

بسم الله الرحمن الرحيم

متون فقه

كتاب لمعه

~~~~~

~~~~~

~~~~~

## متون فقه ۱

**فقه:** در لغت فهمیدن و خوب و نیک فهمیدن است.

در اصطلاح دانشمندان عبارت است از علم به احکام شرعی فرعی از راه دلیل‌های تفصیلی آن‌ها.

و منظور از تفصیلی بودن ادله هم آن است که در مقابل هر حکم یک یا چند دلیل وجود داشته.

## موضوع فقه:

فعل مکلف یا موضوع خارجی است از حیث ثبوت حکمی از احکام شرعی برای آن. احکام فقهی بر حول احوال مکلفین و یا موضوعات خارجی دور می‌زند و به اعمال و اقوال مکلف برمی‌گردد؛ مانند نماز، روزه، قصاص، دیات و... یا اینکه به موضوعات خارجی برمی‌گردد، مانند اینکه گفته می‌شود آب انگور جوشیده حرام و نجس است و سایر احکام نجاسات و مطهرات.

## حکم شرعی:

حکم شرعی یعنی حکم قانونی که خداوند متعال برای تنظیم زندگی انسان‌ها در تمام زمینه‌های مادی و معنوی وضع کرده و فقیه به کمک قواعد اصولی در استخراج این قانون و حکم نهایت سعی و تلاش خود را به کار می‌برد و این تلاش فقیه را اصطلاحاً اجتهاد گویند.

فقیه را به این همین سبب (تلاش) مجتهد نامند.

در فقه سنتی معمولاً مباحث فقه را به دو گروه عبادات و معاملات تقسیم می‌نمودند.

مباحث فقه یا مرتبط با امور اخروی است یا امور دنیوی، بخش نخست یعنی احکامی که برای تأمین سعادت اخروی است احکام عبادت است و بخش دوم که برای تنظیم زندگی مادی است، سه گونه است یا قوانینی است برای تنظیم روابط افراد بشر با یکدیگر که ابواب معاملات فقه را تشکیل می‌دهد و یا قوانینی است که برای حفظ نوع بشر وضع شده و آن ابواب مناکحات است و یا قوانینی است که بقاء فرد و نوع بشر هر دو وابسته به آن است و آن احکام جنایی و جزایی است.

## کتاب متاجر (تجارت):

متاجر جمع متجر می‌باشد و متجر از مصدر میمی به معنای تجارت کردن است و یا اسم مکان به معنای محل تجارت است.

و در اینجا به معنای تجارت کردن می‌باشد متاجر اختصاص به عقد بیع ندارد و شامل تمام معاملات می‌شود.

## اقسام موضوعات تجارت:

ینقسم موضوع التجارة الى محرم و مکروه و مباح.

فالمحرم الاعیان انجسه كالخمر و لبنیذ والفقاع و المائع النجس غیر القابل لطهارة الا الدهن  
للضو تحت السماء والمیة و الدم

و ارواث و ابوال غیز الماکول والخنزیر والکلب الا کلب الصید و الماشیة والزراع و الحائط و آلات الالهو و الصنم و الصلیب و آلات القمار کالنرد و الشطرنج والبقری و بیع السلاح لاعداء الدین و اجارة المساکن والحمولة للمحرم و بیع العنب و التمر لیعمل مسکرا والخشب لیصنع صنما و یکره بیعه لمن یعمله و یحرم عمل الصور المجسمة واغناء و معونة الظالمین بالظلم و النوح بالباطل و هجاء المومنین والغیبة و حفظ کتب الضلال و نسخها و درسها لغير النقض او الحجة والتقید و تعلم السحر و الکهانة و القیامة و السعبدة و تعلیمها و القمار و الغش الخفی و تدلیس الماشطة و تزیین کل من الرجل و المرأة بها یحرم علیه و الاجرة على تغسیل الموتی و تکفینهم و دفنهم و الصلوة علیهم و الاجرة على الافعال الخالیة من غرض حکمی کالعبث و الاجرة على الزنا و رشاء القاضی و الاجرة على الاذان و الاقامة و القضاء و یجوز الرزق من بیت المال و الاجره على تعلیم الواجب من التکلیف.

موضوع تجارت یعنی چیزی که با آن کسب صورت می‌گیرد و در مبحث تجارت از احکام شرعی عارض بران بحث می‌شود.

که به سه دسته حرام، مکروه و مباح تقسیم می‌شود.

منظور از مورد تجارت مالی است که معامله با آن انجام می‌شود.

ملاک این تقسیم‌بندی آن است که موضوع تجارت یا مورد نهی است و یا نیست و چنانچه مانع از نقیض آن باشد حرام است و اگر مانع از نقیض آن نباشد مکروه است و اگر موضوع نهی نباشد مباح است و وجوب و استحباب از اقسام تجارت است.

### متاجر حرام: عبارت‌اند از:

#### ۱- اعیان نجس:

مانند خمر (شرب انگور) نبیذ (شراب خرما) فقاق (آب جو) هر چند مست‌کننده نباشد و مایع نجسی که قابل طهارت نیست زیرا تجارت از ذات آن جدا نمی‌شود مگر روغن نجسی که برای روشن کردن زیر آسمان به کار می‌رود.

#### ۲- آلات لهو و لعب.

#### ۳- بت، صلیب که برای پرستش به کار می‌رود حرام است.

۴. آلات قمار، مثل تخته‌نرد و بُقیری که وسیله کودکان و مقداری خاک به هم چسبیده و کره‌ای شکل با خطوطی در اطراف آن است.

۵. فروختن اسلحه به دشمنان دین. چه مسلمان باشند و چه کافر. همچنین راهزنان در حال جنگ از این جمله‌اند.

۶. اجاره دادن خانه و حیوان بارکش برای کارهای حرام؛ مانند شراب یا سوار شدن ستمگران و جای دادن ایشان برای اعمال ستم و مانند آن

۷. فروختن انگور و خرما، برای آنکه شراب درست کنند؛ و نیز فروختن چوب برای ساختن بت؛ اما فروختن چوب به کسی که از آن بت می‌سازد، مکروه است.

۸. ساختن صورت‌های مجسم از جانداران؛ یعنی صورت‌گری اجسام چه به صورت مجسمه و چه نقاشی حرام است.

۹. غنا که عبارت از کشیدن صدا به شکلی که همراه با چرخاندن صدا در گلو است به گونه‌ای که طرب‌آور باشد.

۱۰. کمک کردن به ستم ستمگران، مانند نویسنده‌گی برای آنها، حاضر کردن ستم‌دیده نزد ایشان و مانند آن.

۱۱. نوحه‌سرایی به باطل، یعنی میت را به ویژگی‌هایی وصف نماید که در او نیست.

۱۲. هجو کردن مؤمنین و آن ذکر عیوب مؤمنان در قالب شعر است و فرقی میان مؤمن فاسق و غیر فاسق وجود ندارد.
۱۳. غیبت کردن؛ و آن گفتار یا چیزی در حکم آن است که درباره شخص مؤمن صادر می‌شود، به طوری که اگر بشنود در عین حال که متصف به آن است ناراحت می‌شود.
۱۴. نگهداری کتب گمراه‌کننده [ضلال] و نسخه‌برداری از آنها و تدریس آنها، بدون آنکه هدف، رد کردن یا احتجاج نمودن (احتجاج: حجت آوردن، استدلال کردن، اقامه دلیل) باشد، یا از روی تقیه چنین کرده باشد.
۱۵. آموختن سحر و آن سخن یا نوشته‌ای است که با آن در جسم یا عقل کسی که جادو می‌شود، ضرری وارد می‌گردد.
۱۶. کهنات، آن کاری است که موجب فرمان‌برداری بعضی از پریان، از کاهن نسبت به دستورات او می‌شود.
۱۷. قیافه‌شناسی، آن عبارت است از استناد کردن به نشانه‌ها و اماراتی که مبنای الحاق نسب و مانند آن واقع می‌شود.
۱۸. شعبده‌بازی و آموزش شعبده‌بازی نیز همانند علوم و صنایع حرام، همین حکم را دارد.
۱۹. قماربازی با آلاتی که برای قمار به کار می‌رود. حتی بازی با انگشتر و گردو و تخم مرغ و مالی که از راه قمار به دست می‌آید.
۲۰. غش پنهانی، مانند آمیختن شیر با آب و قرار دادن حریر در سرما تا سنگین‌تر شود.
۲۱. تدلیس زن آرایشگر، یعنی زیبایی‌هایی را در زن بنمایاند که در او نیست، مانند گلگون نمودن چهره زن، افزودن بر موهای وی و مانند آن.
۲۲. آرایش کردن هریک از زن و مرد به چیزی که بر او حرام است، مثلاً مرد، دست بند به دست کند و خلخال ببندد و لباس‌هایی که عادتاً به زنان اختصاص دارد، بپوشد.
۲۳. دریافت اجرت دادن برای غسل دادن و کفن کردن مردگان و دفن کردن ایشان و خواندن نماز بر آنها.
۲۴. دریافت اجرت برای انجام کارهایی که هدفی عقلایی ندارد، مانند افعال بیهوده، از قبیل رفتن به مکانی دور دست، یا رفتن در دل تاریکی
۲۵. دریافت اجرت در برابر زنا و لواط و مانند آنها
۲۶. رشوه گرفتن قاضی
۲۷. دریافت اجرت در برابر گرفتن اذان و اقامه بنا بر نظر مشهورتر از دو نظر موجود؛ اما ارتزاق از بیت‌المال ایرادی ندارد.
۲۸. دریافت اجرت برای قضاوت، ولی ارتزاق از بیت‌المال جایز است

۲۹. دریافت اجرت بر آموزش تکالیف واجب، خواه واجب عینی باشد، مانند حمد سوره، خواه واجب کفایی باشد، مانند کارشناسی در امور دین.

### واما امکروه:

فکالصرف و بیع الاکفان و احتکار الطعام و الذبائح والنساجه و الحجامه و ضراب الفحل و کسب الصبیان و من لا یجتنب المحرم.

۱. اما تجارت مکروه، کارهایی است مانند صرافی (چون منتهی به ربا می شود)؛

۲. کفن فروشی: چون آرزوی مرگ می شود؛

۳. احتکار طعام چون موجب گران شدن می گردد؛

۴. قصابی چون موجب سنگدلی می شود؛

۵. نساجی (بافندگی) و خون گیری که با اجرت باشد، جفت گیری حیوانات؛

معامله با کودکان و اشخاصی که از حرام دوری نمی کنند چون ممکن است مال را از راه حرام بدست آورده باشند. (حدوداً ده تجارت در کتب فقهی بعنوان تجارت های مکروه پیش بینی شده است.)

۶. حجامت، اگر مشروط به اجرت باشد، نه بدون آن؛

۷. جهانیدن حیوان نر بر مادگان، به این معنا که حیوان نر را جهت مقصود یادشده اجاره دهد و اجاره مزبور با تعیین یک یا چند نوبت، یا مدت مشخص معین شده باشد.

۸. کاسبی کردن با پولی که بچه بدست می آورد و نیز کاسبی کردن با پول فردی که در کسب خود از حرام باک ندارد مکروه است.

مکاسب مباح بالمعنی الاخص کارهایی هستند که نه از جهت انجام و نه از جهت ترک آن رجحانی ندارند. (اباحه به معنای اعم، شامل تمام احکام پنج گانه تکلیفی به غیر از حرمت می شود؛ اما اباحه بالمعنی الاخص، یکی از احکام پنج گانه تکلیفی می باشد.)

## والمباح: ما خلا عن وجه رجحان بالمعنى الاخص

تجارت مباح تجارتی است که نه راجح باشد و نه مرجوح، (و اباحه به معنای اخص به تجارتی گفته می‌شود که انجام و ترک آن، مساوی است).

## اقسام تجارت:

ثم اتجارة تنقسم بانقسام الاحكام الخمسة:

تجارت و کسب به اعتبار احکام تکلیفی پنجگانه و به ۵ نوع تقسیم می‌شود.

## تجارت واجب:

تجارت واجب تجارتی است که معیشت خانواده یا نظام زندگی وابسته به آن باشد و هر تجارتی که جامعه به آن نیاز دارد.

## تجارت مستحب:

تجارت مستحب تجارتی است که باعث رفاه خانواده و نفع مؤمنین باشد.

## تجارت مباح:

تجارت مباح تجارتی است که موجب زیادی درآمد شود اما وجه ترجیح و مرجوحی نداشته باشد.

تجارت مکروه: تجارت با اشیاء مکروه است.

حرام: تجارت با اشیاء حرام است.

## بيع و معاطات:

فی عقد البيع و آدابہ و معاطات

عقد بيع: و هو الايجاب و القبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم.

عقد بيع:

عقد بیع ایجاب و قبولی است که بر انتقال ملکیت در مقابل عوض معلومی دلالت دارد یعنی مبیع از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و ثمن نیز از خریدار به فروشنده و از این جهت عقد معوض می‌باشد.

قید انتقال بیع سبب خارج شدن عقود است که موجب انتقال ملک نیست مانند ودیعه، مضاربه و وکالت و قید در مقابل عوض معلوم سبب خارج شدن عقود غیرمعوض می‌باشد مانند هبه، وصیت تملیکی که از این تعریف شامل معامله مال غیر نیز می‌باشد.

اشکالی که بر این تعریف وارد است اینکه شامل اجاره و صلح نیز می‌باشد و زیرا در این دو عقود هم انتقال ملک صورت می‌گیرد.

بنابراین بهتر بود که به جای عبارت نقل ملک عبارت نقل عین به کار می‌برد

ماده ۳۳۸ ق.م «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»

و اما معامله‌ی شخص لال نیاز به ایجاب و قبول دارد و تعریف مزبور شامل عقد به وسیله وکیل نیز می‌شود، هبه‌ی معوض نیز مانند بیع موجب تملیک است اما عوض در هبه‌ی معوض جنبه‌ی فرعی دارد و ارکان هبه را تشکیل نمی‌دهد.

برخلاف عوض در بیع جنبه‌ی اصلی دارد و رکن قرار داد است.

عقد در ماده ۱۸۳ ق.م عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نماید و مورد قبول آنها باشد و این تعریف عقد عهدی را بیان می‌کند شامل عقد بیع نیز می‌شود.

بنابراین ممکن است گفته شود بین ماده ۱۸۶ و ۳۳۸ تعارض وجود دارد زیرا ماده ۱۸۳ ق.م بیع را عقد عهدی می‌داند اما ماده ۳۳۸ آن را عقد تملیکی می‌داند و برای حل تعارض باید گفت که تعهد به تسلیم مبیع یا پرداخت ثمن یک اثر تبعی و اثر مستقیم آن تملیک عین می‌باشد؛ بنابراین عقد بیع عقد تملیکی است.

عقد در لغت به معنی گره‌بستن و گره‌زدن است. عقد در معنای مترادف با عهد به شمار می‌رود.

با این تفاوت که عقد شدیدتر و مؤکدتر از عهد است.

تفاوت دیگر اینکه عقد همیشه طرفینی است ولی عهد گاهی در یک طرف بسته می‌شود.

