ماهیت فقهی حقوقی عقد معاوضه«مقایضه»

عبدالله برهانی[1]

چکیده

عقد معاوضه "مقایضه"مبادله کالا به کالا است که با رشد اجتماع و به تبع نظام اقتصادی، با محدودیتهایی مواجه شد و سبب به وجود آمدن نظام معاملاتی بر پایه عقد بیع متعارف گردید. لذا تبیین این امر ضرورت دارد که آیا معاوضه نوعی از انواع عقد بیع است، یا عقد مستقل و دارای قواعد و آثاری متفاوت، و مسائل خاصه عقد بیع در آن جاری نیست. در این راستا پژوهش حاضر، با دسته‌بندی مطالب و استخراج داده‌های تحقیق، از کتب فقهی، حقوقی و قوانین موضوعه کشورها، به تفسیر و تحلیل آن‌ها پرداخته است. پژوهش حاضر به دنبال این امر است، تا جایگاه فقهی حقوقی عقد معاوضه در حقوق ایران با مقایضه در حقوق افغانستان و فقه امامیه را با توجه به سیر تکاملی نظام معاملاتی در فقه و حقوق تبیین نماید و مبانی آن را با توجه به اختلاف آنها با یک دیگر به دست آورد. درنتیجه با بررسی های انجام شده، با توجه به تاریخ معاوضه، پویا بودن فقه و پرداختن حقوق به‌ضرورت های زمان، به دست آمد: برخی از فقها،(با این استدلال که عرفاً، عقد بیع بر همه اقسام مبادله«ازجمله عقدمقایضه» صادق است) و حقوق افغانستان، آن را نوعی از انواع عقد بیع می دانند و همان قواعد و آثار عقد بیع را برآن بار می کنند. و در مقابل برخی از فقها با نفی تساوی بین مفهوم عقد بیع با مفهوم مبادله، و اینکه هدف اصلی نیز، شناخت مفهوم عقد بیع است، نه لفظ و ماده آن، معیار تمیز عقد بیع از باقی اقسام مبادله را با تکیه‌بر عرف و تبادر، به نقدی بودن یکی از عوضین یا هدف حفظ مالیت مال از معامله، توسط یکی از متعاملین، همراه با کسب سود دانسته‌اند و آن را عقدی مستقل قلمداد کرده‌اند. چنانکه حقوق ایران نیز، با تکیه‌بر قصد طرفین، مورد معامله یا مراجعه به عرف در صورت مجهول بودن قصد طرفین، به‌تبع از حقوق اروپایی آن را عقدی مستقل دانسته است. که در نتیجه احکام خاصه عقد بیع بر آن جاری نخواهد شد و آثاری متفاوت را به دنبال خواهد داشت.

واژگان کلیدی: عقد، مقایضه، بیع، معاوضه، حقوق.

---

[1] . کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (aborhani761@gmail.com)

مقدمه

(معاوضه) مفهومی است قدیمی و کهن که در ابتدای شکل‌گیری مدنیت، و به‌تبع آن شکل‌گیری نظام معاملات، بر تبادل کالا به کالا صدق می‌کرد و با رشد اجتماع و دگرگونی آن، و به‌تبع نظام اقتصادی و خریدوفروش، این نوع معاملات، به خاطر مشکلاتی که داشت جای خود را به‌نظام معاملات بر پایه عقد بیع متعارف داد که بسیاری از مشکلات را برطرف می‌کرد مثل فاسد نشدن اجناس، راحتی انتقال، تأمین نیاز به‌واسطه دسترسی به انواع کالا در هر زمان نه‌فقط کالای طرف مقابل در زمان خاص، و.... ولی دراین‌بین با توجه به اختلاف نقود و عدم جریان بعضی از آن در برخی کشورها و نیاز آن‌ها به کالایی که در نزد دیگری است، ضرورت ایجاب می‌کند تا به مقایضه هم در کنار دیگر انواع عقد بیع رو آورند و به‌جای عقد بیع متعارف از عقد معاوضه، برای رفع نیازشان و تجارت استفاده نمایند. چنانچه این امر در تجارت امروزی در بین کشورهایی که پول کشور مقابل در آن رایج نیست بانام تجارت با نظام مقایضه شناخته می‌شود. پس نظام مقایضه هنوز در کنار عقد بیع متعارف تا حدودی جایگاه خود را حفظ کرده است تا نیاز کسانی را که هدفشان رسیدن مستقیم و بی‌واسطه به کالا است، برآورد و از نبود پول رایج دنیا در کشورش آسیب نبینند و به فرایند تجارت و رفع نیاز خود در این زمینه بپردازند. بنابراین از آنجا که اختلاف شده که عقد معاوضه قسمی خاص از اقسام عقد بیع است یا عقدی مستقل، بر آن شدیم؛ با توجه به تاریخ معاوضه، پویا بودن فقه و پرداختن حقوق به‌ضرورت های زمان، جایگاه فقهی حقوقی عقد معاوضه را در حقوق ایران، افغانستان و فقه امامیه تبیین نموده و به دست آوریم نظام‌های حقوقی بر چه معیاری هر یک از دیدگاه‌ها را پذیرفته‌اند و جایگاه این نوع معامله(معاوضه) در فقه امامیه چگونه است.

۱) مفهوم معاوضه

معاوضه در لغت و فقه

تقییض در لغت: به معنای تبدیل، تقدیر و آماده کردن آمده است((قرشی،۱۳۷۷، ج۹,, ص. ۴۱۸)، و (قرشی ،۱۴۱۲ه ق ج۶,, ص. ۶)و (ابن منظور، ۱۴۰۵ه ق.، ج۷، ص: ۳۳.) « نُقَيِّضْ لَهُ شَيْطاناً فَهُوَ لَهُ قَرِينٌ»(زخرف/ ۳۶) مقایضه به معنی مبادله نمودن مالی بمالی از همین باب است (موسوی همدانی، ۱۳۷۴ه ق، ج۲۲،, ص. ۲۲)و (فخرالدین رازی، بی تا، ج۲۷.,, ص. ۵۵) (طریحی ، ۱۴۱۶ه ق، ج ۴,, ص. ۲۲۸) (کاشانی، ۱۳۳۶ه ش، ج۸,, ص. ۱۸) بیع العین بالعین یسمی مقائضۀ (مظهری ،۱۴۱۲ ، ج۱،, ص. ۳۹)

و مقایضه در اصطلاح فقهی به مبادلۀ کالا و خدمات و مبادلۀ مال بمال غیر النقدین گفته می‌شود (نجفی، کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ه ق، ج۲قسم۱، ص: ۱۴۹) (سعدی ابو جیب، ۱۴۰۸ ه ق.,, ص. ۳۱۲)و (حمود عبد الرحمان، بی تا،) و از آن به عقد بیع عین به‌عین یا مبادله مال به مال درصورتی‌که هیچ‌یک از مبیع و ثمن پول نباشد نیز تعبیر شده است (جزیری، غروی، یاسر مازح، ۱۴۱۹ ه ق، ج۲،, ص. ۱۹۶)که در عهد باستان، بدان معاوضه گفته می‌شده، (شهید صدر، ۱۴۱۷ ه ق،, ص. ۳۴۸)برخی نیز آورده اند: معاوضه عقدی مستقل است که اصطلحا به آن عقد مبادله گویند و افوا بالعقود با تجارۀ عن تراض آن را در برمی‌گیرد و در آن بایع از مشتری و ثمن از مثمن قابل‌تشخیص نیست لذا بر چنین معامله‌ای عقد بیع اطلاق نمی‌شود (جواهری ، ۱۴۰۵ بی تا.,, ص. ۱۱۹).

