



Original Research

A Study Of Pass Of Risk And Its Review In Case Of Customer-Specific Options

Ziba Mirzaaqazadeh ^{1*}, Reza Maghsoody ²

1 Master's student in Private Law, Department of Law, Faculty of Persian Sciences and Literature, Gilan University, Rasht, Iran.

2 Associate Professor of Private Law, Department of Law, Faculty of Persian Sciences and Literature, Gilan University, Rasht, Iran.

Article ID: 1400110233559

Received:
April 13, 2021

Accepted:
June 30, 2021

Available online:
September 22,
2021

Keywords:
Exchange
Guarantee, Sales
Loss, Surrender,
Celestial Pests,
Customer-
specific Options.

Main Subjects:
Civil Law

Abstract

In case of contract of sale until the receipt is made, the guarantee will be the responsibility of the seller and in case of loss, the seller guarantee will be an example of the rule of loss of the seller before the receipt, but the rule of loss in the optional land will not be optional. This is a challenge because according to this rule, despite the possibility of a bill, but under certain conditions, in case of customer-specific options, the loss will still be the responsibility of the seller, ie the party that does not have the option and the right to cancel will be responsible for the loss. The rule is contrary to the requirements of ownership. It should be sufficient with certainty and it should be considered as only three animal options, a condition and a parliament.

*Corresponding Author: Ziba Mirzaaqazadeh

Address: Master's student in Private Law, Department of Law, Faculty of Persian Sciences and Literature, Gilan University, Rasht, Iran.

Email: zybamyrzaaqazadh@gmail.com

بررسی ضمان معاوضی در فرض وجود خیار مختص مشتری

زیبا میرزاآقازاده^{*۱}، رضا مقصودی^۲

۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم و ادبیات فارسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

۲ دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم و ادبیات فارسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

کد مقاله: ۱۴۰۰۱۱۰۲۳۳۵۵۹	
چکیده در صورت وقوع عقد بیع تا زمانی که قبض صورت نگرفته، ضمان بر عهده‌ی بایع خواهد بود و در فرض تلف، ضمان بایع از مصادیق قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض محسوب می‌شود، اما قاعده‌ی تلف فی زمن الخیار ممن لا خیارله به گونه‌ای این امر را دچار چالش می‌کند چون طبق این قاعده با وجود اینکه قبض هم صورت گرفته اما تحت شرایطی در صورت وجود خیار مختص مشتری تلف همچنان بر عهده‌ی بایع خواهد بود یعنی طرفی که خیار و حق فسخ ندارد عهده دار تلف می‌گردد. از آنجا که این قاعده خلاف مقتضای مالکیت است باید به قدر متیقن اکتفا نمود و آن را تنها در سه خیار حیوان، شرط و مجلس دانست.	تاریخ دریافت: ۲۴ فروردین ۱۴۰۰ تاریخ پذیرش: ۹ تیر ۱۴۰۰ تاریخ انتشار: ۳۱ شهریور ۱۴۰۰ کلیدواژه‌ها: ضمان معاوضی، تلف مبیع، تسلیم، افات سماوی، خیار مختص مشتری. محورهای موضوعی: حقوق مدنی

*نویسنده مسئول: زیبا میرزاآقازاده

آدرس: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم و ادبیات فارسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

ایمیل: zybamyrzaaqazadh@gmail.com

۱- مقدمه

پس از وقوع عقد بیع، مبیع به مالکیت مشتری و ثمن به مالکیت فروشنده در می‌آید و طبق اصل مالکیت مالک حق هرگونه دخل و تصرف در اموال خود را دارد. بنابراین اگر خسارتی هم به آن مال وارد شود برعهده مالک یعنی خریدار خواهد بود اما با وجود این مهم گفته شده تا زمانی که مبیع به مشتری تسلیم نگردیده در صورت تلف در اثر آفات سماوی تلف برعهده بایع خواهد بود اما چطور می‌شود که علی‌رغم مالک شدن خریدار تلف همچنان برعهده فروشنده می‌باشد؟

فقها بیان می‌دارند که یک علت این امر این است که یک لحظه قبل از تلف مال وارد دارایی فروشنده شده لذا خسارت هم منتسب به اوست. طبق این گفته ضمان معاوضی در نظام حقوقی ایران با تسلیم مبیع به خریدار منتقل می‌گردد. اما این پایان راه نیست و حالتی نیز وجود دارد که تسلیم به خریدار صورت گرفته اما با این حال تحت شرایطی تلفی اگر اتفاق افتد برعهده فروشنده خواهد بود، که در فقه از این قاعده تحت عنوان تلف فی مدت خیار یاد می‌شود حال سوالی که قابل طرح است این است که آیا این قاعده شامل تمامی خیارات است یا فقط شامل برخی خیارات می‌شود؟ در پاسخ باید گفت این قاعده شامل تمامی خیارات نیست و همانطور که ماده ۴۳۵ قانون مدنی بیان می‌دارد تنها خیارات مختص مشتری را در بر می‌گیرد.

