

کتابخانه علمی



دانشگاه فردوسی مشهد

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد گرایش حقوق خصوصی

عنوان:

تعهد به رد ثمن و خسارات در بیع باطل

استاد راهنما:

دکتر محمد عابدی

استاد مشاور:

دکتر سیدمحمد مهدی قبولی درافشان

نگارش:

علی فرخان

بهمن ماه ۱۳۹۴

تقدیم به

همسرو فرزندانم که همدلی و همراهیشان همواره مایه امید و توشه راهم بوده است.

سیاسگزاری

باتشکرازاساتیدگرانقدر حقوق که با تاسی از پیامبران با نور معرفتشان سیاهی های جهل و

تباهی های ظلم را می زدایند تا روشنی عدالت جهانی زیباتر بیافرینند.

علايم اختصارى

ق.آ.د.م. قانون آئين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب در امور مدنى

ق.ا. قانون اساسى

ق.ا.ا.م. قانون اجراى احكام مدنى

ق.م. قانون مدنى

ق.م.ا. قانون مجازات اسلامى

ق.م.ف. قانون مدنى فرانسه

ص. صفحه

چکیده :

بررسی تعهد به رد ثمن و خسارات در بیع باطل و جبران عادلانه خسارتهای ناشی از بطلان بیع و تامین اعتماد در روابط قراردادی و انطباق قواعد حقوقی با ضرورتهای مالی و اقتصادی یک ضرورت حقوقی، اجتماعی و اقتصادی است. توجه به شرایط اقتصادی موجود و افزایش روز افزون قیمت کالاها، از یک طرف، و کاهش ارزش اسکناس، از طرف دیگر، ایجاب میکند که در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع، مشتری جاهل بتواند ثمن ریالی قرارداد را به نرخ روز مطالبه نماید. اطلاق غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی و اقتضای قواعد فقهی قاعده لاضرر و تسبیب و غرور موید آن است و اصل جبران تمام خسارات بر آن تاکید دارد. در ماده ۳۹۱ قانون مدنی به رد ثمن و غرامات به مشتری جاهل اشاره شده ولی در مورد ماهیت ثمن و قلمرو غرامات و قیمت روز ثمن یا مبیع ساکت بود و در نتیجه در رویه قضایی با آراء متفاوتی روبرو بودیم تا اینکه رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ صادر شد لیکن تفاوت متن رای وحدت رویه با سوابق آن در دادگاههای تالی آغاز نزاعی است که آیا باید قیمت روز مبیع و یا قیمت روز ثمن پرداخت شود. این پژوهش قیمت روز مبیع را برگزیده است.

کلمات کلیدی :

بیع باطل، تاخیر تادیه، تورم، جبران خسارت، رد ثمن، ضمان درک، کاهش ارزش پول

مقدمه.....	۱۲
فصل اول: مفاهیم پایه.....	۱۴
مبحث اول- بیع.....	۱۵
گفتار اول - تعریف بیع.....	۱۵
گفتار دوم - اوصاف بیع.....	۱۷
گفتار سوم - بیع باطل.....	۱۷
مبحث دوم - مسئولیت قراردادی.....	۱۸
گفتار اول - تعریف مسئولیت قراردادی.....	۱۸
گفتار دوم - آثار عدم اجرای تعهد.....	۱۹
گفتار سوم - وحدت یا تعدد مبنای مسئولیت.....	۱۹
گفتار چهارم - قهری یا قراردادی بودن مسئولیت.....	۲۰
مبحث سوم - خسارت تاخیر تادیه.....	۲۲
گفتار اول - مفهوم خسارت تاخیر تادیه.....	۲۳
گفتار دوم - وضعیت خسارت تاخیر تادیه.....	۲۴
بند ۱ - سیر قانونی خسارت تاخیر تادیه در نظام حقوقی ایران.....	۲۴
بند ۲ - خسارت تاخیر تادیه در چک.....	۲۵
گفتار سوم - بررسی ماده ۵۲۲ ق.آ.د.د.امور مدنی.....	۲۵
گفتار چهارم - وضعیت خسارت تاخیر تادیه در برخی از نظامهای حقوقی.....	۲۸
مبحث چهارم - ربا.....	۲۸
گفتار اول - ربا و اقسام آن.....	۲۸
بند ۱ - تعریف ربا.....	۲۸
بند ۲ - انواع ربا.....	۲۹
گفتار دوم - تفاوت ربا با خسارت تاخیر تادیه.....	۲۹
گفتار سوم - ربا در قرآن.....	۳۰
مبحث پنجم - ضمان درک.....	۳۱

