



پژوهش‌های حقوق تطبیقی

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره: ۶۷۵۱-۲۲۵۱

دوره ۱۶، شماره ۳ (پیاپی ۷۷)، پاییز ۱۳۹۱

- نبرد فرم‌ها در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با مطالعه در حقوق ایران ۱
محمدباقر پارساپور، وحید فقیهی محمدی
- حق اعتصاب کارمندان بخش عمومی: ممنوعیت یا محدودیت؛ مطالعه مقایسه‌ای نظام‌های فرانسه، انگلستان و ایران ۲۳
محمد جلالی، محمدقاسم تنگستانی
- حمایت از نهاد نمونه اشیای مفید به منظور تکمیل نظام حق اختراع ۵۱
سعید حبیبیا، حمیدرضا شاه بابای
- بررسی مقایسه‌ای ماهیت نکاح در فقه و حقوق موضوعه ۷۵
سید مهدی دادمرزی، سید مصطفی محقق داماد
- فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی ۹۹
علی طهماسبی
- تعریف ادغام قانونی (واقعی) شرکت‌های سهامی و انواع آن از لحاظ حقوقی (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران) ۱۲۳
محمد عیسائی تفرشی
- معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق انگلیس ۱۴۷
سید محمد تقی قبولی درافشان، سید محمد هادی قبولی درافشان
- برکه اشتراک ۱۶۳
- چکیده مقالات به زبان انگلیسی ۱۷۱

معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق انگلیس

سید محمد تقی قبولی درافشان^۱، سید محمد هادی قبولی درافشان^۲*

۱. استادیار گروه فقه و میانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

۲. دانشجوی دکتری فقه و میانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

پذیرش: ۹۱/۹/۲۹

دریافت: ۹۱/۶/۱۶

چکیده

قانون مدنی به تقلید از حقوق اروپایی و برخلاف نظر فقهای امامیه، معاوضه را در شمار عقود معین نکرده و بدون این‌که ملاک و معیاری را برای تشخیص معاوضه و بیع ارائه دهد، این دو عمل حقوقی را به پیروی از فقه امامی تعریف کرده است. مشابهت نزدیک اعمال حقوقی یاد شده نباید موجب ایجاد این تصور گردد که قواعد یکسانی بر این دو عقد حاکم است. به همین دلیل هم احکام خاص بیع، مانند خیار مجلس، خیار غبن و مانند آن، در معاوضه جاری نیست. در حقوق انگلیس نیز بین بیع و معاوضه تفکیک شده و معیارهایی برای تمایز آن دو ارائه گردیده است. جستار حاضر، عهده‌دار بیان معیارهای ارائه شده در حقوق ایران و انگلیس برای تشخیص بیع و معاوضه بوده، در نهایت معیارهای حقوق ایران مبنی بر مراجعه به قصد طرفین (معیار شخصی) و در صورت عدم احراز قصد آن‌ها مراجعه به عرف (معیار نوعی) را جهت ایجاد یکپارچگی بین آرای مختلف، مناسب‌تر دانسته است.

واژگان کلیدی: بیع، معاوضه، معیار تشخیص بیع، معیار تشخیص معاوضه

معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق انگلیس

سید محمد تقی قبولی درافشان^۱، سید محمد هادی قبولی درافشان^{۲*}

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

پذیرش: ۹۱/۹/۲۹

دریافت: ۹۱/۶/۱۶

چکیده

قانون مدنی به تقلید از حقوق اروپایی و برخلاف نظر فقهای امامیه، معاوضه را در شمار عقود معین ذکر کرده و بدون این که ملاک و معیاری را برای تشخیص معاوضه و بیع ارائه دهد، این دو عمل حقوقی را به پیروی از فقه امامی تعریف کرده است. مشابهت نزدیک اعمال حقوقی یاد شده نباید موجب ایجاد این تصور گردد که قواعد یکسانی بر این دو عقد حاکم است. به همین دلیل هم احکام خاص بیع، مانند خیار مجلس، خیار غبن و مانند آن، در معاوضه جاری نیست. در حقوق انگلیس نیز بین بیع و معاوضه تفکیک شده و معیارهایی برای تمایز آن دو ارائه گردیده است. جستار حاضر، عهده‌دار بیان معیارهای ارائه شده در حقوق ایران و انگلیس برای تشخیص بیع و معاوضه بوده، در نهایت معیارهای حقوق ایران مبنی بر مراجعه به قصد طرفین (معیار شخصی) و در صورت عدم احراز قصد آن‌ها مراجعه به عرف (معیار نوعی) را جهت ایجاد یکپارچگی بین آرای مختلف، مناسب‌تر دانسته است.