بر این اساس میان عقد و عهد از نسبت اربعه عموم و خصوص مطلق حاکم است.

بدین معنا که هر عقدی عهد است ولی هر عهدی عقد نیست.

**لزوم و جواز عقد:**



با استحکامی که در معنای عقد دیدیم هیچ یک از متعاقدين به طور طبیعی مجال سرپیچی از آن را ندارند مگر آنکه در همان عقد برای فسخ شرایطی پیش‌بینی شده یا شریعت مقرراتی را برای آن وضع کرده است یا اینکه با جلب موافقت طرف دیگر عقد بشود.

دسته‌ای از عقود آر معنای اصلی خود خارج شده و لزوم استمرار پای‌بندی را از عهده‌ی یک طرف یا هر دو طرف برداشته است.

این دسته از عقود با توجه به جواز فسخی که برای آنها در نظر گرفته شده عقد جایز نامیده می‌شود در مقابل عقود باقی‌مانده عقود لازم نامیده می‌شوند.

قانون مدنی ایران به تبعیت از مضامین فقهی در ماده‌ی ۱۸۴ ق.م عقد را به اقسام ذیل منقسم می‌کند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق. (مواد ۱۸۴-۱۸۹ قانون مدنی)

پس با توجه به موارد فوق‌الذکر تعریف عقد لازم و جایز عبارتند از:

عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معین.

عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقت که بخواهد آن را فسخ کند.

### سرایت مفهوم جواز:

معنای عقد گاه حق فسخ را برای هر دو طرف ایجاد می‌کند که این‌گونه سرایت عقدی بین طرفین است و گاهی حق فسخ را فقط برای یک طرف ایجاد می‌کند مثل وکالت که هر یک از وکیل و موکل می‌تواند هر زمان که بخواهد عقد را فسخ کند.

### ایقاع:

ایقاع نوعی عمل حقوقی است که فقط با اراده یک نفر انجام می‌شود و برخلاف عقد یا قرارداد به توافق دو یا چند اراده نیاز ندارد. هرچند ممکن است با اراده دیگری از میان برود.

مهم‌ترین انواع ایقاع طلاق، رجوع شوهر، لعان، حیازت مباح (آبادسازی اموال بی‌صاحب)، فسخ قرارداد (خیارات)، اعراض، ابراء (بخشش طلب)، تملک به شفعه، نذر و فرزندخواندگی هستند.

در مورد عقد یا ایقاع بودن برخی از اعمال حقوقی همچون اقرار و وصیت تملیکی و ابراء اختلاف است. این اختلاف گاه ناشی از تعریف ایقاع و گاه ناشی از تأثیر رد ذینفع در تحقق ایقاع است.

فعل لازم وقع در باب افعال تعدیه شده و مصدر ایقاع به معنای واقع کردن را ساخته است.

دقت در این معنا که از یک طرف یکسو بودن عمل حقوقی ایقاع را نشان می‌دهد که توسط یکی از طرفین معامله ایجاد شده است و از طرف دیگر نشان‌دهنده‌ی تفاوت ایقاع با آن دسته عقود است که احیاناً یک‌طرفه بسته می‌شود.

## معاطات:

### فلا یکنفی المعاطاة نعم یباح التصرف و یجوز الرجوع مع بقاء العین.

پس بیع معاطاتی کافی نیست بلکه در معاطات تصرف مباح می‌شود و مالک می‌تواند در صورت باقی بودن عین رجوع کند و مال خودش را پس می‌گیرد. در معاطات ایجاب و قبول وجود ندارد. معاطات نوعی خاص از معامله است که چندین دیدگاه فقهی در خصوص آن وجود دارد.

### تعریف بیع معاطاتی:

بیع معاطاتی بیعی است که هر یک از طرفین مال خود را به عوض مالی که از دیگری می‌گیرد به او می‌دهد یعنی معامله با داد و ستد انجام می‌شود.

از یک دیدگاه معاطات معامله بدون عقد است. بعضی از فقها بیع معاطاتی را به «داد و ستد بدون عقد» تعبیر کرده‌اند. مطابق لغت نامه دهخدا بیع معاطات یعنی هر یک از طرفین معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه از طرف دیگر دریافت می‌نماید به وی اعطا نماید، بدون اینکه عقد انجام شود.

از دیدگاه دیگر معاطات معامله بدون عقد مخصوص است و بعضی از فقها می‌گویند معاطات یعنی هر یک از طرفین معامله، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه ستانده به طرف مقابل اعطا نماید، بدون اینکه عقد مخصوصی جاری شده باشد؛ که عقد مخصوص می‌تواند همان ایجاب و قبول به الفاظ خاص باشد. مطابق این تعریف، حتی ایجاب و قبول لفظی نیز کفایت نمی‌کند و باید به الفاظ خاص تکلم شود. بدین ترتیب اگر ایجاب و قبول به الفاظ فارسی بیان شود، معامله صورت گرفته معاطات خواهد بود.

از دیدگاه دیگر معاطات معامله بدون ایجاب و قبول لفظی است. در بعضی منابع دیگر فقهی آمده است که معاطات همان بیع بدون صیغه عقد است.

بعضی با این رویکرد می‌گویند «هرگاه صیغه (یعنی ایجاب و قبول) نگویند، معاطات است».

بعضی دیگر از فقها، نخست عقد را به «لفظ دال بر نقل عین» معنی کرده و معتقدند معاطات یعنی ستاندن بدون لفظ کفایت نمی‌کند. از این منظر ایجاب و قبول با هر لفظی که مقصود معامله را صراحتاً برساند، عقد خواهد بود اعم از اینکه الفاظ بکار گرفته شده، الفاظ مخصوص باشد یا نباشد، عربی باشد یا نباشد.

برخی فقها با تعبیر دیگر می‌گویند که عقد بیعی که در آن ایجاب و قبول نباشد، معاطات است. این تعریف با تعریف پیشین متفاوت است؛ زیرا ایجاب و قبول ممکن است لفظی یا غیرلفظی باشد.

در برخی منابع فقهی اهل سنت نیز معاطات به عنوان معامله بدون لفظ و اشاره معنا شده است یعنی مشتری بدون تکلم و اشاره مبیع (مال مورد معامله) را بگیرد و مبلغ را به فروشنده بدهد.

### **در بین فقها اختلاف نظر است که آیا بیع معاطاتی عقد متزلزل است و یا فقط موجب اباحه می شود؟**

منظور از اباحه آن است خریدار نمی شود و فقط حق تصرف پیدا می کند. نتیجه این اختلاف این است که اگر عقد متزلزل باشد پس از آنکه عقد لازم شد نماء مبیع به منتقل الیه تعلق دارد.

اما اگر موجب اباحه شود ممکن است نماء به منتقل الیه تعلق نمی گیرد.

نماء از نمو است (رشد، سود) و اصطلاحی در فقه و مدنی است که ممکن است مادی یا معنوی باشد.

مادی مثل میوهی درخت و معنوی مثل اینکه سگی را تعلیم دهد جهت حراست از خانه یا باغ.

نماء در مقابل منافع به کار می رود مثلاً منافع عین مستأجره را در اصطلاح نماء نمی گویند و انواع آن نماء منفصل و متصل است.

### **دو احتمال مطرح است که هر گاه عین تلف شود آیا معاطات تبدیل به بیع می شود یا معاوضه خاصی است؟**

دلیل کسانی که آن را معاوضه نمی دانند آن است که معاوضات در شرع معین و مشخص است و چنین معاوضه ای به رسمیت شناخته نشده و اما کسانی که آن را بیع نمی دانند دلیلشان آن است که بیع نیاز به الفاظ خاصی دارد که در اینجا بیان شده است.

معاطات یک عمل طرفینی است و قبض و اقباض باید از سوی طرفین صورت می گیرد بنابراین اگر فقط یک طرف مال را قبض کند اختلاف نظر است که احکام معاطات بر آن بار می شود یا خیر.

کسانی که آن را معاطات نمی دانند دلیلشان آن است که مفهوم معاطات تحقق نشده و کسانی که آن را معاطات می دانند آن است که قصد طرفین معاطات بوده اگر صاحب مال با رجوع خود مال را پس بگیرد لازم نیست طرف مقابل که از مال استفاده کرده اجرت بپردازد.

**ماده ۳۳۹ ق.م که بیع معاطاتی را به رسمیت شمرده** پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن -عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود ولی ممکن است بیع نیز به داد و ستد واقع گردد.

قانون مدنی معاطاتی بودن را برای انعقاد کلیه اعمال حقوقی به جز موارد خاص کافی می‌داند بنابراین انشاء معامله ممکن است به وسیله‌ی عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده.

و اما عقد نکاح از مواردی است که با معاطات صورت نمی‌گیرد و از ظاهر قانون چنین استفاده

می‌شود که معاطات عقد مستقلی در کنار بیع نیست بلکه یکی از اقسام بیع است.

اما در بسیاری از کتب فقهی معاطات را به صورت مستقل بیان می‌کنند.

### شرایط صیغه بیع:

#### و یشرط وقوعها بلفظ الماضي کبعت و اشتريت و شريت و ملک

و شرط آن است که صیغه‌ی بیع به لفظ ماضی انشاء شود مانند «بعت» توسط فروشنده و «اشتریت» توسط خریدار و «شریت» توسط فروشنده و خریدار و همچنین «ملکت» مشترک بین فروشنده و خریدار می‌باشد.

عبارت بعت به معنای فروختن به معنای ایجاب از سوی فروشنده بیان می‌شود و عبارت اشتریت به معنای خریدن به عنوان قبول از سوی خریدار تلفظ می‌شود و هم به معنای فروختن از سوی فروشنده بیان می‌شود.

بنابراین هم فروشنده می‌تواند آن را به عنوان ایجاب بگوید و هم خریدار به عنوان قبول.

و لفظ ملک که اگر با تشدید باشد ایجاب است و اگر بدون تشدید باشد قبول است.

**ماده ۳۴۰ ق.م:** در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.

بنابراین اینطور فهمیده می‌شود که بیع لفظ خاصی ندارد و همینطور در ماده ۳۳۹ در خصوص بیع معاطاتی نیز صحیح است.

عقد بیع یک عقد رضایی است یعنی با رضایت و توافق طرفین صورت می‌گیرد و نیاز به تشریفات خاصی ندارد اما بعضی از انواع عقد بیع است که نیاز به تشریفات خاصی دارد.

و در صورت عدم توانایی از تکلم، اشاره‌ای که به روشنی دلالت بر رضایت نماید کافی است.

ماده ۱۹۲ قانون مدنی: در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

در بیع صرف تنها ایجاب و قبول، کافی نیست بلکه قبض نیز باید صورت گیرد.

همچنانکه ماده ۳۶۴ قانون مدنی در این خصوص آورده است: در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف) انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.

**و یکی الاشارة مع العجز:** اگر فروشنده یا خریدار عاجز از تکلم باشند می‌توانند بیع را با اشاره منعقد کنند البته باید اشاره بر رضایت دلالت کند و اگر قدرت و سخن گفتن باشد اشاره کفایت نمی‌کند و گرنه ممکن است معاطات باشد. کفایت اشاره برای انعقاد اختصاص به عقد بیع ندارد بلکه حکمی عام برای همه قراردادهای بیع باشد ماده ۱۹۲ ق.م.در مواردی که بین طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.

### **ولا يشترط تقديم الايجاب على القبول و ان كان احسن**

لازم نیست که ایجاب قبل از قبول باشد هر چند اگر مقدم باشد بهتر است.

زیرا اولاً: قبول به معنای پذیرش چیزی است که قبلاً بیان شده برخی از فقها مقدم شدن ایجاب بر قبول را لازم نمی‌دانند زیرا اولاً اصل اقتضا می‌کند که چنین عقدی صحیح باشد.

ثانیاً: فروشنده و خریدار هر دو مالی را به دیگری انتقال می‌دهند بنابراین تفاوتی ندارد ایجاب مقدم باشد یا قبول.

ثالثاً: چنین عملی هم ظاهراً عقد است و باید به آن عمل نمود اما مشهور فقها گفته‌اند که ایجاب باید مقدم بر قبول باشد.

زیرا اولاً: تا ایجابی صورت نگیرد قبول معنا ندارد زیرا قبول یعنی اینکه ایجاب پذیرفته شود و ثانیاً: استصحاب در خصوص عدم انتقال مالکیت اقتضا می‌کند در حالی که شک در انتقال صورت می‌گیرد کماکان حکم به عدم انتقال مالکیت و عدم وقوع بیع شود ق.م هم تقدم ایجاب بر قبول را لازم ندانسته بلکه به عنوان یک قاعده‌ی عمومی در کلیه قراردادهای موافق بودن ایجاب و قبول را لازم می‌داند.

ماده ۱۹۴ قانون مدنی در این خصوص آورده است:

الفاظ اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله‌ی آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشا آن را داشته باشد والا معامله باطل است.

### **و يشترط في المتعاقدين الكمال:**

شرایط متعاقدين:

**۱ - کمال:** شرط این است که متعاقدين کامل باشند یعنی عاقل بالغ و رشید باشند.

ماده ۲۱۰ الی ۲۱۳ ق.م و در قواعد عمومی قراردادها ۱۲۰۷ الی ۱۲۱۴ در خصوص اهلیت اشخاص توضیح داده شده است.

یعنی (اهلیت): فروشنده و خریدار باید اهلیت داشته باشند (۳۴۵ ق.م).

هریک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را داشته باشد. اما شرط اهلیت اختصاص به عقد بیع ندارد بلکه هرکسی بخواهد که یک عمل حقوقی انجام دهد باید اهلیت داشته باشد ۲۱۰ تا ۲۱۳ و ۱۲۰۷ تا ۱۲۱۴ که در آن شرط اهلیت را بیان کرده است. و اما معامله صغیر غیرممیز که فقه می گوید کلاً باطل است و معامله ی غیررشید کلاً نافذ است.

### والاختیار الا ان یرضی المکره بعد زوال اکراهه

۲- **اختیار:** اختیار داشتن طرفین قرارداد شرط دیگر صحت معامله است. مگر اینکه شخص اکراه شده باشد و پس از برطرف شدن اکراهش رضایت بدهد زیرا قصد و اراده ی شخص اکراه شده به کلی باطل نیست بلکه قصد انشا لفظ را دارد اما قصد انشا مدلول لفظ را ندارد چون عدم رضایت مانع آن می باشد بنابراین وقتی رضایت بیاید عقد اثرش را به جای می گذارم ۲۰۳ ق.م

اکراه موجب عدم نفوذ است اگرچه از طرف شخص ثالث غیر از متعاملین ایجاد شود ماده ی ۲۰۹ امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ است.

ماده ۱۹۹ ق.م: رضای حاصل در نتیجه ی اشتباه یا اکراه موجب نفوذ نیست و اختیار معامله را به عنوان قاعده ی عمومی در همه ی قراردادها بیان نموده است.

ماده ۳۴۶ ق.م: عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد.

