

دکتر احمد امیر معزی

استاد دانشگاه

## مطالعه تطبیقی ماده ۳۳۸ قانون مدنی

### ○ مقدمه

در دو دهه اخیر فروش برخی از حقوق در جامعه رواج یافت و مصادیق آن همچنان رو به افزایش است. فروش سرقتی از دیرباز میان مردم رواج داشت و اکنون شاهد فروش قبض حج تمتع، عمره، تلفن همراه هستیم. مردم اوراق مذکور را که مبین اولویت دارنده آن در بهره‌مند شدن از مواهب آن است، به یکدیگر می‌فروشند و از این رهگذر سود می‌برند.

خرید و فروش انرژی برق رایج است، شهرداری به سازندگان بلندمرتبه‌ها تراکم می‌فروشد، سازندگان مجتمع‌های مسکونی قبل از پیاده کردن نقشه آن در عرصه زمین، واحدهای آن را پیش‌فروش می‌نمایند. جوانی از فرط فقر کلیه خود را می‌فروشد. غالب است که مردم لفظ فروش را برای تمام موارد فوق به کار می‌برند. در حالی که فروش بر چیزهایی اطلاق می‌شود که ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران به واسطه محصور بودن در حصار تملیک عین ورود آنها را به قلمرو بیع ممنوع کرده است.

کثرت استعمال لفظ فروش برای حقوق مالی سبب گردید تا نگارنده، نظامهای مختلفی را مطالعه نموده و بررسی عمیقی در این زمینه انجام دهد تا طرز تفکر ملل مختلف در این مسأله را به اطلاع صاحبان فن و علاقمندان برساند.

بیع در قانون مدنی ایران قواعد عامی دارد که بر مبادله اموال منقول و غیرمنقول هر دو حاکم است. قواعد بیع از ماده ۳۳۸ به بعد به صورت کلی مشخص گردیده و بر بیع تمام انواع مال (عین) منقول و غیرمنقول اعمال می‌شود. قانون ثبت نیز مقرراتی برای

معاملات غیرمنقول مقرر داشته که علاوه بر قواعد مندرج در قانون مدنی، در انتقال املاک و مستغلات هم لازم‌الرعایه است.

انتقال املاک (اموال غیرمنقول) در غالب کشورها قواعد خاص دارد و تشریفات مخصوصی را برای انتقال الزام می‌نماید. به همین دلیل مقررات بیع کالا را از بیع املاک و مستغلات جدا نموده‌اند. لذا هر جا که بحث بیع مطرح است مقصود بیع کالا مد نظر بوده و تحت عنوان Contract for sale of Goods بحث می‌شود.

در آمریکا Uniform sales ACT, 1903 و قانون متحد تجارت (UCC) Uniform commercial Code برای پاره‌ای معاملات مقرر گردید که در قسمت دوم آن Article 2 به بیع کالا می‌پردازد.

در انگلیسی قانون Sale of Goods Act, 1979 بر بیع کالا حاکم است.

قانون تعهدات سوئیس<sup>\*</sup>، فصل دوم آن از ماده ۱۸۷ به بیع اموال منقول پرداخته و در فصل سوم از ماده ۲۱۶ به بعد قواعدی را به بیع اموال غیرمنقول به طور جداگانه تخصیص داده است.

کنوانسیون ۱۹۸۰ وین<sup>\*\*</sup> تحت عنوان Convention for International sale of Goods به بیع بین‌المللی کالا می‌پردازد. این کنوانسیون توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد تهیه و نمایندگان ۶۲ کشور و سازمان‌های بین‌المللی در تنظیم آن شرکت جستند.<sup>\*\*\*</sup>

همانطور که نام آن دلالت می‌کند، بر قرارداد فروشی اعمال می‌گردد که محل فعالیت تجاری طرفین عقد در کشورهای متفاوتی قرار دارد.

مطالب این تحقیق در شش گفتار ارایه می‌شود:

گفتار یکم را به تعریف بیع اختصاص داده سپس به تملیک می‌پردازیم (گفتار دوم). در گفتار سوم مبیع را مورد بحث قرار داده و در راستای آن به مبیع قرار گرفتن تولیدات و

\* - قانون تعهدات سوئیس، ترجمه دکتر جواد واحدی، ۱۳۷۸.

\*\* - این کنوانسیون در تاریخ اول ژانویه ۱۹۸۸ در آرژانتین، مصر، فرانسه، مجارستان، ایتالیا، لسوتو، چین، سوریه، آمریکا، یوگسلاوی و زیمبابوه قابل اجرا گردید. استرالیا، اتریش، بلغارستان، بیلی روس، شیلی، چکوسلواکی، دانمارک، فنلاند، آلمان، عراق، مکزیک، نروژ، اسپانیا، سوئد، سوئیس، اوکراین در اوائل اکتبر ۱۹۹۱ آن را اجرا کردند.

\*\*\* - مجله حقوقی، ج ۹، ص ۲۳۶.

اعضای بدن اشاره می‌کنیم (گفتار چهارم). به مشکلات خاص کامن لا در زمینه حقوق عینی و تبعی غیرمنقول در گفتار پنجم پرداخته می‌شود و نهایتاً پیرامون بیع حقوق در برخی از نظامها مطالبی نقل می‌شود (گفتار ششم) خلاصه و نتایج بحث را در آخر مقاله ملاحظه خواهید فرمود.

### ○ گفتار یکم - تعریف بیع

۱- قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیع را اینگونه تعریف می‌کند. «... تملیک عین بعوض معلوم». این تعریف از فقه امامیه اقتباس گردید. صاحب جواهر<sup>\*\*</sup> تعریف بیع را نتیجه استعمال الفاظی می‌داند که بر نقل ملک از مالک به دیگری بعوض معلوم دلالت دارد و صاحب مفتاح‌الکرامه<sup>\*\*</sup> بر این تعریف عبارت «بروجه تراضی» را اضافه کرد «... انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری بعوض معلوم بر وجه تراضی است».

۲- شیخ انصاری در مکاسب لفظ بیع را به نقل از کتاب مصباح‌المنیر مبادله مال به مال ذکر کرده است<sup>\*\*</sup> و معوض را به عین اختصاص می‌دهد تا بدین طریق منفعت را از تعریف بیع کنار گذارد. مقصود او از این تعریف بیع اعیان است نه منافع و با تمسک به تبادل استعمال لفظ بیع را در معنای مبادله مال به مال حقیقت به شمار می‌آورد. بنابراین تعریف، معاوضه منفعت بیع نیست و نتیجه می‌گیرد که منافع نمی‌تواند مبیع قرار گیرد، ولی نسبت به عوض «ثمن» عقیده دارد که می‌تواند منفعت هم باشد. مشروط بر اینکه عوض و معوض در نظر متبایعین معلوم و معین باشد. بر این منوال معاوضه حقوق مثل حضانت و ولایت را از تعریف بیع خارج می‌کند.

۳- شیخ موسی نجفی خوانساری در کتاب منیه حاشیه بر مکاسب<sup>\*\*\*\*</sup> نظر شیخ انصاری را تحلیل می‌کند و می‌فرماید به موجب تعریف بیع که مبادله مال به مال است، مال در ملکیت بایع با مال در ملکیت مشتری مبادله می‌شود.

\*\* - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۲۰۳.

\*\* - سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه ج ۴، ص ۱۴۴.

\*\* - شیخ انصاری - مکاسب، ج ۶، ص ۱۶ تا ۹.

\*\* - شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه‌الطالب فی شرح مکاسب، ج ۱، ص ۳۶.

به عبارت دیگر موضوع این مبادله مملوک (مال) است و این همان چیزی است که در عالم خارج میان مردم متداول است. همچنین است نظر آیت‌الله العظمی روح‌الله موسوی‌الخمینی.\*

۴- بیع به مجموع اعمالی گفته می‌شود که از بایع و مشتری به منظور مبادله سر می‌زند\*\* و در حقوق به معنی عقدی است میان دو طرف به نام بایع و مشتری که به موجب آن بایع در برابر عوض معین (تأدیه ثمن مانند مبلغ معینی پول یا تعهد به تأدیه آن) مالکیت خود بر عین را به مشتری منتقل می‌نماید و عین را به تصرف او می‌دهد.\*\*\*

۵- بیع و معامله گاهی مترادف هم به کار می‌رود. کامن لا تعریف مستقلی برای معامله Transaction ندارد ولی برای بیع Contract for sale تعریف جداگانه‌ای دارد. در این تعریف، بیع انتقال مالکیت از بایع به مشتری در برابر ثمن است و کالایی مبادله می‌شود که فی الحال موجود present Goods باشد (رجوع شود به ماده ۱۰۶-۲ قانون متحد تجارت آمریکا UCC). بین کالای موجود و کالایی که بعداً به وجود خواهد آمد تفاوت وجود دارد. از این تعریف بر می‌آید که بیع کالای موجود به محض انعقاد، اجرا می‌گردد و به همین دلیل آن را بیع حال Present sale هم نامیده‌اند. عقد بیع می‌تواند به شکل قرارداد موافقت بر بیع کالا در آینده هم باشد، و آن عقدی است که به موجب آن بایع موافقت می‌نماید که مالکیت او بر کالا در برابر ثمن در زمان معین در آینده به مشتری منتقل شود. نتیجتاً در زمان انتقال مالکیت کالا به خریدار، بیع Sale محقق می‌گردد، و آن را Contract for sale می‌نامند.\*\*\*\* تحقق بیع مشروط به شروطی است که در آینده محقق می‌گردد. اصطلاح صحیح آن Executory Sale است. این عقد را Agreement to sell قرارداد موافقت بر فروش هم نامیده‌اند. به لحاظ تحلیلی این بیع یک قرارداد است.