واژگان کلیدی: بیع، معاوضه، معیار تشخیص بیع، معیار تشخیص معاوضه



۱. مقدمه

یکی از مهم‌ترین قراردادهای مطرح در فقه و حقوق، قرارداد بیع است. اهمیت این قرارداد به اندازه‌ای است که فقها لقب ام‌العقود را به آن داده‌اند [۱، ص ۲۳۰]. در نظام‌های حقوقی خارجی نیز قرارداد مذکور مورد توجه قانونگذاران واقع و مقررات گسترده‌ای راجع به آن وضع شده است. بدیهی است که قرارداد یاد شده، دارای احکام و آثاری است که مختص به آن بوده و در سایر قراردادها راه ندارد. در این میان شاید مهم‌ترین و شبیه‌ترین قرارداد به بیع، معاوضه باشد تا جایی که برخی از اندیشمندان فقهی، بیع را کامل‌ترین شقوق معاوضه دانسته و بین این دو قرارداد تفکیک نکرده‌اند [۲، ص ۲۰۴]. بر همین اساس و با توجه به این‌که قانونگذاران داخلی و خارجی، قراردادهای مذکور را یکی ندانسته و هر کدام را به صورت مستقل در ردیف عقود معین ذکر کرده‌اند، ارائه معیارهایی روشن و دقیق جهت تشخیص بیع و معاوضه از حساسیت و اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

حال سؤال اصلی این است که چه معیارهایی برای تشخیص بیع و معاوضه از سوی فقیهان امامی و حقوقدانان ایرانی و انگلیسی ارائه گردیده است؟ پرواضح است که تبیین دقیق معیارهای مذکور و مقایسه و مقارنه آن‌ها در دو نظام حقوقی به مشخص شدن نقاط ضعف و قوت حقوق داخلی و احیاناً پر کردن خلأهای موجود قانونی کمک خواهد کرد.

در پاسخ به سؤال مزبور در میان فقیهان امامیه وحدت نظر وجود ندارد، همچنان‌که حقوقدانان ایرانی و انگلیسی نیز نگرش یکسانی در این خصوص ندارند. این جستار درصدد است دیدگاه‌های ارائه شده توسط فقهای امامیه و حقوقدانان در ارتباط با مسأله مذکور در فوق را مورد بررسی قرار دهد. در این راستا ابتدا موضوع را در حقوق ایران و سپس در حقوق انگلیس مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. فالبیع أم العقود و أصلها و أوسع دائرة من جميعها، و أعم ابتلاء لعامة الناس من جميعها ... [۱، ص ۲۳۰].

۲. معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در حقوق ایران

در این قسمت ابتدا معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در فقه امامی و سپس در حقوق موضوعه بررسی می‌گردد.

۱-۲. معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در فقه امامی

به عقیده بعضی از اندیشمندان فقهی، معاوضه عبارت است از مبادله اعیان با هم [۱]، ص ۱. به عبارت دیگر، مبادله کالا به کالا را معاوضه گویند. مشهور فقیهان امامی، به دلیل صدق تعاریف مختلف بیع^۱ بر معاوضه، بر این اعتقادند که معاوضه، بیع است [۳، ص ۱؛ ۴، ص ۷۹؛ ۵، ص ۷؛ ۶، ص ۲۸]. این در حالی است که بعضی از محققان، بیع و معاوضه را یکسان ندانسته و بر این اعتقادند که اگرچه عقود مذکور، شباهت زیادی به هم دارند و بیع کامل‌ترین شکل معاوضه است؛ اما نباید چنین تصور کرد که هر دو آن‌ها یک عقدند، بلکه حقیقت این است که مفهوم بیع با مفهوم معاوضه یکسان نیست، بلکه بیع بر قسم خاصی از مبادله اطلاق می‌گردد [۵، ص ۷].^۲

اندیشمندان فقهی که به تمایز بیع و معاوضه اعتقاد دارند، معیارهایی را برای تشخیص بیع و معاوضه ارائه کرده‌اند [۵، ص ۷؛ ۳، ص ۱]. بعضی، معامله کالا در برابر وجه نقد را بیع دانسته و گفته‌اند که اگر یکی از عوضین کالا و دیگری وجه نقد باشد، در این صورت کسی که کالا را می‌دهد با بیع و کسی که وجه نقد را می‌پردازد مشتری نامیده می‌شود [۵، ص ۷].

