

مدنی ۶

حقوق بیع داخلی

تألیف

دکتر مہراب داراب پور

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

انتشارات جنگل

سرشناسه
عنوان و نام پدیدآور : مدنی ۶: حقوق بیع داخلی / تألیف: مهراب داراب پور.
مشخصات نشر : تهران: جنگل: جاودانه، ۱۳۹۲
مشخصات ظاهری : ۳۸۴ ص.
شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۳۱۶-۰۹۶-۵
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : کتابنامه.
یادداشت : نمایه.
موضوع : معاملات (فقه)
موضوع : خرید و فروش (فقه)
موضوع : حقوق مدنی (فقه)
رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/۵۲م۴ ۱۳۹۲
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۷۲
شماره کتابشناسی ملی : ۳۳۸۸۸۶۱

سید
جنرل

عنوان کتاب: مدنی ۶: حقوق بیع داخلی
تألیف: دکتر مهراب داراب پور
ناشر: انتشارات جنگل، جاودانه
ویراستار: دکتر فاطمه (نیلوفر) مرادی
ناظر فنی: امین لشکری
نوبت و سال چاپ: اول، ۱۳۹۲
قطع و تیراژ: وزیری، ۱۰۰۰ نسخه
قیمت: ۱۲۰۰۰۰ ریال با جلد نفیس
شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۳۱۶-۰۹۶-۵

[http:// www.junglepub.org](http://www.junglepub.org)

[email:// Info@junglepub.org](mailto:Info@junglepub.org)

تلفن: ۰۲۱-۶۶۴۸۶۱۱۵-۹-۶۶۴۸۲۸۳۰
۰۳۱۱-۳۲۰۵۰۶۷-۳۲۰۳۸۰۰-۹

«حق چاپ برای ناشر محفوظ است»

فهرست مطالب

۱	پیش‌گفتار.....
	بخش اول: کلیات قراردادهای خرید و فروش داخلی و نحوه‌ی تشکیل آن‌ها
۱۹	فصل اول: کلیات حقوق قراردادهای خرید و فروش داخلی.....
۱۹	مبحث اول: بیع، مادر تعهدات در حقوق اسلامی.....
۱۹	گفتار اول: مفهوم عقد بیع.....
۲۱	گفتار دوم: ماهیت و ذات عقد بیع.....
۲۴	مبحث دوم: منابع و مستندات بیع و اوصاف آن.....
۲۴	گفتار اول: منابع و مستندات بیع.....
۲۵	بند اول: کتاب.....
۲۸	بند دوم: سنت.....
۲۸	بند سوم: عقل و عرف.....
۲۹	بند چهارم: اجماع.....
۲۹	گفتار دوم: اوصاف عقد بیع.....
۳۳	بند اول: تملیکی بودن عقد بیع.....
۳۷	بند دوم: معاوضی بودن عقد بیع و تعادل اقتصادی عوضین.....
۳۸	بند سوم: لزوم عقد بیع.....
۴۳	فصل دوم: تشکیل عقد بیع و انواع عمده‌ی آن.....
۴۵	مبحث اول: تشکیل عقد بیع.....
۵۰	گفتار اول: تراضی متعاقدين یا قصد انشاء عقد و رضایت بر آن.....
۵۸	گفتار دوم: اهلیت طرفین معامله و اختیار تصرف.....
۶۳	گفتار سوم: مورد معامله (خصوصیات مبیع و ثمن).....
۶۷	بند اول: عوض و معوض و اوصاف آن‌ها.....
۷۸	بند دوم: چگونگی تعیین مبیع.....
۸۱	بند سوم: توابع مبیع.....

۸۴	بند چهارم: مقدورالتسلیم بودن مبیع
۹۰	بند پنجم: سایر نکات مرتبط با قدرت بر تسلیم
۹۱	گفتار چهارم: مشروعیت جهت معامله
۹۴	مبحث دوم: انواع عمده‌ی بیع
۹۵	گفتار اول: بیع املاک
۱۰۱	گفتار دوم: بیع آپارتمان در شرف ساخت
۱۱۹	گفتار سوم: بیع صرف
۱۲۳	گفتار چهارم: بیع آفرینش‌های فکری و اموال غیرمادی