\* - امام خمینی (ره)، کتاب البیع، جلد اول، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۱۰ می‌فرماید... فالحق ان البیع مبادله مال بمال، و لیس عبارة عن تملیک العین بالعوض...

\*\* - دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۱۶.

### - Black Law Dictionry, 5th/ed,p-1200

#### - John.M.Stocktn, Sales, 1981, p-2; Ronald A.Anderson,Business Law, 4th/ed,1967(UCC), p-9; Benjamin's Sale of Goods, 5th/ed,1997,P-26;Chity on contracts (specific Contracts), vol II,1994,p-1103/4.

پیش از حلول اجل یا تحقق شرط حقی برای مشتری از قبیل مالکیت بر کالا و تصرف به وجود نمی‌آید. مشتری می‌تواند در صورت نقض این قرارداد، خسارت مطالبه کند. مادامی که مالکیت با بایع باقی است اختیار کالا با با بایع است در صورت نقض، فقط مسؤلیت نقض قرارداد با او است و این تنها حقی است که برای مشتری ایجاد می‌گردد. ۶- قانون ۱۹۳۰ بیع کالا در نظام حقوقی هند نیز تعریف مشابهی دارد.\*

«بیع کالا عقدی است که به موجب آن با بایع مالکیت مبیع را در برابر ثمن به مشتری منتقل می‌کند، یا موافقت می‌نماید که بعداً به مشتری منتقل شود.»  
با ملاحظه تعاریف فوق نقل ملکیت در برابر ثمن وجه مشترک همه آنها است. پس مقصود از بیع انتقال مالکیت مبیع از با بایع به مشتری است. همچنین است انتقال مالکیت ثمن از مشتری به با بایع.

مالکیت در واقع سلطنت شخص بر مال است. از این تعاریف بر می‌آید که مبادله سلطنت با بایع بر مبیع و سلطنت مشتری بر ثمن موضوع بیع است. بر این تعریف ایراد شده است که جامع و مانع نیست. چرا که در ارث به مجرد فوت مورث، مالکیت یا سلطنت بر ترکه به طور متزلزل به وارث منتقل می‌شود و پس از اخراج دین و وصیت از ترکه، مالکیت مستقر می‌گردد. در این تملیک وراثت به جای مورث بر مال سلطه می‌یابند. لذا تغییر سلطه از مالک به وارث را نمی‌توان بیع نامید.\*\*

۷- فقه عامه پس از نقل معنی لغوی بیع «مقابله متاعی با متاع دیگر» به تعریف تملیک مال به مال می‌پردازد به شرح زیر:\*\*\*  
الف - حنفیه - بیع به دو معنی است، عام و خاص. بیع به معنی خاص مبادله عین است به نقد یعنی طلا و نقره و مانند آن. هر گاه بیع به طور مطلق به کار رود، مقصود این معنی است. نوع دیگر بیع به طور عام است و آن دوازه قسم است.

ب - مالکیه - بیع در نظر فقها دو تعریف دارد، یک نوع برای تمام افراد بیع شامل صرف و سلم و مانند آن است و تعریف دوم برای نوع دیگر که عرفاً بیع مطلق یعنی

# - Batra and Kalra, Mercantile Law, 1988, p-233.

\*\*\* - شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب، ج ۱، ص ۳۴.

\*\*\* - عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذهب الاربعه، ج ۴ ص ۱۵۰ تا ۱۵۴.

مبادله عین به نقد مثل طلا و نقره (به وزن یا به شمارش) می‌باشد.

ج - حنابله - معنی شرعی بیع مبادله مال به مال است و همچنین مبادله منافع مباح به منافع مباح دیگر بجز قرض و ربا بیع محسوب می‌شود، حتی اگر آن مال دین در ذمه باشد.

د - شافعیه - بیع مبادله مال به مال به طریق مخصوص است. مقصود این است که هر یک از متعاقدین عوضی به دیگری می‌دهد. از این تعریف هبه غیر معوض و نکاح که معامله مال به غیر مال است خارج می‌گردد.

۸- قانون مدنی مصر متأثر از فقه عامه در ماده ۴۱۸ بیع را این گونه تعریف می‌کند: «عقدی است که به موجب آن بائع ملتزم می‌شود که مالکیت خود بر شئی یا حق مالی را در مقابل ثمن نقد به مشتری منتقل کند».

تعریف مذکور با تعریف بیع مطلق در مذاهب حنفیه و مالکیه همسو است، با این تفاوت که قواعد بیع به حقوق مالی «فرا تر از عین» تسری یافته است. بیع حقوق مثل مالکیت معنوی از قبیل حق تألیف، حق اختراع و حق ثبت را مطرح می‌سازد. وجه تمایز این تعریف آن است که ثمن را نقد قرار داده است و این در حالی است که بعضی از فرق عامه همانند فقهای امامیه ثمن از جنس غیر نقد را هم جایز دانسته‌اند.\*\*\*

#### ۹- در قاره اروپا Continental Law

الف) فرانسه - ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی بیع را عقدی می‌داند که به موجب آن یک طرف خود را ملزم می‌نماید که چیزی را تسلیم دارد و طرف دیگر در مقابل به پرداخت ثمن متعهد می‌گردد. بیع با سند تأیید شده یا با امضای اشخاص خصوصی منعقد می‌گردد. به محض حصول تراضی، مشتری به حکم قانون مالک میباید می‌شود، حتی اگر تسلیم میباید و تأدیه ثمن صورت نگرفته باشد (ماده ۱۵۸۳ ق م ف). تمام اشیای مادی که قابل داد و ستد باشند و قانون خاص نقل و انتقال آن را ممنوع نکرده باشد، از جمله ساختمان در حال احداث می‌تواند میباید باشد.\*\*\*

\* - دکتر عبدالرزاق السنهوری، الوسیط، ج ۴، ص ۲۰.

\*\* - عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۱۴۷.

### - John H.Crab. French Civil Code, 1977, p-306.

ب) آلمان - ماده ۴۴۳ قانون مدنی آلمان بیع را عقدی می‌داند که به موجب آن بایع ملتزم به تسلیم شیئی و انتقال مالکیت به مشتری است. همچنین در فروش حق، بایع ملتزم است آن حق را به مشتری منتقل کند. اگر به واسطه آن حق، مشتری استحقاق تصرف بر شیئی را به دست آورد بایع ملتزم به تسلیم شیئی می‌باشد. مشتری ملزم است ثمن مورد توافق را به بایع تسلیم دارد و شیئی مورد معامله را قبض نماید.

ج) سوئیس - ماده ۱۸۴ قانون تعهدات بیع را عقدی می‌داند که به موجب آن بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری و نقل مالکیت آن به وی، در مقابل قیمتی که خریدار متعهد به پرداخت آن می‌شود، می‌گردد. جز در صورت وجود عرف یا توافق مخالف طرفین، بایع و مشتری ملزم‌اند به طور همزمان تعهدات خود را انجام دهند. ثمن معامله به اندازه کافی معلوم خواهد بود. اگر با توجه به مقتضیات، قابل تعیین باشد.\*

با ملاحظه موضوع بیع در ماده ۱۷۸ هر مالی بجز زمین می‌تواند مبیع باشد و اشیای جداشدنی از اموال غیرمنقول از قبیل میوه‌ها و مصالح بنایی پس از تخریب یا استخراج سنگ معدن بیع مال منقول محسوب می‌شوند مشروط بر اینکه بعد از جدا شدن از مال غیرمنقول مورد معامله قرار گیرند.

با وجود ایراد ذکر شده در بند (۶)، نقل ملکیت و ثمن به مشتری و بایع، جوهره عقد بیع است، بنابراین تملیک، قصد انشاء ایجاب کننده‌ای است که می‌خواهد مالی را از خود به دیگری منتقل کند.\*\*

تعاریف نظامهای مورد اشاره با تعریف حقوقی بیع در قانون مدنی ایران منطبق نیست بلکه از نقطه نظر تحلیل حقوقی تعهد بر بیع است «مانند تعریف مذکور در ماده ۱۵۸۲ ق.م.فرانسه» و با یک نگرش دیگر دلالت تعاریف مذکور در نظامهای مزبور دلالت تضمینی بر بیع است. زیرا التزام به تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن به عنوان یکی از آثار بیع جزئی از معنی مطابقی لفظ بیع است و سایر اجزا و آثار آن را شامل نمی‌گردد. چنانچه در تعاریف منصوص در نظامهای حقوقی اروپایی صراحتاً مورد تصریح واقع نمی‌شد ترتب سایر آثار بیع بر مبادلات فیما بین افرادی که تحت نظامهای مزبور خرید و

\*\* - قانون تعهدات سوئیس، ترجمه دکتر جواد واحدی، ۱۳۷۸، ص ۶۳.

\*\*\* - جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۷۹.

فروش می‌کنند با اشکال مواجه می‌بود، مانند ضمان درک مبیع و ثمن برای بایع و مشتری. به همین دلیل است که قانونگذار فرانسوی به منظور احتراز از چنین مشکلی ناچار از بیان این نکته شده که پس از حصول تراضی مشتری مالک مبیع می‌شود حتی اگر تسلیم مبیع و تأدیه ثمن صورت نگرفته باشد، در حالی که با تعریفی مشابه تعریف امامیه عقد بیع به نفس حصول توافق، آثار خود را از جمله مالکیت مشتری بر ثمن ایجاد می‌کند. از نظر منطبق حقوقی تعریف بیع در فقه امامیه از بیع با معنای مطابقی آن بسیار سازگارتر است. زیرا آنچه که علی‌الاصول در وحله اول منشأ ایجاد رابطه حقوقی می‌گردد، توافق دو اراده در انتقال مالکیت در شیء واحد است.