عقد مکره نافذ نیست اکراه گاهی به صورت معنوی است که رضایت را معیوب می کند و گاهی مادی است که اراده را معیوب می سازد آنچه در اینجا مدنظر است اکراه معنوی است و اکراه مادی سبب بطلان معامله است.

رضایت لازم نیست همزمان با عقد باشد و رضایت بعدی مؤثر است.

### والقصد فاوقعه الغافل او النائم او الهازل لغی

۳- **قصد انشا:** (ماده ۱۹۱ ق.م) متعاقدين باید قصد انجام معامله را داشته باشند و پس اگر شخص غافل یا خواب یا هزله گو (شوخی) عقدی را منعقد کند فاقد اثر است.

ماده ۱۹۵ ق.م: اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله بخاطر فقدان قصد باطل است.

بر خلاف شخص اکراه شده که قصد دارد ولی رضایت ندارد.

شخصی که قصد ندارد حتی لفظی راهم اراده نکرده رضایت بعدی او تأثیری ندارد و عقد بیع اساساً از ریشه باطل است. آنچه که در عقد اهمیت دارد اراده و قصد واقعی است و اگر در میان اراده‌ی واقعی و ظاهری تعارض وجود داشته باشد اراده‌ی واقعی حاکمیت میابد.

**قصد و اراده در یک عمل حقوقی پس از پشت سر گذاشتن چند مرحله به وجود می‌آید.**

**اول** تصور فعل **دوم** اندیشیدن در خصوص سود و زیان آن و **سوم** انتخاب یکی از جهات که اراده نام دارد. در مرحله‌ی بعدی هم انشا و به فعلیت رساندن اراده قصد و رضا دو عنوان مستقل‌اند که فقدان اولی موجب بطلان عمل و فقدان دومی موجب عدم نفوذ عمل حقوقی است.

## **بیع فضولی:**

### **و يشترط في اللزوم الملك او اجازه الملك**

شرط لازم شدن عقد آن است که طرفین عقد مالک مالی باشند که انتقال می‌دهند یا از سوی مالک اجازه داشته باشد یعنی فروشنده باید مالک مبیع باشد و خریدار نیز مالک ثمن در خصوص باطل بودن یا نافذ بودن عقد فضولی و در خصوص تحلیل حقوقی نقش مالک، اختلاف نظر وجود دارد:

رضایت مالک شرط کامل شدن عقد است و عقد فضولی تمام ارکان عقد را دارد. (ماده ۲۴۷ ق.م).

**نکته اول** اینکه اجازه‌ی مالک اماره‌ی رضایت تقدیری او در هنگام معامله است.

**نکته دوم** این است که اجازه مالک شرط نفوذ عقد است.

**نکته سوم** آن است که اجازه مالک سبب می‌شود که عقد تبدیل به رابطه‌ی او و اصیل شود.

نظر دیگری است که به موجب آن فضول نمایندگی از مالک را انشا می‌کند.

اگر اجازه را یک رضایت ساده به عمل حقوقی فضول بدانیم اجازه‌ی مالک یک عمل حقوقی نیست زیرا چیزی انشا نمی‌شود بلکه اخبار از چیزی است و اگر به معنای اعطای نمایندگی باشد به عنوان یک عمل حقوقی است.

**و هي كاشفة عن صحة العقد فالنماء المتخلل للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع.**

اجازه کشف می‌کند که عقد از زمانی که واقع گردیده صحیح بوده است.

پس نمایی (منافع) که در فاصله‌ی میان عقد و رضایت مالک در مبیع به وجود می‌آید متعلق به مشتری است.

فایده‌ی کاشف بودن اجازه آن است که نمای مبیع متعلق به مشتری است و نما ثمن متعلق به فروشنده اما فایده‌ی ناقل بودن آن است که نمای مبیع و ثمن متعلق به مالک است.

### **دلایل کسانی که اجازه‌ی مالک را کاشف از صحت عقد از زمان وقوع آن می‌دانند عبارت است از:**

۱- آنچه که سبب انتقال مالکیت می‌شود عقدی است که شرایط آن فراهم می‌باشد پس وقتی که رضایت مالک حاصل شود عقد از همان زمان به وجود می‌آید.

۲- در آیه‌ی «اوفوا بالعقود» وفای به عهد لازم دانسته شده نه وفای به عهده‌ی که همراه با اجازه مالک باشد

۳- اجازه مالک اثری در انتقال ندارد بلکه رضایت به مضمون عقدی است که قبلاً محقق شده است.

### **دلایل کسانی که اجازه مالک را ناقل مالکیت از زمان اجازه می‌دانند:**

**اولاً:** اجازه جزیی از سبب است پس تا اجازه‌ی مالک نباشد سبب انتقال محقق نمی‌شود.

**ثانیاً:** چنانچه اجازه را شرط انتقال بدانیم شرط باید قبل از مشروط محقق شود.

ناقل یعنی شخصی که مالی را منتقل به دیگری می‌کند خواه ضمن عقد باشد خواه ضمن ایقاع.

اجازه نه ناقل می‌باشد نه کاشف از آنجا که انتقال مالکیت منوط به آن است شبیه ناقلیت است و از آنجایی که به عقد سببیت می‌بخشد شبیه کاشفیت است مالک همانگونه که مالکیت را در زمان حال یا آینده می‌تواند منتقل کند در زمان گذشته هم می‌تواند آن را منتقل کند.

### **معنای کاشفیت و ناقلیت در عقود چیست؟**

مبحث کاشفیت و ناقلیت زمانی مصداق پیدا می‌کند که عقدی از ابتدا به صورت غیر نافذ منعقد شود و سپس با اجازه مالک، عقد نافذ گردد.

حال بحث این است که اثر اجازه از چه زمانی است. آیا از زمان انعقاد عقد و یا از زمان لحوق اجازه؟

برای همین در این ارتباط دو نظریه مطرح می‌شود، به قرار ذیل:



## نظریه اول ناقلیت:

این نظریه مقرر می‌دارد که اجازه از زمانی که ملحق می‌شود، اثر می‌گذارد و عقد اکراهی و فضولی قبل از ملحق شدن این اجازه، هیچ اثر حقوقی ندارد.

یعنی اینکه در یک عقد فضولی که دو ماه پیش منعقد شده و مالک، آن را الان تنفیذ کرده است، اگر نظریه ناقل بودن اجازه را بپذیریم، معامله نسبت به دو ماه قبل، هیچ اثری ندارد. پس طبق این نظریه، آثار قانونی عقد از زمان صدور اجازه ایجاد می‌شود.

طبق این نظریه، هرگاه مال مورد معامله در فاصله بین تشکیل عقد و صدور اجازه مالک، منافع و نمائاتی داشته باشد، این منافع متعلق به مالک است و به مشتری.

## نظریه دوم کاشفیت:

این نظریه اجازه را از زمان انعقاد عقد می‌داند، یعنی اجازه که به عقد ملحق می‌شود، اثرش را از زمان انعقاد عقد می‌گذارد و اثر قهقرایی دارد.

پس طبق این نظریه، عقد فضولی یا اکراهی از اول صحیح می‌باشد؛ بنابراین طبق این نظریه، اجازه اثر قهقرایی دارد؛ یعنی اگر مال مورد معامله در فاصله بین عقد فضولی و اجازه مالک منافع یا رشد و نماء داشته است این منافع به مشتری تعلق می‌گیرد. ماده ۲۵۸ قانون مدنی در این باره مقرر کرده است:

نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.

**ماده ۲۵۷ ق.م.م** می‌گوید اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده قبل از اینکه معامل فضولی آن را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می‌تواند هر یک از معاملاتی که بخواهد اجازه دهد پس هر کدام را که اجازه کرده معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل است.

## چگونگی اجازه:

**و لایکفی فی الاجازة السکوت عند العقد او عند عرضها علیه و یکفی: اجزت او انفذت او امضیت او رضیت و شبهه.**

سکوت مالک در هنگام عقد یا هنگامی که از او درخواست اجازه می‌شود کافی نیست و باید بگوید اجازه دادم یا تنفیذ کردم یا امضا کردم یا رضایت دادم و نظایر اینها زیرا سکوت ممکن است حاکی از رضایت باشد و ممکن است نباشد.

ماده ۲۴۹ قانون مدنی: سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود.

## معنای لغوی و اصطلاحی اجازه:

معنای اجازه در لغت به معنای رخصت دادن و امضاء و تنفیذ کاری است و در اصطلاح فقه به معنای امضاء کردن معامله‌ای است که شخص فضولی آن را انجام داده است.

## اجازه مالک شرط صحت معامله:

اگر کسی در مالی که مالکش نباشد بدون اجازه صاحب مال معامله‌ای با آن بکند صحت معامله منوط به امضاء کردن آن از طرف مالک می‌باشد. پس اگر مالک معامله را قبول نداشته و امضاء نکند باطل خواهد بود.

## اقوال در اجازه

اجازه کاشفه

اجازه کاشف از این است که معامله از همان زمان عقد واقع شده و معامله از همان زمان عقد اثر گذار شده است.

اجازه ناقله

از همان زمان که مالک معامله را امضاء کرد اثر بر معامله بار می‌شود گویا که با اجازه معامله انجام می‌شود.

نظر مشهور در اجازه مالک

به هر یک از این دو وجه قائلینی وجود دارد ولی مشهور بین فقها متأخرین کاشفه بودن اجازه می‌باشد.

ثمره دو نوع اجازه

۱- منافع و نتایجی که در بین زمان معامله و اجازه ایجاد شده که بنا به کاشف بودن منافع و نمائات مال خریدار و بنابر ناقل بودن مال فروشنده می‌شود. مثلاً اگر فرد «غیر مالک» گوسفند دیگری را بفروشد و مالک گوسفند بعد از سه ماه معامله را امضاء کند و در بین سه ماه گوسفند بچه‌ای بیاورد بنابر قول به کاشف بودن اجازه، بچه گوسفند نیز مال مشتری می‌شود؛ ولی بنابر ناقل بودن، مال مالک می‌شود و فقط خود گوسفند مالک مشتری می‌شود.

۲- بنابر قول به نقل، قبل از اجازه مشتری می‌تواند معامله را به هم بزند بر خلاف قول به کشف.

۳- اگر مشتری، مورد معامله را به دیگری بفروشد بنابر کشف، صحیح و بنابر نقل باطل است.

درست است که مقتضای قواعد اولیه مثل «اَوْفُوا بِالْعُقُود» (به عقدها و پیمان‌ها وفا کنید) ناقلیت اجازه است چون تا وقتی که رضایت مالک نباشد هنوز عقد کامل نشده و در زمان اجازه ارکان عقد کامل می‌شود. پس تأثیرش نیز از همان زمان باید باشد.

## احکام بیع فضولی:

فان لم يجز انتزعه من المشتري ولو تصرف فيه بماله اجرة رجع بها عليه و لو نما كان لمالكة و يرجع المشتري على البا ئع بالثمن ان كان باقيا، عالما كان او جاهلا و ان جاهلا و ان تلف قيل رجوع به العلم و هو بعيد مع توقع الاجازه و يرجع بما اغترم ان كان جاهلا.

اگر مالک معامله‌ی فضولی را اجازه نداد، مبیع را از خریدار می‌گیرد زیرا مال متعلق به اوست و اگر خریدار تصرفی کرده باشد که اجرتی به آن تعلق گیرد اجرت را از متصرف می‌گیرد.

اگر بر مبیع افزوده شده باشد آن اضافی به مالکش تعلق دارد و مشتری هم بابت ثمنی که به فروشنده داده به فروشنده مراجعه می‌کند.

ماده ۲۶۱ قانون مدنی: در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هرگاه مالک، معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگرچه منافع را استیفاء نکرده باشد؛ و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.

مشروط بر اینکه ثمن باقی باشد و تفاوتی ندارد مشتری نسبت به عدم مالکیت فروشنده عالم باشد یا جاهل.

و اگر ثمن تلف شده باشد، گفته شده چنانچه مشتری نسبت به عدم مالکیت فروشنده آگاه باشد حق رجوع ندارد.

اما این نظریه ضعیف است زیرا خریدار امید داشته که فروشنده رضایت مالک را جلب خواهد کرد.

مشتری بابت تمام غرامت‌هایی که به مالک پرداخته می‌تواند به فروشنده رجوع کند.

ماده ۲۵۹ ق.م. هرگاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده به تصرف خریدار داده باشد و مالک آن را اجازه نکند، متصرف ضامن عین و منافع است.

اگر خریدار از مبیع استفاده نکرده باشد باز هم باید اجرت آن را به مالک بدهد و جهل او به فضولی بودن معامله اثری ندارد.

هنگامی که مالک مبیع را از مشتری پس می‌گیرد مالی را که به عنوان ثمن به مشتری فضول داده بدون عوض داده است.

بنابراین حق دارد آن را پس بگیرد اما مشهور فقها گفته‌اند اگر ثمن در دست فروشنده تلف شده باشد و خریدار آگاه به عدم مالکیت فروشنده باشد حق ندارد برای گرفت عوض ثمن به فروشنده مراجعه کند.

عده‌ای هم گفته‌اند که اگر ثمن تلف نشده باشد مشتری حقی بر آن ندارد زیرا مشتری که علم به فضولی بودن معامله دارد و فروشنده را مسلط بر ثمن می‌کند گویی تلف بر مصرف ثمن را برای فروشنده مباح کرده است.

و در هر صورت تلف ثمن نیز بعید است زیرا خریدار به این امید است که فروشنده رضایت مالک را جلب خواهد کرد، ثمن را به فروشنده می‌دهد؛ و نه اینکه بلاعوض آن را به وی بدهد اما محقق حلی در هر صورت و به هر شکل حق رجوع به ثمن را به مشتری داده است اگر مبیع نزد خریدار تلف شده باشد و مالک به خریدار مراجعه کند و از او غرامتی بیش از مقدار ثمن بگیرد خریدار فقط حق دارد نسبت به مقدار زیادی به فروشنده رجوع کند و بابت اصل ثمن نمی‌تواند به وی رجوع کند.

### بیع مال خود به همراه مال غیر:

**ولو باع غیر المملوک مع ملکه و لم یجز المالك صح فی ملکه و تخیر المشتري مع جهله فان رضی صح البیع فی المملوک بحصته من الثمن بعد تقویمها جمیعاً ثم تقویم احدهما**

حکم موردی که فروشنده، مال قابل تملک و غیر قابل تملکی مانند خوک و گوسفند را بفروشد نیز همین‌طور است و بیع در مورد مال قابل تملک به نسبت قیمت آن به مجموع دو قیمت از ثمن معامله صحیح می‌باشد؛ و قیمت‌گذاری خوک نیز از دید کسانی که آن را حلال می‌دانند انجام می‌پذیرد.

اگر کسی مالی را که مالک آن نیست به همراه مال خود بفروشد و مالک فروش مالش را اجازه ندهد معامله فروشنده نسبت به مال خودش صحیح است و اگر مشتری اطلاع نداشته باشد اختیار دارد که معامله را نسبت به فروشنده نیز فسخ کند و اگر مشتری رضایت داد بیع نسبت به مال فروشنده صحیح است در مقابل حصه‌ای از ثمن که به آن تعلق می‌گیرد.

