



موسسه آموزش عالی اشراق بجنورد

غیر دولتی

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

عنوان پایان نامه:

بیع مال آینده در حقوق ایران با نگاهی به فقه اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی

دانشجو:

سیده فهیمه نعمتی

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر علی شیعه علی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر محمد دادگستر

تابستان ۹۵

تقدیم به :

پدر و مادرم به خاطر زحمات بی دریغ و بی منتشان در تمام سالهای تحصیل تا من در جایگاهی که
ایستاده ام برسم.

و

همسر مهربانم که سایه ی محبت و آرامش دلیل لحظه های ناب من است.

مَنْتَ خدای را عز و جل که طاعتش موجب قربت است و به شکر اندرش مزید نعمت هر نفسی که
فرو می رود ممدّ حیاتست و چون بر می آید مفرّح ذات پس در هر نفسی دو نعمت موجود است و
بر هر نعمت شکری واجب .

به مصداق «من لم يشکر المخلوق لم يشکر الخالق» بسی شایسته است از اساتید فرهیخته و فرزانه، « جناب
آقای دکتر علی شیعه علی و جناب آقای دکتر محمد دادگستر» تشکر و قدردانی نمایم .

چکیده:

امروزه با توجه به اینکه نیازهای جوامع بیشتر شده است، ناچار در عرصه حقوقی نیز نیاز به قالب های حقوقی جدیدی غیر از عقود موجود در قانون داریم تا به این نیازها از نظر قانونی نیز پاسخ گفته باشیم.

بیع مال آینده (یعنی بیعی که مبیع آن در هنگام انعقاد عقد موجود نیست و در آینده بوجود می آید) قالبی از بیع می باشد که در حال حاضر به خصوص با رواج پیش فروش آپارتمانها مورد کنکاش قرار گرفته است اما متأسفانه به علت اینکه در قانون نص صریحی راجع به این نوع از بیع نداریم در بین حقوقدانان و فقهای، اختلافاتی در صحت یا عدم صحت آن مشاهده می شود که هر کدام نیز دلایل خاص خود را دارند.

اما حقیقت این است که دلایلی که مخالفان صحت بیع مال آینده اعم از فقها و حقوقدانان می آورند، دلایل محکمی برای بطلان این بیع نیست بنابراین، بنا به اصل صحت باید حکم به صحت این معامله نمود که لازمه این حکم، بررسی موضوعات متعدد می باشد. از جمله اینکه ماهیت این بیع چیست و چه اقسامی دارد؟ آیا مبیع عین معین را می توان به صورت بیع مال آینده مورد معامله قرار داد؟ و....

یکی از مهمترین اوصاف این نوع بیع تملیکی بودن آن است که در واقع اثر اصلی هر نوع بیعی انتقال مالکیت می باشد اما با توجه به اینکه مبیع در این عقد زمان عقد وجود ندارد سوال این است که زمان انتقال مالکیت چه زمانی می باشد؟

مسئله مهم دیگری که در این پژوهش مورد بررسی قرار می گیرد، موضوع پیش فروش آپارتمانهاست و اینکه عده ای آن را همان عقد استصناع در فقه می دانند نه بیع، اما در مقابل عده ای قائل به بیع بودن این قرارداد می باشد که مشهور فقها و حقوقدانان را تشکیل می دهند. همه این مسائل موضوعاتی هستند که لازم است یک به یک در این پژوهش مورد بررسی و تفحص حقوقی و فقهی قرار گیرند.

کلمات کلیدی: بیع، بیع مال آینده، مبیع، انتقال مالکیت

فهرست

۱	بیان مسئله
۲	سوالات تحقیق
۳	اهداف
۳	روش تحقیق
۳	پیشینه تحقیق:
۴	ابزار تحقیق
۴	شیوه انجام تحقیق
۴	شیوه تحلیل داده
۴	شرح تحقیق
۶	فصل اول: مبادی تصویری
۶	مبحث اول: تعریف بیع
۶	گفتار اول: بیع در اصطلاح حقوقی
۸	گفتار دوم: بیع در اصطلاح فقه
۱۱	مبحث دوم: تشکیل بیع و شرایط عمومی انعقاد قراردادها
۱۲	گفتار اول: قصد و رضا
۱۲	گفتار دوم: اهلیت طرفین
۱۳	گفتار سوم: مورد معامله
۱۳	گفتار چهارم: مشروعیت جهت معامله
۱۵	مبحث سوم: مبیع و انواع آن
۱۵	گفتار اول: تعریف مبیع
۱۶	گفتار دوم: انواع مبیع
۱۷	۲-۱- مبیع کلی در معین
۱۸	۳-۱- عین معین

