

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱۷
مباحث مقدماتی.....	۲۱
۱. تقسیم عقود از نظر داشتن عوض.....	۲۱
۲. تعریف عقد معاوضی.....	۲۲
۳. ارکان عقد معاوضی.....	۲۳
رکن نخست.....	۲۳
رکن دوم.....	۲۳
۴. آثار عقد معاوضی.....	۲۳
۵. سبب ثبوت عوض در عقد معاوضی.....	۲۷
۶. مقایسه مورد معامله با عوض.....	۲۷
۷. مقایسه عوض با واژه‌های نزدیک به آن.....	۲۷
۸. مقایسه عوض و مورد تعهد.....	۲۹
بخش اول: مواردی از عقود معاوضی.....	۳۱
فصل اول: موارد مورد اتفاق از عقود معاوضی.....	۳۳

۳۳	مبحث اول. عقد بیع
۳۳	گفتار اول. استدلال معاوضی بودن عقد بیع
۳۵	گفتار دوم. بررسی موارد نقض معاوضی بودن عقد بیع
۳۵	اول. بیع دین
۳۶	پاسخ شیخ انصاری به نقض مذکور
۳۸	سقوط دین در نتیجه مالکیت ذمه
۳۸	الف. ارادی
۳۹	ب. قهری
۴۰	مطالعه تطبیقی «مالکیت مافی الذمه»
۴۴	وضعیت انتقال معاوضی حقوق
۴۶	مبحث دوم. عقد اجاره
۴۶	گفتار اول. بررسی معاوضی بودن عقد اجاره
۴۸	گفتار دوم. بررسی استدلال عهدی بودن عقد اجاره
۴۹	اول. ملکیت منافع انسان آزاد
۵۰	دوم. زمان انتقال مالکیت عوضین در عقد اجاره
۵۲	گفتار سوم. وضعیت اجرت در موارد فسخ و بطلان اجاره
۵۲	مبحث سوم. عقد معاوضه
۵۵	فصل دوم: موارد مورد اختلاف در معاوضی بودن
۵۵	مبحث اول. عقد صلح
۵۹	مبحث دوم. عقد قرض
۶۱	مبحث سوم. عاریه مضمونه
۶۳	مبحث چهارم. هبه معوضه
۶۷	بخش دوم: احکام عقود معاوضی
۶۹	فصل اول: لزوم وجود عوض
۶۹	مبحث اول. فقدان عوض از طریق ذکر در قرارداد

فهرست مطالب ۷

- گفتار اول. بیان آرای فقهاء ۷۰
- اول. اندیشه علامه حلی ۷۰
- دوم. اندیشه محقق کرکی ۷۱
- سوم. اندیشه شهید اول ۷۲
- چهارم. اندیشه میرزای نائینی ۷۳
- پنجم. اندیشه محقق اصفهانی ۷۳
- ششم. اندیشه محقق خویی ۷۵
- هفتم. اندیشه امام خمینی ۷۶
- گفتار دوم. نقد آراء فقهاء و ارائه نظر ۷۶
- مبحث دوم. فقدان عوض از طریق اشتراط ۷۷
- مبحث سوم. فقدان عوض به علت تلف قبل از عقد ۷۸
- مبحث چهارم. فقدان عوض پس از عقد قبل از قبض ۷۸
- گفتار اول. مستند قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» ۷۹
- اول. سنت ۷۹
- دوم. اجماع ۸۱
- سوم. سیره اسلامی ۸۱
- گفتار دوم. تحلیل و بررسی مدلول قاعده ۸۲
- اول. خروج قاعده از قواعد اولیه حاکم بر معاملات ۸۲
- گفتار سوم. نقد تحلیل ها و نظریه مختار ۸۵
- گفتار چهارم. تلف موجب انفساخ است نه بطلان عقد و نه ضمان ۸۶
- اول. تلف نمائات متصل مبیع نزد بایع ۸۶
- دوم. تلف نمائات منفصل نزد بایع ۸۷
- سوم. تلف ثمن نزد مشتری ۸۸
- چهارم. تلف جزء مبیع ۸۸
- پنجم. اختصاص قاعده به بیع ۸۹
- ششم. اتلاف توسط بایع ۹۰

