاوضه بود حکم همان می‌شود و البته کسی که قولش خلاف اراده ظاهری است می‌بایست گفته خود را اثبات کند. در هر صورت اگر از طریق اراده ظاهری به نتیجه‌ای نرسیدیم، می‌بایست به عرف رجوع نماییم که اگر در مورد دعوا عرف مسلمی وجود داشت بر همان اساس حکم می‌شود و البته مخالف عرف باید ادعای خویش را ثابت کند مثلاً عرف می‌پذیرد که مبادله موبایل و تبلت به نحو معاوضه صورت گیرد ولی کسی که مخالف آنرا می‌گوید، می‌تواند به برابری ارزش عوضین استناد کرده و معامله‌ی ایجاد شده را بیع بداند.

در ادامه اگر عرف نیز نتیجه‌ای در بر نداشت می‌بایست به امارات قضایی رجوع کنیم، مثلاً در مبادله‌ی 2 کالا که ارزش برابر دارند، قاعدتاً هدف بیع است، مگر آنکه خلاف آن توسط یکی از طرفین ثابت گردد. لذا ثمره‌ی

تشخیص نوع عقد، با توجه به اراده‌ی ظاهری و عرف و امارات قضایی موجب تغییر بین خواهان و خوانده خواهد شد. (بار اثبات دعوا به دوش کسی است که مخالف این سه مورد را ادعا کند)

تمیز بیع و اجاره

در تعریف بیع گفتیم که تملیک عین به عوض معلوم است که این عین در برابر منفعت قرار داشت تا اجاره را از تعریف خارج کند. بر اساس ماده 466 ق.م اجاره تملیک منافع است که تفاوت بین بیع و اجاره بر این اساس آشکار است.

ولی در عالم واقع گاهی به نحوی رفتار می‌شود که قاضی در تشخیص بین بیع و اجاره دچار تردید می‌گردد مثلاً گاهی شیئی از شیء دیگری حاصل می‌شود که خودش هم می‌تواند وجود مستقلی داشته باشد، حال مبادله‌ی آن شیء بیع است یا اجاره؟ مانند میوه، که هم می‌تواند وجود مستقل داشته باشد و هم می‌تواند به عنوان منافع درخت مورد معامله قرار بگیرد. حال اگر فردی باغ خودش را به مدت یک سال در برابر مبلغی به دیگری منتقل کند، آیا منافع باغ مد نظر است تا معامله اجاره باشد یا اعیان باغ مد نظر است که بیع باشد؟!

مثال: شرکت ایران خودرو، اتومبیل را می‌فروشد و سند مالکیت را بعد از پرداخت آخرین قسط به خریداران انتقال می‌دهد که همین اقساط ماهیانه به مثابه اتومبیل است. از طرفی با این روش شرکت مذکور مشتری را تامین مالی می‌کند از طرفی اگر اقساط پرداخت نشوند شرکت خودرو را برای خودش اخذ می‌کند. این مثال، مصداقی برای عقد اجاره به شرط تملیک است که ترکیبی بین بیع و اجاره می‌باشد.

مثال: فردی قصد خرید کالایی را دارد، ولی قبل از خرید ابتدا می‌خواهد آن را امتحان (تست) کند لذا ابتدا آن را اجاره می‌نماید و بعد از اتمام مدت اجاره، مبلغ اجاره بها که قسمتی از بهای کالا محسوب می‌شود می‌پردازد و مابقی را پرداخته و مالک کالا می‌گردد.

معیار تعیین مصادیق بیع و اجاره

حقوقدانان برای تعیین مصادیق بیع و اجاره معیارهایی را بیان کرده‌اند، مثلاً اجاره‌ی به شرط تملیک را بیع می‌دانند، چرا که قصد اولیه از این عقد بیع بوده است و صرفاً راهی برای تأمین مالی در آن قرار داده شده است و بعد از پایان اقساطی مشتری مالک کالا است. از طرفی حقوقدانان، اجاره به شرط تملیک به شرط فعل را اجاره

تلقی کرده اند چراکه قصد اولیه در آن اجاره است و مشتری بعد از اتمام مدت اجاره می‌تواند کالا را بپذیرد و می‌تواند کالا را رد نماید.

مثال: شخصی منافع باغ خود را در مدت یک سال آینده به دیگری واگذار می‌کند، که در این امور اختلاف می‌شود بدین نحو یکی واگذار را بیع و دیگری آن را اجاره می‌داند. در حل اختلاف حاصله می‌تواند به ترتیب طبق سه روش اقدام نمود:

1. رجوع به اراده ظاهری: ابتدا اراده‌ی ظاهری طرفین بررسی می‌شود که طبیعتاً فردی که مخالف اراده‌ی ظاهری سخن می‌گوید مدعی بوده و باید ادعای خویش را اثبات کند. ولی اگر اراده‌ی ظاهری نتیجه‌ای را حاصل نکرد به روش دوم رجوع می‌شود.

2. رجوع به عرف: مراد از عرف، عرف مسلم در آن مورد اختلاف است؛ یعنی باید بررسی کرد که عرف چنین واگذاری را بیع می‌داند یا اجاره، علی القاعده کسی که خلاف عرف سخن بگوید باید اثبات کند. لذا اگر از عرف هم نتیجه‌ای حاصل نگشت به روش سوم رجوع می‌گردد.

3. رجوع به امارات قضایی: امارات قضایی در این مورد می‌توان بدین نحو باشد، که گاهی شخص باغ را در حالی که هیچ میوه‌ای ندارد واگذار کرده است که در این صورت حتماً این واگذاری اجاره است و گاهی این واگذاری بدین نحو بوده که مشتری پایان سال آمده و میوه‌ها را تحویل بگیرد که در این صورت نیز بیع قصد شده است.

بیع و اجاره اشخاص

در مورد اشخاص باید گفت که در این عقد فرد اجیر می‌شود تا عملی را انجام بدهد.

مثال: فردی عکس خود را به نقاش می‌دهد تا عکس او را نقاشی کند، حال آیا نقاش اجیر است که نقاشی کند یا هدف این است که نقاشی وی در پایان خریداری گردد؟

مثال: فردی به نجاری سفارش ساخت یک میز را می‌دهد، حال آنکه نجار اجیر در ساختن میز است یا تعهد به خریداری محصول عمل او در پایان شده است؟

مثال: شخصی به شرکت کشتی سازی سفارش ساخت کشتی می‌دهد، حال آیا این شرکت اجیر در ساختن کشتی است یا تعهد به خریداری کشتی بعد از پایان ساخت شده است؟ حال سوال این است که این قرار دادها بیع هستند یا اجاره؟

1. رجوع به اراده‌ی ظاهری: اگر اراده‌ی ظاهری مشخصاً فرد را اجیر تلقی کند این قرار داد اجاره است و اگر صرفاً تعهد به خرید محصول شده باشد این قرارداد بیع خواهد بود، ولی اگر اراده‌ی ظاهری نتیجه‌ای را در بر نداشته باشد باید به عرف رجوع کنیم.

2. رجوع به عرف: در باب قرارداد کشتی عرف مسلم آن است که این نوع قراردادها بیع می‌باشند ولی اگر عرف مسلم وجود نداشت قاعداً می‌بایست امارات قضایی مورد بررسی قرار بگیرند.

3. رجوع به امارات قضایی: امارات قضایی از مثال‌های مذکور چنین است که گاهی فرقی نمی‌کند محصول را چه کسی ایجاد کند و صرفاً حصول محصول مد نظر است به عبارتی گاهی هنر و خلاقیت فرد اهمیت کمتری از خود محصول دارد که در این صورت قرار داد بیع خواهد بود و گاهی نیز هدف این است که حتماً فلان فرد یا شرکت عمل را انجام بدهد به عبارتی هنر و خلاقیت عامل اهمیت بیشتری از خود محصول دارد که در این صورت قاعداً قرارداد اجاره خواهد بود.

تفاوت عقد بیع و عقد قرض

بر اساس ماده 648 ق.م قرض عبارتست از: «عقدی که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگری تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعدر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد.»

با توجه به این تعریف و تعریف سابق الذکر از بیع باید گفت هرچند هر دو عقد، تملیکی هستند ولی در عقد بیع طرفین به دنبال کسب سود و منفعت هستند ولی در عقد قرض احسان و نیکی مد نظر است. بنابراین در عقد بیع تعادل عوضین شرط است و مغبون خیار غبن دارد ولی در عقد قرض تعادلی شرط نیست. در هر صورت گاهی بین بیع یا قرض بودن عقدی اختلاف حاصل می‌گردد

مثال: شخصی موبایل خود را به دیگری واگذار می‌کند و او سبب تلف آن می‌شود حال که قصد پرداخت قیمت آن را دارد مالک موبایل مدعی است که موبایل را در قالب بیع به او واگذار کرده است لذا وی باید قیمت یوم التلف (ثمن اصلی موبایل) را بدهد و طرف مقابل مدعی قرض است و قیمت یوم‌الرد می‌پذیرد.

1. اراده‌ی ظاهری: اگر فرد از لفظ بیع یا قرض استفاده کرده باشد همان ثابت خواهد شد و مخالف آن می‌بایست ادعای خویش را اثبات کند ولی اگر اراده‌ی ظاهری موجود نباشد می‌بایست به عرف رجوع گردد.

2. عرف مسلم: می‌بایست با توجه به عرف تصمیم گرفت که این واگذاری بیع بوده یا قرض مثلاً در واگذاری موبایل قاعدتاً بیع مد نظر است چراکه وسیله‌ای شخصی است و به راحتی به کسی واگذار نمی‌شود از طرفی در واگذاری اموالی مانند بلندگوی همراه عرف بر قرض بودن آن حکم می‌کند در هر صورت اگر عرف مسلمی موجود نباشد، می‌بایست به امارات قضایی رجوع گردد.

3. امارات قضایی: امارات قضایی که از اوضاع و پیرامون قضیه به دست می‌آید در این اختلاف می‌تواند بدین نحو باشد که گاهی فردی که خودش چند موبایل دارد و موبایل فردی را به جهت تماس گرفتن اخذ می‌کند، همین دال بر قرض بودن است و نیز گاهی فردی که خودش موبایلی ندارد و موبایل فرد دیگر را اخذ می‌کند که همین دال بر بیع بودن است.

تفاوت عقد بیع با عقد هبه

هبه عقدی رایگان است و بدین معنا نیست که نمی‌توان شرط عوض در آن نمود. البته باید گفت که هبه به شرط عوض، عقدی معوض نیست بلکه عقدی معاوضی است؛ چراکه که در عقد معوض تعادل عوضین شرط است ولی در عقد معاوضی تعادل عوضین شرط نیست ولی بیع عقدی مغایه‌ای است (یعنی مبنای آن سود بری طرفین است) و عوضین در آن باید کاملاً برابر باشند لذا بین بیع و هبه تفاوت وجود دارد و گاهی مصداق مشتبه بین آن دو ایجاد می‌شود:

مثال: فردی به دیگری می‌گوید خانه‌ام را به تو واگذار نمودم به شرطی که 200 میلیون تومان به من بدهی، در این مثال فردی مدعی بیع است و دیگری مدعی هبه است.

1. اراده‌ی ظاهری: اگر اراده‌ی ظاهری مبنی بر بیع یا هبه بودن عقد موجود باشد بر اساس همان حکم می‌گردد و اگر موجود نباشد نوبت به عرف میرسد.
2. عرف مسلم: اگر در این مورد عرف مسلم وجود داشته باشد بر اساس آن حکم می‌شود و در غیر این صورت نوبت به امارات می‌رسد.
3. امارات قضایی: امارات قضایی در این مورد می‌تواند بدین نحو باشد که اگر بین عوضین تعادل برقرار است هدف بیع بوده و اگر تعادل بین عوضین وجود نداشته باشد عقد هبه مراد بوده است.

تفاوت عقد بیع و عقد صلح

در مورد عقد صلح باید بگوییم که صلح در فقه اهل سنت صرفاً در مقام نزاع یا احتمال نزاع مورد استفاده قرار می‌گیرد ولی در فقه امامیه صلح در مقام معاملات نیز مورد پذیرش است؛ مانند صلح بر کمتر بودن ثمن از ثمن واقعی.

ماده 758 ق.م: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه‌ی بیع در آن جاری شود.»

در هر صورت دعوایی رخ می‌دهد که طرفین، یکی ادعای بیع بودن عقدی را دارد و دیگری مدعی صلح بودن آن است:

1. اراده‌ی ظاهری: اگر اراده‌ی ظاهری مبنی بر بیع یا صلح بودن عقدی موجود باشد بر اساس همان حکم می‌شود و قاعدتاً مخالف باید ادعای خویش را اثبات کند و اگر اراده‌ی ظاهری موجود نباشد عرف حاکم خواهد بود.
2. عرف مسلم: هر چند برخی از اعمال حقوقی در قالب صلح منعقد می‌شوند ولی اگر عرف مسلمی در این مورد موجود نباشد باید بر اساس امارات قضایی اخذ تصمیم گردد.

3. امارات قضایی: امارات قضایی در این مورد می‌تواند چنین باشد که بیع مبنی بر مغاینه (سود بری) است، لذا اگر هدف سود بردن باشد حکم به بیع می‌شود و نیز صلح مبنی بر مسامحه است لذا اگر عقد همراه با مسامحه باشد، حمل بر صلح خواهد شد.

تفاوت عقد بیع و عقد وکالت

وکالت عبارت از اعطای نمایندگی می‌باشد. برای مثال فردی دارای زمین‌های بسیاری است در حالی که داشتن اراضی زیاد ممنوع است لذا وی برخی از زمین‌های خود را به دیگری واگذار می‌کند تا در آنها ساخت و ساز کند لذا این عقد ظاهراً وکالت است ولی در واقع بیع مد نظر می‌باشد و حال باید در نظر داشت که براساس ماده 954 وکالت با فوت فسخ می‌شود چرا که عقدی جائز است حال اگر مالک فوت کند آیا وراثت او به بهانه وکالت بودن عقد مذکور می‌تواند عقد را فسخ کنند؟ لذا اختلاف این است که وراثت عقد مذکور را وکالت می‌دانند ولی منتقل‌الیه آن را بیع می‌دانند.

1. اراده‌ی ظاهری: اگر اراده‌ی ظاهری موجود باشد (که در این مثال اراده‌ی ظاهری وکالت است) براساس همان حکم می‌شود ولی اگر اراده‌ی ظاهری موجود نباشد براساس عرف تصمیم‌گیری می‌شود.

2. عرف مسلم: اگر در این مورد عرف مسلمی مبنی بر بیع یا وکالت بودن آن موجود باشد بر همان اساس حکم می‌شود و الا براساس امارات قضایی حکم خواهد شد.

3. امارات قضایی: امارات قضایی در این مثال می‌تواند بدین نحو باشد که، وکالت عقدی مجانی است و پولی در قبال آن قرار نمی‌گیرد، لذا اگر در این قرارداد پولی مطرح باشد بیع خواهد بود و اگر پولی مطرح نباشد وکالت مدنظر خواهد بود.

• حق‌الوکاله‌ای که معمولاً اخذ می‌شود، اجرتی است که در برابر اجرای عقد وکالت اخذ می‌شود نه در برابر خود عقد وکالت

تفاوت عقد بیع و عقد ودیعه

همانطور که می‌دانید مراد از ودیعه عقد امانت است.

مثال: مأخوذ بالسوم؛ (اخذ مال به هدف امتحان کردن) فردی مالی را به قصد خرید، اخذ می‌کند تا مدتی آن را امتحان کند و مال نزد او تلف می‌شود. حال اگر عقد امانت مطرح باشد فرد مسئول نیست ولی اگر عقد بیع مطرح باشد فرد مسئول است.

در این موارد باید گفت، در فرانسه این موارد را بیع تلقی می‌کنند چرا که در ودیعه، امین موظف به عودت عین است ولی در این موارد هدف، عودت عین نیست لذا بیع خواهد بود. در هر صورت در زمان بروز اختلاف باید از سه طریق کشف حقیقت نمود:

1. اراده ظاهری: اگر اراده ظاهری مبنی بر امانت یا انتقال مالکیت موجود باشد بر همان اساس حکم می‌شود که طبیعتاً مخالف اراده ظاهری مدعی بوده و باید ادعای خویش را اثبات کند. و اگر اراده ظاهری موجود نباشد باید به عرف رجوع گردد.
2. عرف مسلم: هر چند که در عرف این نوع موارد بیع محسوب می‌شوند ولی اگر عرف مسلم موجود نباشد امارات قضایی می‌بایست مورد بررسی قرار گیرند.
3. امارات قضایی: امارات قضایی در این مورد می‌توان بدین طریق باشد که اگر در درجه اول هدف بر حفظ و نگهداری مال باشد، عقد ودیعه مدنظر خواهد بود ولی اگر در درجه اول هدف فروش مال باشد، عقد بیع ملاک عمل است.

اوصاف بیع

باتوجه به ماده 338 که بیع را تعریف کرده است می‌توان 4 وصف برای عقد بیع نام برد:

وصف اول: تملیکی بودن

منظور از تملیکی بودن این است که در عقد بیع صرف توافق اراده فروشنده و خریدار برای انتقال مالکیت کافی است و نیازی به عمل دیگری نیست یعنی ایجاب و قبول کافی بوده و تسلیم، شرط حصول تملیک نیست. علاوه براینکه این مطلب از ماده 338 ق.م. بدست می‌آید، بند 1 ماده 362 ق.م نیز به این مطلب اشاره دارد. نکته قابل توجه این است که بیع از ابتدا در اسلام تملیکی بوده است ولی در حقوق اروپایی در کشورهای همچون سوئیس و فرانسه و انگلیس و آمریکا و همچنین حقوق مردم که مادر حقوق خصوصی نامیده می‌شود

ابتدائاً عقد بیع، عهدی محسوب می‌گشته و سپس به مرور زمان به تملیکی بودن آن گرایش یافته‌اند. در هر صورت باید گفت تملیکی بودن عقد بیع مندرج در ماده 338 ق.م با تعریف عقد در ماده 183 ق.م تعارض دارد که سابقاً به حل این تعارض مبادرت شده است.

• نظرات دکتر کاتوزیان در مورد تعریف عقد:

1. ماده 214 ق.م در باب موضوع معامله، اثر عقد را تعهد می‌داند لذا عقد، عهد است.

2. همه عقود عهدی هستند ولی برخی بافاصله و برخی بلافاصله.

3. ماده 183 از حقوق فرانسه اخذ شده است و در فرانسه نیز عقد، عهد است.

• پاسخ به نظرات دکتر کاتوزیان:

1. ماده 214 قابل استناد نیست زیرا تعهد به تسلیم جزء ذات عقد نیست چراکه اگر تسلیم صورت نگیرد می‌بایست عقد باطل گردد حال آنکه چنین نیست. در این خصوص می‌توان به مواد 237 و 238 نیز اشاره نمود.

2. عقود آثار زیادی دارند و اثر همه عقود که عهد نیست بلکه آثار گوناگونی مانند زوجیت، شرکت و... نیز وجود دارند.

3. تعریف ماده 183 با بند 1 ماده 362 سازگار نمی‌باشد و نیز تعریف ماده 183 از کتاب شرایع است نه از حقوق فرانسه.

4. در عرف سابق بیع عین معین به صورت تملیکی و بلافاصله صورت می‌گرفته است.

بنابراین باید گفت یا باید تعریف بیع تغییر کند و عهدی شود و یا باید تعریف عقد در ماده 183 تغییر کند و صرفاً عهدی نباشد که همین بهتر است.

وصف دوم: معوض بودن

منظور از معوض بودن این است که تعهدات هر یک از طرفین عوض تعهدات طرف مقابل است. همانطور که می‌دانید، عقد در یک تقسیم بندی به مجانی و معوض تقسیم می‌گردد، که عقد بیع جزء دسته عقود معوض است چرا که بیع و ثمن در عقد، در مقابل یکدیگر قرار دارند و امکان وجود یکی از آنها بدون وجود دیگری وجود ندارد.

آثار معوض بودن عقد بیع در نظام حقوقی ایران و اسلام:

در این مورد می‌توان به 4 اثر اشاره نمود:

1. باید گفت که هر یک از عوضین علت وجود دیگری است، چرا که از بین رفتن هر یک از عوضین موجب از بین رفتن دیگری است مانند اینکه مبیع برای خود نباشد و معامله فضولی انجام دهد و مالک اصلی هم رضایت ندهد در این صورت مالک مبیع را برداشته و مشتری نیز ثمن را برمی‌دارد. که اگر ثمن را سابقاً پرداخته است می‌تواند به جهت دریافت آن به بایع رجوع کند.

2. از آنجا که عوضین با هم برابرند و هیچ کدام بردیگری ترجیح ندارند لذا اجرای عقد از سوی هر کدام از طرفین متوقف بر اجرای عقد از طرف دیگر است. یعنی طرفین حق حبس دارند؛ بنابراین حق حبس از برابری عوضین در عقد بیع بدست می‌آید که ماده 377 ق.م نیز به حق حبس اشاره‌ای دارد.

3. اثر سوم را می‌توان در ماده 387 ق.م جستجو کرد چرا که می‌گوید: «اگر بیع از قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

در این رابطه باید بگوییم که قاعده «تلف المبیع قبل رد القبض من مال بایعه» جاری می‌شود حال وقتی می‌گوییم با انعقاد عقد بیع انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و انتقال مالکیت منوط به تسلیم نیست، چرا در این قاعده مذکور بایع ضامع است؟

علت ضمان بایع را باید برابری عوضین (تعادل عوضین) در عقد بیع دانست چرا که براساس این قاعده و نیز ماده مذکور مبیع هنوز در اختیار و تسلط مشتری قرار نگرفته است تا وی هم ثمن را در اختیار بایع قرار بدهد. البته باید گفت که نسبت به ماده 387 ق.م استثنایی در ماده 453 ق.م ذکر شده است بر این اساس که، «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له». بدین شرح که هرگاه تلف در مدت زمان اختیار صورت گیرد کسی که اختیار نداشته است ضامن خواهد بود. مانند جایی که مشتری اختیار فسخ در بیع حیوان به مدت 3 روز دارد که اگر حیوان در این 3 روز تلف شود. تلف از مال بایع است.

4. اثر چهارم را می‌توان اختیار غین معرفی کرد، چرا که در عقد بیع عوضین علت همدیگر و اگر تعادل بین آنها بهم بخورد عقد بی اثر خواهد بود و طبیعتاً یکی از طرفین ضرر خواهد کرد که براساس ماده 416 ق.م فردی که ضرر کرده است در صورت جهل می‌تواند عقد را فسخ کند.

در ادامه باید بگوییم که وجود عوضین ذات عقد را تشکیل نمی‌دهد چون اگر چنین بود در صورت تغییر عوضین باید عقد مورد نظر باطل گردد حال آنکه باطل نمی‌شود. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌فرماید: وجود عوضین در عقد، مقتضای ذات عقد است ولی اگر بیع حاصل شود و ثمن یا مبیع وجود نداشته باشند بیع باطل

است ولی قرارداد حاصله باطل نیست. مانند جایی که فردی می گوید موبایل را به تو فروختم به شرط عدم پرداخت پول که این عقد، هر چند بیع نیست ولی باطل هم نیست چرا که هبه می باشد. این نظر با مواد 230 و 233 ق. م موافق می باشد.

ولی باید گفت که این نظر صحیح نیست چرا که عقد قصد است و قصد طرفین انجام بیع بوده است و آنچه واقع شده است هبه بوده است. لذا شرط خلاف مقتضای ذات عقد موجب بطلان آن است. در این مسئله اصل صحت نیز جاری نمی شود چرا که اصل صحت در زمان شک در صحت عقدی، اجرا می شود نه در تغییر اراده طرفین یا ایجاد مصداقی جدید و نیز اراده واقعی زمانی اجرا می گردد که اراده ظاهری خراب باشد.

وصف سوم: عین معین بودن مبیع

در تعریف عین باید گفت که چیزی است که وجود مادی مستقل و محسوس دارد و در برابر آن منفعت قرار می گیرد که وجودی مستقل ندارد بلکه وجودی وابسته به غیر دارد. ایراد این تعریف این است که برخی منافع وجود دارند که خودشان عین مستقل هستند لذا تفاوت عین و منفعت این است که عین بطور **آنی** ایجاد می شود ولی منفعت به نحو **تدریجی** حاصل می گردد.

لذا همانطور که سابقاً هم اشاره شد یا باید تعریف عین تغییر کند یا تعریف عقد، چرا که برخی اموال عین نمی باشند (مانند عین کلی که محسوس نیست) ولی مورد عقد بیع قرار می گیرند و نیز برخی موارد مانند سرقتی هم وجودی محسوس ندارند ولی خرید و فروش می شوند و البته منفعت هم نمی باشند. لذا ایراد مذکور وارد است چرا که این نوع موارد را مشخصاً شامل نمی شود و بیان نکرده است.

وصف چهارم: لزوم عقد بیع

باید گفت که اگر مبنای لزوم در عقود، حاکمیت اراده باشد اراده طرفین به انعقاد عقد تعلق گرفته است لذا این عقد لازم خواهد بود. و نیز ماده 219 ق. م اصل لزوم در عقود را بیان کرده است.

در کل باید گفت لزوم عقد، یعنی طرفین هر وقت بخواهند نمی توانند آن را بهم بزنند ولی اینطور نیست که اصلاً عقد لازم بهم نخورد بلکه عقد لازم از طریق اقاله و فسخ قابلیت بهم خوردن را دارد، در این زمینه 10 نوع خیار جهت فسخ عقود لازم در ماده 396 ذکر شده است.

در مورد 10 خیار مذکور در ماده 396 ق. م باید گفت که سه مورد از آنها مختص عقد بیع است:

1- خیار مجلس 2- خیار حیوان 3- خیار تأخیر ثمن

سؤال مطرح این است که آیا وجود این اختیارات باعث می شود ماهیت عقد بیع از لزوم به جواز تغییر کند؟

قانون در این مورد می‌گوید: تا زمانی که مجلس عقد از بین نرفته است طرفین حق فسخ معامله را دارند. حال این سؤال که آیا عقد بیع لازم است یا جائز را باید چنین پاسخ داد که، در بیان تفاوت بین عقد جائز و لازم باید ذکر کرد که اگر یکی از طرفین در مجلس عقد فوت کند، اگر عقد جائز باشد فسخ خواهد شد ولی اگر لازم باشد عقد فسخ نمی‌گردد. لذا عقد بیع لازم است چرا که اختیارات مذکور، استثنا محسوب می‌شوند لذا باید به قدر متقین اکتفا نمود.

در مورد خیار حیوان باید بگوییم که براساس آن، هرگاه مبیع حیوان باشد مشتری تا 3 روز فرصت دارد تا حیوان را برگرداند لذا برخی بیع حیوان را از جانب مشتری جائز می‌دانند که این توهمی اشتباه است چرا که اختیار فسخ ماهیت لزومی عقد بیع را از بین نمی‌برد. فلذا عقد بیع لازم است.

شرایط انعقاد عقد بیع

باید گفت که در هر صورت در عقود منعقد براساس حقوق ایران، می‌بایست شرایط مذکور در ماده 190 ق.م رعایت گردند و از آنجا که عقد بیع نیز از جمله عقود است لذا می‌بایست قواعد مذکور در ماده 190 در آن رعایت گردد البته در انعقاد عقد بیع اراده طرفین به شرطی که خلاف قانون و نظم عمومی نباشد مطرح است. در مجموع در عقد بیع می‌بایست قصد و رضا، اهمیت، موضوع معامله و جهت آن مشخص گردند.

شرط اول: وجود اراده

ماده 191 ق.م در مورد اراده طرفین در انعقاد عقد بیع می‌گوید: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» بر این اساس مقنن عنصر اساسی و ذاتی هر عقدی را قصد انشاء می‌داند لذا اراده طرفین باید به نحوی مطرح گردد تا قصد آن‌ها مشخص شود. بنابراین در انعقاد عقد می‌بایست قصد و رضا و نیز رضای معاملی، وجود داشته و ابراز گردند در غیر این صورت اثری در پی نخواهند داشت. در عقد بیع نیز 2 اراده متقابل برای انتقال مالکیت باید ابراز گردند تا بیع حاصل شود. این دو اراده مذکور عبارت از ایجاب و قبول می‌باشند، که ایجاب عبارت از قصد انشای ابراز شده می‌باشد که ابتکار عمل برای پیشنهادات و قبول عبارت از قصد انشاء ابراز شده باشد که در موقعیت پذیرش ایجاب قرار می‌گیرد.

در مورد وسیله ابراز قصد باید گفت که وسیله ابراز می‌تواند لفظ، فعل، نوشته، اشاره باشد. الفاظ مورد استفاده باید صریح در معنا باشند که ماده 340 ق.م متذکر این مطلب است. باید افزود که مراد از صراحت در ماده مذکور این است که احتمال خلاف در آن نباشد. از طرفی ماده 339 ق.م ذکر می‌کند که انجام معامله از طریق داد و ستد هم ممکن است که آنرا معاملات می‌نامیم و البته در مورد صحت آن اختلافاتی وجود دارد چرا که

برخی اثر آن را تملیک و برخی اثر آن را اباحه در تصرف می‌دانند ولی باید گفت که قانون اثر معاطات را همان اثر بیع می‌داند.

در مورد اخرس (فرد لال) تنها بر این عقیده‌اند که وی در انجام معامله برای ابراز قصد خود باید اشاره مفهمه انجام دهد و نیز با نوشته هم بیع محقق می‌شود. در کل باید بگوییم از آنجائیکه بیع، عقدی رضایی است لذا با هر کدام از وسائل ابراز قصد، محقق می‌گردد و آنچه مهم است این است که این ابراز باید مفهمه انتقال مالکیت باشد.

ماده 341 ق.م: «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمامی یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.»

در مورد عقد منجز باید گفت که در این نوع عقود ایجاب و قبول و نیز انتقال مالکیت مشخص بوده و زمان اراده طرفین و زمان منشأ یکسان است. و در مورد عقد معلق باید بگوییم زمانی عقد معلق محسوب می‌شود که تأثیر انشاء بر حسب اراده موقوف به امری باشد مانند فروش خانه در صورت رضایت پدر که در این مورد عقد محقق نمی‌شود و انتقال صورت نمی‌گیرد.