آیا این قاعده با قاعده‌ی الخراج بالضمن تعارض دارد؟

با توجه به مفهوم قاعده تلف در مدت خیار که بیان می‌دارد تلف برعهده کسی خواهد بود که خیار و حق فسخ ندارد و در فرضی که مال به مشتری تسلیم گردیده در خیارات مختص مشتری تلف از کیسه بایع می‌باشد می‌توان گفت که این قاعده مخالف با قاعده الخراج بالضمن است زیرا طبق قاعده دوم کسی که منفعت برای اوست ضمان نیز برعهده او خواهد بود و چون مشتری مالک منفعت است تلف از کیسه‌ی او خواهد بود.

تحقیق پیشرو ضمن بیان مفهوم تسلیم و ضمان معاوضی به بررسی دو قاعده فقهی تلف مبیع قبل قبض و تلف فی زمن الخیار پرداخته که شامل دو فصل است که در فصل نخست کلیات و در فصل دوم به وجود ضمان در خیارات مختص مشتری می‌پردازد.

۱-۱ تعریف تسلیم

چه در قانون بیع بین‌الملل کالا و چه در قانون مدنی ایران متضمن مفهوم تعریف و تغییر در متصرف مبیع است قانون بیع کالا تسلیم را انتقال ارادی تصرف کالا از یک نفر به نفر دیگری تعریف کرده است و ماده ۳۶۷ قانون مدنی ایران هم مقرر می‌دارد: تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحصار تصرفات و انتفاعات باشد. صرف نظر از زمان انتقال مالکیت، کنترل بر مال فروخته شده عنصر

مشترک بین مفهوم تسلیم و مالکیت است. مالکیت داشتن و اعمال چنین کنترلی است که خریدار نمی‌تواند قبل از تسلیم، واقعی یا فرضی، آنرا بدست آورد و تسلیم انتقال این کنترل است. تسلیم، خریدار را به اعمال جنبه‌هایی از حق مالکیت که بدون داشتن کنترل فیزیکی

امکانپذیر نیست مثل تغییر در وضعیت و به کارگیری مال در ساخت و ساز قادر می‌سازد و کنترل و سلطه می‌تواند فیزیکی و مادی یا فرضی و حکمی باشد. مفهوم کنترل فرضی و سلطه از طرفی فروشنده را قادر می‌سازد تا مبیع را در حالیکه در تصرف مادی او نیست تسلیم نماید و از طرف دیگر برای خریدار نیز امکان اعمال حقوق مالکانه را در زمانی که بر مبیع تسلط مادی ندارد فراهم می‌سازد.

رابطه بین انتقال ریسک و تسلیم: ریسک (ضمان معاوضی) حکایت از آن دارد که چه کسی باید مسئولیت تلف یا وارد شدن خسارت بر مبیع را متحمل شود و چنین شخصی نمی‌تواند این مسئولیت را به او منتقل کند. اثر بارز انتقال ریسک این است که خریدار پس از انتقال ریسک به او، ضامن پرداخت ثمن است، صرف نظر از اینکه مبیع در هر وضعیتی از آن قرار گیرد چهار نظریه در زمینه انتقال ریسک وجود دارد:

۱. انتقال ریسک همزمان با انتقال مالکیت

۲. انتقال ریسک همزمان با انعقاد قرارداد

۳. انتقال ریسک زمانی که فروشنده همه آنچه که می‌بایست به موجب قرارداد انجام دهد انجام داده باشد

۴. انتقال ریسک همزمان با تسلیم

در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام ریسک یا ضمان معاوضی با تسلیم انتقال می‌یابد توجیه این نظریه در نظام حقوقی، که انتقال مالکیت با قرارداد انجام می‌شود دشوار است زیرا هنگامی که مالکیت انتقال یافت، نمائات و منافع مبیع از آن خریدار خواهد بود و طبعاً خسارات و تلفات وارد بر مبیع نیز باید توسط خریدار تحمل شود حقوق اسلامی با توجه به فرمایش نبی اکرم اسلام اعتقاد به انتقال ریسک همزمان با تسلیم دارد این حکم با تحلیلی دقیق و منطقی منبعت از قصد و اراده‌ی طرفین در عقد معاوضی بیع است. چون آنگاه که مبیع قبل از تسلیم تلف شود امکان دست یافتن خریدار به عوض مورد انتظار منتفی است و وجهی برای باقی ماندن تعهد فروشنده به تسلیم ثمن وجود ندارد اگر تلف مبیع قبل از قبض را نتیجه قصد واقعی طرفین معاوضه بدانیم قطعاً برای طرفین این امکان وجود دارد که به زمان دیگری برای انتقال ریسک تراضی نمایند که این زمان می‌تواند زمانی مقدم بر انتقال مالکیت یا موخر از آن باشد. اگر طرفین بر انتقال مالکیت قبل از قرارداد تراضی نمایند و سپس معلوم شود که در آن زمان تلف شده و موجود نبوده است خریدار تکلیفی به پرداخت ثمن ندارد و قرارداد به دلیل موجود نبودن موضوع عقد، به هنگام عقد باطل تلقی می‌شود.