۱. برای دیدن تعاریف فقها در رابطه با بیع ر.ک: [۷، ص ۳۷۶؛ ۸، ص ۲۴۰؛ ۹، ص ۲۳۶؛ ۱۰، ص ۳۵۲؛ ۱۱، ص ۱۹۱؛ ۱۲، ص ۱۹۵؛ ۱۳، ص ۲۶۷؛ ۱۴، ص ۲۰۳؛ ۱۵، ص ۴۶۲؛ ۱۶، ص ۱۲۳؛ ۱۷، ص ۴۴۷؛ ۱۸، ص ۵۱۰؛ ۱۹، ص ۲۶۴؛ ۲۰، ص ۱۴۶؛ ۲۱، ص ۲۰۵؛ ۲۲، ص ۱۰۷ و ۱۰۸؛ ۲۳، ص ۱۳۹؛ ۲۴، ص ۷۹؛ ۲۵، ص ۲۱؛ ۲۶، ص ۵۳؛ ۲۷، ص ۹۶؛ ۲۸، ص ۵۲؛ ۲۹، ص ۳۳؛ ۳۰، ص ۱۵؛ ۳۱، ص ۱۸؛ ۳۲، ص ۹۹؛ ۳۳، ص ۶۱؛ ۳۴، ص ۳۵].

۲. عبارت این فقیه ارجمند بدین صورت است: «و تحقیق نلک ان مفهوم البیع لایساق مفهوم المبادله بین شیئین بل یطلق البیع علی قسم خاص من المبادله» [۵، ص ۷].



بعضی دیگر [۳، ص ۱] معیار و راه تشخیص بیع و معاوضه را مراجعه به قصد طرفین معامله دانسته و بر این اعتقادند که اگر در معامله‌ای، هر دو عوض، وجه نقد باشد یا هر دو عوض کالا باشد،^۱ در صورتی که قصد یکی از طرفین قرارداد از مبادله این باشد که مالیت مالش را در ضمن هر کالایی که باشد، حفظ کرده و مانند تجار تحصیل سود کند و قصد دیگری این باشد که فقط حاجت و نیاز خود را رفع کند، قرارداد مذکور بیع بوده و باید شخص اول را بایع و شخص دوم را مشتری نامید. به بیان دیگر می‌توان گفت که هدف بایع در عقد بیع این است که مالیت مال خود را حفظ کند و هدف مشتری این است که کالای مورد نیاز خود را به دست آورد، در حالی که در معاوضه هدف هر یک از طرفین قرارداد، حفظ مالیت کالای خود است. این دسته از فقیهان با ذکر این نکته که در معاوضه بر هر کدام از کالاهای مبادله شده، عوض و معوض اطلاق می‌گردد، در حالی که در بیع، یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن نامیده می‌شود، بر استقلال بیع و معاوضه و عدم خلط مفاهیم مزبور تأکید کرده‌اند [۳، ص ۱].

۲-۲. معیارهای تشخیص بیع و معاوضه در حقوق موضوعه

قانونگذار مدنی با ذکر معاوضه در شمار عقود معین، بین معاوضه و بیع قائل به تفکیک شده و معاوضه را در ماده ۴۶۴ قانون مدنی این‌گونه تعریف کرده است: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه این‌که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد».

بدیهی است که تعریف مزبور با مفهوم بیع^۲ شباهت زیادی دارد؛ زیرا مطابق ماده

۱. بیشتر فقیهان امامی عوض را در عقد بیع، مطلق دانسته و معتقدند که عوض اختصاص به وجه نقد ندارد، بلکه می‌توان کالا و منفعت و حتی حق را نیز در بیع، عوض قرار داد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه و دیدن نظریات موافق و مخالف ر.ک: [۳۴، ص ۲۱۳؛ ۳۵، ص ۱۶؛ ۳۶، ص ۴؛ ۷۹ به بعد؛ ۳۷، ص ۴۱۰؛ ۴۰، ص ۶؛ ۴۵، ص ۲۲۵؛ ۳۳، ص ۱۷؛ ۳۸، ص ۲۳۱].

۲. برای مطالعه تعاریف حقوقی بیع ر.ک: [۴۱، ص ۱۸۲؛ ۴۲، ص ۲۵۳؛ ۴۳، ۴۴، ص ۱۶؛ ۴۵، ص ۴۶؛ ۴۶، ص ۱۴؛ ۴۷، ص ۱؛ ۴۸، ص ۱۶].

۳۳۸ قانون مدنی «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از آنجا که کلمه عوض در ماده مذکور به صورت مطلق به کار رفته و به وجه نقد اختصاص پیدا نکرده است [۳۹، ص ۲۶۵؛ ۴۰، ص ۲۷۷]، سعی حقوقدانان بر آن بوده که برای تشخیص بیع و معاوضه به ارائه معیار پردازند.

برخی از حقوقدانان در این زمینه عرف را معیار قرار داده و گفته‌اند که در عرف داد و ستد، مبادله مال به پول، بیع و مبادله کالا به کالا معاوضه است، مگر این‌که خلاف آن احراز گردد [۴۶، ص ۲۹۲؛ ۴۶، ص ۱۴]. ارائه‌دهندگان معیار مذکور، علت اختصاص ثمن به وجه نقد و مثنی به کالا را در عقد بیع، مشکلات ناشی از معاوضه کالا با کالا در گذشته دانسته و گفته‌اند که اگر یکی از کالاها تلف می‌شد و می‌خواستند قیمت آن را محاسبه کنند و یا این‌که یکی از کالاها معیوب بود و تعیین ارزش ضرورت می‌یافت، محاسبه قیمت کالای تلف شده یا محاسبه ارزش بسیار مشکل بود. به همین دلیل هم عقلاً تصمیم گرفتند که برای رهایی از مشکلات مزبور، ثمن را به وجه نقد و مثنی را به کالا اختصاص دهند. بر همین اساس، امروزه مبادله کالا در مقابل وجه نقد از نظر عرفی بیع نامیده می‌شود.

