

## بررسی رابطه عقد بیع و معاوضه در حقوق ایران

### با مطالعه تطبیقی در فقه، حقوق فرانسه و مصر

سجاد عسکری\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۷/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۵/۲۹

چکیده:

از دیرباز تاکنون بخش عمده‌ای از روابط بین اشخاص مربوط می‌شده به روابط مالی که مصداق بارز و اتم این روابط مالی، در عقود و معاملات جلوه می‌نماید. اهمیت این‌گونه روابط و کاربرد فراوان آن‌ها در زندگی روزمره، بشر را بر آن داشت تا این‌گونه روابط را به انواع گوناگون تقسیم‌بندی کند تا به این وسیله هم این قسم روابط را منظم نمایند و هم با تشخیص نوع عقد آثار خاص آن عقد را بر آن بار کنند. امروزه، مبحث معاملات، سهم عمده‌ای از حقوق موضوعه کشورها را به خود اختصاص داده است. قانون‌گذار ایران نیز باب سوم از قسمت دوم کتاب دوم حقوق مدنی را به‌طور خاص به "عقود معینه مختلفه" اختصاص داده است. هم‌چنین در سایر قوانین (هم‌چون قانون تجارت، قانون روابط موجر و مستأجر و...) نیز به این عقود پرداخته شده است. بنابراین تشخیص نوع عقد در حقوق امروز به واسطه آثار متنوع و گوناگون، از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. از جمله این عقود می‌توان به دو عقد بیع و عقد معاوضه اشاره کرد که قانون‌گذار ایران در مواد ۳۳۸ و ۴۶۴ قانون مدنی به آن‌ها اشاره کرده و آن‌ها را در زمره عقود معینه به شمار آورده است. شباهت‌های فراوان این دو عقد (از جمله معاوضی بودن و تملیکی بودن، رضایی بودن و...) حقوق دانان را بر آن داشته تا در آثار خود با رویکردهای متفاوت بحثی مفصل در تفاوت‌ها، شباهت‌ها، نحوه تمییز و در نتیجه آثار خاصه هر یک از این دو عقد ابراز دارند.

هدف این پژوهش جمع‌بندی این نظرات در نظام‌های حقوقی مختلف، بررسی و نقد آن‌ها و در نهایت، ارائه نتیجه‌ای کارشناسی و علمی است.

واژگان کلیدی: بیع، معاوضه، فقه، قانون مدنی، حقوق مصر، حقوق فرانسه.

\* نویسنده مسئول؛ کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

## ۱. بررسی عقد بیع و معاوضه در قانون مدنی ایران و آرای حقوق دانان

### ۱-۱. دیدگاه مبتنی بر قصد مشترك:

به منظور فهم بهتر مطلب، ابتدا نظراتی که مبتنی بر این دیدگاه است، ذکر می‌شود و بعد به نقد و بررسی آن پرداخته می‌شود.

این گروه از اساتید، در بررسی رابطه بین این دو عقد، بدون تأثیر دادن نص دو ماده قانونی راجع به بیع و معاوضه و ذکر تفاوت از لحاظ مال مورد معامله، در بررسی رابطه بین دو عقد، تفاوت آن دو را صرفاً در قصد مشترك متعاملین می‌دانند و بر این باورند که آنچه که این دو عقد را از هم متمایز می‌کند، قصد مشترك طرفین است. بدین معنا که اگر قصد طرفین از مبادله دو کالا، خرید و فروش باشد و دادن یکی از عوضین در قبال گرفتن ثمن آن، عقد، بیع است و اگر منظور و مقصود صرف عوض کردن دو کالای هم‌ارزش که هر کدام به نوبه خود موضوعیت دارند (نه این که یکی ارزش اصلی (مبیع)، دیگری ارزش فرعی (ثمن) را داشته باشد)، عقد معاوضه است.

در این مورد، برخی حقوق دانان معتقدند: "قانون مدنی ایران بین عقد بیع و عقد معاوضه از حیث عوض فرق نگذاشته، بدین معنی که هرگاه عوض در معامله پول باشد، آن را بیع بدانند و هرگاه پول نباشد آن را معاوضه محسوب دارد بلکه در بیع می‌توان هر مالی را ثمن قرارداد همچنان که در معاوضه، پول می‌تواند عوض قرار گیرد. ولی با وضعیت اقتصادی و روش کنونی در معاملات چنان که یکی از دو مورد معامله پول باشد، ظاهر آن است که پول، ثمن و آن معامله بیع است مگر آن که متعاملین تصریح معامله دیگری نمایند و قرائنی بر خلاف آن موجود باشد." (امامی، ۱۳۶۶، ج. اول، ص. ۴۱۷)

برخی دیگر بیان داشته‌اند که: "تمییز بیع و معاوضه، وابسته به قصد مشترك دو طرف است: اگر آنان خواسته باشند که دو چیز را بی‌هیچ امتیازی با هم مبادله کنند، توافق تابع عقد معاوضه است و هرگاه چنین اراده کنند که یکی از دو عوض مبیع و دیگری ثمن و بهای آن به‌شمار آید، قراردادی که بسته می‌شود، بیع است."