- هفتم. اتلاف به وسیله مشتری ۹۴
- هشتم. اتلاف به وسیله شخص ثالث ۹۵
- فصل دوم: وجود ضمان معاوضی ۹۷
- مبحث اول. بررسی ماهوی ضمان معاوضی در فقه و حقوق ۹۷
- گفتار اول. ضمان معاوضی در نظام حقوقی ۹۹
- گفتار دوم. مستند ضمان معاوضی در آرای فقها ۱۰۰
- مبحث دوم. احکام و آثار ضمان معاوضی ۱۰۵
- گفتار اول. امری بودن ضمان معاوضی ۱۰۵
- آثار مترتب بر امری بودن ضمان معاوضی ۱۰۵
- گفتار دوم. سقوط و انتقال ضامن معاوضی با تحقق قبض ۱۰۶
- اول. تحلیل فقهی قبض ۱۰۷
- دوم. زمان سقوط ضمان معاوضی با «قبض» ۱۰۸
- گفتار سوم. ضمان معاوضی در تلف حکمی ۱۱۰
- گفتار چهارم. وضعیت ضمان معاوضی در فرض خودداری مشتری از قبض ۱۱۰
- مبحث سوم. بررسی تطبیقی «ضمان معاوضی» ۱۱۳
- گفتار اول. قانون مدنی مصر ۱۱۳
- گفتار دوم. قانون مدنی لبنان ۱۱۶
- گفتار سوم. قانون مدنی افغانستان ۱۱۹
- مبحث چهارم. وضعیت ضمان معاوضی در فرض مستحق للغیر در آمدن عوض ۱۲۰
- گفتار اول. معاملات فضولی ۱۲۱
- اول. واژه فضولی در لغت و اصطلاح ۱۲۱
- دوم. وضعیت حقوقی معامله فضولی ۱۲۳
- صورت اول: معامله فضولی برای مالک بدون منع سابق او ۱۲۳
- الف. مستندات صحت معامله فضولی ۱۲۵
۱. عمومات ادله ۱۲۵
۲. حدیث عروه باریقی ۱۲۶

فهرست مطالب ۹

- ب. مستندات بطلان معامله فضولی ۱۲۹
۱. کتاب ۱۲۹
- پاسخ شیخ انصاری به مفهوم حصر ۱۳۴
- پاسخ شیخ انصاری به مفهوم وصف ۱۳۵
۲. سنت ۱۳۸
- نقد استدلال به حدیث نبوی ۱۳۸
۳. اجماع ۱۳۹
۴. دلیل عقل ۱۳۹
- صورت دوم: معامله فضولی برای مالک مسبوق به ردّ او ۱۴۰
- الف. آرای فقها ۱۴۰
- ب. نظریه مختار در معامله فضولی مسبوق به ردّ مالک ۱۴۱
۱. عدم استمرار منع مالک ۱۴۱
۲. استمرار منع مالک ۱۴۲
- ج. نظر قانون مدنی ایران عقد مسبوق به ردّ ۱۴۶
- د. وضعیت معاملات دولتی ممنوعه ۱۵۰
- صورت سوم و چهارم. معامله فضولی برای خود فضول ۱۵۳
- الف. استدلال بر صحت معامله فضولی برای خود فضول ... ۱۵۴
- ب. اشکالات وارده بر صحت و پاسخ آن‌ها ۱۵۴
- گفتار دوم. معامله فضولی و مالک شدن پس از آن ۱۶۲
- اول. کلی در ذمه بودن مبیع ۱۶۲
- الف. اشکالات تملیکی بودن مبیع کلی ۱۶۳
۱. عدم موجودیت بالفعل برای تملیک ۱۶۳
۲. مال نبودن کلی مافی الذمه ۱۶۵
- ب. ردّ اشکالات از منظر فقها ۱۶۶
- ج. نقد آراء و بیان نظر برگزیده ۱۶۷
- دوم. عین معین بودن مبیع ۱۶۸