نحوه‌ی حصه‌بندی ثمن بدین صورت است که مال فروشنده و مال دیگری باهم قیمت‌گذاری می‌شوند و سپس یکی از آنها قیمت‌گذاری می‌گردد این حکم در صورتی جاری است که مال قابل ملکیت و با مال غیر قابل ملکیت فروخته شود.

در خصوص تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری برگردد به شیوه‌ی زیر حساب می‌شود آن قسمت از مبیع که مورد مالکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت‌گذاری می‌شود که به هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را نگه داشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.

### بیع مال قابل تملک همراه با مال غیر قابل تملک:

**و کذا لو باع ما یملک و ما لا یملک کالعبد مع الحر و الخنزیر مع الشاء و یقوم الحر لو کان عبداً و الخنزیر عند مستحلیه.**

حکم موردی که فروشنده، مال قابل تملک و غیر قابل تملکی مانند خوک و گوسفند را بفروشد بیع در مورد مال قابل تملک به نسبت قیمت آن به مجموع دو قیمت از ثمن معامله صحیح می‌باشد.

## اولیای عقد:

و كما يصح العقد من المالك، يصح من القائم مقامه و هم ستة: الاب و الجد له و الوصى و الوكيل و الحاكم و آمينه و بحكم الحاكم المقاص.

و همانگونه که انعقاد عقد از سوی مالک صحیح است انعقاد آن از سوی قائم مقام مالک صحیح است که قائم مقام مالک ۶ گروه‌اند: (ماده ۲۴۷ قانون مدنی: معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ است.)

### پدر و جد پدری - وصی - وکیل - حاکم - امین حاکم - تقاص کننده هم به منزله حاکم است

حاکم شرع در صورتی قائم مقام محسوب می‌شود که ۴ گروه قبلی (پدر و جد پدری، وکیل و وصی) وجود نداشته باشد.

امین حاکم شرع به شخصی گفته می‌شود که از سوی حاکم شرع برای معامله‌ی اموال محجوران پیش‌بینی شده است که به منزله‌ی حاکم شرع است.

**تقاص** کننده به کسی گفته می‌شود که مالی بر عهده‌ی دیگری دارد و بدهکار آن را نمی‌دهد و ایشان طلب خود را قهراً از مال بدهکار بر می‌دارد.

گفته شده که اجرای حق تقاص نیاز به اذن حاکم ندارد و اگر بیشتر از طلب بردارد نزد او امانت خواهد بود.

و حتی می‌تواند حق خود را از طریق شکستن قفل یا خراب کردن دیوار بردارد و مسئولیتی بر عهده‌ی او نیست.

### و يجوز للجميع تولی طرفی العقد الا الوکیل والمقاص و لو استاذن الوکیل جاز.

همه‌ی کسانی که قائم مقام مالک هستند می‌توانند ایجاب و قبول را به نمایندگی انجام دهند.

مانند اینکه پدر مال طفل خود را بفروشد. مگر وکیل و تقاص کننده اما اگر وکیل اجازه گرفته باشد می‌تواند عقد را از سوی دو طرف انجام دهد.

**شهید ثانی:** وکیل و تقاص کننده را نیز مانند سایر نمایندگان می‌دانند زیرا ادله‌ی صحت معامله به نمایندگی عام است و شامل ایشان نیز می‌شود.

**ماده ۱۹۸ ق.م:** ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام نماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد.

ولی قهری (پدر و جد پدری و وصی) محدودیتی برای انجام معامله‌ی با خود نسبت به اموال مؤلی‌علیه ندارد.

ماده ۱۲۴۰ ق.م این اختیار را از قیم سلب کرده است یعنی قیم نمی‌تواند با سِمَتِ قیمومت از طرف مَوْلٰی علیه با خود معامله کند.

ماده ۱۱۹ امور حسبی برای امین غایب و جنین نیز برقرار شده است.

### و یشرط کون المشتري مسلماً اذا ابتاع مصحفاً او مسلماً الا فیمن ینعتق علیه.

قاعده‌ی نفی سیل اقتضا می‌کند که کافر بر مسلمان ولایت پیدا نکند بنابراین کافر نمی‌تواند از طریق بیع یا هبه یا ... بر مسلمان ولایت پیدا کند. همچنین خرید قرآن توسط کافر موجب اهانت به قرآن است و ممنوع می‌باشد.

### شرایط عوضین معامله:

و هنا مسائل: الاولى - یشرط کون المبیع مما یملک فلا یصح بیع الحر و ما لا نفع فیه غالباً کالحشرات و فضلات الانسان الا لبن المرأة و المباحات قبل الحیازه و لا الارض المفتوحة عنوة الا تبعا لآثار المتصرف و الاقرب عدم جواز بیع رباع مکة زادها الله شرفاً لنقل الشیخ فی الخلاف الاجماع ان قلنا انها فتحت عنوة.

### شرایط عوضین معامله:

#### ۱ - مبیع باید قابل تملک باشد.

فروش انسان آزاد و چیزی که نفعی ندارد مثل حشرات و زوائد انسان مثل ناخن، مو مگر شیر زن قابل تملک نیست.

ماده ۳۴۸ قانون مدنی: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلانی ندارد و یا چیزی که بایع، قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

زمین مباح قبل از اینکه آزاد شود از زمین‌هایی که با قهر و غلبه توسط مسلمانان فتح شود متعلق به تمام مسلمانان است و به ملکیت اختصاصی در نمی‌آید پس فروش آنها صحیح نمی‌باشد.

زمین‌هایی که در اثر صلح یا پیمانی در اختیار مسلمانان در آید جزء ملک اختصاصی مسلمانان است و قابل فروش است.

**مال:** چیزی است که دارای ارزش اقتصادی باشد و ارزش اقتصادی مال نسبی است یعنی ممکن است نسبت به شخصی مالیت داشته باشد و نسبت به شخص دیگر مالیت نداشته باشد.

و همینطور در زمان و مکان مانند هوا که در خارج از جو ارزش اقتصادی دارد و اعضای بدن انسان نیز ممکن است در مواردی ارزش اقتصادی داشته باشد.

الثانية: يشترط في المبيع ان يكون مقدورا على تسليمه فلو باع الحمام الطائر لم يصح الا ان تقضى العادة بعوده و لو باع الأبق صح مع الضميمة فان وجدته و الا كان الثمن بازاء الضميمة و لا خيار للمشتري مع العلم بابقه و لو قدر المشتري على تحصيله فالاقرب عدم اشتراط اضميمة و عدم لحوق احكامها لو ضم اما الضال و المجهول فيصح البيع و يراعى بامكان التسليم و ان تعذر فسخ المشتري ان شاء و في احتياج العبد الابق المجهول ثمننا الى الضميمة احتمال و لعله الاقرب و حينئذ يجوز ان يكون احدهما ثمننا و الاخر مثمننا مع الضممين و لا يكفي ضم ابق آخر اليه و لو تعددت البعید گفت ضمیمه واحده.

## ۲ - مبيع قابل تسليم باشد:

شرط صحت معامله این است که فروشنده قدرت بر تسليم مبيع را داشته باشد.

بنابراین فروختن کبوتر در حال پرواز است صحیح نیست مگر امید به بازگشت عرفی آن باشد اگر کسی برده‌ی فراری را بفروشد در صورتی فروش آن صحیح است که مال دیگری که فروش آن به صورت مستقل صحیح است ضمیمه‌ی آن باشد و حال اگر خریدار برده‌ی فراری را پیدا نکند ثمن در مقابل همان ضمیمه قرار می‌گیرد.

و خریدار اگر علم به فراری بودن برده داشته باشد حق فسخ ببع را ندارد.

شرط قدرت بر تسليم مبيع شرط صحت است بنابراین در صورت عدم قدرت معامله باطل است و این قاعده یکی از قواعد عمومی قراردادهاست که اختصاص به عقد ببع ندارد.

عدم امکان تسليم مبيع اعم از عدم امکان مادی و حقوقی است.

تسليم مال نباید مانع قانونی داشته باشد.

این شرط در زمان اجرای معامله لازم است.

مبنای بطلان معامله‌ای که قدرت بر تسليم موضوع آن وجود ندارد غرری بودن آن است.

ثانیاً چنین معامله‌ای در موردی است که مورد معامله معلوم باشد.

قانون مدنی شرط قدرت بر تسليم را به عنوان قواعد عمومی بیان نکرده اما این قاعده را از مقررات مربوط به عقود معین می‌توان به دست آورد.

ماده‌ی ۳۴۸ ق.م.ب.ع چیزی که بایع قدرت بر تسليم ندارد باطل است.

ماده‌ی ۴۷۰ ق.م.د.ر صحت اجاره قدرت بر تسليم عین مستأجره شرط است.

ماده‌ی ۶۶۲ ق.م وکالت باید در امری داده شده باشد که خود موکل حق انجام آن را دارد. اگر فروشنده به صورت موقت قدرت بر تسلیم مبیع را ندارد و مشتری جاهل به آن باشد فقط حق فسخ جایز می‌باشد.

اگر وقت و زمان قید معامله باشد، عدم قدرت در آن زمان مقید، موجب بطلان معامله می‌شود منظور از امکان تسلیم مبیع امکان واقعی است و اگر فروشنده ظاهراً خود را قادر بر تسلیم بداند کافی نیست.

اما عده‌ای گفته‌اند قدرت معلوم شرط است یعنی اگر واقعاً قدرت بر تسلیم نباشد و طرفین گمان کنند قدرت وجود دارد بیع باطل است و قدرت تسلیم بر مورد معامله به خاطر آن است که مورد معامله در دسترس طرف قرارداد قرار گیرد.

اگر قدرت بر تسلیم مورد معامله شرط صحت امر باشد هنگام عقد و تردید به آن باید احراز گردد.

اما اگر مانع تحقق امر باشد در هنگام تردید می‌توان اصل عدم مانع را جاری کرد و اگر عدم قدرت بر تسلیم مورد معامله بعد از عقد حاصل شود حکم خاصی در قانون مدنی وجود ندارد و ممکن است به عنوان یکی از مصادیق تلف مبیع قبل از قبض تلقی گردد و موجب انفساخ شود. در این صورت فقط شامل سلب توانائی تسلیم مبیع است و شامل ثمن و سایر قراردادها نمی‌شود.

**الثالثة: يشترط في المبيع ان يكون طلقاً فلا يصح بيع الوقف ولو ادى بقاوه الى خرابه لخلف بين اربابه فالمشهور الجواز.**

### **۳ - مبیع باید طلق باشد. (آزاد بودن مبیع).**

(ملک طلق: ملکی که حق غیر مالک به آن تعلق نگرفته باشد.)

بنابراین فروش مال موقوفی صحیح نیست حتی اگر مصلحتی در آن باشد یا فروشنده شخص متولی باشد یا مال موقوفه منجر به تلف شدن گردد.

به خاطر اختلاف نظری که بین صاحب‌نظران وجود دارد منجر به این قضیه می‌شود که نظر مشهور فقها این است که فروش آن جایز است.

ماده‌ی ۸۸ ق.م بیع **وقف** در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که موجب خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که اصلاح یا عمران آن دارای غرر باشد و یا اینکه کسی برای عمران آن حاضر نشود.

ماده ۳۴۹ قانون مدنی: بیع مال وقف صحیح نیست. مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است.



در خصوص جواز بیع مال موقوفه روایتی از امام جواد نقل است که در صورت اختلاف موقوف علیهم، بیع آن را اجازه داده و علت را امکان تلف شدن مبیع می‌داند.

اما اگر مقداری از مال موقوفه احتیاج به فروش داشته باشد همان مقدار به فروش می‌رسد.

ماده‌ی ۸۹ ق.م.هرگاه قسمتی از مال موقوفه خراب شود به طوری که انتفاع آن ممکن نباشد همان مقدار فروخته می‌شود مگر اینکه خرابی آن مقدار موجب از بین رفتن باقی آن مال باشد که در این صورت تمام آن فروخته می‌شود.

ماده ۳۴۲ قانون مدنی: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

**الرابعة: يشترط علم الثمن قدرا و جنسا و وصفا فلا يصح البيع بحكم احد المتعاقدين او اجنبی و لا ثمن مجهول القدر و ان شوهده و لا مجهول الصفه و لا مجهول الجنس و ان علم قدره فان قبض المشتري المبيع والحال هذه كان مضمونا عليهما تلف بقيمة يوم التلف.**

#### **۴- آگاهی از مقدار و جنس و خصوصیات ثمن:**

معلوم بودن مقدار و جنس و صفت ثمن شرط صحت معامله است.

بنابراین اگر تعیین مقدار ثمن به نظر یکی از طرفین قرارداد یا شخص دیگری واگذار گردد یا مقدار ثمن مجهول باشد یا خود ثمن مجهول باشد یا جنس آن هرچند که مقدارش معلوم باشد معامله باطل است؛ زیرا جهل به ثمن همچنان باقی است و غرری که معامله با آن نفی شده است وجود دارد؛ و نیز معامله در برابر ثمنی که وصف و یا جنس آن مجهول است، اگر چه مقدار آن معلوم باشد باطل است، زیرا در تمامی این حالات، جهل وجود دارد.

ماده ۳۴۲ قانون مدنی: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

لزوم معلوم بودن جنس و صفت و مقدار جزء شرایط اساسی بوده و اختصاص به ثمن ندارد و در مبیع هم شرط است همانطور که اختصاص عوضین فقط در بیع وجود ندارد بلکه به عنوان یک قاعده‌ی کلی در همه‌ی عقود وجود دارد.

ماده‌ی ۳۴۲ ق.م. مقدار، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد و ... است. معامله‌ای که ارکان آن مجهول باشد غرری است.

منظور از جنس، ماهیت و ذاتی است که مرود معامله از آن به وجود می‌آید.

و منظور از صفت چیزی است که انگیزه‌ی متعاملین باشد.

ماهیت مورد معامله ذات آن است و عرضی است و ماهیت گاهی طبیعی است مثل طلا بودن برای طلا و گاهی عرضی است مثل قدمت اشیای عتیقه.

آنچه اینجا موردنظر است ماهیت حقوقی است.

الخامسه: اذا كان العوضان من المكيل او الموزون او المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد و لو باع المعدود و زنا و لو باع الموزون كيلا او بالعكس امكن الصحة فيهما و يحتمل صحته العكس لا الطرد لان الوزن احل للكيل و لو شق العد اعتبر مكيال و نسب الباقي اليه.

۵ - اگر عوض و معوض پیمانه‌ای یا وصف کردنی و یا شمردنی باشد باید به شکل متعارف تعیین گردند و پیمان مجهول یا شمردن مجهول کفایت نمی‌کند.

اگر مال شمردنی باشد با وزن کردن فروخته می‌شود و اگر مال وصف کردنی به صورت پیمانه‌ای فروخته شود ممکن است صحیح باشد یا مال پیمانه‌ای نیز و یا مال وزن کردنی هم صحیح است.