ایشان راه حل تشخیص نوع عقد را زمانی که عنوان آن ذکر نشده، چنین بیان می‌کند: "بی‌تردید وقتی اشخاص در برابر حکم عرف سکوت می‌کنند، نشانه آن است که

نمی‌خواهند بدعتی بگذارند و نظرشان با ارادهٔ عموم یکسان است. پس، هنگامی که اراده‌ها به‌صراحت بیان نشود و در ماهیت عقد، اختلاف وجود داشته باشد، دادرس باید ملاکی را که عرف در تمییز بین معاوضه و بیع پذیرفته است، به کار برد، مبادلهٔ کالا با پول را بیع انگارد، و مبادلهٔ کالا به کالا را معاوضه. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴)

جمع دیگری از حقوق‌دانان نیز براین باورند که: "در نظام حقوقی ما بیع و معاوضه از طریق قصد طرفین متمایز می‌شوند، نه از طریق ماهیت عوضین. با وجود این چنانچه انعقاد ماهیت حقوقی محل نزاع نباشد، و در ماهیت حقوقی عمل اختلاف باشد، هرگاه یکی از عوضین پول باشد، داوری عرف این است که بیع انعقاد یافته است." (قاسم‌زاده و ره‌پیک، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۰)

زنده‌یاد دکتر شهیدی در یکی از آثار خود اگر چه به تفاوت مورد معامله در این دو عقد اشاره می‌کند ولی با این حال تفاوت این دو عقد را ناشی از این نمی‌داند بلکه ناشی از همان قصد مشترك می‌داند:

"عقد بیع و معاوضه در حقوق ایران که از حقوق امامیه ملهم است، از نظر مورد معامله تفاوتی ندارد یعنی مورد معاملهٔ عقد بیع همان‌طور که می‌تواند جنس باشد، می‌تواند وجه نقد قرار گیرد و همین وضع نیز در معاوضه تحقق خواهد داشت. بنابراین مثلاً همان‌طور که ممکن است کتاب و خودنویسی مورد معاوضه قرار گیرد، ممکن است همین مبادله در قالب عقد بیع ریخته شود. مثلاً کتاب، مبیع و خودنویس ثمن یا بالعکس باشد. تنها تفاوتی که بین بیع و معاوضه از حیث مورد وجود دارد، عین بودن مبیع در عقد بیع برخلاف معاوضه است. پس ماهیت این دو عقد به وسیله قصد طرفین مشخص می‌شود یعنی هرگاه در مبادله مقصود طرفین بیع باشد، عقد بیع ایجاد می‌شود و اگر معاوضه باشد، معاوضه تحقق پیدا می‌کند." (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶)

با کمی دقت در نظرات ارائه‌شدهٔ فوق می‌توان به چند نکته پی‌برد:

اول: این که نظریات ارائه‌شده، تا حد زیادی مبتنی بر دیدی تاریخی‌اند. بدین معنا که پیش فرض آن، این است که بشر در دوران اولیه، احتیاجات مالی خود را با مبادلهٔ کالا به کالا که اولین راه و در دسترس‌ترین راه بوده، بر طرف می‌کردند اما این روش همیشه از کارایی لازم برخوردار نبود. چرا که "پیداست که یافتن کسی که خواهان فرآورده‌های

تولیدکننده باشد و کالای مورد نیاز او را نیز تهیه کند، به سادگی امکان نداشت. پس ناچار، وسیله‌ای لازم بود که این تعاون اجتماعی را آسان کند. وسیله‌ای که مورد قبول همگان باشد و تولیدکننده بتواند فرآورده خود را با آن مبادله کند. و با صرف آنچه به دست می‌آورد مالی را که نیاز دارد تهیه سازد. این وسیله همگانی که معیار ارزش‌ها و واسطه بین تولیدکننده و مصرف‌کننده قرار گرفت، پول بوده، به تدریج همه این راه ساده‌تر را برگزیدند و کالایی را که بیش از نیاز شخصی داشتند با پول مبادله کردند، از همین جا مفهوم بیع به وجود آمد. " (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴)

نتیجه عقلایی این سرگذشت تاریخی این می‌شود که؛ تفاوت بیع و معاوضه، به مورد معامله برگردد، به این صورت که در هر عقدی که یکی از عوضین آن، پول بود، عقد بیع است و در صورتی که هر دو عوض، کالا بودند، عقد معاوضه است.

اگرچه برخی نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴) با استناد به ماده ۳۳۸ ق.م. ابراز می‌دارند که قانون‌گذار در ایران در تعریف بیع به داوری عرف که در بالا ذکر شد، اکتفا نکرده و آن را "تملیک عین به عوض معلوم" تعریف کرده، ولی در ذکر تفاوت بیع و معاوضه، بدون در نظر گرفتن نص دو ماده و تفاوت ظاهری آن‌ها که در ادامه خواهد آمد، تفاوت این دو را صرفاً در قصد مشترك طرفین می‌داند و این که در صورت معلوم نبودن قصد مشترك طرفین، عرف، تعیین‌کننده عنوان معامله است، بدین صورت که اگر در عقدی یکی از عوضین پول بود، عقد بیع و در غیر این صورت، معاوضه تلقی می‌شود.

دوم: این که این تفسیر با نظر قانون‌گذار فرانسه که قانون مدنی ایران از آن اقتباس شده است تا حدی هماهنگی دارد. قانون‌گذار در فرانسه هم بدون تفکیک بین نوع مال مبادله‌شده در این دو عقد (از لحاظ عین و حق و منفعت بودن) با پیروی کامل از عرف و روند تاریخی - و حتی بدون در نظر گرفتن قصد مشترك دو طرف عقد - بیع را عقدی می‌داند که در آن، عوض، وجه نقد است و معاوضه را عقدی می‌داند که در آن عوض، جنس است. و به همین جهت است که قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۷۰۲ قانون مدنی این کشور، عقد معاوضه را چنین تعریف می‌کند: معاوضه، عقدی است که به موجب آن طرفین به‌طور متقابل، مالی را در برابر هم دریافت می‌کنند. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۸۳)

سوم: اینکه برخی نظرات ذکر شده که تأکید بر نقش قصد مشترك طرفین، در تعیین نوع عقد دارند، این مطلب را نیز اضافه می‌کنند که مقصود از بیع، دادن يك مال و گرفتن قیمت آن است. به عبارت دیگر، در این عقد یکی از عوضین، نقش اصیل را داراست و عوض دیگر نقش مابه‌ازا و قیمت آن. حال آنکه در معاوضه، هر يك از عوضین برای خود اصالت دارد.

