

تلف مبیع پیش از قبض (ضمان معاوضی) (بخش نخست)

مرتضی محمد حسینی طرقی^۱

اشاره

هرچند در حقوق ما عقد بیع تملیکی است و با بسته شدن آن، خریدار مالک مبیع و فروشنده، مالک ثمن می‌شود. اما، برای مشتری، هدف غایی از انعقاد عقد بیع، دریافت مبیع است (نه صرفاً انتقال مالکیت). بنابراین، برای تسلیم نشدن مبیع، در فرضی که عین خارجی است و بدون وجود هرگونه تقصیر و اهمال از سوی بایع، از میان می‌رود، ضمان معاوضی کماکان به عهده فروشنده باقی است تا عمل تسلیم تحقق یابد.

اهمیت موضوع از آن جهت است که این قاعده، علاوه بر معاملات داخلی، در نظام بیع بین‌المللی کالا نیز مورد استناد، توجه و بهره‌برداری قرار می‌گیرد. زیرا در این گونه معاملات، پرداخت ثمن و دریافت مبیع آن صورت نمی‌گیرد و بین بستن عقد و تحویل کالا، معمولاً تقارن زمانی وجود ندارد و تلف مبیع در این اثناء، مسائلی را در پی خواهد داشت که شناسایی مبنای حقوقی، احکام و فروع گوناگون آن، انگیزه‌ای برای انتخاب مقاله حاضر گردید.

در این نوشتار، ابتدا سعی شده است، از روایات و عقل به عنوان مدارک و مستندات قاعده تلف مبیع پیش از قبض سخن گفته شود، سپس مفهوم و آثار این قاعده در بیع داخلی و بین‌المللی کالا و میزان دلالت آن مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و سرانجام یافته‌های این تحقیق در چند بند احصاء شود.

واژگان کلیدی: تلف، مبیع، قبض، انتقال، ضمان، معاوضی، بیع، بین‌المللی

مقدمه

می‌توان برای مشتری، تسلیم مبیع را رکن اصلی معامله و هدف غائی از انعقاد عقد بیع دانست. زیرا عموماً خریدار عقد بیع را برای دریافت مبیع منعقد می‌کند و تا هنگامی که این امر تحقق نیافته، مشتری به مقصود نهایی خود نائل نگردیده است و عدم تسلیم آن از سوی فروشنده، موجب ورود خسارت، به خریدار خواهد بود.

برای تسلیم نشدن مبیع، در فرضی که عین خارجی است، دلایل گوناگونی می‌توان ذکر نمود، مثل اینکه مبیع با تقصیر (تفریط یا تعدی) و اهمال فروشنده، تلف شود یا توسط شخص ثالث از بین برود یا به وسیله خریدار تلف گردد و یا بدون وجود هرگونه تقصیر و اهمال از سوی بایع، از میان برود که در این نوشتار تنها این قسمت، مورد بحث ما خواهد بود. یعنی، موضوع، ناظر به موردی است که مبیع، قبل از تسلیم به خریدار، بر اثر حوادث قهری و خارجی، آنهم بدون تفریط یا تعدی و اهمال فروشنده، تلف می‌شود و در حالی که مالکیت مبیع بر اثر عقد به مشتری منتقل شده است، بیع منفسخ می‌گردد و ثمن بایستی به خریدار مسترد شود. به بیان دیگر، با وجود اینکه عقد بیع تملیکی است (ماده ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و به محض وقوع آن، خریدار، مالک مبیع می‌شود. اما، ضمان معاوضی کماکان به عهده فروشنده باقی است تا عمل تسلیم تحقق پیدا کند.

در فقه، قاعده معروف: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»، در حقوق ما، ماده ۳۸۷ قانون مدنی و در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، موسوم به: «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول»^۱، ماده ۶۶ تا ۷۰، به نحوی از موضوع مورد بحث ما، سخن می‌گویند. بدین ترتیب، امروزه، این قاعده، علاوه بر معاملات داخلی، در بیع بین‌المللی کالا نیز مورد استناد، توجه و استفاده، قرار می‌گیرد. زیرا نه تنها عقد بیع به اتباع یک کشور محدود نمی‌شود؛ بلکه، در معاملات روزمره داخلی و بین‌المللی (که بیشتر در قالب بیع انجام می‌گردد) همیشه پرداخت ثمن و دریافت مبیع، آن‌ا صورت نمی‌گیرد و گاهی فاصله بین انجام معامله و تحویل کالا، به روزها و ماه‌ها می‌رسد و در این

1. Un Convention on contracts for the international sale of Goods (1980).

اثنا، ممکن است، مبیع به قبض مشتری داده نشده و همچنان مورد معامله، در اختیار فروشنده باشد و تلف مبیع در این فاصله چه قهراً و یا به طور غیرقهری، مسائلی را در پی خواهد داشت که شناسایی احکام و فروع مختلف آن بررسی همه جانبه‌ای را می‌طلبد.

مهم‌ترین ماده‌ای که در تلف مبیع پیش از قبض یا ضمان معاوضی و یا ریسک ناشی از تلف، در حقوق ما دیده می‌شود، ماده ۳۸۷ قانون مدنی است. راجع به مبنای حقوقی این ماده، در فقه و حقوق کشورمان دو نظریه متفاوت دیده می‌شود که انتخاب هر یک از آنها، آثار ویژه خود را خواهد داشت. اگر مبنای حکم مندرج در ماده یاد شده را یکی از اصول حقوقی بدانیم، نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که این حکم اختصاص به مبیع و عقد بیع نخواهد داشت و بایستی آن را در مورد تلف ثمن پیش از قبض و حتی در عقود معوض دیگر، مانند صلح هم جاری نمود. ولی، هرگاه این قاعده را ویژه عقد بیع و مبیع بدانیم، دیگر نمی‌توانیم آن را به مورد ثمن و سایر عقود معوض سرایت دهیم و ناگزیر باید آن را حکمی استثنایی تلقی نموده و با تفسیر مضیق، تنها آن را در مورد نص، به کار ببریم. برای بحث پیرامون این موضوع و مسائل فراوان دیگری که در کنار آن قابل طرح خواهد بود. سه مبحث منظور کرده‌ایم: در مبحث نخست، مدارک و مستندات قاعده تلف مبیع پیش از قبض را که عمدتاً روایات و عقل است، بررسی می‌کنیم، در مبحث دیگر، ابتدا مفهوم و آثار این قاعده را در بیع داخلی بیان می‌کنیم و سپس در همین راستا، اشاراتی نیز به بیع بین‌المللی کالا خواهیم داشت و سرانجام در مبحث سوم، از میزان دلالت قاعده سخن می‌گوییم.

