



دانشکده علوم اداری و اقتصادی

گروه حقوق

عنوان پایان نامه:

عقد بیع با ثمن شناور

نگارش:

لیلا منصوری لطفعلی

ارائه شده جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد

گروه حقوق گرایش حقوق خصوصی

استاد راهنما:

دکتر اعظم انصاری

استاد مشاور:

دکتر محمد عابدی

تابستان ۹۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تقدیم

تقدیم به همسرم که اسوه صبر و تحمل بوده و مشکلات مسیر را برایم تسهیل نمودند.

## تقدیر و تشکر

با تقدیر و تشکر شایسته از اساتید فرهیخته و فرزانه سرکار خانم دکتر اعظم انصاری و جناب آقای دکتر محمد عابدی و اساتید گرانقدر گروه حقوق دانشگاه فردوسی که با راهنمایی های عالمانه و گهربار همواره راه گشای نگارنده در اتمام و اكمال پایان نامه بوده اند.



## دانشکده علوم اداری و اقتصادی

### چکیده پایان نامه

نام و نام خانوادگی دانشجو: لیلا منصوری لطفعلی	شماره دانشجویی: ۹۲۲۳۲۳۰۱۸
استاد راهنما اول: دکتر اعظم انصاری	استاد راهنما دوم:
استاد مشاور: دکتر محمد عابدی	استاد مشاور دوم:
گروه آموزشی: حقوق	رشته تحصیلی: حقوق خصوصی
گرایش: خصوصی	تاریخ دفاع: ۹۶/۶/۱۲
تعداد صفحات پایان نامه: ۹۱	درجه ارزشیابی رساله/پایان نامه: خوب
عنوان پایان نامه: عقد بیع با ثمن شناور	
واژگان کلیدی: ثمن شناور- عقد بیع - عرف - غرر- معلوم بودن	
<p><b>چکیده:</b></p> <p>عقد بیع با ثمن شناور، عقدی است که ثمن آن هنگام تشکیل مقطوع و مشخص نیست. به این معنی که متعاملین بنا بر مصالح یا معذوراتی نمی خواهند یا نمی توانند در هنگام انشاء عقد، ثمن معامله را مشخص سازند بلکه تنها بر روی مبنایی جهت تعیین آن به توافق می رسند و یا اینکه ذکر آن را به طور کلی مسکوت می گذارند. تنوع این قسم از قراردادها و رواج این معاملات خصوصاً در تعاملات اصناف مختلف تجاری از یک طرف و اجمال قوانین و مقررات و نا آشنایی رویه قضایی کشور، از طرف دیگر اهمیت بررسی وضعیت این قراردادها را به روشنی توجیه می کند.</p> <p>سوال اصلی این پژوهش این است که آیا در چارچوب نظام حقوقی ایران و با تکیه بر مبانی فقه اسلامی می توان قائل به صحت معاملات با ثمن شناور بود؟</p> <p>بررسی نگارنده در این نوشتار نشان می دهد که نمی توان عدم تعیین ثمن به نحو مقطوع را همیشه سبب غرری بودن معامله و بطلان آن دانست. زیرا با توجه به مفهوم جهل و خطر و عرفی بودن این مفهوم، عرف چنین معاملاتی را غرری نمی داند و عملاً در جامعه نیز رواج دارد. مطالعه تطبیقی حقوق سایر کشورها و مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا و ضرورت ویژه ای که این قراردادها را توجیه می کند رهنمون گر این مطلب است که معاملاتی که امروزه در عرف رایج بوده و تعیین ثمن آن به ضوابط عینی و یا شخصی ارجاع داده می شود، معاملاتی غیر غرری بوده و صحیح هستند. در معاملاتی که مقدار ثمن مسکوت گذارده شده اوضاع و احوال یا تعیین معیار برای تعیین ثمن کفایت می کند. زیرا که از تحلیل حقوقی مواد قانون مدنی چنین استنباط می گردد که برای صحت قرارداد معلوم بودن واقعی مورد معامله لازم نیست. بلکه همین که مقدار مورد معامله قابلیت تعیین را داشته باشد برای صحت عقد کافی است</p>	

## چکیده:

عقد بیع با ثمن شناور، عقدی است که ثمن آن هنگام تشکیل مقطوع و مشخص نیست. به این معنی که متعاملین بنا بر مصالح یا معذوراتی نمی خواهند یا نمی توانند در هنگام انشاء عقد، ثمن معامله را مشخص سازند بلکه تنها بر روی مبنایی جهت تعیین آن به توافق می رسند و یا اینکه ذکر آن را به طور کلی مسکوت می گذارند. تنوع این قسم از قراردادها و رواج این معاملات خصوصاً در تعاملات اصناف مختلف تجاری از یک طرف و اجمال قوانین و مقررات و نا آشنایی رویه قضایی کشور، از طرف دیگر اهمیت بررسی وضعیت این قراردادها را به روشنی توجیه می کند.