انتقال ریسک همزمان با تسلیم، مخاطرات مربوط به تلف یا نقصان مال را بر عهده کسی که کنترل مبیع را در اختیار دارد قرار می‌دهد بعلاوه چون زمانی که تسلیم انجام می‌شود، زمانی است که به طور دقیق مشخص است، زمان انتقال ریسک نیز می‌تواند به طور دقیق مشخص شود. در قراردادهای فروش کلی فی ذمه و کلی در معین مالکیت با تعیین و اختصاص مبیع به قرارداد که عمل یک جانبه توسط فروشنده است انتقال می‌یابد اما ریسک قبل از تسلیم انتقال نمی‌یابد.

عقد بیع در نظام حقوقی ایران یک عقد تملیکی است که اثر اصلی آن انتقال مالکیت است که همزمان با انعقاد عقد محقق می‌شود، هر چند که ممکن است ضمان ناشی از آن برعهده فروشنده (در تسلیم مبیع) و خریدار (در تسلیم ثمن) باقی باشد که به این نوع ضمان، ضمان معاوضی می‌گویند. این قاعده اختصاص به عقد بیع و مبیع ندارد و می‌توان آنرا در مورد ثمن و سایر معاوضات غیر از بیع هم تسری داد. (اصغر عربیان)

۱-۲- قاعده تلف مبیع قبل از قبض

مفاد قاعده این است که اگر عقد بیعی منعقد شود و مبیع قبل از تسلیم از سوی بایع به مشتری، بدون تعدی و تفریط بایع تلف شود، بیع منفسخ شده خسارت متوجه بایع خواهد بود که لازم است ثمن را در صورت اخذ به مشتری باز گرداند، حتی اگر مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده باشد.

بیع در فقه و حقوق اسلامی عقد تملیکی است که به مجرد آن مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود و مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌گردد. اما مطابق قاعده تلف مبیع قبل از قبض هرگاه پس از عقد و قبل از قبض مبیع به مشتری، مبیع نزد فروشنده بدون تقصیر و اهمال از جانب وی تلف شود تلف از مال فروشنده محسوب می‌گردد نه از مال مشتری. هرچند مشتری از زمان وقوع عقد بیع مالک مبیع شناخته می‌شود. در نتیجه اگر فروشنده قیمت کالا را از مشتری گرفته باشد باید به وی باز گرداند. این قاعده از قواعد مسلم فقهی در ابواب معاملات بوده و ریشه در پیشینه طولانی فقه و حقوق اسلامی دارد و از آن در اصطلاح حقوق به ضمان معاوضی یاد می‌شود که قانونگذار ایران نیز در ماده ۳۸۷ به آن تصریح نموده .

۱-۳ شرایط ضمان معاوضی

۱. مبیع باید هنگام تلف، عین معین باشد. در ماده مذکور به معین بودن مبیع اشاره شده است ولی از سابقه بحث و قواعد کلی معاملات می‌توان این شرط را استنباط کرد. ضمن اینکه به چنین امری در فقه نیز تصریح شده به این صورت که اگر مبیع کلی باشد، خریدار مستحق مبیع خواهد بود. لذا هرگاه فردی از مبیع که در اختیار فروشنده است از بین برود او می‌تواند فرد دیگری را تهیه و تسلیم نماید و در صورتی که تمام افراد کلی از بین بروند چون پیش از تسلیم فرد مبیع، تملیک انجام نمی‌شود عقد بیع از ابتدا باطل خواهد بود. (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۰۱)

۲. تلف باید پیش از تسلیم مبیع به مشتری صورت گرفته باشد.

۳. تلف باید بر اثر حوادث خارجی یا به تعبیر فقها به آفت سماوی باشد. مقصود این است که تلف به بایع یا مشتری یا شخص ثالث منتسب نباشد. زیرا اگر شخص اعم از بایع یا غیر بایع آنرا تلف کرده باشد طبق ماده ۳۲۸ و ۳۳۱ ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود و بیع منفسخ نمی‌شود.