چنانچه چنین توافقی حاصل گردد رابطه اعتباری بایع بر مبیع تبدیل به رابطه معنوی مشتری بر مبیع می‌گردد.

با هر وسیله ممکن باید شرایط لازم برای تحقق این رابطه اعتباری در عالم خارج فراهم گردد. البته این نکته را نباید از نظر دور داشت که قانونگذاران اروپایی شاید نظر بر انطباق عالم اعتبار با عالم واقع داشته‌اند. در نتیجه در تعریف بیع به ثمره عملی ناشی از توافق اعتباری عنایت داشته، تا مواردی را جزو مصادیق بیع برشمارند که فی الواقع تحقق یافته و صورت خارجی پیدا کرده‌اند.

## ○ گفتار دوم: آیا تملیک بصرف انشاء عقد صورت می‌گیرد یا اقدام دیگری لازم

است؟

الف - براساس نص قانون مدنی ایران (بند ۱ ماده ۳۶۲) مهمترین اثر از آثار عقد بیعی که صحیحاً واقع شده باشد، این است که به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. مشروط بر اینکه مبیع عین معین باشد. ولی اگر مبیع کلی باشد انتقال ملکیت با تسلیم یا جدا کردن مصداق از کلی صورت می‌پذیرد.\*

صاحب منیه‌الطالب\*\* در تحلیل بیع می‌گوید که بیع نفس تملیک به عوض در ظرف

\* - دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۴.

\*\* - منیه‌الطالب، ج ۱، ص ۳۶،... بل البیع هو نفس التملیک بالعوض فی طرف حصول القبول.



حصول قبول است و همچنین است دلالت صیغه بر تملیک در مذاهب عامه.\*  
 ب- در نظامهای حقوقی زیر تسلیم مبیع یا شرایط دیگر موجب انتقال ملکیت است  
 نه صیغه عقد به تنهایی:

#### ۱- سوئیس:

طبق ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس بایع تعهد می‌کند در مقابل تعهد مشتری به پرداخت ثمن، مبیع را به او منتقل و تسلیم نماید. چنانچه مال در مزایده خریداری شود، برنده مزایده مال منقول از تاریخ مزایده مالک شناخته می‌شود. لیکن در مورد اموال غیرمنقول ملکیت فقط با ثبت در دفتر ثبت املاک منتقل می‌گردد (ماده ۲۳۵ قانون تعهدات).

#### ۲- آلمان:

ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان وظایف اساسی بایع و مشتری را به شرح زیر مقرر می‌دارد:

- بایع به موجب عقد ملزم به تسلیم مبیع و انتقال ملکیت به مشتری است. همچنین در بیع حقوق بایع ملزم به انتقال آن حق به مشتری است، اگر انتفاع از حق مذکور ملازمه با تسلیم شیء داشته باشد، بایع ملزم به تسلیم آن شیء نیز هست. در انتقال ملکیت زمین لازم است که حقوق متعلق بر زمین و انتقال آن در صورتی که در قوانین برخلاف آن مقرر نشده باشد در دفتر ثبت املاک ثبت شود (ماده ۸۷۳ قانون مدنی) تحصیل ملکیت و از دست دادن آن در اموال منقول ملازمه با تسلیم مبیع توسط بایع به طرف دیگر دارد و تراضی طرفین در این زمینه ضروری است. اگر مال پیشاپیش در تصرف طرفی باشد که در صدد به دست آوردن ملکیت است، صرف توافق طرفین بر انتقال ملکیت کفایت می‌کند (ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان).

## ۳- آمریکا:

ماده ۴۰۱-۲ قانون متحد تجارت مقرر می‌دارد:

قواعد هر یک از بندهای این ماده نسبت به حقوق، تعهدات و خسارات هر یک از بایع و مشتری و سایر خریداران یا شخص ثالث بدون در نظر گرفتن مالکیت کالا قابل اعمال است بجز مواردی که مقررهای دلالت بر مالکیت دارد. تا آن حد که در شمول مقررهای این بخش از قانون نباشد و مالکیت موضوعیت و اهمیت پیدا کند، قواعد زیر جاری می‌گردد:

۱- در قرارداد توافق بر فروش، مالکیت کالا را پیش از تعیین کالا برای این قرارداد نمی‌توان منتقل کرد (۲-۵۰۱). مگر اینکه صراحتاً بر خلاف آن توافق شده باشد. بایع با تعیین و تخصیص کالا، مالکیت محدود شده توسط این قانون را تحصیل می‌کند. هرگونه حبس یا شرط تحفظ مالکیت بر کالای حمل شده یا تسلیم شده، در واقع محدود به حق وثیقه یا مفاد شرط می‌باشد. مشروط بر اینکه مقررهای ماده و مقررهای ماده مربوط به معاملات با حق وثیقه (ماده ۹) جاری گردد، مالکیت بایع به هر طریق و با هر شرایطی بر طبق توافق صریح طرفین منتقل می‌شود.

۲- با وجود شرط تحفظ حق وثیقه و حتی با وجود شرط تسلیم سند مالکیت در زمان و مکان دیگر، مالکیت در زمان و مکانی که بایع عملاً با تسلیم کالا تعهد خود را انجام می‌دهد، به مشتری منتقل می‌شود. مخصوصاً اگر حق وثیقه در بارنامه دریایی ارسال کالا، شرط شده باشد:

الف) اگر قرارداد بایع را مجاز یا مکلف به ارسال کالا برای مشتری کرده ولی او را مکلف به تسلیم در مقصد ننموده باشد، مالکیت در زمان و مکان حمل به مشتری منتقل می‌شود، ولی

ب) اگر تحویل در مقصد تکلیف قراردادی باشد، با تسلیم کالا در آن محل مالکیت منتقل می‌شود.

۳- بجز مواردی که توافق صریح وجود دارد، هرگاه می‌بایست تسلیم بدون جابجایی کالا صورت گیرد:

الف) اگر بایع می‌بایستی مدرک مالکیت را تسلیم دارد، مالکیت در زمان و مکان

تسلیم مدرک به مشتری منتقل می‌شود.

ب) اگر کالا در زمان انعقاد عقد پیشاپیش معلوم شده و بنا نبوده مدرکی تسلیم شود، مالکیت در زمان و مکان انعقاد قرارداد توافق بر فروش منتقل می‌گردد.

۴- امتناع و خودداری مشتری از قبض و نگهداری کالا، چه موجه باشد چه نباشد، یا با وجود پس گرفتن قبول بطور موجه، مالکیت را به بایع برمی‌گرداند. بازگشت مالکیت به بایع به موجب قانون است نه به موجب عقد بیع.  
با توجه به ماده فوق تملیک گاه با تسلیم کالا، گاه با تسلیم سند مالکیت و گاه به حکم قانون صورت می‌گیرد.

#### ۴- انگلیس:

در قانون بیع کالا ۱۹۷۹ انگلیس، مقصود از بیع به طور عام انتقال مالکیت از بایع به مشتری است. لیکن زمان انتقال مالکیت به خریدار کاملاً به قصد طرفین بستگی دارد. گاهی اتفاق می‌افتد که طرفین در این خصوص قصد مشخصی ندارند در این حالت در قانون اماره‌هایی وضع نموده‌اند که به جای اراده طرفین اعمال می‌گردد، مگر اینکه از قرارداد قصد مخالف اماره مذکور استنتاج گردد.\*

بدین منظور در قسمت ۱۸ قانون، پنج قاعده به وجود آورده‌اند که هر کدام به عنوان اماره قانونی بر مورد خاص منطبق است، محل‌های جریان امارات فوق عبارتند از: بیع کالای ویژه، تسلیم به شرط تایید، تسلیم به شرط خرید یا پس فرستادن کالا، بیع کالای معین نشده، انتقال سهم‌الشرکه تقسیم نشده در کالای فله در این خصوص لازم است شرط حفظ حق بایع دایر بر تصرف در کالا در بخش ۱۹ قانون ۱۹۷۹ مورد توجه قرار گیرد.\*\*

# - Benjamin's Sale of goods, 1997, p. 191.

## - Sale of specific Goods, Goods delivered on approval, goods delivered on sale or return, Unascertained goods, passing of property in undivided share in Goods forming part of a bulk.

## ۵- مصر:

به طور کلی عقد بیع ناقل ملکیت است ولی از تعریف ماده ۴۸۱ قانون مدنی برمی آید که بیع التزامی را برعهده بائع می‌گذارد تا مبیع را به تملیک مشتری درآورد. در ماده ۴۳۰ همان قانون آمده است که، هرگاه ثمن موجب بیع مجاز است شرط نماید که انتقال مالکیت به مشتری موکول به استیفای کامل تمام ثمن باشد. حتی اگر تسلیم مبیع پیشاپیش صورت گرفته باشد. بنابراین اراده اشخاص در انتقال مالکیت مؤثر است.

هرگاه ثمن اقساطی باشد، متعاقبین مجاز هستند به تراضی بخشی از مبیع را نزد بائع باقی گذارند. در صورت عدم تأدیه تمام اقساط به طور کامل، آن بخش از مبیع به عنوان عوض برای فسخ قرارداد به بائع داده شود.