بخش دوم: ایجاد و خاتمه‌ی حقوق و تعهدات متعاقدين در عقد بیع

۱۳۳	فصل اول: حقوق و تعهدات متعاقدين در عقد بیع
۱۳۳	مبحث اول: تعهدات و حقوق فروشنده
۱۴۳	گفتار اول: تعهدات فروشنده
۱۴۴	بند اول: ترتیب انتقال مالکیت
۱۵۱	بند دوم: تسلیم مبیع
۱۹۴	بند سوم: تسلیم مدارک و مستندات مبیع
۱۹۶	گفتار دوم: حقوق فروشنده
۱۹۶	بند اول: حقوق عینی یا واقعی فروشنده
۲۲۳	بند دوم: حقوق دینی فروشنده
۲۳۱	مبحث دوم: تعهدات و حقوق خریدار
۲۳۱	گفتار اول: تعهدات خریدار
۲۳۱	بند اول: پرداخت ثمن
۲۴۱	بند دوم: قبض مبیع
۲۴۱	گفتار دوم: حقوق خریدار
۲۴۲	بند اول: الزام فروشنده از طریق اعمال حقوق عینی و دینی
۳۵۰	بند دوم: الزام فروشنده به ایفای عین تعهد
۳۵۷	بند سوم: مطالبه‌ی خسارات وارده از فروشنده

مبحث سوم: حقوق و تعهدات مشترک متعاقدين	۲۷۰
گفتار اول: رعایت حسن نیت در مذاکره، انعقاد و اجرا و تفسیر قرارداد	۲۷۰
گفتار دوم: امکان تعدیل و اصلاح قرارداد	۲۷۳
گفتار سوم: نقض قابل پیش‌بینی قبل از اجرای قرارداد	۲۷۵
گفتار چهارم: وظیفه‌ی مقابله با خسارات	۲۷۶
گفتار پنجم: وظیفه‌ی محافظت از عوضین و استرداد آن	۲۷۶
بند اول: حفاظت از عوضین	۲۷۷
بند دوم: ضمان مبیع در قانون مدنی	۲۷۷
بند سوم: ضمان مبیع در فقه اسلامی	۲۷۸
گفتار ششم: مقارنه‌ی سود و خسارت	۲۸۴
فصل دوم: پایان تعهدات متعاقدين در عقد بیع	۲۸۹
مبحث اول: پایان قرارداد با ایفای تعهد	۲۸۹
مبحث دوم: پایان تعهدات متبایعین از طریق بیع مالم یقبض و انتقال حقوق و تعهدات	۲۹۳
گفتار اول: بیع طلب	۲۹۴
گفتار دوم: بیع مبیع به شخص فروشنده	۲۹۶
مبحث سوم: پایان بیع‌های بی‌سرانجام	۲۹۷
گفتار اول: بطلان قراردادها	۲۹۷
گفتار دوم: پایان تعهدات به اقاله یا تفاسخ	۳۰۱
گفتار سوم: عدم امکان اجرای قرارداد بیع	۳۰۴
بند اول: انحلال ناشی از فورس‌ماژور	۳۰۴
بند دوم: پایان قهری بیع = انفساخ = انحلال	۳۰۵
مبحث چهارم: پایان ارادی بیع	۳۱۳
گفتار اول: قبول مبیع با امکان مطالبه‌ی خسارت	۳۱۵
گفتار دوم: قبول مبیع با تحمل خسارت	۳۱۸
بند اول: خیار رؤیت و تخلف وصف	۳۱۸
بند دوم: خیار تخلف شرط	۳۲۱
کتاب‌نامه	۳۲۵
فهرست آیات کریمه	۳۵۳

۳۶۱.....	فهرست احادیث شریفه
۳۶۵.....	فهرست مواد قانونی
۳۶۹.....	فهرست واژه‌های حقوقی کتاب
۳۷۳.....	اختصار کلمات (Abbreviations)
۳۷۴.....	نام برخی از تصنیفات، تألیفات، ترجمه‌ها و مقالات دکتر مهربان داراب‌پور

www.ketab.ir

راضی اگر شوی که کمال تو حاصل است
هر چند بیم موج در آکناف ساحل است
شرط است نام دوست به صدر معاملات
ور نه بدون عشق که هر بیع باطل است!

پیش‌گفتار

نگارش جدید از قواعد و مقررات خرید و فروش در مقابل سایر نوشتارهای مرتبط با مام معاملات، امری سحرانگیز و دلنشین است. همه‌ی تعهدات در حقوق اسلامی از سرچشمه‌ی فیض این مادر قراردادهای برمی‌خیزند. بنابراین، اصول اصلی و اساسی کاربردی آن در قلب همه‌ی معاملات، جا خوش کرده است. رسم رایج در بین حقوقدانان این بوده و هست که در کنار جویبار قانون مدنی قدم زنند و به هر باغ و مزرعه‌ای که می‌رسند، آن را آبیاری کنند تا به باغات و مزارع دوردست، برسند. گاهی برخی از حقوقدانان با این جویبار به اقیانوس می‌رسیدند و مستانه در آن شنا می‌کردند، ولی مشتریان و همراهان خود را به گرداب دریاهای می‌سپردند. در این سفر طولانی، تمام توجه این دریادلان، به آب و حرکات سوزون آن و درختان کنار جویبار جلب می‌شد و دیگر توجهی به مالک، باغبان و خریداران نمی‌نمودند. بنابراین، صاحبان قلم، بیشتر زمان گرانبهای خود را صرف آثار بیع و توضیح و تشریح خیارات و مبانی فقهی، نظری و قانونی آن‌ها می‌کردند. فروشنده از حقوق و وظایف خود بی‌اطلاع بود و خریدار هم تکلیف و حق خود را نمی‌دانست و حتی اگر هم قصد داشتند در آن غور و بررسی کرده و همراه نویسندگان حقوقی حرکت کنند، با این که به دریا می‌رسیدند اما در گرداب‌های آن سرگردان می‌ماندند.

