

مهران صادقی سراجی

وکیل پایه یک دادگستری

ارتباط وجود عین در بیع عین معین با قصد طرفین معامله

نگاهی کوتاه به سابقه بیع در حقوق مدنی

در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران آمده است که: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

در سیستم‌های حقوقی مختلف هر کدام با تأکید بر روی یکی از اجزای تشکیل دهنده این عقد، تعاریف متمایزی را برای عقد بیع قائل شده‌اند. برخی عین بودن موضوع مورد بیع را قابل تأکید دانسته‌اند و آن را از عقود که موجب انتقال منافع می‌شوند، جدا کرده‌اند. برخی دیگر مبادله مال به مال را، از روی تراضی، شامل تعریف بیع دانسته و از این طریق منافع را هم که مالیت دارد و مثلاً بیع حق ارتفاقی را نیز جزء عقود مورد بیع می‌دانند.^{##}

عده‌ای خصوصیت انتقال مالکیت را عنصر سازنده عقد بیع می‌دانند.^{##}

استاد جعفر لنگرودی با استناد به کتاب مکاسب شیخ انصاری ص ۷۹ و حاشیه مکاسب سیدمحمد کاظم طباطبایی ص ۵۲ می‌گوید: ایراد ماده ۳۳۸ ق.م این است که عین را عنصر سازنده بیع شمرده‌اند یعنی مبیع باید عین CORPS باشد. عین، عبارت است از مالی که اگر وجود خارجی پیدا کند، جسم باشد. بنابراین، طلب نمی‌تواند مبیع، قرار بگیرد. این تعریف را از فقه امامیه گرفته‌اند. در این قسمت، فقه با اخبار و احادیث، مطابق نیست. پس تعریف ماده ۳۳۸ ق.م ربطی به حقوق اسلام ندارد، یعنی ساخته

- کشف اصلاحات الفنون. جلد یک، ص ۱۹۶.

- ماده ۲۲۶۶ قانون مدنی اتیوپی.

اندیشه فقها است که خالی از اشکال هم نیست، بنابراین اگر بخواهیم به سراغ تعریف درست برویم می‌توانیم از ماده ۳۳۸ ق.م.دست برداریم.^{۴۶۱}

و خود استاد لنگرودی در تعریفی که از بیع دارد، می‌گوید: بیع عبارت است از مبادله متعادل که در دارایی هر یک از طرفین عقد، دو جریان مالی معکوس ایجاد کند یعنی چیزی از دارایی بکاهد و چیزی نیز بر آن بیفزاید و با این تعریف تملیک مال در مقابل اسقاط طلب در تعریف بیع گنجانیده می‌شود.^{۴۶۲}

تعاریف مختلفی که از بیع آمده است در چند نکته ظاهراً اتفاق نظر دارند هر چند در مصادیق متعلق بیع، اتفاق نظر نداشته باشند. به این عبارت که همه معتقدند عقد بیع باید دارای عناصر ذیل باشد:

عنصر اول - قرار گرفتن دو تعهد بایع و مشتری در برابر هم براساس مقصودی منطبق (تطابق عقد و قصد).

عنصر دوم - انتقال مالکیت (اعم از تملیک عین یا مال یا حق یا طلب یا اموال غیرمادی مانند علامت تجارتي و صنعتی و مالکیت هنری یک اثر).

اما قسمتی از اختلاف تعریف کنندگان بیع مربوط به آن است که در موضوع انتقال مالکیت قائل به دو تصور هستند:

تصور اول - انتقال مالکیت بالفعل (یعنی همزمان با ایجاب و قبول).

تصور دوم - انتقال مالکیت به صورت هدف ولو آنکه این انتقال، همزمان با ایجاب و قبول نباشد.

آنچه که به عنوان عنصر دوم بیع، باید در نظر گرفت همانا تصور دوم است، نه تصور اول. اگر دومین تصور را در ماده ۳۳۸ ق.م.د در نظر بگیریم، آن وقت برای شمول این ماده نسبت به بیع عین خارجی و بیع عین کلی (ماده ۳۵۰ ق.م) ایرادی نخواهد بود و ماده ۳۳۸ در آن واحد، هر دو قسم بیع را فرا می‌گیرد.^{۴۶۳}

در نظر گرفتن بیع با تصور مطلق انتقال از هر زمان که طرفین اراده کنند، این حسن را

۴۶۱ - دکتر جعفر لنگرودی - دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۴۶۱.

۴۶۲ - دکتر جعفر لنگرودی - دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۴۶۳.

۴۶۳ - دکتر جعفر لنگرودی - دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۴۶۵.