بر این اساس باید گفت که ماده 341 ق.م انواع عقد منجز را بیان می‌کند:

عقد مطلق؛ عقدی است که اراده طرفین (بعث و قبلت) در بیع وجود داشته باشند.

عقد مشروط: عقدی است که در آن زمان انشاء و منشأ یکی است ولی یک شرط در آن ذکر شده است.

لذا در عقد مشروط که نوعی عقد منجز است می‌توان در مورد مبیع یا ثمن یا زمان یا محل تسلیم بیع شروطی را ذکر نمود ولی، باید گفت که اگر در عقد، در مورد نحو پرداخت ثمن شرط بیان نشود طبیعتاً باید آن را نقداً پرداخت نمود که ماده 344 حاکی از همین موضوع است.

عیوب اراده: اکراه – اشتباه

باید گفت که اکراه و اشتباه گاهی موجب فقدان قصد می‌شوند که در این صورت موجب باطل شدن عقد می‌شوند و گاهی به رضای معاملی خدشه وارد می‌کنند که در این صورت عقد، غیر نافذ خواهد بود.

در مورد اشتباه باید گفت که گاهی اشتباه در اوصاف اساسی صورت می‌گیرد که در این صورت معامله خیارى خواهد بود و گاهی اشتباه در اوصاف غیر اساسی است که در این صورت معامله خیارى نیست.

نکته قابل توجه این است که، فقدان قصد در معامله موجب بطلان عقد است مگر در معاملات فضولی که ماده 247 متبیین آن است. ولی از ماده 252 ق.م به بعد، بدست می‌آید که با اجازه اصیل، عقد غیر نافذ، نافذ خواهد شد در مورد اجازه اصیل در معامله غیر نافذ هم باید گفت که این اجازه، کاشف حکمی است.

• نکته دیگر اینکه، همانطور که سابقاً بیان شد عقد توسط اراده طرفین آن ساخته می‌شود، لذا باید حدود اجرای اصل حاکمیت مشخص شود، که آیا عقد معین به این معناست که اراده‌ها در آن نقشی ندارند، یا بدین معناست که اراده‌ها عقد را می‌سازند؟

در پاسخ باید بگوییم که اصل حاکمیت اراده در هر عقدی جاری است چرا که مقنن هر قدر هم دقیق باشد باز هم دارای نقص است و نمی‌توان به مواد قانون بسنده نمود لذا تا جایی که مخالف نظم عمومی و قانون نباشد اراده‌ها جاری و حاکم هستند.

از طرفی باید گفت که آزادی هر شخصی توسط آزادی اراده افراد دیگر محدود می‌شود لذا محدودیت‌هایی برای اصل آزادی اراده وجود دارد، گاهی اراده‌های دیگر حاکمیت اراده شخص را محدود می‌کنند، مانند شرط عدم انتقال خانه در قرارداد بیع، که فرد با اراده خود آزادی اراده خود را محدود می‌کند. لذا حاکمیت اراده زمانی موثر است که مخالف قانون و نظم عمومی نباشد، لذا معامله غرری باطل است هر چند طرفین با حاکمیت اراده خود آنرا منعقد کنند و قواعد امری ایجاد محدودیت خواهند کرد.

قولنامه

غالباً افراد در معاملات خود در اموال غیر منقول 2 مرحله کار انجام می‌دهند: 1- در بنگاه‌ها 2- در دفاتر رسمی باید گفت عملی که اشخاص در معاملات اموال غیر منقول در بنگاه‌ها انجام می‌دهند و آنرا مثبت می‌کنند معمولاً تحت عنوان قولنامه مطرح است که البته از سابق مورد اختلاف بوده است. در حالت کلی گاهی افراد به قصد انجام معامله‌ای در مورد اموال غیر منقول اقدام می‌کنند ولی در حال حاضر آمادگی لازم جهت انجام معامله را ندارند لذا برای اینکه مثلاً مشتری تضمینی پیدا کند که با بیع خانه را (مال غیر منقول مرا) به دیگری نفروشد سندی را بین خودشان منعقد می‌کنند مبنی بر اینکه با بیع و مشتری متعهد به معامله در برابر هم می‌شوند.

حال باید پرسید که این عمل تعهد به بیع است یا خود این عمل عقد بیع محسوب می‌شود؟ در پاسخ به این سوال برخی می‌گویند تعهد به تنظیم سند رسمی، شرط متأخر بیع است، لذا همین عمل، عقد بیع محسوب می‌شود. و برخی نیز بر این باورند که این عمل صرفاً تعهد به بیع است.

در کل باید بگوییم که در حقوق اروپایی تعهد نسبت به هر عقدی اثر همان عقد را دارد. در حقوق اروپایی قولنامه اثر عقد بیع را خواهد شد ولی باید گفت این موضوع بستگی به اراده طرفین دارد و قصد آنها انجام قطعی عقد بیع نیست چرا که اگر قصد طرفین انجام عقد بیع بود، همان عقد را منعقد می‌ساختند نه تعهد را.

تفاوت بیعنامه و قولنامه

در بیان تفاوت بیعنامه و قولنامه می‌توان گفت، به مجرد تنظیم و نگارش بیعنامه مالکیت انتقال می‌باید ولی در قولنامه که نوعی تعهد است مالکیت تا زمان انعقاد قطعی عقد بیع برای بایع است و وی قادر خواهد بود که مالکیت را انتقال ندهد.

آثار بیع بودن یا تعهد بودن قولنامه

1. اگر قولنامه بیع باشد منافع موضوع آن برای مشتری است و اگر متعهد به بیع باشد منافع مذکور برای بایع است و نیز اگر قولنامه بیع باشد،
2. در حین دادرسی نمی‌توان قولنامه را به عنوان دلیل مطرح کرد، چون قانون ثبت در مواد 22-46-47 بیان می‌دارد، کسی که سند مال غیر منقول به نام اوست مالک شناخته می‌شود، که در این صورت نمی‌توان قولنامه را به عنوان دلیل مطرح کرد چرا که سند مال غیر منقول هنوز به نام بایع است و مشتری نمی‌تواند به آن استناد کند. ولی اگر قولنامه تعهد به بیع باشد به عنوان دلیل قابل ارائه است.
3. اثر دیگر اینکه، اگر از تاریخ تنظیم قولنامه تا زمان تنظیم سند رسمی قانون جدیدی حادث شود 2 حالت رخ می‌دهد- اگر قولنامه بیع محسوب گردد، بایع باید مالکیت را منتقل کند ولی اگر قولنامه صرفاً تعهد به بیع باشد بایع ملزم به انتقال مالکیت نیست. حاصل اینکه برای روشن شدن موضوع در این باب که قولنامه بیع است یا تعهد به بیع؟! ابتدا باید به اراده ظاهری طرفین مراجعه نمود که اگر معین بود به همان حکم می‌شود و در غیر این صورت به عرف رجوع خواهد شد.

سیر تحول قولنامه

در مورد قولنامه و سیر تحویل آن رویه قضایی متفاوت است. مرحله اول از رویه قضایی در باب قولنامه بی اعتباری آن است، چرا که سابقاً صرفاً عقود معین در فقه عقد محسوب می‌شدند و هر معامله‌ای برای انعقاد باید یکی از همان عقود می‌بود.

لذا از آنجائیکه قولنامه از عقود معین نبود لذا اعتباری هم نداشت. و بعد از تدوین ماده 10 ق.م قولنامه نیز جزء قراردادهای خصوص قرار گرفت. مرحله دوم سیر تحول قولنامه در رویه قضایی بدین ترتیب است که قولنامه همان سند عقد بیع محسوب می‌گشت چرا که عقد بیع متشکل از ایجاب و قبول است لذا از آنجائیکه قولنامه ایجاب و قبول را در بر دارد لذا سندی برای عقد بیع محسوب می‌شد.

ولی جناب دکتر کاتوزیان این رویه را نمی‌پذیرند و 2 ایراد به آن وارد می‌آورند:

1. این رویه که قولنامه را سند بیع محسوب کنیم با اراده طرفین سازگار نیست چرا که قصد اصلی طرفین انعقاد عقد بیع است ولی قدرت آنرا ندارند لذا تعهد به انجام بیع در آینده می‌دهند.

2. بر فرض هم قصد طرفین از قولنامه همان بیع باشد باز هم صحیح نخواهد بود چرا که با ماده 22 ق ثبت سازگار نیست که براساس این ماده کسی که سند به نام اوست مالک شناخته می‌شود لذا ما راهی که سند مالکیت منتقل نشده است هنوز بیعی هم صورت نگرفته است.

لذا دکتر کاتوزیان قولنامه را تعهد به بیع می‌داند نه سند بیع ولی مشهور حقوقدانان قولنامه را سند بیع می‌دانند و لغویتی را هم در آن راه نمی‌دهند. در ادامه برای روشن شدن موضوع بهتر است به فرق ثبوت و اثبات اشاره نماییم.

همانطور که بیان کردیم ماده 339 ق. م بیان می‌دارد که برای انعقاد عقد بیع ایجاب و قبول کفایت می‌کند. که در این صورت ثبوت عقد بیع محقق است یعنی عقد بیع با وجود ایجاب و قبول منعقد می‌گردد ولی در مرحله اثبات که در صورت بروز نزاع، در محکمه می‌باشد طرفین باید سند رسمی ارائه دهند تا ادعای آنها ثابت گردد لذا اگر کسی ادعای مالکیت دارد باید سند رسمی داشته باشد (که مواد 22، 46، 47 و 48 از قانون ثبت بدین موضوع اشاره دارد) بنابراین سند عادی به عنوان دلیل اثبات، مطرح نمی‌گردد و اگر فرد، سند رسمی نداشته باشد نمی‌تواند ادعای خویش را نسبت به مالکیت مال مورد نزاع ثابت کند مگر اینکه طرف مقابل اقرار به مالکیت وی کند.

البته دکتر کاتوزیان اقرار را نیز کافی نمی‌داند چرا که با تنظیم قولنامه هنوز بیعی رخ نداده است و بیع صرفاً با تنظیم سند رسمی در دفاتر رسمی رخ می‌دهد. از طرفی این نظر دکتر کاتوزیان دارای ایراد است چرا که در امور مدنی، اقرار، دلیلی مستقل است.

از علت وجود اقوال مختلف در مورد اعتبار داشتن یا نداشتن قولنامه خلطی است که حقوقدانان در مرحله ثبوت و اثبات کرده‌اند.

آثار حقوقی قولنامه

در این مورد همانطور که سابقاً هم اشاره شد باید گفت که اگر قولنامه، بیع محسوب گردد بایع الزام به انتقال مالکیت خواهد شد و اگر قولنامه، تعهد به بیع باشد، بایع الزام به اجرای تعهد خواهد شد.

در مورد وجه التزام مندرج در قولنامه که توسط اراده طرفین درج می‌گردد برخی حقوقدانان بر این باورند که اگر قولنامه تعهد به بیع باشد فرد متضرر می‌تواند صرفاً وجه التزام را مطالبه کند و الزام به اجرای تعهد ممکن نخواهد بود.

از طرفی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره 11 بیان می‌دارد که فرد متضرر از مفاد قولنامه نه تنها می‌تواند وجه التزام را مطالبه کند بلکه می‌تواند طرف مقابل را به انجام تعهد الزام کند.

در بیان حرف صحیح و قول مختار باید بگوییم که وجه التزام به این معنا است که طرفین به اجرای قرارداد ملزم شوند و اگر قرارداد را اجرا نکردند وجه التزام را بپردازند حال اگر کسی قرارداد را اجرا نکرد صرفاً می‌توان وجه التزام را از او مطالبه کرد و نمی‌توان هم وجه التزام را گرفته و هم الزام به اجرای قرارداد نمود. چرا که وجه التزام ضمانت اجرای عدم انجام مفاد قرارداد است.

اجاره به شرط تملیک

اجاره به شرط تملیک بدین معنا است که 2 عقد بیع و اجاره به هم پیوند خورده‌اند و عقدی جدید به نام اجاره به شرط تملیک بوجود آمده است. بر این اساس مستأجر بعد از اتمام مهلت اجاره می‌تواند مالک عین گردد. بحث اجاره به شرط تملیک در اروپا سابقه طولانی دارد ولی در ایران این بحث نهایتاً به سال 61 برمی‌گردد که شورای پول و اعتبار اجاره به شرط تملیک را در قانون مربوطه استفاده کرده است و نیز در سال 62، از اجاره به شرط تملیک به عنوان یکی از طرقی که در قانون بانکداری به مردم پول داده می‌شد، مورد استفاده قرار گرفت. در حقوق ایران صرفاً 2 نوع اجاره به شرط تملیک وجود دارد، به عبارت دیگر نوع لیزینگ در ایران وابسته به تعهدی است که در قرارداد اجاره به شرط تملیک داده می‌شود که 2 نوع است:

1. گاهی وعده، چنین است که بعد از اتمام اجاره، مورد اجاره باید به مستأجر فروخته شود که این نوع از

اجاره به شرط تملیک، اجاره به شرط تملیک به شرط فعل است.

2. گاهی وعده، این است که بعد از پرداخت آخرین قسط مال مورد نظر به مالکیت مستأجر در آید که

این نوع از اجاره به شرط تملیک، اجاره به شرط نتیجه است.

توضیح اینکه: در نوع اول، یعنی در اجاره به شرط تملیک به شرط فعل، مشتری مختار است که بعد از اتمام اجاره، کالا را خریداری کند و یا نکند. از طرفی فروشنده نیز مکلف است بعد از اجاره، کالا را به مشتری بفروشد لذا مالکیت کالا در این مدت برای بایع است تا اگر مشتری اقساط آنرا نپردازد، بایع هم مال را به ملکیت او ندهد.

و اما، در نوع دوم، یعنی در اجاره به شرط تملیک به شرط نتیجه، در واقع خرید کالا به نحو قسطی می‌باشد و بعد از پرداخت آخرین قسط مستأجر مالک می‌شود. نکته قابل تأمل این است که در این نوع، شرکت‌های لیزینگ برای حل مشکل تلف احتمالی کالا، آنرا به هزینه مشتری بیمه می‌کنند.

در بیان تعریف اجاره به شرط تملیک با توجه به ماده یک آئین نامه شورای پول و اعتبار باید بگویم، اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شده باشد، مستأجر در پایان مدت اجاره عین مستأجره را در صورت رعایت مفاد قرارداد مالک می‌شود.

• نکات مربوط به این ماده بدین شرح است که اولاً این نوع مذکور، اجاره به شرط تملیک به شرط نتیجه است. و ثانیاً این تعریف عقد اجاره، شرط تملیک را، اجاره می‌داند در حالی که قصد اصلی طرفین بیع است و صرفاً اراده ظاهری آنها دال بر اجاره است.

ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک

در باب اینکه ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک چیست؟! اختلاف شده است و اقوال مختلفی بیان شده‌اند:

1. اجاره به شرط تملیک، اجاره است؛ در توجیه این قول، قائلین به آن می‌گویند که طرفین عقد قصد اجاره دارند و تملیک بعداً واقع خواهد شد لذا اجاره به شرط تملیک اجاره است. و شرط تملیک مندرج در اجاره به شرط تملیک، مانند سایر شروط قابل الذکر در عقود است و شرط تابع عقد اصلی است.

2. اجاره به شرط تملیک، بیع است؛ چرا که قصد واقعی طرفین بیع و انتقال مالکیت است بر همین اساس در پایان مدت اجاره مستأجر مالک عین می‌گردد. لذا اجاره به شرط تملیک، بیع است.

3. رابطه بین طرفین عقد، اجاره است اما در مورد اشخاص ثالث بیع است.

4. آنچه ماهیت قرارداد را می‌سازد قصد مشترک افراد است؛ بدین توضیح که اگر قصد مشترک طرفین مشخص بود همان ملاک عمل است. و اگر مشخص نبود باید به امارات رجوع کنیم؛ لذا اگر اجاره به شرط تملیک به شرط نتیجه باشد، و بعد از عقد خود به خود تملیک صورت بگیرد، اجاره به شرط تملیک بیع خواهد بود. ولی اگر قرار باشد که بعداً مشتری مختار در تملیک (تملک) یا عدم آن باشد، یعنی اگر اجاره به شرط تملیک به شرط فعل باشد، این عقد، اجاره خواهد بود.

قول صحیح و مختار: در بیان قول مختار باید ابراز کنیم که قول چهارم بهتر و مورد تأیید است، چرا که تأکید آن روی اراده طرفین است و براساس ماده 191 ق.م.ا. طرفین سازنده عقد است. ولی باید بگویم که اگر اجاره به شرط تملیک به شرط نتیجه را بیع می‌دانیم و نیز اجاره به شرط تملیک به شرط فعل را اجاره می‌دانیم به این علت است که تملیک معلق به آخرین قسط و نیز تملیک معلق به پرداخت است. ولی در هر صورت اگر اقساط پرداخت نگردند عقد فسخ خواهد شد. چرا که از تملیک از ابتدای عقد حاصل گردد ضمانت اجرایی برای عدم پرداخت اقساط وجود نخواهد داشت.

در هر صورت امروزه در مورد بیع یا اجاره شرط تملیک بحث نمی‌گردد چرا که این عقد به عنوان عقدی مستقل دارای قانونی خاص است و از عقود معین محسوب می‌شود.

نحوه اعلام اراده

ابتدائاً باید بگوییم که آنچه عقد را محقق می‌سازد اراده واقعی است. ماده 191 ق.م در مورد اعلام اراده بیان می‌دارد که: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» به عبارت دیگر اراده طرفین زمانی موثر خواهد بود که اعلام و ابراز گردد. لذا طرفین علاوه برداشتن آزادی اراده و بدور از اکراه باید اراده خود را ابراز کنند. بنابراین اراده باطنی در ذهن و اراده ظاهری خواهند بود.

به همین اساس هر جا که اراده ظاهری وجود داشته باشد نشانگر این است که اراده باطنی هم همان است و فردی که مدعی تنافی اراده ظاهری با اراده باطنی است باید ادعای خویش را ثابت کند. بنابراین تراضی طرفین نسبت به بیع و ثمن در عقد بیع باید احراز گردد که در همین تراضی، وجود قصد و رضای طرفین ضروری است.

- مراد از رضایت مذکور در فوق، رضای معاملی است که در معاملات همین نوع از رضایت مکفی است هر چند نسبت به اصل معاملات رضایت وجود نداشته باشد. در هر صورت طرفین باید قصد خود را اعلام کنند که در این راه می‌توانند از لفظ، نوشته، فعلاً استفاده کنند.

- انجام بیع به وسیله فعل را معاطات می‌نامیم که در مورد بیع معاطاتی اختلاف است که آیا افاده تملیک می‌کند و یا افاده اباحه تصرف؟! که مشهور فقها و علما آن را دارای افاده تملیک می‌دانند.

انجام بیع با لفظ

همانطور که می‌دانید ممکن است انعقاد بیع از طریق لفظ باشد که ماده 340 ق.م در این مورد می‌گوید: «در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنای بیع باشد» برخی در این مورد بیان داشته‌اند که بیع باید توسط برخی الفاظ خاص منعقد گردد که در این صورت بیع، عقدی تشریفاتی است ولی مشهور فقها بر این قائلند که انعقاد بیع نیازمند لفظ خاصی نیست لذا عقدی تشریفاتی نخواهد بود.

قانون مدنی را نیز در این مورد می‌بایست حمل بر قول مشهور فقها نماییم که مشهور فقها بیع را با هر روشی که حمل بر تملیک باشد را صحیح می‌دانند. لذا صراحت مذکور در ماده 340 ق.م یعنی باید از لفظی استفاده شود که احتمال خلاف در آن نباشد نه اینکه آن لفظ مخصوص عقد بیع باشد. چرا که اراده طرفین بر انعقاد بیع است هر چند اراده ظاهری و قالب آن متفاوت باشد.

سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا عقد بیع، عقدی تشریفاتی است؟

در پاسخ به سوال مذکور باید بگوییم که در حقوق ایران، اصل بر رضایی بودن عقود است چون آنچه که عقد را محقق می‌سازد اراده طرفین است به عبارتی دیگر عقد بیع با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد لذا عقدی تشریفاتی نخواهد بود و عقدی رضایی است ولی برخی از انواع عقد بیع به دلایلی تشریفاتی محسوب می‌شوند که این موارد استثنا می‌باشند:

1. بیع صرف: این بیع به معنای بیع طلا و نقره با طلا و نقره است که در آن قبض در مجلس هم شرط است (ماده 364 ق.م)

2. بیع اموال دولتی: اموال دولتی اموالی هستند که در قانون بودجه دارای ردیف بودجه هستند و به سادگی قابل فروش نمی‌باشند بلکه فروش آنها با رعایت شرایطی از طریق مزایده خواهد بود. بنابراین اگر اموال دولتی به روشی غیر از مزایده به فروش روند آن بیع باطل است.

3. بیع اموال محکوم علیه: هر گاه علیه شخصی حکمی صادر شود و حکم جهت اجراء به دایره اجرای احکام رود و محکوم علیه توانایی مالی نداشته باشد اموال وی توقیف می‌گردد و به فروش می‌روند که این فروش تشریفاتی است چرا که به صورت مزایده خواهد بود. (باتوجه به مواد 114-118-125 قانون فروش اموال توقیف شده)

4. در مواردی که طرفین بیع را موقوف بر تنظیم سند می‌کنند، بیع تشریفاتی خواهد بود.

5. بیع اموال غیر منقول: این بیع نیز باتوجه به مواد 22، 46، 47 و 48 قانون ثبت تشریفاتی است چرا که این مواد صرفاً کسی را مالک می‌دانند که سند به نام او باشد حال انتقال مالکیت منوط به تنظیم سند خواهد بود لذا این نوع بیع، تشریفاتی است.

در ادامه سوالی ایجاد می‌گردد که اگر بعد از بیع ملک از طریق قولنامه با بیع حاضر به تسلیم مبیع نباشد و مشتری با قولنامه اقدام به شرکت کند حاصل چیست؟

باید بگوییم که باتوجه به ماده 22 ق.ت محکمه کسی که سند به نام اوست را مالک می‌داند.

حال اگر فروشنده به بیع اقرار کند تکلیف چیست؟

بنابر فرمایش دکتر کاتوزیان که بیع اموال غیر منقول را تشریفاتی می‌داند اقرار اثری نخواهد داشت چرا که در دفتر اسناد رسمی رخ نداده است. ولی مشهور حقوقدانان بر این باورند که محکمه نمی‌تواند قولنامه را به عنوان دلیل بپذیرند بلکه می‌تواند اقرار با بیع نسبت به بیع را دلیل محسوب کند.

دکتر کاتوزیان این مطلب را پذیرفته و می‌فرماید که ما باید بین اموال ثبت شده و اموال ثبت نشده تفکیک قائل شویم؛ بدین توضیح که در مورد اموال ثبت نشده مقنن در ماده 22 ق.ت ضمانت اجرای مناسبی را قرارداده

است که مالک کسی است که سند به نام اوست لذا فردی که سند به نام او نمی‌باشد برای اثبات مالکیت خود باید دلیل دیگری ابراز کند. (مانند اقرار طرف مقابل) ولی در مورد اموال ثبت شده باید بگوییم که بیع آنها تشریفاتی است و صرفاً در دفاتر رسمی محقق می‌گردد لذا در مورد این اموال اقرار به عنوان دلیل مطرح نمی‌گردد.

ایرادی که به این نظر وارد است چنین است که وضعیت اموال ثبت نشده در جامعه وخیم‌تر است لذا نباید دلیل دیگری باعث اثبات آن باشد.

عیوب اراده

باتوجه به حقوق ایران، نسبت به اراده 2 عیب قابل فرض است:

1. اشتباه: که عبارت است از تصور نادرست شخص از واقعیت

2. اکراه: که عبارت است از فشاری نامشروع که به انجام معامله می‌انجامد.

• تدلیس نیز موجب ایجاد خیار فسخ خواهد شد ولی از عیوب اراده محسوب نمی‌شود. مطالب مذکور را می‌توان از مواد 200 و 353 ق.م بدست آورد

در مورد اشتباه باید بگوییم که 2 حالت دارد: چرا که اشتباه گاهی به قصد خدشه وارد می‌کند که در این صورت بیع باطل است و گاهی به رضا خدشه وارد می‌کند که در این صورت معامله غیر نافذ خواهد بود. به عبارتی دیگر می‌توان گفت که اشتباه گاهی اراده شخص را مفقود می‌کند که موجب بطلان است و گاهی اراده شخص را معیوب می‌کند که موجب عدم نفوذ است.

با توجه به 2 حالت مذکور باید اذعان داشت که بین 2 ماده 200 و 353 تعارضی وجود ندارد چرا که بر اساس ماده 353 ق.م وقتی جنس کالا اشتباه می‌شود، چون قصدی نسبت به جنس موجود وجود ندارد لذا بیع باطل است و نیز گاهی قصد خرید کالای اصلی بوده است (مانند تلوزیون) ولی صرفاً نام تجاری آن اشتباه شده است (مانند سونی و سامسونگ) که در این صورت رضایت معیوب شده و موجب عدم نفوذ معامله می‌گردد.

نکته‌ی بسیار مهم این است که هر عقدی برای خود یک ماهیت تکوینی و یک ماهیت حقوقی-عرفی دارد که مراد از ماهیت حقوقی و عرفی آن چیزی است که قصد طرفین عقد می‌باشد. مثال:

1- در خرید گوشی موبایل: موبایل بودن کالا ماهیت تکوینی آن است که فرد قصد خرید آن را می‌کند،

ولی اراده اصلی فرد به ماهیت حقوقی عرفی موبایل تعلق گرفته است یعنی وی صرفاً موبایلی را

می‌خواهد که ساخت کشور ژاپن باشد، که ساخت کشور ژاپن بودن در حالت عادی وصفی برای موبایل است و حال که این وصف اراده اصلی خریدار را احاطه کرده است، گفته می‌شود که وصف جانشین ذات شده است. که در این صورت اگر کالای مورد نظر (موبایل) ساخت ژاپن نباشد معامله باطل خواهد بود.

2- در خرید عتیقه: اگر کالای تحویلی عتیقه نباشد بیع باطل است چرا که ماهیت حقوقی و عرفی معامله بر عتیقه بودن کالا تعلق گرفته است حال آنکه کالای تحویلی عتیقه نیست و از طرفی اراده‌ی اصلی مشتری این بوده است که صرفاً کالایی عتیقه خریداری کنند و حال که کالا عتیقه نیست، لذا اراده‌ی وی مفقود است و معامله باطل می‌گردد. ولی اگر مشتری این کالا که عتیقه است را به گمان طلا بودن خریداری کند و سپس مشخص شود که طلا نمی‌باشد، از آنجائیکه طلا بودن قصد اصلی خریدار برای خریدن کالا نبوده است، لذا طلا نبودن کالا موجب بطلان معامله نخواهد بود، بلکه معامله غیر نافذ می‌گردد. (در این مثال عتیقه بودن وصفی است که جانشین ذات شده).

در این نوع مثال‌ها همیشه وصف عتیقه بودن جانشینی ذات نمی‌شود. مثلاً فردی از ظاهر کالایی شوق کرده و آنرا به گمان عتیقه بودن خریداری می‌کند و در این مثال فرد قصد خرید کالایی زیبا را داشته است و به عتیقه بودن آن توجهی ندارد. حال اگر مشخص شود که آن کالا عتیقه نمی‌باشد، بیع باطل نبوده، بلکه غیر نافذ است.

به طور کلی باید گفت که در ماده‌ی 200 ق. م. اشتباه مذکور عامل معیوب بودن رضا است، لذا عقد را غیر نافذ اعلام می‌کند و در ماده‌ی 353 ق. م. اشتباه مذکور عامل معیوب بودن قصد است که عقد را **باطل** اعلام می‌کند.

ماده 353 ق. م. در قسمت پایانی می‌گوید: «اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به ما بقی مشتری حق فسخ دارد.» براین اساس باید بگوییم که مبیع، گاهی قابل تجزیه است که در این صورت باید توجه داشت که آیا برای مشتری وحدت مطلوب ملاک است یا خیر؟ به عبارتی دیگر آیا مشتری مبیع را به طور کامل نیاز دارد یا بخشی از آن هم می‌تواند نیاز وی را برطرف کند.

حال اگر وحدت مطلوب ملاک باشد و بخشی از مبیع معیوب گردد بیع باطل است ولی اگر وحدت مطلوب ملاک نباشد و بخشی از مبیع معیوب گردد صرفاً نسبت به بخشی که معیوب بوده است معامله باطل خواهد بود و مشتری بر اساس ماده‌ی 441 ق. م. خیار تبعض صفقه خواهد داشت یعنی می‌تواند معامله را امضا نموده و مابه‌التفاوت قیمت را اخذ کند.

مثال: گاهی فردی 2 نوع گونی برنج خریداری می کند و حین تحویل آنها می فهمد که یکی از 2 گونی معیوب است؛ حال اگر وی هر دو گونی را با هم لازم داشته باشد (وحدت مطلوب ملاک باشد) بیع باطل خواهد بود و اگر وی هر دو گونی را به طور جداگانه لازم داشته باشد (وحدت مطلوب ملاک نباشد) بیع نسبت به قسمتی که معیوب است باطل خواهد بود و طبق ماده ی 441 ق. م خیار تبعض صفقه خواهد داشت.

شرط دوم: اهلیت (190 ق.م)

در مورد اهلیت قانونگذار دقت خاصی را انجام داده است و 2 نوع اهلیت را ملاک عمل قرار داده است:

1. اهلیت قانونی 2. اهلیت تصرف

ماده 345 ق. م در این باره می گوید: «هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشند.»

بحث اصلی در باب اهلیت، در مورد محجورین مطرح می شود که بر این اساس برخی افراد به دلیل حجر ممنوع از تصرف در اموال خویش هستند که ماده ی 1207 ق. م این افراد را در سه گروه صغار- مجانین - غیر رشید بیان کرده و نام می برد. بنابراین مراد از اهلیت مذکور در ماده 197 ق. م اهلیت در تصرف است.