در بیع منقول مالکیت همزمان با اجرای عقد منتقل می‌شود و به استناد ماده ۲۰۴ قانون مدنی، مالکیت در مورد زمین (عقار) جز به ثبت در دفتر ثبت املاک منتقل نمی‌شود.

## ○ گفتار سوم - مبیع:

## مقدمه:

پیش از آنکه به این موضوع پردازیم لازم است مصادیق و انواع مال را بشناسیم.

فقه امامیه مال را به پنج قسم تقسیم نمود.\*

۱- عین: عبارت از اشیای مادی دارای وجود فیزیکی ملموس و خارجی است، مثل خانه، ماشین، کتاب، تلفن.

۲- منفعت: نفعی است که از عین حاصل می‌گردد و خود عین پس از انتفاع باقی می‌ماند مثل بهره‌ای که مستاجر از مورد اجاره می‌برد، منفعت جدا از عین قابل تملیک به دیگری است.

۳- انتفاع: نوعی منفعت غیرمادی است که قابل تملیک به دیگری نیست، بلکه

منتقل الیه یا ذینفع فقط حق بهره‌برداری دارد یعنی اباحه انتفاع. مثل عاریه، مستعیر می‌تواند در حدود اذن از مال مورد عاریه بهره‌برداری کند ولی مالک نفع آن نمی‌باشد. مانند عاریه گرفتن ماشین برای رساندن بیمار به درمانگاه یا استفاده از آن در مراسم عروسی.

۴- حق: مثل حق شفعه، حق خیاری، حق تحجیر که قابلیت تبدیل به ارزش اقتصادی دارد، صاحب حق مالک آن است.

۵- ذمه یا دین: تعهدی که بر ذمه متعهد به نفع دیگری قرار می‌گیرد، از حیث انتساب به بستانکار طلب و انتساب به بدهکار دین نامیده می‌شود. مانند مهریه زوجه پیش از مطالبه و وصول، دین است بر عهده زوج. با توجه به مقدمه فوق مبیع را در نظامهای مختلف بررسی می‌نماییم.

#### عین:

نظامهای مختلف حقوقی در مبیع شناختن عین اتفاق نظر دارند. ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران واژه عین را در تعریف مبیع قید نموده و مبیع را منحصر به آن نموده است. انتقال هر نوع مال دیگر را که خارج از طبقه عین باشد، بیع نمی‌داند. از آن جمله است فروش منافع که در قالب تملیک منفعت (عقد اجاره) مطرح می‌شود.\* با اندک توجه به روابط و داد و ستد مردم در جامعه فعلی، در می‌یابیم که فروش سرقفلی، حق تألیف، حق اختراع و نظایر آن مصطلح است ولی از قانون مدنی به دلیل حصر مبیع به عین نمی‌توانیم این گونه انتقال را بیع بنامیم. این در حالی است که جامعه گرایش به بیع شناختن آن دارد. نفس این قبیل روابط در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی تحت عنوان قراردادهای خصوصی معتبر و لازم‌الاتباع است.\*\* عین در حقوق ایران انواع مختلف دارد (ماده ۳۵۰ قانون مدنی).

#### الف - عین معین یا شخصی:

\* - منبه الطالب، ج ۱، ص ۳۹، کتاب البیع حضرت امام، ج ۱، ص ۱۵.

\*\* - دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۳۷۱، ص ۴۱.

منظور از آن مالی است قابل لمس، قابل اشاره که در حین عقد موجود است\* و به آن عین شخصی و خارجی نیز گفته‌اند.\*\* در کامن لا به آن «Identified goods»\*\*\* یا Personal chattels نیز اطلاق شده است و به کالایی گفته می‌شود که اختصاصاً برای ایفای تعهد در عقد بیع تعیین گردیده و در زمان انعقاد عقد موجود است. در حقوق انگلیس علاوه بر قابل لمس و قابل اشاره بودن عین منقول به قابل رویت بودن نیز تحت عنوان عین شخصی اشاره شده است.\*\*\*\* مصادیق آن را حیوانات، اسباب و اثاثیه منزل، پول، جواهرات، غلات، البسه و هر چیز دیگری که بتوان به آسانی آن را از جایی به جایی دیگر نقل نمود، برشمرده است.

حقوق دینی (ذمه) از قبیل، سهم‌الشرکه، وثیقه، قرض، سفته و سایر اسناد تجاری بارنامه، بیمه‌نامه، حق اختراع، حق تألیف، حق ثبت علائم و سایر اموال غیرمادی از تعریف کالا خارج می‌باشند. چون قابل لمس نیستند به آنها کالا اطلاق نمی‌شود. از این عبارات بر می‌آید که در فروش کالا بر اساس شرایط سی.اند.اف (C&F)، کالا فروخته می‌شود نه اسناد و مدارکی که برای وصول ثمن به بانک داده می‌شود. در عمل بایع مدارک را به بانک تحویل می‌دهد و این مدارک در واقع مبین اقدامات مربوط به حمل، و بیمه کالا به مقصد تعیین شده، و تحویل به مشتری است.

هر گاه تمام یک عین معین به یک مالک تعلق داشته باشد آن را مفروز و در صورت تعدد مالک بر عین واحد، آن را عین مشاع می‌نامند. عین مشاع مال واحدی است که چند مالک در آن شریک هستند و نمی‌توان سهم هر شریک را در عالم خارج از یکدیگر تمیز داد. هر ذره‌ای از اجزای عین معین مشاع، متعلق حق تمام شرکا است\*\*\*\*\*، هیچ شریکی نمی‌تواند ادعا کند که بخش معینی از عین سهم اختصاصی اوست، مگر اینکه به توافق یا به اجبار افزاز شود. تعیین سهم هر یک از شرکا اعم از عین و منافع تابع قواعد تقسیم مال

\* - دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲۵.

\*\*\* - دکتر ناصر کاتوزیان، اموال مالکیت‌ها، ۱۳۷۴، ص ۳۵.

### - John M. Stokton, Sales, 2nd/ed, 1980, p-10.

#### - Benjamin's Sale of Goods, 1997, p.66/7.

\*\*\*\*\* - دکتر کاتوزیان، اموال و مالکیتها، ص ۳۶.

مشترک است (ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی).<sup>\*</sup> آیا همین قاعده در مورد کالا در تعریف بیع در کامن لا نیز جریان دارد؟ به عبارت دیگر آیا سهم مشاع یک شریک را هم می توان مستقلاً کالا نامید؟ بیع سهم مشاع از قبیل ربع، ثلث و نصف بر طبق قانون معتبر می باشد.

در حقوق انگلیس سهم مشاع از کالا را می توان به هر کس فروخت، و با اصلاحاتی که در سال ۱۹۹۵ (در بند ۱ ماده ۶۱ قانون بیع کالا) به عمل آورده اند فروش سهم مشاع پذیرفته شده است.<sup>\*\*</sup> بر حسب ماهیت مال مشترک این قاعده وقتی جاری می گردد که مبیع عین باشد. وقتی که در قراردادی هم خدمت و هم فروش مواد برای ساخت مطرح باشد، این تردید وجود دارد که آیا قرارداد مذکور را می توان تابع قانون بیع کالا دانست یا خیر؟

#### ب- کلی:

مالی است که افراد عدیده آن در خارج موجود است. هنگام بیع اوصاف یا مقدار آن ذکر می شود. لیکن هنگام تسلیم باید فردی از آن را معین کند که دارای وصف، جنس و مقدار معهود باشد.<sup>\*\*\*</sup>

به هنگام ذکر وصف و جنس و مقدار مبیع، کالا برای قرارداد بیع تعیین نگردیده و جدا نشده است بلکه در ذهن و نظر متبایعین نقش بسته است. نمونه این گونه اموال در عالم خارج فراوان است، و هر یک را در مقام ایفای تعهد می توان جای دیگری تسلیم کرد. به این قبیل اموال مثلی هم می گویند. در عرف بازرگانی کالایی مانند شکر که در کیسه های ۵۰ کیلویی بسته بندی شده نیز مثلی گفته می شود، اگر چه ممکن است خصوصیات شکر موجود در یک کیسه با خصوصیات محتویات کیسه دیگر از لحاظ مشخصات فنی کاملاً یکسان نباشد. برای شناسایی اموال مثلی در کامن لا دو معیار وجود دارد: یکی وجود عرف و عادت تجاری

<sup>\*</sup> ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مقرر می دارد: «در مواردی که حکم خلع بد علیه متصرف ملک مشاع به نفع مالک قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد، از تمام ملک خلع بد می شود. ولی تصرف محکوم له در ملک خلع بد نشده مشمول مقررات املاک مشاعی است.»

<sup>\*\*</sup> Benjamin's Sale of Goods, 1997, p.67.

<sup>\*\*\*</sup> دکتر کاتوزیان اموال و مالکیتها، ص ۴۱.

در داد و ستد آن کالا و دیگری تراضی طرفین.

متعاقدين می‌توانند کالای غیر مثلی را با تراضی و توافق خویش مثلی Fungible به حساب آورند.\* در این حالت محاکم موظفند شرایط تراضی را اعمال نمایند. در صورت نبود توافق محکمه فقط به عرف و عادت تجاری اکتفا خواهد کرد.