۴- بایع نسبت به ایفای تعهد در اقباض اقدام نکرده باشد یعنی برای تسلیم مبیع به مشتری و در صورت امتناع وی به حاکم یا قائم مقام او مراجعه نکرده باشد. ماده ۳۸۷ قانون مدنی فروشنده‌ای را که در وظیفه خود نسبت به تسلیم مبیع کوتاهی نمی‌کند از مسئولیت مبرا می‌داند و هرگاه مشتری از قبض مبیع امتناع نماید و بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع کند تلف از مال بایع نخواهد بود. (بیات، شرح جامع، ۹۸)

بر اساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اگر فروش کالا متضمن حمل بوده و فروشنده ملزم به تسلیم آن در محل معینی نباشد، ضمان وقتی به خریدار انتقال می‌یابد که کالا به اولین متصدی تحویل شود و اگر وی ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل در محل معین باشد، موقع

تحویل کالا به متصدی حمل در همان محل، ضمان به خریدار انتقال می‌یابد. در اینکوترمز^۱ چون حمل کالای فروخته شده معمولاً همراه با مسائل متنوعی است و هرگونه کوتاهی در جریان آن می‌تواند باعث به تعویق افتادن تحویل کالا و تأخیر در زمان انتقال ضمان معاوضی شود لذا سعی شده تا جلوی امور نامتعارف گرفته شود؛ از جمله مقرر شده که اگر خریدار کالا را طبق توافق تحویل نگیرد یا از دادن دستورات الزام برای انجام تحویل توسط فروشنده قصور ورزد، انتقال خطرات و هزینه‌ها قبل از تحویل کالا صورت پذیرد. البته برای انتقال پیش از موعد ریسک و هزینه، الزامی است که کالای مورد نظر خریدار برای او کنار گذاشته شود. در ایران مقرر خاصی راجع به تأثیر قرارداد حمل بر تسلیم کالا و انتقال ضمان معاوضی پیش‌بینی نشده؛ اما میتوان معیار مقرر در مواد ۹۸۳، ۲۶۳، ۶۴۱ و ۹۸۳ قانون مدنی را در قراردادهای متضمن حمل نیز به کار برد. البته هرچند مطابق کنوانسیون اگر تحویل نگرفتن کالا و قصور در ارائه اطلاعات الزام به فروشنده از سوی خریدار منجر به تلف یا خسارت دیدن کالا شود، ضمان معاوضی پیش از تسلیم آن منتقل می‌شود لیکن در ایران همین وضعیت را میتوان بر اساس قواعد مسؤولیت مدنی جاری دانست (حیدری، انتقال ضمان معاوضی در قرارداد حما کالا، ۹۹)

الف) معنای قبض: برخی فقها در کلام خود واژه قبض را یک حقیقت شرعی یا متشرعه ندانسته‌اند تا روشن کننده معنای آن از نظر شرعی باشد. برخی هم قبض را دارای یک مفهوم عرفی دانسته‌اند که برای دانستن آن باید به عرف مراجعه کرد. لفظ قبض در هر جا به کار رفته باشد ظاهراً بر معنای عرفی آن بر می‌گردد و بدون شک، معنای قبض در عرف مطابق با معنای لغوی آن همان گرفتن (استیلا) می‌باشد. ظاهر در حقیقت قبض همان استیلا بر شیئی است زیرا قبض در لغت به معنی گرفتن یا با دست یا با تمام کتف است. و امکان ندارد که مراد از آن گرفتن با دست به صورت حسی باشد، چرا که تحقق این معیار در تمامی اقسام مبیع امکان ندارد. در حالیکه قبض در قانون مدنی در ماده ۳۶۷ چنین آمده است: تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انجا تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع.

منظور از استیلائی مشتری بر مبیع سلطه‌ی وی بر آن به نحوی است که هر زمان بخواهد بتواند عملاً در آن تصرف کند و از آن منتفع گردد نه اینکه تصرف مادی و فعلی باشد. از این رو قانون مدنی بلافاصله در ماده‌ی ۳۶۸ عنوان می‌دارد: تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

اما در جمع‌بندی آن میتوان گفت حقیقت قبض امر واحدی است که متناسب با موضوع عقد و تعهد، صور آن مختلف است. لذا در تمام مواردی که قبض شرط لزوم یا صحت عقد است، تحقق قبض شرط اعتبار خواهد بود و اختلاف فقها در شکل تحقق آن مداخلتی در حقیقت قبض ندارد و اعتبار آن تنها از جهت کاشفیت از حصول آن است و همانگونه که در ماده‌ی ۳۶۷ مورد اشاره قرار گرفته تعیین مصادیق آن به عرف محول شده است.

ب) منافع: براساس تملیکی بودن عقد بیع و تابعیت منافع از مالکیت به محض انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع می‌گردد و از آن جا که این مالکیت به طور صحیح واقع شده و تلف بعد از عقد هم در طول انفساخ فقط آثار بیع را بعد از تلف قطع می‌کند. لذا غالب فقها عقیده دارند چون منافع در زمان مالکیت مشتری ایجاد شده لذا نمائات حاصل در فاصله میان عقد و تلف از آن مشتری است و فقط اصل کالای فروخته شده از مال بایع تلف می‌گردد.