- سوم. بیع فضولی در مطالعه تطبیقی ۱۷۳
- الف. حقوق انگلیس ۱۷۴
- ب. حقوق فرانسه ۱۷۵
- ج. حقوق آلمان ۱۸۰
- د. نتیجه مقایسه ۱۸۳
- گفتار سوم. ماهیت اجازه و ردّ در عقد فضولی ۱۸۵
- احکام اجازه و ردّ مالک در عقد فضولی ۱۹۹
- اول. ماهیت حقوقی اجازه ۱۹۹
- دوم. کاشفیت و ناقصیت اجازه ۱۹۴
- الف. دلیل قول به نقل ۱۹۵
- ب. دلیل قول به کشف ۱۹۵
- ج. نقد و بررسی دلایل کشف و نقل ۲۰۰
- سوم. ثمرات نزاع کشف و نقل ۲۰۳
- الف. مالکیت نمائات منفصله مورد معامله ۲۰۳
- ب. فسخ عقد فضولی توسط بایع اصیل قبل از اجازه ۲۰۵
- ج. تصرف اصیل در منتقل عنه ۲۰۶
- د. تصرف اصیل در منتقل الیه ۲۰۷
- چهارم. بررسی پاره‌ای از مسایل متفرعه بر کاشفیت و ناقصیت ۲۰۸
- گفتار چهارم. سرانجام معامله با مال غیر در فرض عدم رضایت ۲۱۴
- اول. بیان حکم تکلیفی و وضعی ۲۱۴
- دوم. ضمان درک مبیع و ثمن در قانون مدنی ایران ۲۱۴
- الف. مفهوم لغوی و اصطلاحی ضمان درک ۲۱۵
- ب. قلمرو ضمان درک در حقوق ایران ۲۱۸
۱. انحصار ضمان درک به عین معین ۲۱۸
۲. ضمان درک نسبت به ثمن ۲۱۹
۳. ضمان درک و حق انتفاع ۲۲۰

فهرست مطالب ۱۱

۴. ضمان درک و حق ناشی از رهن ۲۲۳
- سوم. مبنای فقهی ضمان درک ۲۳۰
- الف. مسئولیت فروشنده نسبت به ردّ ثمن ۲۳۰
- ب. مبنای فقهی مسئولیت فروشنده نسبت به خسارات ۲۳۴
- ج. مستحقّ للغير در آمدن قسمتی از مبیع ۲۳۹
- چهارم. مبنای حقوقی ضمان درک در قانون مدنی ۲۴۰
- پنجم. نظر برگزیده در مبنای حقوقی ضمان درک ۲۴۸
- مبحث پنجم. ضمان معاوضی در عقد اجاره ۲۴۹
- گفتار اول. تلف عین مستأجره ۲۵۰
- اول. تلف سماوی عین معین قبل از قبض ۲۵۰
- دوم. تلف سماوی عین معین بعد از قبض بلافاصله ۲۵۷
- سوم. تلف عین معین در اثنای مدت اجاره ۲۵۷
- چهارم. تلف عین کلی بعد از قبض و بعد بهره‌برداری ۲۵۸
- گفتار دوم. اتلاف عین مستأجره ۲۵۹
- اول. اتلاف عین توسط مستأجر ۲۵۹
- دوم. اتلاف عین توسط موجر ۲۶۰
- سوم. اتلاف عین توسط اجنبی ۲۶۲
- گفتار سوم. ضمان معاوضی در فرض مرگ موجر یا مستأجر ۲۶۲
- اول. اقوال و فقهای امامیه ۲۶۲
- دوم. نقد و بررسی اقوال و نظر برگزیده ۲۶۵
- مبحث ششم. ضمان معاوضی در عقد معاوضه ۲۷۳
- مبحث هفتم. ضمان معاوضی در عقد صلح معاوضی ۲۷۳
- مبحث هشتم. اباحه معوض ۲۷۴
- گفتار اول. تعریف اباحه ۲۷۴
- گفتار دوم. اقسام اباحه معوضه ۲۷۵
- گفتار سوم. صحت اباحه معوض ۲۷۷