دارد که انتقال مالکیت از مقتضیات اطلاق عقد محسوب می‌شود نه ذات آن، به عبارت دیگر، قبول می‌کنیم که انتقال مبیع، همزمان با ایجاب و قبول، از عناصر سازنده بیع نخواهد بود. این نوع برخورد با عناصر سازنده بیع دارای این حسن نیز هست که اگر مورد بیع (با هر شکل و حالتی که مورد قبول طرفین باشد و قصد منطبق آنها را محقق کند) تعیین خارجی پیدا کرد ایرادی ندارد زیرا آنچه که مالکیت آن در زمانی بعد از ایجاب و قبول منتقل می‌شود (از جهت انطباق عقد با قصد) در زمان شکل‌گیری عقد بیع زیر سؤال نمی‌رود و مثلاً اگر انتقال مالکیت یکباب آپارتمان که قرار است با مشخصات خاص ساخته شود، مورد نظر باشد و این مشخصات در زمانی دیرتر از ایجاب و قبول، با تغییراتی مواجه شد منافاتی با مقصود عمده طرفین، که قصد خود را از انجام این معامله، بر آن منطبق کرده بودند، ندارد و خللی در معامله انجام شده ایجاد نمی‌کند و دیگر نخواهند پرسید که در این آپارتمان مورد معامله که قرار بود ساخته شود، تغییر نقشه ساخت آیا معامله اول را معدوم کرده است یا خیر؟ و یا نخواهند گفت که آیا این تغییر نقشه و آپارتمان‌هایی که براساس آن ساخته شده معامله‌ای جدید محسوب می‌شود یا خیر؟ بلکه آن را تداوم همان بیع نخست می‌دانند، زیرا این تغییرات همچنان پاسخگوی قصد انشای طرفین از انجام معامله می‌باشد.

با توضیحات فوق قصد آن دارم تا به طور نظری قدمی جلوتر نهاده و به این نکته پردازم که آیا در بیع عین معین بدون حضور و وجود خارجی عین معین، در زمان تشکیل عقد، باز هم بیع تحقق می‌یابد یا خیر؟

اول ببینیم تعریف لغات عین و معین در لغتنامه چیست؟

عین عبارت است از: ذات هر چیز، نفس شیئی، آنچه در خارج تحقق دارد.*

معین عبارت است از: تعیین شده، مشخص گردیده، مشخص، مقرر.**

قانون مدنی تعریف صریحی از عین معین نکرده است اما در ماده ۳۵۰ قانون مدنی مبیع به دو اعتبار مورد سنجش قرار گرفته است یکی از جهت نوع استقرار مالکیت که مبیع را یا مفروز و یا مشاع دانسته و می‌گوید:

«...مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع.»

* - فرهنگ معین.

** - فرهنگ معین.

و تقسیم دیگری نیز که از مبیع در ماه ۳۵۰ قانون مدنی صورت گرفته است به اعتبار نوع خود مبیع است یعنی وضعیت حقوقی خاصی که مبیع از جهت مبیع بودنش دارد ملاک تقسیم قرار گرفته است و می‌گوید:

«... یا مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد.»

پس در ادامه ماده ۳۵۰ قانون مدنی دو نوع مبیع، نام برده شده است اولی کلی در معین و دومی کلی فی الذمه است. در اینجا ذکر دو نکته مهم است:

یکی موضوع نحوه نگارش این ماده، دیگر اینکه چرا فقط ماده ۳۵۰ قانون مدنی تنها به ذکر دو نوع مبیع اکتفا کرده است زیرا ما می‌دانیم که نوع سوم و شایع مبیع آن است که مبیع عین معین باشد. ولی قانونگذار در این ماده از مبیعی که عین معین باشد نام نبرده است.

در مورد نحوه نگارش ماده ۳۵۰ قانون مدنی این عیب وجود دارد که دو موضوع جدا از هم را در یکجا ذکر کرده است و حد فاصل این دو موضوع، کلمه «یا» آورده است. در حالی که به کار بردن «یا» که برای تقسیم دو یا چند گونه بودن امور به کار می‌رود وقتی صحیح است که انواعی که از آن نام می‌بریم مربوط به هم باشند. مثلاً می‌گوییم مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع.

در اینجا چون مشاع یا مفروز بودن، هر دو مربوط به نوع استقرار مالکیت مبیع می‌باشد کلمه تقسیم یعنی «یا» درست به کار رفته است.

اما به کار بردن «یا» در جایی که در یکسو از نوع مالکیت مبیع و در سوی دیگر، صحبت از مبیع از نظر وضعیت انواع خاص خود مبیع است، صحیح به نظر نمی‌رسد که مثلاً بگوییم مبیع یا مفروز است یا کلی فی الذمه زیرا بین مفروز بودن مبیع که نوع استقرار مالکیت آن است با کلی فی‌الذمه بودن آن که از وضعیت خاص مبیع صحبت می‌کند ربطی وجود ندارد تا حد فاصل آنها کلمه «یا» قرار بدهیم این است که به نظر می‌رسد نحوه انشای ماده ۳۵۰ قانونی مدنی باید به نحو دیگری می‌بود.