- ۲- اوصاف مبیع در عقد بیع ۱۹
- ۲-۱- موجود بودن ۱۹
- ۲-۲- مبیع باید مالیت داشته باشد ۱۹
- ۲-۳- خرید و فروش آن قانوناً ممنوع نباشد ۲۰
- ۲-۴- مبیع باید مقدور التسليم باشد ۲۱
- ۲-۵- مبیع باید معلوم و معین باشد ۲۱
- ۲-۶- مبیع ملک بایع باشد ۲۱
- مبحث چهارم: تسلیم مبیع ۲۲
- گفتار اول: تسلیم در اصطلاح حقوق ۲۲
- گفتار دوم: تسلیم در اصطلاح فقه ۲۳
- گفتار سوم: قدرت بر تسلیم مبیع ۲۴
- ۲- تسلیم مبیع کلی در معین ۲۶
- ۳- تسلیم مبیع کلی ۲۶
- گفتار چهارم: موعد تسلیم ۲۷
- ۱- بیع نقد ۲۷
- ۲- بیع سلم یا سلف ۲۸
- ۳- بیع نسبه ۲۸
- ۴- بیع کالی به کالی ۲۹
- فصل دوم: بیع مال آینده ۳۰
- مبحث اول: تعریف بیع مال آینده ۳۱
- مبحث دوم: عقود مشابه بیع مال آینده ۳۳
- گفتار اول: استصناع ۳۳
- ۱- تعریف لغوی استصناع ۳۳
- ۲- تعریف اصطلاحی استصناع ۳۳

۳۸	گفتار دوم: بیع سلم یا سلف
۴۲	گفتار سوم: بیع کالی به کالی
۴۶	مبحث سوم: مقایسه عقود مشابه با بیع مال آینده
۴۶	۱- مقایسه بیع مال آینده با بیع سلم
۴۶	۲- مقایسه بیع مال آینده با استصناع
۴۶	۳- مقایسه بیع مال آینده با بیع کالی به کالی
۴۷	مبحث چهارم: اقسام بیع مال آینده
۴۷	گفتار اول: عین شخصی یا معین
۵۰	گفتار دوم: بیع مال آینده به صورت کلی فی الذمه
۵۱	فصل سوم: اعتبار بیع مال آینده
۵۱	مبحث اول بررسی دلایل صحت یا عدم صحت بیع مال آینده
۵۵	مبحث دوم: ماهیت بیع مال آینده
۵۵	گفتار اول: تعریف تملیکی یا عهدی بودن بیع و آثار آن
۵۷	گفتار دوم: عهدی یا تملیکی بودن بیع مال آینده و آثار آن
۵۹	مبحث سوم: مالکیت در بیع
۵۹	گفتار اول: مفهوم مالکیت
۶۰	گفتار دوم: مالکیت در فقه و حقوق
۶۱	مبحث چهارم: زمان و نحوه ی انتقال مالکیت
۶۲	گفتار اول: زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت معین
۶۶	گفتار دوم: زمان و نحوه انتقال مالکیت در بیع مال آینده به صورت مال کلی
۶۷	مبحث پنجم: دینی یا عینی بودن حق ناشی از بیع مال آینده
۶۷	گفتار اول: حق و انواع آن
۶۷	بند اول: تعریف حق و تقسیم آن به مالی و غیر مالی
۶۷	۱- تعریف حق
۶۷	۲- انواع حق