سوال اصلی این پژوهش این است که آیا در چارچوب نظام حقوقی ایران و با تکیه بر مبانی فقه اسلامی می توان قائل به صحت معاملات با ثمن شناور بود؟

بررسی نگارنده در این نوشتار نشان می دهد که نمی توان عدم تعیین ثمن به نحو مقطوع را همیشه سبب غرری بودن معامله و بطلان آن دانست. زیرا با توجه به مفهوم جهل و خطر و عرفی بودن این مفهوم، عرف چنین معاملاتی را غرری نمی داند و عملاً در جامعه نیز رواج دارد. مطالعه تطبیقی حقوق سایر کشورها و مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا و ضرورت ویژه ای که این قراردادها را توجیه می کند رهنمون گر این مطلب است که معاملاتی که امروزه در عرف رایج بوده و تعیین ثمن آن به ضوابط عینی و یا شخصی ارجاع داده می شود، معاملاتی غیر غرری بوده و صحیح هستند. در معاملاتی که مقدار ثمن مسکوت گذارده شده اوضاع و احوال یا تعیین معیار برای تعیین ثمن کفایت می کند. زیرا که از تحلیل حقوقی مواد قانون مدنی چنین استنباط می گردد که برای صحت قرارداد معلوم بودن واقعی مورد معامله لازم نیست. بلکه همین که مقدار مورد معامله قابلیت تعیین را داشته باشد برای صحت عقد کافی است.

کلید واژها: ثمن شناور - عقد بیع - عرف - غرر - معلوم بودن

## فهرست مطالب

مقدمه:	۱۳
الف) بیان مساله و تبیین موضوع.....	۱۳
ب) ضرورت و اهمیت انجام تحقیق.....	۱۳
ج) پیشینه تحقیق.....	۱۴
د) فرضیه های تحقیق.....	۱۴
ه) اهداف اصلی تحقیق.....	۱۵
و) سوالات اصلی تحقیق.....	۱۵
ز) روش شناسی تحقیق.....	۱۵
ح) کاربردهای تحقیق.....	۱۵
ط) ساختار تحقیق.....	۱۵
فصل نخست: مبادی تصویری تحقیق.....	۱۷
مبحث نخست: معنای لغوی و اصطلاحی و ارکان عقد بیع.....	۱۸
گفتار نخست: معنای لغوی و اصطلاحی بیع.....	۱۸
بند نخست: معنای لغوی بیع.....	۱۸
بند دوم: معنای اصطلاحی بیع.....	۱۸
گفتار دوم: عوضین در عقد بیع.....	۱۹
بند نخست: مبیع.....	۱۹
بند دوم: شرایط مبیع.....	۱۹
الف - موجود بودن.....	۱۹
ب - مالیت داشتن.....	۲۰

- ج - مقدورالتسلیم بودن..... ۲۰
- د - معلوم و معین بودن..... ۲۰
- ه - قابلیت نقل و انتقال..... ۲۱
- گفتار سوم: ثمن..... ۲۱
- بند نخست: مفهوم ثمن و جایگاه آن..... ۲۲
- الف: معنای لغوی ثمن..... ۲۲
- ب: معنای اصطلاحی ثمن..... ۲۲
- بند دوم: جایگاه ثمن در عقد بیع..... ۲۲
- الف: وجه نقد بودن ثمن..... ۲۴
- ب: تنوع ثمن..... ۲۴
- بند سوم: شرایط اعتبار ثمن..... ۲۵
- مبحث دوم: معنا، مفهوم و مصادیق ثمن شناور..... ۲۵
- گفتار نخست: معنای لغوی و اصطلاحی ثمن شناور..... ۲۶
- بند نخست: معنای لغوی شناور..... ۲۶
- بند دوم: معنای اصطلاحی «ثمن شناور»..... ۲۶
- الف - ثمن باز (open price)..... ۲۷
- ب - سفارش خرید به صورت باز (Open Order)..... ۲۷
- ج - نت بک (Net Back)..... ۲۷
- مبحث سوم: اقسام ثمن از حیث معلوم بودن..... ۲۸
- گفتار نخست: ثمن مشخص..... ۲۸
- بند نخست: تعیین صریح ثمن..... ۲۸