### ج) کلی معین یا در حکم عین معین:

هر گاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی است که تمام اجزای آن مثل یکدیگرند، آن مال نیز در حکم عین خارجی است. مثل یک کیلو شکر از یک کیسه صد کیلویی که برای بایع و مشتری معلوم است.\*\* این قبیل اموال را کلی معین می‌نامند. وقتی مقدار معینی از کلی معین به مشتری فروخته می‌شود، بدین معنی نیست که مشتری مالک مشاع سهمی از کلی است. بایع می‌تواند مقدار معین را از کلی معین جدا و به عقد بیع مذکور تخصیص دهد. از این رو میان مال مشاع و کلی معین تفاوت وجود دارد. در مال مشاع حق مشتری در تمام ذرات مال مذکور به نحو اشاعه منتشر است و در کلی معین، پس از جدا کردن مصداق از کلی، همان مقدار جدا شده به ملکیت مشتری در می‌آید.

با توجه به تقسیم عین به شخصی و کلی و کلی معین، در مورد فروش هواپیما و کشتی و قطار و سایر وسایل نقلیه موتوری، این سؤال مطرح می‌شود که آیا نقل و انتقال آنها تابع قواعد بیع است و این قواعد برای انتقال آنها کافی است؟

اصل ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی، هواپیما، کشتی و قطار را در مالکیت عمومی و بخشهای دولتی می‌داند. اشخاص خصوصی نمی‌توانند نسبت به بیع آنها اقدام نمایند. انتقال مالکیت این قبیل اموال تابع تشریفات خاص است و صرف احکام بیع برای انتقال آنها کافی نیست. تسلیم و تصرف این قبیل اموال بدون رعایت تشریفات خاص موجب انتقال مالکیت نمی‌شود. از این رو، این اموال سند مالکیت دارند و نقل و انتقال آنها باید به ثبت برسند.

ماده ۲ قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸ ثبت مالکیت و تابعیت هواپیما را

\* - John M. Stockton. sales, Page 11 and 126.

\*\* - دکتر کاتوزیان، اموال و مالکیت‌ها، ص ۳۶، منبه الطالب، ج ۱، ص ۹، کتاب البیع حضرت امام ج ۱، ص ۱۶.



مطابق قواعد آیین‌نامه‌ای تجویز نموده که در سال ۱۳۴۳ به تصویب رسید ماده ۲ آیین‌نامه مذکور ثبت مالکیت هواپیما را در دفتر ثبت هواپیما که در سازمان هواپیمایی کشوری نگاهداری می‌شود، الزامی دانسته است.

ماده ۸ تا ۲۸ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ ثبت انتقال و معامله کشتی را تابع مقررات آیین‌نامه ثبت انتقالات و معاملات کشتی مصوب ۱۳۴۴ قرار داده است. به موجب ماده ۱ آیین‌نامه مذکور، ثبت کلیه انتقالات و معاملات و اقاله راجع به کشتی‌ها اعم از عین و منفعت را اجباری و منحصرأ به وسیله دفاتر ثبت اسناد رسمی که طبق مقررات این آیین‌نامه از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک اجازه مخصوص خواهند داشت، ممکن می‌داند بنابراین ثبت اسناد معاملات کشتی عیناً تابع مقررات مربوط به ثبت اسناد رسمی است (ماده ۳). همچنین است خرید و فروش وسایل نقلیه موتوری (خودروها) دیگر.

#### ○ گفتار چهارم - آیا بقایا و اعضای بدن انسان می‌تواند مبیع باشد؟

در بسیاری از کشورهای غیراسلامی بقایا و اعضای بدن انسان به نحو قانونی فروخته می‌شوند. آیا تملیک اعضا در چارچوب قواعد عام بیع یا قواعد بیع کالا صورت می‌گیرد؟ در قانون مدنی ایران قاعده خاص یا ماده صریحی که اعضای بدن انسان را قابل تملیک از طریق بیع بشناسد وجود ندارد. لیکن در جامعه شنیده می‌شود که ولی یا وارث شخصی که در حال مرگ مغزی است، اعضای بدن او را به بیماران نیازمند اهدا می‌کند. پیوند اعضای بدن انسان مثل کلیه، قلب، چشم و... به بیماران نیازمند در حال تحول بوده و فرهنگ مبادله آن شکل گرفته است. فروش برخی دیگر از تولیدات بدن انسان، مثل خون و مو کاملاً پذیرفته شده است. در برخی از کشورها داد و ستد آن را تابع قواعد بیع کالا می‌دانند.\* گاهی شنیده می‌شود که به عنوان مال مورد سرقت قرار می‌گیرد. نمی‌توان انکار کرد که بدن انسان مرده مالیت نداشته و قابل تملک نمی‌باشد. هنگامی می‌توان از تولیدات بدن انسان به عنوان مبیع معامله کرد که شخص زنده باشد، مثل انتقال یا اهدای

خون که توسط سازمان انتقال خون به شخص نیازمند فروخته می‌شود. یا موی سر که برای ساخت کلاه گیس داد و ستد می‌گردد. ولی در کشورهای غیراسلامی، اعضای بدن شخص در حال موت که قابلیت پیوند به بدن انسان دیگر را داشته باشد با دارا بودن اوصاف و شرایط مال از قبیل داشتن نفع عقلایی و ارزش مبادله و مشروعیت در شرایط خاص مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. در کشور ما قانونگذار تحت عنوان قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است، مصوب ۱۷ فروردین ۱۳۷۹ به وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اجازه داده است، تحت شرایط خاص مندرج در ماده واحده<sup>۱۱</sup> پیوند اعضای بدن انسان فوت شده بر طبق نظر کارشناسان خبره اقدام نماید.

گرچه اعضای بدن انسان مثل سایر اموال از قبیل لوازم خانگی و البسه و اغذیه نیست که به حد وفور در بازار یافت و مبادله شود، ولی در شرایط خاص و در نوع خود قابلیت مبادله دارد. چون به سرعت فاسد می‌شود، برای نگهداری تا زمان مصرف به محیط، ابزار و شرایط خاص نیاز دارد تا پس از اکتساب مصرف آن برای منتقل‌الیه نافع بوده و نجات وی را از خطر مرگ به دنبال داشته باشد. راجع به فروش خون نظر فقهای عظام<sup>۱۲</sup> بر این است که اگر خون عرفاً دارای مالیت بوده و منافع حلالی داشته باشد که در معامله مورد قصد قرار می‌گیرد، فروش آن اشکالی ندارد.

استعمال الفاظ «دارای مالیت» و «منافع حلال» و «وجود قصد» و «فروش» در پرتو معانی عرفی آنها صراحت و دلالت بر جواز بیع دارد، و نقل و انتقال آن تابع مقررات بیع است.

مشارالیه در مورد پیوند اعضا نیز می‌فرماید اگر شخص بخواهد عضوی از اعضای بدن خود مثلاً کلیه را به دیگری بدهد و یا وصیت کند که بعد از مرگ او آن عضو در مقابل پول یا مجانی برداشته و به دیگری داده شود، در صورتی که نجات مسلمانی (از مرگ) متوقف بر دریافت آن عضو باشد، یعنی راه نجات آن مسلمان منحصر در دادن عضو به او باشد و تهیه آن از غیرمسلمان هم ممکن نباشد، اشکالی ندارد (مسأله ۲۴ ضمیمه).

\* - روزنامه رسمی شماره ۱۶۱۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۴/۵.

\*\* - محمدتقی بهجت، توضیح المسائل، باب مسائل متفرقه جدید، ضمیمه، ص ۳، مسأله ۱۵.

اگرچه حکم مذکور بیشتر در مقام بیان جواز و حلیت پیوند اعضا در شرایط خاص و استثنایی است، و معنی عرفی الفاظ به کار رفته افاده بیع نمی‌کند، لکن در توجیه آن می‌توان گفت که جواز بیع و فروش خون یا موبدین علت است که بدن انسان قادر است به جای خون برداشته شده یا موهای چیده شده، ظرف مدتی دوباره آن را بسازد و نمو کند. زایش و نمو مجدد آنها و عدم اضرار به نفس مبادله این قبیل اشیاء را در قالب بیع توجیه می‌کند. ولی در مورد سایر اعضای بدن از قبیل کلیه، قلب، چشم وضع به گونه دیگری است\* زیرا با برداشتن کلیه یا قلب یا چشم که امکان ایجاد مجدد آنها وجود ندارد و نقصی که بر بدن اهداکننده وارد می‌شود به طور طبیعی قابل جبران نمی‌باشد، قطع اعضای مذکور از شخص زنده یا اضرار به نفس محسوب و یا منجر به قتل نفس می‌گردد. از این رو قانونگذار در ماده واحده مصوب ۱۳۷۹ پیوند اعضا را به گونه‌ای تجویز نموده است که به هیچ وجه افاده بیع نمی‌کند. ماده واحده به شرح زیر است:

«بیمارستانهای مجهز برای پیوند اعضا پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، می‌توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره مسلم باشد، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد، استفاده نمایند.\*\*»

استفاده از اعضا یا برداشتن آن در برابر وجه نقد یا رایگان به معنی خرید و فروش آن نیست. ولی در صورتی که اعضای مذکور مالیت و نفع عقلایی داشته باشند، مشروعیت استفاده از آن هم در فقه و هم از سوی قانونگذار اعلام گردیده است. تمهیداتی که در تبصره‌های منضم به ماده واحده مذکور پیش‌بینی گردیده و دخالت وزارت بهداشت (دولت) و تشکیل تیمهای کارشناسی خبره برای تشخیص مرگ مغزی را به صورت جدا از تیم پیوند اعضا مقرر نموده از باب رعایت و حفظ نظم عمومی و برای جلوگیری از سوء استفاده از اعضا و جوارح انسان وضع گردیده است.\*\*\*»

\* - دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تمهیدات، ص ۳۴۸.

\*\* - روزنامه رسمی شماره ۱۶۱۱۴ مورخ ۱۳۷۹/۴/۵.