از جمله دکتر لنگرودی در شرح ماده ۳۳۸ ق.م. تصریح می‌کند که: "در بیع یکی از عوضین معیار سنجش ارزش معوض است." ایشان همچنین در جای دیگری فرموده‌اند: "در مبادله دو کالا اگر قرائن دلالت کند که یکی از عوضین، معوض است و کالای دیگر، عوض، این مبادله مشمول تعریف بیع است و احکام مختصه بیع در آن جاری است و گرنه معاوضه است."

#### ۱-۲. نقد نظر اول:

به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن تفسیرها و توضیحات فوق، گاهی اوقات در تشخیص تمایز بین این دو عقد با مشکل بر می‌خوریم. چون عموم این نظرات مبتنی بر عدم تفاوت مورد معامله در این دو عقد است و آنچه که راهگشا است، قصد مشترك طرفین است و در صورت عدم دسترسی به قصد مشترك، این عرف است که نوع عقد را مشخص می‌کند. ولی این تفسیر با نص دو ماده سازگار نیست. به عبارت بهتر، حقوق دانان فوق‌الذکر، نظر خود را - که ملهم از بحث تاریخی تفاوت این دو و نیز نگرش حقوق فرانسه به این موضوع در عقد، است - پیش فرض گرفته‌اند و با این دید، مواد مربوط به این دو عقد را تفسیر کرده‌اند. حال آنکه ظاهر مواد مشعر بر چیزی دیگر است. در توضیح نظر دوم راجع به تفاوت این دو عقد، این نقد تفصیلاً بیان خواهد شد.

از طرف دیگر، این دسته از حقوقدان‌ها (حداقل پاره‌ای از آنان) بر این باورند که در صورت عدم دسترسی به قصد مشترك طرفین، آنچه در تعیین نوع عقد راهگشاست، تفسیر عرف است. دکتر کاتوزیان معتقد است: "بی‌تردید، وقتی اشخاص در برابر حکم عرف سکوت می‌کنند، نشانه آن است که نمی‌خواهند بدعتی گذارند و نظرشان با اراده عموم یکسان است. پس هنگامی که اراده‌ها به صراحت بیان نشود و در ماهیت عقد اختلاف وجود

داشته باشد، دادرس باید ملاکی را که عرف در تمیز بین معاوضه و بیع پذیرفته است، به کار برده مبادله کالا را به پول، بیع انگارد و مبادله کالا به کالا را معاوضه. " (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴)

دکتر امامی نیز بر این باور است: "با وضعیت کنونی اقتصادی و روش کنونی، در معاملات، چنانچه یکی از دو مورد معامله، پول باشد، ظاهر آن است که پول، ثمن و آن معامله، بیع است نه معاوضه." (امامی، ۱۳۶۶، ج. اول، ص. ۴۱۷) به عبارت بهتر، ایشان که خود در نظرات قبلی معتقد به اهمیت قصد مشترك طرفین در تشخیص عقد بیع از معاوضه بودند، در اینجا نظر عرف را بر قصد مشترك طرفین ترجیح می‌دهند.

جالب‌تر آنکه دکتر کاتوزیان در ادامه مطالب خود می‌افزاید: "داوری عرف چندان نیرومند است که باید از این هم پیش‌تر رفت و گفت اگر دو نفر کالایی را با پول مبادله کنند، دادگاه باید آن را خرید و فروش بداند، هرچند که دو طرف نیز آن را معاوضه نامیده باشند." (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴)

سؤالی که پیش می‌آید این است که استادان در نظرات قبلی خود تأکید بسیاری بر نقش قصد مشترك در تمیز بیع از معاوضه داشتند و در این مورد، «عرف» را بر قصد مشترك مرجح دانسته‌اند. باید بررسی شود که جایگاه عرف در حقوق ایران چیست و آیا قدرت آن به این حد است که بتواند قصد مشترك طرفین را تحت الشعاع قرار دهد. باید دقت داشت که قانون‌گذار در موارد متعددی حکم مسائل را به عرف احاله کرده است، مثال‌های زیر گویای این واقعیت است:

اول - در مبحث اموال و مالکیت قانون مدنی، چگونگی تصرفات منتفع و صاحب حق ارتفاق در ملک غیر (مواد ۱۰۷ و ۵۴ ق.م.) و تشخیص توابع مال موقوفه و مبیع (مواد ۶۸ و ۳۵۶ ق.م.) موکول به عرف شده است.

دوم - در آثار قراردادهای نیز عرف اهمیت بسیار دارد (مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۸۰، ۳۴۲، ۳۷۵، ۳۸۲، ۳۸۶ ق.م.)

سوم - در دلایل اثبات دعوی، تشخیص مواردی که در آنها تحصیل سند مرسوم نیست به عهده عرف گذارده شده است (بند ۳ ماده ۱۳۱۲ ق.م.)