حال باید پرسید که اهلیت مذکور در ماده 345 ق. م چیست؟

در پاسخ باید بگوییم که گاهی شخص محجور نمی باشد (یعنی صغیر یا مجنون یا سفیه نیست) ولی از تصرف در اموال منع می شود مانند شخصی که ورشکسته شده است که در این صورت مبنای این منع حمایت از حقوق اشخاص ثالث (طلبکاران) می باشد. بنابراین باید گفت که اهلیت مذکور در ماده ی 345، اهلیت تصرف است. لذا طرفین حین معامله باید عاقل و بالغ و قاصد باشند و اختیار تصرف نیز داشته باشند. لذا فردی که در حال مستی معامله می کند معامله ی وی باطل است (195 ق. م). و نیز شخص کور زمانی می تواند معامله کند که به موجب ماده ی 347 ق. م جهل خود نسبت به عوضین را به نوعی برطرف کند.

اختیار تصرف

در توضیح باید گفت که برخی افراد به دلایل قانونی از تصرف در اموال منع شده اند مانند ماده 1240 ق. م که قیم را از تصرف در اموال مولی علی خود در برخی موارد منع کرده است.

حال سؤال است که مواردی مانند قیم و امثال ذلک آیا در تصرف اموال اهلیت ندارند یا استثنائی بر تصرف نمودن هستند؟

در پاسخ به سؤال مذکور می‌توان گفت که برخی از حقوقدانان ملاک را عدم اهلیت می‌دانند که در این صورت قیم و امثال وی محجور تلقی خواهند شد و نیز برخی دیگر ملاک را استثناء بر تصرف عنوان می‌کنند. در حاصل باید گفت این بحث، بحثی نظری است و ثمره‌ی عملی ندارد و صرفاً می‌تواند در تعارض بین صلاحیت قوانین و دادگاه‌ها حائز اهمیت باشد.

بنابراین برخی افراد از انجام برخی معاملات ممنوع هستند مانند قیم، وکیل، محکوم علیه، ورشکسته و ... که علت این منع حجر نمی‌باشد چرا که این افراد محجور نمی‌باشند.

• نکته‌ی قابل توجه این است که شخصی که به نحو فضولی معامله‌ای را انجام می‌دهد دارای اهلیت قانونی است ولی وی اختیار در تصرف مال غیر ندارد لذا معامله‌ی وی فضولی است. (247 ق.م)

• نکته‌ی دیگر اینکه در عقد بیع، میباید ملک بایع باشد، یعنی بایع باید اختیار تصرف در مبیع را داشته باشد. در همین راستا برخی می‌گویند که بایع باید مالک باشد که ظاهراً این جمله صحیح نیست چرا که نهایت اتفاقی که در بیع ملک دیگری می‌افتد این است که آن بیع فضولی می‌گردد و باطل نیست بلکه غیر نافذ است لذا فرد می‌تواند آنچه را که مالک نیست را بفروشد، بنابراین باید گفته شود که مبیع باید ملک باشد. لذا اگر مبیعی که ملک نیست موضوع عقد بیع قرار بگیرد، آن بیع باطل خواهد بود.

• ماده 190 ق.م در ادامه بیان می‌دارد که مورد معامله باید معلوم و معین باشد که در این زمینه قانون ماده‌ای را بیان نکرده است ولی در فقه در مورد شرایط متعاملین مطالبی بیان شده است. لذا سؤال است که آیا طرفین عقد بیع باید همدیگر را بشناسند؟ و نیز گاهی فردی کالایی را می‌فروشد و سپس معلوم می‌شود که وی وکیل بوده است، آیا این بیع صحیح است؟

در پاسخ به این سؤالات و سؤالات مشابه باید بگوییم که در قانون مواد پراکنده‌ای در این مورد وجود دارند که برخی از آنها تعیین طرفین و معلوم بودن آنها را لازم می‌دانند و برخی از مواد مذکور قابلیت تعیین طرفین را کافی می‌دانند و برخی از این مواد علم اجمالی در مورد طرفین را مکفی اعلام می‌کند.

لزوم تعیین طرفین: مانند عقد نکاح در ماده 1067 ق.م که می‌گوید: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است».

علم اجمالی در مورد طرفین: مانند عقد ضمان که با توجه به مواد 255 و 695 ق. م شناخت ضامن نسبت به مضمون عنه لازم نیست.

قابلیت تعیین طرفین: مانند ماده 197 ق. م که بیان می‌دارد: «در صورتی که ثمن یا مئمن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود».

جمع سه مورد مذکور: در جمع سه مورد مذکور در بالا باید بگوییم که یک شاخص این است که اگر شخصیت طرفین علت عمده‌ی عقد باشد طرفین در این صورت باید معلوم و معین باشند مانند عقد نکاح و هبه و شرکت.

ولی در عقود مالی، هدف اصلی مبادله 2 مال است، لذا چند قول در این زمینه وجود دارد:

فرض اول: در برخی فروض قابلیت تعیین کافی است مانند جایی که 2 عین مبادله شوند، چرا که ماده 197 ق. م در این زمینه می‌گوید: «در صورتی که ثمن یا مئمن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود».

فرض دوم: در برخی فروض مبیع و ثمن کلی هستند که در این صورت طرفین عقد حتماً باید معلوم باشند چرا که بیع 2 عین کلی بیانگر این است که این دو عین کلی در ذمه‌ی طرفین خواهند بود؛ حال باید طرفین معلوم باشند تا ذمه‌ی آنها هم مورد استفاده قرار گیرد. حال باید بگوییم که تعیین طرفین به 2 شیوه‌ی صریح و ضمنی صورت می‌گیرد.

فرض سوم: در برخی فروض مبیع کلی است و ثمن معین که در این صورت بایع باید معلوم باشد و نیازی به تعیین مشتری نیست و اگر مبیع معین و ثمن کلی باشد، در این صورت مشتری باید معلوم باشد و نیازی به تعیین بایع نیست.

در مباحث گذشته بیان کردیم که اگر فردی به عنوان وکیل معامله‌ای انجام دهد ولی وکیل بودن خودش را بیان نکند سه حالت رخ می‌دهد؛

1- قابلیت تعیین کافی است: در این صورت به اراده‌ی وکیل و یا کسی که زودتر وکالت را تفویض کرده رجوع می‌گردد.

2- تعیین لازم است: در این صورت عمل وکیل باطل است.

3- تعیین لازم نیست: که در این صورت قرعه، تکلیف را مشخص می‌کند.

دکتر کاتوزیان: در موارد فوق قابلیت تعیین کافی است و برخی در مقابل لزوم تعیین را برگزیده‌اند، که این در صورتی خواهد بود که شخصیت طرفین علت عمده‌ی عقد باشد ولی همیشه که شخصیت طرفین مهم نیست که در آن تعیین هم لازم نیست. و برخی دیگر نیز عدم لزوم را ملاک قرار داده‌اند.

ولی به هر حال ملاکی که دکتر کاتوزیان برگزیده‌اند بهتر می‌نماید، چرا که عدم لزوم تعیین (آنچه گروه سوم برگزیده‌اند) در مواردی مورد اشکال است که ذمه‌ی افراد کاربرد دارد و هر جا که تعیین ذمه لازم باشد، بالاخره تعهد در آن دخیل است و متعهد باید به نوعی تعهد خود را عمل کند لذا قابلیت تعیین متعهد کافی است.

• نکته‌ی قابل توجه این است که قانون مدنی هم قابلیت تعیین را ملاک قرار داده است لذا اصل بر این است که هر شخصی که معامله‌ای را انجام می‌دهد برای خودش تلقی می‌گردد. (ماده 196 ق.م) چرا که اگر تعیین لازم نبود نیاز به ذکر اصل هم نبود. چون در برخی موارد لازم است طرفین معلوم شوند و در برخی موارد ممکن است که طرفین معلوم گردند. لذا هر جا شک ایجاد شود اصل بر این است که معامله برای خود معامله کننده است.

شرایط موضوع عقد بیع

در توضیح، مناسب است بگوییم که معامله حتماً باید بر روی چیزی صورت بگیرد که مورد معامله نامیده می‌شود. بنابراین هر عقدی موضوعی دارد و نیز عقد بیع از این قاعده مستثنی نبوده و دارای موضوع است، ولی باید گفت که در عقد بیع هر چیزی نمی‌تواند به عنوان موضوع عقد قرار بگیرد، چرا که مورد معامله در عقد بیع باید شرایطی به ترتیب ذیل داشته باشد:

1- وجود مورد معامله: یعنی مورد معامله باید وجود خارجی داشته باشد.

2- مالیت داشتن موضوع معامله: چرا که عقد بیع، عقدی مالی است.

3- از حیث قانونی امکان خرید و فروش مورد معامله وجود داشته باشد: چرا که گاهی موضوع معامله شرایط لازم را دارد ولی قانون اجازه‌ی خرید و فروش آنرا نمی‌دهد، مانند اموال موقوفه.

4- معلوم و معین بودن مورد معامله.

5- قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد: یعنی مبیع باید مقذور التسلیم باشد. (بایع باید قدرت بر تسلیم مبیع را دارا باشد).

6- بایع باید مالک مورد معامله باشد: که در این زمینه سؤالی مطرح است که آیا مبیع باید مملوک باشد یا بایع باید مالک باشد؟

7- داشتن منفعت عقلایی

- سؤالی که به عنوان یک نکته قابل طرح است، چنین است که در واقع موضوع عقد بیع چیست؟ در پاسخ باید بگوییم که عقد بیع 2 موضوع دارد: 1- مبیع 2- ثمن. بنابراین در انجام عقد بیع رعایت شرایط هر دو موضوع الزامی است ولی در عرف تجاری هرگاه ثمن در قالب وجه نقد باشد می‌بایست شرایط زیر در آن رعایت گردد: 1- لزوم وجود ثمن 2- برابری ارزش ثمن و ارزش مبیع.

شرط اول: وجود داشتن مبیع حین عقد

رعایت این شرط زمانی ممکن خواهد بود که موضوع معامله، عین معین یا در حکم آن باشد (کلی فی المعین) چرا که مبیع در کلی فی الذمه وجود خارجی ندارد.

ماده 361 ق. م در این زمینه می‌گوید: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

سؤال قابل طرح این است که چرا عین معین، باید وجود خارجی داشته باشد؟

در پاسخ باید بگوییم که، ماده 338 ق. م در تعریف عقد بیع بحث تملیک را بیان می‌کند و تملیک، یعنی مالکیت حقی عینی است که بر شیء خارجی تعلق می‌گیرد حال اگر عین خارجی نباشد مالکیت انتقال پیدا نمی‌کند و معامله باطل است. در مورد برخی مصادیق که وجود آنها هنوز قطعی نیست مانند میوه‌ی درختان که در مرحله شکوفه هستند بیع صحیح است چرا که امکان تحقق آنها در آینده وجود دارد.

سؤالی که مطرح است چنین است که آیا در مبیع عین کلی در معین باید همان مصداق مذکور وجود داشته باشد؟

یقیناً باید بگوییم که آن مصداقی بایع توصیف آن را برای مشتری کرده است وجود داشته باشد چرا که حق عینی مشتری نسبت به همان مصداق ثابت می‌گردد نه سایر مصادیق و نیز از طرفی انتقال مالکیت بعد از عقد صورت می‌گیرد و بعد از عقد نیاز به وجود مصادیق متعددی از مبیع نیست. وجود به اندازه‌ای که بایع متعهد بوده است کفایت می‌کند. مثلاً بایع متعهد شده است که 1000 کیلو از 10000 کیلو برنجی که دارد را به مشتری بفروشد، حال حین انجام تعهد لازم نیست مجموعه‌ی برنج‌ها وجود داشته باشند بلکه وجود 1000 کیلو کفایت می‌کند چرا که بایع می‌تواند با انتقال همان مقدار تعهد خود را اجرا کند.

نکته‌ی دیگر که لازم است بیان شود این است که در بیع عین کلی وجود مبیع حین عقد لازم نیست، حال سوال این است که آیا این عمل بیع است یا تعهد به بیع؟

در پاسخ به سوال مذکور باید گفت که بیع بودن یا تعهد به بیع بودن عین کلی، بستگی به تعریف بیع دارد. اگر مطابق ماده 338 ق.م.بیع عبارت از تملیک باشد، بیع عین کلی تعهد به بیع خواهد بود ولی اگر در تعریف بیع بگوییم، عملی است که اثرش تملیک است (بی واسطه یا با واسطه) در این صورت بیع عین کلی، بیع خواهد بود.

شرط دوم: مالیت داشتن مبیع

در توضیح این شرط باید بگوییم که برخی حقوقدانان مالیت داشتن مبیع را با منفعت داشتن آن یکسان و واحد قلمداد کرده‌اند و برخی نیز مالیت داشتن را با ارزش اقتصادی داشتن و یا قابل تقویم به پول بودن و یا چیزی که عرف در قبال آن پول می‌دهد برابر می‌دانند که این تعبیر برخاسته از ماده 215 ق.م.است چرا که می‌گوید: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد».

بنابراین مواد، نباید مالیت داشتن مبیع در زمره‌ی این نوع تعبیر قرار گیرد. مانند اینکه هوا منفعت دارد ولی مالیت ندارد و نیز سیگار منفعت ندارد ولی مالیت دارد.

دکتر کاتوزیان: در این زمینه معیار شخصی را ملاک می‌دانند یعنی آنچه که منفعت عقلایی دارد مالیت هم دارد بنابراین منافع معنوی هم که دارای منفعت عقلایی هستند مالیت خواهند داشت.

در ادامه دکتر کاتوزیان می‌فرمایند که نمی‌توان معیار نوعی را، ملاک دانست چرا که در همین زمینه رأی وحدت رویه شماره 1338-5892 دال بر شخصی بودن معیار در مالیت داشتن است نه معیار نوعی.

در نقد سخن و نظر دکتر کاتوزیان باید بگوییم، که به نظر می‌رسد دکتر کاتوزیان دچار خلط مبحث شده‌اند چرا که در یک مرحله هدف این است که معیار مالیت داشتن را بررسی کنیم که آیا شخصی است یا نوعی؟ که در این صورت مال بودن شئی‌ای روشن می‌گردد.

گاهی هم هدف این است که مالیت داشتن را با منفعت داشتن یکی بدانیم که این امر، اشتباه است چرا که در برخی موارد منفعت وجود دارد ولی مالیت وجود ندارد. بنابراین منفعت داشتن با مالیت داشتن 2 شرط جداگانه هستند که در مواد 348 و 215 ق.م بیان شده‌اند.

حال سؤالی مطرح می‌شود که مالیت چیست؟

در پاسخ باید بگوییم مالیت به این معنا است که عرف حاضر است به آن پول بدهد ولی مراد از عرف، عرف نوعی شخصی است نه عرف نوعی مطلق. به عبارت دیگر هر کسی در این وضعیت باشد حاضر به پرداخت پول است. در این صورت سؤالی ایجاد می‌شود که آیا هر آنچه مال است، ملک هم می‌باشد و آیا هر آنچه ملک است مال هم قرار می‌گیرد؟ قطعاً باید بگوییم که هر مالی ملک نیست و هر ملکی نیز مال نیست: مانند اموال مجهول‌المالک که مال هستند ولی ملک نمی‌باشند و نیز مانند نامه‌های دوران نامزدی که مال نمی‌باشند ولی ملک هستند و گاهی مصداقی یافت می‌شود که هم مال است و هم ملک، بنابراین بین مال و ملک رابطه‌ی عموم و خصوص من وجه برقرار است.

شرط سوم: قابلیت خرید و فروش

ماده 348 ق.م می‌گوید: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع عدالت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.»

در مورد لفظ "قانوناً" که در ماده آمده است بهتر است بگوییم، این لفظ منع بودن بیع از جهت حکم قانونی را بیان می‌کند نه منع بیع از حیث اراده‌ی افراد یا منعی دیگر.

برای مثال در برخی موارد منع خاصی برای بیع وجود دارد؛

1. خرید و فروش اموال عمومی: اموال عمومی، اموالی هستند که برای مصالح عمومی جامعه فراهم می‌گردند و دارای ردیف بودجه نمی‌باشند مانند باغ‌های عمومی و راه‌ها که خرید و فروش آنها جایز

نمی‌باشد چرا که این اموال برای مصالح عمومی هستند و خرید و فروش آن‌ها به نحو شخصی، نقض
غرض است. مواد 23 تا 27 ق.م در این مورد می‌باشند.

2. در برخی موارد منع بیع توسط اراده‌ی اشخاص است: مانند مال موقوفه، که ماده 349 ق.م منع بیع این
نوع اموال را اعلام می‌کند.

3. رهن: بر این اساس اگر مالی مورد رهن قرار بگیرد (وثیقه) رهن نمی‌تواند آن را بفروشد چرا که
خصوصیت رهن بودن آن از بین می‌رود.

4. گاهی خرید و فروش برخی کالاها توسط قانون منع می‌گردد: مانند اینکه شهرداری بیع بخشی از زمینی
را منع می‌کند و یا قانون گذار بیع اموال عتیقه را منع می‌کند و نیز مانند منع بیع مواد مخدر و اسلحه و
قاچاق، مندرج در ماده 3 قانون مرتکبین قاچاق.

شرط چهارم: معلوم و معین بودن مبیع

ابتدائاً بهتر است به تفاوت میان معلوم بودن و معین بودن اشاره نماییم:

مراد از معلوم بودن، در برابر مبهم بودن است مانند اینکه بایع بگوید؛ یک خانه‌ای را به تو فروختم. ولی معین
بودن در برابر مردد بودن است مانند اینکه بایع بگوید، یکی از 2 خانه را به تو فروختم. بنابراین معلوم بودن و معین
بودن 2 شرط جدای از یکدیگر هستند و از آنجایی که حکم مربوطه‌ی به آن‌ها یکسان است لذا در کنار هم
آمده‌اند و از آنجایی که اگر مورد معامله معلوم و یا معین نباشد، معامله غرری است لذا باطل خواهد بود. در فقه
مبنای دیگری هم به جز غرری بودن، برای بطلان عقود وجود دارد، که آن مردد بودن معامله است که باعث
بطلان است، چرا که قصد طرفین نسبت به معامله صادق نمی‌باشد و نیز قصد بایع بطور معین به یکی از مصادیق
مبیع تعلق نگرفته است.

حال سؤال است که نحوه‌ی رفع ابهام و تردید به چه صورت می‌باشد؟

در پاسخ باید توجه داشت که این بحث در مورد مبیع معین و مبیع کلی به طور مجزا مطرح است:

آنچه برای رفع ابهام در مورد موضوع معامله لازم است، چنین است که جنس، وصف و مقدار موضوع معامله باید مشخص باشد. جنس و وصف مذکور معلوم الحال هستند ولی در مورد مقدار بحث مجزایی وجود دارد، مبنی بر اینکه، گاهی وسیله‌ی اندازه‌گیری مقدار وجود دارد و گاهی وجود ندارد، که در این صورت فروش مبیع به شرط مقدار خواهد بود و در این صورت گاهی مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار مشروط می‌گردد که در این صورت می‌توان با توجه به مواد 355 - 384 - 385 ق.م.تصمیم‌گیری نمود.

از طرفی علم داشتن به مبیع کافی نبوده و بهتر این است که نسبت به توابع آن هم آگاهی بدست آید که توابع مورد بحث در مواد 356 تا 359 ق.م. مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

شرح معلوم و معین بودن مبیع

همانطور که گفتیم معلوم بودن مبیع به این معنا است که مجهول نباشد؛ یعنی اگر بایع بگوید خانه‌ای را به تو فروختم به علت ابهام باطل است و نیز معین بودن به این معنا است که مبیع مردد نباشد. یعنی اگر بایع بگوید یکی از دو خانه را به تو فروختم به علت وجود تردید باطل است. حال باید مشخص شود که مراد از معلوم بودن چیست؟

همانطور که سابقاً بیان شد، معلوم بودن مبیع بدین معنا است که جنس، وصف و مقدار آن مشخص باشد. مثلاً در بیع خانه باید گفت، یک باب خانه به متراژ 200 متر جنوبی یا شمالی دو خوابه و ... و در فلان آدرس وجود دارد. لذا در نحوه‌ی رفع ابهام می‌بایست به چند نکته توجه نمود:

نکته اول: اقسام بیع با توجه به اقسام مبیع عبارت‌اند از:

1- بیع عین معین (جزیی) 2- بیع کلی فی المعین (جزیی اضافی) 3- بیع کلی فی الذمه (کلی)

نکته دوم: باید بگوییم که اموال از جهتی به 2 قسمت تقسیم می‌شوند:

"مثلی و قیمی" که ماده 950 ق.م. به تعریف آنها پرداخته است. ولی باید گفت که زیاد بودن اشباه و نظایر، ملاک دقیقی نیست بلکه باید به صفات فردی هم دقت شود. لذا آنچه از خصوصیات فردی که در قیمت آن اثر نداشته باشد مثلی است و آنچه که خصوصیات فردی در قیمت آن اثر داشته باشد قیمی است بنابراین باید گفت از آنجایی که در مبیع قیمی خصوصیات فردی در قیمت آن موثر است لذا باید به نحو عین معین خرید و فروش شود چرا که اگر به صورت کلی باشد موجب جهل خواهد شد.

نکته دیگر اینکه در رفع ابهام از عین معین، باید بگوییم، گاهی عین معین خودش وجود دارد و مشتری با مشاهده‌ی آن، بیع را انجام می‌دهد که صحیح خواهد بود و گاهی نیز با بیع با توصیف از مبیع معین، رفع ابهام می‌کند که در این صورت هم بیع صحیح است، ولی در مبیع کلی قطعاً باید توصیف صورت گیرد.

مبیع کلی فی المعین

گاهی معامله به نحو اشاعه (کسر مشاع) صورت می‌گیرد مثلاً فردی می‌گوید یک پنجم از این برنج‌ها را به تو فروختم، و گاهی فرد می‌گوید که 2 گونی از 10 گونی برنج را به تو فروختم، حال باید بررسی شود که تفاوت این دو چیست؟

ثمره تفاوت در این است که گاهی فرد 2 گونی از 10 گونی برنج را می‌فروشد و قبل از تسلیم بر اثر حادثه همه ی برنج‌ها به غیر از 2 گونی از بین می‌روند که در این صورت با بیع باید همان 2 گونی را به مشتری بدهد، ولی در فروش به صورت کسر مشاع هر گاه برنج‌ها از بین بروند، و مقدار کمی باقی بماند، همان مقدار کسر مشاع نسبت به مقدار باقی مانده محاسبه می‌شود و به مشتری داده می‌شود و نیز باقی پول وی هم به او مسترد می‌گردد.

با توجه به ماده 354 ق.م.طریقی دیگر که باعث رفع ابهام می‌گردد فروش کالا از روی نمونه است. امروزه نیز بیع از روی کاتالوگ همان فروش از روی نمونه است چرا که به نوعی توصیف مبیع صورت می‌گیرد.

سوالی که در ادامه رخ می‌دهد این است که، اگر مورد معامله با آنچه که طرفین اراده و تراضی کرده بودند یکسان نباشد حکم چیست؟

با توجه به ماده 353 ق.م.باید بگوییم که معمولاً جنس مورد معامله، جوهر و ذات بیع را تشکیل می‌دهد. لذا اگر مبیع به عنوان عین معین مورد بیع قرار بگیرد و مشخص گردد که همان مبیع مقصود نیست معامله باطل است. مانند اینکه مشتری به قصد عتیقه بودن کالای آن را خریداری می‌کند، ولی مشخص می‌گردد که عتیقه نبوده است؛ بنابراین گاهی وصف جانشین ذات است و اگر خلاف آن عمل شود بیع باطل است چون مقصود محقق نشده است، ولی اگر وصف جانشین ذات نباشد و خلاف آن ظاهر گردد معامله غیرنافذ خواهد بود.

در چگونگی رفع ابهام

ماده 342 ق.م: در نحوه‌ی رفع ابهام از مبیع معین، مشاهده را کافی می‌داند ولی ماده 351 در نحوه‌ی رفع ابهام از مبیع کلی، توصیف مبیع را لازم می‌داند. بنابراین می‌توان ماده 342 را مربوط به عین معین و ماده 351 را مربوط به عین کلی دانست.

سؤال: همانطور که بیان شد در بیع عین معین گفتیم که مبیع باید معلوم باشد، حال اگر مبیع قابلیت تعیین را دارا باشد آیا می‌توان آن را به عنوان عین معین مورد بیع قرار داد؟ (مانند فروش یکی از اسب‌های اصطبل)

در پاسخ باید گفت، ظاهر ماده 342 به نوعی است که قابلیت تعیین را نمی‌پذیرد (هر چند قابلیت تعیین در فرانسه مورد پذیرش است)

دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌فرماید، اگر وصف "ترین" مانند بهترین اسب، مورد استفاده قرار گیرد قابلیت تعیین می‌تواند مبیع را معین نموده و بیع در این صورت صحیح است چرا که تمام مصادیق مبیع در این صورت به عنوان کالای مثلی خواهند بود، ولی از آنجایی که ماده 342 این نوع مبیع را نامعلوم می‌داند لذا این عقد باطل است؛ چرا که این ماده می‌گوید: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.»

در پاسخ نهایی باید گفت، که آنچه مهم می‌نماید مبنا است، اگر مبنا غرری بودن معامله باشد، از آنجایی که این معامله غرری نیست لذا صحیح خواهد بود. چرا که همه مصادیق یک قیمت دارند و غرری حاصل نخواهد شد ولی اگر مبنا فقدان قصد باشد، از آنجایی که مورد معامله به طور جزئی مورد قصد طرفین نبوده است لذا بیع باطل خواهد بود.

همانطور که سابقاً بیان شد، آنچه در برخی معاملات موجب بطلان است وجود غرر می‌باشد.

در ادامه توضیح ماده 342 ذکر این نکته الزامی است که، مقنن یکی از مواردی که در مبیع رفع ابهام می‌کند را مقدار مصرفی کرده است که این مقدار بر اساس عرف تعیین خواهد شد یعنی باید ملاحظه گردد که در عرفی که مبیع وجود دارد، آن مبیع با چه شاخصی سنجیده می‌شود لذا محل وقوع معامل اهمیت بسزایی دارد.

در مورد مبیع کلی باید گفت توصیف آن ضروری است چرا که در بیع مبیع کلی، مبیع توسط بایع تسلیم می‌گردد و او در انتخاب مبیع آزاد است و اگر در آینده نزاعی رخ بدهد باید موضوع توافق طرفین مشخص شود لذا برای جلوگیری از ضرر مشتری و نیز سهولت در رفع اختلاف بیان اوصاف آن ضروری است. ماده

351 ق. م در این مورد می‌گوید: «در صورتی که مبیع کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود.»

مثال: بایع قصد فروش برنج دارد. گاهی مشتری برنج را مشاهده می‌کند و گاهی مشاهده نمی‌کند که در این صورت باید اوصاف آن ذکر گردد تا در آینده امکان حل اختلاف فراهم باشد.

نکته اینکه، مبیع و ثمن همیشه مشخص و معین نمی‌باشند بلکه برای خود دارای توابعی هم هستند، (مانند توابع اتومبیل، باطری، زاپاس و...) حال در بیع مبیع معین یا کلی آیا ذکر توابع ضروری است؟

با توجه به مواد 356 الی 359 می‌توانیم بگوییم؛ در رفع ابهام از مبیع، توابع آن جزء مبیع تلقی می‌شوند و نیاز به ذکر ندارد چرا که بر اساس ماده 356 ق. م: «هر آنچه که عرفاً جزء و تابع مبیع باشد داخل در آن است.» لذا توابع مبیع هر چند مجهول باشند جزء مبیع محسوب می‌شوند. از طرفی باید گفت گاهی در بیع حيله‌هایی ایجاد می‌گردد. مانند فروش کبریت به علاوه تابع آن که یک خانه است. باید بگوییم که این نوع بیع‌ها باطل هستند چرا که این معاملات غرری هستند و نیز این معاملات با اخلاق حسنه و نظم عمومی مخالف بوده و باطل هستند. و نیز از طرفی، به جهت عرفی بودن باید بین تابع و متبوع سنخیت وجود داشته باشد که در این نوع معاملات سنخیت وجود ندارد لذا باطل خواهند بود.

• نکته: کالاهایی که در بازار وجود دارند معمولاً دارای درجه بندی هستند ولی ممکن است در انعقاد عقد بیع درجه‌ی مورد نظر مبیع تعیین نشده باشد. و در حین تسلیم، بایع درجه‌ی سه را تحویل دهد ولی مشتری درجه‌ی یک را مطالبه کند. تکلیف چیست؟

در مورد این سوال قانون مدنی ماده‌ی ویژه‌ای ندارد ولی ماده 279 ق. م در این زمینه می‌گوید: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلا‌ی آن ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.» در هر صورت جمع مطالب مذکور در مورد معلوم و معین بودن مبیع چند نکته است:

1. جنس مورد معامله: معمولاً ماده اصلی هر کالایی (جوهر و ذات کالا) جنس معامله است و اگر حین حقد معین گردد ولی خلاف آن عمل شود معامله باطل است چرا که ماده 353 ق. م می‌گوید: «هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.»

مثال: عتیقه؛ اگر مشتری قصد اصلی اش خریدن عتیقه باشد، این وصف (عتیقه بودن) جانشین ذات آن (طلا یا نقره بودن) شده است حال اگر طلا یا نقره بودن، خلاف شود ماده 200 ق.م اجرا خواهد شد، یعنی معامله غیرنافذ است ولی اگر در عتیقه بودن مبیع خلاف شود، یعنی معلوم شود که عتیقه نیست ماده 353 ق.م اجرا می گردد که بر اساس آن معامله باطل خواهد بود.

مثال: TV؛ همانطور که می دانید جنس تلویزیون ها معمولاً یکسان است ولی وصف آنها مانند سونی، سامسونگ و ... متفاوت است. حال اگر مشتری صرفاً قصد خرید تلویزیون سونی را کرده باشد این وصف جانشین ذات (جنس) شده است، لذا اگر تلویزیون تسلیم شده توسط بایع سونی نباشد معامله باطل است چرا که "ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد".

ولی اگر مشتری صرفاً قصد خریدن تلویزیون را داشته باشد و سونی یا سامسونگ بودن آن مهم نباشد، ولی حین خرید اسم سونی را انتخاب کند و بایع تلویزیون سامسونگ را به او تسلیم کند، بیع باطل نیست و صرفاً مشتری حق خیار فسخ خواهد داشت. بنابراین، باید قصد طرفین مورد توجه باشد که حین انعقاد عقد آن را بیان خواهند کرد و یا از عرف مسلم به دست می آید.