بند دوم: تعیین ضمنی ثمن.....	۲۸
الف: واگذاری تعیین ثمن به ضابطه عینی.....	۲۹
ب: واگذاری تعیین ثمن به ضابطه شخصی.....	۲۹
۱ - تعیین ثمن با توافق بعدی طرفین یا یکی از آنها.....	۲۹
۲ - تعیین ثمن توسط شخص ثالث.....	۳۰
بند سوم: ثمن نامعلوم.....	۳۰
مبحث چهارم: علل اقتصادی پذیرش ثمن شناور.....	۳۲
فصل دوم: ثمن شناور از دیدگاه فقهی.....	۳۵
گفتار نخست: مستند روایی.....	۳۷
بند نخست: روایت «نهی النبی عن بیع الغرر».....	۳۷
الف: ارزیابی روایت.....	۳۷
ب: بررسی مفاد روایت.....	۳۸
۱- معنای لغوی غرر.....	۳۸
۲- معنای اصطلاحی غرر.....	۳۸
۳ - مفهوم جهل.....	۳۹
۱-۳ جهل در معامله.....	۳۹
۲-۳ نسبت جهل با غرر.....	۳۹
۳-۳ مفهوم خطر.....	۴۰
ج - دلالت حدیث نفی غرر.....	۴۲
بند دوم: مستندات عقلی.....	۴۲
الف: اجماع.....	۴۲

- ب: اصل اتقان در عمل ..... ۴۳
- ج: بنای عقلاء ..... ۴۳
- گفتار دوم: ضابطه تعیین غرر ..... ۴۴
- بند نخست: ضابطه نوعی ..... ۴۵
- بند دوم: ضابطه شخصی ..... ۴۵
- مبحث دوم: بررسی مبانی فقهی پذیرش عقد بیع با ثمن شناور ..... ۴۶
- گفتار نخست: بررسی نظریه تعیین ثمن به حکم مشتری و ثالث ..... ۴۶
- گفتار دوم: ارجاع به قیمت سوقیه و مازاد ..... ۴۸
- فصل سوم: ثمن شناور از دیدگاه حقوقی ..... ۵۰
- مبحث نخست: بررسی معین و معلوم بودن ثمن ..... ۵۲
- گفتار نخست: مفهوم معین و معلوم بودن ..... ۵۲
- بند نخست: مفهوم معین بودن ..... ۵۱
- بند دوم: مفهوم معلوم بودن ..... ۵۲
- بند سوم: زمان اعتبار معلوم بودن عوض ..... ۵۳
- بند چهارم: تحلیل وضعیت عوض شناور ..... ۵۴
- مبحث دوم: شیوه های عملی تعیین شناور ثمن ..... ۵۵
- گفتار نخست: ارجاع تعیین ثمن بر اساس ضوابط عینی ..... ۵۵
- بند نخست: بررسی تعیین ثمن بر اساس ضوابط عینی در نظامهای حقوقی ..... ۵۶
- الف - حقوق کشورهای کامن لا ..... ۵۶
- ب - حقوق کشورهای عربی ..... ۵۶
- ج - حقوق ایران ..... ۵۷