- گفتار چهارم. عقد یا ایقاع بودن اباحه معوض و اقسام آن ۲۸۲
- اول. اباحه مجانی و با ضمان قیمت سوقی ۲۸۳
- دوم. اباحه در مقابل عوض مستمی ۲۸۳
- سوم. اباحه معلق بر تملیک یا اباحه مال دیگر ۲۸۳
- چهارم. اباحه با شرط تملیک عوض ۲۸۵
- پنجم. اباحه در مقابل عوض ۲۸۶
- ششم. مضمون اباحه عقدی ۲۹۱
- هفتم. اباحه معوض بر وجه جعله ۲۹۲
- گفتار پنجم. لزوم یا جواز اباحه معوض ۲۹۳
- اول. معاوضه و عقد مستقل بودن ۲۹۳
- دوم. اباحه معلق بر تملیک عوض ۲۹۷
- سوم. اباحه مقید به التزام شرط در برابر عوض ۲۹۷
- چهارم. توافق به استیفای مباح له با تعیین ضمان عوض مستمی ۲۹۸
- گفتار ششم. اباحه تملک با عوض ۲۹۸
- اول. کیفیت اباحه تملک با عوض ۲۹۸
- دوم. اثر اباحه معوض ۳۰۰
- سوم. پایان اباحه معوض ۳۰۱
- مبحث نهم. تعادل عوضین ۳۰۳
- گفتار اول. غبن در لغت و اصطلاح ۳۰۳
- گفتار دوم. چگونگی اثبات غبن ۳۰۹
- گفتار سوم. علم و جهل به قیمت ۳۱۱
- بخش سوم: شرایط عوضین در معاملات معاوضی و شبه معاوضی ۳۱۳
- فصل اول: عوضین در معاملات معاوضی ۳۱۵
- مبحث اول. معلومیت عوضین و ملاک آن ۳۱۶
- گفتار اول. معنای لغوی و اصطلاحی غرر ۳۱۸

فهرست مطالب ۱۳

اول. غرر در لغت	۳۱۸
دوم. غرر در اصطلاح فقها	۳۲۰
گفتار دوم. میزان در معلوم بودن عوضین	۳۲۱
گفتار سوم. بررسی اعتبار کیل و وزن در معلومین عوضین	۳۲۷
گفتار چهارم. فروش موزون به کیل و مکیل به وزن	۳۳۰
گفتار پنجم. موکول شدن تعیین ثمن به نظر کارشناس	۳۳۳
اول: آراء فقها در تعیین قیمت توسط کارشناس	۳۳۵
الف. اجماع	۳۳۸
ب. روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر»	۳۳۸
ج. اشتراط علم به عوضین در درستی معامله بیع	۳۳۹
د. روایات خاصه	۳۳۹
دوم: نقد و بررسی آراء فقها در تعیین قیمت توسط کارشناس	۳۴۰
الف. بررسی اجماع	۳۴۱
ب. بررسی روایت نبوی نهی از غرر	۳۴۲
۱. مفهوم غرر	۳۴۴
۲. مبنای غرر	۳۴۵
۳. ضابطه در غرر	۳۴۶
ج. بررسی استدلال به اشتراط علم به عوضین	۳۴۹
د. بررسی استناد به روایات خاصه	۳۵۰
مبحث دوم. معین بودن عوضین	۳۵۵
گفتار اول. فروش یک جنس به دو قیمت (نقد و نسیه)	۳۵۵
اول. صور تردید عوضین در مسئله	۳۵۵
دوم. ادله بطلان بیع در فرض تردد عوضین	۳۵۷
گفتار دوم. تردید عوضین در عقد اجاره	۳۶۰
اول. تردید در مدت اجاره	۳۶۰
دوم. تردید در مورد اجاره	۳۶۷