از منظر این گروه از حقوقدانان لزوم عینیت مبیع^۱ در عقد بیع^۲ از دیگر تفاوت‌های مهم بیع و معاوضه است؛ بدین ترتیب که در خرید و فروش، مبیع باید عین باشد، در حالی که در معاوضه ممکن است عوضین عین یا منفعت و یا حق مالی باشد [۴۶، ص ۳۳۹].

برخی دیگر از دانشیان حقوق معتقدند که از نظر قانون مدنی معیار تشخیص بیع و معاوضه، قصد طرفین معامله است: اگر قصد طرفین، خرید و فروش باشد، معامله منعقد شده، بیع است و اگر قصد آن‌ها خرید و فروش نباشد، قرارداد مزبور معاوضه خواهد بود. اینان ماده ۳۴۰ ق.م. را مؤید نظر خود دانسته‌اند [۴۰، ص ۲۷۸؛ ۴۹، ص ۱۰؛ ۵۰،

۱. فقها در مورد شرط لزوم عین بودن مبیع در عقد بیع به اجماع و تسالم اصحاب [۳۰، ص ۱۵]، عدم خلاف [۲۱، ص ۲۰۸]، تبادر تملیک عین از مفهوم بیع و صحت سلب تملیک منافع و حقوق از بیع و اصل عدم شمول ادله بیع بر تملیک منافع در صورت شک [۵، ص ۳۰۸] استناد کرده‌اند.

۲. برای دیدن نظر حقوقی مخالف در رابطه با شرط عینیت مبیع در عقد بیع ر.ک: [۳۹، ص ۲۶۴ و ۲۶۵؛ ۵۱، ص ۱۴۶].

۳. ماده ۳۴۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد».



ص ۱۵].

لازم به ذکر است که فرق میان دو نظریه ارائه شده این است که در قصد (اراده واقعی) طرفین، معیار، شخصی و در عرف، معیار، نوعی است. به تعبیر دیگر، اگر قصد طرفین محرز نباشد می‌توان عرف را کاشف از آن دانست. بنابراین، اگر ثمن، وجه نقد باشد، با توجه به عرف می‌توان گفت مقصود طرفین بیع بوده است. در واقع، عرف اراده ضمنی طرفین را تشکیل می‌دهد.

بنابراین، از دیدگاه دانشمندان حقوق، بیع و معاوضه متفاوت است و در نتیجه، احکام مخصوص به بیع مانند خیار مجلس، خیار غبن و مانند آن در معاوضه جاری نیست [۴۴]، ص ۵۷۹]. قانون مدنی نیز در ماده ۴۶۵ به صراحت مقرر داشته است: «در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست». به اعتقاد ما اگرچه معاوضه شباهت زیادی به بیع دارد، اما بیع نیست؛ زیرا در بیع یکی از عوضین به‌عنوان مبیع و دیگری به‌عنوان ثمن پرداخت می‌شود، در صورتی که در معاوضه چنین نیست و این مطلب به‌خوبی از قسمت اخیر ماده ۴۶۴ ق.م. که مقرر داشته: «... بدون ملاحظه این‌که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد» نیز قابل استنباط است. بر همین اساس، احکام خاصه بیع در معاوضه جاری نبوده، در مواردی که بین بیع یا معاوضه بودن قراردادی اختلاف گردد باید بر مبنای معیار شخصی و نوعی ارائه شده در این زمینه برای تشخیص قراردادهای یاد شده، تعیین تکلیف کرد.

۳. بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، معاوضه^۱ عبارت است از: مبادله کالا در برابر کالا بدون استفاده از پول^۲ [۵۲، ص ۱۵۱؛ ۵۳، ص ۴۳؛ ۵۴، ص ۸۴]. این در حالی است که بند ۱ ماده ۲ قانون بیع کالا در تعریف قرارداد بیع مقرر داشته است: «قرارداد بیع کالا، قراردادی است که به وسیله آن بایع مالکیت کالا را به ازای یک عوض پولی به نام قیمت، به خریدار منتقل

2. barter (exchange).

3. "Barter: The exchange of goods and productive services for other goods without the use of money"; [۵۲، ص ۱۵۱؛ ۵۳، ص ۴۳؛ ۵۴، ص ۸۴].