معاوضه در اصطلاح حقوقی

از معاوضه در اصطلاح حقوقی تعابیر گوناگونی شده است: حقوق دانان ایران آن را عقدی مستقل از عقد معاوضه می دانند. با این حال در تفاوت آن از عقد بیع دو دیدگان مطرح است: یک دیدگاه فارق بین عقد بیع و معاوضه را در قصد طرفین می دانند پس اگر آنان خواسته باشند جنس‌ها را بی‌هیچ امتیازی باهم مبادله کنند، توافق تابع قواعد معاوضه است و اگر اراده کنند که یکی از دو عوض مبیع و دیگری ثمن بشمار آید قراردادی که بسته می‌شود، عقد بیع است (کاتوزیان ، ۱۳۸۱ه َش.,, ص. ۱۴) (امامی، بی تا، ج۱,, ص. ۵۷۸) قانون مدنی نیز به این تفاوت اشاره کرده است«در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد» (ق م ایران مادۀ «۳۴۰»)«معاوضه عقدی است که به‌موجب آن‌یکی از طرفین مالی می‌دهد به‌عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظۀ اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد». (ق م ایران ماده «۴۶۴») منظور از عبارت (بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد)آن است که متعاملین باید قصد انعقاد معاوضه را داشته باشد نه قصد انعقاد بیع.

ولی حقوق افغانستان (با پیروی از فقه حنفی) مقایضه را به‌عنوان یک نوع از انواع بیع تعریف و شناخته‌شده است؛ (بیع عین به پول عقد بیع مطلق.... و عقد بیع عین به‌عین مقایضه شناخته می‌شود) ؛ (ماده ۱۰۳۶ ق.م. افغانستان) اصطلاح مقایضه در تقسیم‌بندی عقود توسط فقهای حنفی در ماده ۱۲۰ و ۱۲۲ مجله الا حکام بکار رفته است و قانون‌گذار افغانستان از آن اقتباس نموده است (مجله الاحکام العدلیه، جلد اول، ۱۳۸۳، ۴۹)(بیع مقایضه؛ مبادله مال بمالی است که بدلین عقد، غیر از نقود باشد) این تعریف تقریباً با تعریف عقد معاوضه در ق م ایران. مرادف است و در ماده ۱۱۷۱ ق.م. افغانستان آمده است:(مقایضه عبارت است از عقد بیع جنس به جنس) ق م افغانستان اولاً: عقدمقایضه را بیع می داند لذا شروط و اصاف کلی عقد بیع در آن قابل تطبیق است. دوماً: این‌که در مقایضه بحث پول مطرح نبوده عوض و معوض هر دو مال است. «هر یک از اجناس متبادل در عقد مقایضه حکم مبیعه را داشته شروط مبیعه در آن اعتبار داده می‌شود. در حال وقوع منازعه در مورد تسلیم دادوستد اجناس مذکور هم‌زمان صورت می‌گیرد. و لازم نیست دو جنس از نگاه ارزشی برابر باشند زیرا تعویض مقدار تفاوت با پول نقد جایز است»(مواد ۱۱۷۲و۱۱۷۳ ق م افغانستان)

۲) اقسام معاوضه

۱- طرفین معامله، ارزش مالی هر دو جنس را می‌سنجند و با رعایت تعادل بین اجناس مورد مبادله، مبادرت به انعقاد عقد می‌ورزند. مثلاً اگر شخصی خواسته باشد خانه خود را با زمین شخص دیگر معاوضه کند، طرفین قبلاً ارزش واقعی هر دو را برآورد نموده و بعدازآن اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۵۷۹)(ماده ۱۱۷۲ ق. م. افغانستان ضمن پیش‌بینی این نوع از مبادله، جبران مابه‌التفاوت اشیاء را با پول جایز می‌داند. (هرگاه اشیاء متبادل در عقد مقایضه ازنظر متعاقدین دارای قیمت‌های متفاوت باشد، تعویض مقدار تفاوت به پول نقد جواز دارد) در این نوع معاوضه به نظر اکثریت دانشمندان خیار غبن جاری می‌شود. (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۵۸۰) چون به‌طورمعمول، در عقد معاوضه نیز سوداگران به ارزش واقعی موضوع عقد توجه دارند و در مقام معامله هستند نه مسامحه. بنابراین، باید خیار غبن را، که در حقوق ما از قواعد عمومی معاملات است (ماده ۴۵۶ ق- م) در معاوضه نیز جاری دانست. (کاتوزیان ، ۱۳۸۱ه‍َش.، ص. ۳۴۲)

۲ - معاوضه حقیقی: در این نوع از معاوضه، متعاملین بدون در نظر داشتن ارزش مالی کالا، به انعقاد عقد مبادرت می‌ورزند، که ممکن است قصدشان از این معامله، برطرف نمودن نیازی باشد که هر یک از طرفین عقد نسبت به مال دیگری دارد، و یا اینکه عاقدان (هر دوی آنها)به مقدار منفعتی که از هر دو جنس متبادل به دست می‌آورند می‌اندیشند. در چنین معاوضه‌ای، طرفین به‌طور صریح یا ضمنی خواسته‌اند، از حق خود بگذرند. که به عقیده اکثر حقوق‌دانان در این معاوضه خیار غبن جاری نمی‌گردد (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۵۸۰).

۳ – معاوضه قهری: فقها آن را به این اصطلاح می خوانند (مقایضه قهری) (جعفری لنگرودی، بی تا، ج۱, ص. ۱۰۲۲-۱۰۲۳)و (موسوی خمینی، بی تا، ج۲,, ص. ۴۳۷-۴۳۸) مثال معروف فقهی آن‌که به قانون مدنی راه یافته است، مدلول ماده ۳۱۱ ق م ایران، (بدل حیلوله) است« غاصب باید مال مغصوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین، تلف‌شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد» بدل حیلوله عبارت است از عوض مالی که در پی حصول یکی از اسباب ضمان، مانند غصب و سرقت و عدم امکان دسترسی مالک به‌عین مال- باوجودآن- بر عهده‌ی شخص آمده است. در صورت تلف شدن مال یادشده به‌عوض آن، بدل تالف، گفته می‌شود (نائینی، ۱۴۱۳ ه ق ج۱,, ص. ۳۷۵-۳۷۶) و (موسوی خویی ، بی تا، ج۳,, ص. ۲۰۳-۲۱۰)

۳) عقد معاوضه در حقوق ایران

۱) تفاوت عقد بیع و معاوضه بر اساس قصد طرفین

چنانکه اشاره شد برخی تمایز عقدبیع و معاوضه را، در قصد طرفین می‌دانند (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۱۶) قانون‌گذار با تقلید از حقوق اروپائی، عقدمعاوضه را در شمار عقود معین آورده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱,, ص. ۲۲۶) (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۵۷۸)و (عدل، حقوق مدنی، , ص. ۳۲۷) چنانکه از(ماده ۴۶۴)و(مادهٔ ۳۴۰)استنباط می‌شود، عقد معاوضه از عقود تملیکی است و به‌وسیلهٔ آن‌یکی از متعاملین مالی را به دیگری تملیک می‌نماید، در مقابل مالی که طرف به او تملیک می‌کند. و همچنین به دست می‌آید که تفاوت عقد بیع با عقد معاوضه بدون در نظر داشتن مورد معامله که نقد است یا نه، صرفاً به‌قصد طرفین بازمی‌گردد. زیرا متعاملین در چنین مبادله‌ای، علاوه بر آنکه قصد تملیک مال خود را در مقابل تملک مال دیگری دارد. باید در انعقاد عقد معاوضه قصد معاوضه داشته باشند یعنی قصد طرفین صرفاً مبادله و تعویض دو کالای باهم باشد که هرکدام به‌نوبه خود موضوعیت دارد، چه به‌صورت معاوضه حقیقی باشد یا ارزشی. نه اینکه یکی ارزش اصلی (مبیع) و دیگری فرع آن بوده و به‌عنوان ثمن در نظر گرفته شود. (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۵۷۸)یعنی در حقیقت این قصد است که موجد و مولد نوع عقد است؛ «العقود تابعهٔ للقصود». پس ق م ایران، بین دو عقد از حیث عوض، فرق نگذارده. ولی با وضعیت اقتصادی و روش کنونی در معاملات، چنانچه یکی از دو مورد معامله پول باشد ظاهر آن است که آن پول ثمن و آن معامله بیع است نه معاوضه، مگر آنکه متعاملین تصریح به معاملهٔ دیگری بنمایند و یا قرائنی برخلاف آن موجود باشد. (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۱۷) بااین‌وجود هنگام اختلاف در حقیقت و ماهیت معامله حاکم عرف است؛ یعنی مبادله کالا به کالا معاوضه و مبادله کالا به پول بیع. (قاسم‌زاده،ره پیک، ۱۳۸۲,, ص. ۱۷۰)