گفتار اول - مفهوم ضمان درک	۳۱
گفتار دوم - وضعیت ضمان درک	۳۳
بند ۱ - ضمان درک از آثار عقد بیع صحیح است یا باطل	۳۳
بند ۲ - ضمان درک و حق شفعه	۳۶
بند ۳ - ضمان درک در مبیع کلی و مبیع عین معین	۳۶
بند ۴ - ضمان درک و ضمان عهده	۳۷
بند ۵ - ضمان درک در منافع متعلق به غیر	۳۷
بند ۶ - ضمان درک در عقد رهن	۳۸
گفتار سوم - ضمان درک در حقوق فرانسه	۳۸
گفتار چهارم - ضمان درک در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین	۴۰
فصل دوم: قلمرو ضمان نسبت به استرداد ثمن	۴۴
مبحث اول - قلمرو اقدامات فضولی	۴۵
گفتار اول - قلمرو از حیث طرفین	۴۵
بند ۱ - اقدامات فضولی از حیث اجازه مالک	۴۵
بند ۲ - رابطه خریدار و مالک	۴۷
بند ۳ - حقوق بایع	۴۸
بند ۴ - حقوق خریدار	۴۹
بند ۵ - زمان ارزیابی غرامت طبق نظریه استفاده بلا جهت	۵۱
گفتار دوم - قلمرو معامله فضولی	۵۱
بند ۱ - پرداخت فضولی دین دیگری	۵۱
بند ۲ - رضای باطنی مالک	۵۲
بند ۳ - قلمرو فضولی بعنوان قاعده عمومی	۵۲
بند ۴ - معامله فضولی برای خود	۵۳
بند ۵ - معامله فضولی عهدی	۵۳
مبحث دوم - ثمن	۵۳
گفتار اول - ماهیت ثمن و نظریه های مربوط به آن	۵۴
بند ۱ - ماهیت	۵۴
بند ۲ - ربا در پول	۵۵

بند ۳ - نظریات.....	۵۵
الف - نظریه معیار بودن قدرت خرید اسمی پول.....	۵۵
ب - نظریه مصالحه.....	۵۵
ج - نظریه تفصیل.....	۵۶
د - راهکار عملی.....	۵۶
ه - نظریه ملاک بودن قدرت حقیقی پول.....	۵۶
گفتار دوم - تورم.....	۵۷
بند ۱- تورم شدید.....	۵۷
بند ۲ - تورم و کاهش خفیف ارزش پول.....	۵۸
بند ۳ - تورم و کاهش متوسط ارزش پول.....	۵۹
گفتار سوم - دیدگاه موافقان جبران قدرت خرید در مورد اسکناس.....	۵۹
بند ۱ ماهیت قدرت خرید.....	۶۲
بند ۲ - نمونه از آراء محاکم.....	۶۳
گفتار چهارم - احکام و شرایط استرداد ثمن.....	۶۴
مبحث سوم - اثر قرارداد بر تشدید، تخفیف و یا سقوط ضمان درک.....	۶۵
گفتار اول - تصریح به ضمان درک.....	۶۶
گفتار دوم - شرط اسقاط ضمان درک.....	۶۷
بند ۱ - ماهیت شرط اسقاط.....	۶۷
بند ۲ - دلایل بطلان شرط.....	۶۷
الف - مخالفت با مقتضای عقیدیه.....	۶۷
ب - در فرض علم بایع به عدم استحقاق.....	۶۸
ج - عدم امکان جمع بین عوض و معوض.....	۶۹
د - اسقاط مالم یجب.....	۶۹
ه - مخالفت با نظم عمومی.....	۷۰
بند ۳ - دلایل صحت شرط سقوط ضمان درک.....	۷۰
گفتار سوم - شرط تشدید ضمان درک.....	۷۱
بند ۱ - ماهیت شرط.....	۷۱
بند ۲ - موارد شرط تشدید.....	۷۲
گفتار چهارم - شرط تخفیف ضمان درک.....	۷۳

بند ۱ - صحت شرط.....	۷۳
بند ۲ - موارد شرط تخفیف.....	۷۳
فصل سوم: قلمروی ضمان نسبت به پرداخت غرامت.....	۷۴
مبحث اول - مبانی جبران خسارت.....	۷۵
گفتار اول - قاعده غرور.....	۷۵
گفتار دوم - قاعده لاضرر.....	۷۶
گفتار سوم - قاعده تسبیب.....	۷۷
گفتار چهارم - اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در ضمان قهری.....	۷۸
مبحث دوم - اقسام خسارت قابل مطالبه.....	۷۹
گفتار اول - هزینه های بیع.....	۷۹
بند ۱ - هزینه های انعقاد بیع.....	۷۹
بند ۲ - عوض منافع مبیع.....	۷۹
بند ۳ - خسارات مازاد ثمن.....	۸۱
گفتار دوم - خسارت کاهش ارزش ثمن.....	۸۲
بند ۱ - فائلین به لزوم جبران تفاوت ارزش پول.....	۸۲
بند ۲ - فائلین به عدم لزوم جبران تفاوت ارزش پول.....	۸۴
بند ۳ - فائلین به مصالحه در تفاوت ارزش پول.....	۸۶
بند ۴ - فائلین به تفصیل در جبران تفاوت ارزش پول.....	۸۷
الف - تفصیل بین غصب و غیر غصب.....	۸۷
ب - تفصیل بین مهریه و قرض.....	۸۸
ج - تفصیل بین اطلاع و عدم اطلاع از آینده پول.....	۸۸
د - تفصیل بین تفاوت شدید ارزش پول و تفاوت خفیف آن.....	۸۸
مبحث سوم - شیوه های نظری و عملی جبران خسارت.....	۸۹
گفتار اول - شیوه های نظری جبران خسارت.....	۸۹
بند ۱ - محاسبه قدرت حقیقی پول با پولی دیگر.....	۸۹
بند ۲ - محاسبه با کالای برخوردار از ارزش ثابت.....	۸۹
بند ۳ - محاسبه با شاخص قیمت.....	۸۹
بند ۴ - محاسبه با قیمت روز مبیع موضوع عقد.....	۹۰