اما فروش مال وزن کردنی به صورت پیمانه‌ای صحیح نیست.

اگر شمردن مال شمردنی سخت باشد می‌توان یک ظرف یا پیمانه‌ی را ملاک قرار داد و بقیه را با آن مشخص کرد.

متعارف بودن یک جنس پیمانه‌ای یعنی آن پیمانه در آن منطقه مشخص باشد.

مثلاً گفته شود یک کاسه روغن را فروختیم و حال آنکه ظرفیت کاسه مشخص نباشد و متعارف نبودن ظرف یعنی مقدار آن مشخص باشد.

متعارف بودن عدد یعنی تعداد مال معلوم و مشخص باشد و علت اینکه فروختن مال وصف کردنی از راه پیمانه کردن ممکن است صحیح نباشد، آن است که اساس جنس وزن کردنی، وزن کردن آن است و اما در ماده‌ی ۳۴۲ ق.م.مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد.

منظور از عبارت معتاد آن است که تعیین خصوصیات مورد معامله به طور علمی لازم نیست بلکه فقط کافی است عرف آن را بپذیرد مثلاً یک فرد عادی ممکن است به خصوصیات یک پیمانه آگاهی نداشته باشد اما همین که آن را می‌بیند از خصوصیات کلی آن آگاه می‌شود، عرفاً علم به مورد معامله پیدا کرده است.

**ضمان مقبوض به عقد فاسد:**

اگر مشتری، مبیع را در مقابل ثمن مجهول قبض نماید، ضامن آن می‌باشد؛ زیرا هر عقدی که صحیحش ضمان آور است، فاسد آن نیز موجب ضمان است و برعکس.

اما اگر مبیع تلف شده باشد، بنا بر قول قوی‌تر، ضامن قیمت آن در زمان تلف است؛ و نیز گفته شده است که ضامن قیمت آن در زمان قبض است؛ و نیز گفته شده که ضامن بالاترین قیمت از زمان قبض تا زمان تلف است که نظر خوبی است. (مضمون ماده ۳۶۶ ق.م).

### کفایت مشاهده کردن:

مشاهده، از توصیف کفایت می‌کند، حتی اگر مورد معامله در زمان قرارداد حاضر نباشد، به شرط آنکه از اموالی باشد که معمولاً در طی آن تغییراتی در مال پدید می‌آید سپری نشده باشد. حال چنانچه پس از مشاهده، خلاف آن آشکار شود طرف زیان‌دیده حق فسخ دارد.

اگر پس از وقوع معامله، طرفین آن در تغییر و عدم تغییر مبیع اختلاف پیدا کنند، قول مشتری به ضمیمه سوگند او مقدم می‌شود.

### آداب بیع:

۱. آگاهی دقیق از مقررات کسبی که عهده‌دار انجام آن است تا عقد صحیح را از باطل باز شناسد و از ربا ایمن سازد. در این باره، تقلید از مجتهد نیز کفایت می‌کند.

۲. انصاف را با تمام معامله‌کنندگان یکسان مراعات نماید.

۳. اقاله کردن قرارداد با کسی که از انجام آن پشیمان شده است، در موردی که متبایعین از مجلس عقد متفرق گردیده، یا شرط عدم خیار کرده‌اند اما آیا اقاله در زمان خیار نیز وجود دارد یا خیر؟ پاسخ درست‌تر این است که آری؛ زیرا دلایل مربوطه به اقاله، این فرض را نیز شامل است. البته فایده‌ای بر اقاله در این فرض مترتب نیست، مگر آنکه بگوییم اقاله نیز بیع است.

۴. نیاراستن کالا در جایی که هدف، تشویق افراد ناآگاه به خریدن آن باشد و هدف دیگری نیز برای این کار در بین نباشد.

۵. بیان عیب موجود در کالا، اگر در آن عیبی وجود دارد
۶. سوگند نخوردن برای فروختن و خریدن.
۷. آسان گرفتن در خرید و فروش به‌ویژه درباره اموری که مربوط به اطاعت پروردگار است؛ زیرا این عمل موجب برکت و فزونی مال است.
۸. سه بار تکبیر گفتن و دو بار شهادتین را بر زبان آوردن توسط مشتری بعد از خریدن کالا.
۹. قبول کردن مورد معامله در جایی که نقصی دارد و بازگرداندنش در جایی که اضافه‌ای دارد، به شرط آنکه نقصان و اضافه موجب جهالت نشود.
۱۰. هیچ یک از طرفین قرارداد، از کالای خود تعریف نکند و بدی کالای طرف مقابل را ذکر ننماید.
۱۱. از مؤمنین سودی نگیرد مگر اینکه نیاز داشته باشد و در این صورت، به اندازه مخارج یک روز خود و خانواده‌اش را بر معامله‌کنندگان آن روز تقسیم کرده، از آنان دریافت کند.
۱۲. از کسی که به او وعده احسان داده است، یعنی به او گفته است: «نزد من بیا که به تو احسان خواهم کرد.» سود دریافت نکند
۱۳. زودتر از دیگران به بازار نرود و دیرتر از دیگران باز نگردد.
۱۴. با اشخاص فرومایه معامله نکند؛ و نیز با اشخاصی که از برکت به دور هستند و کسب آنها با برکت نیست و همچنین با افرادی که اموالشان شبهه‌ناک است معامله نکند.
۱۵. در صورتی که پیمانۀ کردن یا وزن کردن را نیکو نمی‌داند، عهده‌دار آن نشود.
۱۶. بهای کالا را به هنگام فریاد کردن دلال [برای جلب مشتری بیشتر] نیفزاید
۱۷. سوم، یعنی اشتغال به تجارت را در فاصله طلوع فجر تا طلوع خورشید ترک کند.
۱۸. مؤمن در خرید و فروش برادر مؤمنش پس از آنکه طرفین به معامله رضایت داده‌اند، یا در شرف رضایت دادن هستند، داخل نشود؛ اما اگر دلیلی بر عدم تحقق چنین رضایتی به دست او آمد، کراهت ندارد و وارد شدن در معامله‌ای که دلال در حال دلالت آن است کراهت ندارد و ترک معامله توسط کسی که این کار از او درخواست شده است نیز مکروه نیست.
۱۹. شهرنشین، وکالت بادیه‌نشین را که بیگانه می‌باشد و به شهر آمده است نپذیرد.

۲۰. به پیشواز قافله‌ها نرود، یعنی برای فروش جنس یا خرید کالا از قافله‌ای که به طرف شهر می‌آید، از شهر خارج نشود و محدوده آن چهار فرسنگ و کمتر از آن است. زمانی است که به قصد پیشواز قافله از شهر خارج گردد، به شرط آنکه فروشنده یا خریداری که به طرف شهر می‌آید، از قیمت کالا در شهر آگاه نباشد.

۲۱. احتکار نکردن؛ گندم، جو، خرما، کشمش، روغن، روغن زیتون و نمک؛ اما اگر غیر از او کسی نباشد، فروش این اموال الزامی است و اگر محترک بخواهد در تعیین نرخ اجحاف کند، کالای او قیمت‌گذاری شود.

۲۲. ربا نگرستن در اموال شمردنی، بنا بر قول قوی‌تر همچنین ترک ربا در بیع به صورت نسیه و به شرط اختلاف جنس، مانند خرما به کشمش.

۲۳. نسبت ندادن سود و زیان به سرمایه، به این شکل که بگوید: «این کالا را در برابر یکصد درهم به تو فروختم و سود یکصد درهم، ده درهم است-یا زیان آن ده درهم است.»

۲۴. نفروختن کالای پیمانه‌ای و وزنی کردن در صورتی که قبض نشده است.

### بیع میوه‌جات:

فروش میوه یک سال درخت، یعنی آنچه که در طی سال می‌روید، اگرچه به مدت یک ماه یا کمتر باشد و نیز بنا بر قول صحیح‌تر بیش از آن مدت، قبل از آنکه ظاهر شود جایز نیست.

فروش میوه بعد از آنکه سلامت‌ش معلوم شد، به اجماع فقها جایز است؛ ولی در اینکه آیا می‌توان آن را قبل از این زمان و پس از ظهور، فروخت یا نه، اختلاف است که قول درست‌تر، کراهت چنین بیعی است.

فروختن سبزیجات پس از سبز شدن، اگرچه هنوز رشد خود را نکرده باشد، به تعداد یک یا چند بار چیدن، جایز است؛ چنان‌که خریداری میوه‌ای که آشکار گردیده، همراه با میوه‌ای که در آن سال و سال‌های دیگر پدید می‌آید جایز می‌باشد.

### بیع میوه به میوه‌ای هم‌جنس آن:

فروختن میوه به هم‌جنس آن میوه، یعنی همان نوع خاص از میوه، مانند فروختن انگور به انگور در حالی که بر روی درخت است جایز نمی‌باشد؛ خواه درخت خرما باشد یا غیر آن. همچنین فروش خوشه به ازای دانه‌ای از همان خوشه، یا از خوشه‌ای دیگر که هم‌جنس با آن است صحیح است.

### حق عابران [حق الماره]

خوردن چیزهایی از قبیل میوه‌ها و زراعت که از کنار آنها عبور می‌شود، به شرط آنکه از روی قصد از کنارشان عبور نشده و افسادی نیز صورت نگیرد، جایز است

جایز نیست که چیزی از این میوه‌ها را با خود بردارد، حتی اگر اندک باشد؛ زیرا از این کار نهی شده است؛ و اگر اصلاً آن میوه‌ها را رها کند، بهتر است.

### بیع صرف:

بیع صرف، بیع اثمان یعنی طلا و نقره به یکدیگر است. در این بیع علاوه بر شروط سایر خرید و فروش‌ها، تقابض در مجلس عقد، یا در کنار هم بودن طرفین عقد به شکل متعارف در هنگام راه رفتن تا زمان قبض، شرط شده است و یا آنکه مشتری رضایت دهد به اینکه آنچه بر ذمه دیگری یعنی بایع مدیون است، به استناد وکالتی که در قبض مافی‌الذمه به بایع می‌دهد، قبض شده محسوب گردد و این رضایت در صورتی است که مشتری در برابر آنچه که از بایع طلبکار است، طلا یا نقره دیگری را از او خریداری می‌کند.

حال اگر پیش از جدا شدن از یکدیگر، فقط بخشی از ثمن به قبض درآید، عقد بیع نیست به همان مقدار، صحیح و نسبت به باقیمانده، باطل است و هر دو طرف خیار فسخ دارند به شرط آنکه هیچ یک از طرفین عقد، در تأخیر قبض تفریط نکرده باشد.

کسی که از هر دو طرف عقد یا یکی از آن دو، وکیل در قبض می‌باشد، باید در مجلس عقد و پیش از جدا شدن طرفین عقد، اقدام به قبض نماید؛ اما اگر وکیل در بیع صرف باشد، خواه وکیل در قبض نیز بوده یا نبوده باشد، جدا شدن وکیل معتبر است؛ نه مالک.

در بیع صرف جنس واحد، نباید هیچ یک از ثمن و مثنی، بر دیگری زیادتی داشته باشد؛ حتی اگر یکی از دو عوض، شکسته شود و یا از جنس پستی باشد.

### بیع سلف [سلم]

بیع سلف، بیع مال مضمون در ذمه و مضبوط، در برابر ثمن معلومی است. بیع سلف چنین منعقد می‌شود که «مسلم» یعنی مشتری می‌گوید: «در مقابل فلان مبلغ، فلان چیز را تا فلان مدت پیش‌خرید کردم.» و مخاطب او که همان «مسلم الیه» و فروشنده است قبول می‌نماید.

### شرایط بیع سلف:

تمام شرایط خرید و فروش، شرایط بیع سلف نیز هستند که عبارتند از:

۱. ذکر جنس و وصف مبیع به گونه‌ای که برطرف‌کننده جهالت باشد. بلکه وصفی باید ذکر شود که به خاطر آن، ثمن آشکارا تفاوت می‌کند. به گونه‌ای که عرفا از مثل چنان تفاوتی نمی‌توان گذشت. شرط کردن اینکه مبیع از جنس مرغوب یا پست باشد، جایز است. ولی شرط کردن اینکه مبیع مرغوب‌ترین یا پست‌ترین‌ها باشد، ممنوع است.

مالی که وصف آن قابل تعیین نیست، بیع سلم درباره آن ممکن نمی‌باشد؛ مانند جواهرات و مرواریدهای بزرگ؛ زیرا تعیین آنها غیرممکن است و بهای آنها با توجه به عواملی که تنها به مشاهده بستگی دارد متفاوت می‌باشد. همچنین بیع سلم حبوبات، میوه‌جات، سبزیجات، پیه، عطر و تمامی حیوانات جایز است.

۲. باید ثمن پیش از متفرق شدن قبض گردد، یا آنکه از طلبی که بر ذمه بایع یعنی همان «مسلم» دارد، محاسبه شود؛ البته به شرطی که این محاسبه در ضمن عقد سلف قید نشود و همان طلبی که بر ذمه بایع است، ثمن قرار داده نشود؛ و اگر چنین شرطی در ضمن عقد درج گردد، بیع باطل است؛ زیرا بیع دین به دین خواهد بود.

۳. تعیین مقدار کالا؛ چه از راه پیمانانه کردن، یا وزن نمودن با پیمانانه و وزن معلوم باشد، یا شمردن، در اموال شمردنی، به شرط آنکه تفاوت میان افراد آن مال شمردنی، اندک باشد؛ مانند صنف خاصی از گردو

۴. تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع. به طوری که اگر قصد وقوع بیع سلف وجود دارد، مدت مزبور کم یا زیاد نگردد.

۵. اگر مدت شرط شده است، کالا باید در سررسید مدت، در همان شهری که تسلیم کالا در آن شهر شرط شده، یا در شهر وقوع عقد یافت شدنی باشد.

اگر در بیع سلف شرط شود که بخشی از ثمن مدت‌دار باشد، عقد نسبت به تمام ثمن باطل است.

اگر شرط شده باشد که کالا در مکان معینی تحویل داده شود، عمل به آن لازم است؛ زیرا باید به شرط مشروع وفا کرد؛ در غیر این صورت، اطلاق عقد اقتضا دارد که تسلیم در محل وقوع عقد انجام شود؛ چنان‌که در دیگر اقسام بیع که مبیع، مؤجل است وضع از این قرار است.

ماده ۳۷۵ قانون مدنی: مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع، محل خصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

در بیع سلف، شرط کردن هر امر مشروعی جایز است؛ و نیز جایز است مشتری پس از فرا رسیدن مدت و پیش از قبض مبیع، آن را به بایع یا غیر او بفروشد، اگر چه کراهت دارد.

در صورتی که بایع کالای بهتری را تحویل دهد، واجب است مشتری قبول نماید؛ اما اگر مبیع دارای صفتی پایین‌تر از آنچه که در قرارداد آمده است، باشد، قبول آن واجب نیست و چنانچه مشتری راضی شود، بیع، لازم می‌گردد. اگر مبیع هنگام فرا رسیدن مدت، نایاب گردد، مشتری مخیر است عقد را فسخ کرده، یا اینکه صبر کند.