به‌بیان‌دیگر در عقد بیع، هدف فروشنده حفظ مالیت مال و یا تکثیر آن است ، ولی هدف خریدار از خرید کالا، حفظ مالیّت ثمنی که ازدست‌داده و یا تکثیر مالیت آن ثمن نیست، بلکه به دست آوردن کالای موردنیاز است لذا کالای بایع به‌عنوان مبیع و محور اصلی معامله و مال مشتری به‌عنوان عوض و ثمن آن مبیع شناخته می‌شود. لکن در باب معاوضه هدف اصلی آن دو حفظ مالیت است هرچند که اهداف دیگری نیز ممکن است داشته باشند. و به همین دلیل در معاوضه لحاظ نمی‌شود که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد، و هر یک می‌تواند هم مصداق عوض باشد و هم مصداق معوّض (طاهری، ۱۴۱۸ ه ق ج۴،, ص. ۲۵-۲۶) و وقتی عقد معاوضه مصداق بیع نبود، قهرا احکام مخصوص عقدبیع، از قبیل خیار مجلس، خیار حیوان و تأخیر ثمن (مادّهٔ ۴۵۶ ق. م) و حق شفعه در آن جاری نخواهد بود؛ چنانکه در مادّهٔ ۴۶۵ آمده: «در معاوضه احکام خاصّهٔ بیع جاری نیست» (طاهری، ۱۴۱۸ ه ق ج۴،, ص. ۱۴۵) (امامی، بی تا، ج۲, ۳۵)

۲) معیار قصد طرفین در عقد معاوضه

این نظریه از سوی حقوقدانان، مبتنی بر روند تاریخی عقد بیع و معاوضه است و کسانی که ابتدای پیدایش عقد بیع را، زمان به وجود آمدن نقدینگی می‌دانند، بر این اعتقادند که، اولین راه مبادله (مقایضه)، مشاکلی را در برآوردن مایحتاج طرفین داشته است. و اجتماعات برای رهایی از این مشکلات نقدینگی را جایگزین کالا نمودند. و علی‌رغم مشکلاتی که بعداً برای نقدینگی به خاطر عمل کرد خود انسان‌ها پیش آمد، از مشکلات معاوضه رهایی پیدا نمودند. و چنین بود که بر اساس مورد معامله و نقد بودن یا نبودن آن، عقد معاوضه، از عقد بیع متمایز گردید؛ یعنی اگرچه در ظاهر وجه تمایز برحسب قصد طرفین است ولی نقش اساسی را مورد معامله در جانب عوض و ثمن که نقد است یا کالا بازی می‌کرد. (شهید صدر، ۱۴۱۷ ه ق،, ص. ۳۵۰-۳۵۱) زیرا در برخی موارد به مورد معامله و روند تاریخی هر دو عقد روی آوردند و حاکم در مسئله را در صورت نامشخص بودن قصد طرفین، عرف دانستند. یعنی به‌حکم عرف، مبادله کالا به کالا معاوضه و مبادله کالا به پول عقد بیع تلقی خواهد شد. و همچنین این حقوق‌دانان ظاهراً ماده ۳۳۸ قانون مدنی را دقیق تفسیر ننموده‌اند. و تفسیر فوق از سوی حقوق‌دانان، هماهنگ با قانون فرانسه است که ق م ایران از آن اقتباس یافته است. زیرا قانون‌گذار فرانسه، با عدم تفکیک بین نوع مال مورد معامله و بدون توجه به‌قصد طرفین در این دو عقد، به‌تبع از عرف و روند تاریخی، معاوضه را عقدی می‌داند که در آن عوض باید جنس باشد و در عقد بیع پول نقد. لذا در ماده ۱۷۰۲ ق م این کشور آمده است: معاوضه عقدی است که به‌موجب آن طرفین به‌طور متقابل، مالی را در برابر هم دریافت می‌کنند. (شهیدی، ۱۳۸۶.,, ص. ۸۳) لذا درمی‌یابیم که ملاک تمایز دو عقد تنها قصد طرفین در معامله نیست.

۳) نظریه مبتنی بر مورد معامله

طرفداران این نظریه با تأکید بر نص قانون مدنی، تفاوت عقد بیع و معاوضه را، از مقایسه و تحلیل دو ماده ۴۶۴ و ۳۳۸ ق م ایران، چنین برداشت نموده‌اند: در عقد معاوضه لازم است عوضین بدون ملاحظه این‌که یکی ثمن و یکی مبیع است مبادله گردد، درحالی‌که چنین امری در عقد بیع شرط نیست. پس اگر قصد طرفین از معامله نقل‌وانتقال دو چیز که هر دو مقصود اصلی از معامله است باشد، چنین عقدی معاوضه خواهد بود، درحالی‌که در عقد بیع طرفین جنسی را «مبیع» می‌دهد تا در مقابل چیزی را بگیرد که فرع در معامله بوده « ثمن »و فقط ارزش سهامی آن موردنظر است و تنها نقش پرداخت بهای جنس مورد معامله را دارد. با دقت در مواد: ۳۳۸ «بیع عبارت است از تملیک عین به‌عوض معلوم» و ۴۶۴ ق م «معاوضه عقدی است که به‌موجب آن‌یکی از طرفین، مالی می‌دهد به‌عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه‌ی این‌که یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد» درمی‌یابیم که مورد معامله «فقط معوض» در دو عقد معاوضه و عقد بیع متفاوت هستند یعنی معوض در عقد بیع حتماً باید عین معین باشد ولی در معاوضه فقط کافی است مال باشد و مال اعم از عین معین است (جزیری، غروی، یاسر مازح، ۱۴۱۹ ه ق، ج۲،, ص. ۱۹۶) و حتی حق و منفعت را نیز در برمی‌گیرد لذا واگذاری حق انتفاع در برابر حق ارتفاق فقط مصداق معاوضه است نه عقد بیع. برخلاف برخی حقوق‌دانان که میان مورد معامله در عقد بیع با مورد معامله در عقد معاوضه تفاوتی قائل نیستند. (شهیدی، ۱۳۸۶.، ص. ۱۶) و تنها جایی که برای تشخیص عقد بیع از معاوضه به سراغ قصد مشترک می‌رویم، زمانی است که معوض در معامله عین باشد. چون ازآنجایی‌که چنین معامله‌ای هم می‌تواند مصداق عقد بیع باشد و هم مصداق معاوضه، برای تشخیص نوع آن به سراغ قصد مشترک می‌رویم. بنابراین با توجه به مورد معامله به‌راحتی می‌توان دریافت که معامله انجام‌شده عقد بیع است یا معاوضه؟ زیرا چنانچه عوض و معوض در معامله غیر عین باشند چنین عقدی یقیناً معاوضه است، ولی اگر معوض عین باشد در اینجا برای تعیین نوع آن به سراغ قصد مشترک رفته و از آن مدد می‌جوییم.

اینجاست که درمی‌یابیم نه‌تنها مورد معامله، و نه‌تنها قصد مشترک و نه‌تنها عرف، روشن‌کننده نوع معامله نیست و هر یک به‌تنهایی در تمام موارد نمی‌تواند معیار برای تشخیص عقد معاوضه از عقد بیع تلقی شود.