- د - دیدگاه کنوانسیون بیع بین المللی کالا..... ۵۷
- گفتار دوم: ارجاع تعیین ثمن بر اساس ضوابط شخصی..... ۵۸
- بند نخست: تعیین ثمن با توافق بعدی طرفین..... ۵۸
- بند دوم: ارجاع تعیین ثمن به اراده ی یکی از متعاملین..... ۵۸
- بند سوم: ارجاع تعیین ثمن به شخص ثالث..... ۵۹
- بند چهارم: ارجاع تعیین ثمن بر اساس ضوابط شخصی در نظامهای حقوقی دیگر..... ۶۱
- الف - حقوق کامن لا..... ۶۱
- ب - حقوق کشورهای عربی..... ۶۱
- ج - دیدگاه کنوانسیون بیع بین المللی کالا..... ۶۲
- گفتار سوم: ثمن نامعلوم..... ۶۲
- بند نخست: حقوق کامن لا..... ۶۳
- بند دوم: حقوق کشور های عربی..... ۶۴
- بند سوم: دیدگاه کنوانسیون بیع بین المللی کالا..... ۶۴
- بند چهارم: حقوق ایران..... ۶۵
- گفتار چهارم: ضوابط تعیین ثمن در ثمن نامعلوم..... ۶۷
- بند نخست: قیمت موجود در بازار..... ۶۸
- بند دوم: ضابطه محل اجرا..... ۶۸
- بند سوم : ضوابط تعیین ثمن بر اساس «قیمت متعارف»..... ۶۸
- مبحث سوم: بررسی مبانی حقوقی عقد بیع با ثمن شناور در حقوق ایران..... ۶۹
- گفتار نخست: بررسی مبانی حقوقی عدم پذیرش عقد بیع با ثمن شناور..... ۶۹
- بند نخست: بررسی شناوری ثمن در قانون مدنی..... ۶۹

۷۱	..... بند دوم: ضرورت علم تفصیلی به مورد معامله
۷۲	..... گفتار دوم: بررسی مبانی حقوقی پذیرش عقد بیع با ثمن شناور
۷۲	..... بند نخست: کفایت علم اجمالی به مورد معامله
۷۵	..... بند سوم: اصل آزادی قراردادی
۷۵	..... الف: مفهوم آزادی قراردادی
۷۶	..... ب - آزادی قراردادی در بیع با ثمن شناور
۷۶	..... بند چهارم: اصل موازنه
۷۸	..... گفتار سوم: عرف تجاری و ضرورت های اقتصادی
۷۹	..... مبحث چهارم: عرف و نقش آن در تعیین غرر در معاملات با ثمن شناور
۷۹	..... گفتار نخست: عرف
۷۹	..... بند نخست: مبانی تحلیلی اعتبار عرف
۸۰	..... بند دوم: موقعیت نهادی عرف
۸۰	..... گفتار دوم: دخالت عرف در تشخیص غرر
۸۳	..... نتیجه گیری:
۸۵	..... منابع:

## مقدمه:

### الف) بیان مساله و تبیین موضوع:

ضوابط فقهی و اصول حقوقی پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران شرایط خاصی را برای ثمن به عنوان یکی از عوضین عقد بیع در نظر گرفته است. از جمله این موارد، معلوم و معین بودن ثمن در هنگام انعقاد عقد بیع است. با این توضیح که مشهور آن است، چنانچه ثمن در هنگام انعقاد عقد، معلوم و معین نباشد از نظر فقهی به علت غرری بودن و از منظر حقوقی، به علت این که یکی از شرایط اساسی صحت معامله خدشه دار می گردد معامله باطل است. در عین حال امروزه در دنیا انعقاد عقد بیع با ثمن شناور رواج دارد. عقد بیعی که در آن ثمن به نحو دقیقی تعیین نمی شود، بلکه تعیین آن با توجه به معیارهایی (شخصی، عینی و عرف) بعد از انعقاد عقد بیع محقق می گردد. با این حال با توجه به مختصات عقد بیع با ثمن شناور می توان بر این باور بود که طرفین معامله علم اجمالی به مقدار ثمن دارند و همچنین امروزه مقتضیات معاملات با ثمن شناور، از جمله نوسانات قیمت و برقراری موازنه ارزش عوضین ایجاب می نماید که ثمن قطعی توسط معیارهای (شخصی، عینی و عرف) تعیین گردد. با توجه به اینکه در برخی موارد مانند عقد صلح قانون گذار ایران علم اجمالی به مورد معامله را کافی می داند. حال باید بررسی نمود که آیا کفایت علم اجمالی محدود به موارد مصرح قانونی است و یا این که هر گاه عرف و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی اقتضاء نماید علم اجمالی در سایر قراردادها نیز کفایت می کند؟