چهارم - تعبیر دیگر از مفاهیم و اصطلاحات حقوقی نیز موکول به حکم عرف شده

است. چنان که در عقد بیع، فروشنده باید مبیع را به خریدار تسلیم کند. تشخیص اینکه تسلیم در چه موعد و با چه شرایطی محقق می‌شود با عرف است (ماده ۳۹۶ ق.م.) یا تعدی و تفریط سبب مسئولیت امین و تقصیر از ارکان مسئولیت در تسبیب است، ولی عرف باید معنی این مفاهیم و تحقق آن‌ها و رابطه سببیت بین عمل مرتکب و ورود ضرر را تشخیص دهد (مواد ۳۳۲ و ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م.).

پنجم - در قانون تجارت نیز این گونه موارد فراوان است: به عنوان مثال، مواردی که فروش به نسبه از طرف حق‌العمل کار مجاز است (ماده ۳۶۶ ق.م.) یا او ضامن اعتبار طرف معامله است. (ماده ۳۶۷ ق.م.).

آنچه که مشخص است، این که تمامی این موارد مربوط به جایی است که طرفین متعاقدین خلاف عرف توافقی نکرده باشند یا اصلاً مورد، جز به نظر عرف قابل تشخیص نیست و به نظر می‌رسد که مجری دانستن نظر عرف، در بیع دانستن عقد، در موردی که در آن، یکی از عوضین، وجه نقد است و قصد طرفین نیز معاوضه است، خالی از اشکال نباشد. چرا که:

اول - ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف عقد بیع آورده که: "بیع عبارت است از تملیک عین است به عوض معلوم" و این "عوض معلوم" اطلاق دارد و شامل هر آنچه که شرایط عوض واقع شدن را داشته باشد و مال باشد، می‌شود چه عین باشد، چه دین و چه منفعت. بنابراین، همواره بیع دانستن عقد در این مورد (موردی که یکی از عوضین، پول است) مبنای قانونی ندارد. دوم - "در فرانسه، اتریش و ایتالیا تمایل حقوق دانان به اجرای عرف و عادت تنها در موارد ارجاعی از سوی قانون‌گذار است در حالی که در آلمان و سوئیس و یونان عرف دارای نقشی همپایه قانون است و این امر بی‌تردید بر اثر خاطرات ارزنده‌ای است که از مکتب تاریخی که «ساوینی» آلمانی بنیان‌گذار آن بوده، ناشی می‌شود. به هر تقدیر، آنچه مسلم است در کشورهای دارای نظام رومی - ژرمنی، عرف بعد از قانون جزو منابع حقوقی است." (واحدی، ص. ۵۳)

سوم - عرف، مظهر نمایش مصالح عمومی است و مردم در طول زمان، آنچه را که مصلحت بوده و به نفع جامعه و فرد بوده، انتخاب کرده و بر آن اصرار ورزیده‌اند تا جایی که نقش يك قانون نانوشته را در زندگی اجتماعی، به خود گرفته و مباحث حقوقی نیز ارتباط

مستقیم با مصالح و مفاسد افراد جامعه دارد. به همین جهت، فقها از قدیم گفته‌اند: «احکام تابع مصالح و مفاسد است». دکتر جعفری لنگرودی در رساله دکتری خود با عنوان "تأثیر اراده در حقوق مدنی"، پس از بحث‌های مفصل در این زمینه چنین نتیجه ارائه می‌دهد که: "به سهولت می‌توان گفت که قصد انشاء افراد وقتی در جهت مخالفت با مصالح عمومی قرار می‌گیرد فاقد نیروی خلاقه می‌شود." (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص. ۷)

بنابراین می‌توان گفت اراده و قصد طرفین مبنی بر معاوضه بودن چنین عقدی، به جهت وارد نکردن هیچ خللی در مصالح عمومی و عرف دارای نیروی خلاقه است و تأثیرگذار.

چهارم - ماده ۱۰ ق.م. که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را بیان می‌کند، اشعار می‌دارد که هر عقدی که مخالف قانون نباشد، نافذ است. و پیش فرض این است که طرفین برای انجام عقد، اراده و قصد مشترک دارند. بنابراین، این که طرفین تصمیم به انعقاد عقدی می‌گیرند که یکی از عوضین آن وجه نقد است، و اسم معاوضه را روی آن می‌گذارند، در واقع، به واسطه حکم قانون، چنین اختیاری را دارند؛ و می‌دانیم که در منابع حقوق، متن قانون مقدم است بر عرف.

پنجم - مشخصاً دکتر کاتوزیان که چنین نظری را به صراحت اعلام می‌کند، در جای دیگری در موضوع توابع مبیع، آنگاه که بحث به تمییز توابع مبیع می‌رسد، تشخیص آن را به عهده عرف می‌داند ولی تأکید می‌کند که: "حکم عرف قاعده‌ای است تکمیلی و طرفین می‌توانند هرچه را که خود می‌خواهند در زمره مبیع قرار دهند." (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج. اول، ۱۳۰) به عبارت بهتر، خود ایشان تصریح می‌کند که حکم عرف، حکمی است که طرفین می‌توانند خلاف آن را اراده کنند و این ناشی از حاکمیت اراده است.