٤) عقد معاوضه در فقه امامیه

الف: معامله با اشیائی که منفعت قلیله دارند

برخی در صدق «عقد بیع» بر معامله با اشیائی که منفعت کم دارند، ترید دارند، زیرا نص داریم که ثمن و مبیع باید مالیت داشته باشد (مبادلهٔ مال بمال) و منفعت نادره مالیت ندارد. ولی بااین‌وجود، با توجه به عمومات تجارت، و صحت صلح و معاوضات دیگر بر این مورد، می‌توان حکم به صحت معاوضه بر آن داد. (انصاری دزفولی، ج۱،, ص. ۸۰) زیرا منفعت نادره قابل‌تصور بوده و اکل مال به باطل صدق نمی‌کند (حسینی شیرازی، بی تا،ج۱،, ص. ۳۳۷) و برخی دیگر عقد بیع را در این صورت نیز محقق می‌داند: زیرا وقتی جواز معاوضه شرعاً با آن ثابت شد، بالطبع مالیت آن‌هم ثابت خواهد بود و با ثبوت مالیت شرعی آن مصداق عقد بیع نیز خواهد بود. فرق بین این دو نظریه در کاشف و مثبت بودن آن‌ها است، که نظر اول کاشف از صدق عقد بیع در صورت صدق مالیت بر آن است و نظریه دوم مثبت عقد بیع بودن چنین معامله‌ای است.(میرزا محمد تقی،شیرازی، حاشیهٔ المکاسب (میرزای شیرازی ، ۱۴۱۲ ه ق ج۱.,, ص. ۵۹) برخی نیز عقود معاوضات را شامل عقد بیع ، صرف، سلم، اجاره و ... می‌داند (علامه حلّی، ۱۴۲۰ ه ق، ج۴،, ص. ۱۲۵) و می گویند: معیار این امور این است که مالیت داشته باشد یا مقصود از آن مال باشد (علامه حلّی، ۱۴۲۰ ه ق،ج۵، ص: ۱۷۳) و (شهید اول عاملی، ۱۴۱۰ ه ق.,, ص. ۹۱)

ب: نظرات فقها در باب مقایضه

۱– معاوضه قسمی از اقسام عقد بیع است

بعضی از فقها، عقد معاوضه را به‌عنوان یکی از عقود معین مستقل نپذیرفته‌اند: یعنی اگر معاوضه‌ای با ایجاب و قبول لفظی، بدون قصد اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن آن باشد محقق شود، در خارج چنین مبادله‌ای اگر از طرف مالک عین پیشنهادشده باشد، مصداق عقد بیع قرار می گیرد، و اگر از جانب مالک منفعت پیشنهادشده باشد در چارچوب عقد اجاره می گنجد (۳۵. گیلانی، میرزای قمّی، ۱۴۱۳ ه ق، ج۲،, ص. ۳۵۶)و (۳۶. گیلانی، میرزای قمّی، ۱۴۲۷ ه ق، ج۱.,, ص. ۱۴۹)

چنانچه برخی دیگر معتقدند که معاملات به چند صورت متصور که بر همه اقسام آن عقد بیع اطلاق می‌شود؟ زیرا اولاً در عرف لفظ عقد بیع بر همه آن‌ها صادق است. ثانیاً تعریف عقد بیع همه اقسام را در برمی گیرد. چه به‌صورت کالا در مقابل پول باشد یا (کالا به کالا).» (جزیری، غروی، یاسر مازح، ۱۴۱۹ ه ق، ج۲،, ص. ۱۹۵)

۲– استقلال و عدم استقلال عقد معاوضه از بیع

برخی دیگر معاوضه را عقدی مستقل تلقی نموده‌اند: بعد از پیدایش نقدینگی، مبادلات بین مردم به سه صورت ظهور پیدا نمود: یا مبادله بین دو متاع و کالا است یا بین دو نقد یا بین نقد و کالا (موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۸) لذا باید دید، کدام‌یک از این اقسام، عقد بیع، و کدام‌یک عقد معاوضه است؟

ازاین‌رو ناچاریم، تا معنای حقیقی عقد بیع را بیان کنیم، تا بتوانیم عقد بیع را از عقود دیگر شناخته و بر مصادیقش بارکنیم و درنتیجه بشناسیم کدام‌یک از احکام، احکام خاصه عقد بیع است و کدام مشترک، چه این احکام از شرایط متعاقدین باشد یا شرایط عوضین یا خیارات و یا غیر این‌ها.

مقدمتا باید بدانیم که مفهوم عقد بیع با مفهوم مبادله مساوی نیست بلکه عقد بیع، بر قسم خاصی از مبادله اطلاق می‌شود. و معیار تمیز و شناخت عقد بیع از باقی اقسام مبادله به یکی از صور ذیل انجام می‌گیرد: ۱- در یک مبادله، اگر یکی از دو شیء مورد معامله کالا و دیگری نقد باشد، چنین معامله‌ای عقد بیع و مالک کالا بایع و مالک نقدینگی، مشتری خواهد بود. هرچند هدف متعاملین از مبادله، به دست آوردن سود و حفظ مالیت مالشان، یا فقط رفع نیاز هریک بوده باشد و یا یکی به دنبال سود و حفظ مالیت مال و دیگری فقط به دنبال رفع نیازش باشد(موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹) ۲- هر دو شئ مورد معامله و مبادله از نقود باشد یا از عروض. ولی هدف یکی از متعاملین حفظ مالیت مالش، همراه با سود باشد، در ضمن هرگونه متاعی که میسر شود؛ مانند تجار. و هدف دیگری فقط رفع نیازش. که در این صورت نیز اولی بایع و دومی مشتری تلقی می‌شود زیرا آنچه را او عطا نموده فقط بر سبیل مالیت خالصه است و عنوان ثمن در معامله را به خود می‌گیرد(موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹) جای هیچ شکی نیست که این معنا از عقد بیع مراد عرف است و به ذهن تبادر می‌کند، هرچند شخص عارف به لغت عربی نباشد و هدف اصلی نیز، شناخت مفهوم عقد بیع است، نه لفظ و ماده عقد بیع تا بحث لفظی شود.

پس با این معیار، اگر در معامله‌ای هر دو عوض، از عروض یا نقود باشد، ولی غرض متعاملین از معامله، (نه‌فقط یک‌طرف معامله)، سودآوری همراه حفظ مالیت مالشان باشد در ضمن هر متاعی محقق گردد. یا هدف متعاملین فقط رفع نیازشان بوده باشد، چنین معامله‌ای عنوان عقد بیع را به خود نمی‌گیرد بلکه معامله خاصه دیگری است که با ادله عامه معاملات، مانند« يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاتَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ.»(النساء ۴: ۳۳.) صحت آن به دست می‌آید(موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹)
در روایات معتبری از معاوضه یا شده، که هم بر بیع و هم بر غیر بیع صادق است و ظاهرا اگر در غیر بیع به کار رود، عنوان مستقلی را به خود می‌گیرد. و ادله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أو تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» شامل آن‌هم می‌شود و این عقد همان عقد معاوضه است که در آن تشخیص بایع از مشتری دشوار است (جواهری ، ۱۴۰۵ بی تا.، ص.

۱۱۸-۱۱۹) و مطابق این دیدگاه، نظریه کسانی که اطلاق عقد بیع را بر تمام اقسام مبادله صحیح می‌دانند، ازآنجایی‌که مخالف مرتکزات عرفیه است، نباید صحیح باشد. (موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹)

یکی از اموری که فقهاءرا بر این اختلاف وا داشته، تعریف عقد بیع«مبادله مال بمال.» است که برخی آن را شامل عقد معاوضه هم می دانند؛ چون مال، شامل عین و نقد می‌شود، ثمن می‌تواند هم نقد و هم عین واقع شود. پس نقد بودن یکی از عوضین، تنها معیار تمیز عقد بیع و معاوضه نیست؛ بلکه معیار مطابق این دیگاه، مبادله به نحو خاص است. (همدانی، آقا رضا، ۱۴۲۰ ه‍ ق، ص: ۴, ص. ۴)

بااین‌وجود برخی بر این باورند که تعریف فوق، تعریف عقد بیع است و قسم دوم به‌واسطه اضافه شدن «باء» بر سر «بمال» خارج می‌شود؛ یعنی مال دوم فقط می‌تواند بدل و قیمت مال اول که جنس باشد قرار بگیرد، نه اینکه اولی بتواند بدل آن قرار بگیرد؛ و باء در تعریف مذکور، به معنای بدلیت است. و «مبادلۀ مال بمال»، در حکم بعت هذا بهذا در عقد بیع حیوان به حیوان است که در آن مدخول باء مال مشتری است هرچند هر دو مال مورد مبادله حیوان است. و فقها معیار تشخیص ثمن و مثمن در خیار حیوان را، درصورتی‌که هر دو حیوان باشد، مدخول باء قرار داده‌اند و آن را مختص مشتری دانسته‌اند.» (همدانی، آقا رضا، ۱۴۲۰ ه‍ ق، ص: ۴, ص. ۵).