نگارنده از همراهان خود می‌خواهد که شکستن این رسم مردود را نقض عهد به‌شمار نیاورند، بلکه آن را تکمیل‌کننده‌ی تئوری‌ها و نظریات بزرگان حقوق محسوب نمایند. کسانی که در عمل، درگیر خرید و فروش بودند، نمی‌توانستند و نمی‌توانند برای تعیین حقوق و وظایف خود به کتابی مراجعه کنند که به‌جای پردازش تئوری‌ها، سیر عملی بیع را در نوشتار خود به‌عنوان معیار قرار داده باشد. بنابراین، این کتاب برای پر کردن خلأ فوق نگارش یافت.

در آغاز کتاب به محض این‌که خواننده با بیع، ماهیت و اوصاف آن آشنا می‌شود، می‌تواند با مطالعه‌ی رویه‌ی عملی تشکیل و انعقاد عقد بیع به آرامش دست یابد و انواع مهم و عمده‌ی آن را با زبان ساده‌ی حقوقی بشناسد و در عین حال، نگارنده را به خاطر عدم امکان طرح اصطلاحات دشوار و سنگین حقوقی و آوردن واژه‌های مأنوس دیگر که در عرف حقوقدانان نامأنوس است، ملامت نکند. لازم نیست پس از بیع (که از باب مسامحه، قرارداد یا عقد بیع نامیده شده)، خواننده (اعم از دانش پژوه و غیره) منتظر طرح مباحث آثار بیع و تشریح فنی‌ی‌خيارات باشد. از نظر عملی، او نگران حقوق و وظایف طرفینی است که عقد را منعقد کرده‌اند، بنابراین، به محض این‌که به بخش دوم کتاب می‌رسد، در فصل اول، تعهدات و حقوق انفرادی فروشنده و خریدار را به‌صورت جداگانه می‌یابد که حقوق و تعهدات مشترک متعاقدين هم بی هیچ فاصله‌ای از بی آنها می‌رسند.

طرفین قرارداد، مانند خواننده، نگران این هستند که کی و چگونه تعهدات متعاقدين به پایان می‌رسد؟ انتقال طلب و ایفای تعهد چگونه است؟ پایان بیع‌های بی‌سرانجام به کجا منتهی می‌شود؟ پایان قهری و ارادی بیع چگونه صورت می‌پذیرد و خسارت وارده چگونه جبران می‌شود؟ او، به پاسخ همه‌ی این سؤالات و اهداف، در فصل آخر همین کتاب می‌رسد، درحالی‌که هنوز نشاط و شادابی در چهره‌اش نمایان است. او در کتاب حاضر، کنار ساحل نجات، به رفت و آمد

کشتی‌های تجاری که پرندگان زیبا پروانه‌وار در اطرافشان پرواز می‌کنند و به بعضی خوش‌آمد می‌گویند و بعضی را بدرقه می‌کنند، دل می‌بازد، درحالی‌که قواعد و مقررات مقاوله و بیع، اعم از انعقاد و اجرا و پایان آن را به‌خوبی در ذهن خلّاق خویش مرور می‌کند.

اصول حاکم بر تحریر کتاب حاضر

هرجا معیار مشخص باشد، تصمیم‌گیری آسان است. اگر مبنا و معیاری در کار نباشد، نویسنده در امواج نظریات و ایده‌های سرگردان خود، خواهند ماند و ثمره‌ای نیز به‌بار نخواهد آمد. در نوشتار حاضر، هنگام تعارض معیارها، جز در موارد حمایت از مصرف‌کننده، جانب عدل و عدالت طرفینی رعایت شده است. بنابراین، در ابتدای این کتاب، لازم است اصول و قواعدی که در نوشتن این کتاب مورد نظر نگارنده بوده، مطرح شوند تا خواننده را همراه خود به ساحل مقصود ببرند. بی‌شک بیان مختصر و بدون شرح این اصول و مبانی، خالی از لطف نیست.