می‌کند یا بر چنین انتقالی توافق می‌کند»^۱. مطابق ماده مذکور، مؤلفه قیمت یا به عبارت دیگر «عوض پولی»^۲ بدیهی فرض می‌شود و اگر عوض لحاظ شده برای انتقال حق مالکیت، «کالا» باشد و «پول» نباشد، معامله منعقد شده معاوضه است و بیع محسوب نمی‌شود؛ زیرا براساس تعریف ارائه شده در بند ۱ ماده ۶۱ قانون مذکور^۳، «کالا» شامل «پول» نمی‌شود.

با توجه به مطالب فوق می‌توان دریافت که در حقوق انگلیس، مبادله کالا در برابر کالا، دیگر بیع به شمار نمی‌آید، بلکه این عقد، معاوضه است و قانون ۱۹۸۲ تأمین کالا و خدمات^۴ در مورد آن اعمال می‌گردد. به‌عنوان مثال اگر کشاورزی گوسفند خود را با بز کشاورز دیگر مبادله کند، قانون ۱۹۷۹ بیع کالا در مورد آن اعمال نمی‌گردد [ص ۱۴۷].

برخی از حقوقدانان انگلیسی بر این عقیده‌اند که برای تشخیص بیع و معاوضه، ابتدا باید عوض اصلی را مشخص کرد. به عبارت دیگر باید دید که «عوض اصلی» در معامله منعقد شده، «پول» است یا «کالا». در صورتی که عوض اصلی، پول باشد معامله، بیع خواهد بود [ص ۵۶]. اما باید گفت که چنین اعتقادی قابل پذیرش نیست، به دلیل این‌که در صورت مشخص شدن عوض اصلی، معامله بیع خواهد بود؛ چرا که در معاوضه، عوض اصلی و فرعی نداریم.

بعضی دیگر از حقوقدانان انگلیسی بر این اعتقادند که باید قصد طرفین را معیار تشخیص بیع و معاوضه دانست؛ بدین صورت که اگر قصد متعاقدين از انجام معامله، بیع باشد و اصطلاحات به کار رفته در معامله با بیع همخوانی بیشتر داشته باشد، قرارداد مزبور، بیع محسوب می‌گردد، حتی اگر عوض اصلی، «کالا» باشد [ص ۵۶، ص ۵]. به نظر

1. Section 2(1): “ (1) A contract of Sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the Property in goods to the buyer for a money Consideration Called Price”; Sale Of Goods Act, 1979.

2. money consideration.

3. .Section 61 (1) “(1)... “ goods ” includes all personal chattels other than things in action and money”, Sale of Goods Act , 1979.

4. The Supply of Goods and Services Act, 1982.



می‌رسد معیار یاد شده که مراجعه به قصد طرفین را ملاک تمایز بیع و معاوضه قرار داده با اصول و قواعد حقوقی که تحقق قرارداد را تابع قصد متعاملین می‌داند سازگارتر است. باید توجه داشت که در حقوق انگلیس برای انعقاد بیع، ضرورتی ندارد که «عوض»، تماماً پول باشد [ص ۳۳۷؛ ۵۸، ص ۵؛ ۵۹، ص ۶۳؛ ۶۰، ص ۲۳۸]. بر همین اساس، در مواردی که بخشی از عوض، کالا و بخشی دیگر از آن پول است، باز هم این احتمال وجود دارد که معامله صورت گرفته، بیع محسوب شود [ص ۶۱، ص ۶۷۸]. به همین دلیل، در جایی که کالایی در عوض کالای دیگر به علاوه پول، مبادله می‌شود، همواره این سؤال مطرح می‌گردد که آیا چنین معامله‌ای عقد بیع است یا عقد معاوضه؟ در این مورد می‌توان به معاوضه کالای کهنه با کالای نو - که در آن خریدار، کالای کهنه خود را در قالب چنین معاوضه‌ای با پرداخت یک قیمت سرانه به فروشنده انتقال می‌دهد - اشاره کرد. حقوقدانان انگلیسی درباره بیع یا معاوضه بودن چنین قراردادی اختلاف نظر دارند. برخی از آنان معتقدند که آن قسمت از معامله که در عوض آن، قیمت پولی پرداخت نشده بیع نبوده، بنابراین، قانون ۱۹۷۹ بیع کالا در مورد آن قابل اعمال نیست [ص ۶۲، ص ۳۶].

این نظر از این جهت که قرارداد واحد را به دو جزء تقسیم کرده و نسبت به یک جزء آن، قانون بیع کالا را قابل اعمال می‌داند قابل انتقاد به نظر می‌رسد. لازم به ذکر است که نظر یاد شده با رویه دادگاه‌های انگلیسی نیز مبنی بر بیع دانستن چنین قراردادهایی منافات دارد [ص ۶۲، ص ۳۵].