2. همانطور که گفتیم گاهی معاملات به صورت توصیفی انجام می شوند، حال باید مشخص شود که تا چه میزان باید توصیف صورت گیرد؟!

در این مورد باید گفت، در توصیف مبیع اشاره ای جزئی به جنس آن کفایت نمی کند برای مثال، در فروش اتومبیل، بیان مدل آن کفایت نمی کند بلکه باید تمام اوصافی که در قیمت مبیع و انتخاب مشتری مؤثر است بیان شوند. به عبارتی دیگر اوصاف باید تا حدی ذکر شوند که غرر حاصل نگردد. از طرفی با توجه به ماده 279 ق.م نیاز به ذکر همه ی اوصاف کمالی مبیع نیست.

3. در مورد توابع مبیع: توابع مبیع قابلیت تعیین دارند و نیاز به ذکر آنها نیست.

4. در باب مقدار مبیع: وقتی دو کالای ارزشی مورد معامله هستند، ارزش آنها باید برابر باشد تا تعادل عوضین رعایت گردد. بنابراین مقدار مبیع باید مشخص گردد که بر اساس ماده 342 ق.م مقدار مبیع با توجه به عرف بلد مشخص می شود. بنابراین عرف محل وقوع عقد نحوه ی تعیین مقدار را بیان می کند و عمل نمودن بر خلاف آن معامله را غرری و باطل خواهد کرد.

• ضابطه ی کلی: علم به وصف اساسی و ذاتی مبیع شرط صحت بیع است ولی علم به وصف فرعی، لازم نیست.

نکته اینکه مقنن در ماده 342 ق. م می گوید: «تعیین مقدار... تابع عرف بلد است». حال باید دید مراد از بلد چیست؟

در پاسخ ابتدائاً باید به توافق و تراضی طرفین توجه نمود که قصد و اراده‌ی مشترک آنها چه بلدی را در نظر داشته است. در همین زمینه سؤالی ایجاد می گردد که قصد مشترک طرفین چگونه حاصل می شود؟ مثلاً: "من" در شهر قم 3 کیلو است و در شهر تبریز 6 کیلو، حال بر اساس کدام وزن باید برنج را محاسبه نمود؟ طبیعتاً قاضی در تفسیر قرارداد اولاً باید به اراده‌ی ظاهری طرفین توجه کند و اگر از این طریق به نتیجه نرسید می بایست عرف مسلم را مورد عنایت قرار دهد و اگر عرف مسلمی هم نبود فرض بر این است که عرف حاکم در محل وقوع عقد ملاک عمل است. ماده 968 ق. م در این باب می گوید: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» که بر این اساس باید توجه نمود که در محل وقوع عقد چه ملاکی رایج است.

مشکل اساسی در برخی موارد است که معامله‌ی بر اساس واحد اندازه گیری ممکن نمی باشد. مانند جایی که ثمن و مبیع هر دو مجهول باشند که در این موارد بر اساس ماده 342 ق. م به علت غرری بودن معامله، باطل خواهد بود ولی در عرف این معاملات انجام می شوند، حال باید پرسید که مبنای این معاملات چیست؟

باید گفت که در این موارد تعهد به بیع صورت می گیرد و هرگاه مبیع به مشتری تسلیم گردد، به عنوان عین معین تلقی خواهد شد و ایرادی در بیع رخ نمی دهد. از طرفی بر اساس ماده 216 ق. م علم اجمالی در این مورد کفایت می کند، ولی در برخی موارد مانند اجیر گرفتن شخصی، علم اجمالی هم وجود ندارد. باید گفت که در این مثالها غرری وجود ندارد چرا که اجیر هر مقدار که فعالیت کند دستمزد خواهد گرفت لذا غرر حاصل نمی شود.

از طرق دیگر رفع ابهام

همانطور که سابقاً هم اشاره شد، یکی از طرق رفع ابهام فروش از روی نمونه است، که امروزه این عمل با استفاده از کاتالوگها انجام می گردد حال اگر جنس نمونه با آنچه به مشتری تسلیم شده است متفاوت باشند تکلیف چیست؟ مثلاً مبیع مذکور در قرارداد کاشی عتیق است ولی آنچه به عنوان نمونه تسلیم شده است کاشی حافظ می باشد. حال باید گفت که از بین این دو مورد کدام مقدم است؟

پاسخ اینکه قانون مدنی در این مورد مطلبی ندارد و رویه‌ی قضایی هم گوناگون است. لذا برخی در این مورد می‌گویند: وقتی نمونه به مشتری داده می‌شود و او آنرا می‌پذیرد بدین معنا است که او از مندرجات قرارداد انصراف داده است و همان نمونه را قبول کرده است لذا همان مقدم است.

و برخی دیگر در این مورد می‌گویند: نمونه‌ی ارائه شده به مشتری به عنوان مصداقی از مندرجات قرارداد است حال که نمونه مصداقی از مفاد قرارداد نمی‌باشد لذا همان مصداق مندرج در قرارداد باید مقدم شود.

جواب و قول مختار: در این موارد باید به اراده‌ی مشترک طرفین رجوع شود که حین قرارداد و ارائه‌ی نمونه چه چیزی را اراده کرده‌اند. لذا باید از اوضاع و احوال پیرامونی استفاده شود. گاهی فرد به ظاهر کاشی نگاه کرده و همان را انتخاب می‌کند ولی کاشی کار به عنوان متخصص آن را تأیید نمی‌کند که در این صورت سخن وی ملاک نیست و همان مفاد قرارداد ملاک است. و گاهی کاشی کار نمونه‌ای که ارائه شده است را تأیید می‌کند که در این صورت نمونه به جای مفاد قرارداد خواهد نشست.

در صورت کلی گاهی فرد اهل فن است (علم و آگاهی دارد) و نمونه را تأیید می‌کند که در این صورت نمونه به جای مفاد قرارداد خواهد بود. و گاهی فرد اهل فن نبوده و نمونه را تأیید می‌کند که در این صورت نمونه بجای مفاد قرارداد نخواهد بود.

نکته‌ی بعدی این است که هرگاه معامله با نمونه انجام شود یک شرط ضمنی مبنی بر اینکه مشتری باید نمونه را با مبیع اصلی تطبیق دهد وجود دارد، حال اگر بعد از تطبیق مشتری متوجه گردد نمونه مانند مبیع نیست حق فسخ معامله را خواهد داشت و یا می‌تواند بر اساس مواد 237 تا 240 ق.م.بایع را ملزم به تسلیم مبیع اصلی کند که این در صورتی است که مبیع کلی باشد.

ولی اگر مبیع عین معین باشد و بر خلاف نمونه باشد، مشتری به علت تخلف از وصف و نیز با توجه به ماده 410 ق.م.حق فسخ خواهد داشت.

سؤال: گاهی بیع از روی نمونه رخ می‌دهد، و نمونه از بین می‌رود، در این صورت مشتری مدعی است که مبیع مانند نمونه نیست و بایع مدعی است که مبیع مانند نمونه است. تکلیف چیست؟

قطعاً در این زمینه جواب مطلق وجود ندارد و دو فرض در این مورد وجود دارد:

1. قرارداد منعقد و وجود دارد؛ که در این صورت به مفاد مندرج در آن رجوع خواهد شد که آیا این میبایع با میبایعی که در قرارداد ذکر شده است تطابق دارد یا خیر؟ حال اگر بایع مندرجات قرارداد را بپذیرد، باید سخن خودش را ثابت کند.

2. قرارداد منعقد و وجود ندارد؛ در این مورد ماده 279 ق. م اجرا خواهد شد که بر اساس آن بایع موظف به تسلیم فرد اعلی نیست و البته فرد معیوب را نیز نباید تسلیم کند. بنابراین، اصل این است که انتخاب میبایع توسط بایع آزاد است. لذا مشتری که قولش خلاف اقدام بایع است مدعی خواهد بود و باید ادعای خویش را اثبات کند.

ماده 354 ق. م: ممکن است بیع از روی نمونه باشد در این صورت باید تمام میبایع مطابق نمونه تسلیم شود و آلا مشتری اختیار فسخ خواهد داشت. با توجه به این ماده اگر میبایع تسلیمی توسط بایع مطابق نمونه نباشد مشتری حق فسخ خواهد داشت. بر همین اساس باید گفت که این ماده در مورد عین معین است چرا که اگر عین کلی مدنظر مقنن بود میبایست ابتدا بایع الزام به تسلیم میبایع اصلی شود و سپس مشتری حق فسخ داشته باشد که چنین ذکر نشده است. لذا این ماده در مورد عین معین است.

• نکته: اگر بیع از روی نمونه باشد و سپس آنچه به مشتری تسلیم شده است معیوب باشد آیا مشتری اختیار عیب خواهد داشت؟

ابتدائاً باید بگوییم که اختیار عیب در مورد عیب مخفی اعمال می شود نه عیبی که آشکار است. در هر صورت اگر نمونه معیوب باشد و یا معیوب نباشد (در هر دو صورت) اگر میبایع معیوب باشد و عیب آن آشکار باشد، مشتری اختیار فسخ نخواهد داشت. ولی اگر نمونه معیوب باشد و نیز میبایع هم معیوب باشد ولی عیب آن آشکار نبوده و مخفی باشد مشتری دارای اختیار عیب است چرا که قبول کردن نمونه، یعنی پذیرش آن به شرط صحت.

رفع ابهام از طریق شرط کردن

گاهی طرفین عقد به وصف میبایع تردید دارند لذا در مورد آن شرط می گذارند: مثلاً مشتری می گوید این برنجها را به شرط هاشمی بودن خریداری می کنم و یا این زمین را به شرط 200 متر بودن خریداری می کنم.

این معامله هرچند مجهول است ولی به دلیل ورود شرط به معامله، غرری در آن وجود ندارد و مبیع صحیح است. ماده 350 ق. م می گوید: «در صورتی که مبیع، کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار جنس و وصف مبیع ذکر شود.»

حال در موارد مذکور در فوق با شرطی که انجام می شود مقدار جنس و وصف مبیع مشخص می شود لذا بیع صحیح است.

شرط مذکور ممکن است در مورد مقدار طرح شود که ماده 343 ق. م در این مورد می گوید: «اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می شود اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.»

همانطور که می دانید مقدار، وصفی کمی است که ماده 343 شرط نمودن آن را مخل عقد بیع نمی داند ولی باید گفت در اوصاف کیفی هم شرط نمودن آنها موجب بطلان بیع نبوده، بلکه عقد بیع صحیح واقع می شود: مانند اینکه مشتری مقداری تخم مرغ را به شرط 2 کیلو بودن خریداری کند. اشکالی که ممکن است رخ بدهد چنین است که، ممکن است ماده 343 با ماده 353 سازگاری نکند چرا که در مورد جنس مبیع، ماده 343 جاری نمی شود بلکه بر اساس ماده 353 عمل می گردد.

در پاسخ به این ایراد باید بگوییم که، هرگاه جنس مبیع در عقد بیع شرط شود و خلاف آن محقق گردد در واقع مانند این است که بیعی رخ نداده باشد؛ چرا که این موضوع (یعنی مخالف بودن جنس مقصود با جنس مبیع) قصد طرفین نسبت به موضوع معامله را تخریب می کند لذا ماده 353 که حکم به بطلان می دهد اجرا می شود ولی در مورد شرط نمودن وصف (مقدار) باید بگوییم که تخلف در آن، قصد طرفین را تخریب نمی کند لذا ماده 343 که حکم به صحت معامله می دهد اجرا می شود.

• نکته‌ی بسیار مهم این است که در مورد شرط نمودن مقدار سه ماده وجود دارد که می بایست به آنها توجه نماییم:

1. ماده 355 ق. م: این ماده در مورد اموال غیرمنقول است و از خواص اموال غیرمنقول این است که از حیث عینی قابل تجزیه نمی باشند چرا که ارزش اجزای آنها متفاوت می باشد. حال ممکن است همین مال غیرمنقول به شرط مقدار فروخته شود: مانند اینکه آپارتمانی به شرط 200 متر بودن به فروش برسد. که در این مورد وصف کمی فرعی است. از طرفی در این مورد اجزای ثمن در برابر اجزای مثن قرار نمی گیرد بلکه کل ثمن در برابر کل مثن است. لذا اگر 200 متر، 180 متر

باشد مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند و می‌تواند همین معامله را بپذیرد و نمی‌تواند ما به التفاوت را اخذ کند و اگر 200 متر، 220 متر باشد با بیع می‌تواند معامله را فسخ کند (با استناد به خیار تخلف از شرط کمی) و می‌تواند همین معامله را بپذیرد ولی حق اخذ ما به التفاوت را ندارد.

2. ماده 384 ق.م: این ماده در مورد اموال منقول است که این اموال قابل تجزیه هستند چرا که ارزش اجزای آنها برابر می‌باشد. حال ممکن است همین اموال منقول به شرط مقدار فروخته شود مانند 100 کیلو برنج، که در این مورد وصف مقدار، وصفی اساسی و بنیادی است. (مانند فروش مقداری برنج به شرط 100 کیلو بودن) لذا در این مورد اجزای ثمن در برابر اجزای مثنی است. بنابراین در این مورد اگر مبیع (برنج) کمتر از مقدار مشروط باشد یعنی اگر 80 کیلو باشد مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و نیز می‌تواند به همین مقدار رضایت داده و ما به التفاوت اخذ کند و اگر مبیع (برنج) بیشتر از مقدار مشروط باشد یعنی 120 کیلو باشد، با بیع حق فسخ معامله را خواهد داشت و حق اخذ ما به التفاوت را ندارد چرا که با بیع نمی‌تواند مقدار اضافی را الزاماً به مشتری بفروشد لذا با بیع صرفاً با استناد به خیار تخلف از شرط می‌تواند معامله را فسخ کند. (البته برخی نیز می‌گویند که با بیع خیار تبعض صفقه را خواهد داشت).

3. ماده 385 ق.م: این ماده ترکیبی از دو ماده قبل است. برخی می‌گویند با وجود ماده 385، ماده 355 لغو است. و برخی می‌گویند با وجود ماده 385، ماده 384 لغو می‌باشد. ولی حرف صحیح چنین است که این سه ماده با یکدیگر متفاوت هستند. بنابراین باید بگوییم این ماده (یعنی ماده 385 ق.م) هم می‌تواند در مورد اموال منقول باشد و هم می‌تواند در مورد اموال غیرمنقول باشد که هر دو گروه از اموال عیناً قابل تجزیه نمی‌باشند.

از طرفی وصف مقدار، در این ماده وصفی اساسی است و اجزای ثمن در برابر اجزای مثنی قرار دارد. بنابراین بر اساس ماده مذکور حکم چنین است که در صورت تخلف از شرط مقدار که به ضرر مشتری باشد، او می‌تواند معامله را فسخ کند و یا معامله را به همان صورت بپذیرد. جالب اینکه این ماده در مورد اخذ ما به التفاوت سکوت کرده است. حال اگر بگوییم مشتری فقط می‌تواند معامله را فسخ کند این حکم برابر با ماده 355 خواهد بود. و اگر بگوییم که مشتری می‌تواند ما به التفاوت بگیرد این حکم با ماده 355 سازگاری ندارد چرا که ماده 355 در مورد ما به التفاوت سکوت کرده است. و نیز این حکم با ماده 384 هم سازگاری ندارد چرا که ماده 384 صرفاً در مورد اموال منقول حکم می‌دهد.

لذا برخی بر این باورند که در ماده 385 به واسطه‌ی شرط مقدار، اجزای ثمن در برابر اجزای مثنی واقع نمی‌شود که در این صورت ماده 355 حاکم خواهد بود.

و برخی بر این باورند که از آنجاییکه ماده 385 مطلق است لذا ما به التفاوت را نمی‌توان بیان کرد که اگر چنین باشد ماده 355 تکرار شده است و این کار لغوی است. از طرفی ماده 385 بعد از ماده 384 که بیانگر ما به التفاوت است ذکر شده است بنابراین می‌توان به این نتیجه رسید که در ماده 385 ما به التفاوت وجود دارد.

مثال: فرش؛ 1- منقول است، 2- قابل تجزیه نیست. لذا در ماده 385 ما به التفاوت وجود دارد به شرط اینکه اجزای ثمن در برابر اجزای مثنی باشد و علت عدم ذکر ما به التفاوت در این ماده چنین است که قانونگذار در مقام بیان نبوده است.

• نکته: در ماده 355 مقدار، صرفاً از طریق مساحت تعیین می‌شود و در ماده 385 مقدار، از طریق واحد، محاسبه می‌شود نه از طریق شاخصی کلی مانند متر. البته هر کالایی بر حسب خودش ممکن است به صورت وزنی، عددی، مساحتی و متری محاسبه شود که ماده 342 ق.م در این زمینه عرف محل وقوع عقد را ملاک قرار می‌دهد.

توابع مبیع: هر کالایی که خرید و فروش می‌شود می‌تواند دارای توابعی باشد، مانند اینکه پرده از توابع خانه است. در تعیین توابع کالاها، بر اساس حکم ماده 356 ق.م می‌بایست به عرف و عادت رجوع شود هرچند طرفین جاهل به عرف باشند و اگر چیزی بر اساس عرف داخل در مبیع نباشد زمانی داخل مبیع قلمداد می‌شود که صریحاً ذکر شده باشد (ماده 357). بنابراین قواعد مواد 356 و 357 تکمیلی بوده و قابلیت توافق به خلاف وجود دارد.

هر گاه در تابع بودن چیزی شک شود با توجه به ماده 359 و استصحاب عدم، اصل بر عدم الحاق است. (قرائن مقدم بر اصول هستند-الأصل دلیل حیث لا دلیل).

ماده 360 ق.م: «هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثناء آن از مبیع نیز جائز است».

دکتر کاتوزیان در مورد این ماده می‌فرماید که مراد از این ماده آب و برق و گاز که مربوط به املاک هستند می‌باشد. ولی به نظر می‌رسد که بیان دکتر کاتوزیان صحیح نمی‌باشد چرا که آب، برق و گاز به صورت جداگانه فروخته می‌شوند و از طرفی این مطلب که می‌توان آب، برق و گاز را به نحو جداگانه بفروش رساند

اهمیت ویژه‌ای ندارد که مقنن یک ماده به آن اختصاص می‌دهد و نیز از طرفی اگر قول دکتر کاتوزیان را قبول کنیم در قسمت دوم ماده به اشکال برخورد خواهیم کرد.

بنابراین باید گفت: این ماده در مقام بیان شرایط مورد معامله است که از شرایط آن مقدار مورد معامله است.

مراد از لفظ "هر چیزی" در ماده این است که، هر مقداری را که می‌توان به صورت مستقل خرید و فروش کرد را می‌توان از مبیع استثنا کرد؛ یعنی می‌توان بخشی از یک گونی برنج را از آن استثنا نموده و فروخت و نیز می‌توان مقداری استثنا کرده و نفروخت که البته باید این مقدار مستثنی معلوم و معین باشد چرا که ابهام در آن جهل در مبیع ایجاد می‌کند که در اثر آن معامله غرری و باطل خواهد بود.

قدرت بر تسلیم مبیع

مراد این است که بایع و مشتری حین معامله بدانند که مبیع و ثمن را می‌توانند تسلیم کنند. که در قواعد عمومی ماده 215 و نیز در عقد بیع ماده 348 در این مورد تدوین شده‌اند.

ماده 348 ق.م: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد».

مبنای حقوقی ماده 348 ق.م:

در بیان مبنای حقوقی ماده 348 که بیانگر لزوم قدرت بر تسلیم است 5 قول مطرح است:

1. قدرت بر تسلیم از توابع شرط لزوم مالیت داشتن مبیع است. این قول به این دلیل است که مبیع باید مالیت داشته باشد چرا که آنچه مالیت ندارد و قدرت بر تسلیم آن نیست، فایده‌ای در بیع آن وجود نخواهد داشت و امکان انتفاع و استفاده‌ی از آن وجود ندارد. باید بگوییم که این قول صحیح نمی‌باشد زیرا که بر اساس این ماده مالیت داشتن و قدرت بر تسلیم، دو شرط هستند نه اینکه یکی تابع دیگری

باشد و از طرفی اگر مالیت داشتن به این معنا باشد که مطلقاً نتوان از آن انتفاع برد این قول صحیح خواهد بود ولی اگر چیزی قابل انتفاع بودن، توسط هیچ شخصی نباشد، آن چیز ارزش مالی نخواهد داشت لذا قدرت بر تسلیم آن هم فایده‌ای ندارد. ولی باید گفت که قدرت بر تسلیم امری نسبی بین بایع و مشتری است نه بین همه‌ی اشخاص دنیا. لذا در قدرت بر تسلیم مبیع، صرفاً توانایی بایع و مشتری سنجیده می‌شود. پس قول اول قابل قبول نیست.

2. اگر 2 شخص بیعی را منعقد کنند و قدرت بر تسلیم آن نداشته باشند معامله‌ی آنها سفهی خواهد بود که معامله‌ی سفهی باطل خواهد بود حال برای اینکه معامله سفهی نباشد مقنن قدرت بر تسلیم را شرط کرده است.

اشکال این قول: هرچند هم که بپذیریم این معامله سفهی است، باطل نخواهد بود چون معامله‌ی شخص سفیه باطل است نه معامله‌ی سفهی. چرا که در معامله‌ی سفهی فرد مغبون می‌شود و حق فسخ خواهد داشت. از طرفی چرا باید این معامله را سفهی بدانیم؟ چرا که ممکن است فردی با ثمنی اندک به میبعی ارزشمند دست یابد لذا سفهی نامیدن این معامله جای تأمل دارد.

3. قدرت بر تسلیم نداشتن، مخالف با نظم عمومی است: توضیح اینکه معاملات غرری که توسط مقنن باطل اعلام شده‌اند به علت مبنای عقلا نیست بلکه به علت مخالفت با نظم عمومی و نیز ایجاد نزاع و کشمکش است. لذا وقتی بایع و مشتری قدرت بر تسلیم نداشته باشند احتمال نزاع و اختلاف وجود دارد که بر اثر آن نظم عمومی هم مختل خواهد شد بنابراین معامله‌ای که قدرت بر تسلیم مبیع در آن وجود ندارد به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل است. ولی باید بگوییم که این قول مورد پذیرش نیست چرا که همیشه جایی که قدرت بر تسلیم وجود ندارد لزوماً نزاع رخ نمی‌دهد چرا که گاهی فرد علی‌رغم آگاهی به عدم قدرت بر تسلیم باز هم معامله را انجام می‌دهد از طرفی بطلان معاملات غرری به علت احتمال نزاع نبوده و به دلیل خطر داشتن این نوع معاملات است.

4. قدرت بر تسلیم مبیع، از توابع لزوم معلوم و معین بودن مبیع است؛ چرا که طرفین باید بدانند که چه چیزی را به دست خواهند آورد و چه چیزی را از دست خواهند داد و حال که قدرت بر تسلیم ندارند لذا نمی‌دانند که چیزی را باید بدهند و چه چیزی را باید اخذ کنند لذا جهل وجود دارد و معامله‌ی جهلی به علت غرری بودن باطل است بنابراین حین عقد، طرفین باید نسبت به امکان تسلیم علم داشته باشند. ولی باید گفت که این قول نیز مورد پذیرش نیست چرا که با قانون مدنی مخالف است چون قانون مدنی شرط قدرت بر تسلیم را از شرط معلوم و معین بودن مبیع تفکیک کرده است از طرفی

نتیجه‌ی این قول چنین است که اگر افراد علم به قدرت دارند و معامله را انجام دهند و بعداً معلوم شود که قدرت بر تسلیم ندارند معامله باید صحیح باشد حال اینکه در این صورت معامله باطل است.

5. (قول صحیح): مقتضای عقد بیع، قدرت بر تسلیم را در بر دارد؛ در این قول دو تقریر وجود دارد:

اول: سؤال این است که هدف از بیع چیست؟ باید گفت که هدف از بیع انتفاع از مبیع است لذا برای انتفاع باید مبیع تسلیم گردد.

دوم: مطابق بند سوم ماده 362 ق. م عقد بیع بایع را ملزم به تسلیم مبیع می‌کند لذا در بیع بایع باید قدرت بر تسلیم مبیع داشته باشد.

در بیان استدلال برای پذیرش این قول باید گفت، طبیعتاً اشخاص بیع را برای انتفاع بردن از مبیع انجام می‌دهند و انتفاع زمانی است که قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد و فرقی ندارد که بایع تسلیم کند یا مشتری تسلّم نماید. لذا مقتضای ذات عقد بیع در عرف انتفاع از مبیع است که با در دسترس بودن مبیع ملازمه دارد.

فروعات

قبل از بیان فروعات مذکور اشاره به چند نکته ضروری می‌نماید:

- آیا قدرت بر تسلیم از سوی بایع موضوعیت دارد؟
پاسخ اینکه خیر، قدرت بر تسلیم از سوی بایع موضوعیت ندارد بلکه آنچه مهم است استیلاهی مشتری بر مبیع است که به همین علت قسمت آخر ماده 348 تسلّم مشتری را بیان کرده است.
- قدرت بر تسلیم چه زمانی باید وجود داشته باشد؟ زمان عقد یا زمان انجام تعهد؟
همانطور که می‌دانید قدرت بر تسلیم باید حین اجرای تعهد (حین تسلیم) وجود داشته باشد ولی چون در مبیع معین، زمان عقد و تسلیم یکی است لذا زمان مورد معیار، همان زمان تسلیم است. ماده 370 ق. م: «اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است نه در زمان عقد».
- در بیع فضولی قدرت بر تسلیم چه زمانی است؟

بر اساس ماده 371 ق. م می توان گفت که در عقد فضولی زمان مورد نظر جهت قدرت داشتن بر تسلیم، زمان اجازه است.

• اگر بیعی صورت بگیرد با فرض اینکه مبیع 100 کیلو برنج است ولی مشخص شود که 80 کیلو بوده است حکم چیست؟

در پاسخ می توانیم بگوییم بر اساس ماده 372 ق. م معامله نسبت به 80 کیلو صحیح است و نسبت به 20 کیلو باطل است و مشتری می تواند بهای آن 20 کیلو را از بایع اخذ کند و نیز مشتری در این مورد خیار تبعض صفت دارد و می تواند همه معامله را فسخ کند.

• همانطور که گفتیم اگر طرفین به قدرت بر تسلیم حین عقد علم داشته باشند ولی سپس معلوم شود که قدرت بر تسلیم ندارند معامله باطل است و اگر از ابتدا این قدرت مسلم بوده است ولی بعداً این قدرت از آنها سلب شده است در این صورت باید توجه داشت که مبیع معین یا کلی فی المعین یا کلی در ذمه است؟

پاسخ اینکه اگر مبیع عین معین باشد، یا در حکم معین باشد (کلی فی المعین) در این مورد ماده 387 جاری خواهد بود و بیع منفسخ می گردد ولی اگر مبیع کلی فی الذمه باشد در این مورد مبیع باطل نیست و بایع باید مبیعی دیگر را جایگزین کند و اگر مبیع بطور کلی از بین برود و جایگزینی نداشته باشد می توان بیع را باطل اعلام کرد.

فرع اول: اثر اعتقاد طرفین به عدم امکان تسلیم

برای مثال هرگاه بایع و مشتری نسبت به انگشتی که در اعماق دریا است و هر دو به عدم امکان تسلیم آن علم دارند بیعی را محقق کنند و سپس آن انگشت را یافت شود، حکم چیست؟

در پاسخ باید گفت وقتی طرفین علم جازم نسبت به عدم امکان تسلیم دارند لذا قصدی هم برای تسلیم نخواهند داشت لذا معامله از ابتدا باطل است.

سؤالی مطرح است که در معاملات عرفی معمولاً مشتری شک دارد که بایع مبیع را تسلیم می کند یا خیر؛ حال آیا این معامله ی همراه با شک صحیح است یا خیر؟

برخی در پاسخ می گویند، این معامله غرری است و نیز بر اساس ماده 190 ق. م که می گوید مبیع باید معلوم و معین باشد در این مورد جهل نسبت به مبیع وجود دارد لذا به این دو دلیل بیع باطل است. که البته این قول مورد

پذیرش نیست چرا که علم اجمالی وجود دارد. و برخی نیز در پاسخ می‌گویند: این معامله درست است چرا که در بسیاری موارد مقنن این نوع معاملات را صحیح تلقی کرده است مانند اینکه در عقد معلق طرفین به عدم امکان تسلیم علم دارند ولی معامله‌ی آنها صحیح است. لذا در این مورد هم بیع صحیح است و نیز از طرفی اکثر معاملات همراه با شک انجام می‌شوند چرا که احتمال عدم وصول آنها وجود دارد در حالی که همه‌ی آنها صحیح می‌باشند و از طرفی صرفاً در مواردی که ناتوانی بر تسلیم واقعی باشد بیع باطل است نه صرف احتمال عدم امکان تسلیم.

فرع دوم: ناتوانی بر تسلیم به طور موقت

برای مثال فردی خانه‌اش را می‌فروشد و در حال حاضر این خانه نزد دادگاه توقیف می‌باشد و موقتاً بایع نمی‌تواند خانه را به مشتری تسلیم کند حال آیا این ناتوانی موقت موجب بطلان است یا خیر؟

در پاسخ باید گفت، همانطور که بیان شد مقتضای عقد بیع این است که اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین علت تعهد طرف دیگر است و اینکه مقنن عدم قدرت بر تسلیم را موجب بطلان دانسته، عدم قدرت دائمی است نه موقت. از طرفی مواد قانون مدنی مانند ماده 377 بدست می‌آید که ناتوانی موقت نمی‌تواند باعث بطلان عقد گردد.

از مصادیق ماده 377 که گویای حق حبس است چنین می‌باشد که بایع فعلاً نمی‌تواند مبیع را تسلیم کند لذا همین حق حبس وی که در ماده ذکر شده است دال بر این است که ناتوانی موقت دلیل بر بطلان نیست.

از طرفی باید به زمان انجام تعهد توجه شود؛ گاهی زمان انجام تعهد با زمان انعقاد عقد یکی است (وحدت مطلوب) که در این صورت ناتوانی موقت هم موجب بطلان است ولی گاهی زمان انجام تعهد با زمان انعقاد عقد متفاوت می‌باشند (تعدد مطلوب) که در این صورت ناتوانی موقت موجب بطلان نیست ولی مشتری در این مورد حق فسخ دارد، که دو حالت خواهد داشت:

1. گاهی مشتری از ابتدا علم به عدم امکان تسلیم به صورت موقت دارد. در این صورت حق فسخ نخواهد داشت.