- ۱- این کتاب از نظر شکلی، بیشتر به رویه‌ی عملی نجان وابسته است تا به سیره‌ی عرفی نویسندگان حقوقی، بنابراین، به‌جای بررسی آثار بیع و ذکر خيارات، به ایجاد حقوق و تعهدات و زوال آن پرداخته است تا، با رعایت مقررات قانون مدنی، بیش از بیع نظری به بیع عملی وفادارتر بماند.
- ۲- اصول و مقررات حاکم بر قراردادها، نباید سرمایه‌ی جامعه را بر باد دهند و موجب وهن جامعه‌ی حقوقی کشور شوند. پس هر اصل غیر عرفی که این سرمایه را به باد می‌دهد، باید مهجور بماند.
- ۳- انعقاد و اجرای قرارداد، نباید باعث ضرر غیرمتعارف به متعاملین و جامعه شود، بلکه باید فلسفه‌ی بُرد بُرد متعاملین، در جای‌جای مقررات تکمیلی قرارداد بیع مراعات شود.

۴- متعاقدين، قرارداد خود را با هدف فسخ، انحلال و بطلان منعقد نمی‌کنند. هدف آنان انعقاد قرارداد صحیح و اجرای آن است. پس باید به این هدف پایبند بود و همه‌ی قراردادهای را حمل بر صحت کرد.

۵- در معاملات تجاری هیچ حقی بدون جهت قانونی به یکی از متعاملین داده نمی‌شود. هر حق در مقابل یک وظیفه است. هر عوضی در مقابل یک معوض است و هر تملیکی در مقابل تعهدی دیگر است. به طور معمول صلح بلاعوض، هبه و امثال آن‌ها، که انتقال مالکیت بدون عوض حاصل می‌شود، در قراردادهای تجاری جایگاهی ندارد.

۶- به اصل آزادی در مذاکره، انعقاد، اجرا و انحلال قراردادهای، نگارش و عدم نگارش آن‌ها، تفسیر، تعدیل و اصلاح عقود، تا سرحد امکان، در معاملات تجاری توجه شده است؛ با این فرض که متعاقدين، قدرت معاملاتی برابر دارند. در مورد مصرف‌کنندگان و قشرهای آسیب‌پذیر، تعدیل ضروری، جایز شمرده می‌شود. این اصل آزادی، نباید حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند. مثلاً نمی‌توان با عقد بیع، رباخواری را تجویز کرد. هر گاه هدف، رباخواری باشد، معامله از اصل باطل است، هر چند از نظر شکلی هیچ ایرادی بر آن وارد نباشد.

۷- اگر معاملاتی منعقد و به‌طور اساسی اجرا شده باشد، نمی‌توان اجرای متعاقدين را نادیده انگاشت؛ به‌ویژه اگر با تراضی طرفین به اجرا درآمده باشد. اعلام بطلان، فسخ یا انحلال چنین معاملاتی، خلاف فلسفه‌ی تعهدات است. البته، این امر باعث نشده است که مقررات قانونی در جای خود بیان نشود.

۸- اصل لزوم معاملات در قراردادهای تجاری بین المللی و عرف به‌معنای ایفای عین تعهد نیست، بلکه به معنای تخییر متعهد است که یا آن را اجرا کند یا به پرداخت خسارت مبادرت ورزد. اما در معاملات داخلی، اصل لزوم قراردادهای به همان نحوی تفسیر و تعبیر می‌شود که حقوقدانان بزرگ به آن همت گمارده و دادگاه‌های داخلی به آن عمل کرده‌اند.

۹- عدالت در معاملات، به معنای تعادل عرفی ارزش اقتصادی عوضین، معیاری است که عدول دانسته از آن جایز نیست. عدل و عدالت، حاکم بر اصول و مقررات است نه تابع آن. هیچ حکم شرعی نمی‌تواند با اصل عدالت در تعارض باشد و به طریق اولی نمی‌توان بر خلاف عدالت اجتهاد کرد. امری نیز به نام عدل اسلامی وجود ندارد. عدل، خودش معیار است و همه‌ی امور، از جمله معاملات، حول این محور اساسی به جریان می‌افتد. این معیار بر همه‌ی اصول از جمله اصول عملیه نیز حاکم است. اگر اعمال اصول عملیه، موجب وهن قانون یا قانونگذار یک کشور شود، باید به شدت با آن مقابله کرد و راهی برای فرار از آن جستجو نمود.

۱۰- معاملات باید با حسن نیت انجام شود. پس غش در معامله و تقلب و حيله‌های قانونی، جایگاهی ندارند. در انعقاد و اجرای قراردادهای، متن و شروط قراردادی به ضرر کسی تفسیر می‌شود که فاقد حسن نیت است. هرگاه عدم رعایت این اصول موجب ضرر شود، وارد کننده‌ی ضرر، مسئول پرداخت خسارت است. اعمال قاعده‌ی حسن نیت باعث می‌شود که خیار تدلیس و تفلیس و تعدّر تسلیم جز در موارد نادر و خاصی قابل اسقاط نباشد.