\*\*\* - قانون کنونی پیوند اعضا اگرچه نوباست ولی در عمل جوابگوی نیاز بیماران محتاج به اعضای پیوندی

اهدا کننده در مقام احسان و اقدام به یک امر بشردوستانه و خداپسندانه و انجام عملی نیک و پسندیده است نه در مقام مبادله عضو در برابر مال دیگر (اعم از عین و وجه نقد) و دریافت عوضی معادل ارزش اقتصادی آن از گیرنده عضو. لذا قواعد و احکام بیع بر آن جاری نمی‌گردد.

قانون مجازات اسلامی که در مقام بیان مجازات ورود جراحات بر بدن میت است، در ماده ۴۹۴ خود عمل مذکور را مستوجب پرداخت دیه می‌داند و در تبصره همان ماده اضافه می‌کند که «دیه مذکور در این ماده به عنوان میراث به ورثه نمی‌رسد، بلکه مال خود میت محسوب شده و بدهی او از آن پرداخت می‌گردد و در راههای خیر صرف می‌شود». قانونگذار در تبصره ۳ ماده واحده مصوب ۱۳۷۹ تیم پزشکی پیوند کننده را از جهت جراحات وارده بر میت از شمول ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی خارج و از پرداخت دیه معاف نموده است. با ملاحظه مواد ذکر شده، مسایل زیر مطرح می‌باشد:

یک - عضوی که از میت قطع و برای پیوند استفاده می‌شود ملک چه کسی است و در صورت وجود عوض برای آن، عوض از آن کیست؟

دو - موافقت ولی میت از نظر حقوقی چه جایگاهی دارد؟

سه - دیه مذکور در ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی به چه دلیل مال خود میت محسوب می‌شود؟ آیا فوت پایان شخصیت فرد و موجب قطع مالکیت و انتقال قهری اموال و حقوق به ورثه نمی‌باشد؟

اینک پاسخ سؤالات مطرحه:

نظر به اینکه عدم تعرض به بدن انسان از جمله حقوق اوست فلذا جرح یا قطع اعضا یا تراشیدن موی سر تجاوز به این حقوق به معنی هتک حرمت است که در حقوق کیفری از موجبات قصاص و دیه است. این حکم از قاعده رعایت تکریم و حرمت بدن انسان ناشی می‌گردد. لکن برای رفع این محذور کافی است که ترتیبی اتخاذ شود تا در مقام اهدا و قبول اعضای پیوندی به انسان اهانت نشود و او را خوار و خفیف ننمایند. انسان

نمی‌باشد. پزشکان شیراز خواستار بازنگری قانون مذکور شدند. ذکر نموده‌اند که از ۴۰ بیمار منتظر پیوند عضو فقط سه نفر زنده مانده و سایرین نجات نیافتند. قانون باید مشوق فرهنگ ایتار و اعطای اعضای بدن باشد نه عامل دست و پاگیر و بازدارنده آن. (روزنامه همشهری پنج شنبه ۱۰ آذر ماه ۱۳۷۹ شماره ۲۲۸۱ ص ۳)

زنده نسبت به بدن خود هر کاری را که به مصلحت او بوده و نهی شرعی بر آن وارد نشده است و دارای هدف عقلایی باشد، می تواند انجام دهد. نهی وارده در مورد قتل نفس و مرتبط با قاعده عام لاضرر است. بنابراین انجام عملی که موجب اضرار به نفس و نقص بر بدن باشد ممنوع است. اذن شخص در حال حیات و وصیت او برای تصرف بعد از فوت به شرطی نافذ است که جنبه اذلال به نفس نداشته باشد.

حرمت میت مثل حرمت انسان زنده است. بنابراین مثله کردن یا تشریح بدن میت علی الاطلاق جایز نیست، جز در موارد خاص مثل شناخت علت مرگ و قاتل و اثبات حقوق ورثه برای قصاص و دیه و تشخیص حیات یا فوت حمل. منشأ جواز ورود جراحت و قطع عضو میت به شرح زیر است.

#### ۱- بموجب وصیت:

اذن در انتفاع از بدن او اعم از رایگان و غیر آن به منظور توسعه و تعلیم علم طب با حفظ مسؤولیت انتفاع برنده نسبت به دیه و ارش آن یا سقوط مسؤولیت وی جایز است. زیرا شخص در مقام اخذ تصمیم راجع به بدن خود نسبت به دیگران مقدم است، اذن ولی او از باب قائم مقامی مثل اذن اوست.

#### ۲- قاعده اهم و مهم:

اگر مصلحت مهمتری مثل حفظ حیات انسانی دیگر متوقف بر قطع عضو میت و پیوند آن به وی در بین باشد، در این صورت حرمت قطع عضو از باب تراحم با مصلحت حفظ حیات فرد دیگر، از بین می رود و برداشتن عضو مورد نظر جایز می شود. در این حالت اضطرار مانع شرعی را رفع می کند. «الضرورات تبيح المحذورات»

#### ۳- اذن ولی امر مسلمین:

در صورتی که مصلحت امت اسلامی ایجاب نماید که عضوی از میت برداشته و برای نجات حیات انسان دیگر استفاده شود، در این صورت اذن ایشان مثل اذن ولی میت است\*<sup>۳</sup>. بدون شک اعضای بدن تمامیت وجود انسان را تشکیل می دهد، چنانچه قطع آن موجب بیرون رفتن جان و قتل او گردد، حتی با اذن او قطع عضو جایز نیست.

\* - شیخ محمد مؤمن، کلمات سدیدة فی مسایل جدیدة، ص ۱۳۳ تا ۱۵۴.

زیرا مؤمن حق ندارد با اذن خود موجبات قتل خویش را فراهم نماید اگر با قطع عضوی حیات او دوام یابد، مقتضای قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم) جواز قطع عضو است. پس او می‌تواند اذن دهد که رگهای اضافی دست و پای او را بردارند و رگهای مسدود شده شخص دیگر را عوض نمایند یا یکی از چشمهایش را در آورند و یا بخشی از پوست یا گوشت او را به جای دیگر بدن پیوند زنند. تنها معیاری که باید مراعات شود نهی اضرار به نفس است و عمل باید هدف عقلایی، معنوی و مادی و مالی داشته باشد.

سؤال این است که این اجزا و اعضا نسبت به شخص چه وضعیتی دارند. آیا مال محسوب می‌شود؟ اگر مال است ملک چه کسی است؟

اشخاص نیازمند برای به دست آوردن اعضای بدن پول می‌پردازند یا مالی را با آن معاوضه می‌کنند چرا که از نظر عقلا دارای ارزش است و قابلیت داد و ستد دارد. بنابراین مالکیت داشتن آن را به هیچ وجه نمی‌توان انکار کرد. چون دارای منافع عقلایی است، کافی است که مشروعیت آن مطابق قواعد بیان شده محقق باشد. تنها پاسخ به این سؤال باقی می‌ماند که اعضا ملک چه کسی است؟

هر یک از اعضای بدن متعلق به مجموعه‌ای است که تمامیت وجود انسان را تشکیل می‌دهد، و تعرض به این مجموعه به تمامیت آن صدمه می‌زند. از طرفی اعضای بدن ملک محسوب نمی‌شود. در عین حال که دارای ارزش مالی است ملک کسی نیست ولی می‌توان آن را به تملیک داد. کافی است عضو مورد نظر تحت ید و امر او باشد تا بتواند به دیگری دهد. اختیار این امر یا اوست. تحت ید و امر او بودن به مفهوم ملک او نیست. چون تحت ید و امر اوست پس اختیار دارد که آن را واگذار کند. در مقام مبادله عوض هم برای اوست و به او تعلق دارد.

این نتیجه با این قاعده که مرگ نقطه پایان شخصیت انسان است و دیگر مالک نمی‌شود منافات دارد. زیرا تمام دارایی اعم از مثبت و منفی به ترکه تعلق می‌گیرد و به طور قهری به مالکیت متزلزل ورثه در می‌آید. به همین دلیل عوضی که در مقابل اخذ عضو حاصل می‌شود ملک کسی نیست و فقه اسلامی آن را از آن میت می‌داند و تمامیت جسمی بدن او ملاک این تعلق است نه شخصیت حقیقی او برای مالک شدن.

اختیار تمامیت بدن که در ید اوست تنها با اذن یا وصیت او انتفاع دیگران از آن اعضا را مباح می‌سازد. لذا در این حالت مطابق وصیت او عمل می‌شود. در صورت فقدان اذن یا وصیت، اذن ولی به جای اذن او مؤثر واقع می‌گردد چرا که ولی قائم مقام اوست. در صورت فقدان ولی یا در صورت وجود مصلحت مهمتر، اذن ولی امر (حاکم) جانشین آن می‌گردد. رضایت و تصمیم ایشان قائم مقام تصمیم مولی علیهم است.<sup>\*\*</sup>

عضوی که به طور رایگان یا معوض با اذن هر یک از اشخاص فوق برداشته می‌شود، به کسی تعلق می‌گیرد که برای حفظ حیات او عضو مذکور از بدن میت گرفته شده است و این عضو بعد از پیوند تمامیت جسمانی او را تشکیل می‌دهد. مثل آن است که عضو بدن او شده است و می‌تواند به دیگری هم بدهد، تا از آن استفاده کند، و بر آن تسلط می‌یابد. بنابراین عضو مذکور به تملک او در می‌آید و می‌تواند به تملیک هم دهد.