گفتار دوم - بررسی رویه قضائی	۹۱
بند ۱ - دادنامه ۱۳۸۸/۸/۱۸ شعبه ۴۸مشهد.....	۹۱
بند ۲ - دادنامه ۱۳۹۱/۴/۲۵ شعبه ۴۸مشهد.....	۹۲
بند ۳ - دادنامه ۱۳۹۱/۵/۹ شعبه ۳۴مشهد.....	۹۲
بند ۴ - رای وحدت رویه ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور.....	۹۸
الف - مقدمه رای.....	۹۸
ب - گزارش پرونده.....	۹۸
ج- نظریه دادستان کل کشور.....	۱۰۱
د - متن رای هیات عمومی دیوان عالی کشور.....	۱۰۲
ه - تحلیل رای هیات عمومی دیوان عالی کشور.....	۱۰۲
۱ - لزوم پرداخت کاهش ارزش ثمن.....	۱۰۲
۲ - نحوه محاسبه کاهش ارزش ثمن.....	۱۰۳
نتیجه.....	۱۰۴
منابع.....	۱۰۶

بیان مسأله: یکی از عقود رایج در جامعه عقد بیع است، زمانی که قرارداد بیع به لحاظ عدم وجود شرایط صحت عقد از جمله مستحق للغیر در آمدن مبیع باطل شود، فروشنده فضولی براساس متن صریح ماده ۳۹۱ قانون مدنی می بایست عین ثمن دریافتی و غرامات وارده به خریدار جاهل از بطلان را به وی مسترد نماید. این امر در وضعیتی که ثبات اقتصادی وجود دارد و قیمت کالا افزایش قابل توجهی نداشته باشد مشکلی ایجاد نمی کند اما مشکل زمانی است قیمت مبیع به میزان قابل توجهی افزایش یافته و حتی چند برابر میزان ثمن مندرج در قرارداد شده و بین تاریخ قرارداد و کشف فساد عقد مدت زمان طولانی نیز گذشته باشد، از طرفی قدرت خرید و ارزش پول نیز کاهش یافته است. بین حقوقدانان و بخصوص در رویه قضایی با نظرات و آراء متفاوتی روبرو بودیم، به طوری که برخی خسارات مازاد بر ثمن از جمله کاهش ارزش پول و پایین آمدن قدرت خرید را با ماده ۳۹۱ قابل توجیه ندانسته و آن را نمی پذیرفتند و برخی برخلاف گروه اول آن را می پذیرند و برای نظر خود به قواعد فقهی مثل قاعده تسبیب استناد می نمودند ولی باز در مورد نحوه جبران آن رویه واحدی نداشتند و سلیقه ای عمل میشد، بخصوص اینکه در میان فقها نیز اجماع دیده نمی شود، به همین لحاظ این موضوع انتخاب شده تا با بررسی موشکافانه مشخص شود کدام نظر صحیح و قابل اجرا می باشد، و از چه طریقی خسارات خریدار بهتر جبران خواهد شد.

پیشینه: در گذشته در این خصوص به صورت محدود مطالبی بیان شده، بیشتر در آنها به کلیات از جمله تعریف و تبیین موضوع ضمان درک پرداخته اند و راهکارهایی در برخورد با بیع باطل و ارزش روز افزون مبیع و کاهش ارزش پول ارائه شده است که بر هر کدام ایراداتی وارد بوده، بخاطر همین اختلافات و نبود راهکاری درست که منطبق با قانون و شریعت باشد، در محاکم قضایی آراء متفاوتی صادر میشد که نیاز بیشتر به تلاش در مورد این موضوع را می طلبید و کتابی با این موضوع خاص یا مشابه آن منتشر نشده است. فقط چند مقاله وجود دارد از جمله الف: قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک (احمدی، ۱۳۸۹) ب: تحلیل مفهوم و مبانی ضمان درک در حقوق ایران و فرانسه (ابوعطا، ۱۳۸۵) ج: قلمرو ضمان درک با بیع از حیث رد ثمن و پرداخت غرامات (عابدی، ۱۳۸۶)، لذا در این تحقیق این موضوع بصورت خاص در قالب ضمان درک مبیع با رویکرد جبران کاهش ارزش پول بعنوان خسارت و تطبیق آن با ماده ۳۹۱ قانون مدنی و رای وحدت رویه اخیرالتصویب تبیین شده است، چون قبل از تکمیل و دفاع از موضوع انتخابی، رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور صادر شده به آن نیز پرداخته شده و مورد بررسی قرار گرفته است.