۶۷.....	۱-۲- حق مالی.....
۶۸.....	۲-۲- حق غیر مالی.....
۶۸.....	۳- انواع حق مالی.....
۶۹.....	۱-۳- حق عینی.....
۶۹.....	۲-۳- حق دینی.....
۶۹.....	بند دوم: ارکان اساسی حق عینی و حق دینی و جهات افتراق آنها.....
۶۹.....	۱- ارکان اساسی.....
۶۹.....	۱-۱- ارکان اساسی حق عینی.....
۶۹.....	۲-۱- ارکان اساسی حق دینی.....
۷۰.....	۲- جهات افتراق حق عینی از حق دینی.....
۷۲.....	فصل چهارم پیش فروش آپارتمان ها.....
۷۳.....	مبحث اول: تعاریف و اوصاف قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۳.....	گفتار اول: تعاریف.....
۷۳.....	۱- مفهوم قرارداد.....
۷۳.....	۲- مفهوم پیش فروش.....
۷۴.....	۳- مفهوم آپارتمان.....
۷۴.....	گفتار دوم: اوصاف قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۵.....	۲- تملیکی یا عهدی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۷.....	۳- معوض یا غیر معوض بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۷.....	۴- معین یا غیر معین بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۸.....	۵- تشریفاتی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان.....
۷۷.....	مبحث دوم: ماهیت پیش فروش آپارتمان.....
۷۹.....	گفتار اول: مقایسه ی قرارداد پیش فروش با قولنامه.....
۸۱.....	گفتار دوم: مقایسه ی قرارداد پیش فروش با عقد سلم.....
۸۱.....	گفتار سوم: مقایسه قرارداد پیش فروش با قرارداد استصناع.....

۸۷.....	گفتار چهارم : مقایسه ی قرارداد پیش فروش آپارتمان با بیع
۹۱.....	۳- عین معین
۹۴.....	مبحث سوم: انتقال مالکیت در قرارداد پیش فروش آپارتمان
۱۰۰.....	نتیجه گیری
۱۰۳.....	منابع
۱۰۳.....	منابع فارسی
۱۰۶.....	منابع عربی
۱۰۸.....	پایان نامه ها
۱۰۸.....	چکیده انگلیسی

مقدمه:

بیان مسئله:

امروزه با توجه به تغییر نیازها و تحول وضعیت اقتصادی، ناگزیر، باید به دنبال راهکارهای نوین جهت بهبود وضعیت اقتصادی و پرکردن خلاء های قانونی جهت کمک به وضعیت موجود بود.

یکی از عقود مهم و پرکاربرد در عرصه اقتصادی جوامع عقد بیع می باشد که در مواد ۳۳۰ تا ۳۹۵ قانون مدنی ایران ذکر شده است.

یکی از ارکان عقد بیع، مبیع و یکی از مهمترین آثار بیع، انتقال مالکیت می باشد که یک سوی آن انتقال مالکیت مبیع و از سوی دیگر انتقال مالکیت ثمن می باشد. با توجه به قانون مدنی ایران مبیع در عقد بیع ممکن است به سه گونه باشد: ۱- عین معین ۲- کلی در معین ۳- کلی فی الذمه.

علی الظاهر به خصوص در عین معین با توجه به ماده ۳۶۱ قانون مدنی مبیع در هنگام بیع باید موجود باشد و ظاهر این ماده راه را برای صحت بیعی که مبیع آن هنگام عقد موجود نیست بسته است. البته مبهم بودن این ماده تردید هایی را در زمینه ی ضرورت موجود بودن یا موجود نبودن مبیع در هنگام انعقاد بیع بوجود می آورد به خصوص اینکه در ماده ۳۴۸ که شرایط مبیع را در عقد بیع می شمارد ذکری از موجود بودن مبیع در هنگام عقد نشده است.

در این پژوهش به بررسی این موضوع می پردازیم که بیع مالی که در آینده بوجود می آید صحیح است یا خیر؟ در این مسئله بین فقها و حقوقدانان کشورهای مختلف اختلاف نظر وجود دارد به طوری که عده ای با تمسک به قواعد حاکم بر این مسئله و وجود روایاتی آنرا باطل تلقی نموده و عده ای نیز با دلایلی انعقاد بیع مال آینده را در هر سه حالت صحیح می دانند .