۱۱- در این کتاب، با رعایت مقررات قانون مدنی، به دروس خارج فقه استادان دانشمند حوزوی توجه خاص شده است. اما جز برای قانع کردن ایدئولوژی گرایان، کشف قانون و مقررات نشده است. قواعد و مقررات مربوط به معاملات، برخلاف عبادات، تعبدی نیستند که نگارنده درصدد کشف آنها برآمده باشد، بلکه تعقلی، عرفی و اعتباری هستند و هرگاه با اصول، مبانی، فلسفه‌ی معاملات و عدالت ناسازگار باشند، هرچند ناشی از اعمال اصول عملیه بوده و تلاشگران فقهی بر آن مهر صحت گذارده باشند، باید نادیده گرفته شوند. گاهی حمل نصوصی بر تعبد موجب وهن و تضعیف شرع می‌شود که از آن اجتناب شده است.

۱۲- دیدگاه‌های متفکران فقهی، به ویژه مطالب مطرح شده در دروس خارج فقه آن‌ها، با دید احترام نگریسته شده است، هرچند به ضرورت از آن‌ها پیروی نشده باشد. این ایده‌ها و نظریات منسوب به شخص آنان است که محترم است، ولو معتبر هم نباشند. به پیشنهاد برخی از بزرگان و برای رعایت غلبه‌ی صبغه‌ی قانون مدنی، در این کتاب، بسیاری از زیر نویس‌های فقهی مرتبط با تلاشگران فقهی، حذف شد تا تشکیک کمتری ایجاد شود و به قانونی و شرعی بودن آن با تردید کمتری نگریسته شود.

اگر همه‌ی علمای یک مذهب هم بر موضوعی اجماع کرده باشند، سخن اجماعی آن‌ها احترام‌آمیز است، ولی لازم‌الاطاعه نیست. اجماع در مسائل امضایی معاملات، با فرض وجود (جز در موارد نادر، مثل حرمت و حلیّت)، به معنی لزوم پیروی از آن نیست. شارع مقدّس، عرف را امضا فرموده و در نتیجه، تغییر عرفی آن را هم امضا کرده است. تعبد در معاملات، جایگاهی ندارد. ولی معمولاً آن‌چه اجماعی ملّت‌های مختلف باشد پسندیده است و مطلوب طبع مردم جهان. بنابراین، می‌توان به آن استناد کرد.

۱۳- بیع، حقیقت شرعیّه ندارد. به عبارتی دیگر، در بیان امر، شارع یا قانونگذار آن را وضع نکرده است. هرگاه بحث از بیع مطرح می‌شود، معنای عرفی آن مورد نظر است.^۱ در شرع، لفظی به نام بیع وضع نشده، بلکه از گونه بیعی که عرفی بوده است را حلال شمرده است (احل الله البیع). هرچه که مردم عرفاً و در عمل به آن بیع می‌گویند، همان عقد بیع است. بیع، قبل از اسلام و حتّی قبل از ادیان بزرگ آسمانی، وجود داشته و حقیقت آن هم دست‌خوش تغییرات مورد نیاز

۱- شیخ انصاری در مکاسب آورده است: «... ان لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیّه و المتشرعیّه بل

هو باق علی معناه العرفی، مکاسب ۱۹/۷۹.

جامعه قرار گرفته و احکامی نیز جهت صلاح دین و دنیای مردم در آن وضع و بر آن اضافه شده است (مثلاً بیع ربوی حرام است، بیع غرری صحیح نیست). تأکید بر این نکته ضروری است که موضوع بیع، هرگز تعبدی نبوده و نیست و نخواهد بود. ماهیت حقوقی بیع، ساخته و پرداخته‌ی اهل عرف است، نه کسانی که حقوقدان بوده‌اند و نه نتیجه‌ی تلاش تلاشگران فقهی. البته متشرعین با عرف نظری، بیع را بر اساس خواسته و تمایلات خود، که معمولاً نیاز جامعه را برآورده می‌کرده است تزیین کرده و گاهی آن را تحدید نموده و زمانی هم اوصاف آن را تعیین کرده‌اند.^۱

۱۴- حقوقدانان بزرگ، با هوشیاری و تیزبینی، اصلی را به نام اصل بقای عقود به رسمیت شناخته‌اند. ولی در لایه‌لای اختلال رضا و اعمال خیارات، ولو نقض بسیار جزئی صورت گرفته باشد ریشه‌ی این اصل را از بیخ درآورده‌اند. آن‌ها هرگز به آستانه‌ای که مجمع حقوقدانان در تدوین بیع بین الملل کالا بر آن توافق کرده‌اند، نرسیده‌اند. عدم امکان فسخ قراردادهایی که به طور عمده اجرا شده‌اند و قایل شدن خسارت برای نقص‌های جزئی قرارداد و عدم امکان فسخ جز در موارد نقض اساسی از جمله‌ی آن موارد است.