## اقسام بیع:

### بیع از جهت اعلام و عدم اعلام ثمن، چهار قسم می‌شود:

۱. **بیع مساومه.** آن بیعی است دو طرف قرارداد بر آن اتفاق دارند. بدون اینکه بایع خبر دهد که آن کالا را به چه قیمتی خریده. خواه مشتری به این امر آگاه باشد یا نباشد. این بیع با فضیلت‌ترین اقسام بیع است.



۲. **بیع مرابحه:** در این بیع، لازم است، هریک از بایع و مشتری از بهایی که بایع بابت مبیع پرداخته است و سودی که دریافت می‌دارد، آگاهی داشته باشند. واجب است بایع راستگو باشد. در صورتی که بایع در مبیع افزایشی به وجود نیاورده باشد، می‌گوید: «آن را به فلان مبلغ خریده‌ام»، یا «فلان مبلغ برای من تمام شده است»، یا «قیمت آن، برای من فلان مبلغ شده است.»

اما اگر بایع بی‌آنکه هزینه‌ای را تحمل نماید، با کار خود، افزایشی در کالا به وجود آورده باشد، واقعیت را بیان می‌کند و اگر بایع با اجیر گرفتن برای انجام آن کار، سبب افزایش شده باشد، اجرت پرداختی را نیز به بهای کالا می‌افزاید و چنین می‌گوید: «فلان مبلغ برای من تمام شده است»، نه اینکه بگوید: «آن را به فلان مبلغ خریده‌ام.» مگر اینکه بگوید: «[به فلان مبلغ خریده‌ام] و فلان مبلغ، اجرت داده‌ام.»

در صورتی که عیبی عارض مبیع شده باشد، ذکر آن واجب است؛ زیرا با وجود عیب مبیع نسبت به زمان خریداری ناقص گردیده است؛ و اگر بایع آرش گرفته باشد، آن را از بها کم می‌کند.

بایع نباید اجزای مبیع را قیمت‌گذاری کند. چنانچه با بینه یا اقرار روشن شود که بایع دروغ گفته، یا اشتباه کرده است، مشتری خيار فسخ دارد؛ زیرا فریب خورده است.

جایز نیست بایع از مبلغی که به منظور فریب دادن، بابت خرید کالا از خدمتکار یا فرزند خود، یا غیر اینها، پرداخته است خبر دهد؛ زیرا این عمل خدعه و تدلیس است. بلکه اگر از آغاز، کالا را از فرزند یا غلام خود خریداری کند، بدون آنکه قبلاً به آنها فروخته باشد و یا با پرداخت قیمت اضافه تبانی کرده باشند، ایرادی ندارد.

۳. **بیع مواضعه:** این بیع در لزوم اخبار از ثمن به ترتیبی که گذشت، احکام بیع مرابحه را دارد، جز آنکه در این بیع، کالا به مقدار معینی، کمتر از سرمایه فروخته می‌شود.

۴. **بیع تولیه:** و آن عبارت است از دادن کالا در برابر سرمایه. شریک کردن نیز جایز است؛ و می‌گوید: «تو را در نصف مبیع شریک کردم به نسبت آنچه خریده‌ام.» البته دو طرف قرارداد باید از مقدار ثمن پرداختی بایع مطلع باشند. این بیع در حقیقت، بیع جزء مشاع در برابر سرمایه است.

## ربا

ربا در لغت به معنی افزایش و زیاد شدن است که این معنا در قرآن نیز آمده است. مانند: «يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيَرْبِي الصَّدَقَاتِ» خداوند، ربا را نابود می‌کند؛ و صدقات را افزایش می‌دهد<sup>۱۵</sup> و در تجارت به افزایش وام، یعنی سود یا بهره گویند.

در متون قدیمی فقهی اسلامی ربا، «ارزش باقیمانده بدون قرینه» تعریف شده است. وقتی برای اولین بار پول فلزی در جهان اسلام رواج یافت، پرداخت بدهی با میزان بیشتری از این پول بدون پشتوانه، ربا محسوب نمی‌شد. این نظر فقها بیشتر ناظر به ارزش واقعی پول (که با وزنش مشخص می‌شد) بود، تا ارزش نامی آن. مثلاً یک وام ۱۰۰۰ دینار طلا با ۱۰۵۰ دینار با همان وزن پرداخت می‌شد. وزن سکه‌ها یکسان نبود، بنابر این ارزش واقعی یکسانی داشتند.

ربا در شرع عبارت است از زیادی یکی از دو کالای همجنس که هر دو پیمانه‌ای یا وزنی‌اند بر دیگری در معامله، یا قرض دادن مالی به شرط زیادی.

مورد ربا دو مال همجنس است، به شرط آنکه با پیمانه یا وزن کردن معین گردیده، مقدار یکی از آن دو از دیگری بیشتر باشد. گناه یک درهم ربا، از هفتاد بار زنا که تمامی آنها با محارم است سنگین‌تر است.

معیار «جنس» در اینجا، مالی است که تحت یک لفظ خاص قرار می‌گیرد؛ مانند خرما و کشمش و گوشت. از این رو خرما، برای تمامی اصناف خرما، یک جنس است و کشمش، جنسی دیگر است و بنا بر قول مشهور، گندم و جو در اینجا یک جنس محسوب می‌شوند؛ و گوشت‌ها نیز تابع حیوان می‌باشند.

بنا بر صحیح‌ترین نظر از دو نظر موجود، در اموال شمردنی، چه نقد معامله شوند چه نسیه، ربا وجود ندارد، البته مکروه است و نیز بین پدر و فرزندش ربا نیست. همچنین بین شوهر و همسرش ربا وجود ندارد و بنا بر اظهار تفاوتی بین عقد دائم و موقت نیست و نیز بین مسلمان و کافر حربی ربا نیست، به شرط آنکه زیادی را مسلمان دریافت کند؛ ولی میان مسلمان و کافر ذمی بنا بر قول مشهورتر ربا ثابت است. همچنین در تقسیم کردن نیز ربا راه ندارد.

### ربای معاملی:

اما در اصطلاح فقه اسلامی دو قسم است: یکم: ربای معاملی به معنی بیع و معاوضه دو چیز مکمل یا موزون که شبیه هم هستند با زیادی در یک طرف.

ربای معاملی به معامله دو شیء همجنس گفته می‌شود. به طوری که یکی از آن دو مقداری بیش از دیگری داشته باشد؛ مانند اینکه شخصی ۱۰۰ کیلو گندم را با ۱۲۰ کیلو گندم معاوضه کند.

این نوع ربا هم در معامله نقد و هم در معامله نسیه محقق می‌شود و بنا به نظر مشهور فقها اختصاص به اموال موزون (وزن‌شدنی) و مکمل (پیمانه‌ای) دارد. برخی از فقها آن را در معامله اموال شمردنی نیز جاری می‌دانند. همچنین نظر مشهور فقها ممنوعیت ربا در تمامی معاملات است نه اینکه اختصاص به عقد بیع داشته باشد. این نوع ربا ممکن است در هنگام قرض گرفتن و پس دادن نان اتفاق بیفتد.

### ربای قرضی:

دوم: ربای قرضی به معنی قرض دادن با زیاده است؛ و در واقع ربای موضوع در بانک، همین نوع از ربا است. به این شکل که سپرده گزار پول خود را به بانک می‌دهد و علاوه بر پول خود، سود هم دریافت می‌کند؛ و یا شخص وام‌گیرنده، وام را قرض می‌گیرد و علاوه بر مبلغ وام، سودی نیز پرداخت می‌کند؛ و اگر ربای قرضی حرام و باطل باشد، این قراردادهای مشتمل بر ربا در بانک نیز حرام و باطل خواهد بود. ربای قرضی به این صورت که فرد برای تأمین نیاز مالی جهت امور مصرفی یا سرمایه‌گذاری تقاضای قرض می‌کند و در ضمن عقد قرض «متعهد» می‌شود آنچه را می‌گیرد همراه با زیادی برگرداند.

**مگر اینکه در قالب یکی از عقود باشد؛ که در این صورت بلاشکال خواهد بود.**

### دلایل حرمت ربای قرضی:

علاوه بر آیات قرآن، روایاتی دلالت می‌کنند که در خصوص قرض، شرط زیاده حرام است. به عنوان نمونه: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: «إِذَا أَقْرَضْتَ الذَّاهِمَ ثُمَّ أَتَاكَ بِخَيْرٍ مِنْهَا - فَلَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَكُمَا شَرَطٌ: اگر دراهمی را قرض می‌دهی سپس بهتر از آن را به تو باز می‌گرداند اشکالی ندارد، البته اگر بین شما شرط زیاده نباشد.

همینطور روایاتی که ربا را ناشی از شرط زیاده می‌دانند؛ مانند: «قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ جَاءَ الرَّبَا مِنْ قَبْلِ الشُّرُوطِ - إِنَّمَا يُفْسِدُهُ الشُّرُوطُ: حضرت فرمودند ربا به خاطر این شروط آمده و شروط است که معامله را فاسد می‌کند.

پس بر طبق دلالت این دسته روایات، بر فرض شرط کردن زیاده، اگر بیش از آنچه گرفته شده بازگردانده شود، موجب ربای قرضی بوده و حرام و باطل خواهد بود.

فقها نیز بر طبق مدلول این روایات حکم کرده و ربای قرضی را فاسد می‌دانند؛ و این حکم مورد اتفاق و اجماع فقها است؛ بنابراین اگر شخص در بانک سپرده‌گذاری کند و پولی را در اختیار بانک قرار دهد، اگر سودی شرط شده باشد، مشمول روایات حرمت می‌باشد. چراکه مبلغی اضافه بر مبلغ اصلی دریافت کرده است؛ و چون در این حساب‌ها سود شرط می‌شود، ربای قرضی بوده و حرام و باطل است.

همینطور شخص وام‌گیرنده، مبلغی را قرض می‌گیرد و علاوه بر مبلغ وام، سودی نیز پرداخت می‌کند. اگر مبلغ اضافه، شرط شده باشد، ربای قرضی حرام و باطل می‌باشد؛ و چون نرخ بهره شرط می‌شود، حرام خواهد بود.

**حیله‌های ربا:**

- هرگاه فروش یکی از دو کالای همجنس در مقابل دیگری منظور باشد، برای فرار از ربا راه‌های زیر وجود دارد.
۱. ضمیمه کردن چیزی به عوضی که کمتر است، یا ضمیمه کردن چیزی به هردو عوض در مواردی که معلوم نیست کدام یک کمتر است.
  ۲. بایع، مبیع را به مقدار مساوی با آن بفروشد و زیاده را ببخشد. بدون آنکه در عقد بیع، انجام هبه شرط شده باشد.
  ۳. هریک از دو طرف قرارداد، عوض متعلق به خود را به دیگری قرض دهد و یکدیگر را بری‌الذمه نمایند.
  ۴. فروختن خرماي تازه به خرماي خشک جایز نیست. فروختن هر جنسی که با خشک شدن کم می‌شود همین حکم را دارد.

## خیارات:

- ماده ۳۹۶ قانون مدنی: خیارات از قرار ذیلند: ۱- خیار مجلس. ۲- خیار حیوان. ۳- خیار شرط.
- ۴- خیار تأخیر ثمن. ۵- خیار رؤیت و تخلف وصف. ۶- خیار غبن. ۷- خیار عیب. ۸- خیار تدلیس. ۹- خیار تبعض صفقه. ۱۰- خیار تخلف شرط.

## خیارات در فقه چهارده قسم است:

### ۱. خیار مجلس:

ماده ۳۹۷ قانون مدنی: هریک از متبایعین بعد از عقد، فی‌المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند اختیار فسخ معامله را دارند.

خیار مجلس ویژه عقد بیع است و با وجود حائل میان ایشان از بین نمی‌رود، زیرا با وجود حائل نیز متفرق نشدن صادق است و نیز با ترک مجلس عقد توسط هر کدام از دو طرف عقد در حالی که با یکدیگر همراه باشند، از بین نمی‌رود.

### مسقطات خیار مجلس:

۱. شرط کردن سقوط خیار مجلس در ضمن عقد که به حسب شرط می‌تواند از طرف هر دو، یا یکی از آن دو باشد.
۲. اسقاط خیار مجلس پس از عقد به این که دو طرف عقد بگویند: «خیار مجلس را اسقاط نمودیم»، یا «بیع را لازم نمودیم».

۳. جداشتن اختیاری یکی از متبایعین از دیگری. اگر یکی از متبایعین ملتزم به عقد گردد، فقط خیار وی ساقط می‌شود؛ و اگر یکی از آن دو، عقد را فسخ و دیگری اجازه کند، فسخ‌کننده مقدم می‌شود؛ و در هر خیار مشترکی همین حکم جاری است.

اگر یکی از دو طرف عقد، دیگری را [میان فسخ و عدم فسخ] مخیر کند و او سکوت کند، در این صورت، خیار هر دو باقی است.

## ۲. خیار حیوان:

خیار حیوان بنابر قول مشهور فقط برای مشتری ثابت است تا سه روز از حین عقد.

ماده ۳۹۸ قانون مدنی: اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد.

## مسقطات خیار حیوان:

۱. شرط سقوط این خیار در ضمن عقد

۲. اسقاط این خیار پس از عقد

۳. تصرف ذوالخیار، یعنی کسی که خیار دارد، خواه تصرف لازم باشد.

۳. خیار شرط: (مواد ۳۹۹-۴۰۱ ق.م)

این خیار، مطابق شرط دو طرف قرارداد است به شرط آنکه مدّت آن معین باشد، این خیار را می‌توان برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص دیگری غیر از آن دو شرط کرد؛ خواه شخص دیگر از هر دو طرف خیار داشته باشد، یا از طرف یکی از متبایعین.

## شرط مؤامره [مشاوره، نظر خواهی]

می‌توان انجام مشاوره را شرط نمود، البته باید مدت مشاوره به شکل معینی شرط گردد.

۴. خیار تأخیر: (مواد ۴۰۲ - ۴۰۹ ق.م).

مراد از تأخیر، تأخیر در تحویل ثمن و مبیع به مدت سه روز از تاریخ عقد است در مورد کسی است که مبادرت به بیع نموده، ولی ثمن را قبض نکرده و نیز مبیع را تحویل نداده و شرط تأخیر نیز قرار نداده است. بایع پس از این سه روز می‌تواند معامله را فسخ نماید.

ماده ۴۰۲ قانون مدنی: هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین آجلی معین نشده باشد، اگر ۳ روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود.

قبض قسمتی از ثمن، مانند قبض نکردن است.

ماده ۴۰۷ قانون مدنی: تسلیم بعض ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی‌کند.

تلف مبیع در هر حال بر عهده بایع است. چه در این سه روز باشد یا بعد از آن.

## ۵. خیار «ما یفسد لیومه»:

این خیار پس از رسیدن شب ثابت می‌شود.

خیار ما یفسد من یومه

خیار ثابت در کالایی که زود فاسد می‌شود را خیار مایفسد من یومه گویند. از آن در باب تجارت سخن گفته‌اند.