2. گاهی مشتری از ابتدا علم به عدم امکان تسلیم به صورت موقت ندارد. در این صورت حق فسخ خواهد داشت. که مبنای این حق فسخ خیار تعذر تسلیم است و بر اساس مواد 237 تا 240 ق. م زمانی محقق است که تسلیم یا اجرای تعهد از طریق دیگری ممکن نباشد.

فرع سوم: اثر ناتوانی عارضی بعد از عقد

اگر قدرت تسلیم، حین عقد موجود باشد و بعد از عقد ناتوانی عارضی، حاصل گردد و بایع نتواند تسلیم را صورت بدهد حکم چیست؟

در پاسخ باید بگوییم که جواب این سؤال نیازمند ذکر مبانی متفاوتی است:

در بیانی از پاسخ به این سؤال برخی می گویند، بیع صحیح می باشد چرا که حین عقد قدرت بر تسلیم وجود داشته است و حال که مبیع تلف شده است نقص حاصل، بر مالیت داشتن مبیع ایجاد شده است لذا عقد صحیح است ولی مشتری حق فسخ دارد.

ولی باید بگوییم تعهدی که در عقد بیع هر طرف انجام می دهد علت برای تعهد طرف دیگر است. و فرقی ندارد که ناتوانی مذکور قبل یا بعد از عقد باشد چرا که وقتی مبیع تلف شود یا تسلیم آن به هر نحوی مقدور نباشد، دیگر علتی برای تسلیم ثمن وجود ندارد. لذا بیع منفسخ است و منافع مبیع برای مشتری است

نظر استاد محترم: علی الاصول اصل بر صحت عقود است، از طرفی قدرت بر تسلیم از شرایط صحت عقد است نه اینکه عدم قدرت از شرایط بطلان باشد؛ حال ناتوانی مذکور:

1. یا از سوی قوهی قهریه است، که در این صورت بر اساس مواد 227 تا 229 بیع صحیح است و بایع مسئولیتی در باب خسارات ندارد.

2. یا ناتوانی مذکور از جهت شخص است، که در این مورد تعهد بایع باقی است و مشتری می تواند الزام به انجام تعهد را از بایع بخواهد و نیز می تواند با هزینهی بایع، تعهد را انجام دهد و نیز می تواند فسخ کند.

• نکتهی قابل توجه این است که مبیع اگر عین معین باشد و تلف شود بر اساس ماده 387 بیع منفسخ می شود.

و اگر عین کلی باشد و تلف شود، در صورتی که همهی مصادیق مبیع تلف شوند بیع باطل است و اگر صرفاً همین مصداق از بین برود، بایع موظف است مصداقی دیگر را تهیه کند.

• نکته‌ی دیگر اینکه ناتوانی مذکور دو نوع می‌باشد:

1. گاهی بایع ناتوان از تسلیم است ولی مبیع وجود دارد. در این صورت موضوعیتی برای

پرداخت ثمن وجود ندارد،

2. گاهی مبیع تلف شده است ولی عدم قدرت موقت است که در این صورت یا تلف با عامل

خارجی است یا با عمل داخلی.

• نکته‌ی دیگر اینکه، قدرت بر تسلیم شرط بیع است یا شرط بایع، به عبارت دیگر در قدرت بر تسلیم آیا

معیار نوعی لازم است یا شخصی؟

در پاسخ باید بگوییم اگر قدرت بر تسلیم شرط بیع باشد یعنی عموم افراد می‌بایست قدرت بر تسلیم

داشته باشند و اگر قدرت بر تسلیم شرط بایع باشد به عبارتی اگر ملاک شخصی باشد صرفاً قدرت وی

باید محقق گردد که اگر وی نتواند تسلیم کند بیع باطل است.

بنابراین در تفاوت ملاک نوعی و شخصی باید گفت اگر ملاک نوعی باشد و هر چند بایع و مشتری قادر به

تسلیم نباشند ولی افرادی دیگر قدرت تسلیم را داشته باشند، بیع صحیح است ولی اگر ملاک شخصی باشد و

بایع و مشتری قدرت تسلیم نداشته باشند بیع باطل است.

در هر صورت همانطور که به طور خلاصه اشاره شد، دو نظر در این باب وجود دارد:

1. قول اول: ملاک نوعی، معیار خواهد بود که بر این اساس بایع به هر دلیلی که نتواند مبیع را تسلیم کند

بیع باز هم صحیح خواهد بود چرا که با توجه به این معیار توانایی صرف بایع ملاک نیست، هر کسی

که بتواند مبیع را تحویل دهد (صرفاً قابل تسلیم بودن مبیع) باعث صحت بیع است.

2. قول دوم: ملاک شخصی، معیار خواهد بود که بر این اساس بایع و یا مشتری باید قادر به تسلیم یا تسلّم

باشند و در غیر این صورت بیع باطل خواهد بود.

توضیح: همانطور که در قول اول بیان شد ملاک عمل، معیار نوعی است و در صورتی بیع باطل است که هیچ

کس قادر به تسلیم نباشد.

دلیل اول این است که، عنوان ماده 348 ق.م در مورد مبیع است بنابراین مقنن بحث قدرت بر تسلیم را در

شرایط مبیع آورده است و نیز ماده 348 و مفاد آن بیانگر صفات لازمه‌ی در بیع می‌باشند لذا اگر معیار شخصی

و قدرت شخصیت بایع و مشتری ملاک عمل بود نباید این اوصاف در مورد مبیع بیان می‌شدند بلکه بایستی در مورد بایع ذکر می‌شدند و حال که این اوصاف در مورد مبیع آمده‌اند لذا باید گفت که قدرت بر تسلیم از شرایط مبیع است نه بایع. دلیل دوم نیز چنین است که وقتی عقد بیع محقق می‌گردد نسبت ثمن و مبیع برابر می‌باشد لذا نباید احکام ثمن و مبیع فرق کند لذا حال که مقنن در صورت عدم توانایی مشتری نسبت به پرداخت ثمن حکم بطلان را صادر نکرده است و صرفاً حق فسخ را ایجاد کرده است (ماده 380 ق.م) لذا در برابر باید قدرت خود بایع به تسلیم مبیع مورد شرط قرار گیرد و لذا قدرت بر تسلیم از شرایط مبیع است نه بایع و اگر بایع قادر نباشد بیع منفسخ می‌شود نه باطل.

در مورد این نظر زمانی درست است که مبنای لزوم مالیت داشتن مبیع باشد.

در مورد ماده 348 ق.م باید بگوییم، استناد به آن صحیح نمی‌باشد چرا که این ماده عدم قدرت بایع را بیان می‌کند، نه مقدور التسليم نبودن مبیع را، و در مورد ماده 380 هم باید بگوییم، فرقی بین بایع و مشتری وجود ندارد و همانطور که اگر عدم قدرت بر تسلیم ثمن بعد از انعقاد عقد بیع برای مشتری حاصل شود بایع حق فسخ می‌یابد، عدم قدرتی که بعد از عقد برای بایع حاصل شود، مشتری را دارای حق فسخ خواهد نمود ولی ما نحن فیه، مربوط به عدم توانایی بر تسلیم حین انعقاد عقد است نه بعد از آن لذا ربطی به ماده 380 ندارد.

حال آیا معیار نوعی مورد پذیرش است یا معیار شخصی؟

به نظر می‌رسد باید بین دو معیار جمع نماییم، چرا که گاهی ناتوانی نوعی و گاهی ناتوانی شخصی مانع از تسلیم هستند. دکتر کاتوزیان در این مورد می‌فرماید، باید معیار نوعی - شخصی را ملاک بدانیم مثلاً باید دید که آیا یک شخص معمولی در این شرایطی که بایع قرار دارد و با این نوع مبیع، قدرت تسلیم را دارد یا خیر؟ که اگر قادر نباشد بیع باطل است.

فرع چهارم: لزوم ملک بودن مبیع یا مالک بودن بایع

در توضیح باید گفت که گاهی، بایع مالک است ولی مبیع مملوک نیست، حال آیا شرط مالکیت مربوط به مبیع است یا بایع؟ مانند جایی که فردی مقداری شراب دارد که قصد فروش آنها را می‌کند که در این مثال هرچند فرد مالک است ولی مبیع مملوک نیست.

در ادامه باید گفت که یقیناً هر چه مال است ملک هم می‌باشد ولی در مورد زمین در این بحث اختلاف وجود دارد:

زمین سه نوع است:

1. موات: زمینی که آبادی و عمران در آن وجود ندارد.

2. بایر: زمینی که سابقه‌ی آبادی و عمران دارد ولی در حال حاضر آباد نیست.

3. دایر: زمینی که در حال حاضر آباد می‌باشد.

در مورد زمین بایر حکم خرید و فروش آن چیست؟

باید بگوییم، برخی در این مورد می‌گویند این نوع زمین مملوک نمی‌باشد لذا بیع آن باطل است و مشهور حقوقدانان در این مورد می‌گویند، این زمین ملک محیی (کسی که آن را آباد کند) است. لذا مملوک بوده و بیع آن صحیح است.

در مورد بیع فضولی هم باید گفت که در این نوع بیع هم نمی‌توانیم عدم مالکیت بایع را دلیل بر بطلان بدانیم لذا شرط ملکیت موضوعیت ندارد و علت ذکر آن برای عدم نفوذ دانستن بیع فضولی است نه باطل دانستن آن.

فرع پنجم: لزوم منفعت عقلایی و مشروع داشتن مبیع

توضیح اینکه اگر مبیع منفعت عقلایی و مشروع نداشته باشد بیع صحیح نخواهد بود مانند بیع لاشه‌ی حیوان مرده.

بحث مهمی که در این مورد می‌توان بیان کرد اختلافی است که بین دکتر کاتوزیان و دکتر امامی وجود دارد:

دکتر امامی: ایشان می‌فرمایند منفعت عقلایی داشتن، غیر از مالیت داشتن است.

دکتر کاتوزیان: ایشان می‌فرمایند، لازمه‌ی منفعت عقلایی داشتن، مالیت داشتن است.

در توضیح باید گفت، اینکه دو جمله‌ی مذکور دو شرط مجزا هستند و یا یک شرط واحد، بر اساس قانون باید این دو را، دو شرط جدای از هم دانست چرا که مواد 348 و 215 ق.م به طور جدای از هم این دو را بیان

می‌کنند، ولی اینکه واقعاً این دو، شرطی واحد هستند یا جدای از هم، باید گفت در بسیاری از مصادیق هستند که مالیت دارند ولی منفعت عقلایی ندارند مانند سیگار، لذا نمیتوان گفت آنچه منفعت ندارد مالیت هم ندارد. از طرفی مصادیق منطقی هم هستند که منفعت داشته ولی مالیت ندارند مانند هوا. لذا دکتر کاتوزیان می‌فرماید: در بیان ضرورت وجود منفعت، منفعتی ملاک است که از نظر قانونی و اخلاقی منفعت محسوب شود. استاد محترم: به نظر می‌رسد منفعت عقلایی داشتن با منفعت مشروع داشتن 2 شرط منفک از هم هستند. مانند خانه، که ممکن است گاهی برای استفاده مسکونی اجاره داده شود و گاهی جهت استفاده به عنوان قمارخانه. آثار بیع: توضیح اینکه آثار بیع در ماده 362 ق.م بیان شده اند:

به عنوان مقدمه باید بگوییم، مقنن آثار بیع را در ماده 362 ق.م در 4 مورد بیان کرده‌اند:

1- انتقال مالکیت 2- ضمان درک 3- تسلیم مبیع 4- تأدیه ثمن

• به عنوان نکته حول ماده فوق باید بگوییم، مقنن آثار مذکور را در مورد بیع صحیح ذکر کرده است لذا بیع فاسد این آثار را نخواهد داشت، لذا در بیع فاسد بائع باید ثمن را به مشتری و مشتری باید مبیع را به بائع برگرداند.

سوال: اثر توافق بائع و مشتری در بیع فاسد چیست؟

بر اساس ماده 365 ق.م باید بگوییم که توافق طرفین اثر دلخواه آنان را در بیع، ایجاد نمی‌کند. به عبارتی دیگر در بیع فاسد توافق بائع و مشتری اثری نخواهد داشت. حال اگر مبیع در عقد فاسد در نزد مشتری تلف گردد در چه صورتی وی ضامن است؟

2 قول در پاسخ به این سؤال وجود دارد:

1. قول اول بر این عقیده است که در هر صورت طرفین به توافق رسیده‌اند و بائع خودش بیع را به مشتری داده است لذا مشتری امین خواهد بود و اگر تعدی و یا تفریط کند ضامن خواهد بود لذا تلف سماوی مسئولیتی برای مشتری ندارد.

2. قول دوم بر این عقیده است که مشتری امین نمی‌باشد بلکه خودش ضامن خواهد بود چراکه مبیع را من غیر حق اخذ کرده است و اگر مبیع تلف شود، مشتری مسؤل خواهد بود.

• مرحوم شهید در کتاب مسالک به عنوان قول سوم می‌فرماید: اگر بایع و مشتری به فساد بیع علم دارند و آن را منعقد کنند مشتری در این صورت امین است چراکه علم به فساد دارد و در صورت تعدی یا تفریط ضامن است ولی اگر علم نداشته باشد امین نمی‌باشد و در هر صورت مبیع تلف شود ضامن خواهد بود.

قول صحیح: در این مورد باید اراده طرفین تفسیر گردد، لذا بیع به عنوان مالک شدن طرفین انجام می‌گردد (حتی با علم به فساد) و مشتری مبیع را در اختیار می‌گیرد لذا به نظر میرسد قول دوم صحیح است و مشتری امین نخواهد بود و در هر صورت که مبیع تلف شود ضامن است چراکه هر چند بیع به عنوان مالک شدن طرفین انجام می‌شود ولی در بیع فاسد که مالکیت رخ نمی‌دهد و نیز توافق طرفین اثری در بیع فاسد ندارد. در تایید این نظر می‌توان به مواد 365، 227 و 229 ق.م اشاره نمود.

آثار بیع

اثر اول: مالکیت مبیع و ثمن

ابتدائاً باید بگوییم که مالکیتی که بایع و مشتری نسبت به مبیع و ثمن دارند بر اساس عقد بیع به دیگری منتقل خواهد شد. که بند 1 ماده 362 ق.م در این مورد می‌گوید: «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود.»

همانطور که ملاحظه می‌گردد این بند از لفظ "به مجرد" استفاده کرده است، حال سوال این است که انتقال مذکور به فوریت و بلافاصله بعد از عقد بیع حاصل می‌شود، یا مراد از این لفظ این است که عقد بیع صرفاً عامل انتقال مالکیت است؟

در پاسخ باید بگوییم که لفظ "به مجرد" توهم فوری بودن انتقال مالکیت را به ذهن می‌رساند ولی این توهمی بیش نیست چرا که بیع‌هایی وجود دارند که به مجرد انعقاد بیع انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد. مانند بیع عین کلی؛ بنابراین باید گفت که معنای "به مجرد" فوری بودن نیست بلکه مراد به صرف وقوع عقد می‌باشد. لذا مقتضای ذات عقد بیع تملیک (انتقال مالکیت) است نه فوریت در تملیک.

بدین شرح که، هرگاه که عقد بیع منعقد می‌شود، به نحو فوری و بلافاصله بعد از آن انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد بلکه عقد بیع صرفاً نشان می‌دهد که انتقال مالکیت باید صورت بگیرد، که این انتقال در بیع عین معین به صورت فوری و بلافاصله است و در بیع عین کلی با فاصله می‌باشد.

- نکته قابل توجه این است که در بیع عین معین انعقاد عقد بیع باعث انتقال مالکیت هم هست، ولی در عین کلی انتقال مالکیت منوط به تسلیم مبیع است و این بدان معنا نیست که تسلیم، وسیله انتقال مالکیت است چرا که گاهی قبل از تسلیم هم انتقال مالکیت منتقل می‌گردد؛ مانند اینکه با بیع مبیع را از شهر خودش به شهر مشتری ارسال می‌کند که زمان ارسال مبیع، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد ولی هنوز تسلیم واقع نشده است. البته در مورد بیع عین معین هم که انتقال مالکیت فوری است دکترا کاتوزیان می‌فرمایند که: گاهی انتقال مالکیت در بیع عین معین نیز با تأخیر اتفاق می‌افتد؛ مانند اینکه طرفین به تسلیم مبیع با تأخیر توافق می‌کنند و نیز در بیع اموال غیر منقول مالکیت زمانی منتقل می‌گردد که، عقد بیع در دفتر ثبت املاک ثبت شده باشد.

انتقال مالکیت

همانطور که سابقاً بیان شد: اگر مبیع عین معین باشد انتقال مالکیت بلافاصله صورت می‌گیرد و بیع تملیکی خواهد بود.

و نیز اگر مبیع، عین کلی باشد انتقال مالکیت بعد از تسلیم مبیع صورت می‌گیرد که این بیع، عهدی خواهد بود.

حال سوال این است که در مورد مبیع کلی فی المعین، انتقال مالکیت چه زمانی صورت می‌گیرد؟

در پاسخ، دکتر امامی می‌فرماید: کلی فی المعین در حکم عین معین است لذا انتقال مالکیت بلافاصله بعد از عقد صورت می‌گیرد و بیع تملیکی خواهد بود ولی دکتر شهیدی در این مورد می‌فرماید: نمی‌توان بیع مبیع کلی فی المعین را تملیکی محسوب کرد چرا که مالکیت، حقی عینی است و در بیع کلی فی المعین، مبیع به طور دقیق مشخص نیست تا مالکیت نسبت به آن محقق گردد.

حال اگر هم بیع کلی فی المعین را عهده بدانیم، پس تفاوت آن با بیع کلی فی الذمه چیست؟

در تفاوت این دو می‌توان گفت که در بیع کلی فی المعین مشتری حق کلی نسبت به مجموع مبیع دارد، و می‌تواند با بیع را ملزم به تسلیم مصداقی از مصادیق مبیع کند ولی در کلی فی الذمه مشتری نسبت به چیزی حقی ندارد، چرا که چیزی به طور واقعی و خارجی وجود ندارد. لذا بر اساس نظر دکتر شهیدی بیع کلی فی المعین برای خود مصداقی خاص است که نه می‌توان آن را تکمیلی و نه عهده دانست. که این نظر نیز توسط استاد محترم مورد تایید است.

اجل داشتن مبیع و ثمن و انتقال مالکیت

همانطور که بیان شد اثر بیع، انتقال مالکیت ثمن و مبیع است ولی گاهی طرفین برای تسلیم و تأدیه مبیع و ثمن اجل قرار می‌دهند.

حال سوال این است که آیا این اجل قرار دادن (مهلت قرار دادن) با اثر ذاتی عقد بیع که انتقال مالکیت است تنافی ندارد؟

در پاسخ باید گفت، اگر مقتضای عقد بیع را انتقال فوری و بلافاصله بدانیم، اجل قرار دادن برای انتقال مالکیت، منافی با مقتضای ذات عقد بیع نیست.

خیار فسخ و انتقال مالکیت

سوال دیگر این است که آیا داشتن حق فسخ برای طرفین عقد بیع یا یکی از آنها با مقتضای ذات عقد بیع که انتقال مالکیت است تنافی دارد؟

در پاسخ باید گفت که تنافی وجود ندارد، چرا که به محض انعقاد عقد بیع انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و تمام نمائات حاصله از زمان عقد تا زمان فسخ برای مشتری است چنان که صدر ماده 364 ق.م می‌گوید: «در بیع

خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار... بنابراین درج حق فسخ در قرارداد با مقتضای ذات عقد بیع تنافی ندارد.»

انتقال مالکیت پیش از عقد بیع

سوال دیگر این است که آیا ممکن است طرفین عقد بیع، انتقال مالکیت پیش از عقد بیع را ارائه کنند؟

در پاسخ به این سوال 2 قول وجود دارد:

1. برخی می‌گویند، اراده انتقال مالکیت پیش از عقد ممکن است، چرا که انتقال مالکیت در بیع، امری اعتباری و ذهنی است و بطور ذهنی و تصوری توسط اراده طرفین صورت می‌گیرد و قوام آن وابسته به اراده طرفین است، حال همین اراده طرفین، انتقال مالکیت پیش از عقد را اراده می‌کند که ایرادی نخواهد داشت.

2. برخی نیز می‌گویند، اراده انتقال مالکیت پیش از عقد ممکن نیست، چرا که هرچند انتقال مالکیت امری اعتباری است ولی همین اعتباری بودن هم باید معقول باشد و هرچه که در عالم خارج و واقعیت ممکن نباشد، در عالم اعتبار هم ممکن نخواهد بود، مانند اینکه نمی‌توان وجود مسبب را پیش از سبب دانست لذا نمی‌توان مالکیتی که دیروز برای بایع بوده و تمام شده است را به مشتری انتقال داد.

در بیان قول مختار باید بگوییم، حرف و قول دسته دوم صحیح است چرا که هرچند می‌توان آثار مالکیت سابق را به دیگری منتقل نمود ولی صرف مالکیت را نمی‌توان منتقل نمود چرا که معقول و منطقی نیست.

شرط تعلیق

سوال دیگر این است که، آیا شرط تعلیق در عقد بیع با مقتضای ذات عقد بیع که انتقال مالکیت است تنافی دارد؟

در پاسخ به این سوال بهتر است تفاوت شرط تعلیق و شرط اجل را بیان کنیم:

در شرط اجل انتقال مالکیت به بعد موکول می‌گردد ولی حتمی است، ولی در شرط تعلیق انتقال مالکیت منوط به امری محتمل الوصول می‌گردد، ولی باید بگوییم شرط تعلیق منافاتی با انتقال مالکیت ندارد چرا که این شرط انتقال مالکیت را از بین نمی‌برد.

بیع صرف

بیع صرف، به بیع طلا و نقره با طلا و نقره گفته می‌شود که علت نام صرف نهادن بر این نوع بیع صدایی است که از برخورد سکه های طلا و نقره به یکدیگر ایجاد می‌شود. قانون مدنی بیع صرف را صرفاً در ماده 364 نام برده است و تعریفی از آن بیان نکرده است.

- نکته مهم در بیع صرف آن است که تسلیم و تأدیه میباید و ثمن باید در همان مجلس عقد باشد.

سوال اساسی این است که در بیع صرف انتقال مالکیت چه زمانی صورت می‌گیرد؟

در پاسخ به این سوال باید گفت: ماده 364 ق.م در مورد بیع صرف می‌گوید: «در بیعی که قبض، شرط صحت است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع».

بنابراین باید بگوییم: در بیع صرف انتقال مالکیت بعد از قبض صورت می‌گیرد و اگر قبض حاصل نشود بیع صرف باطل خواهد بود.

- نکته قابل توجه این است که عدم قبض منافاتی با انتقال مالکیت نیست و شرط دانستن قبض با مقتضای ذات عقد بیع که تملیک است تنافی ندارد.

- نکته دیگر این که ق.م بیان نداشته است که قبض باید در مجلس عقد صورت بگیرد، ولی با توجه به متون فقهی به دست می‌آید که قبض باید در مجلس باشد.

دکتر کاتوزیان در این مورد می‌فرماید: ماده 364 ق.م قبض در مجلس را بیان نکرده است چرا که خود قبض هم استثناء است و باید به قدر متیقن اکتفا نماییم. لذا قبض در مجلس شرط نمی‌باشد ولی چون مشهور فقها قبض در مجلس را شرط می‌دانند لذا باید از آن تبعیت نمود.

بیع شرط - بیع خیاری

سوال دیگر این است که آیا بیع شرط یا بیع خیاری با مقتضای ذات عقد، که انتقال مالکیت است تنافی دارد؟

در پاسخ به این سوال باید گفت، برخی از حقوقدانان بر این باورند که داشتن خیار و حق شرط، در عقد بیع، این عقد را متزلزل می‌کند، لذا با انتقال مالکیت منافی خواهد بود. قانون مدنی در پاسخ به این نظر در ماده 364 می‌گوید که منافاتی وجود ندارد، چرا که انتقال مالکیت از حین عقد بیع به وجود می‌آید نه از زمان انقضای شرط و اختیار.

و نیز ماده 459 ق.م در مورد بیع شرط می‌گوید: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع. بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد، ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.»

باید اضافه کنیم که وجود حق شرط و خیار ممکن است باعث سوءاستفاده ذی‌حق گردد که برای جلوگیری از این سوء استفاده ماده 33 قانون ثبت، معامله با حق استرداد را تدوین و بیان نمود که بر این اساس حق ثبت برای انتقال دهنده است نه برای انتقال گیرنده؛ یعنی برای ثبت موضوع معامله، انتقال دهنده باید اقدام کند نه انتقال گیرنده. البته قانون مدنی نیز عدم قصد را مانع تحقق بیع می‌داند، ولی اثبات عدم قصد دشوار است. ماده 463 ق.م می‌گوید: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

اثر دوم: تسلیم مبیع و تحویل ثمن

در این مورد بندهای 3 و 4 ماده 362 ق.م می‌گویند: «3...- عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید، 4- عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.»

تسلیم مصدر باب تفعیل است و به معنای تحویل دادن می‌باشد که دو عنصر مادی و معنوی را لازم دارد: عنصر مادی آن عبارت است از این که تصرفات مادی توسط مشتری باید انجام گردد و عنصر معنوی آن عبارت است از این که امکان انتفاع مشتری وجود داشته باشد. البته در غالب موارد همین عنصر معنوی ضروری است. ماده 367 ق.م در مورد تسلیم می‌گوید: «تسلیم عبارت است از تحویل مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع.»

• نکته ضروری این است که مراد از انتفاع، انتفاعی است که هدف از معامله بوده است. یعنی مشتری امکان این که از مبیع انتفاع مذکور در قرارداد را ببرد، داشته باشد.

حال سوال این است که، آیا تسلیم همان قبض است یا تفاوت دارند؟

در مقام پاسخ به سوال می توان ابراز نمود که ظاهر ماده 367 به نوعی است که بین تسلیم و قبض تفاوت حاصل می آورد ولی در واقع تسلیم و قبض یکی هستند.

از نظر مفهومی باید گفت، که تسلیم و قبض برابر می باشند ولی با توجه به فعل بایع که باید مبیع را در اختیار مشتری قرار بدهد تسلیم لفظ درستی است و با توجه به فعل مشتری که باید مبیع را در اختیار بگیرد، قبض لفظ صحیحی است.

گاهی ایراد می شود به اینکه اگر تسلیم و قبض یک ماهیت واحد باشند یا دو ماهیت منفک از هم، چه نتیجه ای را در بر خواهد داشت؟

باید بگوییم که دو ماهیت جداگانه بودن آنها ثمره ای خاص را به دنبال دارد، مثلاً هرگاه بایع مبیع را تسلیم کند ولی مشتری مبیع را قبض ننماید و به همین علت هم از تحویل ثمن خودداری نماید، در این صورت بایع می تواند علیه مشتری اقامه دعوا کرده و ثمن را مطالبه کند چرا که وظیفه او تسلیم مبیع بوده و این عمل را انجام داده است و در عوض حق مطالبه ثمن را خواهد داشت.

بنابراین می توان گفت، هر جا که امکان انتفاع برای مشتری وجود داشته باشد تسلیم محقق خواهد بود و هر جا که امکان انتفاع برای مشتری ممکن نباشد تسلیم محقق نخواهد بود.

در این زمینه سؤالی مطرح می شود که تسلیم چه زمانی محقق می گردد؟

در پاسخ به سؤال مذکور می توان از 3 ماده از قانون مدنی کمک گرفت :

ماده 368: «تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر مشتری هنوز عملاً آن را تصرف نکرده باشد».

ماده 369: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند».

ماده 373: «اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن».

ماهیت حقوقی و مبنای تسلیم

در مورد مبنای حقوقی تسلیم و اینکه چرا عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌کند باید ابراز کنیم که دو مبنای کلی در این زمینه وجود دارد:

1. بعد از انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد بود، حال اگر این مبیع هنوز در تصرف بایع باشد، تصرفات وی تصرف در مال غیر محسوب می‌شود و بر اساس قانون وی باید هرچه سریع تر مبیع را که مال مشتری است به وی واگذار نماید.
2. اقتضای عقد بیع این است که هرگاه طرفین بر انعقاد عقد بیع توافق می‌کنند اراده آن‌ها بر این است که در ازای آن چه که می‌دهند چیزی را دریافت کنند، حال علت الزام بایع به تسلیم مبیع این است که وی ثمن را از جانب مشتری دریافت خواهد نمود.

در بیان مبنای مختار باید ابراز نماییم که، مبنای صحیح و بهتر، زمانی روشن می‌گردد که بدانیم هدف از انعقاد بیع چیست؟ آیا هدف از بیع صرفاً مالک شدن نسبت به مبیع یا ثمن است؟

طبیعتاً هدف از بیع انتفاع خواهد بود، و انتفاع بردن هم زمانی امکان دارد که تسلیم صورت گرفته باشد.

ماهیت حقوقی تسلیم؛ در بیان ماهیت حقوقی تسلیم باید بگوییم، از لحاظ حقوقی تسلیم عملی حقوقی تلقی نمی‌گردد بلکه عملی مادی است، چرا که اراده طرفین در تسلیم دخالتی ندارد. لذا ماده 374 ق.م در این باره بیان می‌کند که: «در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن قبض کند.»

نکته قابل توجه در مورد این ماده این است که، این ماده در مورد عین معین است که اذن را شرط نمی‌داند ولی در بیع عین کلی اذن شرط است.

تسلیم موضوع عقد

ابتدائاً باید گفته شود که تسلیم هر مبیعی به حسب خودش است. ماده 369 ق.م در این مورد می‌گوید: «تسلیم به اختلاف مبیع به اختلاف کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آنرا تسلیم گویند.»