### ب) ضرورت و اهمیت انجام تحقیق:

شرایط حاکم بر معاملات در دنیای امروز متفاوت با گذشته است. امروزه بروز کوچک ترین تنش میان کشورها و یا وقوع یک حادثه طبیعی در یک گوشه از دنیا بر قیمت کالا و خدمات در گوشه دیگری از آن تأثیر می گذارد. این گونه امور که وقوع شان در اختیار تجار و فعالان تجاری نبوده و راهکاری هم برای رفع آن ها در اختیارشان نیست، باعث گردیده که محاسبه ثمن در عقد بیع در حین انعقاد عقد، بسیار دشوار گشته و چنانچه ثمن تعیین گردد، افزایش یا کاهش فاحش ثمن منجر به ورود زیان سنگینی به یکی از طرفین عقد می گردد. از طرفی تعیین دقیق ثمن در هنگام انعقاد عقد بیع، گاهی به عنوان مانعی در جهت به کارگیری تکنولوژی روز دنیا در تولید کالا محسوب می شود. از این رو با توجه به تقاضای رو به افزایش شرکای تجاری، تجار ایرانی برای انعقاد عقد بیع با ثمن شناور و از سوی دیگر با توجه به منافی که انعقاد این گونه عقود، برای پیشرفت اقتصاد و بازرگانی کشور دارند یافتن راهکاری برای استفاده از این نوع قراردادها در چارچوب نظام حقوقی ایران ضروری می نماید، که نوشتار حاضر تلاشی در راستای این امر می باشد.

### ج) پیشینه تحقیق (مرور مطالعات گذشته مرتبط با موضوع):

در خصوص عقد بیع با ثمن شناور پایان نامه ای با عنوان «عقد بیع با ثمن شناور open price در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین، حقوق انگلیس، حقوق آمریکا و حقوق ایران» در سال ۱۳۷۷ - ۱۳۷۶ توسط مجتبی زاهدیان نگارش یافته است، که نگارنده پس از بررسی بیع با ثمن شناور در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق آمریکا و انگلیس این نوع بیع را در این نظام های حقوقی قابل پذیرش می داند. اما بیع با ثمن کاملاً نامعین را با توجه به نهی از معاملات غرری در اسلام و عرف و عادات موجود در جامعه محکوم به بطلان می داند. همچنین در سال ۱۳۷۶ مقاله ای با عنوان «ثمن شناور» توسط مهراب داراب پور منتشر گردیده، که وی گر چه فواید بسیاری را در استفاده از این نوع عقود برمی شمارد؛ اما در نهایت به این نتیجه می رسد که تفسیر مواد قانونی نمی تواند صحت این گونه معاملات را به ارمغان آورد. اثر قابل توجه دیگر در این موضوع مقاله ای با عنوان «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش موانع حقوقی و فقهی - راهکارها» نگارش ابراهیم شعاریان در سال ۱۳۹۱ بوده که به بررسی ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش می پردازد. نگارنده گر چه بر این باور است که توجه به منع معاملات غرری در اسلام و توجه به بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران به عنوان یک قاعده امری باعث می گردد که پذیرش ثمن شناور در حقوق ایران امکان پذیر نباشد اما ادعان می نماید که سخت گیری افراطی در تعیین ثمن پشتوانه منطقی ندارد و این عرف است که در مقام تشخیص غرر معامله صحیح و باطل را تعیین می نماید. ما در این پژوهش در صدد آن هستیم که ضمن تبیین چنین قرارداد هایی به مبانی فقهی حقوقی برای تعدیل اصل معلوم و معین بودن دست یابیم به گونه ای که این اصل با نیازهای اقتصادی و معاملات تجاری جوامع امروزی همخوانی داشته باشد. همچنین در آثار نگارش یافته به نقش عرف در تعیین ثمن در عقد بیع با ثمن شناور کمتر پرداخته شده است. در این نوشتار در تلاش هستیم، به بررسی نقش عرف در تعیین ثمن نیز بپردازیم.

### د) فرضیه های تحقیق: (در صورت وجود)

- ۱- اکثریت فقها بر این باورند که عقد بیع با ثمن شناور، غرری و باطل می باشد.
- ۲- ثمن شناور، مجهول نیست و قابلیت تعیین را دارد، از این رو توافق بر انعقاد بیع با ثمن شناور منجر به انعقاد یک عقد بیع صحیح می گردد.
- ۳- عرف، از منابع فرعی حقوق است، که با تفسیری متفاوت از مفهوم غرر می تواند موید صحت معاملات با ثمن شناور باشد.