ج: معیار تشخیص بایع از مشتری در عقد معاوضه

مسئله تشخیص بایع از مشتری، ازآنجایی اهمیت پیدا می‌کند که، اگر شخص واحد در معامله واحده، یا فقط بایع یا فقط مشتری باشد، چنین معامله‌ای تحت عنوان عقد بیع گنجانده می‌شود و احکام خاصه عقد بیع بر آن جاری خواهد بود ولی اگر در یک معامله شخص واحد هم بایع و هم مشتری تلقی گردد، چنین معامله‌ای مصداق عقد بیع نخواهد بود و باید آن را معامله‌ای مستقل تلقی نماییم که در این صورت احکام خاصه عقد بیع بر آن جاری نبوده و تابع احکام همان عقد دیگر خواهد بود.

چون هر بیعی با شراء همراه است، معیار تشخیص بایع از مشتری، در عقد مقایضه دشوار است. زیرا در یک معامله طرفین هم بایع است و هم مشتری، و شخص هم‌زمان با فروش چیزی به‌طرف مقابل عنوان بایع را، و در همان وقت به خاطر دریافت چیزی، عنوان مشتری را به خود می‌گیرد. (موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹)

ولی در عقد بیع، روشن است، صاحب جنس بنابر یک نظر و کسی که قصد سود را دارد از نظر دیگر، بایع است. و کسی که صاحب پول و ثمن است یا قصد رفع نیازش را دارد، مشتری تلقی می‌شود.(. (موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص۹)برخی آورده است: کسی که کالا را اول پرداخت کند بایع، و کسی که دوم تحویل

دهد مشتری است. چون اولی موجب شمرده می‌شود و دومی با گرفتن کالا قابل. (مغنیه، ۱۴۲۱ ه‍ ق، ج۳, ص. ۳۰)

۵) عقد معاوضه در حقوق افغانستان

ماده ۱۰۳۶ ق.م. افغانستان (بیع عین به پول عقد بیع مطلق،.... و عقد بیع عین به‌عین مقایضه شناخته می‌شود) با توجه به ق م افغانستان قصد عقد بیع نیز برای صحت مقایضه درست است. اگرچه در عرف عملاً بین عقد بیع و مقایضه فرق قائل می‌شوند چنان‌که از معاملاتی که به‌قصد مقایضه انجام می‌شوند عرفاً در بازار افغانستان بنام (مچاله) یاد می‌شود. بند دو ماده ۱۱۷۳ق م افغانستان در این رابطه با معیار تشخیص بایع از مشتری آورده است: «هریک از متعاقدین در عقد مقایضه نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده مشتری شمرده می‌شود.»

فقهای حنفی و شافعی، عقد مقایضه را یکی از اقسام عقد بیع می‌دانند؛ یعنی عنوان بیع، مطلق مبادله را شامل می‌شود که یکی از اقسام آن مقایضه است (جزیری، غروی، یاسر مازح، ۱۴۱۹ ه‍ ق، ج۲،, ص. ۲۰۰)که در این میان، برخی عقد بیع را چند قسم نموده و قسم هشتم آن را، عقد بیع حیوان به حیوان دانسته و اسم مقایضه را بر آن نهاده‌اند و در جای دیگر چهار قسم شده و قسم چهارم آن عقد مقایضه است یعنی معاوضه قسمی از اقسام عقد بیع است، نه قسیم آن (جزیری، غروی، یاسر مازح، ۱۴۱۹ ه‍ ق، ج۲،, ص. ۱۹۶)که این نظریه یعنی اطلاق عقد بیع بر تمام اقسام مبادله، چنانچه درجایش بحث شده، به استدلال کسانی که عقد مقایضه را عقدی مستقل از عقد بیع می‌دانند، مخالف مرتکزات عرفیه است(موسوی خویی، بی تا، ج۲، ص: ۹)

٦) شرایط عقد معاوضه

الف: شرایط عمومی عقد معاوضه: عقد معاوضه چه ازنظر ماهوی، عقد بیع باشد یا عقد مستقلی، بدون تردید یک عقد و قرارداد است و به همین دلیل تابع قواعد عمومی قراردادها و شرایط عمومی آن است. لذا با توجه به تکراری بودن این امر با شرایط عمومی قراردادها بدیهی است اگر ازنظر ماهوی، عقد معاوضه را همان بیع بدانیم در حقیقت شرایط صحت این عقد همان شرایط صحت بیع خواهد بود چنانکه ق م افغانستان این نظریه را دارد. ولی در صورت استقلال عقد معاوضه از عقد بیع، ممکن است تفاوت‌هایی داشته باشند. که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

ب: شرایط اختصاصی صحت عقد معاوضه: هر یک از عقود به‌تناسب موضوع و ماهیت ویژه‌ای که دارد، ممکن است شرایط اختصاصی مخصوص به خود را داشته باشد لذا باید دید،آیا عقد معاوضه نیز دارای شرایط اختصاصی هست یا خیر؟

۱– عدم لزوم عین بودن عوضین: در عقد بیع،مبیع حتماً عین باشد. اما در عقد معاوضه چنین شرطی وجود ندارد. بنابر دیدگاه استقلال معاوضه از بیع ، چنان‌که در قانون مدنی ایران پذیرفته‌شده است، عوضین در عقد معاوضه می‌تواند هر نوع مالی اعم از عین، منفعت، و حق مالی باشد. یعنی ممکن است عین در مقابل عین، عین در مقابل منفعت، عین در مقابل حق مالی، منفعت با منفعت و منفعت با حق مالی مورد معاوضه قرار گیرند.

۲- تلف مبیع قبل از تسلیم آن به خریدار بااینکه در فقه و حقوق ایران عقدبیع، عقد تملیکی است و در عقود تملیکی هم به‌محض وقوع عقد، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود و عقد محقق گردیده و انتقال صورت پذیرفته است؛ ولی اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار تلف شود، باآنکه طبق قاعده، تلف هر مالی باید از کیسهٔ مالک آن مال باشد. بااین‌وجود استثنائا قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» آن از مال فروشنده می‌داند. (موسوی خمینی، بی تا، ج۱، ص. ۵۳۴) (ماده ۳۸۷ ق م ایران)مفاد این قاعده این است که اگر بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به دست مشتری برسد، بدون تعدی و تفریط تلف شود، بایع خود باید متحمل خسارت شود. حال باید دید که این قاعده در زمره قواعد کلی معاملات قرار می گیرد، یا حکمی استثنایی است؟ با توجه به مستندات قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه؛ یعنی روایات، (محدث، نوری، ۱۴۰۸ ه‍ق، ج۱۳.، ص. ۳۰۳)بنای العقلاء (بحرانی،آل عصفور،۱۴۰۵ه‍ق، ج۱۹،، ص. ۴۹)، اجماع فقها (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱،، ج۱، ص. ۲۹۶) و سیره مسلمین باید گفت: در رابطه با «قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» دو نظریه مطرح است:الف: برخی از حقوقدانان حکم ماده ۳۸۷را مخالف قاعده می‌دانند زیرا با شکل گرفتن عقد بیع، این خریدار است که مالک مبیع می‌شود و با تلف آن، خسارت باید به مالک آن وارد شود (طاهری، ۱۴۱۸ ه‍ق ج۴،، ص. ۱۰۷) و ازآنجایی‌که مالکیت صحیحا واقع شده است پس مطابق قاعده نباید تلف باعث منفسخ شدن بیع گردد و با قبول انفساخ این حکم مختص به عقد بیع آن‌هم فقط نسبت به تلف مبیع قابلیت اجرا است. بنابراین طبق اصولی کلی هرگاه مبیع قبل از قبض تلف شود، مال مشتری تلف شده است و بیع باید به حال خود باقی بماند، » (امامی، بی تا، ج۱، ص. ۱۶۸)