قول اول در خیار ما یفسد من یومه

هرگاه کسی کالایی بفروشد که بیشتر از یک شبانه‌روز نمی‌ماند و فاسد می‌شود، مانند سبزی و برخی میوه‌ها، در صورتی که خریدار آن را تحویل نگرفته و بهای آن را نپرداخته باشد، فروشنده تا شب صبر می‌کند و با داخل شدن شب، حق خیار پیدا می‌کند و می‌تواند معامله را بر هم زند. مراد از یوم یک شبانه روز است نه روز به تنهایی.

خیار یاد شده از مصادیق خیار تأخیر است و احکام آن را دارد.

قول دیگر در خیار ما یفسد من یومه

برخی گفته‌اند: خیار ما یفسد من یومه در هر کالای زود فاسدشدنی، حتی در کمتر از نصف روز یا بیشتر از یک شبانه روز، از زمان خوف فساد، برای فروشنده ثابت می‌شود و خصوصیتی برای فاسد شدنی در یک شبانه روز نیست.

مراد از فساد در شرط خیار

مراد از فساد، فساد حقیقی، یعنی از بین رفتن نیست، بلکه مراد دگرگون شدن عین و نقصان وصف، همچون تغییر رنگ و طعم میوه و سبزی است.

خیار یا بطلان معامله

مشهور فقها قائل به ثبوت خیار در فرض یاد شده‌اند لیکن برخی قائل‌اند با داخل شدن شب معامله باطل می‌شود نه آنکه فروشنده حق خیار پیدا می‌کند.

## ۶. خیار رؤیت: (۴۱۰-۴۱۵ ق.م).

این خیار برای کسی ثابت است که مال را ندیده و آن را فقط با توصیف کردن فروخته یا خریده است. ماده ۴۱۰ قانون مدنی: هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند. یا به همان نحو که هست قبول نماید.

البته تنها در صورتی خیار ثابت می‌شود که در طرف بایع، زیادتی، یا در طرف مشتری نقصی حاصل شود.

ماده ۴۱۳ قانون مدنی: هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت، معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.

در این مورد یعنی بیع مالی که خیار رؤیت بر آن مترتب می‌شود، یا همان عین معین غایب، باید جنس و وصف مبیع به گونه‌ای که رفع جهالت نماید ذکر گردد و به عین معینی اشاره شود.

ماده ۴۱۴ قانون مدنی: در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.

هرگاه یکی از طرفین عقد مقداری از کالا را دیده و بقیه را به وصف معامله کرده باشد، در صورت عدم مطابقت می‌تواند تمام کالا را برگرداند.

ماده ۴۱۲ قانون مدنی: هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض، مطابق وصف یا نمونه نباشد. می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.

## ۷. خیار غبن (مواد ۴۱۶ - ۴۲۱).

این خیار برای هریک از بایع و مشتری در جایی که نسبت به قیمت جهل داشته باشد ثابت است، به شرط آنکه تفاوت به گونه‌ای باشد که غالباً از آن مقدار غبن چشم پوشی نمی‌شود.

(ماده ۴۱۶ قانون مدنی: هریک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.)

همچنین خیار غبن با تصرف ساقط نمی‌شود، مگر آنکه شخص مغبون، مشتری بوده، مبیع را از ملک خود خارج نموده باشد.

نظر فوق با اشکال مواجه است؛ زیرا در صورت جهل به غبن یا خیار، باعث ورود ضرر به مشتری می‌شود؛ بنابراین در چنین مواردی باز هم فسخ معامله امکان دارد و در این صورت، از باب جمع بین حق مشتری و خریداری‌کننده کالا از او، مشتری باید اگر مبیع، قیمی است قیمت آن را یا اگر مثلی است مثل آن را پرداخت کند.

در صورتی که عین مال تلف شود نیز همین حکم جاری است.

## ۸. خیار عیب: (مواد ۴۲۲ - ۴۳۷ ق.م).

عیب عبارت از زیاده یا نقصانی است که در خلقت اصلی پدید می‌آید، خواه آن زیاده و نقصان، عینی باشد و خواه در صفت باشد. در این صورت، مشتری با جهل، میان رد معامله و گرفتن ارش مخیر است.

### محاسبه ارش:

ارش، جزئی از ثمن است که نسبت به آن ثمن مانند نسبت تفاوت میان دو قیمت می‌باشد.

اگر قیمت‌ها متعدد باشند، یک قیمت که نسبت مساوی با همه قیمت‌ها دارد [معدل آنها] معتبر خواهد بود. (ماده ۴۲۸ قانون مدنی: در صورت اختلاف بین اهل خبره حد وسط قیمت‌ها معتبر است.)

بنابراین، از دو قیمت متعدد، یک دوم آنها گرفته می‌شود.

### مسقطات رد مبیع:

ماده ۴۲۹ قانون مدنی: در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر. ۲- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این تغییر به فعل مشتری باشد یا نه. ۳- در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود مگر این که در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست.

۱. تصرف کردن در مبیع؛ خواه تصرف قبل از علم به مشتری باشد یا بعد از آن.

۲. حادث شدن عیبی در مبیع پس از قبض آن، به طوری که ضمان عیب مزبور بر عهده مشتری باشد.

### مسقطات رد و ارش

۱. آگاهی از عیب قبل از عقد

۲. رضایت به عیب بعد از عقد، بدون آنکه این رضایت مقید به گرفتن ارش باشد.

۳. ساقط کردن خیار



۴. تبری کردن بایع از عیوب.

ماده ۴۳۶ قانون مدنی: اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب، حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.

#### ۹. خیار تدلیس: (۴۳۸ - ۴۴۰ ق.م).

ماده ۴۳۹ قانون مدنی: اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.

هرگاه صفتی که برای کالا کمال محسوب می شود شرط شده باشد، یا مشتری خیال کند آن صفت واقعاً در کالا وجود دارد و سپس خلاف آن آشکار گردد، مشتری میان فسخ عقد و امضای آن با همان ثمن مخیر است و نمی تواند ارزش بگیرد.

#### ۱۰. خیار اشتراط:

هر امری جایز را می توان در عقد شرط کرد، منوط به آنکه جهالت نسبت به مبیع یا ثمن را در پی نداشته باشد، یا کتاب و سنت آن را ممنوع نکرده باشد (شهید ثانی در شرح لمعه می فرماید: با وجود قید «جایز بودن»، قید عدم مخالفت با کتاب و سنت تکلف است).

مانند اینکه به تأخیر انداختن تحویل مبیع که در دست بایع است یا ثمن که در دست مشتری قرار دارد تا هر زمان شرط شود.

نکته: شرط کردن امری که برای مشروط علیه مقدور نباشد، باطل است: مانند شرط باردار شدن چهار پا در آینده، یا به حد خوشه رسیدن زراعت.

ماده ۲۳۲ قانون مدنی: شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد. ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳- شرطی که نامشروع باشد.

شرط شود که زراعت تا هنگام خوشه دار شدن در زمین باقی بماند، این شرط جایز است. اگر امر نامشروعی شرط شود، شرط باطل است و عقد را نیز باطل می کند.

حکم تخلف شرط: (م ۴۴۴ و مواد ۲۳۴ تا ۲۴۵ ق.م).

هر شرطی که برای مشروط‌العمل نشود، موجب می‌شود مشروط‌العمله میان فسخ عقدی که شرط مزبور در ضمن آن آمده است و امضای عقد مخیر گردد و انجام شرط بر مشروط‌علیه واجب نیست؛ زیرا اصل، عدم وجوب است و تنها فایده این شرط، در معرض زوال قراردادن بیع از طریق فسخ آن در صورت سالم نماندن شرط و لزوم آن در صورت انجام دادن شرط است.

#### ۱۱. خیار شرکت:

خواه شرکت مقارن با عقد باشد، مانند موردی که چیزی را بخرد و بعد معلوم شود که بخشی از آن به دیگری تعلق دارد، یا پس از عقد و پیش از قبض کردن تحقق یابد، مانند موردی که مبیع یا چیز دیگری آمیخته گردد، به گونه‌ای که قابل جداسازی از هم نباشند. گاهی شرکت مجازاً «عیب» نامیده شده است.

#### ۱۲. خیار تَعَذُّر تسلیم:

اگر مشتری به گمان اینکه بایع می‌تواند مبیع را تسلیم کند آن را بخرد، ولی بعداً نتواند آن را تسلیم کند، مشتری می‌تواند معامله را فسخ نماید.

#### ۱۳. خیار تبعض صفقه: (م ۴۴۱-۴۴۳ ق.م).

مانند اینکه مشتری دو کالا را خریداری کند و معلوم شود یکی از آنها مال دیگری است.

#### ۱۴. خیار تفلیس:

ماده ۳۸۰ قانون مدنی: در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.

تفصیل این مسأله بزودی در کتاب دین خواهد آمد. طلبکار میت نیز در جایی که ترک برای ادامه دین کفایت می‌کند، مانند طلبکار ورشکسته می‌باشد.

#### احکام بیع:

**بیع نقد و بیع نسیه:** عدم تعیین مدت برای پرداخت ثمن به این معنی است که ثمن، حال است و اگر فوری بودن پرداخت ثمن در ضمن عقد شرط شود، تأکیدی بر این امر است؛ زیرا این مهم، بدون شرط نیز حاصل است. حال اگر برای فوری بودن پرداخت ثمن، زمان خاصی را معین کند، در صورتی که ثمن در همان زمان پرداخت نشود، بایع حق فسخ عقد را خواهد داشت.

اگر مدّت‌دار بودن را شرط کند، باید مدّت را تعیین نماید. در این صورت، مدّت نباید به چیزی که احتمال زیادی و کمی در آن می‌رود، مانند رسیدن محصول، معلق شود؛ همان‌طور که نباید به امری که میان دو یا چند چیز مشترک است، مانند ماه ربیع معلق گردد.

در مقابل گفته شده است که عقد، صحیح است و در تمامی موارد فوق به فرد اوّل حمل می‌شود.

اگر بایع برای بیع نقدی، یک ثمن و برای مدت‌دار آن ثمنی دیگر معرفی کند، یا بین دو مدت، از جهت ثمن تفاوت قرار دهد، بیع باطل است.

اگر بخش معینی از ثمن را مدت‌دار کند و باقیمانده را مطلق بگذارد، یا نقدی قرار دهد، بیع به دلیل معین بودن اجل، صحیح است.

اگر فروشنده، کالایی را که به موجب بیع اوّل، نسبه بوده است بخرد، چه پیش از انقضای مدّت باشد و چه پس از آن و چه آن را به جنس ثمن خریداری کند و چه به غیر آن و چه بیشتر از ثمن اوّل باشد و چه کمتر از آن، بیع دوم صحیح است. مگر آنکه این عمل، یعنی فروش درباره آن به خودش را در عقد اوّل شرط کند که در این صورت، بنا بر نظر مشهور، بیع اوّل باطل است.

اگر مشتری در [بیع نقدی] ثمن را به بایع بپردازد، گرفتن آن واجب است و در بیع نسبه پس از سررسید واجب است ثمن را دریافت کند؛ نه پیش از آن؛ و در صورتی که بایع از دریافت ثمن در جایی که گرفتن آن واجب است خودداری کند، در صورت وجود حاکم شرع، حاکم ثمن را قبض می‌کند؛ اما اگر قبض ثمن توسط حاکم ممکن نباشد، ثمن در دست مشتری به امانت خواهد ماند و اگر بدون تعدی و تفریط او تلف شود، ضامن آن نخواهد بود و به طور کلی حکم هر فردی که از دریافت حقّ خود امتناع نماید، همین است.

در صورتی که مشتری قیمت کالا را بداند، بر بایع و مشتری در خرید و فروش آن به بیشتر از قیمت و کمتر از آن اشکالی وارد نیست، مگر آنکه به سفاهت بایع یا مشتری بینجامد.

مدّت‌دار کردن بیع نقدی با افزودن به ثمن یا بدون آن جایز نیست.

ذکر کردن مدّت پرداختِ ثمن بر کسی که کالا را به صورت مدّت‌دار خریده است و می‌خواهد آن را بفروشد، در غیر بیع مساومه واجب است و بدون ذکر مدّت، مشتری بین فسخ معامله و رضایت به آن به طور نقدی مخیر است؛ زیرا چنین عملی تدلیس است.

## قبض:

مطلق‌گذارند عقد، مقتضای قبض عوضین است. پس اگر هر دو طرف عقد خودداری نمایند، با هم به قبض و اقباض اقدام می‌کنند؛ خواه ثمن، عین باشد یا دین.

ماده ۳۷۷ قانون مدنی: هریک 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.

شرط به تأخیر انداختن تحویل مبیع تا زمان معین و بهره‌برداری از آن به نحوی معین نیز جایز است.

قبض اموال منقول، به انتقال آن است و قبض اموال غیرمنقول، به برطرف کردن موانع موجود بین کالا و مشتری پس از رفع ید از آن است.

ماده ۳۶۷ قانون مدنی: تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع؛ و ماده ۳۶۸ قانون مدنی: تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد؛ و ماده ۳۶۹ قانون مدنی: تسلیم، به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.

با قبض کردن، ضمان مال به مشتری منتقل می‌شود، به شرط آنکه مشتری خیار مختص به خود، یا مشترک میان خود و شخص ثالث را نداشته باشد.

### تلف مبیع قبل از قبض:

اگر مبیع قبل از قبض تلف گردد، از مال بایع خواهد بود.

ماده ۳۸۷ قانون مدنی: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

و در عین حال، نمائات منفصلی که در فاصله بین عقد و تلف ایجاد می‌شود، به مشتری تعلّق دارد. ماده ۳۸۹ قانون مدنی: اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد. مشتری حقّی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.

اگر بعضی از مبیع به سبب سَماوی، یا به دست بایع تلف یا معیوب شود، مشتری میان التزام به عقد با گرفتن ارش و فسخ عقد مخیر است.

ماده ۳۸۸ قانون مدنی: اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

اگر قبل از آنکه بایع، مبیع را تسلیم مشتری کند مبیع از دست وی غصب شود، ولی سریعاً به او برگردد، به گونه‌ای که از نظر عرف، منافع قابل توجهی از آن فوت نشده باشد، یا امکان بیرون آوردن فوری مبیع از دست غاصب برای بایع وجود داشته باشد، مشتری حق فسخ عقد را ندارد؛ زیرا دلیلی برای ثبوت خیار وجود ندارد؛ در غیر این صورت اگر مشتری ثمن را پرداخته باشد برای دریافت ثمن و التزام به عقد و انتظار کشیدن برای تحصیل مبیع مخیر است.

در این مدت که مبیع در دست غاصب بوده است اجرتی به عهده بایع نیست، مگر آنکه جلوگیری از قبض، مستند به عمل بایع باشد.

اگر مشتری پس از قبض مبیع، کم بودن مبیع را ادعا کند، سوگند می‌خورد، به شرط آنکه به هنگام برآورد کالا، حاضر نبوده باشد؛ در غیر این صورت، یعنی اگر مشتری در زمان برآورد کالا حاضر بوده است، بایع را سوگند می‌دهد.