لذا باید دقت داشت که قرار است چه مبیعی تسلیم گردد تا با توجه به شرایط آن اقدامات لازم به عمل آید:

تسلیم عین معین: همانطور که می‌دانید در مورد مبیع معین، بیع به 2 نوع مشاهده و توصیف صورت می‌گیرد، که در بیع از طریق مشاهده باید همان مبیع که توسط مشتری مشاهده و رؤیت شده است به وی تسلیم گردد و نیز در بیع از طریق توصیف عین معین، باید اوصافی که در مورد مبیع بیان شده‌اند در مبیعی که تسلیم می‌گردد وجود داشته باشند. در هر صورت باید مبیع تحویلی سالم باشد و در صورت معیوب بودن مشتری خیار عیب خواهد داشت که می‌تواند عقد را فسخ کرده و یا ارش بگیرد.

بیع عین کلی: هرگاه مبیع عین کلی یا نمونه‌ای از مبیع باشد، مبیعی که دقیقاً مطابق نمونه است و نیز مبیعی که توصیف شده است باید تحویل داده شود لذا اگر مبیع تحویلی همان مبیع توصیفی یا نمونه مشاهده شده نباشد، تسلیم محقق نشده است و مشتری می‌تواند الزام به تحویل و تسلیم مبیع مورد نظر را مطالبه کند. نکته قابل توجه این است که اگر مبیع درجات مختلفی داشته باشد لازم نیست که بایع فرد اعلی از درجات مبیع را تسلیم کند بلکه صرفاً نباید مبیع را معیوب تسلیم کند. ماده 279 ق.م در این مورد می‌گوید: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد».

نکته قابل توجه این است که اگر مبیع توصیفی که عین معین است از زمان عقد تا حین تسلیم منافع و نمائاتی داشته باشد باید مبیع به همراه همه‌ی منافع و نمائات مربوط به مشتری تسلیم گردد و مسئولیت بایع نسبت به منافع مذکور مسئولیت امین است نه مسئولیت معاوضی. از طرفی اگر مبیع عین کلی باشد، و از زمان عقد تا زمان تسلیم به مشتری منافی داشته باشد، آن منافع برای بایع خواهد بود.

نکته دیگر اینکه هرگاه مبیع تابعی داشته باشد بایع باید توابع مبیع را به همراه خود مبیع و منافع مربوطه‌ی آن به مشتری تحویل دهد تا تسلیم محقق گردد (مراد از توابع آن است که عرفاً جزئی از مبیع محسوب می‌گردد).

موعد، محل و هزینه تسلیم

1. موعد تسلیم: ابتدا باید ابراز کنیم که آنچه تعیین کننده‌ی موعد، محل و هزینه تسلیم مبیع است توافق و تراضی طرفین است. لذا اگر جهت تسلیم مبیع موعدی خاص تعیین گردد، تسلیم مبیع در همان موعد صورت خواهد گرفت ولی سؤال این است که اگر موعد خاص تعیین نگردد تسلیم در چه زمانی صورت خواهد گرفت؟

در پاسخ به سؤال مذکور باید بگوییم که اگر در مورد تأدیه ثمن موعدی مشخص نگردد، ثمن باید نقداً تحویل و تأدیه گردد. ماده 490 ق. م در قسمت پایانی خود در این مورد می گوید: «...ثالثاً- مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعده، نقداً باید بپردازد.» و نیز اگر در مورد تسلیم مبیع موعدی مشخص نشود، تسلیم آن باید فوری باشد. به طور کلی زمانی را که عرفاً و عادتاً برای تسلیم لازم است را باید موعده تسلیم دانست. لذا زمان عرفی تسلیم ملاک است. در ادامه باید گفت اگر در زمان عرفی تسلیم، تسلیم صورت نگرفت متضرر با توجه به مواد 237 تا 240 ق. م می تواند به محکمه مراجعه نموده و الزام به تسلیم را مطالبه نماید.

سؤالی که ایجاد می شود این است که آیا طرفین عقد می توانند برای تسلیم یا تأدیه مبیع و ثمن، موعدی طولانی یا کوتاه قرار دهند؟

در مقام پاسخ به سؤال مذکور باید بگوییم برای تسلیم مبیع و یا تأدیه ثمن طرفین می توانند موعده خاصی را قرار دهند ولی این موعده و مهلت با عرفی باشد و نباید بقدری طولانی باشد که با هدف و مفهوم بیع تنافی داشته باشد. از طرفی باید گفت مهلتی که قرار داده می شود باید معین و مشخص باشد ولی اگر به طور مجهول مهلت داده شود، بر اساس ماده 233 ق. م این شرط مجهول موجب جهل به عوضین خواهد شد و باعث بطلان عقد است.

تقسیمات عقد بیع با توجه به زمان تسلیم

از حیث زمان تسلیم مبیع و تأدیه ثمن بیع به چهار نوع تقسیم می شود:

1- بیع نقد 2- بیع سلم یا سلف 3- بیع نسبه 4- بیع کالی به کالی

1. بیع نقد: بیعی است که در آن، ثمن و مثن در مجلس عقد تسلیم و تسلیم می شود.
 2. بیع سلم یا سلف: بیعی است که در آن ثمن نقد است ولی مثن نسبه می باشد.
- نکته بسیار مهم این است که در بیع سلم یا سلف موضوع عقد، کلی است نه معین و نیز اینکه، مشهور فقها بر این باورند که در بیع سلم یا سلف مثن باید در مجلس عقد به قبض درآید.

دکتر کاتوزیان در این باره می‌فرماید: در قانون در مورد بیع سلم یا سلف مطلبی وجود ندارد لذا بر اساس ماده 10 و 223 ق.م توافقی اراده‌ها می‌تواند بر این باشد که مثنی در بیع سلف یا سلم در مجلس عقد به قبض در نیاید، که در این صورت بیع سلم یا سلف صحیح خواهد بود بر همین اساس (یعنی با توجه به اراده طرفین) دکتر کاتوزیان بیع کالی به کالی را صحیح می‌داند چرا که اکثر بیع‌های بازاری کالی به کالی هستند. ولی باید گفت اکثر حقوقدانان بیع کالی به کالی را صحیح نمی‌دانند چرا که قرار نیست هر چه در بازار رخ می‌دهد را صحیح بدانیم چرا که در بازار مواد مخدر و مشروبات الکلی هم موضوع بازار قرار می‌گیرند، دلیل نمی‌شود که آنها را درست بدانیم.

3. بیع نسبه: بیعی است که در آن مبیع نقد است ولی ثمن مؤجل می‌باشد.

4. بیع کالی به کالی: بیعی است که در آن هم ثمن و هم مثنی، هر دو مؤجل و کلی می‌باشد.

لفظ کالی، اسم فاعل از باب "کلاً" به معنای نگران بودن است. چرا که در این بیع، بایع و مشتری نگران هستند که طرف مقابل به تسلیم یا تأدیه مبیع و مثنی مبادرت نرزد لذا این بیع کالی به کالی نام دارد که قانون نسبت به آن ساکت است ولی فقه به جهت ربوی بودن آن را باطل می‌داند.

2. محل تسلیم: بحث مورد نظر در باب این است که هر گاه طرفین بیع را منعقد کنند مبیع مورد نظر در چه مکانی باید به مشتری تسلیم گردد. در این مورد باید بگوییم که این مورد در مرحله اول به تراضی اراده طرفین بستگی دارد، یعنی هر مکانی که طرفین در مورد آن توافق کرده باشند همان محل، محل تسلیم مبیع خواهد بود. ولی اگر در مورد محل تسلیم مبیع سکوت کرده باشند باید به عرف رجوع گردد مثلاً در عرف هرگاه فردی برای خرید مقدار زیادی آجر، گچ، و... برای ساخت و ساز به بایع مراجعه می‌کند، عرفاً محل تسلیم این نوع کالاها، محل ساختن ساختمان است. ولی اگر عرفی نیز در این وجود نداشته باشد بر اساس قوانین حقوقی ایران محل وقوع عقد محل تسلیم مبیع خواهد بود. ماده 375 ق.م در این مورد بیان می‌دارد: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد».

• نکته: با توجه به ذیل ماده 375 می‌توان به این نتیجه رسید که این ماده، قاعده‌ای تکمیلی را بیان می‌کند که تراضی بر خلاف آن ممکن است.

● نکته: ماده 375 ق. م در مورد اموال منقول می‌باشد چرا که اموال غیرمنقول صرفاً در محل وقوع آنها مورد تسلیم قرار می‌گیرند.

● نکته: سؤال لازم‌البیان این است که چرا محل فرضی تسلیم مبیع با توجه به اراده طرفین، محل وقوع می‌باشد؟

در پاسخ باید بگوییم که معنای تسلیم در اختیار گذاشتن مبیع می‌باشد یعنی بایع باید مبیع را در اختیار مشتری قرار دهد و این بدان معناست که بایع باید تسلط خود را از مبیع ساقط کند نه اینکه مبیع را در هر شرایطی به مشتری برساند بنابراین هزینه رساندن کالا به مشتری بر عهده‌ی بایع نمی‌باشد و بایع وظیفه ندارد که مبیع را تا محلی که مشتری قرار دارد حمل کند مگر با توافق و تقاضای مشتری و نیز مگر اینکه در این زمینه عرفی موجود باشد، که در این صورت با توجه به عرف عمل خواهد شد.

● نکته: در نظام‌های حقوقی مختلف اراده مفروض طرفین عقد متفاوت است. بر این اساس ماده 1609 ق. م فرانسه می‌گوید: «در صورت سکوت، محل وقوع مال محل تسلیم خواهد بود.» ولی در حقوق ایران محل وقوع عقد ملاک عمل است که همین نظر بهتر است چرا که اولاً اراده مفروض طرفین همین است. ثانیاً در بیع مبیع کلی محل وقوع، ملاک بهتری جهت تعیین محل تسلیم است. از طرفی در کنوانسیون بیع بین‌المللی ملاک چنین است که هرگاه بایع و مشتری در محل‌های مختلف هستند، بایع باید مبیع را به مشتری ارسال کند لذا بایع باید شرایط و امکانات ارسال مبیع مانند متصدی ارسال و نوشتن نامه و... را فراهم کند.

3. هزینه تسلیم: در این بخش بحث چنین است که هزینه‌های تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری بر عهده کیست؟

در پاسخ و به طور کلی باید بگوییم هرگاه شخصی تعهد یا تکلیفی را بر عهده دارد، هزینه‌های آن تکلیف نیز بر عهده‌ی خودش است؛ حال اینکه بند 3 ماده 362 ق. م بایع را ملزم به تسلیم مبیع کرده است، لذا تسلیم مبیع بر عهده بایع خواهد بود. این مطلب بدین معناست که بایع مسئول هزینه‌های در اختیار گذاشتن مبیع نسبت به مشتری است مانند هزینه‌ی توزین یا هزینه‌ی حمل و نقل از محل وقوع مبیع تا محل تسلیم. علت مطلب فوق چنین است که مقدمه‌ی واجب، واجب است و نیز اینکه التزام به شیء، التزام به لوازم آن هم است بنابراین وقتی تسلیم کردن مبیع وظیفه‌ی بایع است لذا هزینه‌های عرفی آن هم بر عهده‌ی اوست. ماده 381 ق. م در این باب می‌گوید: «مخارج تسلیم مبیع از اجرت حمل آن به

محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است. مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.»

- نکته‌ی قابل توجه این است که حکم مذکور در ماده 381 قاعده‌ای تکمیلی است که این تکمیلی بودن را می‌توان از ماده 382 ق. م بدست آورد چراکه می‌گوید: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم بر خلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین آن متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند.»

آثار تسلیم

در مورد آثار تسلیم باید بگوییم که با توجه به تفاوت مبیع آثار تسلیم هم متفاوت خواهد بود؛ لذا اگر مبیع، عین معین باشد، اثر تسلیم، ایفای تعهد است؛ یعنی تسلیم، تعهدات پذیرفته شده در بیع را تمام می‌کند. و اگر مبیع کلی فی المعین یا کلی فی الذمه باشد، اثر تسلیم علاوه بر ایفای تعهد، انتقال مالکیت نیز است چراکه تسلیم، ادامه همان عقد بیع سابق است که انتقال مالکیت را محقق کرده است.

- نکته: در مورد مبیع عین معین، برای تسلیم مبیع اذن مجدد بایع لازم نیست و همان بیع سابق کافی است. ولی در مبیع کلی فی المعین یا کلی فی الذمه، اذن بایع لازم است چراکه انتخاب مبیع بر عهده‌ی بایع است و اوست که باید مبیع را تعیین کند. فلذا تسلیم نیازمند اذن بایع است.

انتقال ضمان معاوضی

انتقال ضمان معاوضی به عنوان مهمترین اثر تسلیم می‌باشد؛

ضمان به معنای بر عهده داشتن و مسئولیت است و معاوضی به معنای در عوض و تقابل می‌باشد. لذا ضمان معاوضی به معنای ضمان بایع نسبت به مبیع و ضمان مشتری به ثمن می‌باشد.

بنابراین ضمان معاوضی بایع چنین است که اگر مبیع قبل از تسلیم به مشتری تلف شود مسئولیت آن با بایع است و نیز ضمان معاوضی مشتری نیز چنین است که اگر ثمن قبل از تسلیم به بایع تلف شود مسئولیت آن با مشتری است.

بنابراین ضمان معاوضی باعث می‌شود تا مسئولیت بایع نسبت به میبع به مشتری منتقل شود و نیز مسئولیت مشتری نسبت به ثمن به بایع منتقل شود. البته لازم به ذکر است که این نظریه در حقوق ایران مورد اختلاف است، بدین علت که اگر بعد از انعقاد عقد بیع مشتری مالک میبع می‌گردد چرا که باید تلف میبع از مال بایع محسوب گردد. در این مورد که مسئولیت میبع قبل از تسلیم با بایع است عبارتی وجود دارد مبنی بر اینکه "تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه"؛ حال با توجه به این عبارت که در ماده 387 ق.م منعکس شده است سؤالی مطرح است که آیا این عبارت (ماده 387) به عنوان یک قاعده مطرح است یا به عنوان یک استثنا؟

قبل از بیان پاسخ بهتر است بگوییم که خود ماده 387 بیانگر یک استثنا است چرا که می‌گوید: «...مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» که البته همین موضوع یک استثنای دیگر در ماده 453 ق.م دارد چرا که در این ماده حتی مسئولیت بایع بعد از تسلیم هم باقی است، بر این اساس که ماده 453 می‌گوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر میبع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین، تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار، مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده ی بایع است.» (التلف فی زمن الخیار ممن لا خیارله)

حال در پاسخ اینکه عبارت "تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه" یک قاعده است و یا یک استثنا باید بگوییم که برای فهم این مطلب باید مبنای جعل ماده 387 ق.م را بدانیم؛

باید گفت در این مورد دو قول وجود دارد :

1. دکتر شهیدی و مشهور فقها: این عبارت به عنوان یک استثنا می‌باشد دکتر شهیدی و مشهور فقها در استدلال نظر خود می‌فرمایند: بیع به معنای تملیک عین به عوض معلوم می‌باشد یعنی مطابق ماده 338 ق.م بعد از بیع مشتری مالک میبع و بایع مالک ثمن می‌شود. لذا مالک در حال حاضر که میبع را در اختیار دارد به عنوان امین خواهد بود و در صورت تعدی یا تفریط مقصر است. حال باید بگوییم که مقنن در ماده 387 ق.م بایع را مسئول دانسته است. (بدون تقصیر بایع) لذا این حکم یک استثنا خواهد

بود چراکه قاعده‌ی کلی این است که بایع در صورت ارتکاب تقصیر مسئول باشد حال اینکه این ماده بایع را بدون اهمال و تقصیر هم مسئول می‌داند لذا این ماده یک استثنا خواهد بود.

2. دکتر کاتوزیان: این عبارت به عنوان یک قاعده مطرح می‌گردد؛ هدف از انعقاد بیع صرفاً مالک شدن نمی‌باشد بلکه هدف استفاده‌ی از مبیع و ثمن توسط مشتری و بایع است بنابراین باید گفت که مقتضای اراده طرفین دسترسی به ثمن و مبیع است حال اگر مبیع قبل از تسلیم به مشتری تلف گردد، طبیعتاً مشتری هم نباید به بایع پولی بدهد چراکه بعد از تلف شدن مبیع عقد منفسخ می‌گردد. در این شرایط که مبیع تلف می‌شود و ثمن هم پرداخت نخواهد شد بیع باطل خواهد شد چراکه ماده 387 ق.م.بیع را منفسخ می‌داند باید بگوییم عقد تا حین تلف مبیع وجود داشته است و بعد از آن از بین رفته است لذا منفسخ نامیدن آن بهتر است. بنابراین دکتر کاتوزیان می‌فرماید که مفاد ترازی طرفین اقتضا می‌کند که مسئولیت بایع در قالب قاعده باشد نه یک استثنا.

قبل از بیان مبنای مختار و قول صحیح باید بگوییم که در اینکه هر مبنایی اتخاذ گردد طبیعتاً فوایدی وجود دارد:

فایده اول: اگر مفاد ماده 387 (یا همان قاعده تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه) یک قاعده باشد، در سایر موارد مانند تلف ثمن قبل تسلیم و نیز در همه‌ی عقود تملیکی جاری خواهد بود. ولی اگر یک استثنا باشد، باید به قدر متیقن اکتفا کنیم و به سایر موارد سرایت ندهیم.

فایده دوم: اگر مفاد ماده 387 ق.م.بیع قاعده باشد یک قاعده تکمیلی خواهد بود لذا شرط خلاف آن ممکن است، ولی اگر یک استثنا باشد شرط خلاف آن پذیرفته نیست.

- نکته: حکم تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه، در مورد عین معین است.

نظر استاد محترم: سؤالی که از دکتر کاتوزیان می‌توان پرسید این است که بله، ما هم قبول داریم که با انعقاد بیع مالکیت منتقل می‌شود و مشتری می‌تواند از مبیع استفاده کند و منافع مبیع برای مشتری خواهد بود، ولی سؤال است مشتری که مالک است و منافع مبیع را خواهد برد چرا ضرری که از تلف شدن مبیع ایجاد می‌شود را متحمل نگردد؟ که ظاهراً باید مشتری متحمل تلف مبیع هم گردد. (من له الغرم فعلیه الغرم) از طرفی هرگاه مالی تلف شود مسئولیت آن بر عهده مالک آن است و حال که در اثر عقد بیع مشتری مالک شده است تلف مبیع را نیز باید عهده دار گردد بنابراین مفاد ماده 387 ق.م.بیع صرفاً بیانگر یک استثنا است و باید به قدر متیقن اکتفا نمود و آن را سرایت ندهیم.

شرایط اعمال ماده 387 ق. م

برای اعمال ماده فوق 4 شرط را می توان از متن ماده بدست آورد:

1. مبیع باید عین معین یا کلی فی المعین باشد: البته این شرط از لفظ "تلف" مذکور در ماده به دست می-آید. در مبیع کلی تلف زمانی حاصل می شود که تمامی آن از بین برود که این در صورتی است که مبیع کلی دیگر قابل دسترسی نباشد ولی اگر قابل دسترسی باشد در صورت تلف مبیع کلی عقد منفسخ نمی شود بلکه بایع ملزم به اجرای تعهد از راهی دیگر می شود و یا اینکه مشتری حق فسخ خواهد داشت.
2. تلف قبل از تسلیم باشد: همان طور که سابقاً بیان شد این شرط یک استثنا در ماده 453 دارد که بر اساس آن اگر تلف بعد از تسلیم هم باشد باز هم بایع مسئول خواهد بود.
3. مبیع تسلیم نشده باشد: یعنی اگر بایع به هر صورتی نسبت به تسلیم اقدام کرده باشد مانند اینکه تسلیم را به حاکم یا قائم مقام او انجام داده باشد تلف مبیع مسئولیتی را برای او در پی نخواهد داشت چرا که مفهوم تسلیم در این شرایط محقق است.
4. تلف بدون تقصیر بایع باشد: مراد از کلمه تلف، این است که از بین رفتن مبیع بدون فعل بایع یا هر شخص دیگری باشد چرا که اگر از بین رفتن مبیع توسط فعل فاعل باشد (اعم از بایع یا مشتری یا شخص ثالث) بر اساس قواعد عمومی جبران خسارت همان فاعل مسئول خواهد بود. از طرفی باید گفت هرگاه بیع صحیح منعقد شده باشد و مبیع توسط شخصی اتلاف شده باشد، بیع بر انعقاد خود باقی است و اتلاف کننده باید خسارت وارده را جبران کند.

اثر تلف مبیع

1. منفسخ شدن عقد: علت اینکه از لفظ منفسخ استفاده شده است به جهت قهری بودن تلف می باشد چرا- که اگر از بین رفتن مبیع توسط فعل فاعلی بود می بایست از لفظ انفساخ استفاده می گشت، لذا بعد از تلف شدن مبیع به طور خود به خود بیعی در کار نخواهد بود حال اگر در این شرایط مشتری ثمن را به بایع نداده باشد بعد از تلف مبیع هم نیازی به دادن آن نیست چرا که وی وظیفه ای در این زمینه ندارد ولی اگر مشتری ثمن را به بایع داده باشد بایع موظف است ثمن را به مشتری مسترد کند.

2. نمائات و منافع مبیع از زمان منفسخ شدن عقد برای مشتری است و اینکه مشتری در این شرایط ثمنی که به بایع داده است را پس بگیرد ایرادی را در اخذ منافع ایجاد نمی کند چرا که این منافع اصل منفعتی هستند که متعلق به ثمنی می باشند که در اختیار بایع بوده است لذا ایرادی در انتقال منافع نیست. ولی اگر مشتری ثمنی به بایع نداده باشد و منافع را اخذ کند باید اجرت المثل منافع را به بایع بدهد.

3. اگر مبیع دارای منافع باشد که قبل از تسلیم، آن منافع از بین بروند آیا باز هم بر اساس ماده 387 عقد منفسخ می شود؟

پاسخ اینکه، خیر، عقد منفسخ نمی شود چرا که ماده 387 ق.م در مورد تلف منافع جاری نیست و نیز اینکه حکم تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه، به عنوان یک استثنا مطرح است و در استثنا باید به قدر متیقن اکتفا نماییم و به منافع مبیع سرایت ندهیم.

نقص مبیع قبل از تسلیم

سؤال مدنظر این است که اگر مبیع قبل از تسلیم ناقص شود آیا بیع منفسخ می شود؟

در پاسخ باید بگوییم که اگر حکم تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه را یک قاعده بدانیم، می توان حکم مربوط به تلف را به نقص سرایت داده و در صورت نقص مبیع قبل از تسلیم بیع را منفسخ دانست ولی اگر حکم مذکور را یک استثنا تلقی نماییم نمی توان در صورت نقص مبیع، بیع را منفسخ دانست. البته همانطور که می دانید در صورت نقص مبیع قبل از تسلیم مشتری حق فسخ خواهد داشت که این مطلب در ماده 388 ق.م درج شده است. از طرفی لازم است بگوییم نقص مذکور در مبیع در صورتی به مشتری حق فسخ می دهد که خود به خود ایجاد شده باشد و اگر این نقص توسط شخص خاص ایجاد شود همان شخص ضامن خواهد بود و نیز بر اساس ماده 389 ق.م «اگر در مورد دو مادهی فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حتی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند».

عیب مبیع قبل از تسلیم

در بیان احکام عیب مبیع قبل از تسلیم شایسته است به تفاوت عیب و نقص اشاره نماییم:

عیب: به نبودن وصف کمال گفته می شود: مانند تورفتگی درب خودرو.

نقص: به از بین رفتن جزئی از مبیع گفته می شود. مانند ترمز نداشتن خودرو

حال اگر مبیع قبل از تسلیم معیوب شود، اگر در صورتی که عیب مخفی باشد مشتری حق فسخ و حق اخذ ارزش دارد. ولی اگر عیب مذکور بعد از عقد و قبل از تسلیم ایجاد شود باز هم مشتری خیار عیب خواهد داشت که بر اساس مواد 422 و 423 ق.م می تواند از حق خود استفاده کند. ولی اگر عیب مذکور بر اثر فعل مشتری ایجاد شود، وی خیار فسخ نخواهد داشت.

تلف ثمن قبل قبض

در مورد تلف ثمن قبل قبض، باید بگوییم اگر حکم تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه را یک قاعده کلی بدانیم این قاعده در مورد ثمن هم اجرا خواهد شد که در این صورت تلف شدن ثمن قبل قبض آن بر عهده مشتری خواهد بود ولی اگر این حکم را یک استثنا بدانیم نمی توانیم آن را در مورد ثمن جاری سازیم.

در هر صورت باید بگوییم از نظر عرفی بین مبیع و ثمن نسبت به عقد بیع تفاوتی وجود ندارد و هر دو یکسان هستند ولی مقنن در قانون این یکسانی را مورد پذیرش قرار نداده است و برای هر کدام احکام خاصی را تدوین کرده است مثلاً خیار تأخیر تأدیه در مورد ثمن جاری است ولی در مورد مبیع جاری نیست. لذا حکم تلف المبیع... مختص بیع است نه ثمن. بنابراین که حکم مذکور را یک استثنا می دانیم هرگاه ثمن قبل از قبض تلف شود بایع حق فسخ عقد بیع را خواهد داشت.

همانطور که بیان شد حکم تلف المبیع... صرفاً به عنوان یک استثنا در مورد مبیع در عقد بیع است که برخی بر این مطلب نقضی وارد کرده اند. بدین ترتیب که بر اساس مفهوم ماده 649 ق.م در عقد قرض هم تلف موضوع عقد قرض قبل از تسلیم از مال مقرض خواهد بود. لذا می توان گفت که از این نوع موارد باز هم وجود دارد. ولی باید بگوییم که اولاً این حکم در عقد قرض بسیار مورد اختلاف است. ثانیاً این مورد را نیز که در عقد قرض مطرح شده است را می توانیم یک استثنای دیگر بدانیم که ایرادی را در پی نخواهد داشت. بنابراین اگر شخصی موجب تلف ثمن شود ضامن خواهد بود.

حق حبس

حق حبس به عنوان یک استثنا در ماده 377 بیان شده است: «هر یک از بیع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود».

سؤالی که در این زمینه حادث می‌شود این است که، مبنای حقوقی حق حبس چیست؟

در پاسخ به این سؤال باید بگوییم، مبنای حقوقی حق حبس چنین است که عوضین در عقود معوض رابطه‌ی یکسانی با عقد دارند و هیچکدام نسبت به دیگری دارای برتری نمی‌باشند. حال بایع یا مشتری حق ندارند دیگری را به تسلیم الزام کنند و راه‌حل در حین نزاع این است که هر دو به دادگستری رجوع نموده و مبیع و ثمن را در اختیار دادگستری بگذارند، و سپس دادگستری مبیع را به مشتری و ثمن را به بایع بدهد و اگر یکی از طرفین این عمل (تسلیم) را انجام دهد و دیگری انجام ندهد، فردی که به تعهد خود عمل کرده است می‌تواند الزام دیگری مبنی بر تسلیم را بخواهد.

شرایط اعمال حق حبس: برای اعمال حق حبس دو شرط اساسی لازم‌الرعايه می‌باشد:

1. ثمن و مبیع، هر دو باید حال باشند؛ یعنی بیع نسیه یا سلف نباشد. چرا که در بیع نسیه و سلف حق حبس ساقط می‌شود.
2. هیچکدام از طرفین معامله، مورد معامله را تسلیم نکرده باشند.

سؤالی که در ادامه ایجاد می‌شود این است که اگر مبیع قابل تجزیه باشد، بعد از تسلیم جزئی از آن حق حبس نسبت به باقی مبیع وجود دارد یا خیر؟

در این زمینه دو قول وجود دارد:

1. گروهی بر این عقیده‌اند که بعد از تسلیم جزء شک می‌شود که حق حبس باقی است یا خیر، که در این صورت استصحاب به بقای حق حبس نموده و حق حبس را باقی می‌دانیم.
2. قول دوم که قول بهتر است می‌گوید، در فرض مذکور حق حبس ساقط است. چرا که صرف وجود حق حبس یک استثنا می‌باشد و باید در آن به قدر متیقن اکتفا نماییم و قدر متیقن جایی است که

عملیات تسلیم انجام نشده باشد تا حق حبس باقی باشد و حال که تسلیم صورت گرفته است لذا حق حبس ساقط خواهد بود.

- نکته‌ی قابل بیان این است که، در ایجاد حق حبس صرفاً نیاز نیست که مبیع معین باشد بلکه در مورد مبیع کلی که به صورت نقد به فروش رفته است حق حبس ایجاد خواهد شد.

ماده 379: بر اساس این ماده اگر بیعی صورت بگیرد و مشتری تعهد کند که برای پرداخت ثمن ضامن یا وثیقه معرفی کند ولی این تعهد را انجام ندهد: اگر تعهد به معرفی ضامن داده باشد قاضی نمی‌تواند او را به ضامن آوردن شخص خاصی ملزم کند و نیز اگر تعهد به معرفی وثیقه شده باشد قاضی نمی‌تواند مالی از اموال وی را جهت وثیقه معرفی کند مگر اینکه خود مشتری مال مخصوص را برای رهن معرفی کرده باشد که در این صورت قاضی می‌تواند وی را به تسلیم همان وثیقه الزام نماید.

ماده 380: همانطور که می‌دانید مفاد این ماده در مورد امور مدنی است که اگر کسی مالی را بفروشد و سپس ورشکسته گردد در صورتی که ثمنی دریافت کرده باشد و آن ثمن در اموال وی موجود باشد، مالک ثمن می‌تواند جهت اخذ آن اقدام کند. مثلاً اگر بایع خانه‌ای را بفروشد و مبلغ را از مشتری اخذ کرده باشد و سپس ورشکسته شود و ثمن در اموال وی موجود باشد او می‌تواند آن را اخذ کند.

اثر دوم: بند 4 ماده 362 تأدیه‌ی ثمن

نکته‌ی قابل ذکر این است که همه‌ی مباحث مبیع در مورد ثمن نیز جاری است که این در صورتی است که ثمن نیز عین باشد. در عقد بیع ثمن با مثنی مبادله می‌شود لذا همانطور که بایع ملزم به تسلیم مبیع است مشتری هم ملزم به تسلیم ثمن خواهد بود چراکه مقتضای عقود معوض چنین است که علت تعهد هریک از طرفین علت تعهد طرف دیگر است که بر همین اساس بند 4 ماده 362 این الزام را برای مشتری بیان کرده است. حال اگر مشتری ثمن را به بایع تسلیم نکند بایع می‌تواند الزام مشتری به تأدیه ثمن را مطالبه کند و اگر مشتری ثمن را به بایع تسلیم کند و او از اخذ آن خودداری کند مشتری می‌تواند الزام بایع به اخذ ثمن را مطالبه کند. در هر صورت باید بگوییم که اگر مشتری ثمن را بپردازد بایع حق فسخ نخواهد داشت و حق فسخ بایع صرفاً در دو مورد ثابت است:

1. در تأخیر تأدیه ثمن که سه روز است.