حال اگر با نظر گروه اول موافق باشیم و این نوع بیع را صحیح بدانیم، زمان انتقال مالکیت چه زمانی است و آثار آن در این مدت چه خواهد بود؟ آیا این نوع عقد تملیکی است یا عهدی؟ عقد دینی می باشد یا عینی؟ بررسی این موضوعات و پاسخ به این سوالات اهمیت عملی نیز دارد، زیرا هر کدام از این عقود آثار و احکام مختص به خود را دارد.

بنابراین با توجه به اوصاف مذکور سعی داریم با نگاهی دقیق به قانون مدنی ایران، دکتترین و همینطور فقه اسلامی - که در واقع نقش مهمی در قانون گذاری ایران دارد - به بررسی دلایل مخالفین و موافقین بیع مال آینده پردازیم تا در نهایت به این نتیجه برسیم که آیا انعقاد چنین بیعی با توجه به قوانین و دلایلی فقهی موجود قابل پذیرش است یا خیر و در نهایت آثار و نتایج چنین بیعی چه می باشد.

سوالات تحقیق:

این پایان نامه به دنبال پاسخ به سوال های زیر است.

سوال اصلی:

آیا بیع مالی که در آینده بوجود می آید صحیح است؟

سوالات فرعی:

- ۱- نقش مبیع در عقد بیع چه می باشد؟
- ۲- آیا وجود مبیع در هنگام انعقاد عقد بیع ضروری است؟
- ۳- بیع مال آینده عقدی تملیکی است یا عقدی؟
- ۴- بیع مال آینده عقدی است عینی یا دینی؟
- ۵- زمان انتقال مالکیت در بیع مال آینده از دیدگاه فقها و حقوقدانان چه زمانی می باشد؟
- ۶- دیدگاه فقها در رابطه با بیع مال آینده چه میباشد؟
- ۷- آیا از دیدگاه فقها بیع مال آینده همان بیع سلم می باشد؟

اهداف:

الف: هدف اصلی:

بررسی صحت یا عدم صحت بیع مال آینده در فقه و حقوق ایران

ب: اهداف اختصاصی:

۱- بررسی دیدگاه حقوقدانان در مورد بیع مال آینده

۲- بررسی دیدگاه فقها در مورد بیع مال آینده

۳- بررسی آثار بیع مال آینده

پ: اهداف کاربردی:

تبیین جایگاه بیع مال آینده در جامعه اقتصادی امروز

بررسی خلاء های قانونی و در حد امکان پیشنهادها برای پر نمودن این خلاء ها

روش تحقیق:

به صورت کتابخانه ای خواهد بود.

پیشینه تحقیق:

تعدادی مقاله و پایان نامه نگارش یافته است، اما در برخی مباحث مرتبط مثل بیع سلف و استصناع و ... در کتب فقهای بزرگی همچون شیخ طوسی، مکاسب شیخ انصاری و چند تن از فقهای دیگر و همینطور مباحث مرتبط حقوقی در کتب حقوقدانانی همچون دکتر کاتوزیان، دکتر امامی و دکتر صفایی و ... مطالبی نگارش یافته است که مورد استفاده در پژوهش حاضر نیز قرار خواهد گرفت. اما در حوزه مقالات نیز چند مقاله نگارش یافته که بیشتر در مباحث انتقال مالکیت در بیع مال آینده صحبت به میان آمده است. همینطور پایان نامه ای نیز در این حوزه در دانشگاه شهید بهشتی دفاع شده است که به علت عدم دسترسی به تمام پایان نامه مورد استفاده

این پژوهش قرار نگرفته است. در پایان نامه پیش رو با الهام از نظرات فقها و حقوقدانان به بررسی هرچه مفصل تر موضوع بیع مال آینده پرداخته ام.

ابزار تحقیق:

ابزار تحقیق از طریق فیش برداری است.

شیوه انجام تحقیق:

شیوه مورد استفاده در این پژوهش توصیفی، اسنادی و تحلیلی است.

شیوه تحلیل داده ها:

پس از مطالعه و بررسی داده ها با استفاده از اصول کلی حقوقی و استدلال منطقی نسبت به استخراج نتایج پژوهش اقدام خواهد شد.