بعضی دیگر بر این عقیده‌اند که در صورتی که در این‌گونه معاملات، طرفین قرارداد، طبق معمول، یک قیمت ملی (پول) را برای کالای دست دوم به‌عنوان عوض لحاظ کنند که با قیمت خودرو جدید تهاتر شود، معامله صورت پذیرفته بیع تلقی می‌شود، حتی اگر عملاً هیچ پولی رد و بدل نگردد [ص ۵۶، ص ۶]. به اعتقاد این دسته از صاحب‌نظران در مبادله کالا به کالا، معامله انجام شده، صرفاً زمانی به معنای صحیح کلمه معاوضه است که کالایی که متعلق به یک طرف معامله است مشخصاً و صرفاً در قبال کالای طرف دیگر معامله، مبادله شود؛ مگر این‌که مؤلفه قیمت، در مبادله مذکور قابل تشخیص باشد که در صورت

اخیر می‌توان مبادله مذکور را بیع دانست [۶۲، ص ۳۴] به‌عنوان مثال در مورد پرونده آلدردیج علیه جانسون^۱، توافق شده بود که ۳۲ عدد گوساله نر به ارزش ۱۹۲ پوند توسط «آلدردیج» به «نایتس»، تحویل شود و ۱۰۰ کیسه جو به ارزش ۲۱۵ پوند توسط «نایتس» به «آلدردیج» تسلیم گردد. در قرارداد مذکور، توافق شده بود مابه‌التفاوت (۲۳ پوند)، نقداً پرداخت شود. در این مورد، دادگاه با این استدلال که مؤلفه قیمت در توافق مزبور قابل تشخیص است، به بیع بودن آن حکم داده است [۶۲، ص ۳۵]. این در حالی است که اگر معامله منعقد شده از این قرار بود که ۱۰۰ کیسه جو با ۳۲ عدد گوساله نر یا با ۳۲ عدد گوساله نر، به علاوه مبلغی پول رد و بدل گردد، بدون این‌که ارزش مالی عوض مربوط به هریک از طرفین تقویم شده باشد، معامله مذکور صرفاً یک معاوضه محسوب می‌شد [۶۲، ص ۳۴]. چنان‌که ملاحظه می‌شود ارائه‌دهندگان نظریه مذکور بر این اعتقادند که اگر در قراردادی، مؤلفه قیمت قابل تشخیص باشد قرارداد، بیع است و در غیر این صورت باید به معاوضه بودن قرارداد حکم کرد.

بعضی از نویسندگان انگلیسی نیز صحبت کردن در دایره بیع را به‌عنوان اماره‌ای برای تشخیص بیع و معاوضه ذکر کرده و گفته‌اند که اگر در مبادله کالا به کالا، طرفین تصریح کرده باشند که در دایره بیع صحبت می‌کنند، مبادله مذکور، بیع است و قانون ۱۹۷۹ بیع کالا بر آن حاکم خواهد بود و در غیر این صورت، معامله انجام شده معاوضه است [۵۵، ص ۱۴۷]. صحبت کردن در دایره بیع مثل موردی است که شخصی با یک فروشنده ماشین، توافق می‌کند ماشین خودش را با ماشینی که فروشنده مذکور مالک آن است، دقیقاً سر به سر معاوضه کند. حال در صورتی که متعاملین جهت تنظیم قرارداد و ذکر شرایط آن، از فرم استاندارد خرید و فروش استفاده کنند، مبادله انجام شده بیع است. در فرم مذکور، معمولاً ذکر می‌شود که فروشنده توافق می‌کند به ازای فلان پوند، ماشینش را به خریدار بفروشد و همچنین قبول می‌کند که به ازای مبلغ مذکور، ماشین مشتری را که به اندازه همان فلان پوند ارزش دارد، به دست آورد. به عبارت دیگر در این

1. Aldridge V. Johnson.

صورت دو قرارداد فروش صورت پذیرفته که مبلغ هر دو معامله یکی بوده است [۵۵، ص ۱۴۷].

با توجه به مطالب فوق باید گفت که در حقوق انگلیس مبادله کالا با کالا، به استثنای مواردی که طرفین تصریح کرده‌اند که در دایره بیع، صحبت می‌کنند یا مواردی که مؤلفه قیمت در آن‌ها قابل تشخیص است، قطعاً معاوضه محسوب خواهد شد. اما در مورد قراردادهای معاوضه کهنه با نو یا معاوضه‌ای که بخشی از مبلغ کالا در قالب پول پرداخت می‌شود، دادگاه‌های انگلیس به منظور فراهم آوردن امکان مطالبه قیمت برای طرفی که کالای اصلی را می‌پردازد، کاملاً تمایل دارند که قراردادهای مذکور را بیع تلقی کنند [۶۲، ص ۳۵].