ششم - هم‌چنین دکتر کاتوزیان در جای دیگری می‌نویسد: "در عرف داد و ستد مبادله مال به پول بیع است و مبادله کالا به کالا معاوضه، مگر آنکه خلاف آن ممکن احراز شود." (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۸۷، ص. ۲۸۳) آیا نمی‌توان گفت که آنگاه که طرفین قصد می‌کنند که چنین معامله‌ای را معاوضه بنامند، یکی از مواردی است که خلاف اصل مذکور از آن احراز می‌شود؟ و طبق این گفته آیا نمی‌توان چنین عقدی را معاوضه

دانست؟

ممکن است این اشکال به ذهن برسد که خود قانون‌گذار در ماده ۲۲۴ ق.م. بیان کرده که "الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه" و عرف از چنین عقدی، بیع را برداشت می‌کند. باید دقت داشت که در سلسله مراتب منابع حقوقی، اول، قانون است و در رفع اختلاف، ابتدا باید به قانون مراجعه کرد. در صورت نیافتن پاسخ در قانون، بایستی قصد مشترك طرفین را جستجو کرد و در نهایت، در صورت نتیجه نگرفتن، به عرف مراجعه کرد. وقتی قانون‌گذار در ماده ۴۶۴ ق.م. در تعریف معاوضه می‌گوید "معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد..."، خود قانون‌گذار لفظ «مال» را به کار برده که شامل تمامی انواع اموال می‌شود؛ عین، منفعت و حق. وقتی قانون‌گذار نظر خود را بدین صراحت بیان کرده، دیگر چه احتیاجی است که سراغ قصد مشترك و عرف برویم؟ قصد مشترك و عرف تنها در مورد خاص بنا به نظر خود قانون‌گذار قابلیت اجرا دارند. بنابراین به نظر می‌رسد که حتی اگر در عقدی، یکی از عوضین، وجه نقد باشد و قصد طرفین از عقد، معاوضه باشد، نمی‌توان بدواً و جزماً گفت که آن عقد محکوم به پیروی از نظر عرف است که چنین عقدی را بیع می‌داند و بر خلاف خواست طرفین، احکام خاص بیع را بر آن بار کرد.

## ۲- دیدگاه مبتنی بر تفاوت مورد معامله:

نظر دوم در تمییز بین بیع و معاوضه در حقوق ایران، در واقع، نظری است که وفادار به نص قانون است و در تفسیر آن، از خود مواد قانونی استفاده می‌کند. این نظر می‌گوید که تفاوت بیع و معاوضه را باید از مقایسه و تحلیل مفاد دو ماده ۳۳۸ و ۴۶۴ ق.م. به دست آورد. از مقایسه این دو ماده، دو نکته مهم قابل تأمل است:

اول آنکه: در معاوضه، لازم است که مبادله عوضین - بدون ملاحظه این که یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد- صورت بگیرد، در حالی که چنین شرطی در بیع لازم نیست. پس اگر قصد طرفین از معامله، انتقال يك چیز و گرفتن مابه‌ازا و ارزش و سهامی آن باشد، آن معامله را باید بیع نامید. پس، مقصود اصلی در بیع، انتقال معوض است و

عوض، تنها، نقش پرداخت بهای آن را دارد (ثمن). در حالی که در معاوضه، انتقال هر دو عوض، مقصود متعاملین است نه این که انتقال یکی، اصل باشد و انتقال دیگری، فرع. دوم آنکه: با دقت در دو ماده مذکور، معلوم می‌شود که معاوضه و بیع از نظر ماهیت معوض (مورد معامله) هم، با همدیگر تفاوت دارند. برخلاف نظر دکتر شهیدی که آورده است: "عقد بیع و معاوضه... از نظر مورد معامله تفاوتی ندارد." (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۶)، معوض در عقد بیع حتماً باید (عین) باشد ولی در معاوضه، نیازی به عین بودن آن نیست و کافی است که (مال) باشد و می‌دانیم که مال اعم است از عین و می‌تواند شامل حق و منفعت نیز شود. بنابراین، به‌طور مثال، واگذاری حق ارتفاق در مقابل حق انتفاع حتماً مصداق معاوضه است و نمی‌تواند بیع محسوب شود.

آری، اگر معوض، عین باشد، ممکن است معامله مورد نظر، بیع یا معاوضه یا هر دو باشد و برای تشخیص آن، چاره‌ای جز مراجعه به قصد مشترک طرفین نداریم. پس با این دید به راحتی می‌توان تمایز بین بیع و معاوضه را از متن دو ماده استخراج کرد. به بیان ساده‌تر: در صورتی که عوض و معوض، هر دو، مال غیر عین باشند، عقد، قطعاً معاوضه است. در صورتی که یکی از عوضین، عین باشد، آنگاه برای تشخیص نوع عقد باید به قصد طرفین رجوع کرد؛ یا بیع است و یا معاوضه.

### ۳- رابطه عقد بیع و معاوضه در فقه امامیه:

با دقت در متون فقهی می‌توان پی برد که عقد بیع به‌عنوان یکی از مهم‌ترین عقود معین، بخش عمده‌ای از کتاب المتاجر کتب فقهی را به خود اختصاص داده و به‌طور مفصل درباره آن بحث شده؛ در حالی که به عقد معاوضه به این وسعت پرداخته نشده است. حتی عده‌ای معتقدند که "عقد معاوضه در فقه از جمله عقود معین شمرده نشده."