2. در مورد ماده 380 که مشتری مفلس شده باشد.

هر گاه بین بایع و مشتری در مورد پرداخت ثمن اختلاف شود، به طوری که بایع بگوید ثمن پرداخت نشده است و مشتری مدعی پرداخت باشد، در این صورت علت این که مشتری مدعی پرداخت است این خواهد بود که بایع مبیع را به او تسلیم کرده است و هرگاه مبیع تسلیم گردد نشان‌دهنده‌ی این است ثمن هم تسلیم شده است. ولی باید بگوییم که این عبارت صحیح نمی‌باشد چون گاهی رخ می‌دهد که مبیع تسلیم شده باشد ولی ثمن پرداخت نگردیده باشد. از طرفی دلیل اثبات جهت پرداخت ثمن تا قبل از سال 1361 در معامله‌ای که ارزش آن 500 ریال بود، شهادت شاهد بود ولی اگر ارزش آن بیشتر بود می‌بایست سند ابراز گردد. ولی در حال حاضر ارزش معاملات در هر مقدار ارزشی که باشد شهادت شاهد مثبت آن خواهد بود. (منظور از مثبت، این است که این شهادت باعث می‌شود که ادعای مشتری مبنی بر پرداخت ثمن اثبات گردد).

زمان و مکان تأدیه‌ی ثمن

زمان: آنچه در این مورد حاکم است، اراده و تراضی طرفین است و هر زمانی را که تعیین کنند همان حاکم خواهد بود ولی اگر توافقی ایجاد نشده باشد می‌بایست بر اساس عرف تصمیم گرفت و اگر در این مورد عرفی هم وجود نداشته باشد، بر اساس ماده 394 و بند سوم از ماده 490 ق.م ثمن به صورت نقد باید پرداخت شود: ماده 394: «مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تأدیه نماید.»

بند سوم ماده 490: «...ثالثاً: مال الاجاره را در مواعیدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد.»

دادگاه‌ها در این نوع دعوی معمولاً سعی بر سازش و مصالحه می‌کنند، مانند تقسیط ثمن. ولی نکته این است که بر اساس ماده 277 ق.م دادگاه می‌تواند برای پرداخت ثمن مهلت عادلانه قرار بدهد. که این حکم در دادگاه‌های بین‌المللی مورد اجرا و اعمال نمی‌باشد.

گاهی پرداخت ثمن به نحو قسطی است که در این صورت بایع نمی‌تواند مشتری را به پرداخت نقدی الزام کند. ولی تنزیل ثمن در این موارد ایرادی ندارد. مثلاً بایع می‌تواند به مشتری بگوید که قیمت نقدی مبیع 1000000 تومان است و قیمت نسیه‌ی آن 1200000. که این عمل ایرادی ندارد.

مکان: در مورد محل تأدیة ی ثمن ابتدا تراضی و توافق طرفین عقد مورد عمل قرار خواهد گرفت، که اگر توافقی در این زمینه وجود نداشته باشد، می‌باید از عرف مسلم در این مورد کمک گرفته و بر اساس آن اقدام نمود ولی اگر عرف مسلمی هم در این باب بدست نیاید میتوان با استناد به ماده 280 ق. م محل وقوع عقد را، محل تأدیة ی ثمن دانست.

ضمان درک

در ابتدای بحث لازم می‌نماید که الفاظ «ضمان» و «درک» را معنا نماییم.

درک: درک به معنای «قهر» و «ته» می‌باشد. اصطلاح درک در قراردادها بدین معنا است که بعد از انعقاد عقد مدرکی یافت شود که دال بر مالکیت شخص دیگری نسبت به مبیع باشد که بر این اساس بیع باطل می‌گردد و فروشنده می‌باید بیست ثمنی را که در عقد بیع دریافت کرده است را به مشتری برگرداند. چرا که آن را به ناحق بدست آورده است. از طرفی همین مطلب (ضمان درک) ممکن است در باب ثمن نیز جاری گردد.

ضمان: ضمان به معنای عهده‌دار شدن و مسئولیت است. سؤال مهم در این قسمت این است که ضمان مذکور، ضمان قهری است یا ضمان معاوضی؟

دکتر کاتوزیان: دکتر کاتوزیان ضمان مذکور را قهری می‌خواند.

استاد محترم و فقها: ایشان ضمان مذکور را معاوضی و قراردادی می‌خوانند.

دکتر کاتوزیان در این مورد می‌فرمایند در چنین شرایطی که مبیع برای شخص دیگری است و وی به انعقاد عقد بیع اجازه نمی‌دهد، بیع باطل است و با بیع فضولی باید ثمنی را که از مشتری اخذ کرده است را به او مسترد دارد بدین دلیل که با بیع علاوه اکل مال به باطل، من غیر حق در مال دیگری تصرف کرده است. حال که دارا شدن بلا جهت مطرح می‌گردد ضمان قهری ثابت خواهد بود از طرفی بیعی که صحیح نیست اثری هم نخواهد داشت و این قانون است که با بیع را ملزم به استرداد ثمن میکند لذا ضمان قهری ثابت است.

جواب: در پاسخ به این مطلب باید بگوییم اگر چنین باشد که بیع باطل اثری نداشته باشد، پس نباید ضمان درک که اصطلاحی است که در مواقع بطلان عقد بیع (در معاملاتی که فضولی هستند) اعمال می‌شود در بند دو ماده 362 که بیانگر آثار بیع صحیح است ذکر گردد. حال آنکه ضمان درک از آثار بیع صحیح بیان شده است.

دکتر کاتوزیان: در ادامه می‌فرمایند از آنجائیکه از قدیم بین بیع صحیح و باطل تفاوتی وجود نداشته است لذا قانونگذار به طور اشتباهی ضمان درک که از آثار بیع باطل است را در این ماده آورده است.

جواب: در پاسخ به این جمله‌ی دکتر کاتوزیان باید بگوییم، بر اساس قاعده‌ی ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (یعنی هر عقدی که انعقاد صحیحش ضمان آور باشد انعقاد به نحو فسادش هم ضمان آور است) هر عقدی که به نحو صحیح منعقد شود تعهداتی را خواهد داشت و اگر عقدی فاسد باشد هم تعهداتی را به همراه خواهد داشت. لذا ضمان درک مذکور به نحو درست استفاده شده است.

دکتر کاتوزیان: ایشان در ادامه می‌فرمایند، ماده 391 تا 393 ق. م از ماده 1603 ق. م فرانسه اخذ شده است که این ماده در حقوق فرانسه ضمان درک را از آثار بیع صحیح می‌داند. ولی باید بگوییم آثاری که ضمان درک در حقوق فرانسه دارد، در حقوق ایران ندارد بلکه حقوق ایران صرفاً از جهت استرداد ثمن به عنوان تنها اثر ضمان درک از فقه تبعیت کرده است.

در حقوق فرانسه بعد از انعقاد عقد بایع باید تصرف بی‌مزاحمت را برای مشتری فراهم کند لذا وی چند تکلیف دارد:

1. بایع ضامن محروم شدن خریدار از تصرف و عیوب پنهانی است: بر همین اساس خود بایع نیز نمی‌تواند نسبت به مبیع ادعایی داشته باشد ولی در ایران طبق ماده 255 ق. م این ادعا از طرف بایع پذیرفته می‌گردد.
2. دفاع از مشتری در محکمه: بر این اساس هر گاه شخصی علیه مشتری در مورد مبیع ادعایی داشته و طرح دعوی کند بایع می‌بایست در دادگاه حاضر گردیده و از مشتری دفاع به عمل آورد دادگاه علیه مشتری رای‌ای صادر کند، عقد منعقد بین بایع و مشتری باطل خواهد بود که این بطلان از زمان انعقاد عقد است ولی در ایران معامله فسخ می‌گردد که اثر آن از زمان فسخ خواهد بود که بایع در هر صورت می‌بایست ثمن را به مشتری استرداد نماید.
3. بایع ضامن عیوب پنهانی است: بر این اساس هر گاه مبیع عیبی پنهانی داشته باشد و مشتری بعداً متوجه آن گردد می‌تواند بیع را باطل کند ولی در حقوق ایران مشتری حق فسخ خواهد داشت.

با توجه به مطالب مذکور دکتر کاتوزیان می‌فرمایند هر چند در فرانسه ضمان درک از آثار بیع است ولی در ایران از آثار بیع نخواهد بود بلکه اثری که ضمان درک در ایران دارد، از فقه اخذ شده و صرفاً در باب ثمن

جاری است. بنابراین در ماده 362 ق.م ن باید ضمان درک از آثار بیع صحیح باشد چرا که هرگاه بیع باطل باشد ضمان درک مطرح می گردد، بنابراین ضمان قهری ثابت است.

جواب پایانی: با این همه باید بگوییم ضمان درک، ضمانی معاوضی و قراردادی است چرا که در بیع عوضین در برابر هم قراردادارند و هدف این است که اگر یکی از عوضین به دست دیگری نرسد، آن شخص هم از تسلیم عوض دیگر خودداری کند و معامله را فسخ کند و حال که مبیع به دست مشتری نخواهد رسید، لذا بایع هم باید ثمنی که اخذ کرده است را به مشتری بدهد، از طرفی براساس قاعدهی "ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده" نیز دال بر صحت استفادهی ضمان درک به عنوان ضمان معاوضی در ماده 362 است.

قلمروی ضمان درک

ماده 391 ق.م می گوید: «در صورت مستحق للغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد...».

سؤال مطرح این است که مراد از "بعض" در این ماده، آیا مادی است یا معنوی؟ (مادی مانند حق انتفاع و معنوی مانند حق ارتفاق)

در پاسخ باید بگوییم، قطعاً آنچه در باب ضمان درک است جزء مادی می باشد نه معنوی، چراکه حقوق ارتفاقی مبیع جزئی از مبیع نیست ولی اگر مشتری به وجود حق ارتفاق جهل داشته باشد، حق فسخ خواهد داشت. (ماده 53 ق.م)

بر اساس ماده 392 ق.م، در صورت بطلان بیع، بایع باید تمام یا بعض از ثمنی را که دریافت کرده است را به مشتری برگرداند و البته بایع دقیقاً همان چه را که اخذ کرده است تحویل دهد هر چند که قیمت مبیع افزایش یا کاهش داشته باشد.

بند دوم ماده 391 می گوید: «...و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع باید از عهدهی غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

بر همین اساس باید گفت که اصل اجرای ضمان درک در مورد ثمن است ولی این ماده بحث اخذ غرامات را نیز مطرح می کند که در صورت جهل مشتری به فساد عقد بایع ملزم به پرداخت غرامات است.

سؤال: اگر مشتری فعالیتی را نسبت به مبیع انجام دهد که قیمت آن افزایش یابد حکم چیست؟

در پاسخ به این سؤال ماده 393 ق. م حکم را به ماده 314 ق. م ارجاع داده است که بر این اساس اگر افزایش مذکور متصل مبیع باشد برای مالک مبیع خواهد بود ولی اگر منفصل باشد مشتری می‌تواند آن را برای خود نگه‌دارد.

سؤال مهم این است که اگر افزایش قیمت، متصل به مبیع باشد و در اختیار مالک قرار گیرد آیا استفاده‌ی بلا جهت نخواهد بود؟

پاسخ به این سؤال در مباحث بعدی مطرح می‌گردد.

در این نوع عقود که به نحو فضولی منعقد می‌گردند می‌توان مسیولیت بایع را کاهش یا افزایش داد که در حقوق فرانسه این عمل در قراردادی جدای از قرارداد بیع صورت می‌گیرد ولی در ایران بر اساس شروط ضمن عقد این عمل انجام می‌شود که البته روشی که حقوق فرانسه برگزیده است بهتر است چرا که بر اساس حقوق ایران اگر عقد باطل شود شروط مربوط به آن هم باطل خواهند شد.

ضمان درک، ویژه‌ی عین معین

در توضیح باید بگوییم، ضمان درک در بیع عین کلی وجود ندارد چرا که اگر مبیعی که بایع تسلیم می‌کند برای شخص دیگر باشد، بایع ملزم به تسلیم مبیعی دیگر خواهد بود لذا تسلیم مال غیر در بیع عین کلی متصور نیست مگر اینکه مصداقی برای عین کلی وجود نداشته باشد.

مفاد ضمان درک

به عبارت دیگر هدف از این بحث این است که آثار ضمان درک در حقوق ایران مورد بررسی و بیان قرار گیرند.

بر همین اساس باید بگوییم از آنجاییکه در باب ضمان درک عقد فضولی صورت می‌گیرد، لذا 2 نوع رابطه در آن وجود دارد:

1. رابطه ی مشتری و بایع: که این مورد 2 حالت دارد:

1. جایی که مشتری علم به فضولی بودن معامله دارد: که در این مورد مشتری صرفاً می تواند ثمنی که به بایع داده است را اخذ کند که ماده 391 ق.م بیانگر این مطلب است. بر همین اساس اگر بخشی از مبیع ملک دیگری باشد، بیع نسبت به همان بخش باطل است نه همه ی بیع، ولی در این صورت مشتری خیار تبعض صنفه دارد و بر اساس مواد 441 و 442 ق.م می تواند معامله را فسخ کند.
2. جایی که مشتری جهل به فضولی بودن معامله دارد: در این مورد اگر مشتری صرفاً ثمنی که به بایع داده است را اخذ کند قطعاً متضرر خواهد شد چرا که وی هزینه های مختلفی را متحمل شده است و از طرفی منافع مسلحی را از دست داده است لذا می تواند بر اساس بند دوم ماده 391 ق.م این هزینه ها را از باب اخذ غرامت دریافت کند.

در ادامه بهتر است اضافه نماییم که اگر بخشی از مبیع برای شخص دیگری باشد و وی به انعقاد عقد اجازه ندهد آن بیع نسبت به آن بخش باطل است و بر طبق مواد 441 و 442 ق.م مشتری خیار تبعض صنفه خواهند داشت. از طرفی طبق ماده 392 ق.م بایع باید همان مقدار ثمنی را که اخذ کرده است را تحویل بدهد هر چند که مبیع کاهش قیمت داشته باشد. نحوه ی محاسبه ی قیمت بخشی از مبیع نیز در ماده 442 ق.م درج شده است. و نیز استرداد مذکور در ماده 392 ق.م ارتباطی به جهل یا علم مشتری ندارد.

2. رابطه ی مشتری و مالک اصلی مبیع: ابتدائاً باید بگوییم که این رابطه زمانی حاصل می شود که مشتری باعث افزایش قیمت مبیع گردد. در این زمینه سؤال چنین است که آیا عمل مشتری محترم است یا خیر؟

ماده 393 در این حکم را به ماده 314 ق.م ارجاع داده است و این ماده نیز بین متصل و منفصل بودن زیادتی مذکور تفکیک قائل شده است، که اگر افزایش قیمت متصل باشد برای مالک و اگر منفصل باشد برای مشتری خواهد بود.

همانطور که سابقاً هم اشاره شد اگر مالک افزایش قیمت متصل را اخذ کند استفاده ی بلا جهت رخ می دهد، که دکتر کاتوزیان در این مورد می فرماید: باید فرض سومی هم در مسئله وجود داشته باشد و آن اینکه، مالک باید دستمزد عمل مشتری را به وی بپردازد.

از طرفی مشهور فقها بر این عقیده اند که مشتری می تواند به بایع فضولی رجوع کرده و دستمزد خودش را دریافت کند.

انحلال عقد بیع

بر اساس ماده 219 ق. م اصل در عقود لزوم است و عقد بیع هم از عقود لازم می باشد لذا قابلیت انحلال ندارد مگر به حکم قانون و نیز از طریق اقاله (رضایت طرفین).

فسخ مذکور در ماده 219 ق. م خیار نام دارد. خیار اسم مصدر از باب اختیار به معنای توانایی بر هم زدن معامله به حکم قانون است. در بیان اقسام خیار باید بگوییم که بر اساس ماده 396 ق. م خیارهای مورد استفاده در قانون 10 مورد می باشند ولی اقوال مختلفی در این باب وجود دارد که تعداد دیگری از خیارها را بیان کرده اند. مانند خیار تضرر تسلیم و خیار ما یفسد من یومه که در قانون مدنی ذکر نشده اند. لذا بر اساس ماده 396 ق. م به توضیح خیارها خواهیم پرداخت

خیارات

در یک تقسیم بندی از خیارها، آنها به خیارهای مختص بیع و خیارهای مشترک بین عقد تقسیم می گردند.

همانطور که می دانید، خیارهای مختص عقد بیع 3 مورد می باشند که به توضیح آنها می پردازیم

1. **خیار مجلس:** خیار مجلس مشترک بین باع و مشتری بوده و از روایت « البیعان بالخیار مالک یفترقان » اخذ شده است. ماده 397 ق. م در این زمینه می گوید: « هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده اند اختیار فسخ معامله را دارند ».

در باب علت نام گذاری این خیار به نام خیار مجلس باید بگوییم، از باب تسمیة الشئ باسم مکانه (نامیدن چیزی با توجه به مکان آن) می باشد چراکه عقد بیع معمولاً به صورت جلوس نمودن افراد صورت می گیرد لذا خیار مجلس نامیده شده است که البته صحیح نیست و به نظر می رسد بهتر این بود که نام این خیار، عدم تفرق باشد. چراکه آنچه باعث از بین رفتن این خیار است جدایی طرفین می باشد. البته این جدایی باید از روی اختیار باشد لذا فوت یکی از طرفین در مجلس عقد بیع، باعث از بین رفتن خیار فسخ نخواهد بود چراکه فوت اختیاری نمی باشد. و نیز با خروج وکیل از مجلس عقد و ورود اصیل به مجلس، خیار مجلس از بین نخواهد رفت.

اگر یک شخص از جانب دو شخص به انجام عقد بیع مبادرت ورزد، آیا خیار مجلس برای او وجود دارد؟

در این زمینه اقوال مختلفی مطرح گردیده است:

1. برخی می‌گویند: تا زمانی که رابطه‌ی وکالت بین وکیل و موکل وجود دارد خیار مجلس هم وجود دارد چراکه تا زمان جدایی طرفین خیار وجود خواهد داشت.

2. برخی می‌گویند: خروج وکیل از محل وقوع عقد به منزله از بین رفتن خیار مجلس است.

3. برخی نیز می‌گویند: در این مثال و مصداق، خیار مجلس وجود ندارد چراکه خیار مجلس مربوط به تفرق و جدایی است و تفرق و جدایی در مورد یک نفر متصور نیست. علاوه بر این، اصل در عقود لزوم است و وجود خیار در بیع یک استثنا تلفی می‌گردد و در استثنا هم باید به قدر متیقن اکتفا نمود لذا سرایت خیار مجلس به جایی که فقط یک نفر عقد را منعقد می‌کند دلیلی ندارد. و همچنین هرگاه نسبت به از بین رفتن خیار مجلس شک گردد، اصل عدم حاکی از بقاء این خیار خواهد بود.

2. **خیار حیوان:** خیار حیوان همانطور که می‌دانید مختص مشتری است که این خیار از روایت «فی الحیوان ثلاثه ایام» اخذ شده است. بر اساس ماده 398 ق.م که می‌گوید: «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد.» مشتری تا سه روز بعد از انعقاد عقد بیع با موضوعیت حیوان زنده می‌تواند معامله را بدون ارائه هیچ دلیلی فسخ کند البته اگر منفعی را استفاده کرده باشد باید هزینه‌ی آن منافع را بپردازد.

در ادامه لازم است بگوییم، برای جاری شدن خیار حیوان وجود چند شرط لازم است:

1. مبیع باید حیوان باشد: بر این اساس اگر ثمن، حیوان باشد، خیار حیوان بوجود نخواهد آمد. مشهور فقها بر این باورند که خیار حیوان صرفاً در موردی که مبیع حیوان است جاری می‌شود، چراکه وجود خیار در عقد بیع استثنایی بر لزوم عقد بیع است، لذا باید به قدر متیقن اکتفا نموده و از سرایت حکم مذکور به سایر مصادیق اجتناب کنیم.
2. کلی یا معین بودن حیوان: از آنجاییکه خصوصیات فردی هر حیوان در قیمت آن مؤثر است لذا حیوان از اموال قیمی محسوب می‌شود که در این صورت حیوان، مبیعی کلی نخواهد بود. ولی در برخی مصادیق مانند زنبور عسل و کرم ابریشم از آنجاییکه این مصادیق مثلی هستند لذا عین معین خواهند بود. بنابراین فرقی بین کلی بودن یا معین بودن حیوان وجود ندارد. و نیز بزرگ بودن یا کوچک بودن حیوان نیز نقشی در خیار حیوان ندارد.

3. حیوان باید زنده باشد: علت عدم وجود خیار حیوان در مورد حیوان مرده این است که عرف بعد از مرگ، دیگر آن را حیوان نمی‌نامد.

3. **خيار تأخير ثمن:** از آنجاییکه «ثمن» مخصوص عقد بیع است و صرفاً در عقد بیع مطرح می‌گردد لذا

خيار تأخير ثمن نیز مختص عقد بیع بوده و صرفاً بايع می‌تواند از آن استفاده نماید. (ماده 406ق.م)

ماده 402 ق.م در مورد خيار تأخير ثمن می‌گوید: «هرگاه مبيع عين خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیة ثمن یا تسلیم مبيع بین متبايعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بايع مبيع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بايع بدهد، بايع مختار در فسخ معامله می‌شود.»

لذا بر اساس این ماده در مورد شرایط خيار تأخير ثمن باید موارد زیر را عنوان نماییم:

1. مبيع باید عين معین یا در حکم آن باشد: بنابراین خيار تأخير ثمن در بیع عين کلی که در قالب بیع

سلف یا سلم و نسیه صورت می‌گیرد وجود نخواهد داشت چراکه در این موارد ثمن توسط مشتری پرداخت می‌گردد.

2. برای تأدیة ثمن یا مبيع اجلی تعیین نشده باشد،

3. بايع تمام مبيع را تسلیم نکرده باشد و مشتری هم تمام ثمن را تأدیة نکرده باشد: لفظ «تمام» که در

ماده 402 ذکر شده است در مورد ثمن می‌باشد ولی باید گفت که با توجه به متون فقه و مبنای فقهی قانون مدنی این لفظ در مورد مبيع هم صادق است لذا تحویل جزیی از مبيع توسط بايع حق فسخ وی را از طریق خيار تأخير آن، از بین نخواهد برد چراکه هر چند هم که قانون مبهم باشد در مواقع شك در ساقط شدن یا نشدن خيار تأخير ثمن، اصل استصحاب جاری شده و این خيار باقی خواهد بود.

4. برای بوجود آمدن خيار تأخير ثمن باید سه روز از زمان عقد گذشته باشد. بر این اساس بعد از

انعقاد عقد باید 72 ساعت سپری گردد تا بعد از آن بايع حق فسخ معامله را با استناد به خيار تأخير ثمن داشته باشد. لذا روز چهارم هر چند يك لحظه، باید شروع گردد تا حق فسخ ایجاد گردد. بايع اگر یقین داشته باشد که مشتری نمی‌تواند ظرف سه روز ثمن را بدهد باز هم باید تا اتمام سه روز صبر کند و حق فسخ ندارد.

اگر مشتری ثمن را تحویل بدهد ولی بايع از اخذ آن امتناع ورزد حق خيار خود را ساقط کرده است.

بر اساس ماده 407 ق. م اگر مشتری ثمن را به دیگری تحویل دهد باید توجه داشت که آیا آن شخص حق قبض ثمن را دارد یا خیر؟ که اگر حق قبض داشته باشد، تأدیه ثمن انجام شده است و خيار تأخیر ثمن ساقط می‌گردد و اگر حق قبض نداشته باشد، خيار فسخ ساقط نمی‌شود.

سؤال: اگر بایع بلافاصله بعد از اتمام مدت سه روز عقد را فسخ کند و بلافاصله مشتری ثمن را تأدیه کند، آیا حق فسخ وجود دارد؟

1. در پاسخ به این سؤال برخی می‌گویند: خيار فسخ ساقط است، چرا که مبنای خيار ضرر نرسیدن به بایع است و چون مشتری ثمن را داده است لذا بایع ضرری نخواهد کرد لذا حق فسخ ندارد.
2. برخی دیگر می‌گویند: خيار فسخ ساقط نمی‌باشد، چون به مجرد گذشتن سه روز بایع خيار فسخ پیدا می‌کند و حقی که بایع دارد با عملی که مشتری انجام می‌دهد از بین نخواهد رفت و در شك بقاء یا عدم بقاء این حق، اصل بر بقای حق فسخ است.

بر اساس ماده 408 ق. م ضمانت و حواله، در مورد ثمن، بدین معنا است که مشتری ثمن را پرداخته است لذا در این دو صورت خيار فسخ ساقط است.

اگر میباید فاسدشدنی باشد باید مهلت عادلانه برای فروش آنرا برای بایع در نظر گرفت تا ضرر نکند (خيار ما یفسد من یومه)

خيارات مشترک

بر اساس ماده 456 ق. م وجود خيارات در انواع عقود لازم ممکن می‌باشد.

1. **خيار شرط:** خيار شرط یا همان شرط خيار، حقی برای فسخ معامله است که از طریق ایجاد شرط در معامله حاصل می‌آید. با توجه به این نکته باید گفت که خيار شرط با خيار تخلف از شرط تفاوت دارد چرا که خيار شرط، شرطی است که با توجه به آن یکی از طرفین یا هر دو طرف مهلتی را جهت فسخ معامله دارای اختیار خواهند بود. ولی خيار تخلف از شرط زمانی کاربرد دارد که در معامله شرطی مبنی بر انجام کاری یا وجود صفتی و یا حصول نتیجه‌ای ذکر شود و از آن شرط مذکور تخلف گردد که در این صورت برای مشروط له خيار تخلف از شرط حاصل می‌گردد. در هر صورت خيار شرط می‌تواند برای بایع، مشتری یا هر دو و یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله را ایجاد کند که ماده 399 ق. م این حکم را بیان می‌کند. به عنوان شرط صحت خيار

شرط باید بیان کنیم که تنها شرط صحت خیار شرط این است که مهلت و مدت آن معلوم باشد. چرا که در صورت مجهول بودن شرط مذکور و نیز معامله هر دو باطل خواهند بود. (بر اساس بند 2 ماده 233 ق.م) چرا- که در این صورت ثمن معامله ارزشی نخواهد داشت، در واقع ثمن معامله مجهول است که در این صورت معامله غرری خواهد بود و بر اساس ماده 190 ق.م که می گوید مورد معامله باید معلوم باشد و حال که ثمن معلوم نیست، لذا با توجه به این دلایل و نیز ماده 401 ق.م معامله باطل است.

همانطور که بیان شد شرط اساسی در خیار شرط ذکر مدت است و اگر ابتدای این مدت ذکر نگردد بر اساس ماده 400 ق.م ابتدای این مدت همان زمان انعقاد عقد است.

نکته دیگر اینکه خیار شرط در 2 عقد ممکن نیست:

1. عقد نکاح: چرا که نکاح و ثبات خانواده از امور مهم و قابل توجه مقنن است و اجازه‌ی انحلال نکاح را به راحتی صادر نمی‌کند. (ماده 1069)

2. عقد وقف: بر این اساس اگر کسی مال خود را وقف کند نمی‌تواند در آن شرط خیار قرار بدهد چرا که وقف یعنی تحبیس العین و تسبیل المنفعت، و ایجاد شرط خیار منافی این غرض است.

2. خیار رؤیت و تخلف از وصف: توضیح اینکه، با توجه به منشأ خیار، این دو، دو مورد و دو خیار محسوب می‌شوند و علت اینکه در کنار هم آمده اند این است که هر دو برای رفع ابهام ذکر شده اند که ماده 396 جایگزین مطلب است.

مثال: گاهی مشتری سابقاً مبیع را دیده است و بعدها آن را خریداری می‌کند، که مبیع، همان مبیع سابق نمی‌باشد که در این مورد مشتری خیار رؤیت خواهد داشت. ولی گاهی مشتری با اوصافی که بایع ذکر می‌کند اقدام به خرید مبیع می‌کند و مشخص می‌شود که اوصاف مذکور توسط بایع در مبیع وجود ندارند لذا در این صورت مشتری خیار تخلف از وصف خواهد داشت. از همین جمله استفاده می‌شود که مبیع باید عین معین باشد، چرا که اگر مبیع کلی باشد، بایع ملزم به تحویل مبیعی دیگر می‌شود و مشتری حق فسخ نخواهد داشت، مگر اینکه دیگر مبیعی وجود نداشته باشد.

1. **خيار رؤيت:** در باب خيار رؤيت ماده 413 ق. م می گوید: «هرگاه یکی از متبايعين مالی را سابقاً

ديده و به اعتماد رؤيت سابق معامله کند و بعد از رؤيت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را

ندارد اختيار فسخ خواهد داشت.»

مانند اینکه شخصی خانه‌ی دوست خود را که سال گذشته ديده است را با اعتماد به همان ملاحظه‌ی سابق خریداری کند سپس دریابد که دیوارهای آن خانه در این مدت از بین رفته‌اند. که در این صورت وی با توجه به خيار رؤيت حق فسخ خواهد داشت.

- چند نکته: همانطور که مشخص است منشأ خيار رؤيت، رؤيت سابق است. اگر مشتری با حسن نیت معامله را انجام داده باشد و دچار ضرر گردد، با توجه به خيار رؤيت، حق فسخ خواهد داشت و بايع نمی‌تواند مشتری را به انعقاد معامله ملزم کند و نیز بر اساس ماده 200 ق. م این مورد از مصادیق اشتباه در موضوع معامله است.

- نکته‌ی دیگر اینکه، خيار رؤيت مخصوص مشتری نمی‌باشد و بايع هم می‌تواند از آن استفاده کند. مانند اینکه فردی به کشور دیگری سفر می‌کند و سپس باغ خود که در اقامتگاهش بوده است را به قصد اینکه مخروبه است، می‌فروشد، و سپس معلوم می‌شود که باغ مذکور مخروبه نبوده و آباد بوده است که در این صورت بايع به علت اینکه قیمت کمتری اخذ کرده است خيار رؤيت جهت فسخ خواهد داشت.