زنده نگه داشتن قرارداد و مقاومت در برابر اعلام فسخ، انفساخ و بطلان آن تلاشی بوده است که نگارنده در اثناء نگارش خود مدّ نظر داشته است. در مورد

۱- عرف عملی، همان عرف و عادت مورد عمل مردم و جامعه است. گاهی به فهم حقوقدانان یا تلاشگران فقهی از امر خاصی، عرف گفته می‌شود که با عنوان «عرف نظری» یا «فهم عرفی» از آن یاد می‌شود. بیع در بدو تأسیس، مرهون عرف عملی بوده، نه فهم عرفی و عرف نظری. کم‌کم متشرع، همت خود را متوجه تعریف، ابعاد، ماهیت و بیان احکام آن کردند و باعث روشن شدن موارد و مقررات آن شدند و گاهی هم انحرافات در عرف عملی به وجود آورده که دیگران تقلیدوار به تکرار آن پرداخته‌اند.

اصل بقای قراردادها باید گفت که از حدود اوایل قرن گذشته (۱۹۱۰ م.) این طرز تفکر به وجود آمد که چرا قراردادها استقرار نداشته باشند و به هر بهانه‌ی کوچکی اساس و بنیاد آن‌ها به هم ریخته شود به نحوی که گویا متعاقدين نخواسته‌اند هیچ اقدامی انجام دهند. این همه ریسیدن و بافتن را برای چه منظوری باید انجام داد؟ در دهه‌ی هفتم قرن گذشته این فکر به ثمر نشست که هرگاه نقض یکی از طرفین به گونه‌ای باشد که طرف دیگر را به طور اساسی از آن چه انتظار آن را داشته است محروم کند، باید اختیار فسخ و اخذ خسارت وجود داشته باشد و در مورد نقضی که از آن کمتر باشد باید به مطالبه‌ی خسارت اکتفا شود. در ایران هم اخیراً (سال ۲۰۰۸ م.) برخی از علمای بزرگ، آن را تحت عنوان «اصل بقاء تعهدات» به طور ناقص قبول فرموده و خود را در حقوق داخلی، مبتکر آن دانسته‌اند. به موجب این اصل، نباید با هر دست‌آویز جزئی، عقد را به سوی نابودی سوق داد؛ بلکه باید عقود را که دارای اختلال رضا هستند ارضا کرد و در رفع مشکلات و تعمیر و مرمت آن کوشید، تا صلاح متعاقدين و جامعه بیشتر محفوظ بماند. جالب است بدانیم، اصل بقای عقود در سیستمی قابل نصب و اعمال است که راه عدم نفوذ معامله به خاطر اختلال رضا را پذیرفته‌اند و برای تکمیل عقد و تکمیل اصل صحت و به خاطر بقای آن تلاش می‌کنند که باطل نشود و یا به نحوی از بین نرود. اصل بقای عقود جایگاهی پر طرفدار در نزد تلاشگران فقهی ندارد و از استقراء چند مورد که نظر بر بقای عقد داده شده است^۱، این اصل حاصل نمی‌شود، چون تا اندک خللی در اقدامات متعاقدين پیدا می‌شود، تلاشگر فقهی، دست به شمشیر خیار می‌زند و نفس قرارداد را می‌گیرد و آن را ذبح شرعی می‌کند.

۱- ر.ک. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، الفارق، جلد اول، کتابخانه‌ی گنج دانش، ۱۳۸۶.

گاهی شخصی معامله یا بیعی را برای خود تعریف می‌کند و ذات و ماهیتی برای آن قائل می‌شود و برخی شروط و قیود مغایر آن را مخالف با ذات آن یافته و آن را به کلی فاسد و مفسد عقد می‌دانند و باز هم ادعای اصل بقای عقود دارد! شاید منظور از بقای عقود، جلوگیری از بطلان منظور باشد، نه جلوگیری از فسخ معامله.

دانه‌ی فلفل سیاه و خال مهرویان سیاه هر دو جانشوزند اما این کجا و آن کجا؟ در این نوشتار، اصل بر ثبات معاملات، به‌عنوان یک اصل لازمی تجارت، گذارده شده است، نه به گونه‌ای که فقط محدود به بطلان معاملات شود و نه به شیوه‌ای که برخی متشرعه ریشه‌ی آن را سوزانده‌اند. پس نمی‌توان گفت که اسقاط کافه‌ی خيارات، موجب غرر است و معامله باطل می‌باشد، هرچند استادان بزرگ حقوق بر این عقیده استوار بمانند.^۱ گاهی شرایط معاملاتی و منافع طرفین ایجاب می‌کند که همه‌ی خيارات ساقط شوند.