شرح تحقیق:

پایان نامه پیش رو در چهار فصل نگارش یافته است، با توجه به اینکه لازم است قبل از بحث در مورد هر موضوعی ابتدا ابهام مربوط به تعاریف و مفاهیم برطرف شود، در فصل اول پایان نامه به بررسی مفهوم بیع و شرایط صحت تشکیل آن، مبیع و انواع و اوصاف آن و تسلیم انواع مبیع بررسی می شود. در فصل دوم، وارد بحث اصلی پایان نامه می شویم که بیع مال آینده تعریف و انواع آن نامبرده می شود و عقود مشابه بیع مال آینده تعریف و با این نوع بیع مقایسه می شود. در فصل سوم به بررسی دلایل صحت و عدم صحت بیع مال آینده،

ماهیت آن و زمان انتقال مالکیت و حق ناشی از انعقاد بیع مال آینده برای خریدار پرداخته ام و در نهایت در فصل چهارم پیش فروش آپارتمان‌ها مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل اول: مبادی تصویری

مبحث اول: تعریف بیع:

در فرهنگ فارسی معین بیع به معنی فروختن و خرید آمده است.^۱ در فرهنگ لغات علامه دهخدا نیز به معنی خریدن و فروختن آمده است و در ادامه نوشته شده بیع به معنی «پرداخت ثمن و دریافت مثن یا بالعکس» در لغت به معنی مطلق مبادله است. سلب مالکیت از خود و دادن مالکیت به دیگری در ازاء مال. اما اکثراً استعمال کلمه بیع در فروختن است، همچنانکه شراء به معنی خریدن.^۲ در لسان العرب آمده است بیع در لغت اجوف یایی و مصدر «باع بیع» و از جمله عناوینی است که از اضداد به شمار می‌آید و مانند شراء هم بر خرید و هم بر معنای ضد آن یعنی فروش اطلاق می‌شود.^۳

گفتار اول: بیع در اصطلاح حقوقی

دکتر سید حسن امامی می‌گوید بیع در لغت به معنی فروش است و در مقابل آن شری می‌باشد که به معنی خرید آمده است و گاه به خرید و فروش نیز بیع گفته می‌شود و اصطلاح حقوقی از معنی لغوی آن تجاوز ننموده است. بیع کاملترین اقسام عقد معوض است و بدین جهت در هر دوره از ادوار مورد توجه حقوقیین بوده است و تحقیقات و مطالعات بیشتری در آن نموده و کتب زیادی راجع به بیع نوشته اند و بسیاری از مباحث آن را جداگانه موضوع کتابی قرار داده‌اند.^۴

در قانون مدنی ایران بیع عقدی است که یکی از طرفین در آن با بیع نامیده می‌شود و عین مالی را در مقابل مال دیگری به طرف خود که مشتری نامیده می‌شود به قصد بیع تملیک می‌نماید. از نظر تاریخی بیع مولود معاوضه ساده است. فرق بین معاوضه و بیع فقط از نظر قصد طرفین است.^۵ در بیع قصد طرفین انعقاد بیع ماده (ماده

۱- معین ، فرهنگ فارسی ، ج ۱، ص ۶۲۹ .

۲- دهخدا ، علی اکبر، لغت نامه دهخدا ، ج چهارم ، ص ۳۴۶.

۳- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱، ص ۵۵۶.

۴- امامی ، سید حسن ، حقوق مدنی ج ۱، ص ۴۰۹.

۵- همان، ص ۴۱۰.

۳۴۰: «در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.» و در معاوضه قصدشان (ماده ۴۶۴): «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می کند، بدون ملاحظه این که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.» انجام معاوضه است.^۱

دکتر کاتوزیان نیز به تعریف بیع پرداخته است که: «در گذشته مردم با اندیشه مبادله کالاها شروع به تولید بیشتر و معاوضه آن با کالاهای دیگر کردند که با افزایش گوناگونی نیازها وسیله ای نیاز بود که این تعاون اجتماعی را آسان سازد که سرانجام پول به عنوان معیار ارزش کالا و واسطه بین تولید کننده و مصرف کننده قرار گرفت. و از همین جا مفهوم بیع شکل گرفت. معاوضه اختصاص به مبادله کالا به کالا و بیع ویژه مبادله کالا با پول گشت. امتیاز بین معاوضه و بیع در عرف تجاری ما نیز به همین ترتیب است.»^۲