سوالات تحقیق: ۱- آیا در زمانی که بیع بعثت مستحق للغیر بودن مبیع باطل میشود خریدار حق دارد مازاد بر ثمن پرداختی را مطالبه نماید؟ در صورت مثبت بودن مبنای حقوقی آن چیست؟

۲- نظر قانونگذار و رویه قضایی در مورد کاهش ارزش پول و پرداخت ثمن به نرخ روز چیست؟

۳- بجز پرداخت نرخ روز چه راهکارهای دیگری میتوان برای جبران خسارات مشتری ارائه نمود؟

فرضیه های مطرح: ۱- با توجه به شرایط اقتصادی موجود و افزایش روز افزون قیمت کالاها از یک طرف و کاهش ارزش پول از طرف دیگر ایجاب میکند که در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع مشتری جاهل بتواند ثمن قرارداد را بر اساس نرخ روز مبیعه استناد ماده ۳۹۱ ق.م. رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور مطالبه نماید.

۲- در قوانین موجود ماده ۳۹۱ قانون مدنی به رد ثمن و غرامات به مشتری جاهل اشاره نموده ولی در مورد نرخ روز سکوت داشت و حکمی نیامده بود ولی باتوجه به ماده سه قانون آیین داری مدنی قضات دادگاهها در موارد سکوت باید با توجه به منابع معتبر اسلامی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند، و با توجه به صدور آراء متناقض هیات عمومی دیوان عالی کشور رای وحدت رویه صادر نمود که تا حدود زیادی به اختلافات پایان بخشید.

۳- راهکارهای دیگر برای جبران قسمتی از خسارات مشتری: الف: محاسبه خسارت بر اساس شاخص بانک مرکزی از تاریخ دریافت ثمن توسط فروشنده تا یوم الأداء. ب: مطابق رای وحدت رویه فوق الاشاره در صورت ورود ضرر به خریدار، با عنایت به اطلاق واژه غرامت در ماده ۳۹۱ ق.م.فروشنده مکلف به جبران باشد.

برهمن اساس هدف اصلی این تحقیق بررسی جبران عادلانه خسارتهای ناشی از بطلان بیع و تامین اعتماد در روابط قراردادی و انطباق قواعد حقوقی با ضرورتهای مالی و اقتصادی بر پایه مبانی فقهی و قانونی است.

اهداف ویژه ای این تحقیق نیز شامل دستیابی به راهکاری است که پایه استدلالی آن طوری بنا نهاده شود که کمترین ایراد را داشته باشد چرا که هر راهکار و نظری در مورد خسارات در بیع باطل ارائه شود متضمن ایراداتی است لذا با لحاظ قانون، نظر فقهای محترم دکترین حقوقی و قواعد فقهی راهکاری ارائه و پیشنهاد گردد که با وضعیت اقتصادی و مقتضیات روز جامعه سازگاری بیشتری داشته باشد.

روش تحقیق: این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی می باشد که داده ها به روش کتابخانه ای و با استفاده از ابزارهای فیش برداری از کتابها، مقاله ها، اینترنت و آراء محاکم قضایی جمع آوری شده است.

تحقیق در سه فصل تنظیم شده که در فصل اول مفاهیم و مبانی پایه شامل بیع، مسئولیت قراردادی، خسارت تاخیر تادیه، ربا و ضمان درک آورده شده است. در فصل دوم نیز قلمرو ضمان درک نسبت به استرداد ثمن از حیث فروشنده، خریدار و مالک پرداخته شده و در مورد پول و نظریه های مطرح در این مورد بیان گردیده و در انتهای فصل بحث اثر قرارداد و توافق طرفین عقد بر تشدید و تخفیف یا سقوط ضمان آورده شده است. در فصل سوم هم مباحث مربوط به قلمرو ضمان درک نسبت به پرداخت غرامت که شامل مبانی جبران و قواعد فقهی مورد استناد، خسارات قابل مطالبه، رویه قضایی بهمراه رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور به انضمام تحلیل آن مطرح شده، در انتها نیز نتیجه تحقیق بیان گردیده است.

فصل اول

مفاهیم پایه

مبحث اول - بیع

در این گفتار به صورت خلاصه مفهوم بیع و تعریف آن و اینکه بیع دارای چه اوصافی است بیان و در پایان بیع باطل شرح داده شده است.

گفتار اول - تعریف بیع

بیع به فتح باء و سکون یاء در لغت هم به معنی خرید بکار می رود و هم فروش مانند «شراء» ولی بلحاظ کثرت کاربرد در عرف بیشتر از بیع، فروش فهمیده می شود و از شراء خرید ولی در لغت هر دو مفهوم را می رساند.