۲-۱- قاعده فقهی التلف فی زمن الخيار ممن الخيار له

به این معنی است که اگر جنس فروخته شده در مدتی که طرفین حق فسخ معامله را دارد تلف شود از کیسه کسی محسوب می‌شود که خیار و حق فسخ معامله را ندارد. قانون‌گذار ایران نیز این قاعده را پذیرفته و ماده ۴۵۳ قانون مدنی آنرا گنجانده است. این قاعده خلاف مقتضای ملکیت است و در تفسیر قاعده مذکور باید به قدرمتیقن اکتفا نمود فقها برای توجیه اینکه تلف مال برعهده غیر مالک مال محسوب نشود بیان می‌دارند که یک لحظه قبل از تلف عقد بیع منفسخ می‌شود و وارد کیسه دارایی بایع می‌شود و تلف از آن مالک محسوب می‌شود همانند قاعده تلف مبیع قبل قبض می‌دانند. با توجه به مبانی فقهی در ماده ۴۵۳ قانون مدنی، باید به این نکته توجه کرد که اگر در عقد بیعی یکی از طرفین حق فسخ عقد را براساس یکی از خیارات سه گانه مجلس یا حیوان یا شرط داشت و طرف دیگر هیچگونه حق فسخی نخواهد داشت و مبیع تلف شده از کیسه دارایی کسی محسوب می‌شود که حق فسخ ندارد. یکی از مسلمات فقهی و حقوق مدنی و نیز مقتضای مالکیت این است که تلف هر مال از صاحب آن محسوب می‌شود. زیرا به محض عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌شود و بدون تردید تلف هر کدام از ثمن و مبیع باید مال مالک آن محسوب شود

اما اینکه آیا وجود خیار و حق فسخ مانع انتقال مالکیت است یا نه؟ قول مشهور فقها در فقه اسلامی این است که مبیع به محض عقد به ملکیت مشتری در می‌آید و اثر خیار فقط تزلزل مالکیت به سبب قدرتی که بر رفع سبب وجود دارد می‌باشد اما نظر دیگری هم در فقه وجود دارد که ملکیت پس از انقضای خیار حاصل می‌شود و تا قبل از انقضای خیار مالکیت حاصل نشده و بلکه فقط سبب مالکیت حاصل است. این نظر منسوب به شیخ طوسی است. بنابراین بنا بر نظریه اقوی که مورد پیروی قانون مدنی ایران قرار گرفته، شرایط لازم برای اجرای قاعده به شرح زیر است:

۱. معامله باید بیع باشد و این حکم شامل دیگر عقود نیست.

۲. حکم ماده اختصاص به مبیع دارد و در مورد تلف ثمنی که عین معین است، حکمی ندارد اگرچه برخی فقها آنرا در ثمن هم جاری دانسته‌اند اما نظر اقوا عدم جریان آن نسبت به ثمن است.

۳. مبیع باید عین شخصی باشد و اگر مبیع کلی بوده و مصداق آن انتخاب و به طرف داده شده باشد چنین حکمی وجود ندارد. (طباطبایی، بررسی فقهی حقوقی قاعده تلف مبیع در زمان خیار، ۸۹)

۲-۲- قلمرو قاعده

آیا این قاعده کلیه خیارات را در برمی‌گیرد یا فقط مختص خیارات خاص است؟ در کتب فقهی از جمله در کتاب قواعدالفقهیه این اختیار را فقط در خیار حیوان و شرط مجرا دانسته چرا که مرحوم سید محمد حسن بجنوردی معتقدند این دو خیار با توجه به داشتن زمان معلوم و مشخص شامل مفاد حکم قاعده می‌شود البته در مواردی نیز خیار مجلس را آن هم در صورت داشتن اختیار یکی از طرفین با وجود اختلاف در بین فقها نیز می‌شود جاری کرد فقها بر این باورند که مفاد این قاعده چون مخالف قواعد عمومی و مقتضای اولیه معاملات می‌باشد پس تا

حد امکان باید از سرایت آن به موارد دیگر پرهیز کرد و فقط به موارد منصوص در روایات و اخبار آمده اکتفا کرد البته آنچه از روایات و اخبار استنباط می‌شود مختص به مشتری است.

شهید اول در دروس بیان داشته است که بوسیله‌ی قبض ضمان تلف به قابض منتقل می‌شود.