ماده ۳۳۸ قانون مدنی این تحول عرفی را دنبال نکرده است و در تعریف بیع می گوید «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» این گشاده دستی از نظر دکتر کاتوزیان بر قلمرو بیع می افزاید زیرا تملیک عین در برابر هر عوض خواه پول یا چیز دیگر از جمله کالا یا خدمت بیع است و دخالت پول ضروری نیست. اما دکتر کاتوزیان نیز در ادامه به تفاوت بیع و معاوضه اشاره نموده است که می گوید تمییز بیع و معاوضه وابسته به قصد مشترک دو طرف است زیرا این تمییز آثار مهم عملی دارد از جمله اختیارات مختص بیع و حق شفعه که مخصوص بیع می باشند و در معاوضه راه ندارد.^۳

حقوقدانان برای تعریف بیع به ماده ۳۳۸ قانون مدنی رجوع می نمایند که در این ماده عقد بیع بدین گونه تعریف شده است: «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم» که با این تعریف عقد بیع در شمار عقود تملیکی است و با انجام بیع مبیع و ثمن از مالکیت بایع و خریدار خارج شده و به ملکیت طرف مقابل در می آید. همچنین عقدی است معوض بنابراین طرفین در قبال چیزی که به طرف مقابل تملیک می کند انتظار دریافت عوض آن را دارند.

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر حقوق مدنی درس هایی از عقود معین ص ۳.

۲- همان، ص ۴.

۳- کاتوزیان، دکتر ناصر حقوق مدنی درس هایی از عقود معین ص ۵.

گفتار دوم: بیع در اصطلاح فقه

شیخ انصاری و بیشتر فقهای امامیه منکر حقایق شرعیه هستند و معتقدند الفاظ در معانی عرفی خود باقی هستند و شارع الفاظ وارده در عبادات و معاملات را برای این ماهیات و معانی مخترع وضع تعیینی وضع نکرده است. معنی عرفی بیع مبادله مال در مقابل مال است.^۱

در تعریف بیع بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که در ذیل به برخی از مهمترین آنها می پردازیم:

گروهی از فقها بیع را انتقال دانسته‌اند «هو انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی»^۲ بیع یعنی انتقال کالا از طرف بایع به مشتری در مقابل عوض مشخص که دو طرف معامله بدان راضی باشند. ایراد وارد بر این تعریف: این تعریف مسامحه دارد زیرا بیع انتقال نیست بلکه انتقال اثر بیع می باشد نه خود بیع، یعنی بیع به موجب حصول انتقال عین به مشتری است به بیانی دیگر مبیع امری است قائم به بایع و انتقال وصف برای عوضین است پس بیع را می توان به آن توصیف کرد نه تعریف.

برخی دیگر به علت اشکال مطرح شده در تعریف قبل بیع را اینطور تعریف کرده اند: «هو الايجاب و القبول الدالان علی انتقال» بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که بر انتقال دلالت کند.^۳

ایراد تعریف مذکور این است که ایجاب و قبول از مقوله لفظ است حال آنکه بیع از مقوله معناست پس منظور از لفظ بعث و قبلت مدلول آن یعنی نقل و انتقال است نه مجرد لفظ بدون در نظر گرفتن دلالتشان بر قصد مذکور وانگهی ایجاب و قبول وسیله ای برای انشاء هستند و بیع نمی تواند مسبب آنها باشد مثل مسبباتی که اسبابشان تولید می شوند علاوه بر اینکه بیع عبارت از مجموع ایجاب و قبول نیست بلکه وقتی این مرکب با هر دو جزئش تحقق یابد ایجابش بیع و قبولش شرط است.^۴

در تعریف دیگری آمده: بیع عبارت است از نقل عین به واسطه صیغه مخصوص. بر این تعریف اشکالات زیر وارد است:

۱- انصاری، مرتضی، المبسوط ج ۲ ص ۷۶ - تذکره الفقها ج ۱ ص ۱۴۶ .

۲- رک مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۱۲ .

۳- شهید ثانی، شرح لمعه، جلد ۳، ص ۲۲۱ .