## ه) اهداف اصلی تحقیق :

- ۱) پاسخگویی به ضرورت های اقتصادی و اجتماعی که خواهان صحت عقد بیع با ثمن شناور هستند.
- ۲) جلوگیری از بطلان برخی معاملات با ثمن شناور در عرف بازار.
- ۳) همسو شدن با نظام حقوقی و اقتصادی جهان معاصر در عقد بیع.

## و) سوالات اصلی تحقیق:

- ۱- رویکرد فقه امامیه پیرامون بیع با ثمن شناور چیست؟
- ۲- با توجه به قواعد عمومی قراردادها و ارکان عقد بیع، وضعیت بیع با ثمن شناور از حیث بطلان و صحت چگونه است؟
- ۳- آیا عرف و ضرورتهای اقتصادی می تواند مجوز چنین معاملاتی قرار گیرد؟

## ز) روش شناسی تحقیق:

روش تحقیق این پایان نامه، توصیفی تحلیلی است. و شیوه جمع آوری منابع، کتابخانه ای و به صورت فیش برداری می باشد.

## ح) کاربردهای تحقیق: (برای سازمان، موسسات و گروههای جامعه مورد مطالعه)

- ۱- کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی به ویژه تجاری که مایل به انعقاد قراردادهای بیع با ثمن شناور می باشند.
- ۲- قانونگذار که می بایست در تدوین مقررات تجاری جدید به مقتضیات قراردادهای بیع بین المللی توجه داشته و لاقلاً برخی شقوق بیع با ثمن شناور در این حوزه را صحیح اعلام نماید.
- ۳- قضات، وکلا، محققان و پژوهشگرانی که علاقمند به مطالعه در زمینه انعقاد قراردادهای تجاری بین المللی می باشند و درگیر بررسی حل و فصل اختلافاتی در حوزه اینگونه قراردادها می باشند.

## ط) ساختار تحقیق

این پایان نامه در سه فصل تنظیم شده است. فصل اول به کلیات و مفاهیمی چون ثمن و شناوری، اقسام ثمن از حیث معلوم بودن و مصادیق ثمن شناور و فواید شناوری ثمن در معاملات تجاری امروزی اختصاص یافته است. فصل دوم به بررسی بیع با ثمن شناور از دیدگاه فقه می پردازد که در مباحث و گفتارهای آن به ادله روایی از جمله روایت نهی

از غرر و مستندات عقلی من جمله اجماع، اصل اتقان در عمل و مفهوم غرر و خطر پرداخته و نظرات موافقین و مخالفین در رابطه با عقد بیع با ثمن شناور بیان می گردد و در فصل سوم، عقد بیع با ثمن شناور از دیدگاه حقوقی بررسی شده که ابتداً به یکی از مفاهیم اصلی این نگارش یعنی به بحث معین و معلوم بودن ثمن پرداخته شده و سپس شیوه های تعیین ثمن به صورت شناور در نظامهای حقوقی مختلف از جمله ایران تبیین گشته و عوامل عینی و شخصی که تعیین ثمن به آن ارجاع داده شده بیان گردیده است و در ادامه به بررسی مبانی پذیرش و عدم پذیرش بیع با ثمن شناور، با توجه به اصول حقوقی و تصریح مواد قانونی پرداخته شده و در خاتمه نقش عرف در تعیین غرر تبیین گشته است.



## فصل نخست:

### مبادی تصویری تحقیق

اصولاً در نگارش مطالب ابتدا مفاهیم و موضوعات اصلی شناخته می شود و سپس معنای اصطلاحی آن تبیین می گردد. پس به تبعیت از این روش در آستانه ی ورود به بحث عقد بیع با ثمن شناور ابتدا به تبیین مفهوم و تعریف بیع و ارکان آن پرداخته می شود، و در ادامه مفاهیم اصلی و کلیدی بحث، یعنی مفهوم ثمن و معنای لغوی و اصطلاحی و جایگاه آن در عقد بیع و همچنین ویژگی ها و مختصات آن بیان می گردد.

## مبحث نخست: معنای لغوی و اصطلاحی و ارکان عقد بیع

در این مبحث، با توجه به اینکه عقد بیع محور بحث می باشد شایسته است، ابتدا معنای لغوی و اصطلاحی بیع تبیین گردد و سپس ارکان آن و شرایط مبیع به عنوان یکی از عوضین مورد بررسی قرار گیرد.