البته به شرطی که دارای حق خیار نباشد. (شهید اول، الدروس ۳، ۲۱۰) با این حال با توجه به روایات و کلام فقها و ظاهر از لفظ انقضا در خيارات قاعده شامل خياراتی می‌شود که محدود به زمان است مانند خيار شرط و حيوان و مجلس (ایروانی، حاشیه مکاسب، ۷۷)، دیگر خيارات به دلیل این که فوری هستند و زمانی قابل تصور نیست که تلف در آن صورت گیرد این قاعده جاری نمی‌شود. نظر اقوا و مشهور فقها نیز این است که قاعده فقط در سه خيار مجلس، حيوان و شرط جاری می‌شود (کاشف، الغطا، تحریرالمکاسب، ۴۰) البته برخی گفته‌اند در خيار مجلس هم جاری نیست چرا که روایات وارده در خصوص خيار شرط و حيوان است و نصوص در مورد این دو خيار وارد شده و دلیلی که ضمان تلف مال غیر برعهده شخص دیگری باشد در دیگر خيارات وجود ندارد لذا باید به قدر متیقن اکتفا کرد (خویی، شروط والتزامات التبیعه، ۲۵۳) البته میتوان گفت اگرچه روایات صراحت در جاری شدن قاعده در خيار مجلس ندارد، اما از اطلاق خيار شرط در سخنان فقها و روایات، در خيار مجلس هم میتوان استفاده کرد بنابراین بدون تردید این قاعده در خيار حيوان و شرط جاری می‌شود و در خصوص خيار مجلس از سوی فقها اختلاف نظر وجود دارد و در خيارات دیگر نظر مشهور این است که جاری نیست چرا که ظاهر روایات استمرار ضمان ثابت قبل از قبض تا زمانی است که بیع از سوی هر دو طرف لازم شود.

۲-۳- رویکرد حقوق ایران در خصوص قاعده

قانونگذار ایران مفهوم قاعده را در م ۴۳۵ قانون مدنی به این صورت گنجانده است: «در خيار مجلس و حيوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خيار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود برعهده‌ی مشتری است و اگر خيار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده‌ی بایع است.» با توجه به مطالبی که در خصوص قاعده بیان داشتیم قانونگذار هم نظر مشهور و اقوی در فقه را که قاعده را مختص خيارات مجلس و حيوان و شرط می‌داند، پذیرفته است و در دیگر خيارات قاعده را جاری نمی‌داند. ظاهر بیان قانونگذار در این ماده چنان است که شامل تلف ثمن نمی‌شود. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۹۹)

برخی بیان داشته‌اند که تفاوت بین ثمن و مبیع اعتباری است و بدین جهت از نظر وحدت ملاک مفاد ماده ۴۵۳ نسبت به ثمن هم جاری می‌شود. (امامی، حقوق مدنی، ۵۵۸) اما همانگونه که بیان شد با توجه به استثنایی بودن قاعده و با توجه به این که روایات وارده در خصوص قاعده فقط شامل مبیع شده است باید به قدر متیقن اکتفا نمود و بهتر است که این ماده را در خصوص ثمن جاری ندانیم همچنین که لفظ صریح مشتری در این ماده موید مطلب است. و تفاوت بین ثمن و مثن هم اعتباری نمی‌باشد و از دیدگاه فقها ثمن و مثن (مبیع) متفاوتند که بیان آن خارج از موضوع این تحقیق است. نکته‌ی قابل ذکر دیگر اینکه قانونگذار در این ماده اشاره‌ای به اجرای قاعده در مبیع کلی فی الذمه نکرده است از اینرو با توجه به مطالب گفته شده، به نظر می‌رسد باید قاعده و ماده‌ی قانونی را در مواردی که مبیع کلی فی الذمه است جاری ندانیم. از دیگر مسائلی که در این ماده اشاره‌ای به آن نشده و ناچار باید به مبانی فقهی قاعده رجوع کرد این است که اگر خيار مجلس و حيوان و شرط مختص مشتری باشد، اما بایع هم صاحب خياری چون عیب یا غبن یا تأخیر ثمن باشد آیا قاعده‌ی جاری است و یا خیر؟ در این خصوص هم به نظر می‌رسد با توجه به استثنایی بودن قاعده و اکتفا به قدر متیقن و مطالبی که قبلاً بیان شد باید قائل به این باشیم که