ظاهر امر مثل آن است که همانند بیع مبادله مال به مال صورت گرفته است. حتی اگر آن را بیع هم بدانیم چنین مبادله‌ای جایز است. چگونه می‌توانیم بگوییم که بدن او ملک وی نیست. پس چرا معاوضه صورت گرفته و چرا عوض را اخذ کرده است و به چه دلیل خریدار مالک می‌شود؟

به ناچار باید گفت که اعضای بدن قابلیت معاوضه و ارزش مبادله دارد. هر مالی که قابلیت معاوضه داشته باشد طالبین آن تلاش خواهند کرد یا از طریق بیع یا هبه یا صلح آن را تملک نمایند. خواه معوض باشد یا بلاعوض. در حقیقت این نقل و انتقال می‌تواند بیع هم باشد کما اینکه می‌تواند هبه یا صلح هم باشد. بنابراین صحت و اعتبار بیع را لازم دارد تا مبیع بتواند ملک مشتری شده و آنگاه به او پیوند زده شود. لذا ناگزیر باید اعضا و تولیدات بدن انسان را ملک خود او اعتبار کرد تا شایستگی اخذ عوض در برابر دادن آن عضو را به دست آورد و مشمول حدیث نبوی مشهور نیز گردد.<sup>\*\*</sup>

\* - شیخ محمد مؤمن، کلمات سدیدة، ص ۱۷۶.

\*\* - لایع الافی ملک، حدیث مذکور در عوالی اللالی به صورت لایع الایما لا تملک و لایع الافی مالا تملک و لایع الافی مالا یملک نقل شده و جمله‌گی بر مضمون واحد دلالت دارند (رجوع شود به کلمات سدیدة ص ۳۷۹، مسند احمد ج ۲ ص ۱۸۹، سنن بیهقی، ج ۷، ص ۳۱۸).

چراکه اگر عضو ملک او نباشد، بیع برای او واقع نمی‌شود و استحقاق دریافت عوض را هم ندارد، بلکه برای مالک حقیقی واقع شده و عوض از آن او می‌گردد (مواد ۱۹۷ و ۲۴۷ و ۸۴۱ قانون مدنی)

عضو یا تولیدات بدن تحت امر و سلطه وید دهنده آن است و با اذن یا وصیت او به دیگری انتقال می‌یابد.

در صورت فقدان اذن یا وصیت، اذن قائم مقام (ولی یا حاکم) جایگزین اذن وی می‌گردد. ترکه‌ای که به وارث می‌رسد یا مالی است که در حین فوت مورث موجود است یا اموالی که سبب تملک آن به وسیله مورث یا وصی ایجاد گردیده و بعد از فوت او به ترکه افزوده می‌شود و جزء دارایی اوست، و به وارث می‌رسد. کما اینکه اگر مورث یا موصی بر اثر وقوع جرمی فوت نماید ضرر و زیان ناشی از جرم از حقوق ورثه است و در زمره اموال موصی نیست، ولی دیه ناشی از این جنایت جزء ترکه است و در تعیین دارایی به حساب می‌آید.\* چنانکه ملاحظه می‌شود قواعد کلی ارث و وصیت دلالت بر تعلق دیه به ترکه و النهایه به وارث دارد. لیکن مبنای عدم تعلق دیه جنایت وارده بر میت به وارث اجماع فرقه و روایت خاصی است که از معصومین (ع) نقل می‌شود. دیه مذکور از آن میت است و برای او صدقه داده می‌شود و به میراث ورثه نمی‌رود و به بیت‌المال هم داده نمی‌شود\*\*، لذا از قواعد و اصول کلی فوق‌الذکر تبعیت نمی‌نماید.

#### ○ گفتار پنجم - بیع اموال غیر منقول تبعی یا غیر منقولی که به تبع اعمال انسان منقول می‌شود.

آن دسته از نظامهای حقوقی که بیع را مختص کالا می‌دانند، مثل کامن لا و برخی از کشورهای اروپایی مثل سوئیس، در تعیین تکلیف برخی از اشیا و تعمیم احکام بیع بر آنها با مشکل مواجه می‌باشند. این قبیل اموال را در دسته‌ای خاص قرار دادند و با فراهم بودن شرایط خاص حاکمیت قواعد بیع کالا را بر آن به ناچار پذیرفتند.

برای این منظور در وصف کالا یک قاعده کلی را پذیرفته و آن را شامل تمامی اشیا

\* - دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۵۲۶

\*\* - شیخ محمد مؤمن، کلمات سدیدة، ص ۱۲۶



می‌دانند که در زمان تعیین و تخصیص به عقد بیع حتی اشیایی که به طور خاص ساخته می‌شوند، باید منقول باشند. مستثنیات این قاعده عبارتند از حقوق دینی، اسناد و وثائق سرمایه‌گذاری که نمی‌توانند مبیع واقع شوند. معنی و مفهوم کالا را به اشیایی از قبیل نتاج حیوان قبل از ولادت، غلات کشت شده در زمین پیش از برداشت و اشجار مادامی که در زمین ریشه دارند، تعیین داده‌اند. در زمان تخصیص اشیا به قرارداد معین، اشیای مذکور باید منقول شوند، یعنی از زمین جدا گردند. مثل سنگ معدن پس از استخراج و میوه‌ها پس از چیدن و زراعتی که به طور منظم در فصل معین کشت و در فصل مشخص برداشت می‌شوند، از قبیل گندم، جو، ذرت، سیب‌زمینی، گوجه‌فرنگی، پیاز این قبیل اشیا را منقول به حساب می‌آورند. همچنین برخی از زراعت‌ها مثل یونجه، علوفه و غیره را که نظم خاصی ندارند نیز منقول به حساب آورده‌اند. درختهای جنگلی خودرو که کسی آن را غرس نکرده است و پس از جدا شدن از زمین و سنگ معدن پس از استخراج کالا به حساب می‌آیند نه پیش از قلع و استخراج و برداشت و غیره. رویه قضایی در این قبیل مسایل در این کشورها متشکست است.\*

اگر در عقد بیع فروشنده ملزم به جدا کردن آن شده باشد محاکم گاهی آن را بیع کالا محسوب نموده‌اند. ولی اگر خریدار متعهد به جدا کردن و کندن آن شده باشد محاکم آن را مشمول احکام بیع کالا دانسته‌اند. در عین حال برخی از محاکم موضوع این قبیل قراردادها را بیع ندانسته‌اند مگر اینکه فوراً از زمین یا معدن جدا شده باشند.

در مورد اسباب و وسایل منصوب در بنا نیز با مشکل مواجه می‌باشند. ماده ۱۰۷ - ۲ قانون متحد تجارت امریکا (UCC) موارد فوق را دسته‌بندی و به شرح زیر مقرر داشته است:

۱- بیع مواد معدنی و مشابه آن (از جمله نفت و گاز) یا ساختمان، یا موادی که باید از زمین جدا شود، در صورتی بیع کالا محسوب می‌شود که فروشنده آن را از زمین جدا کند. مادامی که جدا نشده‌اند، بیع کالای موجود نافذ نخواهد بود بلکه به عنوان تراضی بر فروش (بیع کالا در آینده) محسوب می‌گردد.

۲- قرارداد ناظر به انجام بیع، غلات و هر چیزی که به زمین متصل است و بدون لطمه اساسی به آن قابل جدا شدن از زمین باشد و همچنین چوب درختان در چارچوب مفاهیم این قانون Agreement to sell می باشد و اعم از اینکه توسط فروشنده از زمین جدا شده باشد یا توسط مشتری، بیع کالای موجود محسوب نمی شوند.

۳- حقوق اشخاص ثالث که قانون ثبت املاک و مستغلات برای آنها مقرر داشته است بر مفاد مقررهای این ماده حاکم است. ابتدا قرارداد انجام بیع به عنوان سند انتقال منافع به ثبت می رسد، این امر به منزله ابلاغ به ثالث راجع به حقوق مشتری به موجب عقد مذکور محسوب می گردد.

نتیجه این دسته بندی به تشخیص اینکه بیع کالای موجود است یا به Future Sale منتهی می گردد و بیع سایر اموال در صورتی که بدون ورود خرابی اساسی قابل جدا شدن باشند، مشمول مقررات بیع کالا می گردند.

خرابی یا لطمه اساسی مذکور در این مواد، یکی دیگر از مشکلات تفسیر است. تشخیص اینکه چه مقدار خرابی اساسی تلقی می شود، بر عهده محاکم است که حدود آن را تعیین کنند. مثلاً اگر بتوان ماشین آلات کارخانه ای را به وسیله باز کردن پیچها و جدا نمودن آن از مقر خود با جرثقیل جابجا کرد به طوری که به آن خرابی اساسی وارد نشود و در محل جدید نصب گردد، مشمول قواعد بیع کالا خواهد بود. عیب این قانون آن است که فاقد ضابطه مشخص و مرز روشن میان بیع کالا و قرارداد فروش و خدمات از یکدیگر است.

هندی ها\* نیز به تبعیت از کامن لا، بجز حقوق دینی، هر مال منقولی که به پول مبادله شود مشمول مقررات بیع کالا می دانند. این قبیل نظامها برای تشخیص و تمیز حقوق متبایعین به لفظ کالا قیدی افزوده و به شرح زیر دسته بندی نمودند.

#### ۱- کالای معین (Identified Goods):

محاکم لفظ «معین» را برای دسته خاصی از کالا به کار برده اند و مقصود از آن تعیین و

تخصیص کالا در زمان انعقاد عقد بیعی است که در حال وقوع و قرینه‌ای است که کالای مذکور به این بیع تعلق دارد. لذا این نام مختص کالای موجود است. بایع با انجام اقداماتی نظیر آماده کردن برای حمل و تحویل به شرکت حمل و نقل، آن را به عقد بیع مورد نظر تخصیص می‌دهد.

