

رسول خدا (ص):

انا مدينة العلم و علی بابها فمن اراد العلم فلیأت الباب \*

که من شهر علمم علیم دز است      درست این سخن، گفت پیغمبر است  
(فردوسی)

\* مناقب ابن المغازلی ۸۵/۸۰، الغدير ۶۱/۶-۷۷.

## آثار بیع و امکام آن (۱۳)

علیرضا ایمانی پیرآغاج \*

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
اشاره جامع علوم انسانی

دو فصل «در ملکیت مبیع و ثمن» و «در تسلیم مبیع» از مبحث ارزشمند آثار بیع و احکام آن پیش از این و در همین صفحات به چاپ رسید، اینک آخرین بخش این نوشتار از نظر می‌گذرد:



پښتونستان کلهو علمون انساني و مطالعات فرېښتې  
پر تال جامع علمون انساني

## فصل سوم - در تادیه ثمن

### مقدمه

پس از انعقاد عقد بیع، صرف نظر از اثر فوری آن که انتقال مالکیت است، اولین تعهدی که برعهده مشتری قرار می‌گیرد «تادیه ثمن» است. این تادیه بر مبنای عدالت معاوضی است زیرا طرفین در مقابل آنچه می‌دهند، می‌خواهند چیزی به دست آورند. و بایع نیز در مقابل تسلیم مبیع، تادیه ثمن را انتظار دارد. در این فصل پس از آنکه مبنای لزوم پرداخت ثمن را گفتیم به بررسی چگونگی انجام این تعهد از نظر زمانی و مکانی خواهیم پرداخت و در مبحث آخر نیز به بررسی آثار عدم تادیه که باعث ایجاد خیار تاخیر ثمن و خیار تغلیس برای بایع می‌گردد، در دو بخش می‌پردازیم.

### مبحث اول - مبنای لزوم پرداخت ثمن

چنانکه گفته شد بر اثر انعقاد عقد بیع، مشتری ملتزم به تادیه ثمن می‌باشد و این تادیه بر مبنای تراضی و توافقی است که بین بایع و مشتری وجود دارد، زیرا این دو برحسب قرار داد توافق نموده‌اند که دو تعهد در مقابل یکدیگر داشته باشند (تسلیم مبیع و تادیه ثمن) و نظر به همین ریشه قراردادی داشتن این التزامات است که مادامی که هر یک از طرفین تعهد خود را انجام نداده، دیگری می‌تواند از حق حبس استفاده کند. همچنین بایع می‌تواند در صورت عدم تادیه ثمن بر طبق مقررات خیار تاخیر ثمن و خیار تغلیس بیع را فسخ نماید. به بیان دیگر، طرفین به صورت ضمنی قبض و اقباض عوضین را شرط نموده‌اند و عقد مبتنی بر این دو تعهد مستقر گردیده است، به همین جهت است که عقد بیع را می‌توان «تملیک عوضین» و «تعهد به تسلیم آنها» تعریف نمود که تا جزء

اخیر این تعریف تحقق نیابد، جزء اول که انتقال مالکیت است نیز به طور کامل مستقر نمی‌گردد، زیرا هریک از طرفین می‌توانند با توجه به خيارات قانونی عقد را فسخ نمایند. قانون مدنی در بند ۴ ماده ۳۶۲ به این التزام مشتری با این بیان تصریح دارد: «عقد بیع مشتری را به تادیه ثمن ملزم می‌کند».

### مبحث دوم - زمان و مکان پرداخت

#### اول - زمان پرداخت

ماده ۳۹۴ ق.م در الزام به تأدیه در موعد و محل قرار داد، مقرر می‌دارد: «مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تأدیه نماید». وفق ماده فوق، در موردی که موعد پرداخت ثمن در عقد بیع معین شده باشد پرداخت در همان موعد صورت می‌گیرد، ولی اگر قرار داد راجع به زمان پرداخت ساکت باشد، عرف حاکم بر رابطه دو طرف می‌باشد (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م). در فرض که عرف نیز حکم معین ندارد، خریدار باید ثمن را نقداً پرداخت نماید. ماده ۳۴۴ ق.م در این مورد تصریح دارد که: «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده... یا (برای) تادیه قیمت موعدی معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است...».

بنابراین، اطلاق عقد اقتضای پرداخت فوری ثمن را دارد. ماده مزبور بر اصل حال بودن یا فوری بودن ایفای دین اشاره می‌نماید. همچنین ملاک از بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م دلالت بر پرداخت فوری دارد.

خریدار می‌تواند طبق ماده ۲۷۷ ق.م در خواست مهلت عادلانه یا قرار اقساط کند. ولی امروزه دادگاهها کمتر از این اختیار استفاده می‌کنند و دلیل آن هم جلوگیری از توالی فاسد این امر است، چرا که مدیونین با در خواست قرار اقساط از انجام تعهد خود طفره می‌روند. دادگاهها رسیدگی به این در خواست را منوط به تقدیم دادخواست اعسار می‌سازند.

در بیع نسیه، ظاهر این است که مهلت و اقساط به سود خریدار مقرر شده است و او می‌تواند از این امتیاز بگذرد و ثمن را نقداً بپردازد.<sup>۱</sup>

## دوم- مکان پرداخت

مکان تأدیه علاوه بر این که تعیین می‌کند متعهد وظیفه خود را در چه محلی انجام دهد، در تشخیص صلاحیت محاکم نیز موثر است. به موجب ماده ۲۲ ق.آ.د.م در دعاوی بازرگانی و دعاوی مربوط به اموال منقول که از عقد و قرار داد ناشی شده باشد، دادگاه محل وقوع قرارداد و دادگاه محل اجرای تعهد صلاحیت دارند.

مکان پرداخت به ترتیب زیر معین می‌گردد:

۱- مکانی که در زمان انعقاد بیع بین طرفین مقرر گردیده است. (ماده ۳۹۴ ق.م.)

۲- اگر هنگام عقد، محل تأدیه مشخص نشود، تعیین آن تابع عرف و عادت است (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م.)

۳- در صورتی که به کمک دو عامل فوق محل تأدیه مشخص نگردد، محل تأدیه به موجب ماده ۲۸۰ ق.م محل وقوع عقد است.

## مبحث سوم- آثار عدم تأدیه ثمن

اول- ضمانت اجرای تاخیر در تأدیه ثمن- خیار تاخیر ثمن

### یک- تعریف

خیار تاخیر ثمن حقی است برای بایع در فسخ معامله، در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن و تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، هرگاه سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد. (ماده ۴۰۲ ق.م.)

### دو- شرایط ایجاد خیار تاخیر ثمن

با امعان نظر در ماده ۴۰۲ و مواد بعدی در خیار تاخیر ثمن چنین بر می‌آید که برای ایجاد خیار برای بایع باید شرایط ذیل موجود باشد:

الف) مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد.

بنا بر صدر ماده ۴۰۲ ق.م در صورتی برای بایع خیار تاخیر ثمن به وجود می‌آید که مبیع عین معین یا در حکم آن- کلی در معین- باشد. مفهوم مخالف آن این است که هر

گاه مبیع کلی فی الذمه باشد، برای بایع خیار تأخیر ثمن به وجود نخواهد آمد. دلیل وضع چنین شرطی در خیار تأخیر ثمن آن است که در مبیع عین معین یا در حکم آن، احتمال ایجاد ضرر برای بایع وجود دارد، زیرا در این نوع مبیع است که تا قبل از تسلیم ضمان معاوضی بر عهده بایع خواهد بود، و در صورت تلف شدن آن تلف از مال بایع می‌باشد، به علاوه آنکه باید نمائات منفصله آن را نیز به خریدار بدهد. به همین منظور و برای جلوگیری از این وضع ناعادلانه است که برای بایع خیار تأخیر ثمن در صورتی که مبیع عین خارجی یاد حکم آن باشد مقرر گشته است. بر خلاف موردی که مبیع کلی فی الذمه باشد که مسأله تلف در آن منتفی است.

شایان ذکر است که برای به وجود آمدن خیار مزبور فرق نمی‌کند که ثمن عین معین باشد، یا در حکم آن و یا کلی فی الذمه.

#### ب) تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع مؤجل نباشد

بنابراین هرگاه بین فروشنده و خریدار برای تأدیه ثمن اجلی معین شده باشد، خیار تأخیر به وجود نمی‌آید. فقها<sup>۱</sup> اخبار وارد در موضوع را منصرف از این مورد بیان کرده‌اند، چون این اخبار ناظر به مواردی است که برای بایع حق مطالبه ثمن وجود دارد. همچنین است هرگاه بایع برای تسلیم شرط اجل قرار دهد.

هرگاه بین بایع و مشتری برای مقداری از ثمن اجلی معین شده باشد، بایع برای تأخیر در تأدیه آن قسمت از ثمن که حال شده، حق فسخ نخواهد داشت زیرا قابل فسخ بودن بیع برخلاف اصل لزوم قراردادها است. به علاوه، پذیرفتن خیار در این مورد موجب تبعض در بیع است و آن موجب ضرر مشتری خواهد بود.<sup>۲</sup>

#### ج) تسلیم مبیع و تأدیه ثمن به طور کامل انجام نشده باشد

اگر بعضی از ثمن و مبیع تأدیه و تسلیم شود، مانند آن است که چیزی از ثمن و مبیع

۱. الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، با تعلیقات سید محمد کلانتر، ص ۲۴۵، منشورات النجف الدینیة، بدون نوبت چاپ، ۱۳۹۳ ق. و امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۴، ص ۴۰۴.  
 ۲. شهید ثانی، روضة البهیة (شرح لمعه)، جزء اول، ص ۳۲۴.

قبض و اقباض نشده است، از این رو در این صورت خیار باقی است. زیرا با قبض بعض درست است که بگوییم ثمن قبض نشده و مثن نیز اقباض نگردیده است. این است که ماده ۴۰۷ ق. م. مقرر می‌دارد: «تسلیم بعض ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی‌کند»

اما اگر تمام ثمن را - بایع - قبض کند یا جمیع مبیع را به اقباض دهد، دیگر برای او خیار باقی نمی‌ماند هرچند که مجدداً ثمن به مشتری و مبیع به بایع به نحوی از انحاء مسترد گردد (قسمت آخر ماده ۴۰۴ ق. م.) مانند آن که مشتری بعد از عقد، مبیع را به عنوان ودیعه یا عاریه در اختیار بایع قرار دهد.

شرط قبض که مانع از ثبوت خیار می‌باشد، این است که به اذن مالکش صورت گیرد، از این رو اثری بر قبضی که بدون اذن بایع انجام شده نیست. ولی چنانچه ضمان معاوضی در اثر این قبض از عهده بایع مرتفع گردد، در این صورت خیار تاخیر ثمن به وجود نمی‌آید، زیرا در این صورت ضرری متوجه بایع نخواهد شد.<sup>۱</sup> این قول اخیر قوی‌تر به نظر می‌رسد.

د) باید سه روز از تاریخ بیع بگذرد و هیچ یک از طرفین آنچه را به عهده دارد،

تسلیم نکند

در پیدایش حق فسخ فرقی نمی‌کند که عدم تسلیم ثمن به بایع ارادی باشد (اعمال حق حبس) یا اضطراری و موجه، چنانچه مشتری بلافاصله بازداشت شود.

سه- زمان اعمال خیار

در بیعی که بایع مبیع را به قبض نداده و ثمن را نیز دریافت نکرده، تا سه روز عقد لازم بوده و بعد از سه روز خیار می‌گردد. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که پس از سپری شدن مدت مزبور آیا بایع باید فوراً آن را اعمال کند و گرنه خیار او ساقط خواهد شد، و یا اینکه با تأخیر نیز می‌تواند آن را اعمال نماید؟

قانون مدنی در مورد خیار مزبور ساکت است. در این جا دو استدلال وجود دارد. ظاهر

آن است که این خیار فوریت ندارد<sup>۱</sup>. بدین معنی که وقتی شک به وجود آید که در صورت عدم اعمال فوری خیار، آیا به قوت خود باقی است یا خیر، مقتضای استصحاب بقای آن است و برای سقوط آن باید سبب قانونی وجود داشته باشد.

نظر به این که تاخیر در اعمال خیار با اصل لزوم قراردادهای منافات دارد، و باعث تزلزل در استحکام عقد می‌شود، بنابراین خیار باید فوراً اعمال شود. در غیر این صورت خیار ساقط خواهد شد. اگر دلیل جعل خیار نفی ضرر باشد، فوری بودن خیار روشنتر است زیرا ضرر بدان وسیله دفع می‌گردد.

به هر حال، قول بر تراخی اعمال خیار طرفداران بیشتری دارد، هرچند که باید این نکته را در نظر داشت که مسکوت گذاردن اعمال خیار برای مدت طولانی ممکن است نشانه انصراف ضمنی فروشنده تلقی شود.

#### چهار- بررسی مطالبه ثمن از جانب بایع و تأثیر آن بر خیار تأخیر ثمن

بسیاری از فقها<sup>۲</sup> تصریح کرده‌اند که صرف این که بایع از مشتری مطالبه ثمن بکند این امر مسقط خیار نیست. اگر چه قرینه برای رضا او به عقد می‌باشد. اما چون علم آور نیست، این مقدار از قرینیت کفایت نمی‌کند. بنابراین چنین استنباط می‌شود که صرف مطالبه دلالت بر التزام نمی‌کند بلکه باید قرائن علم آوری وجود داشته باشد که معلوم نماید مقصود بایع از مطالبه ثمن التزام به بیع بوده است. ماده ۴۰۳ ق.م. در این ارتباط چنین اشعار می‌دارد: «اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده است، خیار او ساقط خواهد شد». به علاوه با شک در بقاء و زوال حق خیار در اثر مطالبه، حالت یقینی سابق که همان بقای حق خیار است استصحاب می‌گردد.

۱. امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۰۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، بدون نوبت چاپ و تاریخ.  
 ۲. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ص ۲۴۵ و شهید ثانی، روضة البهیة، جزء اول، ص ۳۲۴ و امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۴، ص ۴۱۳.



پنج- اثر ضمان از مشتری و حواله بایع- سقوط خیار

اگر مشتری برای پرداخت ثمن ضامن بدهد با تحقق عقد ضمان، خیار تأخیر بایع ساقط می‌شود، زیرا از دیدگاه قانون مدنی، ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است، یعنی بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه (در این جا، مشتری) بری و ذمه ضامن به مضمون له (بایع) مشغول می‌گردد. (ماده ۶۹۸ ق.م). همچنین اگر بایع، ثمن را حواله دهد پس از تحقق حواله - قبول محال علیه (خریدار) و رضای محال - طلب بایع از بابت ثمن به محال انتقال می‌یابد و در حکم وصول ثمن است. بنابراین خیار تأخیر ساقط می‌گردد. ماده ۴۰۸ ق.م در این خصوص بیان می‌دارد: «اگر مشتری برای ثمن ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد، پس از تحقق حواله خیار ساقط می‌شود».

مورد دیگری که باعث سقوط خیار تأخیر ثمن می‌شود، مربوط به زمانی است که مشتری ثمن را حاضر کرده که به بایع بدهد ولی او از اخذ آن امتناع می‌نماید. (ماده ۴۰۵ ق.م) زیرا مشتری برای انجام تکلیف خود آماده بوده است، و به علاوه، غرض از قبض دادن ثمن کنایه از متمکن ساختن بایع از آن می‌باشد و در فرض ما که ثمن متعین شده است خیار تأخیر ساقط می‌شود.

شش- اثر تادیه ثمن پیش از اعمال خیار

موضوع راجع به زمانی است که مشتری بعد از گذشتن سه روز، قبل از فسخ بایع، ثمن را به بایع رد کند. بین فقها در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: عده‌ای قائل به بقای خیار می‌باشند<sup>۱</sup> و در توجیه آن می‌گویند قبل از رد ثمن، خیار ثابت بوده و بعد از رد، شک در ثبوت و زوالش اگر کنیم، استصحاب بقاء، مقتضی است که خیار مستمر باشد. عده‌ای دیگر معتقدند که خیار ساقط می‌شود<sup>۲</sup>. زیرا حکمت جعل آن دفع ضرری است که به

۱. امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۰۵. همچنین شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد متاجر، ص ۱۱۴ و سید محمد کاظم یزدی، حاشیه مکاسب، چاپ سربی، ج ۲، صص ۱۱۵ و ۱۱۶، نقل از دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، پاورقی ص ۲۱۶.  
 ۲. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ص ۲۴۷ و علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱، ص ۵۲۳.

واسطه عدم قبض ثمن متوجه بایع می‌شود و پر واضح است که بعد از دریافت ثمن و قبض مشتری این ضرر منتفی شده و مناط جعل خیار رأساً از بین می‌رود پس وجهی برای ثبوت آن باقی نمی‌ماند. بعضی دیگر هر دو احتمال فوق را داده‌اند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد احتمال دوم قوی‌تر باشد. زیرا علاوه بر این که با انتفاء ضرر در اثر پرداخت ثمن مسأله سالبه به انتفاء موضوع پیش می‌آید و دیگر دلیلی برای بقای خیار باقی نمی‌ماند قائل شدن به ثبوت خیار، به بایع این اختیار را می‌دهد که حتی با نبود ضرر عقد را برهم زند که این با اصالة اللزوم قراردادها منافات دارد.

#### هفت- زمان اعمال خیار در مبیع فاسد شدنی- خیار ما یفسد لیومه

اگر مبیع از جمله کالای فاسد شدنی باشد، ابتدای خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد. (ماده ۴۰۹ ق.م). فلسفه ایجاد خیار برای دفع ضرر احتمالی است، ولی اگر قرار باشد که بایع در مبیع فاسد شدنی تا مدت سه روز صبر کند تا اگر مشتری ثمن را نیاورد بیع را فسخ کند، بدیهی است که پذیرش این امر غیر معقول است. زیرا از یک طرف ممکن است که مشتری پس از سه روز ثمن را نیاورد، و از طرف دیگر مبیع تلف شود. چون تلف قبل از قبض می‌باشد از آن بایع محسوب می‌گردد (ماده ۳۸۷ ق.م) و اگر معیب شود، چون عیب مربوط به قبل از قبض می‌باشد، بنابراین در حکم عیب سابق است (ماده ۴۲۵ ق.م) بنابراین نه تنها دفع ضرر بایع نمی‌شود بلکه ضرری نیز بر آن تحمیل می‌گردد. به همین جهت است که در این نوع مبیع خاص (فاسد شدنی) ابتدای استفاده از خیار زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت گردد.

این نوع خیار را در فقه «خیار ما یفسد لیومه» نامیده‌اند.<sup>۲</sup>

۱- شهید ثانی، روضة البهیة، جزء اول، ص ۳۲۴

۲. مکی العاملی، جمال الدین محمد، معروف به شهید اول، اللعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، ص ۱۰۷، ناشر یلدا، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه. ق و شهید ثانی، روضة البهیة، جزء اول، ص ۳۲۴.

### دوم- اثر ناتوانی مشتری در تأدیه ثمن- خیار تفلیس

ممکن است عدم پرداخت ثمن به وسیله مشتری ناشی از افلاس وی باشد. قانون مدنی در ماده ۳۸۰ ق. م حکم آن را چنین بیان داشته است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و مبیع نزد او موجود باشد، با بیع حق استرداد آن را دارد، و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌توان از تسلیم آن امتناع کند». لازمه اختیار استرداد مبیع توسط بایع این است که وی خیار فسخ داشته باشد، به همین لحاظ برخی از فقها آن را به عنوان «خیار تفلیس» در کنار سایر اختیارات بر شمرده‌اند.<sup>۱</sup>

تفلیس، عبارت است از ممنوع ساختن مدیون از مداخله در اموال و دارایی خویش، شبیه حکم توقف که در حقوق کنونی برای تاجر ورشکسته صادر می‌شود.<sup>۲</sup> و مفلس کسی است که اموالش مستغرق در دیونش باشد و حاکم به درخواست طلبکاران او را از تصرف در اموال خویش ممنوع می‌سازد.

### فصل چهارم- در ضمان درک

#### مقدمه

دومین تعهدی که در اثر عقد بیع برعهده بایع و مشتری قرار می‌گیرد، ضمان درک مبیع و ثمن است. به این معنا که بایع ضامن درک مبیع است. یعنی در صورتی که مبیع از آن دیگری باشد، او باید ثمن را به خریدار پس دهد. و مشتری ضامن درک ثمن می‌باشد یعنی اگر ثمن مستحق للغير درآمد مشتری باید مبیع را مسترد نماید.

اشاره دو نکته در همین ابتدای بحث می‌تواند راهگشا باشد؛ یکی آن که حکم ضمان نتیجه فساد معامله است، بنابر این بیان آن در ضمن آثار بیع درست چندان صحیح نمی‌نماید. و دو از آن اینکه مبنای ضمان تکلیف و حکم قانون است و ریشه قرار دادی ندارد. در این فصل به بررسی این ضمان و وجوه و آثار آن می‌پردازیم.

۱. شهیدین، لمعه، ص ۱۰۸، و شرح لمعه، ص ۳۳۲.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۲۱۷، ش ۱۵۵.

## مبحث اول - تعریف و مبنا و قلمرو ضمان درک

### اول- تعریف

بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م.بیان داشته که: «عقد بیع با بیع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد»

ضمان درک، در اصطلاح عبارت است از مسؤولیت بیع به استرداد ثمن در صورتی که مبیع مستحق للغیر درآید<sup>۱</sup>. این ضمان ادامه ضمان معاوضی است زیرا به موجب عقد بیع با بیع نه تنها باید مبیع را به تصرف مشتری بدهد، بلکه بعد از تسلیم نیز باید ماندن در تصرف مشتری را تضمین کند. این است که قسمت اول ماده ۳۹۱ قانون مدنی می گوید: «در صورت مستحق للغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع، با بیع باید ثمن مبیع را مسترد دارد...».

### دوم- مبناى ضمان

این ضمان ریشه قراردادی ندارد، بلکه حکم قانون است. الزام قانون به استرداد ثمن ناشی از عدم استحقاق بیع به دریافت ثمن است. زیرا هنگامی که مبیع متعلق به دیگری است عقد واقع شده عقدی صحیح نیست و تابع قواعد معاملات فضولی و غیر نافذ است و چه بسا با عدم تنفیذ مالک، عقد باطل گردد. از آنجائی که عقد فاسد (باطل) اثری در تملک ندارد، نتیجه قهری چنین عقدی استرداد عوضین می باشد، مثلاً در صورت بطلان عقد ثمن بدون استحقاق در ید فروشنده باقی می ماند، و باید به خریدار مسترد گردد. این قاعده در تمام موارد بطلان عقد جاری است، پس ضمان درک نتیجه بیع فاسد است نه بیع درست. لذا ذکر ضمان درک در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م.ا از آثار بیع صحیح خالی مسامحه نیست.

همان طور که ذکر گردید، ضمان درک با بیع تکلیف قانونی است. بنابراین، برای این که با بیع ضامن درک مبیع باشد، لازم به تصریح در عقد نیست به همین جهت در قسمت

۱. البته مسؤولیت خریدار را نیز نسبت به استرداد مبیعی که دریافت داشته، در صورتی که ثمن مستحق للغیر درآید، ضمان درک می گویند.

آخر ماده ۳۹۰ ق.م.آمه است: «...اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد».

### سوم- قلمرو ضمان درک

همان طور که گفته شد، ضمان درک راجع به موردی است که تمام یا جزئی از مبیع از آن دیگری باشد و به جهت عدم تنفیذ مالک واقعی معامله باطل گردد. حال سؤالی که مطرح می گردد، این است که اگر ثالثی دارای حق انتفاع و ارتفاع در مبیع باشد آیا بایع ضامن است و این معامله مشمول ماده ۳۹۰ ق.م.آمه قرار می گیرد؟

در پاسخ باید گفت چنانچه شخص ثالث حق انتفاع یا ارتفاق بر مبیع داشته باشد، بیع باطل نیست، بنابراین مفاد ماده ۳۹۰ ق.م.آمه در این موارد اجرا نمی شود. ولی خریدار نا آگاه از وجود حق مزبور می تواند با استفاده از ماده ۵۳ ق.م.آمه بیع را فسخ کند.

### فرع ۱- فروش عین مرهونه

باید دید با توجه به قبول ضمان درک برای بایع، آیا وی می تواند با وجودی که مبیع در رهن دیگری است، مال مرهونه را بدون اجازه مرتهن به دیگری منتقل کند؟ آیا در این جا می توان گفت مبیع مستحق للغیر است و بایع ضامن؟

درباره فروش مالی که در رهن دیگری است، باید به ماده ۷۹۳ ق.م.آمه رجوع شود: «راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن» ولی آیا انتقال مال مرهونه با حق مرتهن منافات دارد و نیاز به اذن او دارد؟

برخی از اندیشمندان حقوق معتقدند که انتقال عین مرهونه زینانی به اصل حق مرتهن نمی رساند. حق مرتهن، حق عینی است و با تغییر مالک از بین نمی رود.<sup>۱</sup> این نظر هنگامی که توجه شود حق مرتهن نسبت به مال الرهانه حق عینی تبعی است که به موجب آن مرتهن بستکار تلقی می شود قوت می گیرد. ولی هرگاه خریدار از وجود مبیع در رهن اشخاص ثالث آگاه نباشد با ملاک از ماده ۵۳ ق.م.آمه در مورد حق انتفاع که آن هم نوعی حق عینی است، می تواند بیع را فسخ کند.

ولی با وجود مواد قانونی وارد در موضوع و رویه عملی حاکم در دفاتر اسناد رسمی راه بر

این گونه انتقالات بسته است.

به موجب ماده ۲۶۴ ق. آ. د. م «هر گونه نقل و انتقال نسبت به عین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد مگر در صورت اجازه کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است». ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت نیز تنها راه انجام معامله برای راهن را آزاد ساختن عین مرهونه دانسته است. همچنین به موجب بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی، دفاتر اسناد رسمی به کنترل املاک توقیف شده قبل از تنظیم سند موظف گردیده‌اند و باید از ثبت هر گونه سند در این مورد خودداری نمایند.<sup>۱</sup> با توجه به مواد قانونی فوق، این نظر قوت می‌گیرد که راهن حق انتقال مورد رهن را بدون اذن مرتهن به دیگران ندارد.

#### فرع ۲- ضمان درک ویژه عین معین است

در این جا، نکته‌ای که باید ذکر کرد آن است که ضمان درک هنگامی صادق است که مبیع عین معین باشد و در مبیع کلی ضمان درک مطرح نخواهد بود. چه در فرض اخیر ایفای تعهد هنگامی تحقق می‌یابد که متعهد مال خود و یا مال دیگری را به اذن او برای ادای دین تسلیم کند و در موردی که فروشنده مال کلی مصداقی از مال غیر را به خریدار تسلیم کند وفای به عهد نکرده و باید الزام شود.

#### مبحث دوم- مفاد ضمان

چگونگی اجرای ضمان درک را در رابطه با خریدار مال غیر در صورتی که خریدار از فساد معامله آگاه است و در حالتی که نسبت به آن جاهل است، بررسی می‌کنیم:

اول- حالتی که خریدار به فساد معامله آگاه است. در این حالت در صورتی که مالک معامله را تنفیذ نکند، خریدار فقط می‌تواند برای استرداد ثمن به فروشنده مراجعه کند و حق رجوع برای دریافت زیان‌هایی که در اثر بر هم خوردن عقد متحمل شده است را ندارد،

۱. بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی، تدوین امیر هوشنگ ساسان نژاد، ص ۶۱۰ انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۷۵.

زیرا با علم به بطلان چنین عقدی علیه خود اقدام نموده است.

در موردی که تنها بخشی از مبیع مستحق للغیر درآید، بیع تنها نسبت به همان بخش باطل است و برای محاسبه ثمنی که به آن اختصاص دارد، باید از ماده ۳۴۲ ق.م. استفاده نمود. زیرا عقد واحد به اعتبار مورد، منحل به دو عقد می‌گردد که بخشی از آن صحیح و بخش دیگر باطل است. و همین طور از باب اختیار تبعض صفته می‌تواند بیع را نسبت به تمام مبیع بر هم زند و همه ثمن را استرداد کند.

دوم - حالتی که خریدار جاهل به مستحق للغیر بودن مبیع است. در این حالت علاوه بر استرداد ثمن به خریدار، باید از عهد غرامات وارده بر مشتری که بر اثر بر هم خوردن عقد بر وی تحمیل گردیده نیز برآید، زیرا در این جا بایع سبب بروز خسارت بر او شده و از باب تسبیب ضامن است.

#### **مبحث سوم - ضمان فروشنده در صورت نقصان قیمت مبیع**

اگر مبیع مستحق للغیر درآید و در هنگام رجوع خریدار به بایع برای اخذ ثمن کسر قیمتی در مبیع ایجاد شده باشد، این نقصان قیمت چیزی از مسؤولیت بایع نمی‌کاهد و او باید از عهده تمام ثمنی که اخذ نموده نسبت به کل یا بعض برآید (ماده ۳۹۲ ق.م) زیرا عقد فاسد اثری در تملک ندارد و چون نقل ملکیتی صورت نگرفته نقص قیمت در مبیع در ملک بایع ایجاد گشته و باید ثمن دریافتی را مسترد کند. مگر این که این کسر قیمت در اثر عمل مشتری باشد که از باب مسؤولیت مدنی مشتری در مقابل مالک ضامن است. نکته آخر آن که در این ضمان علم و جهل خریدار به فساد معامله اثری ندارد و بایع مکلف به استرداد کل ثمن است.

#### **مبحث چهارم - زیادتی ناشی از عمل مشتری در مبیع**

ماده ۳۹۳ ق.م راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ را مجری می‌داند. به موجب ماده ۳۱۴ ق.م «اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت، مگر این که آن زیادتی عین باشد که در این صورت عین زاید متعلق به خود غاصب است» به این

ترتیب، خریدار در بیع فاسد در هر حال غاصب است و از بابت کاری که انجام داده نه می‌تواند اجرت بخواهد و نه اضافه قیمتی که از این راه ایجاد شده است به او می‌رسد. ولی اگر افزوده‌ای که در نتیجه کار او به وجود آمده عین مستقل وجدای از مبیع باشد (مانند میوه درخت و مجسمه نصب شده در باغ) به او تعلق دارد.

این راه حل، در جایی که مشتری با علم به فساد مبیع مبادرت به خرید آن می‌کند حتی عادلانه نیز به نظر نمی‌رسد. زیرا تصرف او در مال غیر است و بدون مجوز صورت گرفته، پس می‌توان او را در حکم غاصب دانست. (قسمت اخیر ماده ۳۰۸ ق.م. و لی اشکال در جایی است که مشتری جاهل به فساد مبیع است و به تصور این که مال فروشنده را می‌خرد مبادرت به انجام معامله می‌کند. در این حالت تحمیل چنین حکمی بر او عادلانه به نظر نمی‌رسد.

از آنجایی که ماده ۳۹۳ ق.م. بدون تفکیک این دو نوع خریدار (عالم به فساد معامله و جاهل به آن) تصریح به اجرای مفاد ماده ۳۱۴ دارد، اتخاذ تصمیمی مخالف آن امری است مشکل ولی از جهت حفظ حقوق خریدار جاهل به فساد می‌توان گفت: «چنین خریداری می‌تواند به استناد قاعده لاضرر و یا به استناد مقررات مربوط به تسبیب از بایع که موجبات ضرر او را فراهم کرده رفع خسارت خود را بخواهد»<sup>۱</sup>. که در این جا خسارت مزبور، اجرت المثل عمل خود یا زیادتی قیمت مبیع است.

### مبحث پنجم - اثر قرار در تشدید یا تخفیف ضمان درک

پیش از این گفته شد که ضمان درک ناشی از حکم قانون است، نه از آثار بیع صحیح. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا طرفین عقد می‌توانند بر خلاف حکم ماده ۳۹۰ ق.م. بر میزان مسؤولیت بایع بیفزایند یا بکاهند؟ و آیا می‌توانند ضمان درک را به وسیله تراضی ساقط کنند یعنی شرط کنند که اگر مبیع متعلق به دیگری نیز باشد، فروشنده ملزم به برگرداندن ثمن نیست؟

۱. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، ص ۲۳۸، ش ۱۰۷ و دکتر امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۷۲.



بررسی صحت این قرار داد را در دو قسمت، تشدید یا تخفیف مسؤولیت فروشنده و زوال مسؤولیت فروشنده بررسی می‌کنیم:

#### اول- تشدید یا تخفیف مسؤولیت فروشنده

مسؤولیت بایع را می‌توان در صورت مال دیگری درآمدن مبیع به موجب قرارداد تشدید کرد. مثلاً بایع می‌تواند تعهد کند هرگاه مبیع مال دیگری درآید دو برابر ثمن یا بیشتر به مشتری رد کند. همین طور طرفین می‌توانند با تراضی از مسؤولیت بایع بکاهند. مثلاً طرفین می‌توانند توافق کنند که ضمان درک تا مدت محدودی وجود داشته باشد. یا بایع نسبت به فساد معامله متصرفین قبلی مسؤولیتی نداشته باشد.

این توافق با توجه به ماده ۱۰ ق. م توافقی است صحیح به خصوص آن که تشدید و تخفیف ضمان فروشنده را به خوبی می‌توان از ماده ۲۳۰ ق. م استنباط کرد. یعنی همانطور که طرفین می‌توانند میزان خسارت از تخلف از انجام تعهد را خود تعیین کنند، همچنین می‌توانند برای جبران خسارت ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع با یکدیگر توافق کنند.

#### دوم- سقوط (زوال) مسؤولیت فروشنده

تردید در نفوذ شرط بر خلاف حکم ماده ۳۹۰ ق. م در جایی است که مفاد آن ناظر به سقوط ضمان درک باشد. یعنی متبایعین شرط کنند در صورت مستحق للغیر در آمدن تمام مبیع یا قسمتی از آن، مقداری از ثمن که در مقابل بیع باطل قرار می‌گیرد بدون عوض و مجاناً متعلق به بایع شود. سؤال قابل طرح آن است که آیا چنین شرطی مخالف مقتضای ذات عقد بیع نیست؟

مقتضای ذات عقد بیع انتقال مالکیت مبیع و ثمن است، معنای شرط به هیچ وجه این نیست که مانع از این انتقال شود. بلکه ناظر به موردی است که این انتقال و مبادله به علت مال غیر در آمدن مبیع امکان‌پذیر نیست. بنابر قاعده، فروشنده باید ثمن را به مشتری مسترد کند، ولی در این حالت با توجه به مفاد شرط توافق شده که ثمن مجاناً متعلق به بایع باشد، یعنی اجرای شرط معلق است بر این که عقد واقع گردد.

به بیان دیگر، در بیعی که ضمان درک فروشنده ساقط می‌شود، دو عمل حقوقی در طول هم قرار می‌گیرد: ۱- مبادله مبیع و ثمن، ۲- تملیک مجانی و معلق ثمن به فروشنده که چون شرط تعلیق بطلان بیع است، هیچ‌گاه با عمل مبادله تعارض پیدا نمی‌کند.<sup>۱</sup>

دیوان عالی کشور نیز در حکم شماره ۱۹۱۴-۱۸/۸/۱۳۱۸ شعبه ۴ ضمان درک را جزء مقتضای عقد بیع نشمرده و شرط بر خلاف آن را درست دانسته است.<sup>۲</sup>

ولی هر گاه ثابت شود که فروشنده با آگاهی به وضع خود ملک دیگری را فروخته است، شرط سقوط یا تخفیف ضمان درک در برابر تقلب اثر ندارد و ثمن باید رد شود. در خاتمه، باید یاد آور شد که آنچه راجع به ضمان درک مبیع آمد در باب ضمان درک ثمن نیز، در صورتی که ثمن عین شخص باشد، صادق است و تفاوتی در این خصوص بین مبیع و ثمن نیست (بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م).



۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۲۳۰، ش ۱۶۷.  
 ۲. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت دوم حقوقی، از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۷۲.