بیع از مهمترین و ریشه دارترین عقود است که از قدیم بین مردم رواج داشته، بطوریکه این اهمیت همچنان مشهود و ملموس است. در کتب فقها و حقوقدانان و حتی در قانون نویسی کشور خودمان نیز این امر دیده می شود، چون قبل از بررسی سایر عقود ابتدا بیع و احکام و شرایط تحقق، و آثار و انحلال آن مورد بررسی قرار گرفته، سپس به سایر عقود پرداخته شده است. در بین فقها در اصل مبادله دو مال که یکی ثمن قرار گرفته و دیگری مبیع و تملیکی بودن آن زیاد اختلافی نیست، لکن فقهای امامیه با وسواس خاصی در صدد ارائه تعریفی که جامع و مانع باشد برآمده اند که در ذیل چند نمونه از این تعاریف انتخاب و ارائه می شود.

«و هو الايجاب والقبول الدالان علی نقل الملك بعوض معلوم فلا تکفنی المعاطاه، نعم بباح التصرف و يجوز الرجوع مع بقاء العین» (مکی عاملی، ۱۴۱۵، ص ۲۰۶)، یعنی «عقد بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که بر نقل ملک در برابر عوض معلوم دلالت می کند، بنابراین صرف معاطات کفایت نمی کند اگرچه تصرف مباح می باشد، و در صورت باقی بودن عین مال، هر یک از طرفین معاطات می توانند در آن رجوع کنند».

«فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العین المملوکه من مالک الی غیره بعوض مقدر» (حلی، ۱۴۰۲، ص ۱۱۸)، پس بیع عبارت است از «ایجاب و قبول دو شخص که منتقل می شود به آندو عین قابل تملیک از طرف مالک به دیگری در مقابل عوض معین».

«ثم انَّ حقیقه البیع عبارة عن مبادله مال بمال» (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۲۶)، یعنی «حقیقت بیع، همان مبادله مال به مال».

شیخ انصاری (۱۲۷۵)، به نقل از حائری، ۱۳۹۰، ص (۵۱) ابتداء سه تعریف از بیع را از قداماء نقل می کند و هر سه تعریف را مورد اشکال قرار می دهد. آنگاه خود ایشان در مقام تعریف بیع می فرمایند «انشاء تملیک عین بمال». بیع همان «ایجاب و قبول» و «عقد مرکب از ایجاب و قبول» است. «ایجاب و قبول»، سبب بیع است و آنچه که ما در پی آن هستیم؛ مسبب است

. ما دنبال این هستیم که بدانیم آن معنای بیع چیست؟ بیعی که ما در صدد تعریف آن هستیم، بیع بمعنای مصدری - فروختن - نیست، بلکه بمعنای اسم مصدری - حاصل مصدر - مراد است. یعنی اگر بین دو نفر بیعی واقع شد، نتیجه عمل این دو نفر که اسمش را «بیع» می‌گذاریم را چگونه معنا می‌کنیم؟ در نصوص و روایات هم وقتی می‌فرماید «لزم البیع»، معنای آن «بعث» بایع و «اشتریت» مشتری که نیست، بلکه این کاری را که این دو نفر انجام داده‌اند یک نتیجه‌ای داشته‌بنام «بیع» که این نتیجه «لازم» است، یا مثل «اقال البیع» هم در اسم مصدر استعمال شده است.

قبل از اسلام، بیع بصورت انواع مختلفی از دادوستد وجود داشته است که با ظهور اسلام، بیع تأیید و امضاء شد ولی انواعی از تجارت و داد و ستد که از مورد معامله مثل فروش مسکرات و یا از بابت جهت معامله نامشروع بود مانند فروش کشتی برای استفاده‌های خلاف شرع نهی شد، ولی اصل، صحت بیع و لزوم آن است مگر مواردیکه باطل اعلام شده است. احکام بیع در قرآن مجید، به صورت کلی تحت عناوینی عام آمده و در احادیث، به تفصیل بیشتر و غالباً در مقام پاسخ به معضلاتی که پیش می‌آمده بیان شده است.

از مضمون آیات قرآن و فحوای احادیث که بعضاً در مقام بیان حکم کلی است؛ و از احادیثی که اغلب برای رفع نزاع در مورد خاص یا پاسخگویی به مشکلات طرح شده است؛ و با استفاده از قواعد قطعی عقلی، و نیز اصول لفظی معتبر نزد عقلاء، قواعد فقهی مهمی، مانند قاعده لاضرر، ضمان ید و اصل لزوم در معاملات تدوین شد و فقه اسلامی را بنا نهاده شد. یکی از این اصول که برجسته بودن نقش «عرف» در حقوق تجارت اسلام را آشکار می‌سازد «اصل امضائی بودن» ادله قراردادهاست. این اصل بدان معناست که شارع، ماهیت عرفی قراردادها را تنفیذ کرده و هر آنچه را که در نظر عرف مؤثر بوده، مؤثر تلقی نموده است. ادله عامی مانند «أوفوا بالعقود» (مانده، ۱) و «أوفوا بالعهد» (اسراء، ۳۴) نیز بر نافذ بودن کلیه قراردادهای عرفی، جز آنچه شارع صریحاً نهی کرده است، دلالت دارد.