#### ۲- کالای آتی (Future Goods):

کالایی است که نه در زمان انعقاد عقد بیع وجود دارد و نه برای این عقد تعیین شده است، مثل کالای کلی مادامی که برای قرارداد مذکور تعیین و جدا نشده باشد، کالای آتی تلقی می‌گردد.

#### ۳- کالای موجود (Existing Goods):

این اصطلاح در مواد مختلف قانون متحد تجارت آمریکا به کار رفته ولی تعریف مشخصی برای آن وجود ندارد و به کالایی اطلاق می‌شود که فی الحال تحت ید بایع می‌باشد.

#### ۴- کالای مثلی (Fungible Goods):

این قبیل کالاها بر حسب ماهیت خویش و یا به اقتضای عرف تجاری، مثل و مانند فراوان در بازار دارد. در مقابل این اصطلاح واژه Unique به کار می‌رود و به معنی منحصر به فرد بودن و به اصطلاح قانون مدنی قیمی است، امثال آن در بازار یافت نمی‌شود.

متبایعین می‌توانند با تراضی کالای غیر مثلی را مثلی محسوب دارند، در صورت عدم ذکر تراضی مذکور در عقد، محاکم با توجه به ماهیت کالا و عرف تجاری حکم خواهند داد.

در قانون بیع کالای هندوستان، الکتریسیته، انرژی، آب، گاز، حق ثبت، علائم تجاری و حق انتشار سهام و اوراق بهادار در زمره کالا آورده شده‌اند. چه فی الحال موجود باشند و چه در آینده.\*

کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا علی‌رغم به کار بردن لفظ کالا بیع بر کالاهایی که

مصارف خانگی دارند، بیع در حراج، بیع ناشی از اجرای قانون، بیع سهام و اوراق بهادار، بیع کشتی، سفائن و هواناوها و وسایل نقلیه هوایی و برق را مشمول مقررات خود نمی‌داند (ماده ۲ کنوانسیون).

### گفتار ششم - بیع حقوق مالی:

در کامن لا قواعد بیع کالا و اموال غیر منقول از یکدیگر جدا شده است. در برخی از کشورها مثل ایران قواعد بیع برای اموال منقول و غیر منقول یکسان است جز اینکه معاملات غیر منقول باید به ثبت برسد. در این نظامها مبیع عین مادی است، احکام بیع را بر فروش حقوق و منافع جاری نمی‌دانند.

پاره‌ای از کشورها مثل آلمان و مصر حقوق مالی را مشخصاً مبیع دانسته و داد و ستد آن را تابع مقررات بیع قرار داده‌اند، ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر در تعریف بیع به حق مالی تصریح نموده است.\*

«البيع عقد يلتزم به البایع أن ينقل المشتري ملكية شئى او حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدي» قانون جدید مصر در مقایسه با قانون قدیم دو تغییر عمده دارد:

اول - تملک حقوق مالی همانند تملک عین و انتقال آن با بیع جایز است مثل حق انتفاع، حق ارتفاع، حق مستأجر در مال موقوفه، و همچنین حقوق شخص به صورت حواله حق، مالکیت‌های ادبی، فنی، صنعتی با بیع به دیگری منتقل می‌شوند.

دوم: ثمن لازم است نقد باشد، فقه عامه ثمن را اعم از نقد و غیر نقد می‌داند و قانون مدنی با حصر خود در ثمن نقد از این قاعده عدول کرده و از اختلاط قواعد معاوضه، تسعیر و تهاتر با بیع پرهیز نموده است.

ماده ۴۷۱ قانون مدنی مصر در مورد فروش حقوق به کارمندان دادگستری محدودیتی را مقرر داشته است:

«جایز نیست که قضات، نواب و وکلا و دادستان و مدیران دفاتر و مسؤولین دفاتر اسناد رسمی حق متنازع فیه را کلاً یا بعضاً به نام خود یا به نام مستعار اکتساب نمایند،

مشروط بر اینکه موضوع حق مالی به عنوان دعوی در محکمه‌ای که مباشر رسیدگی است، مطرح باشد، در صورت عدم رعایت مقررات مذکور بیع باطل است. وکلا هنگامی که عهده‌دار دفاع از حق مورد نزاع از طرف موکلین خود هستند، نمی‌توانند به نام خود یا به نام مستعار، حق موضوع متنازع فیه را معامله نمایند. در غیر موارد فوق صاحب حق می‌تواند در برابر اخذ ثمن حقوق متنازع فیه را با بیع به دیگری منتقل کند. در صورتی که حق مذکور میان ورثه مشترک باشد، یکی از وراث می‌تواند سهم خود را با بیع به دیگری منتقل سازد. و این می‌تواند حق مالی موضوع دین را در مقام ایفای تعهدی که در برابر مدیون دارد به او تملیک نماید، در این صورت مالکیت مافی الذمه حاصل می‌گردد.

اگر حق متنازع فیه بر روی زمین موقوفه باشد مثل بنایی که در ملک موقوفه ایجاد کرده است، می‌تواند (مشتری) با عقد بیع آن را به دارنده عرصه موقوفه منتقل کند.

#### ○ نتیجه:

عین بودن مبیع یادگار دوران معاوضه کالا به کالا است که در آن عصر پول رواج نداشت. و مردم نیاز خود را با مبادله کالا با یکدیگر تأمین می‌نمودند. در آن دوران تبادل حقوق مالی یا گرفتن پول به عنوان عوض هنوز جای خود را به دست نیاورده بود. گرچه پول رفته رفته جای ثمن را گرفت ولی هنوز تسلیم کالا - هم به عنوان ثمن - پذیرفته می‌شود. آنچه که متعارف است تأدیه وجه نقد در بیع می‌باشد و مردم تبادل کالا را معاوضه می‌دانند. با وجود شیاع و غلبه پرداخت پول به عنوان ثمن، مطابق تعریف بیع در قانون مدنی نمی‌توان تبادل کالا را مختص معاوضه دانست. ولی می‌توان گفت هرگاه در معاوضه یکی از عوضین پول باشد، رابطه حقوقی موصوف بیع است. در تبادل کالا به عنوان معاوضه یا به عنوان بیع، تنها قصد متعاقدین می‌تواند نوع رابطه را تعیین کند والا وجه فارغ دیگری که بیع را از معاوضه متمایز کند، وجود ندارد. لذا در مقام اختلاف تعیین نوع رابطه حقوقی (معاوضه یا بیع) بسیار دشوار می‌شود.

از سوی دیگر آنچه که برای مبادله مهیا می‌شود، مشخص و دارای وجود فیزیکی ملموس و قابل رؤیت است. همین خصوصیات به عنوان اوصاف عوض یا مبیع همچنان

باقی است. اگر معنی موسع مبادله مال به مال را برای بیع لحاظ نماییم، حصار عین فرو می‌ریزد و قواعد بیع قادر خواهد شد شمول خود را بر حقوق مالی حفظ نماید و انواع موارد فروش رایج جامعه کنونی می‌تواند قالب حقوقی معین به خود گیرد و قانونمند گردد. گرچه در شرایط کنونی ماده ۱۰ قانون مدنی با قلمرو وسیعی که دارد نظم قرارداد خصوصی را بر آنها حاکم می‌نماید. ولی قرار دادن آنها در شمول قواعد بیع و تخصیص ثمن به وجه نقد که مصری‌ها در انتخاب آن پیش قدم شده‌اند، نظم تازه‌ای به روابط مردم در جامعه می‌دهد. با پذیرش این تغییر:

اولاً: اختلاط بیع و معاوضه پیش نخواهد آمد تا قاضی به دنبال قصد مشترک متعاملین وقت خود را صرف یافتن عنصر روانی نماید.

ثانیاً: اوصاف ملموس و قابل رؤیت بودن عوض یا مبیع نیز از حصار عین عبور کرده و به نادیدنی‌های عصر حاضر که ارزش مالی و مبادله و منفعت عقلایی مشروع دارد تسری می‌یابد.

از این رو تاسی از اقدام مصری‌ها در انقلابی که از تعریف بیع به وجود آورده‌اند، با توجه به اینکه زیربنای نظام حقوقی ایران و مصر هر دو فقه می‌باشد، می‌تواند نظام حقوقی ایران را در عقد بیع متحول سازد و حیظه شمول قواعد آن را به حقوق مالی نیز گسترش دهد. لذا تعریف زیر برای ماده ۳۳۸ قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

«بیع عبارتست از تملیک عین یا حقوق مالی در برابر مقدار معین از وجه نقد».

تعریف فوق دیگر به حریم ماده ۴۶۴ قانون مدنی «معاوضه» وارد نمی‌گردد. علاوه بر این انواع فروشهایی را که در مقدمه ذکر گردید، نیز در قالب عقد معین «بیع» و در شمول قواعد آن قرار می‌دهد، مردم و محاکم نیز قالب حقوقی مشخصی را بر روابط خود حاکم می‌نمایند.

محقق در نظر دارد، آثار تسری قواعد بیع بر حقوق مالی را در تمام زمینه‌ها بررسی و مشخص سازد. لذا سؤال زیر را برای تهییج و ترغیب ذهن کنجکاو اندیشمندان دقیق فکر مطرح می‌نماید:

با فرض قبول تعریف فوق برای بیع، کدام قسمت از قواعد بیع موجود بر بیع حقوق مالی جاری نمی‌گردد و رابطه آن با انواع اختیارات و اقاله چگونه خواهد بود؟