۴- تعلیق میرزای نائینی بر مکاسب شیخ انصاری، ص ۹۶ .

الف) لفظ نقل مترادف بیع نیست بلکه از کنایات است و در جای خود ثابت شده که استعمال الفاظ کنایه در تعاریف جایز نیست.

ب) تعریف مزبور جامع افراد نیست، زیرا برخی معاطات بیع است در حالی که بوسیله صیغه انشاء نمی شود.^۱ از مرحوم حلبی نقل شده است که بیع عقدی است که اقتضای استحقاق تصرف در مبیع و ثمن را دارد.^۲ ایرادات این تعریف: الف) عقد مرکب از ایجاب و قبول است بنابراین اشکال تعریف بیع به ایجاب و قبول وارد است.

ب) این تعریف شامل بیع فاسد نمی شود زیرا بیع فاسد مقتضی استحقاق تصرف در عوضین نیست در حالی که بیع است پس تعریف جامعی نیست.

ج) تعریف مشتمل بر دور است، چون در آن بیع ذکر شده است. و واضح است که غرض از آن شناسایی و معرفت ماده بعث است و روشن است که ذکر آنچه بیع مبدا اشقاق آن است دور در تعریف است. مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب بیع را چنین تعریف می کند: «بیع انشای تملیک عین در مقابل مال است» به نظر ایشان قبول داخل در حقیقت بیع نیست و با صرف انشای بایع (ایجاب) بیع صادق است اما شرط اثمار آن (انتقال مالکیت) قبول مشتری است و وجه این نظر این است که بیع از قبیل ایجاب و وجوب است نه کسر و انکسار همانند آن که امر به امر کند. با این حال که در خارج واجب نمی شود، از نظر امر وجوب تحقق می یابد بر خلاف کسر و انکسار که هیچ یک از دیگری جدا نمی شود زیرا امکان ندارد چیزی بشکند اما در خارج انکسار و شکستگی رخ ندهد.^۳

اما اشکالات وارد بر تعریف شیخ: الف) لفظ عین مشتمل بر اعیان متوله و غیر آن است. در حالی که مرحوم شیخ مالیت را در عوضین شرط می داند.

ب) هیچ دلیلی بر اعتبار مالیت در ثمن وجود ندارد و ملاک و مناط در تحقق مفهوم بیع، صدقه عنوان معاوضه بر آن است.

۱- قاسمی، محسن، انتقال مالکیت در عقد بیع، ص ۱۹.

۲- خوئی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۳، ص ۱۴ و ۱۵.

۳- انصاری شیخ مرتضی مکاسب ص ۸۰.

شهید اول «بیع را ایجاب و قبول دال بر نقل ملک به عوض معلوم تعریف می کند»^۱

به هر حال باید دید بین تعاریف مختلفی که فقهای متعدد ارائه داده اند کدامیک مناسب تر و صحیح تر است. صاحب جواهر می گوید در بین تعاریفی که فقهای مختلف از بیع ارائه نموده اند تعریف جامع و مانعی یافت نمی شود به طوری که نفس معنای موضوع لفظ بیع را بدون ذکر شرایط و قیودی که مدخلیتی در نفس معنا ندارند بیان نمایند.^۲ از طرف دیگر ثابت شده است که بیع یک حقیقت عرفی است نه شرعی و مشرعه.^۳ به علاوه مراد از بیع معنایی است که صیغه بر آن دلالت دارد نه نفس صیغه که فقط طریق و وسیله ای برای بیان اراده است که به عبارت دیگر مقصود مسبب است نه سبب و در شریعت هیچ نصی که در مقام تحدید معنای بیع باشد وجود ندارد. و فقها نیز عرف خاصی در آن ندارند، بلکه شارع آنچه را که عرفا معهود است به نحو تصفیه حقیقه (ونه خارجی) امضاء کرده و لذا تعریف فقها از بیع، تعریف معنای عرفی است. بنابراین باید گفت که بیع وارد در جمیع خطابات شرعی، نازل بر متفاهم و معهود عرفی است. بنابراین هرگاه اسم بیع عرفا بر نقل و تملیکی صادق بوده لازم است تمام آثار شرعی و قانونی بیع را بر آن مترتب بدانیم مگر آنکه خلافش ثابت شود و اگر شک کردیم که آیا شارع او امری زائد بر آنچه معروف است مقرر کرده یا نه اصل عدم را جاری می کنیم. زیرا اگر شارع اراده خلاف عرف کرده بود باید بیان می کرد.^۴ چه تاخیر بیان از وقت حاجت از سوی شارع قبیح است.