اعلام نافذ بودن هرگونه «تراضی» به شرط «عدم مخالفت صریح» (و نه لزوماً موافقت) با مقررات اسلامی نیز، که ضامن انعطاف پذیری حقوق قراردادهاست، بروشنی، از آیه «لَتَأْكُلُوا مَوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء، ۲۹) (ای کسانی که ایمان آورده اید، اموال یکدیگر را بناحق مخورید، مگر آنکه تجارتي باشد که هر دو طرف بدان رضایت داده باشند) فهمیده می‌شود.

صفرزاده (۱۳۹۰) معتقد است، قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۸، با تعریف بیع به «تملیک عین به عوض معلوم» از تعریف فقها پیروی کرده است. قانون مدنی سایر کشورهای اسلامی، مانند سوریه، عراق، لیبی، لبنان و قانون مدنی مصر نیز متضمن همین تعریف است. قانون مدنی جدید مصر با تصویب ماده ۴۱۸، از تعریف متداول بیع دوری جسته و آن را «عقد عهدی که موضوع آن ممکن است حقوق یا اشیاء مادی در برابر ثمن نقد باشد» تعریف کرده و با تحولات اقتصادی و نیازهای اجتماعی همسویی نشان داده است (ص ۳).

گفتار دوم - اوصاف بیع

با توجه به مفهوم و تعریف بیع و احکام آن مشخص می شود که بیع دارای اوصافی است :

الف- تملیکی بودن، یعنی به محض انعقاد عقد بیع و تحقق ایجاب و قبول مالکیت مبیع به صورت اعتباری به مشتری منتقل می شود.

ب- معاوضی بودن بیع بدین معنا که مبیع در مقابل ثمن قرار می گیرد و دارای عوض می باشد و عین مالی با مال دیگر مبادله می شود این وصف باعث تفکیک بیع از سایر عقود بلا عوض مانند هبه میشود و عوض مقتضای ذات بیع است چراکه هدف و قصد طرفین از ایجاب و قبول بدست آوردن عوض می باشد لذا اگر در عقد بیع شرط شود که تملیک مال بدون عوض و رایگان باشد این عمل حقوقی عقد بیع نخواهد بود.

ج- عین بودن مبیع بدان معنا که مبیع عین خارجی خواهد بود و این وصف موجب تفکیک عقد بیع از اجاره که موضوع آن منافع است می شود همچنین باعث مجزا شدن آن از سایر حقوق مرتبط با اموال می شود مانند حق اختراع.

د- لزوم عقد بیع : به محض انعقاد عقد بیع مفاد آن برای طرفین عقد و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع است و هیچکس نمی تواند بصورت یکطرفه آنرا فسخ یا از آن رجوع نماید مگر در موارد خیارات مختص بیع خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تاخیر در پرداخت ثمن و یا سایر خیارات مصرح قانونی که این اجازه به یکطرف یا هر دو طرف داده شده است .

گفتار سوم - بیع باطل

بیعی که بعد از انشاء ایجاب و قبول واقع شود لازم و غیر قابل فسخ می باشد مگر در مواردیکه در قانون حکم به بطلان یا اختیار فسخ داده شده است. در قانون موارد بطلان ذکر شده بطوریکه اگر شرایط اساسی صحت معامله وجود نداشته باشد بیع باطل خواهد بود اما آنچه مورد نظر مادر مورد بطلان بیع است، زمانی است که فروشنده مالک مبیع نباشد و عبارت دیگر مبیع مستحق للغير باشد که این نوع بیع به معامله فضولی معروف است و در نزد فقها و حقوقدانان در مورد اینکه آیا این بیع از ابتدا باطل است یا غیر نافذ؟ اختلاف است.

ولی کاتوزیان عقیده بر غیر نافذ بودن بیع دارد و معتقد است، تا زمانی که مالک مبیع راد نکرده غیر نافذ است. چون اگر آنرا تنفیذ کند مثل اینست که فروشنده فضولی به نمایندگی و وکالت وی بیع را واقع ساخته است و مانند آن است که از ابتدا عقد صحیح واقع شده و اگر مالک عقد فضولی را رد کند مانند آن است که از ابتدا باطل بوده است بنابراین همانگونه که اراده حاکم یا قانون می تواند مالکیت رادر حال یا آینده منتقل کند توان انتقال آنرا در گذشته نیز دارد، مالک با پذیرفتن همه آثار ملکیت برای خود و اعطاء صلاحیت به فضول برای نفوذ کاری که انجام داده است بیگمان انتقال از زمان عقد را اراده می کند و قانونگذار نیز با اعتبار دادن به چنین اجازه ای انقلاب رابطه مالکیت را تائیدی می کند از طرفی اراده مالک در چگونگی تائید اجازه دخالت دارد، پس اگر او انتقال را از زمان اجازه تنفیذ کند بدین معناست که از این زمان به فضول نمایندگی می دهد به همین جهت در چنین فرضی دیگر نبایستی به اثر قهقرایی اجازه نظر داد و انتقال اجازه را تائید کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۰).

قانونگذار نیز در ماده ۳۵۲ قانون مدنی نظر به غیر نافذ بودن بیع فضولی داشته و این موضوع را صریحاً بیان مینماید «بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازه مالک بطوری که در معاملات فضولی مذکور است».

در نهایت بیعی که فروشنده، مالک یا ماذون از طرف مالک نباشد بیع فضولی میباشد که غیر نافذ است و اگر مالک آنرا قبول ننماید ورد کند بیع باطل می باشد و در اینصورت اگر ثمن به قبض بایع فضولی درآمده باشد، درمقابل مشتری عالم، ضامن درک ثمن دریافتی بوده و در صورت

جهل مشتری به تعلق مبیع به غیر بایع ضامن درک ثمن وغرامات وارده به مشتری خواهد بود، لازم است تصریح شود که ضامن درک ویژه بیع نیست و در تمام عقود معوض جاری است اما در عقود مجانی تملیک کننده ضامن درک نیست ولی در عقد مجانی به شرط عوض به نظر می رسد ضامن رد عوض باشد.

مبحث دوم - مسئولیت قراردادی

از آنجا که در بحث ضامن درک بایع بین حقوقدانان و فقها در مورد قهری یا قراردادی بودن مسئولیت بایع اختلاف است در این قسمت مختصری از مسئولیت قراردادی و تعریف آن و ارکان مسئولیت و آثار عدم اجرای تعهد بیان میگردد و در انتها نیز نحوه جبران خسارت قراردادی ذکر شده است.

گفتار اول - تعریف مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی شامل مواردی است که یک طرف قرارداد به علت تخلف از شرایط و تعهدهای مندرج در قرارداد باعث زیان طرف دیگر می شود به هر حال، متعهد در صورت انجام ندادن تعهد خود یا ناقص عمل کردن آن یا تأخیر در انجام آن ملزم به جبران زیان وارده به طرف دیگر قرارداد است؛ مگر آنکه ثابت کند که انجام ندادن تعهد یا تأخیر در انجام آن یا ناقص عمل کردن به آن در نتیجه قوه قاهره (فورس ماژور) یا ناشی از فعل و عملکرد طرف مقابل است که به وی ارتباطی نداشته است.

در مقابل هرگاه بر طبق قانون مسئولیتی بر عهده شخص قرارگیرد که منشا قراردادی نداشته باشد به آن مسئولیت غیر قراردادی گفته می شود مانند غصب که در موارد خاص، مسئولیت از بین می رود (قانون مدنی ایران، مواد ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۲۷ و ۲۲۹).

مسئولیت قراردادی «تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی، برای اشخاص ایجاد می شود، برخلاف مسئولیت مدنی خارج از قرارداد، که در آن قراردادی در کار نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۷۲).

شرایط ایجاد مسئولیت قراردادی مشتمل بر دو بخش است :

الف) وجود قرارداد صحیح

برای اثبات مسئولیت قراردادی وجود و اثبات قرارداد، امری ضروری است و احراز رابطه قراردادی میان خواهان و خوانده یکی از ارکان مسئولیت قراردادی است و این رابطه فقط در مورد طرفین قراردادی و قائم مقام طرفین باید باشد، و اگر طرف قرارداد به شخص دیگری که خارج از قرارداد است ضرری بزند، این مسئولیت قراردادی نخواهد بود مگر ثالث زیان‌دیده، ذینفع در قرارداد باشد.

ب) رابطه علیت بین خسارت و عدم اجرای قرارداد

«باید بین خسارت وارده و قرارداد، چنان رابطه‌ای باشد که بتوان گفت خسارت در نتیجه عدم اجرای تعهد به بار آمده است؛ برای مثال در عقد بیع اگر فروشنده، میباید را تحویل ندهد و ضرری از این بابت به مشتری برسد، این در نتیجه مسئولیت قراردادی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۸).

گفتار دوم - آثار عدم اجرای تعهد

«در صورتی که متعهد به میل خود تعهد را انجام ندهد، می‌توان با مراجعه به مقامات قانونی، اجبار متعهد به اجرای قرارداد را خواستار شد» (ماده ۲۳۷ قانون مدنی).

اگر اجبار ممکن نبود ولی موضوع تعهد از جمله اموری است که می‌تواند توسط دیگری به عمل آید، حاکم می‌تواند توسط دیگری تعهد را اجرا نموده و مخارج آن را از متعهد متخلف اخذ نماید.

در صورتی که نه اجبار ممکن بود و نه فعل توسط دیگری قابل انجام بود، متعهد له یا خواهان حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. و باتوجه به صراحت قانون نیازی به توضیح و تفصیل ندارد.

گفتار سوم - وحدت یا تعدد مبنای مسئولیت

با توجه به وجود اختلاف در خصوص وحدت یا تعدد مبنای مسئولیت قهری و قراردادی لازم دانسته شد این موضوع بیان شود که برخی بین مبنای این دو تفاوتی قائل نیستند.