- الف. ادله قائلان به صحت اجاره..... ۳۶۸
- مبحث سوم. قدرت بر تسلیم..... ۳۷۰
- گفتار اول. بررسی قدرت بر تسلیم و قدرت بر تسلّم..... ۳۷۱
- گفتار دوم. بیع غیر مقدر به همراه ضمیمه..... ۳۷۱
- گفتار سوم. شرط اجاره ندادن عین مستأجره..... ۳۷۵
- اول. رویکرد فقه امامیه..... ۳۷۵
- دوم. رویکرد نظام حقوقی ایران..... ۳۷۸
- مبحث چهارم. مملوک بودن عوضین..... ۳۷۹
- مبحث پنجم. طلق بودن عوضین..... ۳۸۰
- گفتار اول. بیع وقف..... ۳۸۱
- اول. قلمرو بحث بیع موقوفه..... ۳۸۱
- دوم. فروش موقوفه کم فایده..... ۳۸۴
- سوم. فروش موقوفه در صورت نیاز شدید موقوف علیهم..... ۳۸۵
- چهارم. طلق یا غیر طلق بودن سهام در شرکت های تجاری..... ۳۸۶
- الف. طلق بودن فروش سهام در شرکت سهامی عام..... ۳۸۶
- ب. طلق بودن فروش سهام در شرکت سهامی خاص..... ۳۸۷
- ج. غیر طلق بودن انتقال سهم الشرکه در شرکت های اشخاص..... ۳۸۸
- د. غیر طلق بودن مالکیت اشخاص حقوقی برای اموال خود..... ۳۸۹
۱. محدودیت مربوط به رعایت موضوع اساسنامه..... ۳۸۹
۲. محدودیت مربوط به رعایت تشریفات اساسنامه..... ۳۸۹
۳. محدودیت مربوط به رعایت تشریفات قانونی..... ۳۹۰
۴. ممنوعیت شرکت های تجاری پس از ورشکستگی از..... ۳۹۰
۵. عوضین مورد تعلق نذر و عهد و یمین..... ۳۹۱
- ۱-۵. تعریف نذر..... ۳۹۲
- ۲-۵. انواع نذر و آثار حقوقی آنها..... ۳۹۲
- ۳-۵. وضعیت حقوقی مورد نذر قبل از تحقق معلق علیه..... ۳۹۶

فهرست مطالب ۱۵

۴۰۵.....	گفتار دوم. معامله عین مرهونه توسط راهن.....
۴۱۳.....	فصل دوم: عوضین در شبه معاوضات.....
۴۱۳.....	مبحث اول. احکام مهر در نکاح.....
۴۱۳.....	گفتار اول. افتراق و اشتراک مهر با سایر معاوضات.....
۴۱۷.....	گفتار دوم. ماهیت ضمان معاوضی در مهریه.....
۴۱۹.....	مبحث دوم. عیب یا تلف عین مهر پس از عقد.....
۴۲۱.....	مبحث سوم. عوض بهره‌مند شدن از عمل دیگری.....
۴۲۲.....	گفتار اول. شرایط ضمان اجرت بر عهده آمر.....
۴۲۲.....	اول. امر یا اذن از جانب آمر (بهره‌گیر).....
۴۲۷.....	دوم. عدم قصد تبرّع از سوی عامل.....
۴۲۹.....	سوم. قضاوت عرف درباره عمل.....
۴۳۲.....	چهارم. شأن عرفی عامل.....
۴۳۶.....	گفتار دوم. مستند ضمان آمر.....
۴۳۶.....	اول. قاعده احترام عمل مسلمان.....
۴۴۲.....	دوم. قاعده ید.....
۴۴۳.....	سوم. ضمان به عقد فاسد.....
۴۴۴.....	چهارم. قاعده غرور.....
۴۴۵.....	پنجم. قاعده لاضرر.....
۴۴۵.....	ششم. سیره.....
۴۴۷.....	هفتم. استیفاء.....
۴۴۸.....	هشتم. استعمال به ضمان.....
۴۵۰.....	نهم. استیلائی ناروا.....
۴۵۱.....	گفتار سوم. تنازع عامل و آمر.....
۴۵۷.....	فهرست منابع.....

مقدمه

اینجانب در جلد اول کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی درباره اصطلاح «نظریه» و تفاوت آن با قاعده و اصل سطوری نوشته‌ام و لازم نمی‌دانم که به تفصیل تکرار کنم. به همین مقدار بسنده می‌کنم که این اصطلاح به این معنای مورد نظر در منابع اسلامی سابقه چندانی ندارد و در آثار مغرب‌زمین مصطلح شده است. منظور از نظریه در این مجال، مباحث نظری یک موضوع است؛ مثلاً اصطلاح «نظریه عقد»، که فرنگیان «Theory of Contract» و عرب‌ها «نظریه العقد» عنوان داده‌اند، با همین تعریف منطبق است.

البته در برخی منابع مربوط به روش‌شناسی که به تفصیل بیشتر به تحلیل این امر پرداخته‌اند تعبیرات دیگری دیده می‌شود که در انطباق آن بر تعریف فوق تردید دارم. حسب گفته آنان، نظریه عبارت است از یک چهارچوب کلان که بر مبنای آن فروعی متفرع شود و حوزه‌های مختلفی را پوشش دهد؛ مثلاً «نظریه عدالت» (Theory of Justice) جان رالز¹ فیلسوف انگلیسی نظریه‌ای است که

1. John Rawls (1921–2002).

در بخش‌های مختلف حقوق، عمومی، خصوصی، کیفری، بین‌الملل و اداری سریان و جریان دارد.