### گفتار نخست: معنای لغوی و اصطلاحی بیع

#### بند نخست: معنای لغوی بیع

کلمه «بیع» از نظر لغوی مصدر «باع» می باشد که عبارت است از مبادله مال به مال. مراد از کلمه «مال» در اول همان مبیع و مراد از کلمه دوم «مال» همان ثمن و عوض معامله است که مشتری آن را به بایع منتقل می کند. آن گونه که لغویین اشاره نموده اند: کلمه «بیع» در زبان فارسی به معنی خریدن و فروختن است و به همین دلیل از اضداد است و غالباً بر اخراج مبیع از تملک در مقابل ثمن اطلاق می گردد. همچنین در تعریف بیع به نقل از فقهای مشهور امامیه آورده اند: «تعریفی که مشهور فقهای امامیه از بیع ارائه داده اند؛ این است که گفته اند: بیع ایجاب و قبولی است که دلالت بر انتقال می کند». (قبولی در افشان، ۱۳۸۶، ص ۲۳)

#### بند دوم: معنای اصطلاحی بیع

هر چند بیع از حیث لغوی، یعنی فروش؛ که ظاهر در عمل فروشنده است و در تعریف بیع، بسیاری تحت تاثیر این معنا قرار گرفته اند ولی بیع در اصطلاح حقوقی ظاهر در این معنا نیست. بیع ماهیت حقوقی است که مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی اراده عنصر سازنده آن است و حداقل دو اراده یعنی قصد فروشنده و خریدار برای تحقق آن لازم است. که در نتیجه همکاری اراده مشترک بایع و مشتری در قالب ایجاب و قبول منعقد می شود. به همین علت در ماده ۳۳۹ ق. م. مقرر شده است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود...» در این ماده به صراحت عقد بیع، نتیجه ایجاب و قبول طرفین محسوب شده و تملیک در ماده ۳۶۲ ق. م. به عنوان اثر عقد بیع معرفی شده است. (باریکلو، ۱۳۹۴، صص ۲۴-۲۳)

## گفتار دوم: عوضین در عقد بیع

از لحاظ نظری، قراردادها از زوایای مختلفی تقسیم بندی می شوند. عقد از حیث وحدت و تعدد موضوع به دو نوع تقسیم می گردد: عقد معوض و غیر معوض. عقد معوض همانطور که از نام آن پیداست عقدی است که بین دو مورد آن رابطه ی همبستگی و تقابل وجود دارد. بر عکس عقد غیر معوض، عقدی است که دارای یک مورد است و عوض ندارد. در معاملات معوض، هر یک از دو موضوع مورد معامله را عوض می نامند. غالباً عوض به مالی گفته می شود که از طرف قبول کننده داده می شود خواه آن مال عین باشد خواه غیر عین و آنچه که از طرف ایجاب کننده داده می شود، معوض نام دارد. از مقررات قانون مدنی چنین استنباط می گردد که معوض در عقد مورد بحث چارچوب و محدوده مشخصی دارد که تجاوز از آن صحت عقد را با تردید مواجه می سازد. از ماده ۳۳۸ قانون مدنی که ناظر به تعریف عقد بیع است چنین فهمیده می شود که معوض در عقد بیع که اصطلاحاً مبیع نامیده می شود باید عین باشد و غیر از آن از جمله منفعت یا سایر حقوق مالی نمی تواند به عنوان مبیع در نظر گرفته شود و همچنین ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع مقرر می دارد: بیع عبارت است از «تملیک عین به عوض معلوم». از این تعریف که از فقه امامیه اقتباس شده است، چنین فهمیده می شود که در حقوق ایران بر خلاف بسیاری از سیستم های حقوقی عوض قرارداد فروش، که اصطلاحاً ثمن نامیده می شود محدود و منحصر به وجه نقد نیست. بلکه عوض در بیع نیز ممکن است عین یا منافع و یا خدمات و یا ابراء دین و یا اوراق بها دار یا حق الامتیاز باشد. (طاهر خانی، ۱۳۹۲، صص ۲۹-۲۸)