- خيار رؤيت می‌تواند در آن واحد هم برای مشتری و هم برای بايع باشد.

هر چند نام این خيار، خيار رؤيت است و از ظاهر آن بدست می‌آید که صرفاً نگاه و مشاهده ملاک عمل است ولی باید گفت رؤيت با چشم موضوعیت ندارد و لمس و چشیدن و بوییدن و... را هم می‌توان در خيار رؤيت وارد نمود. لذا حواس پنجگانه مدنظر است.

2. **خيار تخلف از وصف:** ماده 410 ق. م در این زمینه می گوید: « هرگاه کسی مالی را ندیده و

آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می-

شود که بيع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.»

بر همین اساس گاهی بایع اوصاف میباید را برای مشتری ذکر می‌کند و مشتری با اعتماد بر همان اوصاف معامله می‌کند ولی بعداً معلوم می‌شود اوصاف مذکور توسط بایع وجود ندارد لذا مشتری به موجب خیار تخلف از وصف حق فسخ خواهد داشت.

نکته اینکه گاهی همه‌ی میباید و گاهی بعض میباید از طریق ذکر اوصاف مورد معامله قرار می‌گیرد که در این صورت وصف مذکور نسبت به هر یک از بعض‌های موجود ملاک عمل است. ماده 412 ق.م در این مورد می‌گوید: «هرگاه مشتری بعضی از میباید را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد می‌تواند تمام میباید را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.»

برای مثال گاهی فردی موبایلی را خریداری می‌کند به شرط اینکه نوکیا باشد ولی مشخص می‌شود که سونی است که در این صورت مشتری خیار تخلف از شرط صفت دارد. ولی اگر مشتری به گمان اینکه موبایل نوکیا است آن را خریداری کند ولی معلوم شود که سونی است، در این صورت مشتری خیار تخلف از وصف خواهد داشت.

همانطور که ملاحظه می‌شود ظاهراً بین خیار تخلف از شرط صفت و خیار تخلف از وصف تفاوتی وجود ندارد ولی در اصل این دو خیار از همدیگر مجزا هستند و تفاوت‌هایی میان آنها وجود دارد:

1. تفاوت در منشأ خیار: در خیار تخلف از شرط، مغایرت وصف میباید با وصفی که شرط شده است مانند فروش کتاب به شرط چاپ 93 بودن، ملاک است، و در صورت مغایرت عقد باطل خواهد بود. ولی در خیار تخلف از وصف، مغایرت وصف میباید که در عقد شده است با وصف حقیقی خود میباید مدنظر است. به عبارتی دیگر وصف میباید، جزئی از میباید است ولی شرط میباید، خارج از میباید است.
2. خیار تخلف از وصف همیشه در مورد عین معین یا کلی فی‌المعین است، چرا که در بیع عین کلی بایع ملزم به فراهم آوردن میبایدی دیگر خواهد بود. ولی در خیار تخلف از شرط صفت میباید هم می‌تواند عین معین و هم می‌تواند کلی باشد.
3. خیار تخلف از وصف مربوط به امور کیفی است یعنی وصف مذکور در این زمینه کیفی خواهد بود ولی در خیار تخلف از شرط صفت شرط مذکور هم می‌تواند کمی باشد و هم می‌تواند کیفی باشد و نیز می‌تواند مربوط به ماهیت باشد.

مانند؛

فروش زمین به شرط 200 متر بودن: شرط صفت کمی

فروش زمین به شرط جنوبی بودن: شرط صفت کیفی

فروش زیور آلات به پندار طلا بودن: شرط صفت ماهیتی.

لذا بر اساس ماده 412 ق.م در خیار تخلف از وصف، شخص خیار فسخ دارد و می تواند معامله را به همان نحو بپذیرد ولی حق اخذ ارزش ندارد. و بر اساس مواد 355 و 384 ق.م فرد در خیار تخلف از شرط صفت کمی فقط حق فسخ خواهد داشت و نیز در برخی موارد حق اخذ ارزش را هم دارد.

4. خیار تخلف از وصف می تواند برای طرفین باشد ولی خیار تخلف از شرط صفت صرفاً برای مشروط له است.

منشأ خیار در خیار تخلف از شرط صفت، حتماً به لسان شرط است ولی خیار تخلف از وصف به لسان شرط نمی باشد چنانچه مواد 234 و 235 ق.م ذکر می کنند.

5. تفاوت در احکام: خیار تخلف از وصف فوری است (ماده 415 ق.م) ولی خیار تخلف از شرط صفت مقید به قید فوری بودن شده است. دلیل فوری بودن خیار تخلف از وصف این است که اصل در بیع لزوم است (ماده 219 ق.م) وجود اختیارات در عقود استثناء می باشند و در مورد استثناء باید به قدر متیقن اکتفا نمود که قدر متیقن در اختیارات هم فوری بودن است.

بر اساس نظر مشهور فقها خیار تخلف از شرط صفت فوری نیست و علت آن استصحاب است.

نظر درست در این زمینه می تواند چنین باشد که؛ خیار تخلف از شرط صفت باید فوری باشد چرا که اصل در بیع و عقود لزوم است و اختیارات استثناء هستند و در موارد استثناء باید به قدر متیقن که فوری بودن است اکتفا نمود. (ماده 414 ق.م)

3. **خیار غبن:** غبن به معنای فریب خوردن، گول زدن، است ولی این معانی، معنایی درست و دقیق نمی باشند، بهتر است در معنای غبن از لفظ متضرر شدن استفاده کنیم، چرا که فریب دادن در اصطلاح فقهی در تدلیس و نیز قاعده غرور وجود دارد لذا معنای فریب برای غبن زیبا نیست.

مفهوم خیار غبن: هرگاه بعد از عقد بیع معلوم گردد که تعادل بین عوضین بر هم خورده است به نوعی که این عدم تعادل مورد تسامح قرار نمی‌گیرد، در نتیجه لزوم عقد بیع از طرفی که متضرر شده است برداشته می‌شود و وی به علت ضرری که متحمل شده است حق فسخ معامله را خواهد داشت.

- برای ایجاد خیار غبن تعادل بین عوضین باید فاحش باشد، به عبارتی دیگر باید بدیهی باشد.
- تفاوت قیمت بین عوضین باید فاحش باشد، به عبارتی دیگر باید بدیهی باشد. لذا اگر ضرر فاحش نباشد متضرر خیار فسخ نخواهد داشت چراکه عرفاً وی ضرری را متحمل نشده است.
- گاهی ممکن است ضمن عقد بیع، خیار غبن ساقط شود، که در این صورت اگر بعلاً مشخص شود که یکی از طرفین ضرر کرده است هر چند این ضرر فاحش باشد، خیار غبن ساقط خواهد بود، ولی اگر ضرر افحش باشد خیار غبن باقی است.
- در تعریف خیار غبن ماده 416 ق.م می‌گوید: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند»
- خیار غبن می‌تواند برای هر دو طرف در عقد بیع، اجرا گردد.

نحوه تشخیص غبن

سؤال اصلی در این قسمت این است که، چه تفاوت قیمتی باعث ایجاد غبن می‌شود؟

قبل از اصلاحات سال 1361 مقنن ضابطه خوبی را ارائه کرده بود که در حال حاضر حذف شده است. ضابطه سابق چنین بود که اگر تفاوت قیمت یک پنجم باشد غبن حاصل است و اگر تفاوت قیمت کمتر از یک پنجم باشد غبن حاصل نیست. بر اساس ماده 417 ق.م سابق، اگر در مواردی تفاوت قیمت کمتر از یک پنجم باشد ولی عرف آن را قابل تسامح نداند باز هم غبن حاصل شده است.

بر اساس ماده 417 فعلی قانون مدنی: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

لذا می‌توان گفت ملاکی که ماده 417 سابق بیان کرده بود، بهتر بود.

نکته قابل توجه این است که، قیمت مبیع در چه زمانی باید ملاک باشد تا خیار غبن حاصل گردد؟

در پاسخ باید گفت، قیمت حین معامله شرط است چراکه غبن فاحش صرفاً همان زمان انعقاد عقد صورت می‌گیرد. برای مثال اگر حین معامله ارزش مبیع 3 هزار تومان بوده و زمانی که مشتری نسبت به قیمت عالم شده

است قیمت مبیع 2 هزار تومان باشد غبن ایجاد نمی‌شود. و البته گاهی حین معامله قیمت مبیع کمتر بوده است و سپس قیمت مبیع افزایش یافته است که در این مورد غبن حاصل نمی‌شود بلکه صرفاً قیمت حین معامله ملاک است چرا که مبنای خیار غبن ضرر است و ضرر صرفاً حین انعقاد عقد ممکن است رخ بدهد.

- شرط اعمال خیار غبن جهل مشتری نسبت به قیمت واقعی است. لذا با وجود علم به تفاوت قیمت و انجام معامله غبن حاصل نمی‌شود چرا که در این مورد که مشتری با علم به قیمت واقعی معامله را انجام می‌دهد بر اساس ماده 418 ق.م قاعده اقدام جاری می‌شود.
- خیار غبن در همه اقسام بیع جاری است چرا که تعادل عوضین در باب حصول غبن مطرح است و نیز در همه اقسام بیع وجود دارد لذا خیار غبن در همه اقسام بیع وجود دارد.
- بر اساس ماده 429 ق.م خیار غبن فوری است و فوری بودن آن بر اساس عرف تعیین می‌شود.
- بر اساس ماده 419 ق.م اگر افزایش قیمت مبیع حین معامله به علت خرید قسطی آن باشد خیار غبن حاصل نمی‌گردد چرا که به هر حال بین خرید نقدی و قسطی کالا، تفاوت قیمت وجود دارد.

سؤال: اگر بعد از معامله مشتری به غبن عالم شود و بایع نیز حاضر به پرداخت قیمت اضافه به مشتری گردد حکم چیست؟ آیا مشتری هنوز هم خیار غبن دارد؟

در پاسخ به این سؤال 2 قول مطرح است:

1. برخی می‌گویند: خیار غبن در این حالت ساقط است چرا که مبنای خیار غبن ضرر است و با پرداخت بایع ضرری باقی نمی‌ماند لذا خیار غبن هم باقی نخواهد ماند.
2. برخی می‌گویند: خیار غبن در این حالت ساقط نیست چرا که به مجرد حصول غبن و علم مشتری، وی خیار غبن خواهد داشت و عمل بعدی شخص دیگری باعث سقوط خیار غبن مشتری نخواهد بود که ماده 421 ق.م بیانگر این مطلب است.

4. **خیار عیب**: بر اساس ماده 422 ق.م «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله.» لذا می‌توان نتیجه گرفت که خیار عیب 2 حالت دارد:

1- حالت اول اختیار فسخ مشتری است 2- حالت دوم حق اخذ ارش توسط مشتری است.

بر این اساس اگر بعد از معامله معلوم شود که عیبی در مبیع بوده است مشتری حق فسخ خواهد داشت.

شرط لازم در خیار عیب این است که عیب مذکور در مورد مبیع، باید مخفی باشد (نه اینکه بایع آن را مخفی کرده باشد چرا که در این صورت خیار تدلیس بوجود می‌آید) لذا مبنای خیار عیب و علت حق فسخ داشتن مشتری وجود خود عیب است. از طرفی اگر مشتری مجبور به پذیرش مبیع معیوب باشد متضرر خواهد بود لذا می‌تواند ارزش نیز اخذ کند. در ادامه می‌توان گفت، علت خیار عیب بنای عقلا است.

ماهیت عیب

باید بگوییم که در ماهیت عیب اختلاف نظر وجود دارد:

در مورد عیب در کتاب لمعه آمده است: "کل ما زادت أو نقصت عن خلقه الأصلية فهو عيب." بدین معنا که اگر چیزی از ماهیت اصلی خود کمتر یا بیشتر باشد معیوب خواهد بود.

اشکال: تعریف مذکور در کتاب لمعه شامل تعریف نقص هم می‌شود در حالی که نقص و عیب متفاوت هستند، چرا که عیب نبودن وصف است و نقص نبودن جزء.

همانطور که می‌دانید هر چیزی یک وضعیت عادی دارد که وضعیت عادی آن شیء و وضعیت سلامت آن شیء نامیده می‌شود. لذا اگر اوصافی که در این وضعیت سلامت باید در شیء مورد نظر باشند، نباشند، آن شیء معیوب خواهد بود. ماده 426 ق. م بیانگر این مطلب است؛ مانند اینکه اتومبیلی دارای رنگ پریدگی باشد. ولی در مورد نقص باید بگوییم که نبودن جزئی که باید در شیء باشد باعث نقص آن خواهد بود؛ مانند اینکه اتومبیلی ترمز نداشته باشد.

• ارزش چیست؟ هر کالایی در حالت و وضعیت سلامت خود یک قیمت خاصی دارد و همان کالا حین معیوب بودن نیز قیمت خاصی دارد، حال به تفاوت این دو قیمت (یعنی قیمت سلامت کالا و قیمت کالای معیوب) ارزش خواهد بود.

• ماهیت ارزش چیست؟ باید گفت که در مورد ماهیت ارزش اختلاف نظر وجود دارد:

1. صاحب عروه الوثقی: طبق نظر ایشان، ماهیت ارزش، جزء فائت از مبیع سالم است، یعنی میزانی از ارزش کالا که در حال حاضر وجود ندارد. دلیل این قول این است که در بازار قیمت کالای سالم با کالای معیوب متفاوت است لذا قسمتی از کالای معیوب که وجود ندارد ارزش خواهد بود.

2. قول مشهور: ارش غرامت است، نه جزء فائت؛ دلیل این قول چنین است که در بازار کل مبیع در برابر کل ثمن است نه در برابر بخشی از آن. لذا بعد از عقد بیع نمی‌تواند ارش را به عنوان ما به التفاوت اخذ کرد و ارش مذکور صرفاً به خاطر ضرری است که مشتری متحمل شده است. ثمره این قول چنین است که، اگر ارش جزء فائت باشد، در این حالت اگر ثمن معامله عین باشد باید بخشی از آن را در برابر بخشی از مبیع قرار بدهیم حال آنکه این عمل ممکن نیست لذا فقط حق فسخ برای مشتری ایجاد می‌شود. لذا باید پذیرفت که ارش غرامت است چراکه ثمن و مبیع همیشه به طور کلی در برابر هم هستند نه به نحو جزئی.

شرایط خیار عیب

شرایط خیار عیب دارای 2 قسمت است، که برخی از آنها باعث ایجاد حق اخذ ارش و برخی موجب ایجاد حق فسخ می‌شوند.

لذا دو شرط باید در خیار عیب موجود باشند،

1- عیب مذکور باید مخفی باشد (ماده 423) 2- عیب مذکور می‌بایست حین عقد موجود باشد.

- البته این شرایط دارای استثنائاتی هستند:
- مخفی بودن عیب چیست؟ ماده 424 ق.م می‌گوید، مراد از مخفی بودن، عدم اطلاع مشتری است نه پوشیده بودن آن چرا که پوشیده بودن عیب موجب خیار تدلیس است.
- جهل مذکور باید در حق مشتری روا باشد ولی کنکاش و جستجوی عیب توسط مشتری هم لازم نیست.
- اگر بعد از عقد و قبل از قبض عیب حاصل شود، خیار عیب وجود خواهد داشت که این موضوع استثناء است.

ماده 425 ق.م: «عیبی که قبل از قبض باشد در حکم عیب سابق است» چراکه زمان ضمان معاوضی در حقوق ایران بر اساس ماده 387 ق.م بعد از تسلیم است.

موارد جاری شدن خیار عیب

1. در مواردی که مبیع عین معین است، خیار عیب جاری است.

2. در مواردی که مبیع کلی فی المعین است، اگر مبیع معیوب باشد باید مبیعی دیگر به مشتری تسلیم کند و اگر هیچ مبیعی وجود نداشته باشد خیار عیب بوجود خواهد آمد.
3. در مواردی که مبیع کلی فی الذمه باشد، اگر مبیع معیوب باشد باید ملزم به تسلیم مبیع سالم است.

انتخاب ارش

نحوه محاسبه ارش در ماده 427 ق.م ذکر شده است.

- صورت اول تفسیر ماده 427: اگر موبایلی 1800 تومان فروخته شود و ضربه‌ای به آن وارد شده باشد که موجب معیوب شدن آن گردد:
 1. قیمت صحیح موبایل اخذ می‌شود؛ 1800 تومان که این قیمت با قیمت مذکور در معامله یکی است.
 2. قیمت موبایل معیوب هم اخذ می‌شود، 1600 تومان که تفاوت بین این دو قیمت ارش می‌باشد.
- صورت دوم تفسیر ماده 427: فرشی معیوب به قیمت 6 میلیون ریال فروخته می‌شود.
 1. قیمت صحیح آن فرش در حال سالم بودن، 800،000 است.
 2. قیمت معیوب آن فرش، 600،000 است.

ابتدا نسبت مال معیوب به صحیح سنجیده می‌شود، که در این مثال است. لذا به میزان سه چهارم از 600 هزار تومان محاسبه می‌شود که 450 هزار تومان است که قیمت مبیع محسوب می‌شود و مابقی یعنی 150 هزار ارش خواهد بود.

سابقاً قاعده‌ای تحت عنوان، تلف المبیع قبل القبض من مال بایعه بیان شد، در ادامه باید بگوییم که این قاعده دارای استثنایی می‌باشد. استثناء این است که التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له، یعنی تلف شدن مبیع در زمان خیار موجود باعث ایراد ضرر به کسی خواهد بود که دارای خیار نیست (یعنی بایع). حال اگر بعد از تسلیم هم عیب حاصل شود، اگر در زمان خیار مختص مشتری باشد وی حق خیار خواهد داشت.

مثال: در فروش اسب، بعد از 2 روز پای اسب شل می‌شود که چون خیار حیوان مخصوص مشتری است لذا وی حق خیار عیب هم دارد.

موارد انحصار اخذ ارش

در این مورد بهتر است بگوییم در برخی عیوب و موارد، مشتری صرفاً حق اخذ ارش دارد که ماده 429 ق.م بیانگر این مطلب است.

1. اگر مشتری میباید تلف یا منتقل کند، خیار عیب وی صرفاً منحصر در اخذ ارش است.
2. در صورتی که در میباید تغییری حاصل شود، مانند اینکه میباید زمین باشد و ساختمانی در آن بنا گردد، که در این مورد هم صرفاً اخذ ارش ثابت است.
3. اگر عیب جدیدی در میباید حادث شود، در حالی که عیب اولیه هم وجود دارد که در این صورت هم ارش ثابت است.

در این مورد 2 استثناء وجود دارد:

1. عیب جدید در اثر عیب سابق باشد.
2. عیب در زمان خیار مختص به مشتری باشد، که در این دو مورد مشتری حق فسخ هم دارد.

سؤال: آیا انتقال مذکور در بند 1 ماده 429 ق.م انتقال قهری را هم شامل می شود؟

در پاسخ باید گفت که ماده‌ی مذکور انتقال ارادی را بیان می کند نه قهری را، لذا ورثه مشتری حق فسخ نخواهند داشت.

اگر چند میباید با هم فروخته شوند و برخی از آنها معیوب باشند حکم چیست؟ آیا می توان عقد را نسبت به موارد معیوب فسخ کرده و یا ارش گرفت؟

پاسخ اینکه، اگر در این میباید کل میباید در برابر کل ثمن باشد، مشتری صرفاً حق فسخ خواهد داشت نه ارش، چراکه میباید قابل تفکیک نیست. بر اساس ماده 431 ق.م مشتری اگر همه مجموعه میباید را اختیار کند می تواند ارش مجموعه را اخذ کند ولی نمی تواند صرفاً کالای معیوب را عودت نماید.

- بر اساس ماده 432 ق.م اگر چند نفر مالی را با هم خریداری کنند و مال معیوب باشد، یا همه آنها باید عقد را فسخ کنند و یا همه آنها باید ارش بگیرند چراکه در غیر این صورت با بیع متضرر خواهد بود.
- بر اساس ماده 433 ق.م اگر با بیع متعدد باشد و مشتری واحد، و میباید معیوب باشد مشتری واحد، یا باید صرفاً فسخ کند و یا باید ارش بگیرد لذا اخذ ارش از یکی از با بیع ها و فسخ معامله نسبت به با بیع دیگر مورد پذیرش نیست.

گاهی بخشی از مبیع فاسد می‌شود. در این صورت آیا ارش ثابت است یا فسخ؟ یا هر دو؟

بر اساس ماده 434 ق.م در پاسخ به این سؤال باید گفت؛ اگر عیب، موجب فساد مبیع شود بیع باطل است و اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت به آن باطل است.

• بر اساس ماده 435 ق.م خیار عیب فوری است.

تبری از عیوب

سؤال این است که سلب مسئولیت عیوب مبیع توسط بایع از خودش، چه حکمی دارد؟ آیا در این موارد خیار عیب ساقط است؟

بر اساس ماده 436 ق.م در این زمینه باید گفت، خیار عیب وجود نخواهد داشت نه اینکه حق فسخ یا اخذ ارش ساقط شود.

عیب ثمن: بر اساس ماده 437 ق.م به نظر می‌رسد بین عیب مبیع و عیب ثمن تفاوتی وجود ندارد و در مواردی که ثمن، عین معین باشد و معیوب گشته باشد، بایع می‌تواند ارش گرفته و یا فسخ کند.

5. خیار تدلیس: تدلیس از دگس به معنای تاریک کردن، در ابهام قرار دادن می‌باشد. در تدلیس بایع مشتری را گول می‌زند که اگر تدلیس کشف شود مشتری حق فسخ خواهد داشت.

• در خیار عیب، غبن و فریب دادنی وجود ندارد و اگر فریب خوردنی هم باشد، فریب دهنده‌ای وجود ندارد ولی در تدلیس فریب دهنده‌ای وجود دارد که مُدگس نامیده می‌شود (ماده 438 ق.م).

تدلیس از اسباب انحلال عقد است لذا تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله باشد. این تعریف دارای 2 عنصر است:

1. عنصر مادی: که عبارت از انجام عملیات است.

2. عنصر معنوی: که عبارت از فریب دادن به همراه وجود قصد فریب می‌باشد. البته عملیات مذکور

باید موجب فریب مشتری هم بشود.

شرط اول: انجام عملیات؛ در این مورد مثلاً حُسنی که در مبیع وجود ندارد را بایع بگوید که وجود دارد و یا عیبی که در مبیع هست را مخفی کند و این نوع عملیات باعث فریب خوردن مشتری گردد.

شرط دوم: عملیاتی که بایع انجام می‌دهد باید موجب فریب طرف معامله گردد.

- مدگس: در اینکه مدلس کیست فرقی وجود ندارد و ملاک عمل صرفاً این است که مشتری فریب خورده باشد.

- گاهی در عقد، بایع فریب می‌خورد، برای مثال مشتری بایع را ترغیب به فروش مبیع می‌کند که در این صورت اگر مشتری عیبی را که در مبیع وجود نداشته است را علت فروش مبیع بخواند، بایع خیار تدلیس خواهد داشت چرا که عیب مذکوره توسط مشتری در واقع وجود ندارد.

مطالب مذکور در مواد 439 و 440 بیان شده اند.

6. خیار تبعض صفقه: بر اساس ماده 441 ق.م: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.»

بر این اساس خیار تبعض صفقه در معاملاتی جاری است که مبیع قابل تجزیه باشد. لذا در مبیعی که واحد است و قابل تجزیه نیست خیار تبعض صفقه وجود ندارد. اموال غیر منقول عیناً قابل تجزیه نمی‌باشند ولی اگر چند مورد باشند خیار تبعض صفقه وجود خواهد داشت.

شرایط وجود خیار تبعض صفقه

1. شخص به فساد معامله جاهل باشد: لذا اگر مشتری به فساد معامله عالم باشد خیار تبعض صفقه نخواهد داشت و نمی‌تواند حق فسخ داشته باشد. البته بر اساس ماده 433 ق.م در عقدهای که باطل است مشتری حق اخذ ثمن را دارد.

2. در خیار تبعض صفقه بطلان نسبت به بعض ثابت باشد: برای مثال در فروش 100 کیلو برنج که 20 کیلوی آن برای بایع نباشد زمانی خیار تبعض صفقه وجود دارد که بطلان معامله نسبت به 20 کیلوی مذکور ثابت شده باشد.

- ماده 442 ق.م نحوه محاسبه ثمنی که قرار است به مشتری برگردد را بیان می‌کند.

بر این اساس گاهی میباید قابل تجزیه است و ثمن نیز بر اساس واحد تقسیم شده است. مانند فرش، که مشتری 2 تخته فرش خریداری می کند و 300000 تومان می پردازد، در حالی که یکی از 2 فرش برای شخص ثالث است که وی هم اجازه نمی دهد.

در این حالت مشتری صرفاً یک فرش را می تواند خریداری کند، حال می تواند آن فرش را هم پس دادن و کل پول خود را اخذ کند و می تواند همان یک فرش را برداشته و مابقی پول خود را پس بگیرد. که در این شرایط محاسبه قسمت فرش ها لازم است.

کارشناس مربوطه یکبار 2 فرش را با هم قیمت می کند؛ مثلاً 4,000,000 تومان و به نحو تکی یکی از فرش ها را قیمت می کند؛ مثلاً 1,500,000 تومان بر همین منوال قیمت سنجی می شود و از آنجائیکه نسبت 1,500,000 به 4,500,000 $\frac{1}{3}$ است، لذا $\frac{1}{3}$ از 3,000,000 نیز باید به مشتری پرداخت شود. (ماده 442 ق.م)

• گاهی قسمتی از مبیع مالیت ندارد که بیع نسبت به همان قسمت باطل است و ثمن مربوط به آن قسمت به مشتری مسترد می گردد. لذا جهات مختلفی برای بطلان قسمتی از مبیع وجود دارد:

- 1- آن قسمت مالیت ندارد 2- آن قسمت برای غیر است 3- آن قسمت منفعت نداشته باشد. در این حالات نسبت سنجی بین مبیع دارای منفعت و مبیع بودن منفعت انجام می شود.

در مورد فوریت یا عدم فوریت خیار تبعض صفقه قانون ساکت است. برخی در این مورد می گویند فوریت بودن لازم نیست چراکه بیان شده است. و برخی دیگر می گویند از آنجائیکه خیارات بطور کلی استثناء هستند و در استثناء هم باید به قدر متیقن اکتفاء نمود، در خیارات هم قدر متیقن فوریت بودن است لذا در خیار تبعض صفقه فوریت بودن وجود دارد.

7. خیار تخلف از شرط: ماده 444 ق.م در این مورد می گوید: «احکام خیار تخلف شرط به طور است که در مواد 234/الی 245 ذکر شده است.» بر اساس ماده 234 ق.م شروط صحیح در عقد، سه شرط می باشند:

شرط فعل، شرط صفت، شرط نتیجه.

1. شرط فعل: بر این اساس انجام یا عدم انجام کاری در معامله شرط می‌شود که یکی از طرفین عملی را انجام بدهد و یا ترک کند که اگر وی خلاف شرط عمل کند اولاً الزام به انجام می‌شود ثانیاً شرط مذکور به هزینه وی انجام می‌شود و ثالثاً حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد می‌شود.

• نکته اینکه، شرط فعل در معاملات 2 نوع است:

1- گاهی زمان انجام آن فعل با خود فعل یک مطلوب واحد هستند. مانند سفارش دادن غذا برای شب جمعه از رستوران؛ حال اگر در این مثال شرط فعل تخلف شود، آن فعل مطلوب نبوده و شرط ممتنع می‌گردد و بر اساس ماده 240 ق. م حق فسخ وجود خواهد داشت.

2- گاهی زمان، به نحو تعدد مطلوب است، مانند سفارش غذا از رستوران برای یک شب، مانند 27 رجب و سپس معلوم می‌شود که این سفارش برای چنین شبی ممکن نیست ولی در زمانی دیگر ممکن خواهد بود لذا در صورت تخلف از شرط حق فسخ ایجاد نمی‌شود بلکه ابتدا مشروط علیه الزام به انجام شرط می‌شود و سپس به هزینه وی شرط مذکور انجام می‌شود و اگر این هم ممکن نبود بر اساس مواد 237 و 238 و 239 مشروط له حق فسخ خواهد داشت.

گاهی امتناع و عدم امکان اجرای شرط، به علت فعل خود مشروط له است. مانند اینکه بایع خانه را به شرط نقاشی کردن بفروشد و خودش خانه را خراب کند که در این صورت تصور از ذمه مشتری ساقط است. ولی اگر مشروط علیه خودش شرط فعل را انجام ندهد، بر اساس مواد 237، 238، 239 ابتدا الزام به انجام می‌شود و سپس به هزینه وی فعل انجام می‌شود و سپس بایع حق فسخ خواهد داشت (مشروط له)

2. شرط صفت: شرط صفت گاهی برای رفع ابهام است، که اگر از آن شرط تخلف شود و صفت مذکور وجود نداشته باشد حق فسخ بوجود نمی‌آید.

3. شرط نتیجه: گاهی بایع خانه خود را می‌فروشد به شرطی که ماشین به وی هبه شود که این هبه شرط نتیجه است. که در این زمینه توجه به ماده 236 ق. م لازم است.

• در صورتی که نتیجه حاصل نشده باشد مشروط له می‌تواند معامله اصلی را فسخ کند.

• در مورد شروط ضمن عقد توجه به برخی نکات لازم است:

1. مشروط له: می‌تواند از شرط گذشت کند، مانند شرط فعل، ولی شرط صفت و شرط نتیجه قابل اسقاط نمی‌باشند ولی خیار ناشی از این دو شرط قابل اسقاط است. چراکه صفت، یا هست یا نیست لذا قابل اسقاط نیست.

2. مشروط علیه: مشروط علیه نمی تواند از شرط گذشت کند بلکه باید آنرا انجام بدهد.

- اسقاط شرط فعل یا حق خیار نسبت به شرط صفت و نتیجه، یک ایقاع است و عملی است حقوقی، که به واسطه لفظ و عمل می تواند اسقاط صورت گیرد. (ماده 245 ق. م)

موفق باشید