منظور ما از نظریه عمومی عوض، مباحث نظریه معاوضات و عقود معاوضی و شبه معاوضی است. بسیاری از این مباحث مختص به بیع نیست و در تمام عقود و معاوضات و شبه معاوضات جریان دارد.

نویسنده تصدیق دارد که همه مباحث نظری موضوع عوض در این کتاب نیامده و بسیاری مباحث دیگری هم می‌توانست بیاید که جای آنها خالی است؛ ولی به حکم قاعده عقلی «مالا یدرک کله لایترک کله» لا اقل آن بخش از مباحثی که مورد نیاز پژوهشگران دانش حقوق و مورد توجه آنان می‌توانست قرار گیرد تقدیم حضورشان شد تا اگر فرصتی دیگر دست دهد و توفیق رفیق گردد به شرط حیات مباحث دیگری بر آن افزوده شود.

مکتوب حاضر چند بار برای دوره دکتری حقوق خصوصی تدریس و رفع نقایص شده است. اما نگارنده اطمینان دارد که با تذکر ارباب نظر و ارشادات خالصانه سروران کرام به مراتب بهتر خواهد شد.

بر خود لازم می‌دانم که از مفضل ارجمند جناب حجة الاسلام آقای لقمان رضائزاد، دام عزه، سپاسگزاری کنم. ایشان که ضمن ادامه تحصیل در مراتب عالیّه حوزه منوره قم برای طی دوره دکتری فقه و حقوق مدرسه عالی شهید مطهری در جلسات درس فقه تحلیلی اینجانب حاضر می‌شدند، ویراستاری علمی این اثر را به عهده گرفتند و انصافاً با دقت علمی کافی مورد غوررسی و امعان نظر قرار دادند. از خداوند متعال برای ایشان مزید توفیق از درگاه حق متعال مسئلت دارم.

از دوستان اهل مهر و محبت انتظار نظر کریمانه و بزرگوارانه و راهنمایی و ارشاد است. سعدی گوید:

یکی را از دوستان گفتم: امتناع سخن گفتنم به علت آن اختیار آمده است در غالب اوقات که در سخن نیک و بد اتفاق افتد و دیده دشمنان جز بر بدی نمی‌آید. گفت: دشمن آن به که نیکی نبیند.

وَ أَخُو الْعَدَاوَةِ لَا يَمُرُّ بِصَالِحٍ
إِلَّا وَ يَلْمِزُهُ بِكَذَّابٍ أَشْر!

سید مصطفی محقق داماد

زمستان ۱۴۰۱ خورشیدی، تهران

مباحث مقدماتی

۱. تقسیم عقود از نظر داشتن عوض

عقود به دو دسته معاوضی و غیر معاوضی تقسیم می‌شود که هر یک دارای آثار و احکام خاصی است و لزوماً نمی‌توان آثار و احکام هر دسته از آن‌ها را بر دیگری تحمیل کرد. مبنای این تقسیم‌بندی را باید هدف اقتصادی یا احسان دانست که طرفین عقد، آن‌ها را دنبال می‌کنند. به دلیل اینکه انسان برای رفع نیازهای مالی خود، همیشه در حال دادوستد است تا منفعی را کسب کند و دچار ضرر کمتری بشود (منافع اقتصادی)، عقود معاوضی در حقوق ایران و فقه امامیه برای این منظور در نظر گرفته شده است؛ درحالی‌که اگر احسان، جایگزین اهدافی همانند اهداف اقتصادی بشود، معامله به عقدی مسامحی تبدیل می‌گردد و عقود مسامحی، پاسخگوی این‌گونه نیازها (احسان) است.