مبحث نخست - مدارک و مستندات

گفتار نخست - روایات

برای حجیت قاعده: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، در قرآن مجید به عنوان اولین منبع فقه و حقوق اسلامی، آیه‌ای دیده نمی‌شود. لیکن، مدارک و مستندات دیگری برای دلالت و اعتبار این قاعده وجود دارد که به احادیث، عقل و سیره و اجماع، می‌توان اشاره کرد. به دلیل دوم و سوم بعداً می‌پردازیم و در این گفتار به روایاتی که برای

حجیت این قاعده آمده است، استناد می‌کنیم و در این راستا دو روایت می‌آوریم که اولین آنها، حدیثی نبوی است و روایت دوم، از امام جعفر صادق (ع) می‌باشد:

الف - روایت پیامبر (ص)

از پیغمبر اکرم (ص) نقل شده است که: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»^۱، یعنی، هر مبیعی که پیش از قبض تلف شود از مال فروشنده تلف شده است. بنابراین، مستفاد از این خبر، با حدوث تلف مبیع پیش از قبض، عقد خود به خود منحل و منفسخ می‌شود و بایستی عوض، به مالک قبل از عقد برگردد.

ب - روایت امام جعفر صادق (ع)

حدیث دیگری که می‌توان آن را پشتوانه این قاعده دانست، روایت عقبه بن خالد است که از امام ششم (ع) سؤال می‌کند: «فی رجل اشتری متاعاً من رجل و أوجبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، قال: أتیک غداً انشاءالله فسرق المتاع من مال من یکون؟ قال: من صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه، فاذا خرجه من بینه فالمتاع ضامن لحقه حتی یردّ ماله الیه»^۲، یعنی، مردی کالایی از دیگری می‌خرد و بیع لازم می‌شود، مشتری کالا را نزد فروشنده باقی می‌گذارد و آن را قبض نمی‌کند و گفته است ان شاءالله فردا خواهم آمد و کالا سرقت می‌شود. از مال چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: از مال صاحب آن کالا که در منزلش مانده است خواهد بود تا اینکه آن را به خریدار تحویل دهد و از خانه خارج کند، خریدار ضامن خواهد بود تا اینکه مال او را برگرداند.

همان‌گونه که دیدیم مفاد هر دو روایت دلالت دارد که تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی به عهده فروشنده است، نه خریدار (هرچند که به اعتقاد ما مشتری از زمان

۱. ر.ک: آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی - *القواعد الفقهیه*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الجزء الثانی، تاریخ النشر: ۱۳۷۱ هـ.ش، ص ۶۵ به بعد. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه (به نقل از ابن ابی جمهور احسانی در «غوالی اللثالی»)، نشر میعاد، پاییز ۱۳۷۲، ص ۲۸۹.
 ۲. الشیخ محمدبن الحسن الحر العاملی، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، مکتبه الاسلامیه ب طهران، الطبعة السادسة، ۱۴۰۳ هجری قمری، ج ۱۲، کتاب التجارة، ص ۳۵۸.

انعقاد عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود). اما، ممکن است این روایات از لحاظ سند مورد ایراد قرار گیرد. مع‌ذلک، در مورد حدیث اول گفته شده است که: «تمامی فقهای عظام به آن عمل کرده‌اند.»^۱ روایت دوم هم «از حیث دلالت خوب است»^۲.

گفتار دوم - اجماع

در مورد اجماع که به عنوان یکی از منابع فقه، از آن اسم برده شده است، حجیت آن هنگامی تحقق می‌یابد که مجتهدین در یک مسئله‌ای از امور دینی، نظر واحدی داشته باشند و از این اجماع است که فهمیده می‌شود، نظر شارع مقدس اسلام نیز همین می‌باشد. اما، پرواضح است که وقوع این امر، کاری بس مشکل و حتی می‌توان گفت امکان حصول آن تا حدودی غیرممکن می‌نمایند.

از نظر علمای ما، حجیت اجماع از آن جهت نیست که در آن اتفاق آراء مجتهدین وجود دارد. بلکه، کاشفیت از قول پیامبر (ص) و امامان (ع)، مناط اعتبار است. لیکن، از نظر علمای اهل سنت، اگر علمای اسلامی در یک زمان بر امری از امور دینی وحدت نظر پیدا کنند، چون ممکن نیست همه آنها با همدیگر اشتباه نمایند، حتماً نظرشان درست است و مانند حکم خداست. به بیان دیگر، در مشرب علمای اهل سنت، حجیت آنان بدین جهت است که، «چنانکه پیغمبر اسلام (ص) فرموده: امت اسلام به خطا و باطل اتفاق نمی‌کنند.»^۳ (لا تجتمع امتی علی الخطاء).

با این یادآوری، می‌بینیم که اجماع مانند قرآن و سنت نیست که به تنهایی حجیت داشته باشد. بلکه، به عقیده ما، اجماع محصل است که می‌تواند کاشف از قول معصوم بوده و دلالت داشته باشد و «منظور اجماعی است که فقیه در آن مباشرتاً به تبع اقوال فقها و علما مبادرت ورزیده و به یکی از طرق ذکر شده به رأی معصوم نائل گردد.»^۴ بنابراین، چون روایات یاد شده، در خصوص موضوع آمده است، اجماع مستقلاً ارزش ندارد و به

۱. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۲۸۹.

۲. همان، ص ۲۹۰.

۳. دکتر ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پانزدهم، پاییز ۱۳۸۱، ص ۱۸۰.

۴. منبع پیشین.

خودی خود نمی‌تواند به عنوان یک دلیل برای حجیت قاعده مورد بحث، منظور شود. نکته‌ای که در اینجا مناسب است بیان شود، این است که، اگر مستند قاعده را اجماع بدانیم، قدر متیقنی که از دلالت اجماع حاصل می‌شود، عقد بیع است. یعنی، قاعده تلف مبیع قبل از قبض فقط در عقد بیع ممکن است مصداق داشته باشد و در سایر عقود و معاملات معاوضی نمی‌تواند جاری شود. ولی، در مباحث آینده، خواهیم دید که این قاعده، علاوه بر عقد بیع، در معاملات معاوضی دیگر نیز جاری و ساری است.

گفتار سوم - بنای عقلا و سیره مسلمین

امروزه به عقل، به عنوان یکی از چهار دلیل فقهی و منبع استخراج و استنباط احکام اسلامی، خصوصاً در مذهب شیعه نگریسته می‌شود و این در حالی است که در نصوص شرعی ما و در آثار علمای فقه و اصول در اوایل اسلام، عقل، چنین اهمیتی نداشته است و هرچه به زمان معاصر نزدیک‌تر می‌شویم، مشاهده می‌کنیم که دلیل عقلی پررنگ‌تر و نمایان‌تر می‌شود، به طوری که این قاعده اصولی مطرح گردیده است که: «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل». اما، هم‌چنان برخی این ملازمه را مخدوش می‌دانند و با ذکر مثال‌هایی این قاعده را رد می‌کنند و نتیجه می‌گیرند که: «ملازمه‌ای بین حکم عقل و شرع وجود ندارد.»^۱

در حقوق ما که طبق قسمت اول ماده ۳۶۲ قانون مدنی، به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود، نخستین معنایی که به ذهن می‌رسد این است که بعد از بستن عقد، چه مبیع قبض شده یا نشده باشد، باید تلف از ملک مشتری باشد؛ چون مبیع از ملکیت فروشنده جدا شده و به ملکیت خریدار پیوسته است. ولی، اگر واقع‌بینانه و دقیق‌تر به موضوع بنگریم و عدل و انصاف و واقعیات جامعه را لحاظ کنیم، می‌بینیم که عقلای جامعه، در معاملات معاوضی که انجام می‌دهند و همان دادوستد است، اگر مبیع را می‌دهند، در مقابل آن، ثمن می‌گیرند و یا برعکس، بها را می‌دهند که مبیع را به دست

۱. استاد سیدمصطفی محقق داماد، *اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه*، انتشارات اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، سال ۱۳۶۳، صص ۱۰۱ و ۱۰۲.