### بند نخست: مبیع

عقد بیع دارای دو موضوع است: ۱) مبیع ۲) ثمن. مبیع باید عین باشد نه منفعت. عین عبارت است از مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به طور مستقل مورد داد و ستد قرار می گیرد نه به عنوان ثمره تدریجی از عین دیگر به طور معمول وقتی می گویند عین مالی مورد انتقال قرار گرفت مقصود عین و منافع آن است. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، صص ۱۵-۱۴)

### بند دوم: شرایط مبیع

در مبانی فقهی و اصول حقوقی برای مورد معامله (مبیع) شرایطی در نظر گرفته اند؛ که برای صحت معامله مبیع باید دارای آن شرایط باشد آن شرایط به شرح ذیل می باشد:

### الف - موجود بودن:

از جمله شروط مورد معامله، این است که وجود واقعی داشته باشد. در زمینه موجود بودن در عین معین ماده ۳۶۱ قانون مدنی در باب بیع، مقرر داشته است: «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است.»

در صورتی که بخشی از مورد معامله در حین عقد موجود نباشد اگر مورد معامله، قابل تجزیه باشد، معامله در مورد بخش موجود صحیح و نسبت به بخش معدوم باطل است و خریدار می تواند بر اساس ماده ۴۴۱ ق.م.ا از خیار تبعض صنفه استفاده نماید. اما در صورتی که مورد معامله قابل تجزیه نباشد عقد باطل خواهد بود. (حاجیان، ۱۳۸۵، صص ۱۴-۱۳)

#### ب - مالیت داشتن

یکی دیگر از شرایط مورد معامله، داشتن مالیت یا منفعت عقلایی است. زیرا مالیت عبارت است از: وجود خصوصیت یا ویژگی در مورد معامله که موجب قابلیت انتقال نوعی مبادله به عوض و تقویم آن می شود. روشن است اگر عینی چنین خصوصیتی را نداشته باشد، معامله آن باطل است. زیرا از سویی اگر چیزی مالیت نداشته باشد قابل تملک نیست و دادن عوض در قبال آن عملی سفیهانه و غیر عقلایی است. با این حال ممکن است عینی که از مالیت خارج شده برای خریدار به طور موردی قابل انتفاع مشروع باشد بیع چنین عینی با وجود فقدان مالیت به دلیل داشتن منفعت عقلایی نافذ است. بنابراین برای صحت بیع لازم است عین مبیع دارای مالیت و ثمن حداقل دارای منفعت عقلایی مشروع باشد. (باریکلو، ۱۳۹۴، صص ۴۴-۴۵)

#### ج - مقدورالتسلیم بودن

از شرایط اساسی دیگر برای صحت عقد، قدرت بر تسلیم مورد معامله و توانایی انجام تعهد است. اگر موضوع عقد تملیک و انتقال مال است انتقال دهنده باید بتواند بدون هیچ منع قانونی یا عقلی مال انتقال یافته را تحویل طرف خود کند. اگر موضوع عقد تعهد به انجام یا ترک عملی است - خواه آن عمل کار بیرونی یا عمل حقوقی باشد - علاوه بر توانایی عقلی نباید منع شرعی یا قانونی نسبت بدان وجود داشته باشد. فقیهان امامیه، دلایل متعددی بر لزوم قدرت بر تسلیم در مورد معامله ذکر کرده اند که معروف ترین آنها یکی طبیعت معاوضه و دیگری حدیث غرر است. (قنواتی، محقق داماد، وحدتی شبیری و عبدی پور فرد، ۱۳۸۹، ص ۴۰۹)

#### د - معلوم و معین بودن

یکی دیگر از شرایط مبیع برای صحت بیع، معلوم بودن است. مراد از معلوم بودن آن است که خریدار عرفاً بداند که چه چیزی را خریده و فروشنده نیز بداند چه چیزی را فروخته و چه چیزی را به عنوان ثمن دریافت می نماید. بعضی وجود این شرایط را از حیث ادله نقلی و عقلی لازم دانسته و معتقدند: خرید و فروش مال مجهول از حیث شرعی نوعی معامله غرری و از حیث عقلی نوعی معامله سفهی است، که چنین معاملاتی باطل است. همچنین از لحاظ نظری می توان به اصل حاکمیت اراده؛ برای لزوم معلومیت عین استناد کرد زیرا اراده حاکم، باید آگاه به مورد