مفاد ماده را جاری ندانیم و تلف مبیع بر عهده مشتری باشد، گرچه ظاهر این ماده این امر را نمی‌رساند و موضوع ماده «خيارات سه گانه» و اختصاص خيارات سه گانه به مشتری می‌باشد خواه طرف دیگر و بایع خيار دیگری داشته باشد، خواه نداشته باشد و به همین جهت اشکال بر قانونگذار در توجه و بیان قاعده وارد است چرا که ترجمه و شرح ساده قاعده این است که «اگر یکی از طرفین خيار مجلس یا شرط یا حیوان داشت و طرف مقابل خيار و حق فسخی نداشت، ضامن تلف است» نه این که «اگر یکی از طرفین خيارات سه گانه را داشته باشد ضامن تلف نیست» آنگونه که در ماده ۴۵۳ ق.م بیان شده است. و همانطور که بیان شد مراد از «من لایخار له» کسی است که هیچگونه خیاری نداشته باشد و بیع از جانب او مستقر باشد. بنابراین اگر بایع هم حق فسخ معامله را داشت، نباید ضامن تلف برعهده او قرار گیرد. نکته‌ی آخر اینکه گرچه قانونگذار صریحاً بیان نکرده است که با تلف مبیع در زمان خيار مختص مشتری بیع منفسخ می‌شود و مراد از ضامن بایع هم همین است، اما با توجه به مبانی مطالبی که گفته شد از جمله این مسأله که این ضامن ادامه‌ی ضامن معاوضی تلف مبیع قبل از قبض است که انفساخ مبیع را در پی دارد. در اینجا هم باید قائل به انفساخ بیع یک آن قبل از تلف در زمان خيار مختص مشتری باشد. اکثر فقها بر این نکته تصریح کرده‌اند که حکم یاد شده خلاف موازین و قواعد اولیه است و استثنایی بر اصل تملک مشتری به نفس عقد محسوب می‌شود؛ زیرا طبق اصول و قواعد اولیه، مالی که فروخته شده و توسط خریدار قبض گردیده، در صورت تلف شدن، باید از مال مالک آن (مشتری) محسوب شود. بنابراین، توجه حکم ضامن بر مبنای اصول کلی معاملات دشوار است و چون چنین اعتقادی در فقه، تعبدی است و از باب تمسک به روایات رسوخ و نفوذ پیدا کرده است، موارد شمول آن را باید محدود کرد

البته همان‌طور که گفته شد، مطابق نظریه کسانی که تملک را منوط به انقضای خيار میدانند، حکم مذکور مطابق قاعده است؛ ولی این نظریه موجه نیست؛ زیرا به عقیده مشهور، اگر چه خیاری بودن عقد، موجب نفی مالکیت مطلق است، با توجه به موازین کلی و تملیکی بودن عقد بیع، موجب تزلزل مالکیت نیست. به علاوه فسخ عقد نیز در آینده مؤثر است و رافع آثار مالکیت در زمان تلف نیست. پس همان گونه که منافع مبیع از آن خریدار است، تلف نیز باید از دارایی او محسوب شود. بعضی دیگر فرموده‌اند چون روایات وارده حکم را فقط درباره خيار حیوان و نیز بیعی که موضوع (مبیع) آن حیوان باشد تجویز کرده‌اند، تعدی از مورد روایت - با توجه به تعبدی بودن مفاد قاعده والحقا خيارات دیگر - حتی خيار شرطی که موضوع آن غیر حیوان باشد - موجه و منصفانه نیست؛ زیرا روایت دلالت دارد که تلف حیوان در زمان خيار حیوان یا در حالت وجود خيار شرط، از مال بایع محسوب می‌شود و ذکر خيار شرط به طور مطلق در ذیل روایت - چه مبیع حیوان باشد و چه غیر

حیوان - بر این مطلب دلالت ندارد که در خيار شرط مختص به مشتری، تلف از مال بایع محسوب شود، اگر چه مبیع حیوان نباشد؛ زیرا صدر روایت، ذیل آن را مقید می‌کند و با توجه به اینکه سؤال و جواب صدر روایت به مبیع حیوان ناظر است، مفاد ذیل روایت مطلق نخواهد بود. مشهور فقها از لفظ «شرط» مقید در ذیل روایت، مطلق خيار را استنباط کرده و با ملحق کردن خيار شرط به خيار حیوان گفته‌اند که ضامن تلف مبیع در زمان خيار حیوان یا خيار شرط - چه مبیع حیوان باشد و چه نباشد - چنانچه خيار مختص به مشتری بوده و مبیع قبض شده باشد، بر عهده بایع خواهد بود.

مشهور فقها از لفظ «شرط» مقید در ذیل روایت، مطلق خيار را استنباط کرده و با ملحق کردن خيار شرط به خيار حیوان گفته‌اند که ضامن تلف مبیع در زمان خيار حیوان یا خيار شرط - چه مبیع حیوان باشد و چه نباشد - چنانچه خيار مختص به مشتری بوده و مبیع قبض شده باشد، بر عهده بایع خواهد بود. دیگر در کلام شیخ این است که طبق ظاهر روایت و به ویژه مفهوم واژه «حتی»، ضمانی که قبل از قبض مبیع ثابت بوده تا زمانی که مبیع به نحو لزوم از آن مشتری شود استمرار دارد و این معنی مختص خيار مجلس، شرط و حیوان است؛ اما خيارات

دیگر مانند غبن، عیب، رؤیت، تخلف از شرط، تفلیس مشتری و تبعض صفقه، اگر چه موجب تزلزل مالکیت (عقد) می‌شوند، تزلزل ناشی از آنها بعد از لزوم عقد و تملک کامل مبیع توسط مشتری پدید می‌آید نه از ابتدای عقد. بنابراین، روایت شامل بیع متزلزلی که مسبوق به لزوم