اگر مشتری، در جایی که ادعای وی مبنی بر کم بودن مبیع مسموع نیست، ادعای خود را تغییر داده، مدعی تحویل داده نشدن تمامی مبیع گردد، اعم از آنکه متعرض حضور و عدم حضور خود در وقت برآورد کالا بشود یا نشود، باید قسم بخورد؛ زیرا اصل، عدم رسیدن مشتری به حق خود می‌باشد به شرط آنکه پیش از این ادعا، ادعای اول را مطرح نکرده باشد.

### توابع مبیع:

در تعیین توابع مبیع، ضابطه آن است که معنای لغوی عبارت به کار رفته در عقد و نیز عرف عام یا خاص، مراعات می‌شود.

ماده ۳۵۶ قانون مدنی: هر چیز که برحسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دخالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است. اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند؛ و ماده ۳۵۷ قانون مدنی: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

به عنوان مثال، باغ، زمین و درختان به طور قطع و نیز بنا در بیع باغ، جزء مبیع محسوب می‌شوند؛ و محل عبور و مجرای آب نیز جزء باغ است؛ زیرا عرف چنین اقتضا دارد.

ماده ۳۵۸ قانون مدنی: نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و برعکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان، متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد. یا برحسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می‌تواند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.

## اختلاف بایع و مشتری:

بنابر نظر مشهور، در صورت اختلاف در مقدار ثمن، اگر عین آن باقی باشد، بایع سوگند می‌خورد و اگر تلف شده باشد، مشتری سوگند یاد می‌کند.

اگر بایع و مشتری در نقدی بودن ثمن و مقدار ثمن در صورتی که اجمالاً در اصل مدت‌دار بودن اتفاق داشته باشد و نیز در شرط دادن رهن یا معرفی ضامن توسط بایع اختلاف کردند، بایع سوگند می‌خورد؛ زیرا اصل، عدم تمامی این موارد است.

همچنین اگر متبایعین در مقدار مبیع اختلاف نمایند، همین حکم جاری است.

در صورت اختلاف در تعیین مبیع، هر دو سوگند می‌خورند؛

در صورت وقوع تحالف، عقد از حین تحالف باطل می‌شود.

و در صورتی که بایع و مشتری در وجود و عدم شرطی که مفسد عقد است، اختلاف کنند، قول مدعی صحت عقد مقدم می‌شود، زیرا در اعمال مسلمان، اصل، صحت آنها است.

همچنین در صورتی که ورثه متبایعین باهم اختلاف کنند، هر کدام به منزله مورث خود قلمداد می‌شود.

در صورت معین نکردن نوع پیمانه و وزن و پول، هر مورد به آنچه که در محل وقوع عقد متعارف است منصرف می‌شود، به شرط آنکه عرف واحدی در آنجا حاکم باشد؛ اما اگر پیمانه و وزن متعارف، تعدد داشته باشد، موردی که استفاده و نیز استعمال لفظ در آن رایج‌تر است ملاک خواهد بود؛ و اگر در کاربرد نیز یکسان باشند، تعیین نوع مورد نظر واجب است و اگر معین نگردد، بیع باطل می‌شود.

مزد برآورد مبیع از طریق پیمانه کردن یا وزن نمودن یا شمردن، بر عهده بایع و مزد برآورد ثمن بر عهده مشتری می‌باشد.

ماده ۳۸۱ قانون مدنی: مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم و اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است. مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.

و مزد دلال نیز بر عهده سفارش‌دهنده است. دلال، ضامن کالاهایی که از دست او تلف می‌شود نیست، مگر اینکه تفریط کرده باشد؛ بنابراین اگر بر ضد او ادعای تفریط صورت پذیرد، بر عدم تفریط سوگند خورده قولش مقدم می‌گردد.

حال اگر در حق دلال، تفریط ثابت شود و ضمان قیمت مال تلف‌شده به عهده‌اش بیاید، در صورتی که بایع با او اختلاف پیدا کند، نسبت به مقدار قیمت سوگند می‌خورد.

## اقاله:

اقاله از نظر فقهای امامیه بیع نیست؛ بلکه فسخ عقد است که نسبت به دو طرف عقد و نیز شفیع ثابت است؛ بنابراین، به سبب آن، حق اخذ به شفعه برای شریک به وجود نمی‌آید؛ زیرا شفعه به بیع اختصاص دارد.

**اقاله در لغت به معنای مسامحه و نادیده انگاشتن امر یا موضوعی بوده در اصطلاح در اصطلاح فقه**

نیز به معنای درخواست و موافقت با فسخ معامله است؛ به این معنا که اگر کسی بعد از خرید یا فروش کالایی، پشیمان شده و از فروشنده یا خریدار درخواست بهم زدن معامله (فسخ و رفع عقد) را کند و فروشنده یا خریدار این درخواست را قبول کند، این عمل را اقاله گویند. هنگامی که دو طرف برای برآوردن نیازها و تأمین منافع خود با یکدیگر عقدی را منعقد کنند، این عقد و پیمان از آثار شرعی برخوردار می‌شود و وفای به آن ضروری خواهد شد؛ زیرا هر کدام از دو طرف عقد در هنگام انعقاد عقد، منظور و هدفی را دنبال می‌کرده‌اند که برای برآورده شدن آن به انعقاد عقد روی آورده‌اند و به همین دلیل این هدف و حق نباید ضایع شود. این در حالی است که اگر هر کدام از طرفین عقد پس از انعقاد عقد موردنظر دریابند که به هدف مدنظر خود دست نمی‌یابند یا به هر دلیلی از انعقاد عقد پشیمان شوند، آنگاه نیز با توافق یکدیگر می‌توانند عقد را برهم بزنند. به عبارت دیگر، همان گونه که اراده دو طرف در پدید آمدن عقد مؤثر است و بدون این دو اراده، عقدی برقرار نخواهد شد، همین دو اراده نیز در سرنوشت عقد یعنی پابرجا بودن یا از بین رفتن عقد مؤثر خواهد بود؛ بنابراین در صورتی که طرفین تصمیم به انحلال و زوال عقد و آثار آن بگیرند، عقد از بین می‌رود و در پی آن، آثار عقد نیز زایل می‌شود که به این عمل حقوقی اقاله یا تفاسخ گفته می‌شود.

مواد قانون مدنی مرتبط:

همان‌طور که در بالا گفته شد، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در مواد ۲۸۳ تا ۲۸۸ به تعریف اقاله و موجبات آن می‌پردازد:

ماده ۲۸۳- بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.

ماده ۲۸۴- اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند.

ماده ۲۸۵- موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن.

ماده ۲۸۶- تلف یکی از عوضین، مانع اقاله نیست. در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود.

ماده ۲۸۷- نمآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود، متعلق به کسی است که به واسطه عقد مالک شده است اما نمآت متصله متعلق به کسی است که در نتیجه اقاله، مالک می‌شود.

ماده ۲۸۸- اگر مالک، بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است، مستحق خواهد بود.

عناصر عقد اقاله:

۱- وجود عقد نخست؛ در توضیح این مطلب باید گفت که اقاله، عقد دوم محسوب می‌شود که موضوع آن از بین رفتن عقد نخست با تراضی (توافق) طرفین است؛ بنابراین یکی از عناصر عقد اقاله، وجود عقد نخست است.

۲- عقد نخست باید از عقود لازمه باشد یا از یک طرف لازم باشد.

۳- تراضی؛ اسقاط تعهدات ناشی از عقد نخست به تراضی (از طریق توافق) در عقد دوم لازم است.

تفاوت اقاله و حق فسخ:

نباید اقاله را با حق فسخ یکسان و مترادف پنداشت؛ زیرا به کارگیری حق فسخ یک‌سویه است و تنها دارنده آن می‌تواند آن را به کار ببرد؛ هرچند طرف دیگر ناراضی باشد؛ اما در اقاله دو طرف عقد برای فسخ معامله باید با یکدیگر توافق کنند و به آن رضایت دهند. از سوی دیگر، اقاله با نبود هیچ‌یک از طرفین و حق فسخی به کار بسته می‌شود و در واقع مستقیلاً (خواهان اقاله) نباید حق خیار داشته باشد. زیرا اگر وی خیار داشت، دیگر به اقاله معامله نیازمند نبود و خیار خود را به کار می‌گرفت. همچنین برخلاف حق فسخ و خیار که نیازمند سبب قانونی (شرعی) یا قراردادی است، اقاله به سبب ویژه‌ای نیاز ندارد و هرگاه دو طرف، بر نقض و ازاله (از بین رفتن) معامله رضایت دهند، معامله و قرارداد نیز از بین می‌رود و پایان می‌پذیرد. فسخ از ایقاعات به شمار می‌آید اما اقاله از عقود. اقاله عقدی است همراه با توافق و رضایت به همراه اراده طرفین و موضوع آن از بین رفتن عقد نخست است؛ در حالی که فسخ به علت قانونی است و شاید رضایت طرف دیگر حائز اهمیت نباشد. اقاله را می‌توان با توافق طی سند عادی یا رسمی اجرا کرد اما در فسخ حکم دادگاه منبعث از جواز قانونی اصل صحت آن است. اقاله با انعقاد عقد دوم صورت می‌گیرد اما فسخ عقد دوم ندارد.



انواع اقاله:

از انواع اقاله می‌توان به اقاله اجل دین، اقاله بعد از تلف، اقاله بعد از عمل به شرط، اقاله بعد از عیب و بعد از نقل، اقاله بعض، اقاله تقسیم، اقاله حواله، اقاله ضمان، اقاله فضولی، اقاله قهقراپی، اقاله وراث و اقاله وقف اشاره کرد. مستثنیات اقاله و عقود اقاله‌ناپذیر:

اقاله در حقیقت همان فسخ و به هم زدن معامله از دو طرف معامله است که در همه عقود به جز نکاح راه دارد. در حالت کلی نکاح از عقود است که مصلحت جامعه و حریم خصوصی اشخاص بر قالب قانونی آن رجحان دارد و بر بقا و دوام نسبی آن است و این به نظم عمومی وابسته است، بنابراین اقاله در آن راهی ندارد.

۱- نکاح: نکاح از جمله عقود است که اقاله نمی‌پذیرد؛ چرا که بر هم زدن عقد نکاح سبب خاصی را می‌طلبد و بنا بر اجماع و نصوص خاص، نکاح را با اقاله دو طرف نمی‌توان برهم زد.

۲- ضمان: هنگامی که ضمان را موجب نقل ذمه به ذمه بدانیم، با ورود ضامن، دین از ذمه مضمون‌عنه (فرد ضمانت‌شده) به ذمه ضامن منتقل می‌شود و هنگامی که ذمه ضامن مشغول شود، مشکل می‌توان پذیرفت که دو طرف (ضامن و مضمون‌عنه) با اقاله عقد ضمان، حق و دین انتقال داده‌شده (به ذمه ضامن) را دوباره بتوانند به ذمه مضمون‌عنه منتقل کنند.

۳- وقف: گفته شده که وقف نیز از شمار عقود اقاله‌ناپذیر است و دو طرف عقد نمی‌توانند با رضایت یکدیگر آن را اقاله کنند.

۴- ایقاع: آیا ایقاع را می‌توان اقاله کرد؟ یا به عبارت دیگر، آیا با استفاده از اقاله می‌توان ایقاع را برهم زد؟ پاسخ به این پرسش منفی است و باید گفت که ایقاع را نمی‌توان اقاله کرد. زیرا ایقاع به اراده یک طرف پدید می‌آید؛ در حالی که اقاله نیازمند اراده دو طرف است و بنابراین چیزی که با اراده یک طرف به وجود می‌آید، چگونه می‌تواند با اراده دو طرف زایل شود و پایان پذیرد.

۵- اقاله اقرار و اخبار: اخبار و از جمله اقرار نیز همانند ایقاع با اراده یک نفر و در واقع با یک اراده به وجود می‌آید و همان ایراد پیشین بدان وارد می‌شود. از سوی دیگر، اقرار اخبار است و نه انشاء؛ بنابراین اقرارکننده چیزی را به وجود نمی‌آورد تا بتوان آن را اقاله کرد. چرا که وی از امری پنهانی خبر می‌دهد و گفته‌هایش دلالت بر آن دارد. در مورد اخبار نیز چنین است؛ بنابراین اخبار و اقرار را نیز نمی‌توان اقاله کرد.

شرایط صحت اقاله:

اقاله عقد است؛ اگرچه در مقام انحلال عقد و زوال آثار آن واقع شود. بنابراین باید همانند دیگر عقود از شرایط و قواعد عمومی قراردادها برخوردار شود تا بتواند عقدی را زایل کند، آثار آن را خاتمه بخشد و عوضین را به جای نخستین و به ملکیت دو طرف بازگرداند.

شرایط صحت اقاله به شرح ذیل هستند:

#### ۱- قصد و رضای طرفین:

هنگامی که دو طرف عقد برای انحلال قرارداد و عقد به توافق برسند، اقاله واقع می‌شود؛ مشروط به آنکه وسیله‌ای برای اعلام اراده و دلالت بر قصد دو طرف وجود داشته باشد که ممکن است وسیله اعلام اراده، لفظ باشد و دو طرف، به صورت صریح یا ضمنی اراده خود را بیان کنند یا این که وسیله اعلام اراده، فعل باشد. بنابراین معامله را می‌توان به معاطات نیز اقاله کرد؛ بدین گونه که فرد به قصد فسخ مبیع را رد کند و طرف مقابل او نیز ثمن را به همین قصد پس بدهد. در این صورت، معامله به صورت معاطات اقاله می‌شود و حتی اگر فرد پیشیمان از معامله، از طرف مقابل خود بخواهد که معامله را اقاله کند و طرف مقابل نیز خواست او را بپذیرد، باز هم اقاله واقع شده است.

#### ۲- اهلیت دو طرف:

دو طرف در هنگام اقاله باید اهلیت داشته باشند؛ زیرا آن دو می‌خواهند در اموال خود تصرف کنند و تصرف در اموال در صورتی صحیح است که آن دو اهلیت تصرف داشته باشند.

#### ۳- معلوم و معین بودن موضوع اقاله:

دو طرف معامله باید معلوم کنند که کدام معامله را می‌خواهند اقاله کنند یا اگر می‌خواهند برخی از مبیع مورد معامله را اقاله کنند، باید آن را نشان دهند؛ زیرا اگر اقاله کردن مقداری از مبیع، به جهالت و ابهام انجامد، اقاله مقداری از مبیع را نمی‌توان صحیح دانست.

نکته: مزد دلالتی دلال برای انعقاد بیع، با اقاله از بین نمی‌رود.

اقاله با افزودن یا کاستن ثمن که بیع سابق، بر اساس آن منعقد گردیده صحیح نخواهد بود.

با اقاله، هر عوضی در صورت موجود بودن به مالک آن بر می‌گردد.

اما اگر عوض، تلف شده باشد، در صورتی که مثلی باشد به مثل آن و اگر قیمتی باشد یا تهیه مثل، متعذر گردد، به قیمت آن در روز تلف [یا روز تعدّر مثل] مراجعه می‌شود.