آورند. به بیان دیگر، از جهت اقتصادی، عقلایی نیست که مشتری قیمت را به بایع بدهد، ولی در قبال آن، کالا یا چیزی را دریافت نکند، حتی اگر آن مبیع بدون تقصیر و اهمال فروشنده تلف شود. زیرا خریدار به امید دریافت کردن مبیع حاضر شده که تمام یا بخشی از ثمن را به فروشنده بپردازد و در حالی که مرتکب تقصیری نشده است، عقلاً نباید در چنین وضعیتی وی را از دریافت ثمن خود هم محروم ساخت و ضمان معاوضی را بر او تحمیل کرد. این امر چون با عقل و تا حدودی منطق هم عجین شده است، زمان و مکان نمی‌شناسد، به طوری که امروزه، به ویژه در معاملات بین‌المللی، که کالا، با کامیون، قطار، کشتی یا هواپیما و غیره به مسافت‌های دور حمل می‌شود و در این اثناء همواره در معرض خطر از میان رفتن است، نمی‌توان گفت، همین که معامله انجام شد، ضمان به خریدار منتقل می‌شود و در صورت تلف مبیع پیش از قبض، مال تلف شده و ضمان معاوضی به مشتری تحمیل می‌گردد.

مطالب یاد شده، راجع به مسلمین هم صادق است. زیرا مسلمانان هم از عقلاً هستند و سیره مسلمین نیز همواره چنین بوده است که هرگاه، مبیع قبل از اینکه مشتری آن را دریافت کند، تلف شود، تلف را متوجه فروشنده می‌دانند، نه خریدار «و چون این رویه به زمان معصوم (ع) متصل می‌گردد، لذا حجیت شرعیه دارد.»^۱

به علاوه، رویه جاری مسلمانان، این قاعده را غیر از عقد بیع، در سایر معاملات معوض نیز جاری می‌دانند. یعنی، اگر کالا قبل از تحویل و تسلیم به طرف، بدون تعدی و تفریط انتقال دهنده هم تلف شود، مال تلف شده را از اموال مالک قبل از معامله می‌دانند.

مبحث دوم - مفهوم، شرایط و آثار قاعده و ضمان معاوضی

گفتار نخست - مفهوم و شرایط

الف - مفهوم قاعده

برای رسیدن به معنا و مفهوم قاعده: «تلف مبیع پیش از قبض» بهتر است، معانی واژه‌های مبیع، تلف و قبض را بررسی کنیم. مبیع، کلمه‌ای عربی، اسم مفعول و در لغت

یعنی: «چیزی که فروخته شده، خریده شده و فروخته شده.»^۱ و معنای اصطلاحی آن نیز از معنای لغوی دور نیفتاده است و منظور از مبیع، همان مثنی یا معوض است. تلف، کلمه‌ای عربی و مصدر است، به معنای «هلاک شدن، نیست شدن، تباه شدن»^۲ و اصطلاحاً نیز، تلف در همین معنی استعمال می‌شود. اینک باید دید آیا نیست شدن، فقط شامل عین است یا می‌تواند اوصاف آن را هم دربرگیرد؟ این بحثی است که به زودی و در گفتار آینده بررسی خواهیم کرد.

قبض هم واژه‌ای عربی و مصدر است، یعنی: «گرفتن، به دست گرفتن».^۳ در مورد این کلمه نیز، می‌بینیم که بین مفهوم عرفی و لغوی آن، اختلاف و تفاوتی دیده نمی‌شود، منظور از قبض این است که مبیع در اختیار و استیلاء مشتری قرار بگیرد. البته، قبض دادن مبیع بستگی به نوع مال دارد. یعنی، اگر منقول باشد، با تحویل آن، قبض انجام می‌شود. ولی، اگر مال غیرمنقول باشد، ممکن است با تخلیه و یا تحویل کلید به مشتری، تحقق یابد. لازم به یادآوری است که قانون مدنی، ماده ۳۶۷ به بعد را، به تسلیم اختصاص داده، طبق مفاد این ماده، تسلیم، دادن مبیع به تصرف خریدار و قبض، استیلاء مشتری بر مبیع است. به بیان دیگر، تسلیم، تعهد فروشنده می‌باشد و قبض، عمل خریدار به استیلاء بر مبیع، محسوب می‌گردد. بنابراین، با قبض مبیع از سوی خریدار، ضرورتی به تسلیم آن از طرف فروشنده نیست و در اینجا نباید این قاعده مطرح شود.

این مبحث موجب شده است، برخی بگویند، عنوان صحیح مبحث مذکور، باید تلف مبیع قبل از تسلیم باشد، نه تلف مبیع قبل از قبض.^۴ زیرا برای تحقق ایفای تعهد، در اختیار نهادن مورد تعهد کافی است (ماده ۳۶۸ ق.م.)

همان‌گونه که قانون مدنی مقرر می‌کند: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض

۱. استاد سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ناشر: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چاپ دوم، زمستان ۱۳۶۶، ص ۱۹۱.
۲. حسن عمید، فرهنگ عمید (سه جلدی)، انتشارات امیرکبیر، سال ۶۳، جلد سوم، ص ۲۱۵۹.
۳. همان، جلد اول، ص ۷۲۰.
۴. دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ناشر: کانون وکلای دادگستری، چ سوم، ۱۳۷۳، ص ۷۹.

معلوم.» (ماده ۳۳۸) و از آثار بیع صحیح این است که به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. (بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) ولی، مفهوم قاعده تلف مبیع پیش از قبض این است که هرگاه بعد از انجام معامله و قبل از آنکه فروشنده مبیع را به مشتری تسلیم کند، مئمن بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، تلف از مال فروشنده محسوب می‌شود، نه از ملک مشتری. یعنی، مال خریدار تلف می‌گردد. ولی، این تلف به حساب بایع گذاشته می‌شود، که این حکم در نگاه نخست، با اصول و قواعد حقوقی مطابقت نمی‌کند و به بیان دیگر، به نظر می‌آید که برخلاف اصل است. اما، با مذاقه بیشتر، نتیجه دیگری حاصل می‌شود که در گذشته به آن اشاره شد و در ادامه بیشتر مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت. در مورد مقدار دلالت این قاعده، بحث‌های مختلفی صورت گرفته است، از جمله اینکه آیا تلف حسب ظاهر حدیث نبوی فقط شامل مبیع است یا مبیع خصوصیتی ندارد و می‌توان ثمن را نیز مشمول قاعده تلقی کرد؟ و یا اینکه آیا این قاعده فقط در مورد عقد بیع جاری است یا شامل عقود و معاملات معوض دیگر هم می‌شود؟ و سرانجام آیا منظور از تلف، تلف خود عین است یا علاوه بر عین، عوارض و اوصاف عین را هم دربرمی‌گیرد؟ به این مسائل در مباحث آتی خواهیم پرداخت و در اینجا اختصاراً می‌گوییم که دامنه این قاعده می‌تواند توسعه یابد و سایر معاملات معاوضی را هم شامل شود، همان‌گونه که بعضی بزرگان گفته‌اند: «لا اختصاص لهذه القاعدة بالبيع بل تجری فی جمیع العقود المعاوضیة...»^۱ لذا، قاعده مانحن فیه، می‌تواند ثمن و حتی اوصاف عین را هم تحت شمول خود درآورد.