بوده، نمی‌شود و روایت یاد شده اختصاص به خيارات سه گانه گفته شده دارد. علاوه بر استدلال شیخ انصاری در شمول حکم نسبت به خيار مجلس، میتوان گفت که ملاک در شمول روایت به اقسام خيارات- همان طوری که از ظاهر روایت نیز برمی‌آید- خياراتی است که هر یک به نوعی در ظرف زمان قرار می‌گیرند و مقید به قید زمان هستند و پر واضح است که این دسته از خيارات به دلایل زیر منحصر به خيارات سه گانه فوق است: دلایل انحصار خيارات ثلاث ← دلیل اول در خيار مجلس مادام که متبایعین با اراده آزاد از هم جدا نشده‌اند، می‌توانند معامله را فسخ کنند. ← دلیل دوم مطابق خيار حیوان، مشتری در ظرف سه روز پس از عقد، حق دارد بیع حیوان را فسخ کند. ← دلیل سوم در خيار شرط که مدت آن بسته به تراضی طرفین است و سایر خيارات، به محض حدوث و پیدایش موجب خيار- برای مثال غبن، عیب یا تدلیس- طرفی که حق خيار دارد باید به فوریت از حق خود استفاده کند والاخيار ساقط خواهد شد. بنابراین در مورد چنین خياراتی نمی‌توان تلف شدن مبیع را در زمان خيار تصور کرد.

۳- نتیجه

همانگونه که گفته شد اگر مبیع بعد از انعقاد عقد و قبل از تسلیم به مشتری تلف گردد آن هم در اثر آفات سماوی یعنی حوثث خارجی، عقد منفسخ می‌شود. حال اگر مبیع در زمان خيار مختص تلف گردد نیز بیع منفسخ شده، بایع باید ثمن را مسترد دارد زیرا در حقیقت مفاد این قاعده آن است که ضمان معاوضی که قبل از تسلیم مبیع به عهده بایع بوده پس از تسلیم آن به مشتری در مدت خيار مختص به مشتری نیز باقی خواهد ماند و پس از انقضای مدت مزبور این ضمان به مشتری منتقل می‌شود. اثر بقای ضمان معاوضی بر عهده بایع، انفساخ عقد در فرض تلف است بدین نحو که لحظه‌ای قبل از تلف مبیع به ملکیت بایع در می‌آیند و در ملک او تلف شده و عقد منفسخ می‌شود در نتیجه بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند و هرگاه مشتری آن را نپرداخته باشد از آن بری خواهد بود. با توجه به تعبدی بودن مفاد قاعده و پیروی قانون مدنی از فقه و با استفاده از مفاد روایات و اخبار و احادیث تلف در قاعده التلّف فی زمن الخیار شامل تلف سماوی و طبیعی است و باتوجه

که قاعده خلاف مالکیت است باید در تفسیر آن به قدر متیقن اکتفا نمود و انرا تنها شامل خيارات سه گانه مجلس، شرط و حیوان نمود. قانونگذار ایران نسبت به اختصاص قاعده به خيارات سه گانه در ماده ۴۵۳ ق.م نظریه‌ی نهایی شیخ انصاری را قبول کرده و در ماده ۴۵۳ مقرر داشته است که هرگاه در بیع، خيار حیوان یا خيار شرط یا خيار مجلس وجود داشته باشد و این خيار مختص مشتری باشد و در مدت خيار، مبیع تلف شود، این تلف از اموال بایع محسوب می‌شود.



References

- Tababaei, Seyyed Mohammad Sadegh, Khosrowabadi, Nasrallah,(2009), jurisprudential review of the rule of loss of sale in the time of cucumbers, 6th year, 19th issue.
- Olomi Yazdi, Hamidreza(2010), the concept of risk and its relationship with the transfer of ownership and risk (guarantee in exchange) in the contract of sale.
- Arabian, Asghar, Khodabakhshi, Hassan,(2012), Guarantee of exchange and its effects in the rule of loss of sale before receipt, Pezohesh Nameh Fiqh and Islamic Law, Year 5, Number 10,Pp. 27-51.
- Chekandinejad, Ali,(2013), the ruling on the loss of the transaction in the time of option.
- Bariklo, Alireza, the condition of performance of the seller's obligation to the submission of the buyer, 10th year, number 38.
- Bayat, Farhad, Bayat, Shirin,(2018), Comprehensive Description of Civil Law, 17th edition.
- Hashemi Rad, Mohammad, reviewing the principle of loss (al-talaf fi zaman al-khiyar la khiyar lahu) in terms of the three concepts of loss, choice, and time.
- Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa,(2012), Jurisprudence Rules, Volume 2.
- Heydari, Hossein, Mehrdost, Sadegh, (2019),transfer of exchange guarantee in the contract of carriage of sold goods, Interdisciplinary Research Quarterly