در عقود مسامحی، شخص، اموال خود را به دیگران می‌دهد یا دینی را به عهده می‌گیرد بدون اینکه در قبال آن تعهد یا مالی را کسب نماید. لذا در این

عقدها، نقش یک طرف عقد، فقط تأدیه مال یا تعهد برای دیگری است؛ بدون اینکه مابازایی در قبال آن دریافت کند. یعنی تعهدی یک طرفه را پذیرفته یا مالی را به صورت غیر معوض، تسلیم کرده است.^۱

۲. تعریف عقد معاوضی

روشن است که عقد معاوضی، عملی است حقوقی که اولاً عقد است و ثانیاً در آن معاوضه صورت می‌گیرد. یعنی مورد معامله دو چیز است که در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند؛ چون برخی از اعمال حقوقی است و فقط یک مورد دارد مانند عقد هبه که از مصادیق عقد معاوضی نیست. در فقه اسلامی به عقود معاوضی، عقود شبه معاوضی، مانند نکاح را افزوده‌اند. در نکاح معاوضه حقیقی صورت نمی‌گیرد ولی از نظر احکام، رابطه مهریه با بضع را شبیه معاوضی محسوب نموده‌اند و ثالثاً در عقد معاوضی عوضین باید همزمان جابه‌جا گردد. یعنی مال از مالکیت احد طرفین خارج و در مالکیت طرف دیگر وارد گردد و متقابلاً مال طرف دیگر چنین شود. در آینده خواهیم گفت که در هبه معوض معاوضه صورت نمی‌گیرد؛ زیرا هبه معوض در واقع به حسب شرط انجام می‌پذیرد و عوض با عقد هبه مقابل عوض قرار نمی‌گیرد و داخل در ملک واهب نمی‌شود بلکه با ایفاء متَّهَب در ملک واهب وارد می‌شود. خلاصه آنکه عقد معاوضی، عقدی است که عوضین جابه‌جا و در مالکیت طرفین همزمان قرار گیرد.

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۱۳.

۳. ارکان عقد معاوضی

بر اساس آنچه بیان گردید، عقدهای معاوضی دارای دو رکن بنیادین است که در فرض فقدان هر یک از این ارکان، عقد را نباید معاوضی دانست.

رکن نخست

بین تعهدات طرفین، باید تقابلی وجود داشته باشد. یعنی تعهد پذیرفته شده هر یک از طرفین، در برابر تعهد طرف دیگر باشد و لذا انگیزه اصلی شخص متعهد در این عقدها از قبول تعهد، قبول کردن تعهد از سوی طرف مقابل است. یعنی زمانی شخص، تعهدی را قبول می کند که طرف مقابل هم تعهدی را به نفع وی بنماید؛ به این معنا که هر یک از طرفین تعهدی را می پذیرد، تا در مقابل، تعهد دیگری را کسب نماید.

رکن دوم

تعهد موضوع عقدهای معاوضی، جنبه مالی دارد. یعنی هر یک از طرفین به نفع طرف مقابل مالی را از دست می دهد یا تعهدی می نماید که موضوع آن، مال یا حق مالی است.^۱

تفکیک کردن عقدهای معاوضی و غیر معاوضی، دارای آثار و فواید مهمی است که در شناختن صحیح تر و درک دقیق تر این موضوع، لازم است.

۴. آثار عقد معاوضی

بر عقود معاوضی آثار زیر مترتب است و می تواند فرق مایز با عقود غیر معاوضی باشد:

۱. محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، ص ۱۷۲.

اول. عقدهای معاوضی همه لازم است. در این عقدها، بنای عرف بر آن است که شخص بر تعهدات خود ملتزم باشد.^۱

دوم. در عقدهای معاوضی، حق حبس موجود است و هر یک از طرفین قادر است اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل نماید؛ در این باره ماده ۳۷۷ ق.م. مقرر می‌دارد:

هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.

بر اساس این ماده، هر زمان یکی از طرفین عقد بدون قبض کردن مال از طرف مقابل، مبادرت به تسلیم کردن یا ایفای تعهد نماید (اسقاط حق حبس)، حق ممانعت و حبس از وی زائل می‌گردد و در فرض اجتناب طرف مقابل از تسلیم عوض (اعمال حبس از سوی طرف مقابل) نیز نمی‌تواند آن مال را که تسلیم نموده است مسترد کند؛ بلکه باید به محکمه رجوع نموده و تقاضای اجبار طرف مقابل به تسلیم عوض نماید. البته شایسته ذکر است که این ماده هر چند مربوط به بیع است ولی به نظر ما این حق (حق حبس) در تمام عقود معاوضی سریان دارد. ما در آینده در این خصوص بیشتر بحث خواهیم کرد.