ب: فقها،و برخی حقوقدانان بر این باوراند که: حکم این مادّه طبق قاعده بوده و تلف مال، از کیسهٔ مالک آن است؛ زیرا، بیع منفسخ شده و با انفساخ عقد بیع، مبیع به ملک بایع درمی‌آید، و تلف از کیسهٔ مالک آن است نه از غیر مالک (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱،، ج۱، ص. ۲۹۵) (تبریزی، سبحانی ،بی تا،، ص. ۱۲۴) زیرا مشتری

اقدام به تأدیه ثمن یا تعهد به تأدیه آن می‌کند که علاوه بر مالک شدن مبیع، آن را به تصرف خود درآورد و وقتی‌که مبیع قبل از تسلیم تلف شود خریدار هرگز به‌منظور اصلی خود نمی‌رسد و جبران خسارت توسط بایع با قواعد حقوقی مطابقت دارد. ق م ایران نیز در مادّهٔ ۳۸۷ به همین معنا اشاره‌کرده است:«بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد» با توجه به ماده ۱۰۸۵ق م افغانستان نیز به همین نظریه می‌رسیم «هرگاه مبیعه قبل از تسلمی بنابراسباب خارج اراده بایع تلف شود عقد فسخ و ثمن به مشتری مسترد می‌گردد، مگر اینکه تلف بعد از ابلاغ به مشتری مبنی برتسلیمی مبیعه صورت گرفته باشد.»

تأیید حکم این ماده به معنای سرایت آن به عقود معاوضی دیگر مثل عقد اجاره، قرض،صلح،تلف ثمن پیش از قبض و عقد معاوضه ،است و مختص به مبیع و عقد بیع تنها نیست و حکم ماده ۳۸۷ نتیجه تراضی و از آثار معاوضه نیز است و حکم ماده ۳۸۷ در مورد تلف ثمن پیش از قبض نیز قابل‌اجرا است. و همچنین تراضی برخلاف حکم ماده هم نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۱۸۸) و در جمع بین تملیکی بودن بیع و لزوم انحلال عهد خریدار در اثر تلف مبیع، می‌گوید: عقد تا زمان تلف آثار طبیعی خود را داشته و پس از تلف منفسخ می‌شود. پیروان قاعده تلف مبیع قبل از قبض، برای تصویر انحلال عقد در اثر تلف، بر آن شده‌اند که بیع یک‌لحظهٔ قبل از تلف منفسخ می‌شود و مبیع داخل در ملکیت بایع شده و در ملک او تلف می‌گردد و تلف کاشف از انفساخ سابق است. و عبارت«من مال بایعه» نیز این امر را می‌رساند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱،, ج۱, ص. ۳۰۴) توجه به سابقه قاعدهٔ تلف قبل از قبض و سابقهٔ تاریخی‌اش مؤید این امر است و به نوعی تنافی این قاعده با تملیکی بودن عقد بیع را مرتفع می‌سازد. زیرا ازنظر تاریخی می‌توان گفت که ضمان بایع نسبت به مبیع تا قبل از قبض از بقایای ادواری است که عقد بیع عهدی بوده و ملکیت به‌وسیلهٔ قبض یا مرور زمان بعد از قبض حاصل می‌شده است. پس‌ازآنکه در سیر تکامل اجتماع، عقد بیع تملیکی شناخته شد نتوانست آثار سابق خود را از دست بدهد و ضمان بایع نسبت به مبیع تا زمان قبض باقی ماند. این امر را مقررات قوانینی که تلف مبیع را موجب بطلان بیع می‌دانند تأیید می‌کند (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۶۸) وشرایط تلف مبیع قبل از قبض عبارت است از: اوّل: مبیع عین معیّن باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۱۹۱) (عاملی، کرکی، ۱۴۱۴ ه ق، ج۴,, ص. ۱۶۸)دوّم: تلف مبیع قبل از تسلیم باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۱۹۳) و (طاهری، ۱۴۱۸ ه ق ج۴،, ص. ۱۰۸)سوّم: تلف در اثر حادثه خارجی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۱۹۳) و (عاملی، کرکی، ۱۴۱۴ ه ق، ج۴,, ص. ۱۶۸) چهارم: بایع برای تسلیم مبیع به مشتری مراجعه نکرده باشد (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۶۲).

فایده تمایز مبنایی ماده ۳۸۷ در این است: ۱) اگر این قاعده را ناشی از اراده مشترک و در زمره قواعد عمومی معاملات بدانیم اختصاص به مبیع و عقد بیع پیدا نخواهد کرد و باید آن را در مورد تلف ثمن قبل از قبض نیز

جاری بدانیم (اردبیلی، ۱۴۰۳ ه ق، ج۸, ص. ۴۱۸)۸ و (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۶۷) {زیرا از نظر عقلا، (نه روایت و اجماع، بین ثمن و مثمن فرقی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱،, ج۱, ص. ۲۰۲-۲۰۳) و عنوان ثمن و مثمن بر دو مورد بیع اعتباری است. و با وحدت ملاک در مورد ثمن شخصی نیز جاری می‌شود و مشتری نسبت به ثمن تا زمان تأدیه آن به بایع ضامن خواهد بود. (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۶۷) و همچنین است اجاره ، قرض، صلح و معاوضه. } ولی اگر حکم قاعده را یک قاعده استثنایی بدانیم فقط در مبیع و عقد بیع جاری خواهد بود زیرا در احکام استثنایی باید تفسیر محدود کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۱۸۹) ۲)اگر این قاعده را ناشی از اراده مشترک و در زمره قواعد عمومی معاملات بدانیم نتیجتاً یک قاعده تملیکی خواهد بود و دو طرف می‌توانند برخلاف آن شرط کنند. ولی اگر قاعده‌ای استثنایی بدانیم در زمره قواعد امری قرار می گیرد و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند.

ج: **موارد انحلال عقد معاوضه:** ۱) چون بخشی از خیارات مختص به باب بیع است و بخشی دیگر در همهٔ معاملات جریان دارد؛ (مادّهٔ ۴۵۶ ق م ایران) درصورتی‌که معاوضه را عقدی مستقل تلقی نماییم، {خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن،} بخاطر ادله وارده در این زمینه، به عقد بیع اختصاص دارند و در عقدمعاوضه جاری نخواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ ه ق، ج۴,, ص. ۱۳۵) (مصطفوی، ۱۴۲۳ ه ق،, ص. ۵۹)و (نجفی، صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج۲۳،, ص. ۵۵)و (امامی، بی تا، ج۱, ص. ۴۷۶) همچنان که احکام خاصهٔ عقود معینهٔ دیگر، مثل حق شفعه در آن جاری نمی گردد. (گلپایگانی، ۱۴۰۹ ه ق، ج۳،, ص. ۱۱۷). ۲) **خیار غبن:** چنانکه اشاره شد جریان خیار غبن در معاوضه‌ای که متعاملین تعادل بین دو مورد را در نظر می‌گیرند اشکالی ندارد. ولی در معاوضه حقیقی خیار غبن تصور ندارد، زیرا غبن باارزش مالی و تناسب خارجی بین دو مورد سنجیده می‌شود نه با نفع شخصی متعاملین. ولی برخی آورده است: به‌طورمعمول سود گران در عقد معاوضه نیز، به دنبال ارزش واقعی موضوع معامله هستند، نه تسامح در آن. چنان‌که هرگاه شخصی زمینی را با خانه خود یا هر جنسی را با جنس دیگر معامله و معاوضه کنند، متبادر به ذهن این است که طرفین ارزش واقعی خانه و زمین و اجناس مبادله شده را سنجیده‌اند و به‌تناسب آن‌ها توجه داشته‌اند. پس بی‌اعتنایی به برابری ارزش‌های اموال معاوضه شده، امری خلاف ظاهر و نیازمند به اثبات است که طبیعت معاوضه چنین اقتضایی را ندارد. بنابراین باید خیار غبن را که در حقوق مدنی مطابق ماده۴۵۶ ق م ایران، از قواعد عمومی معاملات است، در عقد معاوضه نیز جاری دانست. مگر اینکه از اوضاع‌واحوال کار و معامله چنین به دست آید که طرفین به‌طور ضمنی خواسته‌اند از حق خود بگذرند، چنانچه در صلح این‌گونه است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج۱،, ص. ۳۴۱-۳۴۲)