([http:// www. Pajoohe. Com/ fa/print. Php? CeID=20675](http://www.Pajoohe.Com/fa/print.Php?CeID=20675))

هم‌چنین به گفته برخی: "بعضی فقها هم‌چون محقق قمی معاوضه را به‌عنوان یکی از عقود معین نپذیرفته‌اند و فرموده است اگر معاوضه بدون ایجاب و قبول واقع شود حکم معاطات را دارد و اگر با ایجاب و قبول واقع شود، اگر عین باشد، بیع است و اگر منفعت،

اجاره است" (طاهر، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۷)

و تنها در مواردی مصادیق خاصی از آن ذکر شده، مثل «جواز معاوضه عصیرالعنبی اذا غلی (بأن صار اسفلهُ اعلاؤه و اعلاه اسفلهُ)» (شیخ انصاری، ج. اول، ص. ۱۶۱)

ولی به طور کلی با دقت نظر در منابع فقهی می توان دریافت که فقه شیعه بدون در نظر گرفتن تفاوت در ماهیت عوضین، هر نوع عقد معوضی را معاوضه می داند که بر اساس اراده طرفین و بنا به مورد، متعاقبین می توانند نام خاصی را بر آن عقد بنهند:

از جمله مرحوم شهید ثانی در تعریف معاوضه می نویسد: "والمراد بالمعاوضة ما تقوم طرفاها بالمال كالبيع و الصلح و یعتبر عنها بالمعاوضة المحضة و قد یطلق علی ما هو اعم من ذلك و هو ما اشتمل علی الطرفين مطلقاً فیدخل فيه المهر و عوض الخلع و مال الصلح عن الدّم و فی صدق التّجارة علی هذا القسم مع نصّها نظر و قطع فی التذكرة بعدمه"

(شهید ثانی، مسالك ج. اول، ص. ۳۹۹)

با این تعریف مشخص می شود که اولاً عقد معاوضه، عقدی است اعم از بیع و شامل هر عقدی می شود که در آن، دو مال در برابر هم پرداخت می شوند. به عبارت بهتر، عقدی که در آن عوض و معوض، قابل تقویم به مال هستند و ثانیاً شهید ثانی در این که آیا این عقد جزو عقود معین (تجارة) است یا خیر، نظر قاطع نمی دهد و فقط به ذکر نظر مرحوم صاحب تذکره که آن را در زمره این عقود به شمار نیاورده، اکتفا می کند.

همچنین صاحب مسالك در جای دیگر، در کتاب قضا و شهادات و در بحث «القول فی الشاهدین» می فرماید: "كل ما یثبت بشاهد و امرأتین یثبت بشاهد و یمین و هو كل ما كان مالاً أو كان المقصود منه المال كالدين والقرض و عقود المعاوضات كالبيع و الصلح"

(شهید ثانی، الروضة البهیة ۱۳۸۴، ص. ۵۰۶)

صاحب مدارك الأحكام فی شرح شرایع الإسلام در این مورد نظر جالبی دارد. ایشان معتقد است که هر عقدی را که در آن، عوضین، قابل تقویم به مال باشد حتی اگر در آن، قصد، تکسب باشد، عقد معاوضه است: "المراد بالمعاوضة ما یقوم طرفاها بالمال..... و إن قصد بذلك الإکتساب" (موسوی العاملی، ص ۱۶۴)

همچنین صاحب جواهر، مرحوم محمد حسن نجفی معتقد است:

"و یثبت الحكم بذلك فی الأموال كالدين والقرض والعقب و فی المعاوضات كالبيع

والصَّرف و الصَّلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوضیة له و الجنایة الموجبة للذیة " (نجفی، ۱۹۸۱، ص. ۲۷۲)

نیز مرحوم شیخ در مکاسب صورتی را ذکر می‌کند که در آن شك در مالیت مالی است که نفع بسیار جزئی دارد و این که آیا بیع واقع شده بر آن صحیح است؟ وی در این فرض (فرض شك در صحت بیع در چنین موردی) حکم می‌کند که صدق بیع جای تردید دارد ولی به طور قطع می‌توان حکم معاوضه را بر چنین عقدی مجری دانست:

"و لا مانع من التزام الجواز بیع كل له نفع ما و لو فرض الشك فی صدق المال علی مثل هذه الاشياء (فهی الأشياء التي لها المنافع النادرة) المستلزم للشك فی صدق البیع أمکن الحكم بصحة المعاوضة علیها لعمومات التجاره و الصلح و العقود و الهبة المعوضة و غیرها: ای أمکن الدخول هذه الاشياء تحت عمومات أخرى غیر عموم آیه (أحل الله البیع)"

#### ۴- آثار تمییز بیع از معاوضه

پس از بررسی تفاوت‌های موجود بین دو عقد بیع و معاوضه و نحوه تشخیص آن، آنچه که اهمیت پیدا می‌کند، بررسی آثار این تشخیص است. یعنی هر يك از این عقود، به دنبال خود، آثاری را به همراه دارند که تمامی مباحث مطرح در زمینه تشخیص بیع و معاوضه از هم، در واقع، مقدمه‌ای است برای رسیدن به این آثار:

مهم‌ترین ماده‌ای که در بیان تمایز آثار این دو عقد وجود دارد، ماده ۴۶۵ ق.م. است که بیان می‌دارد: "در معاوضه، احکام خاصه بیع جاری نیست."

حال، باید دید احکام خاصه بیع و سایر آثار تمایز بیع و معاوضه چیست؟

- شهید ثانی می‌فرماید: "یشترط كون المبیع مما یملك فلا یصح بیع ما لا نفع فیة " (شهید ثانی، ۱۳۸۴ هـ.ق، ج. ۲، ص. ۲۸)

یعنی از شرایط مبیع این است که مالیت داشته باشد و شهید ثانی، مالیت داشتن را به معنی منفعت داشتن گرفته است. حال اگر شیء منفعت اندکی داشت. آیا می‌توان آن را موضوع بیع قرارداد یا خیر؟ به عبارت بهتر، آیا چنین شیء، مالیت دارد که موضوع عقد بیع قرار گیرد یا خیر؟ شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید: "ولو فرض الشك فی صدق المال علی مثل هذه الاشياء (و هی الأشياء التي لها منافع النادرة) المستلزم للشك فی صدق البیع

امکن الحکم بصحة المعاوضة عليها... " بنابراین اولین اثر تمایز بیع از معاوضه این است که مالی که دارای ارزش ناچیز است می‌تواند موضوع معاوضه قرار گیرد ولی قرار گرفتن آن به‌عنوان موضوع بیع جای تردید است.