ب - مفهوم ضمان معاوضی

ضمان (بر وزن زمان) واژه‌ای عربی، مصدر و به معنای: «قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری، و التزام اینکه هرگاه چیزی از میان رفت مثل یا قیمت آن را بدهد».^۲ و معاوضه هم کلمه‌ای عربی و مصدر است به معنای: «با هم دو چیز را عوض کردن، چیزی

۱. آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، همان، ص ۶۹

۲. حسن عمید، همان، جلد ۲، صص ۱۶۵۰ و ۱۶۵۱.

گرفتن و عوض آن را دادن.»^۱ و ضمان معاوضی که به معنای ضمان معاوضه است و از آن به: ضمان به عوض، ضمان به عوض المسمی، ضمان مسمی، ضمان العقود، ضمان معاوضه، ضمان معامله، ضمان به مسمی، ضمان به ثمن^۲ هم اسم برده شده است. اصطلاحاً یعنی: «تلف یا اتلاف موضوع معامله به حکم قانون، موجب ضمان گردد و ضمان ضامن از همان مال تلف شده حساب شده، این ضمان را ضمان معاوضی گویند.^۳ بدین ترتیب، موارد ضمان قهری، یعنی موارد مندرج در ماده ۳۰۷ قانون مدنی، از بحث ما خارج می‌شود. زیرا منظور ما از ضمان معاوضی در عقود معوض است که تلف قهری و فرس‌ماژور (Force Major) باعث منفسخ شدن خود به خودی قرارداد خواهد شد و در این حالت تعهد فروشنده ساقط می‌گردد. (چون عمل به انجام تعهد منتفی می‌شود) و انتقال دهنده مال تلف شده، بایستی عوض را به خریدار مسترد کند. به بیان روشن‌تر، هرگاه مبیع قبل از تسلیم به خریدار، بدون تقصیر و اهمال فروشنده بر اثر حادثه‌ای تلف شود، ضمانتش برعهده بایع است و وی باید ثمنی را که بابت مال تلف شده از خریدار گرفته، به او بازگرداند. یعنی، مفهومی که در قسمت اول ماده ۳۸۷ قانون مدنی، از آن اسم برده شده است.

پ - شرایط اعمال قاعده و ضمان معاوضی ناشی از مطالبات فرنگی

برای اعمال قاعده و تحمیل خطر ناشی از تلف مبیع به فروشنده، شرایطی لازم است که به پاره‌ای از آنها صراحتاً در ماده ۳۸۷ ق.م. اشاره شده و برخی از آنها استنباطی است:

۱- تلف مبیع قبل از تسلیم باشد.

به این شرط، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، صراحتاً اشاره نموده و نقش تسلیم را، در واقع انتقال ضمان معاوضی دانسته است. با این مفهوم، اگر مبیع پس از تسلیم به خریدار تلف

۱. همان، ج ۳، ص ۲۲۷۰.

۲. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی*، کتابخانه گنج دانش، ج سوم، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۴۱۶.

۳. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ناشر کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ص

شود، اصولاً تلف بر عهده مشتری می‌باشد. البته، آن گونه که ماده ۴۵۳ قانون مدنی پیش‌بینی کرده، در خیار مجلس و حیوان که ویژه عقد بیع است (ماده ۴۵۶ ق.م.و هم‌چنین خیار شرط، اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار مختص مشتری از بین برود، تلف مبیع در مدت خیار هم به عهده بایع خواهد بود. یعنی در این حالت، بیع منفسخ و ثمن بایستی به خریدار مسترد شود.

هرگاه فروشنده برای تسلیم مبیع به مشتری مراجعه کند و در اثر امتناع او از دریافت مبیع، ناگزیر به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نماید، تلف از مال خریدار خواهد بود. چون، با مراجعه، ضمان بایع زائل و از آن پس، متصرف امین تلقی می‌شود و حتی اگر بدین ترتیب، مبیع نزد حاکم تلف شود، باید گفت، بایع مسئولیتی ندارد (مگر اینکه امین تعدی یا تفریط یا اهمال کرده باشد). این بحثی است که از قسمت پایانی ماده ۳۸۷ قانون مدنی و کلیات دیگر به دست می‌آید.

۲- تلف بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع باشد.

دومین شرطی که قانون مدنی (ماده ۳۸۷) در مورد آن سخن گفته، این است که مبیع، بدون تقصیر و اهمال بایع، یعنی در اثر قوه قهریه و حادثه خارجی (مانند سیل و زلزله)، آن هم قبل از تسلیم، تلف شده باشد. یعنی، اگر مبیع بر اثر تعدی، تفریط و یا اهمال فروشنده تلف شده باشد، از شمول قاعده مورد بحث، خارج است و شامل ضمان قهری می‌باشد که در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی، حسب مورد به آن پرداخته شده است. نتیجتاً، در اینجا عقد منفسخ نمی‌شود و بایع بایستی بدل مال تلف شده را به مشتری بپردازد.

۳- مبیع بر هنگام تلف، عین معین باشد.

هرچند در ماده ۳۸۷ قانون مدنی، به این شرط اشاره‌ای نشده، اما می‌دانیم که مبیع در یک تقسیم‌بندی، یا کلی است و یا معین. هرگاه مبیع کلی فی‌الذمه باشد، انتقال مالکیت به خریدار، یا قبض تحقق می‌یابد. یعنی، اگر فردی از افراد مبیع کلی را که بایع انتخاب و جدا کرده است، تلف شود، او می‌تواند به جای آن، فرد دیگری را تهیه و یا انتخاب و تسلیم نماید و در موردی که تمامی افراد کلی تلف شوند، چون قبل از تعیین فرد مبیع، تملک

انجام نمی‌شود، انفساخ عقد منتفی است و عقد بیع از اول باطل می‌گردد. بدین ترتیب، ناگزیر بایستی برای جاری شدن این قاعده، معتقد باشیم که در ماده ۳۸۷ قانون مدنی و قاعده یاد شده، مبیع باید در موقع تلف، عین معین باشد. به علاوه، همان‌گونه که برخی گفته‌اند: از سابقه تاریخی موضوع و قواعد کلی معاملات هم به آسانی می‌توان این شرط را استنباط کرد.^۱

تلف جزء مبیع، عیب آن و یا اتلاف مبیع به وسیله فروشنده یا خریدار و یا شخص ثالث، بحث مستقلی را می‌طلبد که در جای خود، مورد طرح قرار خواهد گرفت.