بیگدلی‌ضممن بیان نظر پروفیسور آندره تنک (مبنای دو مسئولیت از حیث نظری متفاوت است و این دوگانگی ناشی از مبنای وجودی هر کدام و اهداف آنها میباشند لذا نمی‌توان این دو را یکی دانستولی به جهت حل مشکل وحدت عملی را مطرح مینماید) معتقد است در قانون مدنی ایران نیز بین این دو تفاوت گذارده و هر کدام را در بخش مستقلی آورده است بعبارت دیگر خواسته ضمن احترام به اراده اشخاص هیچ خسارتی بدون جبران نماند حتی اگر طرفین توافقی نکرده باشند (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

این امر از مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ تحت عنوان خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات و مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ در قسمت الزاماتی که بدون قرارداد حاصل میشود نیز کاملاً مشهود است. در مورد ضمان درک نیز چه معتقد به وحدت یا تعدد مسئولیت باشیم آنچه مهم و مورد تاکید است اینکه خسارات خریدار جاهل توسط فروشنده جبران گردد.

گفتار چهارم - قهری یا قراردادی بودن مسئولیت

حال که مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری بیان شد لازم است مشخص شود مسئولیت با بایع ناشی از تعلق مبیع به غیر در استرداد ثمن و خسارات وارده به مشتری که همان ضمان درک است مسئولیت قراردادی است یا قهری؟ و چون در این خصوص اختلاف نظر وجود داشته و از طرفی تعیین نوع این مسئولیت در دادگاه صالح جهت اقامه دعوی علیه بایع مؤثر است چون اگر فروشنده بر اساس مسئولیت قهری بخواهد علیه بایع طرح دعوی نماید باید در محل اقامت خواننده این دادخواست رازانه دهد ولی اگر بر اساس مسئولیت قراردادی باشد می تواند به استناد ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی در دادگاه محل انعقاد قرارداد اقامه دعوی نماید هر چند خواننده مقیم آنجا نباشد.

طالب احمدی (۱۳۸۹) تفکیک در زمینه اثبات تقصیر یا عدم نیاز به اثبات تقصیر از ناحیه مشتری را مؤثر دانسته چون در مسئولیت قهری بار اثبات تقصیر بعهده زیان دیده است ولی در مسئولیت قراردادی صرف عدم انجام تعهد یا تاخیر در انجام آن کفایت می کند و نیازی به اثبات تقصیر ندارد (ص ۱۸۸). این امر از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی برمی آید «در خصوص مطالبه خسارت وارده خواهان باید این جهت را ثابت کند که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

باعنایت به مطالب پیش گفته در این قسمت به موضوع تشخیص مسئولیت ناشی از ضمان درک که قهری است یا قراردادی پرداخته شده است .

در خصوص تشخیص مسئولیت ضمان درک بایع موضوع دو وجه دارد از یک طرف قراردادی تنظیم شده و ثمنی در مقابل مبیع قرار گرفته و منشاء آن قرارداد و توافق است و قانونگذار در ماده ۳۶۲ قانون مدنی ضمان درک را از آثار عقد بیع صحیح دانسته و لذا می توان مسئولیت ناشی از ضمان درک را قراردادی دانست . از سوی دیگر زمانیکه مبیع متعلق به دیگری باشد این بدان معنی است که فروشنده مالک نبوده و با توجه به عدم مالکیت فروشنده عقد بیع باطل و بلااثر خواهد بود و مانند آن است که اصلاً قراردادی در کار نبوده و بر همین اساس چون عقد باطل است بایع باید ثمن دریافتی را به خریدار برگرداند و از عهده خسارات وی نیز در صورت جهل خریدار برآید. لذا نمی توان ضمان درک را ناشی از قرارداد دانست چون قراردادی بصورت صحیح وجود ندارد بر همین اساس می توان گفت الزام بایع بر اساس قانون بوده و مسئولیت ضمان درک قهری است.

برخی نیز سعی در توجیه ماده ۳۶۲ قانون مدنی و مطابقت آن با مسئولیت قراردادی ضمان درک داشته و معتقدند در هنگام عقد قرارداد تملیکی هریک از طرفین مجاز بودن تصرف خود را در آنچه منتقل می کند در برابر طرف دیگر تضمین می کند با احراز تعلق مبیع به غیر تخلف از بنای طرفین احراز می شود به بیان دیگر فروشنده در ضمن معامله مالک شدن خریدار را تعهد می کند و این تعهد به نتیجه است و صرف دست نیافتن به نتیجه وعده داده شده یعنی انتقال مالکیت به خریدار نسبت به مبیع، تقصیر به شمار می رود بنابراین نیازی به اثبات تقصیر نیست و تقصیر مفروض است (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۸).

اما با کمی دقت می توان ماده ۳۶۲ را چنین تفسیر نمود که باید در باب ضمان درک بین مسئولیت بایع به استرداد اصل ثمن و خسارات وارده به مشتری قایل به تفکیک شد بطوریکه مسئولیت بایع را در استرداد ثمن مسئولیت قراردادی دانست چون:

الف- در ماده ۳۶۲ قانونگذار به صراحت ضمان درک را ناشی از آثار عقد بیع صحیح تلقی نموده است و تا این ماده وجود دارد و نسخ نشده نباید برخلاف آن حکم کرد. لازم به توضیح است که این ماده از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و ترجمه