- مرحوم دکتر مصطفی عدل، در کتاب حقوق مدنی خود می‌فرماید: "از شباهت فوق‌العاده عقد معاوضه با عقد بیع مخصوصاً از این نکته که هر يك از طرفین مالی را در مقابل مال دیگر به طرف مقابل تمليك می‌کند، این نتیجه حاصل می‌شود که در عقد معاوضه، قبض شرط صحت معامله نمی‌باشد بلکه همین که طرفین در اموالی که مورد معاوضه قرار می‌گیرد، توافق کردند و عقد معاوضه را به ایجاب و قبول واقع ساختند، تمليك حاصل می‌شود، اگرچه که هنوز هیچ يك از طرفین مالی را که در اثر این عقد تمليك کرده است، قبض ننموده باشد." (عدل، ۱۳۷۳، ص. ۲۶۸)

ایشان همچنین در ادامه می‌فرماید: "تفاوت بین معاوضه و بیع از این حاصل می‌شود که در عقد معاوضه با وجود نهایت شباهتی که به عقد بیع دارد، احکام خاص بیع نباید جاری شود. چنان که همین نکته را ماده ۴۶۵ ق.م. بیان کرده است. بنابراین در عقد معاوضه، نه طرفین، خیار مجلس دارند و نه در صورتی که عوضین حیوان باشند، خیار حیوان خواهد داشت." (هم‌چنین، ر.ک: شهید ثانی، ۱۳۸۴، ه.ق. ج. ۲، ص. ۱۱۰)

- اجرای قواعد خاص مثل انفساخ عقد و حق فسخ در اثر فوت خریدار در معاوضه به شدت مورد تردید است و می‌توان گفت که حتی در آن راه ندارد.

(<http://www.Pajoohe.com/fa/print.Php?Cel D=20675>)

- حق شفعه مختص بیع است و در معاوضه جاری نمی‌شود (ماده ۸۰۸ ق.م.) (قاسم‌زاده، ره‌پیک، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۰)

- اگر تلف مبیع قبل از قبض (موضوع ماده ۳۸۷ ق.م.) حکم استثنایی تلقی گردد، در مورد معاوضه جاری نمی‌گردد. (قاسم‌زاده، ره‌پیک، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۰)

- ممکن است پاره‌ای از خیار با ماهیت معاوضه ناسازگار باشند، مثل خیار غبن. در صورتی که انجام معاوضه صرفاً نیاز به مال مورد معاوضه بوده و نه انجام تجارت و کسب سود ولی گاهی ممکن است منظور طرفین یا یکی از آنها از معاوضه، انجام تجارت به قصد سود بردن و یا دست‌کم رعایت تعادل ارزش اقتصادی دو مورد عقد باشد، در این

صورت، وضعیت معامله مانند بیع خواهد شد. (تسهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶)

- پاره‌ای از اختیارات مانند اختیار تأخیر ثمن، ویژه عقد بیع است و در معاوضه راه ندارد.

(کاتوزیان ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۴)

- چنانکه در بالا ذکر شد، معاوضه سهم شریک ملک با مال دیگر سبب ایجاد حق

شفعه نخواهد شد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۳۳۷)

## ۵. بررسی تطبیقی عقد بیع و معاوضه در حقوق کشورهای مصر و فرانسه

### ۱- ۵. مصر

ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر در تعریف بیع می‌آورد:

"البيع عقد يلتزم به البائع أن ينتقل المشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل

ثمن نقدي"

بنابراین ماده، قانون مدنی مصر، عقد بیع را مختص به تملیک عین ندانسته و آن را

به صورت اعم آورده است یعنی تملیک هر جنس یا حق مالی را شامل می‌شود. امکان

تشخیص بیع از معاوضه در حقوق مصر، کار چندان سختی نیست. چرا که قانون‌گذار

مصری در تعریف ثمن آورده:

"هو المبلغ المال الذي يتعهد الشاري بدفعه مقابل الشيء أو لا يوجد بيع مالم الثمن الم

يجدد" (المحامی، ۲۰۰۷ م، ج. ۵، ش. ۷۸۷)

در تفسیر این ماده آورده‌اند که: ثمن در بیع می‌بایست پول نقد باشد بنابراین هرگاه

فروشنده، مال دیگری اعم از منقول و غیرمنقول را به عنوان عوض دریافت کرد آن عقد،

بیع نیست و معاوضه است و در صورتی که بخشی از عوض (ثمن) پول نقد و بعضی آن

مال دیگری بود، تکلیف معامله براساس آنچه که ارزش بیشتری دارد، مشخص می‌شود.

اگر ارزش پول نقد بیشتر بود، عقد بیع است و اگر ارزش مال بیشتر بود آن معامله، معاوضه

است.

بنابراین قانون‌گذار مصری به پیروی از قانون‌گذار فرانسوی، قصد طرفین را در موضوع

دخیل ندانسته و با گسترش دادن مبیع از «عین» به «مال» و نیز مشخص کردن

مشخصات «ثمن»، راه را برای رجوع به قصد مشترك طرفین مسدود و امکان تشخیص

نوع عقد را راحت‌تر کرده است.

## ۵-۲. فرانسه

در حقوق فرانسه همچنانکه بیان شد، "عقد بیع و معاوضه از جهت ماهیت نیز با هم متفاوت‌اند. اگر عوض جنس باشد، عقد معاوضه است و اگر وجه نقد باشد، بیع است؛ بدون این که قصد طرفین در این مورد ملحوظ شده باشد." (تسهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶)

در حقوق فرانسه، ماده ۱۷۰۲ قانون مدنی این کشور عقد معاوضه را چنین تعریف می‌کند:

"معاوضه عقدی است که به موجب آن طرفین به‌طور متقابل، مالی را در برابر هم دریافت می‌کنند."

شباهت این ماده با ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران این است که در ماده ۱۷۰۲ قانون مدنی فرانسه نیز مانند ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران، مال، به‌صورت مطلق به‌کار رفته و شامل عین و حق و منفعت می‌شود. ولی قانون‌گذار فرانسه در این ماده، تصریح به قصد طرفین نکرده است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار ایرانی تصریح کرده که قصد طرفین از معاوضه، صرفاً باید به گونه‌ای باشد که هر دو عوض نقش اصیل را داشته باشد (بدون در نظر گرفتن مبیع و ثمن) نه این که یکی اصیل (معوض) و دیگری فرع (ثمن) باشد.

عدم بیان این مسأله ممکن است چنین به ذهن متبادر کند که در صورتی که قصد طرفین از این مبادله، کسب سود و تجارت باشد (مانند آنچه که در بیع جاری است) می‌توان چنین عقدی را بیع دانست و آثار بیع را بر آن بار کرد. ولی با توجه به تصریح قانون‌گذار فرانسوی در اختصاص عنوان بیع به عقدی که در آن عوض، ثمن است با شرایط آن که شامل موارد زیر است:

الف) محدود به نقد باشد. (قابل تقویم به پول باشد)

ب) معین باشد.

ج) معلوم باشد.

(jossrand, T.Li, No 1020. P 534)

## ۶. نتیجه

با توجه به آنچه که گفته شد، به‌نظر می‌رسد که اساساً نتوان معاوضه را در زمره عقود

معین و یکی از آن‌ها بر شمرد؛ به این دلیل که:

اولاً: مقتضای آن در حد کافی از عقود دیگر نیست. به عبارت دیگر، عقد معاوضه، در موضوع (با توجه به فقه) ویژگی خاصی ندارد که آن را در حد يك عقد معین با ویژگی‌های خاص خود قرار دهد.

ثانیاً: آنچه که از ظاهر ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران فهمیده می‌شود، این است که این ماده همه عقود معاوضی را در بر می‌گیرد (مثل عقد بیع و اجاره و صلح معاوضی).  
ثالثاً: چنانچه مشاهده شد، در اکثر متون فقهی، فقه امامیه که قانون مدنی ایران از آن ملهم است نیز معاوضه به عنوان يك مفهوم کلی گرفته شده که بیع یکی از مصادیق آن است.

رابعاً: وقتی که در يك تقسیم‌بندی، عقود را به معاوضی و غیرمعاوضی تقسیم می‌کنیم (صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۳۵)، دیگر معنی ندارد که عقدی را به نام عقد معاوضه در زمره عقود معین به‌شمار آوریم؛ به عبارت بهتر، معاوضه يك صفت کلی در بعضی از عقود یا يك سری از عقود یا يك قسم از عقود است و ممکن است برخی عقود هم‌چون بیع، این صفت را دارا باشند و برخی دیگر هم‌چون هبه از آن بی‌بهره.

اما از آنجا که تعریف عقد بیع در فقه و قانون مدنی ما روشن است (تملیک عین به عوض معلوم) و نیز قانون مدنی ما عقد معوض را از عقود معین دانسته است؛ باید چنین تفسیر کرد که در معاملات معوض، اصل بر معاوضه بودن عقد است مگر آنکه قانون‌گذار یا طرفین (بنا به مورد) خلاف آن را اراده کرده باشند. و با توجه به نص دو ماده مورد بحث باید چنین گفت که اگر عوض و معوض، هر دو، مالی غیر از عین بودند که عقد قطعاً معاوضه است (بدون در نظر گرفتن قصد مشترك) و اگر یکی از عوضین، عین بود، آنگاه برای تشخیص نوع عقد باید به قصد مشترك طرفین متعاقدين مراجعه کرد.

### منابع:

- المحامی موریس نخله، *الکامل فی شرح القانون المدنی*، ج. ۵، نشر: الحلبي الحقوقیه، ج. ۲۰۰۷.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج. ۶، ج. اول.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی (رساله دکتری)*، فروردین ۱۳۴۰.

- شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه*، انتشارات ارغوان، ج. ۲، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، *مسالك*، ج. اول.
- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، ج. ۸، اسفند ۸۶، نشر مجد.
- شیخ انصاری، *مکاسب*، ج. اول.
- صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۳.
- طاهر، حبیب اله، *حقوق مدنی*، ج. ۷، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی، حسن ره‌پیک، عبدالله کیایی، *تفسیر قانون مدنی اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی*، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. ۹، ۱۳۸۴، ج. اول.
- " *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، ج. ۱۳۸۷.
- موسوی‌العاملی، محمد ابن علی، *مدارک الأحکام فی شرح شرایع الإسلام*، نشر مؤسسه آل‌البیته.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، ج. بیروت، ۱۹۸۱، ج. ۴۰.
- واحدی، قدرت‌الله، *مقدمه علم حقوق*، ناشر: مؤلف.
- josserand, T.Li,(1981)paul Edward, macmilian publishercompany.
- http:// www. Pajoohe. Com/ fa/print. Php? CeID=20675.