گفتار دوم - تحلیل قاعده و آثار آن

الف - تحلیل قاعده

برای بررسی و تحلیل قاعده جنجالی تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی که ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تجلی آن در حقوق ما و خصوصاً قانون مدنی است، ایجاب می‌نماید که بحثی موجز را در این باره مطرح کنیم و برای شروع بحث ابتدا نص این ماده را ذکر می‌کنیم، سپس تعریف عقد بیع را می‌آوریم، آنگاه زمان انتقال مالکیت مبیع و ثمن را یادآوری می‌نماییم و سرانجام از قاعده‌ای سخن می‌گوییم که تلف هر مالی را، از ملک مالکش می‌داند.

وفق 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 اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» و به موجب بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون یاد شده: به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود و مطابق یک قاعده فقهی: «من له الغنم فعلیه الغرم» (کسی که از مالی بهره‌مند می‌شود، زیان هم برعهده او است) و یا قاعده دیگر حقوقی که مقرر می‌کند: هر مالی که تلف می‌شود، به زیان مالک آن خواهد بود. (در اینجا مانند مفهوم ماده

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، ناشر: شرکت انتشار با همکاری

شرکت بهمن برنا، انتشارت مدرس، چاپ ششم، ۱۳۷۴، ص ۱۹۱.

۳۸۹ قانون مدنی یا قسمت اخیر ماده ۳۸۷ قانون مدنی).

با این مقدمات می‌بینیم، تملیکی بودن عقد بیع، این نتیجه را به ذهن می‌رساند که با وقوع عقد بیع، خریدار مالک مثنی و فروشنده مالک ثمن می‌شود؛ پس هرگاه بعد از عقد و پیش از تسلیم، مبیعی که نزد بایع می‌باشد و هنوز به مشتری تسلیم نگردیده است، تلف شود، باید گفت، از مال خریدار تلف شده است (نه فروشنده).

زیرا با انعقاد عقد بیع، مبیع ملک مشتری می‌شود و تلف هر مالی باید در ملک مالک آن صورت گیرد.

اما، برخلاف این تبادر ذهنی، قاعده مزبور و ضمان معاوضی، عکس استدلال یاد شده را مقرر می‌کنند و تلف را از مال فروشنده می‌دانند.

برای توجیه مبنای این حکم، وقتی به مدارک و مستندات رجوع کنیم، می‌بینیم که مستند این قاعده، کتاب و اجماع نیست. لیکن، اهمیت دارد که دلیل آن را روایات و بنای عقلا و سیره مسلمین بدانیم یا مصالح عامه. چون منشأ و مبنای قاعده مزبور را هر کدام تصور کنیم، در وسعت و دامنه آن مؤثر خواهد بود.

بدیهی است، پس از وقوع عقد بیع، فروشنده دیگر مالک آن تلقی نمی‌شود. بنابراین، اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد و یا وی پس از بستن عقد، آن را به خریدار تسلیم کرد، ضمان معاوضی هم به مشتری منتقل شده است و به تبع آن، تلف مبیع پس از قبض، به عهده خریدار خواهد بود. اما، مشکل در جایی است که پس از انجام معامله، ملکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود. ولی، هنوز مبیع از سوی فروشنده به خریدار تسلیم و تحویل نگردیده است و در این حالت، آن هم بدون تقصیر و اهمال از سوی بایع، تلف می‌شود. یعنی، بایع چون امینی مواظب و درستکار از مال دیگری نگهداری می‌کند، ولی حادثه‌ای مبیع را تلف می‌کند. مع‌ذلک، او ضامن شناخته می‌شود و بایستی ثمن معامله (را اگر گرفته)، به خریدار برگرداند.

برای توجیه این قاعده در مدارک و مستندات، از روایات گرفته تا بنای عقلا و سیره مسلمین مطالبی بیان گردید و در اینجا اضافه می‌کنیم که اگر به زمان قبل از معامله و

عقد بیع برگردیم می‌بینیم که خریدار به دو منظور با فروشنده قرارداد منعقد می‌کند و تمام یا بخشی از ثمن را به وی پرداخت می‌نماید. نخست اینکه، مالکیت مبیع به وی منتقل شود. زیرا اگر جز این بود، او از عقد اجاره یا دیگر پیمانها استفاده می‌کرد و دوم اینکه، مبیع را به دست آورد و از آن بهره‌مند شود. بدین ترتیب، از یک سو، با وقوع عقد بیع، تنها نیمی از خواسته وی تحقق یافته است و آنهم نیمی که در واقع ارزش کمتری نسبت به بقیه دارد. زیرا مشتری پس از تلاش، جستجو، مذاکره، دادن ثمن و احتمالاً هزینه‌های دیگر، عقد را بسته است. اما، تا این مرحله، چیزی در سلطه و اختیار و ید خود ندارد و از سوی دیگر، با بیع هم مبیع و هم ثمن را در اختیار دارد. وانگهی، فروشنده براساس خواست مشترک متعاملین، متعهد است که مبیع را به خریدار تسلیم نماید و الا، نه تنها مشتری قیمت را از دست داده، بلکه ممکن است خسارات دیگری که ناشی از عدم تحویل مبیع است را نیز غیرمستقیم متحمل شود. لذا، عدل و انصاف هم داوری می‌کند که تلف را آن گونه که احادیث شریف و ماده ۳۸۷ قانون مدنی بیان کرده‌اند، تحت شرایطی به عهده بایع بدانیم. به علاوه، وجود این ضمان به عهده بایع موجب خواهد شد تا وی هرچه زودتر مبیع را به خریدار تسلیم نماید یا به نحوی که قسمت پایانی ماده مزبور مقرر نموده، رفتار کند و فروشنده مورد معامله را به حاکم یا قائم‌مقام او تحویل نماید و بار ضمان معاوضی را به مشتری منتقل کند.

در اینجا ضروری است، به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که آیا بطلان عقد موجب می‌شود که ضمان معاوضی به عهده فروشنده قرار گیرد، یا منفسخ شدن آن؟ و اگر پاسخ اخیر درست است، در چنین وضعیتی انفساخ عقد را چگونه می‌توان توجیه کرد؟ و در این حالت، مالک نمائات منفصله چه کسی است؟ در ادامه به دو سؤال اخیر با عنوان انفساخ عقد و منافع منفصله پاسخ می‌دهیم و با این عمل، در واقع به آثار تلف مبیع پیش از قبض هم پرداخته‌ایم.

ب - آثار قاعده

۱ - انفساخ عقد

تلف شدن مبیع پیش از قبض و تکلیف بایع به برگرداندن ثمن به مشتری، اثر بطلان عقد نیست تا به ما قبل هم اثر داشته باشد. زیرا اولاً، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، به انفساخ عقد در این حالت اشاره دارد (نه باطل شدن). ثانیاً، از حدیث نبوی که در واقع اساس این ماده است، به خوبی استنباط می‌شود که در این وضعیت، عقد باطل نمی‌گردد، چون در پایان حدیث آمده است: «من مال بایعه». یعنی، اگر با تلف شدن مبیع، عقد بیع باطل می‌شد، دیگر بیعی وجود نداشت تا تلف مبیع از مال بایع آن باشد. بنابراین، اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال فروشنده تلف گردد، بیع باطل نمی‌شود. بلکه عقد منفسخ و ثمن به خریدار برمی‌گردد.

