

# شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم توسط خریدار\*

تاریخ دریافت: ۹۲/۳/۱

تاریخ تأیید: ۹۲/۹/۲۰

علیرضا باریکلو\*\*

## چکیده

هرچند براساس ادله فقهی، بایع مکلف به تسلیم مبیع به مشتری می‌باشد و در ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز مقرر شده عقد بیع فروشنده را به تسلیم مبیع ملتزم می‌کند؛ ولی اجرای این تکلیف و التزام ممکن است با توافق طرفین به مشتری محول شود. جنبه‌های حقوقی این شرط مانند توصیف حقوقی تعهد به تسلیم در عقد بیع، ماهیت تسلیم، اثر شرط بر ضمان معاوضی بایع و وضعیت اجرای تعهد به تسلیم در مواردی که هزینه‌های انجام شرط، غیرمتعارف و فوق‌العاده است، قابل بررسی است. به نظر می‌رسد تعهد به تسلیم اثر اقتضایی ذاتی و ولی اجرای آن توسط بایع اثر اطلاقی عقد است. تسلیم عمل حقوقی مستقل نیست بلکه واقعه حقوقی است. در مواردی که انجام شرط مستلزم هزینه غیرمتعارف است، شرط باطل و بایع باید طبق مقررات قانون مدنی تعهد تسلیم مبیع را خود انجام دهد.

**واژگان کلیدی:** ضمان معاوضی، ماهیت تسلیم، توصیف حقوقی تعهد به تسلیم، هزینه‌های غیرمتعارف، باطل، عمل حقوقی.

\* این مقاله مستخرج از طرح پژوهشی «شرط تسلیم مورد معامله توسط منتقل‌الیه» که با حمایت مالی معاونت پژوهشی پردیس فارابی دانشگاه تهران، به شماره ۲۲۰۲۰۱۲/۱/۰۷، انجام شده است.  
\*\* دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (bariklou@ut.ac.ir).

## مقدمه

تکلیف یا التزام به تسلیم مال مورد معامله در قراردادهای معوض تملیکی مانند بیع، از اهمیت خاصی برخوردار است؛ به طوری که در نظریات فقهی و در ماده ۳۴۸ ق.م.بیع چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل اعلام شده مگر اینکه خود خریدار قدرت قبض آن را داشته باشد. افزون بر این، به اجماع فقها بیع مکلف به تسلیم مبیع به مشتری است و مطابق بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م.عقد بیع، بیع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید. از این احکام، اهمیت تکلیف و التزام به تسلیم مبیع روشن می‌شود و اصولاً متعهد انجام آن، شخصی است که مال را موضوع معاوضه قرارداد داده و به همین دلیل در بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م.بیع چون مبیع را موضوع عقد بیع قرارداد داده، ملزم به تسلیم مبیع شده است.

با این حال، از نظریات فقهی و مقررات قانونی استنباط می‌شود که در عقد بیع می‌توان اجرای تکلیف و تعهد به تسلیم مال را بر خریدار شرط نمود. برای مثال در ماده ۳۴۸ هر چند قدرت بیع بر تسلیم مبیع، شرط صحت بیع تلقی شده اما بلافاصله در صورت ناتوانی بیع، قدرت خریدار بر قبض آن کافی اعلام شده است.

هر چند برخی قدرت تسلیم مبیع توسط خریدار را قدرت بر تسلیم تلقی کرده‌اند (ر.ک: شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۴۳)؛ ولی باتوجه به اینکه در مقررات قانونی تعهد بر تسلیم مورد بحث است، تفسیر صحیح عبارت پایانی ماده ۳۴۸ ق.م.بیع یا قدرت بر تسلیم است؛ زیرا اولاً هر مالی، لازم است قابلیت قبض و اقباض داشته باشد تا قابل معامله و تبادل باشد و معامله آن عرفاً غرری محسوب نشود؛ ثانیاً ممکن است خریدار قدرت بر تسلیم و قبض داشته؛ ولی قدرت اقباض را نداشته باشد، به عنوان مثال در بیع پرنده فرار کرده از قفس که خریدار قدرت صید آن را ندارد، او فاقد قدرت تسلیم و اقباض است؛ ولی اگر پرنده مزبور صید شود و به خریدار تسلیم شود، او قدرت تسلیم و قبض آن را خواهد داشت. ثالثاً عرفاً قبض مشتری منوط به اقباض بیع است؛ زیرا تا زمانی که مالی قابل تسلیم نباشد، قابل قبض نیز نخواهد بود. با این حال برفرض حمل بر تسلیم، امروزه تنظیم سند یا قبض کامل بعضی از اموال مانند مال غیرمنقول، مستلزم اجرای تکالیفی مانند پرداخت عوارض و هزینه انتقال است که بدون اجرای این مقدمات، عمل

قبض عملاً ممکن نیست.

علاوه بر این، هرچند که طبق بند ۳ ماده ۳۶۲ در نتیجه بیع، بائع ملتزم به تسلیم مبیع می‌شود و از این رو در ماده ۳۸۱ مقرر شده: «مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بائع است...»؛ ولی بلافاصله در ماده ۳۸۲ مقرر شده: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند».

در این ماده به صراحت توافق طرفین درباره هزینه‌های اجرای تعهد به تسلیم مال مورد معامله، معتبر اعلام شده، چون در عرف بازار، وقتی پرداخت هزینه اجرای تعهد به تسلیم مبیع بر خریدار شرط شود، ظاهر این است که او متعهد به اجرای تعهد است چون در تعهدات غیرمباشرتی متعهد کسی است که باید هزینه انجام تعهد را متحمل شود. بنابراین، از اعتبار توافق طرفین در مورد هزینه اجرایی تکلیف به تسلیم در ماده ۳۸۲ استفاده می‌شود که شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط مشتری نافذ است که در این مقاله وضعیت حقوقی چنین شرطی از دو حیث مورد بررسی قرار می‌گیرد. نخست از جهت توصیف حقوقی این تعهد در عقد بیع، که آیا آن اثر اقتضای ذات یا اثر اطلاق عقد است؟ دوم وضعیت شرط انجام تکلیف به تسلیم توسط خریدار است که اگر هزینه اجرایی آن بیش از حد متعارف باشد، شرط چه وضعیتی دارد و به تعبیر دیگر مبیع توسط چه کسی باید تسلیم شود؟

فرضیه مقاله مبتنی بر این است که اصل تعهد، اثر ذاتی عقد؛ ولی اجرای آن توسط کسی که مال را مورد معامله قرار داده است، اثر اطلاق عقد است و همچنین در مواردی که هزینه اجرایی شرط بیش از حد متعارف و قابل پیش‌بینی است، شرط باطل و در نتیجه متعهد قانونی باید تعهد تسلیم را انجام دهد. بنابراین، در این مقاله توصیف حقوقی تعهد به تسلیم و وضعیت حقوقی شرط اجرای تکلیف به تسلیم توسط مشتری و اثر شرط بر ضمان معاوضی بائع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱. توصیف حقوقی تکلیف به تسلیم

با توجه به اینکه در ماده ۲۴۶ ق.م. شرط، از حیث حکمی تابع عقد محسوب شده، لازم به بررسی است که آیا شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط خریدار با عقد بیع سازگار است؟ در صورتی که شرط با عقد بیع سازگار باشد، حکم لزوم عقد به شرط سرایت می‌کند و شرط لازم می‌شود؛ ولی اگر با عقد ناسازگار باشد، نه تنها حکم به لزوم آن نمی‌شود؛ بلکه ممکن است موجب بطلان عقد شود. به همین لحاظ در مقررات قانونی شرط از لحاظ حکمی به سه نوع، یعنی صحیح، باطل و مبطل، تقسیم شده است. پس، یکی از ابعاد مهم شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط خریدار توصیف حقوقی تعهد به تسلیم است؛ زیرا هر چند در بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. تعهد به تسلیم مبیع توسط بائع، از آثار بیع محسوب شده؛ ولی مشخص نشده که چه نوع اثری است در حالی که از ماده ۲۲۰ ق.م.\* استفاده می‌شود که بر هر عقدی سه نوع اثر مترتب است؛ نخست اثر اقتضای ذاتی که مراد از آن اثری است که عقد بدون آن مفهوم و قوام نخواهد داشت که در این ماده از آن به اثر «تصریح» در عقد تعبیر شده؛ زیرا عقود معین اثر ذاتی معرف آن است و به همین علت در ماده ۳۳۸ ق.م. عقد بیع به تملیک عین به عوض معلوم تعریف شده است. بنابراین، در عقود معین نه تنها به اثر ذاتی تصریح می‌شود؛ بلکه شناسایی کننده ماهیت نیز می‌باشد؛ ولی در عقود غیرمعین لازم است به اثر ذاتی تصریح شود. در نتیجه مراد ماده ۲۲۰ ق.م. از آنچه در عقد به آن تصریح شده، اثر ذاتی است. دوم؛ اثر اطلاقی که عبارت از اثری است که اطلاق عقد اقتضای تحقق آن را دارد؛ ولی ذاتی نیست چون عقد بدون آن نیز قابل تحقق است که در ماده ۲۲۰ ق.م. از آن تعبیر به نتایج عرف و عادت شده است. سوم؛ اثر قانونی که عبارت از اثری است که به موجب قانون بر عقد مترتب است و عقد ذاتاً و اطلاقاً از آن منصرف است که در ماده ۲۲۰ ق.م. تعبیر به نتایجی شده که به موجب قانون بر عقد مترتب است. بنابراین، با توجه به این آثار در هر عقدی، قابل بررسی است که تکلیف و

\* ماده ۲۲۰ ق.م.: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.

تعهد بایع به تسلیم مبیع، در کدام دسته از این آثار قرار می‌گیرد؛ زیرا اگر از اثر ذاتی عقد باشد طبق بند ۱ ماده ۲۳۳ شرط خلاف آن نه تنها باطل؛ بلکه موجب بطلان عقد می‌شود، چنانچه از آثار قانونی باشد؛ چون شروط قانونی غالباً اهداف حمایتی دارند، شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار از مصادیق شرط غیرقانونی و نامشروع می‌باشد و به استناد بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. باطل است؛ ولی اگر از شروط اطلاق و عرفی باشد، چنین شرطی به استناد ماده ۲۳۴ ق.م و قاعده شروط، نافذ است.

روشن است که موضوع اصلی، قابلیت تسلیم مبیع نیست که در ماده ۳۴۸ از شرایط صحت بیع محسوب شده؛ بلکه اجرای تعهد تسلیم مبیع است و نباید این دو یکسان تلقی شود؛ زیرا قابلیت تسلیم مبیع از شرایط صحت عقد است که موضوعیت دارد و عقد بدون آن معتبر نیست؛ ولی اجرای تعهد به تسلیم در مرحله آثار عقد و ناظر بر اجرای آن می‌باشد که مرحله اجرا بعد از مرحله انعقاد و اعتبار عقد است. به عبارت دیگر، تا زمانی که عقدی معتبر تشکیل نشود، نوبت به مرحله اجرا نمی‌رسد.

به هر حال، درباره توصیف حقوقی تعهد تسلیم مبیع در بین صاحب نظران اختلاف است. برخی دلیل تعهد به تسلیم را خارج از عقد و حرمت تصرف در مال دیگری تعریف کرده‌اند، به این بیان که با انعقاد عقد بیع، مبیع از ملکیت بایع خارج و به دارایی خریدار منتقل می‌شود. پس تصرف بایع در مال بدون اذن خریدار حرام است. بنابراین فروشنده متصرف مالی است که متعلق به خریدار است و به اقتضای عموم قاعده علی‌الید باید آن را به مالکش یعنی خریدار رد کند\* (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۵۹۲).

این دیدگاه علاوه بر اینکه خلاف ظاهر ماده ۳۶۲ ق.م. است، که تعهد به تسلیم، به عقد بیع اضافه و مستند شده، با قواعد و موازین حقوقی نیز سازگار نیست؛ زیرا اولاً پذیرش آن، مستلزم این است که در صورتی که بایع متصرف مبیع بعد از بیع نباشد، تعهدی در قبال خریدار نداشته باشد، مانند آنکه مبیع به موجب عقد اجاره در تصرف مستأجری باشد یا توسط ثالث غصب شود، در حالی که از سیره عقلا و قواعد حقوقی خلاف آن استنباط می‌شود؛ ثانیاً مستلزم این است که بایع نسبت به مبیع ضمان معاوضی

\* لا شبهة فی وجوب الاقباض لكل من المتبايعين فانه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبائع و يكون الثمن مالاً للمشتري فيحرم امساكه لكل منهما لانه تصرف في مال الغير و امساكه اياه بغير اذنه حرام ...

نداشته؛ بلکه ضمان قهری داشته باشد. در حالی که ضمان بایع به ضمان معاوضی مورد اجماع فقها است. واضح است تعهد ضامن معاوضی به برگرداندن عوض قراردادی مال تلف شده است و تعهد ضامن به ضمان قهری، دادن مثل یا قیمت مال تلف شده است. ثالثاً اگر مبیع کلی در ذمه باشد، بایع نسبت به آن تصرفی ندارد که او ملزم به رد مال به خریدار شود؛ زیرا کلی بر افراد عدیده منطبق است و تا زمانی که فرد و مصداق آن، معین نشود، امکان تصرف در آن وجود ندارد در حالی که ضمان ناشی از قاعده علی الید تصرف در عین خارجی است (ر.ک: عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰ به بعد) و کلی در ذمه را شامل نمی‌شود. بنابراین، این دیدگاه نمی‌تواند مبنای لزوم تسلیم در، کلی در ذمه محسوب شود.

دیدگاه دیگر، که بسیاری از صاحب نظران بر آن تصریح کرده اند، این است که مبنای تعهد بایع به تسلیم مبیع، عقد بیع است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۰۴ / خمینی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۳۷۲ - ۳۷۳ / کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۶۷). این دیدگاه در ماده ۳۶۲ ق.م. نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

طرفداران این دیدگاه در توصیف تعهد به تسلیم مبیع، نظر یکسانی ندارند بعضی آن را اثر ضمنی بیع می‌دانند به این بیان که اثر اصلی بیع تملیک است؛ ولی در ضمن تملیک یک اثری ضمنی به دلالت التزامی، تحت عنوان تعهد بایع به تسلیم مبیع نسبت به خریدار محقق می‌شود\* (نابینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۵۵). لازمه این دیدگاه این است که شرط بر خلاف این اثر نافذ باشد و بیع بایع بدون تعهد به تسلیم نیز صحیح باشد در حالی که بیع بدون تعهد به تسلیم، بیع سفهی محسوب شده (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۴۵) و چنین بیعی باطل است (حسینی المراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۶۷ به بعد / منتظری، ۱۴۱۵، ص ۴۲۶ / جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۹۷). بنابراین، با توجه به اینکه عقد بدون تعهدات ضمنی یا عرف و یا اطلاقی صحیح و توافق بر خلاف آن نافذ است؛ ولی عقد بیع بدون تعهد بایع به تسلیم مبیع باطل است، نمی‌توان تعهد به تسلیم مبیع را از آثار ضمنی بیع محسوب کرد؛ بلکه از آثار اصلی آن است. پس دیدگاه کسانی با قواعد و

\* و من الالتزامات الضمنية تسليم البائع المثلن الى المشتري خارجاً، فاذا لم يمكنه التسليم يبطل العوضیه.

اصول مطابق است که تعهد به تسلیم را از آثار اصلی عقد توصیف کرده‌اند. هر چند بعضی آن را اثر اقتضایی عقد بیع (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۰۴) و بعضی دیگر احکام عقلایی مترتب بر بیع محسوب کرده‌اند (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۳۷۲ - ۳۷۳).

به هر حال، از قواعد حقوقی و نقش تعهد به تسلیم در معامله و ماده ۳۶۲ ق.م. استفاده می‌شود که تعهد به تسلیم از آثار اصلی عقد است. لذا در نظریات فقهی شرط عدم تسلیم یا تسلیم آن در زمانی غیر معلوم یا مجهول موجب بطلان عقد محسوب شده (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۱۴)؛ ولی از مواد دیگر همچون ۳۴۸ و ۳۸۲ ق.م. استفاده می‌شود که شرط انجام تکلیف تسلیم مبیع توسط خریدار نافذ است. در جمع این دو می‌توان گفت که بین تکلیف و تعهد به تسلیم و اجرای تعهد به تسلیم مبیع که توسط چه کسی انجام شود فرق وجود دارد. اولی از آثار اقتضای ذاتی و اصلی عقد است که باید در بیع محقق شود و دومی یعنی اجرای تعهد توسط بائع از جمله آثار اقتضای اطلاق عقد است؛ زیرا اثر ذاتی عقد مانند، انتقال حق مالکیت از بائع به خریدار قابل تعدیل نیست، و در ماده ۳۶۲ ق.م. تعهد تسلیم کالا در کنار حصول ملکیت از آثار بیع شمرده شده است. علاوه بر این، طبق ماده ۳۷۳ ق.م. اگر مبیع قبل از بیع، در تصرف خریدار باشد، قبض جدید لازم نیست. در قسمت آخر ماده ۳۴۸ ق.م. قدرت بر قبض مبیع توسط خریدار برای صحت عقد کافی است، ولو اینکه بائع از تسلیم آن ناتوان باشد. واضح است که در این فرض خریدار باید وظایف مقدماتی قبض مبیع را اجرا کند و با توجه به اینکه خریدار متعهد است، هزینه‌های اجرای آن را هم باید متحمل شود مگر اینکه در قرارداد تصریح شود که خریدار می‌تواند هزینه‌های اجرای آن را از بائع مطالبه کند. در غیر این صورت، اقتضای اطلاق هر تعهدی در این است که متعهد هزینه اجرای آن را متحمل شود.

در نتیجه، تعهد به تسلیم مبیع از آثار اقتضای ذاتی عقد بیع است؛ ولی اجرای تعهد تسلیم مبیع توسط بائع از آثار اطلاق آن است چون توافق بر خلاف آن، معتبر است، در حالی که اگر از آثار ذاتی باشد، توافق بر خلاف آن طبق بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م. باطل و موجب بطلان عقد است و اگر اثر قانونی عقد باشد طبق بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. شرط خلاف آن، نامشروع و باطل است. لذا از حکم به صحت شرط پرداخت هزینه تسلیم

مبیع توسط خریدار، استنباط می‌شود که اجرای تعهد تسلیم توسط بایع از آثار اطلاقی عقد است. وجود خیار تعذر تسلیم در صورتی که بایع قابل الزام به تسلیم نشود، نیز مؤید این دیدگاه است؛ زیرا اگر آثار ذاتی یا قانونی بود، عقد منفسخ می‌شد در حالی که عقد قابل فسخ یا خیار می‌شود.

## ۲. ماهیت تسلیم

موضوع دیگری که در شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار لازم به بررسی است، ماهیت تسلیم است که آیا عمل حقوقی است که فقط با قصد انشای اجراکننده قابل تحقق است و یا عمل قضایی است که نیازی به قصد نیست و صرف تحقق و اجرایی شدن عنوان تسلیم از دیدگاه عرف برای سقوط تعهد و انتقال ضمان معاوضی کافی است.

در دکتین حقوقی برای پاسخ به این مسئله، به موضوع مورد معامله توجه شده؛ زیرا همان‌گونه که در ماده ۳۵۰ ق.م. مقرر است مبیع ممکن است، عین معین خارجی، کلی در معین خارجی یا کلی در ذمه باشد. اگر مبیع عین معین خارجی باشد، به مجرد انعقاد بیع، مالکیت به خریدار منتقل می‌شود و در نتیجه، تسلیم عمل حقوقی نیست؛ زیرا خریدار در مال خود تصرف می‌کند که ملکیت آن با بیع محقق شده است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۹) و تسلیم در این مورد طریقی است تا خریدار به مال خود برسد (امامی، ۱۳۶۸، ص ۴۲۷) اما اگر مبیع عین خارجی کلی در معین یا کلی در ذمه باشد، حقوقدانان، بعضی تعیین مبیع توسط بایع را موجب حصول ملکیت (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۳۷) دانسته که مطابق این دیدگاه تسلیم عمل حقوقی نیست. اما بعضی دیگر نقش تسلیم را موضوعی دانسته\* (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۲۷)؛ ولی در تحلیل نظری آن را معامله جدید مملکی محسوب کرده که نیازمند به ایجاب و قبول مستقل است و

\* اما در صورتی که مبیع کلی باشد، قدرت بر تسلیم در حقیقت قدرت بر تملیک می‌باشد؛ زیرا بایع به وسیله قبض بعض از افراد کلی، آن را به مشتری تملیک می‌نماید و مشتری نمی‌تواند بدون اجازه مالک آن را قبض نماید و بدین جهت می‌توان گفت که قبض جنبه موضوعیت را در تملک مبیع دارا است....



در نهایت، تسلیم عین کلی را یک سند قضایی توصیف کرده‌اند\* (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۱۸ - ۳۱۹)، در حالی که بعضی دیگر با وجودی که تسلیم فرد کلی را موجب حصول ملکیت دانسته، معتقدند تسلیم، نقش موضوعی ندارد؛ بلکه طریقی دارد و ملکیت در بیع عین معین خارجی به محض انعقاد بیع و در عین کلی در ذمه به تسلیم فرد آن حاصل می‌شود که تسلیم در این فرض عمل حقوقی یک طرفه (ایقاع) می‌باشد (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۲۱).

مطابق این دیدگاه، تسلیم کلی در ذمه، عمل حقوقی است که نیاز به قصد دارد و صرف وقوع آن در عمل کافی نیست؛ زیرا مال با وقوع بیع به خریدار منتقل نشده و تسلیم به قصد ایفای تعهد موجب انتقال مال از بایع به خریدار می‌شود. در این دیدگاه شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، باید متضمن وکالت خریدار از بایع در تملیک مبیع باشد؛ زیرا طبق ماده ۲۴۷ ق.م. فقط مالک یا نماینده او حق تصرف حقوقی در مال دارد و طبق ماده ۳۰ نیز مالک حق تصرف در مبیع دارد. پس به اقتضای قاعده سلطه و اصل استقلال اشخاص، شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع کلی در ذمه توسط خریدار، متضمن شرط وکالت او از بایع باشد. براین اساس خریدار باید در زمان تسلیم اولاً قصد تملیک کند؛ ثانیاً قصد تملیک به وکالت از بایع داشته باشد همان‌گونه که در سایر اعمال حقوقی به نمایندگی، این دو قصد لازم است (ر.ک: شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۴۳).

ظاهراً، تفصیل حقوقدانان در آثار عقد بیع نسبت به انواع مبیع تحت تأثیر نظریات حقوقی فرانسه است که حقوقدانان آن کشور حق را به دو نوع عینی و شخصی تقسیم کرده و حق مالکیت را از جمله حق عینی می‌دانستند که عین متعلق آن لازم است به طور فردی و معین در عالم خارج مشخص باشد و حق مالکیت نسبت به کلی در معین به دلیل عدم تعیین فرد متعلق حق و در کلی در ذمه به دلیل فقدان وجود

\* عمل مزبور (تسلیم عین کلی) که به صورت یک عمل قضایی می‌باشد، به نظر می‌رسد که در حقیقت معامله جدیدی است؛ زیرا تسلیم در این مورد تملیک فرد معینی به متعهدله می‌باشد که کلی آن مورد تعهد بوده است و تملیک ناچار بدون قصد انشاء ممکن نخواهد بود همچنان‌که قبول آن نیز محتاج به قصد انشاء است که به وسیله تسلیم از طرف متعهد و قبض از طرف متعهدله اعلام می‌گردد... بنابراین، ایفاء تعهد در صورتی که مورد تعهد کلی فی الذمه باشد در حقیقت یک سند قضایی است.

خارجی آن، معتبر نمی‌دانستند. اما این دکترین حتی در حقوق فرانسه نیز قابل توجیه نیست؛ زیرا در ماده ۱۳۰۰ ق.م. فرانسه، مالکیت مافی‌الذمه شناسایی و یکی از اسباب سقوط تعهد محسوب شده، در حالی که اگر وجود خارجی مال، شرط اعتبار حق مالکیت نسبت به آن باشد، مالکیت مافی‌الذمه معنایی نخواهد داشت. علاوه بر این، رایج شدن مالکیت معنوی که متعلق آن مال غیرمحسوس و اعتباری است این دیدگاه را با چالش مواجه کرده است.

بنابراین با توجه به اینکه مقررات مربوط به بیع از فقه امامیه اقتباس شده که در آن بیع، اعم از اینکه مبیع عین خارجی یا در ذمه باشد، مملک محسوب شده است (نابینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۰۲-۱۰۳) و در حقوق موضوعه نیز از بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. که به مجرد وقوع بیع، خریدار مالک مبیع محسوب شده، استفاده می‌شود که تمام انواع مبیع با انعقاد بیع به خریدار منتقل می‌شود. این حکم با تحلیل نظری موضوع نیز مطابق است به این بیان که از یک طرف، چون بیع ماهیت اعتباری است، قوام آن به وجود آثاری ذاتی آن، یعنی تملیک است. به همین دلیل در ماده ۳۳۸ ق.م. عقد بیع به تملیک عین به عوض، تعریف شده در حالی که تملیک از آثار بیع است و خود بیع نیست. از طرف دیگر، شرط خلاف مقتضای ذات عقد به دلیل عدم سازگاری عقلی آن با عقد باطل و موجب بطلان عقد محسوب شده است. لذا بعضی شرط خلاف مقتضای عقد را برای یک لحظ نیز ناسازگار با عقد دانسته و معتقدند حتی به مقدار زمان کم هم نمی‌توان اثر ذاتی را از عقد سلب کرد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳ / باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۵۳).

بنابراین تحلیل، تملیک در بیع کلی در معین یا کلی در ذمه نمی‌تواند به تعیین خارجی مبیع یا تسلیم فرد آن منوط باشد؛ زیرا در بیع مؤجل و مدت‌دار که اغلب معاملات مهم از این نوع است، بین زمان انعقاد بیع و زمان تعیین یا تسلیم مبیع فاصله زمانی وجود دارد و اگر ملکیت به محض انعقاد عقد بیع حاصل نشود، عقد تا زمان تسلیم یا تعیین قابلیت صحت را ندارد و در نتیجه، باطل است؛ زیرا به دلیل عقلی بیع بدون تملیک قابل تحقق نیست. بر این اساس در فقه امامیه که قانون مدنی از آن اقتباس شده، به محض انعقاد عقد بیع، ملکیت نسبت به انواع مبیع برای مشتری محقق می‌شود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۲۴ / خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۷).

/ اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۵ به بعد) که ماده ۳۶۲ ق.م. نیز ظاهر در این دیدگاه است. علاوه بر این، منطق حقوقی نیز اقتضا می‌کند مواد مربوط به بیع با توجه به دیدگاه فقه امامیه که منبع اقتباس آن بوده، تفسیر شود.

با توجه با این تحلیل، تسلیم عمل حقوقی نیست؛ بلکه واقعه حقوقی است که لازم نیست خریدار در هنگام تسلیم قصد انجام تعهد بایع و تملیک به خویش را داشته باشد و تسلیم به هر حالت و یا به هر نحو که محقق شود، موجب سقوط تعهد می‌شود.

### ۳. اثر شرط بر ضمان معاوضی

با توجه به اینکه تا زمانی که مبیع تسلیم نشده، ضمان معاوضی آن بر عهده بایع است، یعنی با وجودی که مالکیت مبیع به خریدار منتقل شده و قاعده این است که با تلف قهری هر مالی از دارایی مالک آن کاسته شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۲۱، ج ۸، ص ۴۱۹)، در دوران ضمان معاوضی تلف قهری مال مورد معاوضه بر عهده کسی است که آن را موضوع معاوضه قرار داده نه کسی که مال به او منتقل شده است. لذا سؤال این است که شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار بر ضمان معاوضی بایع چه تأثیری دارد؟

به نظر می‌رسد هرچند شرط، اثری بر اصل ضمان معاوضی بایع ندارد و اگر زمان تسلیم مؤجل باشد و مبیع تلف شود، خسارت بر بایع تحمیل می‌شود و او نمی‌تواند به استناد شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، مدعی شود که او می‌توانست مبیع را قبض کند؛ اما نسبت به مدت ضمان معاوضی مؤثر است و آن را محدود به روز انجام شرط می‌کند. پس اگر خریدار در قبض تأخیر کند و خسارتی بر مبیع وارد شود، چنین زیانی بر بایع تحمیل نمی‌شود؛ بلکه خریدار باید آن را متحمل شود؛ زیرا اولاً تحدید مدت ضمان معاوضی بایع، اقتضای عرفی و ضمنی شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار است. لذا مدت ضمان معاوضی بایع با رسیدن زمان انجام شرط، منقضی شده و اقتضای قواعد این است که خسارت بر مالک که خریدار است وارد شود؛ ثانیاً اگر کسی به منطوق ادله ضمان معاوضی استناد کند و مدعی شود که ضمان معاوضی با حال شدن زمان انجام شرط منتفی نمی‌شود و فقط با

تسلیم مبیع مرتفع می‌شود، باز هم اقتضای قواعد در این است که خسارت وارده در نهایت بر خریدار تحمیل شود؛ زیرا اگر خریدار در انجام شرط تأخیر کند و خسارت وارده به بایع از این حیث، تحت دو عنوان قابل توصیف است، نخست زیان ناشی از تأخیر در تسلیم برای مثال مبیع چند روزی در انبار بایع مانده و یا به علت عدم تخلیه، خسارتی بر بایع وارد شود. چنین خسارتی را بر مبنای قواعد مسئولیت قراردادی، خریدار ضامن است؛ چون تخلف او از انجام شرط موجب ورود خسارت شده است. دوم، خسارت ناشی از تلف مبیع است که در نهایت بر مشتری تحمیل می‌شود؛ زیرا هرچند از طرفی اقتضای ضمان معاوضی در این است که تا زمانی که تسلیم محقق نشده، تلف بر عهده بایع باشد؛ ولی از طرف دیگر، اقتضای قواعد حاکم بر روابط طرفین در این است که خسارت وارده بر خریدار تحمیل شود؛ زیرا اگر او به تکلیف خود عمل می‌کرد، ضمان معاوضی بایع مرتفع می‌شد (علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۸۶ / زهیلی، ۱۴۰۷، ص ۶۵) و بعد از تسلیم، خسارت ناشی از تلف مبیع به استناد قاعده تلف هر مالی از دارایی مالک آن، به خریدار وارد می‌شد. پس تأخیر مشتری موجب ورود خسارت بر بایع شده و او ضامن جبران ضرر وارده است. هر کدام از این دو وجه دارای نقاط قوت است؛ ولی با این حال تحمیل خسارت بر خریدار قوی‌تر و با قواعد حقوقی منطبق‌تر است؛ زیرا اولاً شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، که زمان آن مشخص است، متضمن این است که مدت ضمان معاوضی بایع محدود به زمان توافقی تسلیم مبیع توسط خریدار است. در نتیجه، با توجه به ماده ۲۲۰ ق.م. که عقود طرفین را ملزم به آنچه تصریح شده و آنچه متعارف است می‌کند، یکی از آثار عرفی شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار محدود شدن مدت ضمان معاوضی بایع به هنگام تسلیم است و اگر خریدار از این زمان تأخیر کند، هرچند تسلیم واقع نشده؛ ولی چون به عمل او استناد دارد، خسارت بر او تحمیل می‌شود، همان‌گونه که اتلاف مبیع توسط خریدار، در حکم قبض او تلقی و موجب ضمان معاوضی بایع نشده است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۰۹)، در موضوع بحث نیز عرفاً اگر بعد از تأخیر خریدار، تلف و آسیبی بر مبیع وارد شود، خسارت مستند به تأخیر خریدار است و او باید چنین خسارتی را متحمل شود؛ ثانیاً بر فرض عدم قبول

تحدید مدت ضمان معاوضی، در نتیجه ضمنی شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، اقتضای قواعد در این است که خسارت بر خریدار تحمیل شود؛ زیرا هرچند از سویی اقتضای ضمان معاوضی و تلف مبیع ولو در زمان تأخیر خریدار در تسلیم، در این است که خسارت بر بایع وارد شود؛ ولی از سویی دیگر، اقتضای قواعد حاکم بر مسئولیت قراردادی در این است که چنین خسارتی را خریدار ضامن باشد؛ زیرا اگر خریدار مرتکب تخلف در اجرای تعهد نمی‌شد، تسلیم محقق و مدت ضمان معاوضی بایع پایان می‌یافت و در نتیجه، خسارت ناشی از تلف مبیع بر بایع وارد نمی‌شد. پس از حیث قواعد ضمان معاوضی چون شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، متضمن تحدید مدت ضمان معاوضی است، خسارت بر بایع تحمیل می‌شود. از حیث قواعد حاکم بر مسئولیت قراردادی نیز ولو کسی منکر تحدید ضمنی دوران ضمان معاوضی بایع شود، خریدار متخلف باید خسارتی را که در نتیجه تخلف او بر بایع وارد شده جبران نماید که به استناد نهاد تهاوتر خسارت در نهایت بر خریدار تحمیل می‌شود.

#### ۴. وضعیت اجرایی شرط

مورد شرط ضمن عقد، اعم از شرط فعل، صفت یا نتیجه باید شرایط خاصی را داشته باشد، تا موضوع توافق قرار گیرد. به همین علت در ماده ۲۳۲ ق.م شرط غیرمقدور نامشروع و فاقد منفعت عقلایی باطل اعلام شده، در حالی که این نوع شروط با عقد مغایرتی ندارند. آنچه در شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار مورد بحث می‌باشد، معلومیت تعهد به تسلیم است؛ زیرا هرچند از حیث ادبیات حقوقی آنچه مورد شرط قرار گرفته، انجام تکلیف به تسلیم مبیع است که با توجه به معلومیت مال، مورد شرط نیز معلوم است؛ ولی با توجه به هزینه‌های مستقل تسلیم و عوارض یا جریمه یا مالیاتی که در مراحل اجرایی شرط، مشتری ناچار به پرداخت آن می‌شود، ممکن است هزینه اجرای تعهد تسلیم را مجهول کند و در نتیجه معامله از حیث ارزیابی

اقتصادی مجهول و غرری شود\* (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۳۴۹). برای مثال اگر در ضمن عقد بیع خودرویی، اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار شرط شود که در عرف، بایع با اعطای وکالت به خریدار، او ملتزم به قبض مبیع می‌شود و تمام مخارج تسلیم عرفاً بر خریدار تحمیل می‌شود اگر معادل ثمن، برای مبیع جریمه تخلفات رانندگی ثبت شده باشد، آیا چنین شرطی نافذ است و خریدار باید تمام هزینه‌ها را پرداخت کند، یا شرط موجب بطلان عقد می‌شود یا شرط باطل و خریدار می‌تواند به استناد ماده ۳۶۲ ق.م. بایع را به تسلیم مبیع الزام قضایی کند؟ وضعیت اجرایی شرط منوط به این است که با توجه به نظریات مختلف، نسبت به شرط چه دیدگاهی ابراز شود که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱. لزوم اجرای شرط توسط خریدار

یک دیدگاه درباره شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، این است که مشتری باید شرط را اجرا کند ولو هزینه اجرایی آن غیرمتعارف باشد و به بهانه هزینه سنگین نمی‌تواند نسبت به بایع ادعایی داشته باشد. این دیدگاه به کسانی قابل استناد است که معتقدند شرط مجهول در صورتی که جهلش به یکی از عوضین سرایت نکند، صحیح و لازم است (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۴). بر مبنای این دیدگاه شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع، ولو هزینه تسلیم آن غیر قابل پیش‌بینی باشد، لازم‌الاجرا است چون جهل آن محدود به مورد شرط است، و به مورد معامله سرایت نمی‌کند. علاوه بر این، بعضی رابطه شرط با موضوع معامله را در حکم توابع مبیع دانسته و معتقدند اگر جهل آن منتهی به جهل یکی از عوضین نشود، از التزامات فرعی است که به منزله توابع مبیع است، همان‌گونه که جهل به توابع مبیع موجب بطلان عقد نمی‌شود، جهل به مشروط نیز خللی به عقد وارد نمی‌کند (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۱۶ / نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۲۶)؛ ولی بر این وجه اشکال وارد شده که دلیل عقلی و نقلی وجود ندارد که دلالت کند به اینکه صرف تابع بودن، علم به آن لازم نباشد. اگر علم به توابع مبیع شرط

\* لانه لا يعلم مشروط علیه ان المال الذی وصل الیه فی مقابل التبیع او العوض یساوی بما اعطاء من بدله مع وجود هذا شرط أو لا....

صحت بیع نیست به علت وجود دلیل خاص است در غیر این صورت دلیل عامی وجود ندارد که دلالت کند در مطلق توابع علم لازم نیست (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۲۶).

هرچند بر مبنای این دیدگاه مشروط علیه باید مبیع را تسلیم و تمام مخارج تسلیم را متحمل شود، ولو مقدار آن نامتعارف و غیرقابل پیش‌بینی باشد؛ ولی تطبیق آن با قواعد عمومی حاکم بر توافقات مشکل است؛ زیرا هر توافقی باید عقلایی باشد که در فقه به سائغ تعبیر شده، در حالی که معقول نیست شخصی خودرویی را به قیمت بازاری خریداری کند و بعد معلوم شود که معادل قیمت آن، جریمه تعلق گرفته باشد، چنین معامله‌ای سفهی است که ادله صحت شامل آن نمی‌شود. لذا بعضی معتقدند اگر شرط مجهول باشد، معامله غرری می‌شود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۰) و معامله غرری باطل است. در موضوع مورد بحث نیز با توجه به اصل تغابنی بودن رابطه طرفین و مرتبط بودن هزینه با موضوع بیع، مسلماً هزینه اجرای شرط بر روابط حقوقی آنان تأثیرگذار است و می‌توان گفت که اگر هزینه اجرای تکلیف، مجهول و غیرقابل اغماض باشد، شرط غیرعقلایی می‌شود و باطل است.

#### ۲-۴. قابل فسخ بودن معامله

دیدگاه دیگر درباره شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط خریدار در مواردی که هزینه تسلیم غیر متعارف می‌باشد، اینکه شرط صحیح می‌باشد؛ ولی با توجه به هزینه اجرای تسلیم و ثمن قراردادی که عرفاً موجب غبنی شدن معامله می‌شود، مشتری اختیار فسخ عقد یا اجرای شرط خواهد داشت. این وجه به کسانی قابل استناد است که معتقدند برای صحت شرط، لازم نیست به تفصیل معلوم باشد؛ بلکه همین قدر که اجمالاً معلوم (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۳) یا قابل تعیین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۸۹) کافی است. در نتیجه، باتوجه به این که نحوه تسلیم هر مالی معلوم است؛ ولی هزینه آن ممکن است اجمالاً معلوم و قابل تعیین باشد، شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط خریدار نافذ است؛ زیرا اگر هزینه اجرای شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع برای خریدار معلوم باشد، وجهی از این حیث برای بطلان وجود ندارد. اگر مقدار آن قابل تعیین باشد، با اجرای تعهد به تسلیم هزینه مشخص می‌شود. در

نتیجه عقد و شرط هر دو صحیح است؛ ولی در صورتی که هزینه تسلیم برای خریدار به تفصیل معلوم نباشد و بعد با اجرای تسلیم معلوم شود که مقدار آن چنان زیاد و غیرقابل پیش‌بینی بوده که تعادل مالیت عوض و معوض را دگرگون نموده، به استناد ماده ۴۱۹ که مطابق آن باید شرایط معامله در تشخیص غبنی بودن آن مورد توجه قرار گیرد، چنین قراردادی غبنی است و خریدار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

این دیدگاه با چند اشکال مواجه است؛ نخست اینکه تحقق خیار غبن در عقد منوط به صحت شرط است و بحث اصلی این است که آیا شرط مجهول که جهل به آن عرفاً غیرقابل تسامح و اغماض است، معتبر است. به عبارت دیگر آیا چنین شرطی اقتضای صحت دارد و جهل به هزینه ولو به مقدار قیمت بازاری مورد معامله باشد، نافذ است؟ در این دیدگاه سؤال اصلی مفروغ عنه فرض شده و بعد از فرض صحت شرط، هزینه اجرایی مورد شرط با ثمن قراردادی جمع شده و مجموع آن عوض معاملی محسوب شده که با توجه به اختلاف فاحش بین آن و قیمت بازاری مورد معامله، حکم به وجود خیار غبن برای خریدار شده است.

دوم اینکه بر فرض صحت شرط و پذیرش دیدگاه غبنی شدن معامله در نتیجه تفاوت فاحش بین مجموع ثمن قراردادی و هزینه اجرای مورد شرط از یک طرف و قیمت بازاری مورد معامله از طرف دیگر، خیار غبن خسارت وارده بر خریدار را رفع یا جبران نمی‌کند؛ زیرا خریدار با پرداخت هزینه‌های اجرایی تسلیم، مبیع را به تصرف درآورده و اگر فسخ کند، ضامن است که مال را به وضعیت قبل از تسلیم و تصرف بایع برگرداند که انجام این مورد نیز مستلزم پرداخت هزینه دیگری است. در نتیجه، خیار غبن نه تنها هزینه اجرای تسلیم را جبران نمی‌کند؛ بلکه بعد از فسخ عقد، هزینه برگرداندن مال به بایع را بر خریدار تحمیل می‌کند مگر اینکه قبل از پرداخت هزینه توسط خریدار، مقدار هزینه برای او معلوم شود که در این فرض خیار غبن می‌تواند خسارت را رفع کند و یا بایع در مورد معامله تدلیس کرده باشد که بر مبنای قاعده غرور، ضامن جبران خسارت وارده محسوب شود.



#### ۴-۳. بطلان بیع

دیدگاه دیگر بر این مبتنی است که اگر هزینه اجرای شرط اجرای تکلیف با بیع به تسلیم مبیع توسط خریدار، غیر معمول و غیر معلوم باشد، موجب بطلان عقد می شود و در نتیجه شرط ضمن آن نیز منتفی می شود. این وجه به کسانی قابل استناد است که شرط را در حکم وصف یکی از عوضین محسوب و حکم آن را از حیث وضعی، تابع حکم وصف عوضین دانسته اند (حسینی المراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۸)، بر اساس این دیدگاه، همان گونه که وصف عوض باید معلوم، و بیع مالی که وصف آن مجهول است، باطل می باشد، بیعی هم که شرط مجهول در ضمن آن درج شده، باطل است، ولو اینکه جهل به آن به عوضین سرایت نکند افزون بر این، به کسانی نیز قابل استناد است که معتقدند چون فقها تصریح کرده اند که قسمتی از ثمن در قبال شرط قرار داده می شود، یعنی وجود شرط بر مقدار ثمن تأثیر دارد و نمی توان گفت که شرط مقصود اصلی نیست و در معاوضه به آن توجه نمی شود. در نتیجه قول به بطلان شرط مجهول موجه است؛ چون شرط ضمیمه یکی از عوضین است و مانند اوصاف، جهل به آن موجب جهل به عوضین می شود (نابینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۲۷). بنابراین بعضی از این حیث، نظریات فقهی را پراکنده و غیر منسجم دانسته اند؛ چون تصریح شده که در قبال انجام شرط، بخشی از ثمن قرار می گیرد و تراضی بر معاوضه مشروط واقع شده است. لازمه این وجه آن است که جهل قاذح باشد. پس اقوی، اعتبار علم به شرط است؛ چون عموم نفی غرر اقتضای علم به شرط دارد مگر اینکه از توابع مبیع باشد مانند فروش مرغ به شرط اینکه تخم آن هم به خریدار داده شود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۰).

به هر حال، غرری شدن معامله در نتیجه شرط ضمن عقد توسط گروهی از صاحب نظران مطرح شده است. برای مثال بعضی معتقدند اگر شرط فعل معینی شود که هزینه انجام آن معین نیست، مانند شرط دوختن لباسی که مدل آن معلوم نیست؛ زیرا لباس مشروط ممکن است پیراهن یا کت باشد که هزینه دوخت هر کدام متفاوت است در نتیجه بیع غرری می شود چون مشروط علیه نمی داند که عوضی که در نتیجه بیع به او رسیده، مساوی با عوضی است که از او منتقل می شود. هر چند در مقابل شرط، عوضی به طور استقلال قرار نمی گیرد؛ ولی وجود شرط، مؤثر در مقدار ثمن است؛ به طوری

که بایع بدون شرط حاضر به فروش مبیع به ثمن بدون انجام شرط نیست (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۳۴۹). بعضی دیگر بین انواع شرط مجهول، قائل به تفصیل شده که اگر شرط مجهول هدف عقد باشد، مانند زمان تسلیم مبیع، چون چنین شرطی موجب بطلان عقد می‌شود؛ ولی اگر شرط مجهول خارج از عوضین و هدف عقد باشد مانند آنکه منزلی به ثمن معین به تاجری فروخته شود و در ضمن آن شرط شود که درآمد یک سال آینده تاجر به فروشنده تعلق گیرد. چنین شرط مجهولی خللی به عقد وارد نمی‌کند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۸۱).

تفاوت این دو دیدگاه در این است که در دیدگاه اول از بُعد اقتصادی به مجموع معامله و شرط توجه شده که مشروط‌علیه باید در زمان انعقاد عقد علم به هزینه اجرایی شرط داشته باشد تا با ارزیابی آن و سنجش با منافی که برای او حاصل می‌شود، عوض و معوض از حیث هزینه‌ها و منافع قراردادی معلوم شود تا قرارداد از حالت غرری و مجهولیت خارج شود، در حالی که در دیدگاه دوم به صرف این موضوع توجه شده که اگر عوض و معوض معلوم باشد، مجهول بودن شرط تا زمانی که محدود به مورد شرط است، به عقد خللی وارد نمی‌کند. در نتیجه عقد صحیح و شرط ضمن آن هم ولو مجهول باشد، لازم‌اجرا است. از میان این دو، دیدگاه اول از این حیث که معتقد است مطلق شرط مجهول صحیح نیست، با اصول حقوقی بیشتر مطابق است؛ زیرا شرط مجهول نمی‌تواند در قلمرو تراضی و حاکمیت اراده واقعه شود. واضح است که شرط باید مورد تراضی طرفین قرار می‌گیرد و با وجود جهل مشروط‌علیه، نمی‌توان رضای او به انجام تکلیف را معتبر دانست؛ ولی بطلان شرط ملازمه‌ای با بطلان عقد یا غرری شدن آن ندارد. لذا در قانون شروط باطلی پیش‌بینی شده که بطلان آن به عقد سرایت نشده است.

#### ۴-۴. بطلان شرط و لزوم انجام تسلیم توسط بایع

این دیدگاه از جهتی مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و از جهت دیگر مبتنی بر تحلیل اقتصادی مورد شرط است که از هر دو جهت نتیجه آن بطلان شرط است؛ زیرا شکی نیست که شرط باید مورد تراضی و مقصود طرفین باشد تا جزیی از قرارداد

محسوب شود. شرط مورد تراضی قرار نمی‌گیرد مگر اینکه مورد آن برای طرفین معلوم باشد. از جهت اقتصادی هم اگر هزینه انجام مورد شرط مجهول باشد، مشروط علیه نمی‌داند در قبال منافی که از طریق قرارداد به او می‌رسد، چه هزینه‌هایی را باید متحمل شود و چه منافی را به مشروط‌له می‌رساند. در نتیجه شرط، غرری می‌شود (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۳۴۹).

پس با توجه به اینکه هزینه اجرایی شرط معلوم نیست، باطل است؛ زیرا معلومیت شرط برای صحت و لزوم آن ضروری است و شرط مجهول صحیح نمی‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۲۸۱ / نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۲۶ / انصاری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۹ / حسینی‌المراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۹). شایسته نیست اشکال شود که فعل مورد شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع معلوم است و فقط هزینه اجرایی تسلیم مجهول است، چون یکی از ملاکات معلومیت تعهدات، معلوم بودن هزینه اجرایی آن است و تعهدی که هزینه اجرایی آن معلوم نیست مجهول می‌باشد (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۳۴۹). به همین علت بعضی شرط را در صورتی صحیح می‌دانند که هزینه انجام آن ولو به تخمین، قابل برآورد باشد تا معامله غرری نشود، برای مثال در فرضی که شخصی دیگری را اجیر در ساخت بنایی کرده و بر او شرط نموده که هزینه ساخت بنا را خود متحمل شود، اظهار شده اگر هزینه قابل تخمین باشد، شرط صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۰).

این دیدگاه از دو جهت با قواعد حقوقی منطبق است؛ نخست از حیث اصل حاکمیت اراده یا تابعیت عقد از قصد، چون اراده که بر ماهیت حقوقی عقد یا شرط حاکم است، لازم است عالم به آن باشد و معقول نیست که اراده جاهل بتواند ماهیتی را انشا کند.

دوم اینکه شرط باید معقول و عقلایی باشد که در بعضی از تعابیر به شرط سائغ (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۲۴۸) اطلاق شده است. چنین شرطی که هزینه تسلیم مبیع فوق‌العاده زیاد بوده و مشروط علیه نیز از آن آگاه نباشد، غیرعقلایی و باطل است چون ادله صحت شامل آن نمی‌شود. پس شرط اجرای تکلیف بائع به تسلیم مبیع توسط خریدار در مواردی که دارای هزینه نامتعارف است باطل است؛ ولی بطلان آن

به عقد سرایت نمی‌کند؛ ولی باید دید چه ضمانت اجرایی بر آن مترتب و چه کسی باید مبیع را تسلیم کند؟

از سویی طبق بند ۳ ماده ۲۶۳ ق.م. بایع متعهد به تسلیم مبیع است، او باید آن را به خریدار تسلیم کند و به استناد درج شرط نمی‌تواند از ایفای تعهد خود اجتناب کند؛ زیرا او مبیع را موضوع عقد قرارداد داده و به حکم قانون متعهد به تسلیم آن است. از سوی دیگر، چون توافق جانشین آن، یعنی شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، باطل است، نمی‌تواند موجب سقوط تعهد بایع شود. در نتیجه، تعهد عقدی بایع به تسلیم مبیع به اعتبار خود باقی است چون شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار را نمی‌توان عامل سقوط آن محسوب کرد چون که چنین شرطی باطل و فاقد هرگونه اثر نسبت به تعهد بایع به تسلیم مبیع است.

هرچند حقوقدانان با تنقیح مناط از ماده ۲۴۰ ق.م. معتقدند در موارد بطلان شرط، اگر مشروطه از علت بطلان آگاه نباشد، حق فسخ قرارداد را دارد؛ زیرا او با توجه به شرط، راضی به انعقاد معامله شده است و در صورت بطلان شرط می‌تواند معامله را فسخ کند تا از او جبران خسارت شود (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۷۶-۲۷۷)؛ ولی به نظر می‌رسد بایع در این مورد مستحق حمایت نیست؛ زیرا اولاً بطلان شرط، در چنین موردی را می‌توان به عمل بایع مستند دانست و طبق قسمت آخر ماده ۲۴۰ ق.م. اگر مشروطه عامل ممتنع شدن یا بطلان شرط شود، خیراری به او تعلق نمی‌گیرد. لذا اگر او سبب عدم اجرای شرط شود، خسارتی نیز به او پرداخت نخواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۷۶)؛ ثانیاً اعطای حق فسخ در چنین توافقی خلاف عدالت معاوضی است؛ چون عدالت معاوضی که بیشتر خیارات مبتنی بر آن است اقتضا دارد که مبیع به شرایط بازار مبادله شود و صرف بطلان شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، نباید موجبی برای تحقق خیار شود در صورتی که معامله نسبت به بایع غبنی محسوب نشود. بنابراین، آنچه با اصول حقوقی خصوصاً اصل امنیت و ثبات قراردادها مطابق می‌باشد، این است که در موارد بطلان شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار، به اقتضای اطلاق عقد، بایع ملزم به تسلیم مبیع شود.

در نتیجه، با توجه به اینکه تعهد به تسلیم مبیع از وظایف قراردادی بایع است و شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط خریدار به دلیل مجهولیت هزینه باطل می‌باشد، تعهد بایع به تسلیم مبیع باقی است. در این فرض به درخواست خریدار، بایع ملزم به انجام تسلیم می‌شود. اگر بایع در دسترس نباشد؛ به طوری که امکان اجبار او عرفاً مقدور نباشد، مانند موردی که فروشنده با اعطای وکالت به خریدار و تنظیم سند رسمی وکالت به نام او به خارج سفر کند، خریدار به حکم مقامات قضایی می‌تواند هزینه تسلیم را از ثمن قراردادی در صورتی که تمام آن را پرداخت نکرده باشد یا از سایر اموال بایع تأمین کند. در صورتی که مالی از بایع شناسایی نشود خریدار می‌تواند به حکم مقامات قضایی، هزینه تسلیم را پرداخت کند و بعد به عنوان طلبکار علیه بایع اقامه دعوی کند.

شایان ذکر است که اگر امکان الزام قضایی بایع وجود نداشته باشد و مالی هم از او جهت تأمین هزینه تسلیم یافت نشود، به استناد مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.م. برای خریدار اختیار محقق می‌شود؛ ولی با توجه به شرایط اقتصادی و بازار روز، این راه حل چندان مناسب نیست؛ زیرا فسخ قرارداد در مواردی دارای توجیه اقتصادی و منفعت عقلایی است که قیمت‌ها ثابت باشد؛ ولی امروزه که قیمت اموال، خصوصاً غیرمنقول ذاتی، پیوسته در حال افزایش و قیمت ثمن پرداختی که غالباً پول می‌باشد در حال کاهش است، فسخ قرارداد نه تنها فایده‌ای برای خریدار ندارد؛ بلکه ممکن است موجب ضرر بیشتر شود. بنابراین انجام تسلیم به حساب بایع به دستور مقامات قضایی و طلبکار شدن خریدار از بایع مناسب‌تر از فسخ قرارداد است که موجب ضرر بیشتر می‌شود.

## نتیجه

هرچند فروش مال بدون تعهد به تسلیم آن عقلایی نیست و به همین علت در بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. فروشنده ملزم به تسلیم مبیع اعلام شده است؛ ولی از سایر مقررات استفاده می‌شود که این تعهد قائم به شخص نیست و بایع می‌تواند اجرای تعهد را بر مشتری شرط کند. بنابراین هرچند طبق ماده ۲۲۰ ق.م. سه نوع اثر، یعنی اثر اقتضای ذاتی، اثر اقتضای اطلاق و اثر قانونی بر هر عقدی مترتب است، و تعهد به تسلیم مبیع

در بیع از آثار اقتضای ذاتی عقد است؛ زیرا بیع بدون تعهد به تسلیم مبیع، غرری و باطل است؛ چون مالکیت حاصل از چنین بیعی فاقد منفعت عقلایی مشروع است؛ اما اجرای تعهد به تسلیم مبیع، از آثار اطلاقی عقد بیع است و شرط انجام آن توسط مشتری یا ثالث معتبر است.

درباره ماهیت تسلیم نیز که در نحوه اجرای آن مؤثر است، هرچند در دکترین حقوقی، در بیع کلی در معین و کلی در ذمه اختلاف است که مالکیت با تعیین فرد مبیع یا تسلیم آن محقق می‌شود و در نتیجه، بر مبنای دیدگاه اخیر، خریدار باید در اجرای تسلیم مبیع، قصد تملیک به خود و قصد نمایندگی از بایع کند؛ ولی از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی، ملکیت در تمام انواع مبیع بلافاصله بعد از بیع حاصل می‌شود و در نتیجه لازم نیست مشتری در هنگام تسلیم قصد تملیک یا قصد نمایندگی از بایع کند. شرط اجرای تکلیف بایع به تسلیم مبیع توسط مشتری، مدت ضمان معاوضی بایع را به زمان توافقی تسلیم، محدود می‌کند و اگر مشتری در اجرای شرط تأخیر کند، خسارت وارده در نهایت بر او تحمیل می‌شود ولو تحدید زمان ضمان معاوضی بایع به استناد ظاهر ادله قبول نشود. علاوه بر این، در مواردی که هزینه انجام شرط فوق‌العاده است، هرچند وجوهی چون لزوم اجرای تسلیم توسط مشتری، اختیار مشتری به فسخ عقد، انتفای تعهد به استناد بطلان عقد و لزوم اجرای تسلیم توسط بایع به استناد بطلان شرط، از قواعد حقوقی قابل تحلیل است؛ ولی وجه بطلان شرط و لزوم انجام تسلیم توسط بایع با قواعد حقوقی مطابقت بیشتری دارد؛ زیرا اثر اصلی عقد بیع، یعنی لزوم انجام تسلیم توسط بایع که شرط اجرای آن توسط مشتری باطل شده، به اعتبار خود باقی است.

## منابع

۱. اراکی، شیخ محمدعلی؛ کتاب البیع؛ ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵ق.
۲. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، تهران: کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
۳. انصاری، شیخ مرتضی؛ المکاسب؛ ج ۳، بیروت: مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ق.
۴. باریکلو، علیرضا؛ عقود معین؛ ج ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ حقوق تعهدات، ج ۱، قم: مدرسه عالی امور قضایی و اداری، ۱۳۵۴.
۶. حسینی المراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین؛ الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸.
۷. حلی، علامه (حسن ابن یوسف بن مطهر اسدی)؛ قواعد الاحکام؛ ج ۲، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹.
۸. خمینی، سید روح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۱ و ۳، ج ۵، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵.
۹. خویی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه؛ مقرر محمد علی توحیدی؛ ج ۷، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷.
۱۰. زهیلی، وهبة؛ العقود المسماة؛ دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۷.
۱۱. شهیدی، مهدی؛ مجموعه مقالات حقوقی؛ ج ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
۱۲. —؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱، چ ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۳. —؛ شروط ضمن عقد؛ تهران: مجد، ۱۳۸۶.
۱۴. —؛ سقوط تعهدات؛ تهران: مجد، ۱۳۷۰.
۱۵. —؛ حقوق مدنی؛ ج ۳، تعهدات؛ تهران: مجد، ۱۳۸۰.
۱۶. —؛ آثار قراردادها و تعهدات؛ ج ۳، تهران: مجد، ۱۳۸۲.

۱۷. طباطبائی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ الطبعة الاولى، ج ۸، قم: مؤسسة-النشر الاسلامی، ۱۴۱۹.
۱۸. طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم؛ سؤال و جواب؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۱۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه؛ ج ۳، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۷.
۲۰. عمید زنجانی، عباسعلی؛ موجبات ضمان؛ ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۲. —؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۳. —؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.
۲۴. مقدس اردبیلی، مولی احمد؛ مجمع الفوائد والبرهان؛ ج ۸، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۱.
۲۵. منتظری، شیخ حسین علی؛ الدراسات فی المكاسب المحرمه، الطبعة-الاول، قم: تفکر، ۱۴۱۵.
۲۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد حسن؛ قواعد الفقهیه، ج ۳، قم: دلیل ما، ۱۴۲۶.
۲۷. نایینی، میرزا محمد حسین؛ منیة الطالب؛ مقرر موسی خوانساری؛ ج ۳، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.
۲۸. نراقی، ملا احمد؛ عوائد الايام؛ الطبعة الاولى، قم: مرکز النشر، ۱۳۷۵.