نتیجه

عقدمعاوضه که از عقود معاوضی است و شباهت زیادی به عقد بیع دارد، همان مبادله کالا به کالا است، که قدیما مور داستفاده قرار می گرفت، و امروزه با توجه به مقتضیات زمان و نیازهای مردم در تجارت، کسب‌وکار و رفع نیاز، مبادلات را به صورت عقد بیع انجام می دهند. لذا فقها و حقوق‌دانان، در رابطه با عقد معاوضه بر دو دیدگاه هستند: ۱) برخی از فقها و حقوق‌دانان همان‌گونه که در حقوق افغانستان آمده است، آن را نوعی از انواع عقد بیع می‌دانند. و در مقابل برخی دیگر از فقها و حقوق‌دانان چنانچه در حقوق ایران این‌گونه است، بارأی به عدم صحت، نظریه تساوی عقود ازآنجایی‌که مخالف مرتکزات عرفیه است، عقد معاوضه را عقدی مستقل از عقد بیع تلقی نموده‌اند و معیار تمیز عقد بیع از باقی اقسام مبادله را صوری نمی دانند یعنی هدف اصلی، شناخت مفهوم عقد بیع است، نه لفظ و ماده عقد بیع تا بحث لفظی شود. بنابراین تشخیص معاوضه از عقد بیع، بستگی به‌قصد طرفین، مورد معامله و قضاوت عرف دارد. و معیار تشخیص عقد بیع از معاوضه، قصد طرفین، با توجه به مورد عقد است؛ یعنی اگر طرفین مبادله قصد کنند یکی مبیع و دیگری ثمن آن باشد این مبادله عقد بیع است ولی اگر قصد ثمن و مبیع نداشته باشند و هر یک از عوضین بتواند مصداق عوض و معوض قرار گیرد، این مبادله مصداق عقد معاوضه است. و قصد طرفین وابسته به هدفشان است، اگر هدف اصلی آن دو حفظ مالیت است هرچند که اهداف دیگری نیز ممکن است داشته باشند این معامله معاوضه است و به همین دلیل، در معاوضه هر یک عوضین، می‌تواند هم مصداق عوض و هم معوّض باشد. لکن در عقد بیع، هدف فروشنده حفظ مالیت مال و یا تکثیر آن است لذا کالای بایع عنوان مبیع را به خود می‌گیرد و محور اصلی معامله را بازی می‌کند، و چون هدف خریدار از خرید کالا، حفظ مالیّت ثمنی که ازدست‌داده و یا تکثیر مالیت آن ثمن نیست، عنوان عوض و ثمن آن مبیع را به خود گرفته و فقط ارزش سهامی آن موردنظر است. و در جایی که قصد طرفین در عنوان عقد بیان‌نشده باشد و ماهیت عقد برای ما مبهم باشد، حاکم عرف است. یعنی مبادله کالا به کالا معاوضه و مبادله کالا به پول عقد بیع تلقی خواهد شد. ۲) برخی دیگر تمایز عقد بیع از معاوضه را در مورد معامله می دانند: مورد معامله «فقط معوض» در دو عقد معاوضه و عقد بیع متفاوت هستند؛ یعنی معوض در عقد بیع حتماً باید عین معین باشد ولی در معاوضه فقط کافی است مال باشد و مال اعم از عین معین است و حتی حق و منفعت را نیز در برمی‌گیرد. لذا واگذاری حق انتفاع در برابر حق ارتفاق فقط مصداق معاوضه است نه عقد بیع. لذا در یک مبادله، اگر یکی از دو مورد معامله نقد باشد، عقد بیع و مالک کالا بایع و مالک نقدینگی، مشتری خواهد بود. هرچند هدف متعاملین از مبادله، به دست آوردن سود و حفظ مالیت مالشان، یا فقط رفع نیاز هریک بوده باشد و یا یکی به دنبال سود و حفظ مالیت مال و دیگری فقط به دنبال رفع نیازش باشد؛ و ما تنها جایی که برای تشخیص عقد بیع از معاوضه به سراغ قصد مشترک می‌رویم، که معوض در معامله عین باشد. چون چنین

معامله‌ای هم می‌تواند مصداق عقد بیع و هم مصداق عقدمعاوضه باشد. لذا اگر هر دو مورد معامله از عروض باشد ولی هدف یکی از متعاملین حفظ مالیت مالش، همراه با سود باشد، در ضمن هرگونه متاعی که میسر شود؛ مانند تجار. و هدف دیگری فقط رفع نیازش. در این صورت اولی عنوان بایع را می‌گیرد و دومی مشتری تلقی می‌شود. و با این معیار، اگر در معامله‌ای هر دو عوض، از عروض یا نقود باشد، ولی غرض متعاملین از معامله، (نه‌فقط یک‌طرف معامله)، سودآوری همراه حفظ مالیت مالشان باشد در ضمن هر متاعی محقق گردد، یا هدف متعاملین فقط رفع نیازشان بوده باشد، چنین معامله‌ای عنوان عقد بیع را به خود نمی‌گیرد، بلکه معامله خاصه دیگری است که با ادله عامه معاملات، صحت آن به دست می‌آید. درنتیجه باید بدانیم که مورد معامله، قصد مشترک، و یا عرف، هر یک به‌تنهایی روشن‌کننده نوع معامله نیست و هر یک به‌تنهایی در تمام موارد نمی‌تواند معیار برای تشخیص عقد معاوضه از عقد بیع تلقی شود. و نتیجه تشخیص عقد معاوضه از عقد بیع، تابعیت و عدم تابعیت عقد معاوضه از احکام و شرایط عقد بیع، و جریان و عدم جریان مسائل خاصه عقد بیع در آن و اختلاف در برخی از مسائل دیگر مانند حق شفعه و خیار غبن و ... است. یعنی بنابر نظریه استقلال عقد معاوضه از عقد بیع، آثاری برآن مترتب می‌شود ۱) تشخیص بایع از مشتری: اگر شخص واحد در معامله واحده، یا فقط بایع یا فقط مشتری باشد چنین معامله‌ای در تحت عنوان عقد بیع گنجانده می‌شود و احکام خاصه عقد بیع بر آن جاری خواهد بود و در معامله انجام‌شده با عنوان عقد بیع، طرفین نمی‌توانند با تمسک به اینکه معامله انجام‌شده عقد معاوضه بود نه عقد بیع، به عدم جریان مسائل خاصه عقد بیع به نفع خود چنگ بزنند و از عواقب معامله انجام‌شده شانه خالی کنند. ولی اگر در یک معامله شخص واحد هم بایع و هم مشتری تلقی گردد، چنین معامله‌ای مصداق عقد بیع نخواهد بود. لذا هریک طرفین معامله از خیارات مختصه عقد بیع مانند خیار حیوان، خیار مجلس و تأخیر ثمن، چون نص خاص داریم که فقط در عقد بیع جاری می‌شوند، نمی‌توانند بهره ببرند و یا از جریان هر یک از خیارات در این معامله به نفع خود سود ببرد مانند واگذاری حق انتفاع در برابر حق ارتفاق که فقط مصداق معاوضه است و استفاده از خیار غبن و حق شفعه بنا بر فروض عدم جریان این دو در عقد معاوضه. درنهایت تشخیص بایع از مشتری، در عقد مقایضه دشوار می‌شود، زیرا در یک معامله طرفین هم بایع است و هم مشتری چنانچه شخصی هم‌زمان بااینکه چیزی را به‌طرف مقابل به‌عنوان بایع فروخته، در مقابل چیزی را به‌عنوان مشتری دریافت می نماید. ۲) یکی از آثار تمایز این دو عقد، در قاعده فقهی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» در ماده ۳۸۷ ق م ایران ظاهر می‌شود: یعنی اگر این قاعده را ناشی از اراده مشترک و در زمره قواعد عمومی معاملات بدانیم اختصاص به مبیع و عقد بیع پیدا نخواهد کرد و در مورد تلف ثمن قبل از قبض و همچنین اجاره ، قرض، صلح و معاوضه نیز جاری خواهد بود ولی اگر حکم قاعده را یک قاعده استثنایی بدانیم فقط در مبیع و عقد بیع جاری خواهد بود زیرا در احکام استثنایی باید تفسیر محدود کرد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.

الف: منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)،۶جلد، انتشارات اسلامیۀ، تهران، ایران،ه ق،ج۱، و ج۲.
۲. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ۲ جلد، مؤسسه عروج، تهران – ایران، سوم، ۱۴۰۱ ه ق، ج۱. و ج۲.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت جلد اول.
٤. شهیدی، مهدی، عقود معین، نشر مجد، چ ۸، ۱۳۸۶.
۵. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی (طاهری)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم – ایران، دوم، ۱۴۱۸ ه ق ج۲، و ، ج۴.
٦. قاسم‌زاده، سید مرتضی، و ره پیک، عبدالله کیانی، تفسیر قانون مدنی استاد و اندیشه‌های حقوقی، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
۷. کاتوزیان ،ناصر، حقوق مدنی، معاملات معین، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱ه َش.
۸. کاتوزیان، ناصر حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، کتابخانه ملی ایران، تهران،۱۳۷۶، ج۵.
۹. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین۱ حقوق مدنی، تهران، ۱۳۸۴ه ش.

ب: منابع عربی

۱۰. ابن منظور، محمد بن مکرم ، لسان العرب، ج۳، اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ق.
۱۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدۀ و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم – ایران، اول، ۱۴۰۳ ه ق، ج۸.
۱۲. بحرانی،آل عصفور،یوسف بن احمدبن ابراهیم،الحدائق الناضرۀ فی أحکام العترۀ الطاهرۀ، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین ، قم، ایران، اول،۱۴۰۵ه ق، ج۱۹.
۱۳. تبریزی، جعفر سبحانی، رسالۀ فی تأثیر الزمان و المکان علی استنباط الأحکام، در یک جلد، قم – ایران، اول، بی تا.
۱٤. جزائری، سید محمد جعفر مروج، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ۷ جلد، مؤسسۀ دار الکتاب، قم – ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق، ج۲.
۱۵. جزیری، عبدالرحمن، غروی، سید محمد، یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعۀ و مذهب أهل البیت علیهم السلام، ۵ جلد، دار الثقلین، بیروت – لبنان، اول، ۱۴۱۹ ه ق، ج۲، ص: ۱۹۶

١٦. جواهری،حسن محمد تقی، الربا فقهیا و اقتصادیا،١ج، مؤلف محترم، قم،ایران، اول، ١۴٠۵ ه‍ ق.
١٧. خمینی، سید روح الله موسوی،تحریر الوسیلة،٢جلد، مؤسسه مطبوعات دارالعلم،قم،ایران،اول، بی تا.
١٨. خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ۵ جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول، ١۴٢١ ه‍ ق، ج۴.
١٩. خویی، سید ابو القاسم موسوی، الفقاهة (المکاسب)، ٧ جلد، بی تا، ج٢، و ج٣.
٢٠. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ١۴١۵ ه‍ ق، ج١.
٢١. سعدی ابو جیب، القاموس الفقهی لغة واصطلاحا،در یک جلد، دار الفکر، دمشق،سوریه، دوم،١۴٠٨ ه‍ ق.
٢٢. شهید صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، در یک جلد، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، قم - ایران، اول، ١۴١٧ ه‍ ق، ص: ٣۴٨
٢٣. شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ١۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، بی تا،ج٩، ص: ٣٣١
٢٤. شیرازی، میرزا محمد تقی، حاشیة المکاسب (للمیرزا الشیرازی)، ٢ جلد، منشورات الشریف الرضی، قم - ایران، اول، ١۴١٢ ه‍ ق ج١.
٢۵. صدر، شهید، سید محمد، ماوراء الفقه، ١٠ جلد، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت - لبنان، اول، ١۴٢٠ ه‍ ق ج٣.
٢٦. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین،۶جلد، کتاب‌فروشی مرتضوی، تهران، ایران، سوم،١۴١۶ه‍ ق، ج٣.
٢٧. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، در یک جلد، دار التراث - الدار الإسلامیة، بیروت - لبنان، اول، ١۴١٠ ه‍ ق.
٢٨. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ١٣ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، دوم، ١۴١۴ ه‍ ق، ج۴.
٢٩. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ١۴٢٠ ه‍ ق، ج۴. و ج۵.
٣٠. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، ١۴ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ١۴١۴ ه‍ ق، ج-١۶.
٣١. فخرالدین رازی ابوعبدالله محمد بن عمر، مفاتیح الغیب، ، بی تا، ج٢٧.

۳۲. قاسم زاده، سید مرتضی، و ره پیگ، عبد الله کیانی، تفسیر قانون مدنی استاد و اندیشه های حقوقی، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.

۳۳. قرشی سید علی اکبر تفسیر احسن الحدیث ناشر: بنیاد بعثت، تهران۱۳۷۷، ج۹، ص: ۴۱.

۳٤. قرشی،سیدعلی اکبر، قاموس قرآن،۷جلد، دارالکتب الإسلامیهٔتهران، ایران، ششم،۱۴۱۲هق ج۶.

۳۵. کاشانی ملا فتح الله، تفسیر منهج الصادقین فی إلزام المخالفین، ج۸، ناشر: کتابفروشی محمدحسن علمی، تهران، سال چاپ: ۱۳۳۶، ج۸.

۳٦. -گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، مجمع المسائل (للگلبایگانی)، ۵ جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۹ ه‍ ق، ج۳.

۳۷. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی، مجمع المسائل (للگلبایگانی)، ۵ جلد، دارالقرآن الکریم، قم، ایران، دوم، ۱۴۰۹ ه‍ ق، ج۳.

۳۸. گیلانی، میرزای قمّی، ابو القاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبهٔ السؤالات (للمیرزا القمی)، ۴ جلد، مؤسسه کیهان، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه‍ ق، ج۲.

۳۹. گیلانی، میرزای قمّی، ابو القاسم بن محمد حسن، رسائل المیرزا القمی، دو جلد، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ ه‍ ق، ج۱.

٤۰. مجله الاحکام العدلیه، جلد اول، مطبعه بهیر کابل، ۱۳۸۳، از صفحه ۱۳۰ تا ۱۵۷

٤۱. محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیهٔ، ۳ جلد، ج۱و،ج۳، ص: ۳۳۱

٤۲. مصطفوی، سید محمد کاظم، فقه المعاملات، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۳ ه‍ ق .

٤۳. مظهری محمدثناءالله، التفسیرالمظهری، ناشر:مکتبهٔ رشدیه، پاکستان،۱۴۱۲، ج۱.

٤٤. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۶ جلد، مؤسسه انصاریان، قم، ایران، دوم،۱۴۲۱ ه‍ ق، ج۳.

٤۵. موسوی همدانی سید محمدباقر، ترجمه مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، ناشر: دفتر انتشارات سلامی جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۳۷۴ج۲۲.

٤٦. میرزا محمد حسین غروی، نائینی، المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه‍ ق ج۲.

٤۷. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیهٔ الطالب فی حاشیهٔ المکاسب، ۲ جلد، المکتبهٔ المحمدیهٔ، تهران، ایران، اول، ۱۳۷۳ ه‍ ق

٤۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه‍ ق ج.

٤٩. نجفی، کاشف الغطاء، عباس بن علی، المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامی، در یک جلد، مؤسسه کاشف الغطاء، ه‍ ق، ص: ۳۳۲.
۵۰. نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجلة، ۵ جلد، المکتبة المرتضویة، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۳۵۹ ه‍ ق، ج۲قسم۱، ص: ۱۵۵
۵۱. نوری، محدث، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۱۸ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۰۸ ه‍ ق، ج۱۳.
۵۲. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، حاشیهٔ کتاب المکاسب (للهمدانی)، در یک جلد، جناب مؤلف، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ ه‍ ق، ص: ۴
۵۳. یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران- ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ ه‍ ق ج۲.