سوم. در عقدهای معاوضی، دو طرف عقد، دارای اغراض مادی و اقتصادی هستند. لذا بیع بدون ثمن یا اجاره بدون اجرت را باید باطل فرض نمود.

۱. نجفی خوانساری، منیة الطالب (تقریرات درس میرزای نائینی)، ج ۳، ص ۳۳۱؛ «العقد المعاوضی متضمن لالتزام کل من المتعاقدين بتسليم ما انتقل عنه إلى طرفه، بحيث إن لكل واحد منهما حق حبسه حتى یسلمه الآخر...».

چهارم. در قراردادهای غیر معوض، شخصیت طرف عقد را باید علت عمده عقد دانست. لذا اشتباه در شخص طرف عقد در این نوع از قراردادها، سبب از بین رفتن صحت و اعتبار معامله است؛ درحالی که در عقود معاوضی شخصیت طرف معامله مورد نظر نیست و اشتباه کردن در شخصیت طرف عقد، تأثیری در صحت این عقود ندارد.^۱ در نتیجه، در عقود معاوضی، به دلیل اینکه مقصود طرفین عقد کسب سود مادی است، شخصیت طرف عقد هیچ اثری در صحت عقد ندارد یا علت عمده عقد محسوب نمی‌گردد؛ ولی در عقود غیر معاوضی، همیشه علل انسانی سبب اصلی در تملیک کردن مال یا قبول کردن تعهد است و در صحت عقد مؤثر است.

بر اساس ماده ۲۰۱ ق.م. اشتباه در شخصیت طرف در عقود معاوضی، اثری در نفاذ شدن عقد ندارد درحالی که در عقود غیر معوض، سبب عدم اعتبار عقد می‌گردد.^۲ این ماده مقرر می‌دارد:

اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

پنجم. در عقود معاوضی، در فرضی که یکی از عوضین عقد، فاقد یکی از شرایط اساسی صحت عقد (معلوم و معین بودن و...) باشد، معامله را باید باطل دانست؛ ولی در عقود غیر معاوضی ای که در آنها شرط عوض شده باشد؛ در فرضی که موضوع شرط، فاقد آن اوصاف باشد، عقد مشروط را نباید باطل دانست و فقط شرط را باید باطل دانست. یعنی چنین شرطی از مصادیق شروط

۱. صفایی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۴۲.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۲۱.

باطل مبطل نیست؛ زیرا نه خلاف مقتضای عقد است و نه از شروط مجهولی است که جهل به عوضین سرایت کند.

ششم. خیار غبن و نیز خیار عیب، خاص معاملات معوض است. لذا در عقود غیر معاوضی، عوضی در عقد موجود نیست تا از تعادل عوض با معوض بحث گردد؛ همچنین مبنای برخی از خیارها همانند تفریس و تأخیر ثمن، معاوضی بودن عقد است. یعنی این خیارها فقط در عقود معاوضی جاری است.^۱

هفتم. برخی از فقها نیز بیان داشته‌اند در فرضی که عکس قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» پذیرفته شود، (یعنی ما لایضمن بصحیحه، لایضمن بفاسده) ضمان مقبوض به عقد فاسد، از اوصاف عقود معاوضی است؛ به دلیل اینکه معاوضی بودن عقد که توسط اقدام‌کننده بر معامله انتخاب شده، قرینه‌ای است بر اینکه شخص خودش را در مورد مال مأخوذ، ضامن و مسئول می‌داند.^۲

هشتم. عقود معاوضی به شکل معمول، با توافق محقق می‌گردند؛ ولی در برخی از عقود مجانی و مسامحی، قانون‌گذار، انعقاد عقد را مشروط به قبض نموده است؛ همانند وقف و هبه که از عقود عینی است؛ همچنین به دلیل اینکه در عقود غیر معوض، اعطاکننده رایگان مال معین، عوض را اخذ نمی‌نماید، هیچ نوع مسئولیتی از جهت درک یا معیوب بودن موضوع عقد در قبال طرف دیگر ندارد تا ملتزم به نتایج مسئولیت ناشی از درک باشد.^۳

۱. محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، ص ۱۷۶.

۲. موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۸۶؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ص ۱۹۲.

۳. نجفی خوانساری، منیة الطالب (تقریرات درس میرزای نائینی)، ص ۱۹۷.