با توجه به آنچه آمد به نظر می رسد بیع عبارت است از معامله موضوعه برای تملیک مال در مقابل عوض و تملک آن در مقابل عوض به طوری که یکی ثمن و بهای دیگر است زیرا همانطور که بر انشای تملیک مال به عوض اطلاق می شود بر فعل مشتری که انشای تملک می کند نیز اطلاق می شود و همانند لفظ شراء از اضرار است و اطلاع شایع مبیع دلالت بر معامله قائم به بایع و مشتری هر دو دارد و این همان معنای حاصل به واسطه عقد جامع معنای بیع و شراء است. این معنا به تعریف شهید اول از بیع نزدیک است.^۵

۱- شهید ثانی شرح لمعه ج ۲ ص ۲۲۱.

۲- نجفی شیخ محمد حسن، جواهر الکلام ج ۲۲ ص ۲۰۴.

۳- انصاری شیخ مرتضی مکاسب ص ۷۹ - خوئی سید ابوالقاسم مصباح الفقاهه فی المعاملات ج ۲ ص ۳۱۷.

۴- مغنیه محمد جواد فقه الامام جعفر صادق (ع)، ج ۳، ص ۲۲.

۵- قاسمی، محسن، انتقال مالکیت در بیع، ص ۲۱.

اما در حقوق موضوعه ایران مقنن در تعریف بیع در ماده ۳۳۸ از مفهوم عرفی بیع استفاده نکرده بلکه از قول برخی فقها پیروی کرده است. در نگاه اول ممکن است به نظر برسد که قول شیخ انصاری مورد تبعیت قرار گرفته، اما با کمی دقت متوجه میشویم که از نظر قانون مدنی ایران هنگامی بیع محقق است که تملیک از سوی مشتری نیز واقع شده باشد و به عبارت دیگر صرف انشای تملیک عین کافی نیست و قبول مشتری داخل در مفهوم بیع است زیرا در متن ماده ۳۳۸ ذکری از انشاء به میان نیامده و ظاهر آن نشان می دهد که بیع وقتی واقع می شود که تملیک و تملک محقق شده باشد لذا می توان گفت در حقوق ایران بیع عقدی است که به وسیله آن یکی از طرفین که بایع نام دارد، عین مالی را در مقابل مال دیگری به طرف خود که مشتری است تملیک می کند^۱ و پر واضح است که بنا بر ماهیت معاوضه ای بیع، این تملیک وقتی محقق است که مشتری مبیع را تملک نماید و ثمن در ملک بایع در آید.

به نظر می رسد بین تعاریف ارایه شده از سوی فقها تعریف شهید اول از بیع صحیحتر می باشد زیرا تعاریف دیگر به مراتب کاملیت و جامعیت کمتری نسبت به این تعریف دارند.

حال که تعریف کامل و جامعی از بیع ارائه شد، اکنون باید به بررسی شرایط انعقاد عقد بیع پرداخت. از آنجایی که عقد بیع از عقود معین و از جمله مهمترین عقود نامبرده شده در قانون مدنی ایران می باشد و لازم است شرایط تشکیل این عقد را که از شرایط عمومی انعقاد قراردادها پیروی می کند در ادامه بیان نماییم.

مبحث دوم: تشکیل بیع و شرایط عمومی انعقاد قراردادها

شرایط عمومی حاکم بر قراردادها همان است که ماده ی ۱۹۰ قانون مدنی از آن نام برده است که راجع به قصد و رضا، اهلیت طرفین، موضوع معامله و مشروعیت مورد معامله می باشد. عقد بیع نیز به عنوان مهمترین عقد در قانون مدنی از این شرایط عمومی پیروی می کند.

۱- امامی سید حسن حقوق مدنی ج ۱ ص ۴۱۶.