۱۵- از توازن تعهدات طرفین در انعقاد و اجرای قرارداد، چنین استنباط شده است که همین توازن در اقاله، انفساخ و فسخ هم وجود دارد. یعنی در بازگرداندن عوض و معوض هم همان قواعد، تا نهایت امکان، حاکم است. پس در بازگرداندن مبیع و ثمن، برخلاف آنچه برخی استادان بزرگ حقوق فرموده‌اند، برای طرفین، حق حبس وجود دارد.^۲ به‌همین منوال، فروشنده‌ای که می‌تواند از باب تأخیر در تأدیه‌ی ثمن، به نرخ خاص یا مقدار معینی خسارت تأخیر تأدیه

۱- مقایسه کنید با جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، صد مقاله، ۳/۱۱؛ الفارق، دایره‌المعارف

عمومی حقوق، کتابخانه‌ی گنج دانش، ۱۳۸۶، جلد دوم، ص ۷۸.

۲- مقایسه کنید با کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره‌ی عقود معین، حقوق مدنی، شرکت سهامی

انتشار، ۱۳۸۴، ص ۱۸۵.

برای عدم پرداخت ثمن مطالبه کند، باید در صورت تأخیر در استرداد ثمن نیز مأخوذ به همان تعهداتی باشد که بر طرف مقابل بار نموده است، هرچند در قرارداد، از آن ذکری نشده باشد.

۱۶- تلاش نگارنده بر این بوده که بدون ارجاع به بیع بین‌المللی و حقوق خارجی، که تخصص و تجربه‌ی گسترده‌ای در آن دارد، به تفسیر قانون ایران بپردازد. هرگاه اختلاف در نظریه‌های حقوقدانان یا تلاشگران فقهی پیش آمده با توجه به نظریات مختلف و ادله و بحث در دلایل مختلف، اجتهاد در پذیرش یکی از نظریات یا ارائه‌ی نظریه‌ای جدید شده است. مثلاً در معامله‌ی معوض پس از تلاش در مسایل فقهی این نظر استوار گردیده است که ملاک انتقال ضمان معاوضی در همه‌ی معاملات معوض، تسلیم مبیع یا مبیع بالقوه (یا ثمن عین معین) است و در استرداد مبیع و ثمن در بیع فاسد یا مورد تفاسخ نیز تسلیم عوض و معوض، ملاک انتقال مجدد ضمان معاوضی به متبایعین پیشین است. دیگران یا تلف مبیع قبل از قبض یا خلاف قاعده فرض کرده و یا دایره‌ی آن را به اندازه‌ای محدود نموده‌اند که قاعده‌ای فراگیر از آن به دست نمی‌آید. در زمان انتقال ضمان معاوضی، حتی در مورد مبیع بالقوه برای اخذ به سوم، هم همان ملاک تسلیم حاکم است، هرچند معامله‌ای منعقد نشود.

۱۷- هدف از تحریر این کتاب، حل مشکلات بر اساس نظریه‌ی کشف نیست و گفتار این و آن نیز براساس معیارهای نگارنده، تجزیه و تحلیل شده است. هدف این نیست که قانونی کشف شود و متعاقدين و مردم را ملزم به آن نماید که این راه حل نامطلوب قرن‌ها مردم را به عقب می‌راند و نه تنها مشکلی را حل نمی‌کند، بلکه گاهی موجب وهن و تحقیر می‌شود. هدف این است که چگونه می‌توان مشکلات مردم را، بر اساس عرف، عدالت، انصاف و کمالات انسانی حل و فصل کرد، به نحوی که مردم به حیات طیبه و آرامش مادی و معنوی

نزدیک‌تر شوند! هر قاعده، فکر و نظریه‌ای که معلوم شود برخلاف موازین فوق است، به‌ویژه اگر مربوط به نگارنده‌ی حاضر باشد، باید به کنار نهاده شده و نادیده گرفته شود.

۱۸- در مباحث این کتاب، اموال مادی و معنوی به عنوان مبیع (و گاهی هم با لفظ کالا) و وجه نقد به عنوان ثمن فرض شده است. این اقدام، که بر عرف و عادت امروزی استوار است، برای سهولت در بحث مبیع و ثمن و حقوق تعهدات طرفین صورت گرفته است. بنابراین، نگارنده منکر امکان تعیین ثمن به کالای دیگر یا حتی خدمات، مطالبات، کار و امثال آن نیست. او رویه‌ی عرفی را در پیش گرفته است. هرگاه ثمن از اشیایی باشد که مبیع واقع می‌شوند، قواعد مبیع در این‌گونه ثمن‌ها هم جاری و ساری شده است یعنی ثمن شخصی تابع قواعد و مقررات مبیع شخصی است.

۱۹- هیچ‌یک از متعاملین، نباید موجبات ضرر دیگری را فراهم آورد و هر کدام از طرفین که قرارداد را نقض کرد، طرف دیگر موظف است تلاش کند تا از ورود و گسترش ضرر پیشگیری نماید (قاعده‌ی مقابله با خسارات) و آلا غرامت ضررهایی که قابل جلوگیری بوده است به وی پرداخت نمی‌شود.

۲۰- با این توصیف اگر قراردادی منعقد شده باشد که همی‌خيارات را ساقط کرده باشد، برای جلوگیری از ضرر بیشتر این‌گونه تفسیر می‌شود، خیار رؤیت و تخلف وصف ساقط نشده است. اگر خیار غبن ساقط شده باشد خیار غبن فاحش (در مقابل عرفی) ساقط نشده است و اگر خیار غبن فاحش ساقط شده باشد، خیار غبن فاحش ساقط نشده است. در بیع‌های مسامحه که تعادل در موازنه‌ی ارزش اقتصادی عوضین نیست، این عنصر مشکل‌ساز نیست، چون هدف طرفین معامله انتقال مالکیت به عوض ناچیزی است که به قصد طرفین باید احترام گذاشته شود.

۲۱- ضرورت رعایت موازنه‌ی ارزش اقتصادی عوض با معوض و اعمال قاعده‌ی لاضرر باعث شده است که در موارد سکوت قانون که ضرری به طرف مقابل وارد می‌شود، نظر به رعایت پرداخت ارزش داده شود و این رفتار مختص به برخی از اختیارات نگردد.

۲۲- تلاش شده است تا در مسائل قراردادی نیز هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند، اما چون برخی از راه‌های قراردادی بسته بود، از ضمانت و اتلاف مال غیر و سایر اصول مسئولیت مدنی کمک گرفته شد، تا خلأ مسئولیت‌های قراردادی برای جبران خسارت پر شود.

۲۳- در زیرنویس‌های کتاب به رویه‌های قضایی ارجاع داده شده است تا خواننده از آن چه در عمل در دادگاه‌ها اتفاق می‌افتد غافل نماند.^۱

۲۴- برخی از دیدگاه‌های فقهی نیز در زیرنویس آورده شده است. اگر به بعضی از نظرات فقهی عمل شود، کل جامعه مقارشی و بازارها تعطیل خواهند شد و مردم از دین و دیانت فاصله خواهند گرفت. برای مثال، اگر به درستی نظر برخی از عزیزترین و بزرگترین اندیشمندان فقهی، یعنی عدم لزوم بیع که صیغه‌ی عقد در آن جاری نشده باشد (بیع معاطات) قائل شویم، منجر به ارتداد و وجوب تحمیل مجازات‌های سنگین در مورد قسمت بزرگی از تجار و دست‌اندرکاران تجاری می‌شود که به آثار جواز این گونه بیع‌ها پایبند نیستند. این نتیجه‌ی ناصواب از ضروری دین شمردن ایده‌ی جایز بودن بیع معاطاتی حاصل می‌شود! این مورد یکی از نتایج کوچک کشف قانون، بدون ملاحظه‌ی مصالح و منافع جامعه است.

۱- بیشتر این پرونده‌ها از کتاب بیع در امور مدنی چاپ معاونت آموزش دادگستری کل استان تهران است که در همان زیرنویس به صفحه‌ی مربوط به آن کتاب ارجاع داده شده است.

۲۵- اگر نویسندگان، حقوق‌دانان و دانیان فقهی به‌ویژه تحلیل‌گران اقتصادی با این ایده‌های نگارنده هم‌صدا هستند و خیر دنیا و آخرت و مصالح متعاقدين را در تبعیت و تقویت آن می‌دانند، بدون واهمه بر استدلال‌های وی بیفزایند و کاستی‌های آن را مرتفع کنند تا بالاخره یک «رأی منفی» به شیوه‌ی سلف گرانقدر داده شود و ضمن احترام به ایده‌ی آن صالحان (مثلاً ایده‌ی الاوصاف لا تقابل بالاعواض)، در اعتبار برخی از نظریات تردید جدی روا داشته تا راه‌حل‌های نو و عمل‌گرایانه‌ی اقتصادی، قدرت بروز و ظهور بیشتری پیدا کنند.

لازم است از تمامی صاحب‌نظران، به‌ویژه جناب استاد دکتر منصور امینی و جناب استاد دکتر غلامعلی سیفی زیناب و آقای محمد داراب پور کارشناس ارشد حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران که قبل از چاپ این کتاب، با ایده‌های اصلاحی خود، نگارنده را یاری رسانده‌اند، صمیمانه قدردانی می‌کنم.

الحمد لله رب العالمین

مهراب داراب پور