۴. نتیجه‌گیری

اصطلاح «عوض» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران به صورت مطلق ذکر گردیده است. به همین دلیل هم از منظر قانونگذار مدنی، عوض اختصاص به پول نقد ندارد و به بیان دیگر، لازم نیست که عوض مال فروخته شده پول باشد، بلکه مال دیگری را نیز می‌توان عوض معامله (ثمن) قرار داد. بر این اساس در عقد بیع هم ممکن است عوضین کالا باشد. این امر سبب شده تا فقیهان و استادان حقوق، معیارهایی را برای تشخیص بیع و معاوضه ارائه دهند. به همین منظور برخی از فقیهان و حقوقدانان، مبادله کالا در مقابل وجه نقد را بیع دانسته‌اند. بعضی دیگر با تکیه بر لزوم احراز قصد طرفین، برای تشخیص بیع و معاوضه به ارائه معیار شخصی پرداخته، بر این اعتقادند که در مبادله کالا در برابر کالا، اگر قصد یکی از متعاملین تحصیل سود و قصد دیگری رفع نیاز خود باشد، مبادله مزبور بیع است. این در حالی است که برخی دیگر از حقوقدانان در این زمینه داوری عرف را پذیرفته و معیار نوعی را برای تشخیص بیع و معاوضه مد نظر قرار داده‌اند. این در حالی است که در حقوق انگلیس، اگر کالایی صرفاً در مقابل کالای دیگری

مبادله شود، معامله صورت گرفته معاوضه نامیده می‌شود؛ زیرا براساس بند ۱ ماده ۶۱ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، «کالا»، شامل «پول» نمی‌شود. حقوق انگلیس در این مورد با حقوق ایران هماهنگ نیست؛ زیرا در ماده ۳۳۸ ق.م. کلمه «عوض» به طور مطلق به کار برده شده و ممکن است مبادله کالا در برابر کالا هم بیع محسوب گردد؛ در حالی که در حقوق انگلیس چنین مبادله‌ای قطعاً معاوضه است، مگر این‌که مؤلفه قیمت در آن قابل تشخیص باشد.

همچنین در حقوق انگلیس لازم نیست که عوض به طور کلی، پول باشد، بلکه می‌توان پول را همراه با کالا یا چیز ارزشمند دیگری عوض قرار داد. در این رابطه معیارهایی از سوی حقوقدانان انگلیسی برای تشخیص بیع و معاوضه ارائه گردیده است. برخی از آنان، قصد طرفین را در زمینه مزبور ملاک قرار داده‌اند. این معیار مشابه معیاری است که در حقوق ایران وجود دارد. در مقابل، بعضی دیگر از اندیشمندان حقوق انگلیس بر این عقیده‌اند که ابتدا باید عوض اصلی در مبادله مشخص گردد. در این صورت، اگر پول، عوض اصلی باشد، معامله صورت گرفته، بیع خواهد بود. عده‌ای دیگر قائلند که در مورد آن قسمت از معامله که در عوض آن، «پول» پرداخت نگردیده، قانون بیع کالا قابل اعمال نیست. سرانجام برخی از نویسندگان حقوق انگلیس چنین نظر داده‌اند که اگر طرفین، یک قیمت ملی را برای کالای مورد مبادله به‌عنوان عوض لحاظ کنند که با قیمت کالای دیگر، تهاتر گردد، حتی اگر عملاً پولی رد و بدل نشود، معامله مزبور بیع خواهد بود. به هر حال، به نظر می‌رسد که معیارهای ارائه شده در فقه امامی و حقوق موضوعه ایران، از جهت جلوگیری از تشتت آرا، مناسب‌تر از معیارهای موجود در حقوق انگلیس است.

۵. منابع

- [۱] سبزواری، سید عبدالاعلی، مذهب الأحكام، ج ۴، ج ۲۰، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳.
- [۲] گلپایگانی، سید محمد رضا، بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب، قم، چاپخانه



خیام، ۱۳۹۹.

[۳] خمینی، مصطفی، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی (ره)، ۱۴۱۸.

[۴] شیخ انصاری، مرتضی، المكاسب، چ ۲، تبریز، انتشارات تقی علامه، ۱۳۶۷.

[۵] خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲.

[۶] شکاری، روشنعلی، شرح و ترجمه متون فقه (بیع و خيارات)، تهران، نشر کشاورز، ۱۳۸۰.

[۷] شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامامیه، چ ۲، ج ۲، قم، المكتبه الرضویه، ۱۳۸۷.

[۸] حلی، محمد بن ادریس، السرائر، چ ۲، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱.

[۹] طوسی، ابوجعفر محمد بن علی، الوسيله الی نیل الفضیله، قم، مكتبه السيد المرعشی، ۱۴۰۸.

[۱۰] حلبی، تقی الدین نجم الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان، مكتبه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳.

[۱۱] شهید اول، الدروس الشرعیه، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴.

[۱۲] شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۳، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴.