در مورد زمان تلف، در فقه و حقوق اختلاف وجود دارد. برخی اعتقاد دارند که لحظه‌ای قبل از تلف، انفساخ عقد رخ می‌دهد.^۱ ولی، عده‌ای گفته‌اند که به نفس تلف، عقد بیع از زمان تلف منحل می‌شود.^۲

در هر حال، چون هر دو قول برای توجیه قاعده می‌باشد و مالکیت از امور اعتباری است، به نظر می‌رسد، عقیده دوم با رابطه علیت مناسبت بیشتری داشته باشد و ضرورتی ندارد که تلف مبیع و مالکیت را حتی برای یک لحظه، به قبل از تلف ببریم تا مبیع به ملکیت فروشنده برگردد و آنگاه تلف شود.

۲ - منافع منفصله

در مورد منافع متصله (چسبیده) بحث خاصی مطرح نمی‌شود، چون، این گونه نمائات به تبع عین و همراه خود مبیع است و هنگام اعمال قاعده موصوف، مجدداً به مالک اولی

۱. شیخ مرتضی‌الانصاری، کتاب المکاسب، مؤسسة النشر الاسلامی، تبریز، فی تاریخ شهر ربیع‌الآخر ۱۳۷۵، من الهجرة، ص ۳۱۳. آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، همان، ص ۷۷. دکتر مهدی شهیدی، همان، ص ۱۹۷، استاد سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۹۵، سیدمحمدشیرین الاسلام، راهنمای مذهب شافعی، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۲۶.

۲. دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ناشر: کتاب‌فروشی اسلامی، چاپ نوزدهم، بهار ۱۳۷۷، ص ۴۴۹، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۲۹۹، دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۹.

(بایع) برمی‌گردد و در احکام تلف و نقص هم تابع آن می‌باشند (مانند فربه شدن حیوان و بزرگ شدن درخت). اما، راجع به منافع منفصله، وضع به گونه دیگری است که در ادامه به مسائل پیرامون آن خواهیم پرداخت.

همان‌گونه که اشاره شد، منافع تابع عین است و عین به هر شخص تعلق داشته باشد، منافع نیز وابسته به آن و به او تعلق دارد. حال می‌توان استدلال کرد، هرگاه مبیع پیش از قبض مشتری تلف نمی‌شد، نمائات هم مال خریدار بود. چون، با وقوع عقد، مبیع از آن مشتری است و تا وقتی تلف نشده، نمائات آن نیز متعلق به وی خواهد بود. بدین ترتیب، نتیجه می‌گیریم که نمائات منفصله (جدا) مانند بچه حیوانات و میوه، در ملک خریدار باقی می‌ماند و در صورت تلف مبیع قبل از قبض، این منافع به بایع برنخواهد گشت، به طوری که معمولاً این عقیده را علما و حقوقدانان، ابراز داشته‌اند.^۱ اما، برخی ایراد گرفته‌اند که این امر، مصداق اکل مال به باطل است.^۲ ولی می‌توان ایراد مزبور را این گونه پاسخ داد که در چنین مواردی معمولاً خریدار تمام یا بخشی از ثمن را به فروشنده تأدیه نموده و در اثناء آن، بایع از ثمن بهره‌برداری کرده است. بنابراین، اگر بگوییم مشتری هم از منافع مبیع تلف شده بایستی استفاده کند، این امر دارا شدن غیرعادلانه و اکل مال به باطل نیست. به علاوه، وقتی ما قبول کردیم که با انجام معامله، ملکیت تحقق می‌یابد و در زمان ملکیت، نماء به وجود آمده و در ملکیت خریدار رفته است. پس، نمی‌توان آن را مصداق اکل مال به باطل دانست. در هر حال، اگر مشتری، معامله را نسیه انجام داده باشد، نتیجه این واقعه جالب آن خواهد بود که خریدار مالک اموالی خواهد شد، بدون اینکه در قبال آن چیزی به بایع پرداخت کرده باشد. مثال معمول برای چنین اتفاقی، ممکن است در معامله حیوان پیش آید، آنجا که فروشنده تعدادی گاو یا گوسفند می‌فروشد تا پس از چند ماه از تاریخ انجام معامله، آنها را به خریدار تسلیم کند و ثمن را دریافت نماید و در این میان، اگر

۱. سید علی حسینی، ترجمه و توضیح لمعه، جلد دوم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۳، ص ۱۵۳، شیخ مرتضی انصاری، همان، امام خمینی (ره)، *تحریر الوسیله*، مترجم علی اسلامی، ج ۲، انتشارات اسلامی، ص ۴۱۷، دکتر سیدحسین امامی، همان، ص ۴۵۰، دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۲.

۲. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان.

حیوانات یاد شده، تولید مثل کنند و سپس معامله بر اثر حادثه‌ای قهری، از بین برود. ولی، نمائات (گوساله یا بزّه) به دلایلی سالم‌اً باقی بمانند، در این حالت، خریدار مالک تعدادی گوساله یا بزّه می‌شود، بدون اینکه مبلغی بابت آنها، به فروشنده پرداخت کرده باشد!

نکته و سؤالی که نمی‌توان آن را از نظر دور داشت این است که اگر نمائات هم بدون تقصیر و اهمال فروشنده از بین رفت، آیا بایع در مقابل آنها نیز مسئول است یا قاعده شامل نمائات نمی‌شود؟ به بیان دیگر، پرسش این است که آیا نیست شدن نمائات مبیع نیز در شمول ماده ۳۸۷ قانون مدنی و قاعده و ضمان معاوضی قرارداد یا اینکه موضوع، ویژه مبیع است؟ در جواب می‌توان گفت، چون نمائات و نتایج و ثمره، مستقلاً مورد معامله قرار نگرفته‌اند (یا هنگام معامله وجود مستقل خارجی نداشته‌اند) تا مسئولیت ناشی از تلف آنها، طبق قاعده مورد بحث و ماده ۳۸۷ قانون مدنی به فروشنده تحمیل گردد. یعنی، آنچه بین طرفین مبادله شده، مبیع و ثمن بوده و منافع مستقلاً موضوع معامله نبوده است، پس نمائات منفصل، در واقع در دست بایع امانت است. بنابراین، امین را نمی‌توان ضامن تلف یا نقصان مال و یا مسئول وقایعی دانست که دفع آن خارج از اقتدار او است، مگر اینکه در حفظ اموال تعدی و تفریط کرده باشد. (مواد ۶۱۴ و ۶۱۵ قانون مدنی) بدین ترتیب، نتیجتاً فروشنده ضمانتی نسبت به نمائاتی که بدون اهمال و تقصیر وی از بین رفته است، به عهده نخواهد داشت و همچنین است اگر حتی مشتری مبیع را قبض نموده و سپس آن را به رسم امانت پیش بایع گذاشته باشد و بدون تقصیر فروشنده، مبیع تلف شده باشد.^۱