نکته دوم در مورد ماده ۳۵۰ قانون مدنی همان است که گفتیم این ماده فقط دو نوع مبیع را نام برده است و از مبیعی که عین معین باشد، ذکری نکرده است.

شاید عدم تعریف مبیع به عنوان عین معین، به این دلیل باشد که تعریف ماده ۳۳۸

قانون مدنی قبلاً تکلیف این فقره را، به عنوان یک فرض عام روشن کرده بود زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی می‌گوید:

«...بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.»

پس عین بودن مبیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی آمده است و شاید هم بدیهی بودن این مورد که مبیع می‌تواند عین معین باشد و غالب بودن این فرض موجب شده است تا قانونگذار خودش را از تعریف آن بی‌نیاز بداند.

در یک جای دیگر هم قانونگذار از بیعی که عین معین باشد نام برده است و آن ماده ۳۶۱ قانون مدنی است که می‌گوید:

«...اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است.»

بنابراین فرض عین معین بودن مبیع را نیز باید به دو فرض دیگر تعریف شده در ماده ۳۵۰ قانون مدنی اضافه کرد و گفت: مبیع به اعتبار وضعیت حقوقی خاص خود آن، بر سه نوع است.

مبیع یا عین معین یا کلی در معین یا کلی فی‌الذمه است.

اما چرا عمدتاً بیع عین معین و کلی در معین را فقط وقتی صحیح می‌دانند که عین معین در زمان عقد وجود خارجی و محسوس داشته باشد؟

به نظر می‌رسد در مبحث کلی در معین، وجود لغت معین موجب این اشتباه شده است که گمان کنیم، نام معین، به مفهوم وجود خارجی تعیین شده از سوی اصحاب عقد است. اینطور است که خیال می‌کنیم عین مورد بیع باید وجود خارجی و حاضر داشته باشد. در حالی که معین بودن، در اینجا به معنی روشن و واضح بودن مقدار معین به صورت واحد یا به طور کلی از شیئی متساوی‌الاجزاء است و تعیین این مورد بین متعاملین لزوماً ملازمه‌ای با وجود عین خارجی آن در موقع عقد ندارد و تعیین نوع، ممکن است که با تعریف هم حاصل بشود.

ممکن است بگویید که قانونگذار نپذیرفته است که معین بودن مبیع با تعریف آن حاصل بشود خصوصاً اگر موضوع، بیع عین باشد.

در پاسخ می‌گوییم که مگر ماده ۳۳۸ قانون مدنی نمی‌گوید که:

«بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.»

در حالی که این تعریف همه انواع بیع را شامل می‌شود یعنی حتی بیع کلی فی‌الذمه

که در آن، عین مورد نظر طرفین، در زمان انجام معامله وجود ندارد نیز شامل این تعریف است. پس قانونگذار قبول کرده است که عینیت یک عین با تعریف هم می‌تواند حاصل شود، حتی اگر در زمان معامله وجود خارجی نداشته باشد، پس چرا خیال می‌کنیم که در بیع کلی در معین یا در بیع عین معین، وجود خارجی مبیع در زمان عقد از لوازم صحت عقد است؟

احتمالاً یکی از دلایل این خیال، سیاق نگارش نام این قسم مبیع است که چون گفته‌ایم عین معین، پس خیال می‌کنیم معین بودن ملازمه با وجود خارجی داشتن یک شیئی دارد.

و شاید اصرار حقوقدانان طی سالیان متمادی بر اینکه، در بیع عین معین، باید آن عین، وجود خارجی داشته باشد، این اشتباه را مستحکم‌تر کرده است. عین، یک لغت است و مشتقات این لغت در قانون مدنی به شکل‌های مختلف استفاده شده است اما همانطور که قبلاً گفتیم، قانونگذار در هیچ جا تعریف صریحی از آن نکرده است.

باید پذیرفت که سیاق نگارش ماده ۳۳۸ قانون مدنی، نیز در آنجا که می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»، این باور غلط را تشدید کرده است که، برای انجام بیع وجود عین لازم است. در حالی که نویسندگان قانون مدنی احتمالاً خواسته‌اند با به کار گرفتن کلمه «تملیک عین»، تمایزی بین عقد بیع با عقد اجاره، که عبارت از تملیک منفعت به عوض معلوم است، قائل شوند.* زیرا اگر سیاق نگارش عبارت، اجاره می‌داد و مثلاً می‌نوشتند که: بیع عبارت است از تملیک معلوم به عوض معلوم، مسلماً تمایز عقد بیع با عقد اجاره آسان نبود.