[۱۳] محقق حلی، نجم الدین ابوالقاسم، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چ ۲، ج ۲، تهران، انتشارات الاستقلال، ۱۴۰۹.

[۱۴] محقق کرکی، ابوالحسن علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۸.

[۱۵] علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱، نجف، مكتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریّه، بی تا.

[۱۶] —————، نهایی الاحکام فی معرفه الاحکام، ج ۲، چ ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ. ق.

- [۱۷] _____، قواعد الأحكام، قم، منشورات الرضی، بی‌تا.
- [۱۸] طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴.
- [۱۹] طباطبائی، سید محمد، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی‌تا.
- [۲۰] حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴، قم، مؤسسه آل البيت، بی‌تا.
- [۲۱] نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۹، ج ۲۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.
- [۲۲] دزفولی کاظمی، شیخ اسدالله، مقابیس الانوار، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی‌تا.
- [۲۳] محقق اردبیلی، مولی أحمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۸، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱.
- [۲۴] اراکی، شیخ محمد علی، کتاب البیع، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵.
- [۲۵] مقدس نجفی، محمد هادی، کتاب البیع (تقریرات البحث الکلپایگانی)، ج ۲، بی‌جا، بی‌تا.
- [۲۶] طباطبائی، یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- [۲۷] محقق نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.
- [۲۸] خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲.
- [۲۹] _____، منهاج الصالحین (المعاملات)، ج ۴، ج ۲، بیروت، دارالهادی، ۱۳۹۴.
- [۳۰] خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۴، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
- [۳۱] آملی، شیخ محمد تقی، تقریر بحث النائینی (کتاب المکاسب و البیع)، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسین، ۱۴۱۳.
- [۳۲] مروارید، علی اصغر، سلسله الینابیع الفقهیة، ج ۱، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، الدار



الاسلامیه، ۱۴۱۰.

[۳۳] مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه (کتاب البیع)*، ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۳.

[۳۴] مامقانی، عبدالله، *مناهج المتقین فی فقه ائمه أهل الحق و البقین*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۴.

[۳۵] اصفهانی، شیخ محمد حسین، *الاجاره*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹.

[۳۶] آخوند خراسانی، محمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، تهران، وزاره الارشاد الاسلامی، ۱۴۰۶.

[۳۷] خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی (ره)، ۱۳۷۹.

[۳۸] محقق سبزواری، محمد باقر، *کفایه الأحکام*، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی تا.

[۳۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.

[۴۰] صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (تعهدات و قراردادها)*، ج ۲، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.

[۴۱] بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۹.

[۴۲] عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، *حقوق مدنی*، ج ۷، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲.

[۴۳] حائری شاهباغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.

[۴۴] امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۵، ج ۱، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۵۳.

[۴۵] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، تهران، انتشارات بنیاد راستاد، ۱۳۵۷.

[۴۶] کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، ج ۳، تهران، نشر دادگستر و

میزان، ۱۳۷۸ و حقوق مدنی (عقود معین ۱) چ ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.

[۴۷] افشار، اسدالله، «مباحثی از قانون مدنی ایران (نکاتی پیرامون عقد بیع)»، نشریه کار و کارگر، ش ۲۴، ۱۳۷۷.

[۴۸] شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (۶)، عقود معین (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.

[۴۹] نوین، پرویز؛ خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی (۶)، (عقود معین)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷.

[۵۰] گرجی نژاد، شیرزاد، مجموعه سؤال و جواب حقوق مدنی (۶)، (مبحث بیع و اجاره)، تهران، انتشارات طلائی، ۱۳۷۵.

[۵۱] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی و حقوق جزا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.

[52] Black's *Law Dictionary*, 6 th ed. , London, West Publishing Co, 1990.

[53] Gifis, Steven, *Law Dictionary*, 3rd ed, . United States of America, Barron's Education Series, 1984

[54] Hornby, A. S. , *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 4th ed. , London, Oxford University Press, 1989.

[55] Heaton, Derek. T. , *Commercial Law ; Text and Seminar workbook*, London, Prentice Hall, 1991.

[56] Borrie, Gordon, *Commercial Law*, 4 th ed. , London, Butterworths, 1975.

[57] Hugh , Jones , *Publishing Law* ,1ed , . London , New Fetter Lance, 1996.

[58] Treitel, G. H. , 10th ed. , *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1999.

[59] Dobson, A. P., 4 th ed. , *Sale Of Goods and Consumer Credit*, London, Sweet & Maxwell, 1989.



[60] Charls worth's *Business Law*, 16 th ed, . London, Sweet & Maxwell, 1997.

[61] Chitty *On Contracts*, vol. 2 (General Principles), 23th ed, . London, Sweet & Maxwell, 1968.

[62] Benjamin's *Sale of Goods*, 5 th ed. , London , Sweet & Maxwel, 1997.