گفتار سوم - ضمان معاوضی در بیع بین‌المللی

در گذشته اشاره کردیم که قاعده تلف مبیع قبل از قبض و خصوصاً مفهوم بیشتر امروزی آن، یعنی ضمان معاوضی، زمان و مکان نمی‌شناسد و جریان قاعده و ضمان معاوضی، همواره مطرح بوده است. زیرا از یک طرف عقد بیع رایج‌ترین معامله بین مردم می‌باشد و از طرف دیگر، این عقد، محدود به اتباع یک کشور نمی‌شود و نیازهای مردم و

۱ برای مشاهده سؤال و جوابی در این زمینه ر.ک: پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی، به نشانی: (س ۳۷۱) <http://saafi.Net>

اشخاص حقوقی موجب شده، تجارت بین‌الملل توسعه بسیار گسترده‌ای پیدا نماید و در نتیجه در کنار خصوصیات موجود در عقود و معاملات داخلی (ملی)، مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای مختلف، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، فاصله زمانی بین انجام معامله و تسلیم مبیع، حمل کالا از مسافتی بسیار دور (هر چند وسائل پیشرفته ارتباطی مانند کشتی، قطار و هواپیما، برای حمل کالا وجود دارد)، از حوادثی که در عنصر برون‌مرزی در کمین مبیع است، هیچ‌گاه نباید غافل بود و به این مسائل، عدم آگاهی طرفین معامله از اعتبار مالی، درستکاری و اعتبار یکدیگر و نوع ثمن و بیمه هم اضافه می‌شود.

این مشکلات و موارد دیگری که بحث و تفسیر پیرامون آنها دور از حوصله بحث ما است، موجب گردیده است که در سال‌های اخیر، جامعه جهانی به سوی تهیه و تدوین قواعد و مقررات یک پارچه، قدم بردارد، تا سرعت، سهولت و اطمینان در روابط تجاری بین‌المللی تقویت شود.

از جمله تلاش‌هایی که در این راستا به نتیجه رسیده است، می‌توان به قواعد عرفی اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^۱ و «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول»^۲ (که از این پس اختصاراً به عنوان کنوانسیون، از آن اسم می‌بریم). و در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ میلادی توسط کنفرانس سازمان ملل متحد، در وین تصویب شده است. (ماده ۱۰۱) و به عنوان یکی از منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی شناخته می‌شود،^۳ اشاره نمود.

I.C.C یا C.C.I به تدوین قواعد عرفی پرداخته و اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی را با عنوان «اینکوترمز»^۴ منتشر کرده است (ظاهراً تاکنون اینکوترمز ۲۰۰۰ منتشر گردیده). و

1. International chambre of commerce.

2. Un convention on contracts for the international sale of Goods.

۳. برای آشنایی با منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، ر.ک: دکتر ربیعا اسکینی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره هفتم، زمستان ۶۵ ص ۶ لغایت ۵۱ و یا همین نویسنده، *مباحثی از حقوق تجارت بین‌المللی*، چاپ اول، ۱۳۷۱، نشر دانش امروز، ص ۱۳، لغایت ۵۲.

4. Incoterms.

برخی از اصطلاحات را مانند فوب (F.O.B)، سی آی اف (C.I.F) و سی اند اف (C&F) تعریف کرده و بدین وسیله یکی از مشکلات اساسی در بیع بین‌المللی که لحظه انتقال مالکیت و خطرات وارده به کالا است را تا اندازه‌ای رفع نموده است. (اگر طرفین در قرارداد بیع شرط نمایند که قرارداد آنها تابع قواعد اینکوترمز سال موردنظر است).^۱

کنوانسیون یاد شده، از ۴ فصل و ۱۰۱ ماده تشکیل شده است که مواد ۶۶ لغایت ۷۰ آن به انتقال ضمان و تا حدودی بحث ما مربوط می‌شود، هرچند با نگاهی اجمالی به مواد کنوانسیون، می‌بینیم که، مسأله انفساخ قرارداد و تلف مبیع پیش از قبض به وضوح، در آن دیده نمی‌شود و ظاهراً تدوین‌کنندگان کنوانسیون نخواسته‌اند حتی در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، عقد منفسخ یا باطل شود، به طوری که ماده ۲۶ کنوانسیون مقرر می‌کند: «اعلام بطلان قرارداد، تنها در صورتی نافذ است که به وسیله یادداشتی به طرف دیگر به عمل آید.»

(Article 26-A Declaration of avoidance of the Contract is effective only if made by notice to the other party).

هرچند مستفاد از اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی و ماده ۹ قانون مدنی، این کنوانسیون هم باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد تا جزء حقوق و قوانین داخلی ما به شمار آید و لازم‌الاجرا شود و ظاهراً تاکنون کشورمان به این کنوانسیون ملحق نشده است. بنابراین، نمی‌توان مفاد آن را در صورت مغایرت با قوانین و مقررات داخلی، حاکم دانست. مع‌ذلک، چون از یک سو برخی از مندرجات کنوانسیون بیع بین‌المللی، با قوانین داخلی کشورمان مشابهت‌هایی دارد و از سوی دیگر، با محتویات آن تفاوت‌هایی دیده می‌شود که می‌توان در برخی موارد، از این تمایزات در حقوق داخلی بهره‌مند شد و بدین وسیله حقوق داخلی را گسترش داد و حتی‌الامکان قواعد حقوق ملی را با قواعد فراملی نزدیک و همسان نمود؛ به مندرجات کنوانسیون در رابطه با انتقال ضمان معاوضی اشاره‌ای خواهیم داشت. به این مطلب توجه دیگری هم می‌توان افزود و آن مقوله جهانی شدن (globalization) که

۱ برای آگاهی بیشتر و ملاحظه آخرین اصطلاحات منتشر شده راجع به بازرگانی بین‌المللی ر.ک: جستجوی واژه Incoterms در اینترنت و یا www.icc bo.org/incoterms/ id 3045/index.html

فرایند گریزناپذیری پیدا کرده و می‌رود تا با وجود تبعات منفی و چالش‌ها، فرصت‌های مناسبی را برای رشد اقتصادی و رقابت روزافزونی که محرک این رشد است، فراهم نماید و جهان اقتصاد و تجارت را دگرگون کند. زیرا کشورها معمولاً به یکدیگر نیازمند می‌باشند، یکی مواد اولیه و خام صادر و در مقابل محصولات صنعتی و کشاورزی وارد می‌کند و بالعکس. بدین ترتیب، انزوای اقتصادی در عرصه تجارت بین‌الملل می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری به کشورها وارد نماید. لذا، اشخاص و کشورها ناگزیرند در بازارهای جهانی حضور و مشارکت فعال داشته باشند و لازمه ورود به این عرصه، عضویت در سازمان تجارت جهانی و آگاهی و پذیرش قواعد حاکم بر آن است و کنوانسیون که از عرف و عادات رایج معاملات بین‌المللی الهام گرفته، می‌تواند گام مهمی در این راستا بردارد، به خصوص اینکه ماده ۶ آن به طرفین معامله حق داده است که شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء و یا با شرایطی از آثار هر یک از مقررات آن عدول نمایند یا آنها را تغییر دهند.