ماده ۳۴۲ قانون مدنی نیز بر این گفته ما صحنه می‌گذارد که بگوییم مقصود قانونگذار از کلمه عین و تعیین، همان معلوم بودن مشخصات مبیع، در زمان انجام عقد بیع است. زیرا این ماده می‌گوید:

«...مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت تابع عرف بلد است.»

انواع دیگری از بیع نیز وجود دارد که در آن وصف بیع برای معین کردن آن کافی است. چنانچه در تعریف بیع غایب هم که یکی از انواع بیع است می‌گوییم که هرگاه مبیع عین خارجی بوده و طرفین در حین عقد بیع، آن را ندیده و از روی توصیف یکی از طرفین یا شخص ثالث، اقدام به معامله کنند این بیع صحیح است.^{۳*}

پس می‌بینیم که قانونگذار نیز مقدار و جنس و وصف مبیع را از چیزهایی می‌داند که عینیت یک عین معلوم را به وجود می‌آورند.

ممکن است در مقابل تعریف فوق بگویید اینکه قانونگذار گفته است وصف و مقدار و جنس مبیع باید معلوم باشد، به مفهوم نفی موجودیت آن در زمان معامله نیست، زیرا ماده ۳۶۱ قانون مدنی به تصریح گفته است که:

«...اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است.» یعنی

قانونگذار، وجود خارجی عین معین را در زمان انعقاد عقد بیع، لازم می‌داند.

پاسخ این است که، باید ببینیم، آیا به شکل‌های دیگری هم می‌شود این ماده را بازنویسی کرد، یعنی آیا می‌شود معانی دیگری هم از جملات ماده ۳۶۱ قانون مدنی دریافت کرد؟ برای فهم این نکته چند سؤال می‌پرسیم.

۱- آیا مقصود قانونگذار از موجود بودن مبیع، که در ماده ۳۶۱ قانون مدنی آمده است، وجود حتمی مبیع، به عنوان یک عین خارجی است و بدون استثناء شامل همه موارد است، یعنی هر مبیعی را شامل می‌شود، بدون آنکه قصد طرفین معامله در وجود یا عدم وجود مبیع در زمان معامله ملاک باشد؟

۲- آیا می‌شود گفت این ماده فقط شامل آن دسته از طرفین یک عقد مبیع می‌شود که قصد و فرض اولیه آنها، وجود خارجی مبیع در زمان عقد باشد؟ یعنی هم بایع و هم مشتری فرض کرده باشند که مبیع با مشخصات خاص آن، هم اکنون وجود دارد؟ بنابراین آیا می‌توان ماده ۳۶۱ قانون مدنی را اینطور هم انشاء کرد که بگوییم:

«...اگر در قصد بیع عین معین موجود، معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل

است.»

۳- آیا می‌شود گفت که ماده ۳۶۱ قانون مدنی، فارغ از قصد طرفین معامله، وجود

* - ماده ۴۱۰ قانون مدنی، نائینی، شبه‌الطالب، جلد اول، مبحث سوم صفحه ۲۱۴ و ۲۱۵ - چاپ ۱۳۵۶.

عین خارجی را، در زمان عقد، ملاک صحت بیع می‌داند؟ در این صورت باید پرسید که مگر در وجود خارجی عین معینی که مورد معامله قرار می‌گیرد، چه خصوصیتی وجود دارد که بدون وجود عین خارجی بیع باطل می‌شود؟

۴- آیا قانونگذار به جای آنکه ماده ۳۶۱ قانون مدنی را به صورت شرطی و با آوردن کلمه «اگر» در اول جمله بنویسد نمی‌توانست یکسره بگوید.

در هر بیع که مبیع عین معین باشد. اگر معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است؟

پس چرا جمله را به صورت شرطی آورده است و چرا کلمه شرط را قبل از کلمه بیع قرار داده است و قبل از کلمه مبیع قرار نداده است. چرا مثلاً نگفته است اگر مبیعی که عین معین است وجود نداشته باشد، بیع باطل است؟

پاسخ این است که قانونگذار قصد طرفین معامله و انطباق یا عدم انطباق آن را با عقد انجام شده ملاک صحت، یا عدم صحت عقد می‌داند، یعنی قانونگذار خواسته است بگوید که اگر قصد طرفین معامله، از بیع عین معین، با فرض وجود خارجی مبیع، در زمان عقد باشد در صورتی که معلوم شود مبیع در زمان عقد وجود نداشته، بیع باطل است.

اکنون پرسیم که چرا به نظر می‌رسد که بعضی‌ها تنها با ملاک قرار دادن منطوق این ماده، آن هم به طور ناقص، آن را به همه مواردی که مبیع عین معین باشد ساری می‌دانند؟

شاید که این یک اشتباه عرفی است.

اکنون برای بهتر روشن شدن موضوع چند مثال می‌آوریم تا ثابت کنیم که ملاک قانونگذاری در صحت، یا بطلان بیعی که موضوع آن عین معین است (و ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز به همین دلیل انشاء شده است) فقط به علت عدم انطباق قصد طرفین بر عقد است و لا غیر.

مثلاً یک قاب آینه دوران قاجاریه به رنگ آبی مورد معامله دو نفر قرار می‌گیرد. مسلماً فرض طرفین این است که این قاب آینه دوران قاجاریه دارای همان رنگ آبی آن زمان که مرور ایام بر آن گذشته است و رنگ‌های ساخت آن دوران را بر خود دارد موضوع معامله می‌باشد.

حال اگر فروشنده به جهت آنکه رنگ قاب تقریباً از بین رفته است آن را امروز، به رنگ آبی دریاورد آیا می شود گفت که عقد بیع به طور صحیح انجام شده است و از قصد خریدار و فروشنده متابعت کرده است؟ مسلماً خیر.

اما اگر رنگ آبی دوران قاجاریه موضوع قصدی که عقد، براساس آن منعقد می شود نباشد و مثلاً مورد معامله یک عدد جعبه آبی رنگ برای بسته بندی مقداری وسیله باشد و از یک جعبه سازی خریداری شود و پس از عقد معلوم شود که جعبه های آبی رنگ تمام شده و جعبه های جدیدی باید رنگ شوند، حالا اگر یک جعبه را به رنگ آبی، رنگ کنند و به خریدار بدهند، آیا اختلالی در قصد خریدار و فروشنده حاصل شده است؟ و آیا می شود فقط به این اعتبار که عین خارجی مورد عقد، با مشخصات مورد درخواست طرفین در زمان معامله وجود نداشته است، عقد حاصله را باطل دانست؟ مسلماً خیر. بنابراین می توانیم بگوییم که: بیع عین معیینی که در زمان عقد بیع، وجود ندارد و طرفین از موجود نبودن آن در زمان عقد اطلاع دارند، باطل نیست.

و این امر به هیچ وجه منافاتی با وجود ماده ۳۶۱ قانون مدنی ندارد. چون ماده ۳۶۱ قانون مدنی با این فرض انشاء شده است که فرض طرفین معامله، در زمان عقد، آن بوده است که مبیع با همان شکلی که قصد کرده اند، وجود دارد.

عقل حکم می کند که بگوییم، وجود عین خارجی برای انجام یک عقد، حتی اگر عقد بیع باشد مهم نیست زیرا می دانیم که در حقوق مدنی ما عقود فراوانی وجود دارند که در آن موضوع مورد معامله، در زمان انعقاد عقد، وجود خارجی ندارد.

ممکن است بگوییم که منظور قانونگذار از وصف عینیت، برای بیعی که عین خارجی است، می خواسته تا بگوید که دقیقاً قصد طرفین معامله باید با موجودیت خارجی در زمان عقد انطباق داشته باشد.

اگر اینطور است پس چرا در عقود دیگری که موضوع آنها یک عین خارجی است، وجود عین، در زمان عقد، ملاک صحت آن عقد قرار نگرفته است و چرا شبیه ماده ۳۶۱ قانون مدنی را در عقود دیگر نیاورده اند. آیا می شود گفت که در عقود دیگر، تطابق عقد با قصد، شرط صحت معامله نیست و یا آیا می شود گفت: که موجودیت عین خارجی، در عقود دیگر ملاک صحت آن عقود به شمار نمی رود؟ و این امر اختصاص به بیع عین معیین دارد؟

پس چه چیزی موجب شد تا قانونگذار ماده ۳۶۱ قانون مدنی را فقط در عقد بیع به کار ببرد. بطلان بیع، در بیع عین معینی که معلوم شود، مبیع در زمان عقد وجود نداشته است، دقیقاً با این فرض عنوان شده است که قانونگذار فرض کرده است که طرفین عقد، برای فروش، و خرید جنسی خاص، با اوصاف و شرایطی معین که فرض برداشتن وجود خارجی برای آن، در زمان عقد، کرده‌اند به چنین عقدی اقدام کرده‌اند. بدیهی است که اگر تطابق عقد و قصد برای صحت انجام معامله ملاک باشد، که البته هست! در جایی که قصد طرفین معامله مالی معین و موجود باشد و موجود بودن آن عین، موضوع عمده تشکیل عقد باشد، نبودن آن مال در زمان عقد، آن عقد را باطل می‌کند، زیرا تطابق قصد طرفین، با عقد، در همه عقود مهم است و منحصر به عقد بیع نیست.

مثلاً اگر در عقد جعاله‌ای قصد جاعل پیدا کردن اسب تازی خود، که بناست با آن مسابقه بدهد باشد و عامل در زمانی که عقد جعاله را می‌بندد، بداند این اسب با یک پای بریده در فلان صحرا می‌گردد و بعد برود و آن را بیاورد و بعداً بر جاعل معلوم شود که عامل، در زمان عقد هم می‌دانسته که یک پای اسب قطع شده است و در عین حال بدون ابراز عیب اسب آن عقد را انجام داده است، مسلماً معامله باطل است و عامل مستحق دریافت جعل نخواهد بود زیرا عقد منعقد شده با قصد جاعل تطابق ندارد.

به نظر می‌رسد ماده ۳۶۱ قانون مدنی منحصر به عقد بیع نیست و اینکه نام بیع در این ماده آمده است برای آن است که قانونگذار در مبحثی که شرایط عقد بیع را می‌گفته آن را عنوان کرده است والا در وجود خارجی و ظاهری عین معین، برای انعقاد یک عقد، هیچ خصوصیتی جز آنچه در فوق گفته شد، وجود ندارد تا آن را از عقود دیگر متمایز کند و بگوییم حالا که عین معین، به صورت خارجی وجود ندارد عقد بیع باطل است.

اما این قابل پذیرش است که بگوییم، اگر وجود یک عین خارجی در زمان عقد مورد قصد طرفین بوده است و اتفاقاً بعداً معلوم شده که آن شیئی در زمان عقد وجود نداشته است، خوب البته چنین عقدی به علت عدم تطابق عقد و قصد باطل است.

اکنون می‌پرسیم که اگر یک عین معینی مانند ساختمان، در گذشته‌های دور وجود داشته و معلوم شود که در زمان عقد تخریب شده بود و طرفین از تخریب آن بی‌خبر بودند، باز هم بیع باطل است؟

جواب مثبت است. زیرا ماده ۳۶۱ شرط بقای آن در گذشته را نیز برای صحت بیع کافی نمی‌داند. دلیل هم آن است که قصد متعاملین با عقد انجام شده و با موضوع حاصل از آن، انطباق ندارد. ممکن است پرسیده شود، که اگر در همین ساختمانی که در گذشته‌های دور وجود داشته است و اکنون به وجه قابل توجهی تخریب شده است اما در زمان انعقاد عقد طرفین از تخریب آن خبر داشته باشند و معامله آن را با شرط تعمیر مجدد ساختمان توسط بایع و تحویل آن پس از تکمیل ساختمان، مورد قصد قرار بدهند آیا این بیع هم به علت موجود نبودن عین معین در زمان عقد و اینکه ملک قابل سکونت فعلاً موجود نیست، باطل است؟

باید گفت خیر، این بیع باطل نیست و دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد زیرا نوع ساختمان و شرایط ساختمان و شرایط ساخت بر طرفین روشن و معلوم است.

بطلان بیع در صورتی مسلم است که بیع عین معین، به عنوان تملیک مال موجود فروخته شود، که در این صورت، در فرض عدم اطلاع طرفین، از وضعیت موجود، این امر با قصد انشای طرفین و رضای حاصل از آن مبنایت پیدا می‌کند و صحیح نیست، والا در نفس وجود عین معین برای صحت وقوع بیع، خصوصیتی نیست تا ماده ۳۶۱ قانون مدنی بر آن اساس انشاء شده باشد.

به همین دلیل باید گفت احکام صادره از بسیاری شعب دادگاه‌ها که بیع ساختمان مورد ساخت را به علت موجود نبودن عین معین در زمان عقد و با استناد به ماده ۳۶۱ قانون مدنی باطل می‌دانند، قرین به صحت نیست مگر آنکه عقد بیع مذکور با قصد طرفین تطابق نداشته باشد.

برخی از اساتید از این نکته سخن گفته‌اند که عقد بیع، عین معین، تملیکی است و لذا مبیع باید در زمان عقد موجود باشد تا مورد انتقال قرار بگیرد و نیز گفته‌اند درباره بیعی که موضوع آن در حکم معین است، هنگام بسته شدن عقد، باید تمام شیئی متساوی الاجزاء یا لااقل مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است، موجود باشد.^{۳۸} در مورد قسمت اول یعنی این نکته که برخی از اساتید وجود شیئی معین را به عنوان محملی برای تملیک، لازم دانسته‌اند و اعتقاد دارند که بدون وجود شیئی معین خارجی،

۳۸ - دکتر حسن امامی - حقوق مدنی، جلد اول، مبحث سوم ص ۲۱۴ و ۲۱۵ - چاپ ۱۳۵۶.

تملیک صورت نمی‌گیرد، باید گفت:

اولاً: همانطور که قبلاً گفته شد این موضوع مربوط است به اینکه مالکیت را با کدام یک از دو تصور بشناسیم، یعنی بگوییم انتقال مالکیت بالفعل، همزمان با ابراز ایجاب و قبول خودبخود صورت می‌گیرد یا اینکه بگوییم انتقال مالکیت به صورت هدف است و انتقال مالکیت می‌تواند همزمان با ایجاب و قبول صورت نگیرد و انتقال مالکیت از مقتضیات اطلاق عقد است نه ذات عقد پس می‌توان عقد را صورت داد در حالی که پذیریم انتقال مالکیت زمانی دورتر از وقوع عقد صورت می‌گیرد.

ثانیا: اگر این حکم امر عام باشد باید پرسید پس چرا در عقود دیگر و حتی در عقد بیع کلی فی‌الذمه، که ممکن است مبیع عین خارجی باشد تملیک بدون نیاز به محملی خارجی صورت می‌پذیرد؟ و اگر این حکم را امر خاص مربوط به عقد بیع عین معین بدانیم باید پرسید که مگر در این عقد، چه خصوصیتی وجود دارد که تملیک مورد معامله را از سایر اقسام در معاملات دیگر مجزا می‌کند؟

در مورد قسمت دوم یعنی آن قسمت که گفته‌اند درباره بیعی که موضوع آن در حکم عین معین است هنگام بسته شدن عقد باید تمام شیئی متساوی‌الاجزاء یا لا اقل مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است، موجود باشد باید گفت: به نظر می‌رسد همان‌گونه که قبلاً گفتیم لغت معین را به شیئی بودن موضوع مورد عقد تعبیر کرده‌اند در حالی که در بیعی که موضوع آن در حکم معین یا بهتر بگوییم در حکم عین معین است، منظور همان تعریف بردار بودن شیئی مورد معامله است، به وجهی که تردید و اشتباه را از قصد طرفین عقد بزدايد. مانند بیع آیندان - که این واژه ترجمه *vente de chose futures* است و عبارت از بیع اشیائی که در حین بیع، وجود ندارند. اما با بیع تعهد می‌کند که در آینده معین، آن را فراهم کند که مانند یکدست مبل که نجار تعهد ساختن آن را با مصالحی که خود تهیه می‌کند، می‌نماید. یعنی این مبل‌ها باید در آینده ساخته شوند. پس تاریخ تشخیص این مبیع، بعد از بیع است.^{۳۳}

جالب اینجاست که در تعریف ماده ۳۵۰ قانون مدنی که به اعلام انواع بیع پرداخته است هیچ صحبتی از بیعی که در حکم عین معین است، نیامده و فقط گفته است که:

۳۳ - دکتر جعفر لنگرودی - دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، صفحه ۵۰۸.

«... یا مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الاجزاء...»

بنابراین لغت در حکم عین معین یا کلی در معین لغتی نیست که قانونگذار آن را عنوان کرده باشد که حالا مبنای تعریف ما قرار بگیرد و بر همان اساس بگوییم اگر مبیع در حکم عین معین باشد باید تمام شیئی متساوی الاجزاء یا لا اقل مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است موجود باشد.

بگذریم که امروزه با تغییراتی که در قانونگذاری به وجود آمده است و با مواد جدیدی که به تصویب مجلس رسیده است، قانونگذار خود را پایبند منطوق ساده ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز نمی داند یعنی عین بودن مبیع را عنصر سازنده عقد بیع به حساب نمی آورد و مانند حقوق فرانسه طلب را هم قابل خرید و فروش می داند، چنانچه در ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۷/۱۰/۲۳ گفته است:

«... دولت مکلف است قبوض اقساطی دریافتی آنها را تضمین، و در چنین صورت بانکها و مؤسسات اعتباری می توانند این قبیل قبوض اقساطی تضمین شده را خریداری کرده و وجوه حاصل از این بابت را در اختیار فروشندگان املاک مشمول، قرار دهند.»

می بینیم که موضوع قبوض اصلاحات ارضی که حکایت از طلب فروشنده زمین دارد قابل بیع است، البته ممکن است عده ای بگویند آنچه مورد تجویز قانونگذار در ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی فوق الذکر قرار گرفته است، فروش عین قبوض است نه وجهی که این قبوض، نماینده مطالبات صاحب آن است.

اگر این گونه سنجش کنیم قاعدتاً مطالباتی از صاحبان املاک که شفاهاً یا بر طبق دفتر املاک مورد گواهی سازمان املاک قرار بگیرد یا مورد تصدیق دادگاه، در حکم صادره واقع شود قابلیت انطباق با ماده فوق الذکر را نداشته و قابل معامله نخواهد بود. که به نظر می رسد البته این چنین نیست زیرا نگاه کردن صورت اعمال به صورت خشک و خالی از معنی همه جا مورد منع قانونگذار قرار گرفته است، چنانکه در معامله به قصد فرار از دین، موضوع ماده ۲۱۸ قانون مدنی و یا در موضوع جاری نبودن احکام بیع در بیع شرط مورد ماده ۴۶۳ قانون مدنی، به علت صوری بودن این معاملات و توجه طرفین به صورت این اعمال و بار نشدن معنی و مورد قصد بر اجزاء و ارکان معامله، این اعمال از دید قانونگذار باطل اعلام شده است، پس چگونه باید فرض کنیم که قصد قانونگذار از

کلمه قبوض در ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی فقط یکبرگ کاغذ است و عینیت این کاغذ است که انجام این بیع را صحیح و منطبق با قانون می سازد؟
این است که می شود گفت قانگزار بیع بر طلب را نیز صحیح شمرده است چه رسد به بیع عین معین غیر موجود.

سؤال دیگر این است که با این توضیحاتی که در مورد تطابق عقد و قصد داده شد و مثال‌هایی که برای الزامی نبودن وجود خارجی عین، در زمان عقد بیع عین معین، عنوان شد، حالا آیا اگر دو نفر برای معامله یک عین معین که می تواند وجود خارجی داشته باشد، مانند بنا کردن یک ساختمان توافق و قصد کنند که این عین معین پس از انجام عقد به وجود بیاید، و اتفاقاً بایع نیز بتواند همان بنای مورد نظر خریدار را به وجود بیاورد، این بیع صحیح است یا خیر؟

همان گونه که قبلاً هم گفته ایم، باز هم باید بگوییم که بله، این عقد صحیح است. زیرا هیچ دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد. برخی اساتید این فقره را تعهد بر بیع می دانند و معتقدند که بعد از ساخت بنا، باید عقد بیع دیگری دایر بر تملیک عین موجود صورت بگیرد.* اما به نظر می رسد که این گفته از همان اعتقادی ناشی می شود که از تعبیر دیگرگونه ماده ۳۶۱ قانون مدنی شکل گرفته است و باید پذیرفت که در این مورد عقد بیع و تملیک عین از اول صورت گرفته است و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد. ممکن است بعضی‌ها ایراد بگیرند که در چنین بیعی قدرت بر تسلیم مبیع، برای بایع وجود ندارد. پاسخ این است که قانون مدنی ما تسلیم مبیع را حتی پس از عقد و در زمان مورد نظر طرفین، قابل قبول می داند. برای همین است که ماده ۳۷۰ قانون مدنی می گوید:
«.. اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد.»

و به همین نحو است در بیع پسداد که تعهد انجام عمل به تاریخی بعد از بیع موکول می شود.**

و جالب تر آنکه قانگزار در ماده ۳۴۸ قانون مدنی و اتفاقاً در مبحثی که فقط در مورد مبیع و احکام آن است و شرایط انواع مبیعی را که موجب بطلان بیع می شود بیان

* - دکتر مهدی شهیدی.

*** - دکتر جعفر لنگرودی - دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت ص ۵۳۳.

می‌کند، در هیچ مورد صحبتی از بطلان مبیعی که عین معین غیر موجود باشد، نمی‌کند و با اینکه در مقام بیان است فقط به ذکر موارد زیر اکتفا می‌کند و در ماده ۳۴۸ قانون مدنی می‌گوید:

«... بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.»

پس می‌بینیم که همه این توضیحات، و مواد، حاکی از آن است که چنانچه قصد طرفین در عقد بیع موجودیت یک عین خارجی در زمان عقد نباشد، وجود خارجی عین معین، هنگام وقوع بیع، لازم نیست و ماده ۳۶۱ قانون مدنی می‌خواسته است بگوید: که اگر قصد طرفین، انعقاد عقد بیع، بر یک موجود معین حاضر خارجی باشد، لزوماً عقدی که مبتنی بر این قصد صورت می‌گیرد در صورتی صحیح است که آن عین خارجی، در زمان انعقاد عقد، وجود داشته باشد و تا زمانی که دلیل واضحی نداشته باشیم نباید این ماده را به موارد دیگر سرایت بدهیم و نباید بگوییم که وجود عین خارجی، فارغ از موضوع تطابق عقد و قصد، مورد نظر قانونگذار بوده است، زیرا مقصود از عقد بیع، تملیک مورد معامله است و بعید است بتوانیم بگوییم که در فرض نبودن عین خارجی، با وجود احراز قصد طرفین و علم آنها بر نبودن عین، در زمان وقوع عقد، تملیک واقع نمی‌شود. این است که به نظر می‌رسد، بدون تغییر مواد قانونی حاضر نیز می‌توان پذیرفت که بیع عین معینی که موجود نیست و این موجود نبودن و به وجود آوردن آن در زمانی مؤخر مورد پذیرش و قصد طرفین عقد است، صحیح است، مشروط بر آنکه با بیع بتواند در زمان مورد نظر مبیع را به خریدار تسلیم کند.