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تجلی ضمان معاوضی در حقوق ما است. ولی، کنوانسیون وین، اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد را از شمول مقررات خود خارج نموده است، به طوری که ماده ۴ آن عنوان می‌کند: مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و تعهداتی است که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود و ارتباطی خصوصاً به امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصریح شده باشد... «ب - اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد»^۱ با این حال، در مورد ضمان معاوضی در موافقت‌نامه بین‌المللی راجع به خرید و فروش اشیاء منقول مصوب سال ۱۹۶۴، هرچند عهده‌ی یا تملیکی بودن عقد بیع را تابع قوانین و مقررات ملی کشورها می‌داند. اما، ظاهراً، وفق آن، ضمان معاوضی از تاریخ تسلیم، به مشتری منتقل می‌شود و پیش از این تاریخ، ضمان به عهده بایع است، یعنی تقریباً همان چیزی که در قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی پذیرفته شده

1. (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

است.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی،^۱ ماده ۶۶ لغایت ۷۰ به انتقال ضمان اختصاص یافته است. ماده ۶۶ که به نحوی از انتقال ضمان معاوضی بحث می‌کند، مقرر می‌نماید: پس از انتقال ضمان معاوضی (ریسک) به خریدار، تلف یا زیان وارده به کالا، موجب برائت او از انجام تعهدش به پرداخت ثمن نمی‌شود، مگر اینکه تلف یا زیان وارده، ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده باشد.

(Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller).

آثار تسلیم و تعیین لحظه‌ای که ضمان معاوضی (ریسک) از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود، در تجارت بین‌المللی از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. لذا، طبق ماده ۶۶ به بعد کنوانسیون وین، با تسلیم مبیع به مشتری، ضمان معاوضی هم از سوی بایع به وی منتقل می‌گردد. در مورد زمان انتقال ضمان معاوضی که براساس آن مشخص می‌شود که چه کسی باید علیه بیمه‌گر طرح دعوی نماید یا ترتیبی اتخاذ کند تا کالا را از خطر نجات دهد، ماده ۶۷ کنوانسیون می‌گوید: ۱- اگر قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و فروشنده ملزم به تسلیم آن در محل معینی نباشد، ضمان معاوضی (ریسک)، هنگامی به خریدار منتقل می‌شود که کالا مطابق قرارداد بیع، به اولین متصدی حمل و نقل برای ارسال به مشتری تسلیم گردد... ۲- با این وجود، ضمان به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر اینکه کالا به روشنی خواه با علامت‌گذاری بر روی آن و خواه به وسیله بارنامه و خواه با اخطار به مشتری و یا طریق دیگر، مشخص شده باشد.^۲

۱. برای ملاحظه متن فارسی و انگلیسی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)، ر.ک: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۷، شماره نهم، ص ۲۴۱ به بعد، کتاب‌های تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، نوشته هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، ترجمه دکتر مهراب داراب‌پور، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۴، حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد، ژان پی‌یر پلاننار (Jean - Pierre Plantard) ترجمه: دکتر ایرج صدیقی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره چهاردهم و پانزدهم، بهار - زمستان ۷۰، ص ۲۸۵، لغایت ۳۷۵.
۲. برای ملاحظه ترجمه، توضیح و تفسیر کامل کنوانسیون، ر.ک: تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهراب داراب‌پور، همان، ۳ جلد.

در مورد کالایی که در جریان حمل و نقل فروخته می‌شود، هرچند ماده ۶۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر می‌کند که ضمان (مخاطره و ریسک)، از تاریخ بستن قرارداد، به خریدار منتقل می‌گردد. اما، طبق همین ماده، اگر اوضاع و احوال ایجاب نماید، ضمان از تاریخی به مشتری منتقل می‌شود که کالا به متصدی حمل و نقل که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند، تسلیم می‌شود. به علاوه، ماده ۶۹ کنوانسیون اعلام می‌کند که در غیر از موارد مندرج در این دو ماده، از تاریخی که خریدار کالا را قبض می‌کند، یا اگر در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده شده است و به لحاظ قصور در قبض، مرتکب نقض قرارداد می‌شود. ضمان به او منتقل می‌شود و سرانجام، ماده ۷۰ این کنوانسیون مقرر می‌کند: هرگاه فروشنده مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد، مواد ۶۷، ۶۸ و ۶۹ لطمه‌ای به شیوه‌های جبران خسارت که ناشی از نقض قرارداد می‌باشد و در اختیار خریدار است وارد نمی‌کند.

بدین ترتیب، با مقایسه مقررات حقوقی کشورمان (ماده ۳۸۷ قانون مدنی به بعد) با کنوانسیون راجع به اثر تسلیم در انتقال ضمان معاوضی در مجموع می‌توان گفت که در حقوق ما و کنوانسیون وین، معمولاً لحظه تحویل کالا، زمان انتقال ضمان معاوضی تلقی می‌شود. یعنی با تسلیم مبیع، ضمان معاوضی (مخاطره و ریسک) از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد. با این حال، هنگامی که محل تسلیم مشخص شده است کنوانسیون لحظه تحویل مورد معامله را لحظه انتقال ریسک می‌داند. اما در حقوق ما این امر به طور صریح دیده نمی‌شود.

در مورد زمان انتقال ضمان معاوضی، در حقوق داخلی کشورها، این موضوع صراحت بیشتری دارد، مثل اینکه در حقوق آلمان به استناد مادهٔ BGB446، با تحویل شیء فروخته شده، ضمان معاوضی انتقال می‌یابد و تنها با رضایت طرفین عقد کامل نمی‌شود، یا مواد ۱۶ و ۲۰ قانون بیع کالای کشور انگلستان، حاکی از انتقال مالکیت هم‌زمان با انعقاد قرارداد است اگرچه لحظهٔ پرداخت ثمن و تحویل کالا موخر بر آن باشد،^۱ شبیه آنچه که ما، در بند

۱. دکتر حسین خزاعی، روش‌های حمل کالا در تجارت بین‌الملل، بانک اطلاعات مقالات حقوقی (CD) آقای علی مکرم، نگارش ۲/۱ بهار ۱۳۸۲، و نیز ر.ک: دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۴.

نخست ماده ۳۶۲ قانون مدنی داریم. و در مورد نقش تسلیم در انتقال مخاطره، گفته شده: در حقوق انگلیس، آمریکا و فرانسه هم، وضع چنین است و تسلیم نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد و به محض انعقاد عقد، مالکیت و ضمان معاوضی به خریدار انتقال می‌یابد. مگر اینکه، طرفین عقد بیع، به گونه دیگری، توافق نموده باشند.^۱

ادامه دارد



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱ هدایت‌اله سلطان‌نژاد، ضمان معاوضی: