

## تحلیل اقتصادی قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم

پژمان محمدی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید چمران اهواز

محبت مظفری

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجاری- اقتصادی بین‌المللی دانشکده حقوق و

علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۲۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۶/۱۲)

### چکیده

قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۷ در قالب یک قاعده تکمیلی، ریسک تلف مورد معامله پیش از تسلیم را پیش‌بینی کرده و انتقال خطر تلف را نتیجه تسلیم مورد معامله دانسته است. قاعده تکمیلی از نگاه اقتصادی باید به‌گونه‌ای باشد که هزینه‌های معاملاتی را کاهش دهد و موجب افشای اطلاعات لازم شود تا خطر اخلاقی کاهش یابد. قانون‌گذار ما خطر را برگردن فروشنده گذاشته، چراکه به نظر او این فروشنده است که می‌تواند با کمترین هزینه خطر را تخصیص دهد. این امر می‌تواند در بیشتر موارد صحیح باشد، اما همیشه چنین نیست و گاهی تحمل خطر از سوی خریدار معقول‌تر به نظر می‌رسد. این وضعیت برخی نویسندگان را قانع ساخته است که حکم ماده یادشده را خلاف قاعده و استثنا معرفی کنند. پیش‌بینی استثنای مشخص در این ماده، موجب روزآمدتر کردن حکم این ماده می‌شود. طرفین قرارداد باید به‌نحوی بهتر ریسک را تخصیص دهند. نگارندگان این مقاله بر آن‌اند تا این قاعده را از نگاه اقتصادی بررسی کنند.

### واژگان کلیدی

تخصیص خطر، تسلیم، قاعده تکمیلی، مخاطره اخلاقی، هزینه معاملاتی.

### ۱. مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق در بسیاری از کشورها به‌ویژه نظام‌های بزرگ حقوقی امری مقبول است. در کشورهای کامن‌لا با توجه به اهمیت ویژه رویه قضایی، دست قضاات برای تفسیر و تحلیل باز است؛ اما در نظام حقوق نوشته، قضاات از چنین آزادی عملی برخوردار نیستند. در ایران نیز اصولاً احکام دادگاه‌ها باید مستند و مستدل باشد؛ هرچند در مواردی که قوانین روشن نباشد یا حکمی در قضیه وجود نداشته باشد، قاضی می‌تواند از دیدگاه‌ها و فتاوی معتبر فقهی بهره ببرد و گاه نیز به دکترین حقوقی مراجعه کند. اینجاست که می‌توان به قاضی اجازه داد با در نظر گرفتن جنبه‌های گوناگون موضوع، نظری را که مناسب و از دید اقتصادی بهتر می‌بیند، برگزیند. در مرحله قانون‌گذاری نیز قوه مقننه می‌تواند از تحلیل‌های اقتصادی بهره ببرد و با در نظر گرفتن این امور، قانونی کاربردی‌تر و کارآمدتر برای جامعه تصویب نماید.

در خرید و فروش، هدف خریدار از انعقاد قرارداد، تسلیم مورد معامله و استیلا بر آن است. در جهان متغیر و غیرقابل پیش‌بینی در هر لحظه ممکن است حادثه‌ای رخ دهد که مقابله با آن از توان آدمی خارج باشد. آنچه در این مقاله از نگاه اقتصادی تحلیل میشود، تلف مورد معامله پیش از تسلیم به دلیل یکی از این حوادث غیرقابل پیش‌بینی است. در قانون مدنی نیز این اصل تا حدودی در ماده ۳۸۷ آمده و بیانگر قاعده‌ای تکمیلی است که طرفین می‌توانند برخلاف تراضی کنند. در نگاه اقتصادی قاعده تکمیلی باید به‌گونه‌ای باشد که در بیشتر موارد در قراردادهای مشابه مورد توافق طرفین قرار گیرد و به این شکل هزینه‌های معاملاتی که از جمله آن هزینه مذاکره راجع به آن امر است، کاهش یابد. بر اساس این ماده، ضمان معاوضی با تسلیم منتقل می‌شود و این به معنای انتقال خطر است که در اقتصاد با عنوان تخصیص خطر بررسی می‌شود و قانون‌گذار ما بر این عقیده بوده که این فروشنده است که بهتر می‌تواند خطر را تحمل کند. حال باید دید آیا قاعده‌ای که قانون‌گذار در این خصوص برگزیده، از نظر اقتصادی کارآمد است؟ به نظر می‌رسد با توجه به برتری اطلاعاتی فروشنده، این حکم در اکثر موارد صحیح باشد، اما در مواردی توافق برخلاف این موضوع ضروری است تا ریسک به نحو دیگری تخصیص یابد.

### ۲. اوصاف

در ماده ۳۸۷ قانون مدنی آمده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». این ماده

را باید شاهبیت قانون مدنی در ذکر قاعده تلف مبیع قبل از تسلیم دانست؛ چراکه قانونگذار ما به پیروی از فقه بسیاری از قواعد عمومی قراردادها را در مبحث بیع بیان کرده است. در این قسمت اوصاف کلی این ماده بررسی خواهد شد:

## ۲. ۱. تکمیلی بودن قاعده

تمام قوانین کم‌وبیش با منافع عمومی در ارتباط‌اند و اجرای آن‌ها از جانب قوای دولتی تضمین شده است، اما تقسیم قوانین به تکمیلی و امری را باید در درجه اجبار ناشی از قانون جستجو کرد. بنابراین باید گفت گاهی جهات و مبانی یک قانون به‌اندازه‌ای در نظر قانونگذار مهم بوده که به اشخاص اجازه تراضی برخلاف آن را نداده است که این قواعد را امری می‌نامیم. در مواردی دیگر منظور قانونگذار وضع قواعد تخلف‌ناپذیر نیست، بلکه می‌خواهد اراده ضمنی طرفین عقد را بیان کند یا ترتیبی را که به نظر او مفیدتر است، یادآور شود. در این موارد نیز قانون الزام‌آور است، اما این الزام در صورتی است که طرفین عقد برخلاف آن تراضی نکرده باشند که به آن‌ها قواعد تکمیلی یا تفسیری گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸).

در خصوص اینکه آیا این ماده قاعده‌ای امری است یا تکمیلی اختلاف وجود دارد. در این باره برخی برآنند که این ضمان تلف مورد معامله قبل از تسلیم قابل اسقاط نیست و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن شرط کنند، زیرا ضمان یادشده اثر قهری تلف و حکم می‌باشد و حق نیست تا بتوان آن را ساقط کرد. البته در این خصوص شرط برائت از ضمان تلف را پذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۴۷، ص ۶۴). در مقابل، باید گفت انفساخ عقد در صورت تلف مورد معامله نتیجه توافقی ضمنی دوطرف و از آثار معاوضه است؛ چراکه خریدار در برابر دریافت مورد معامله معوض را می‌پردازد و بقای تعهد در صورت تلف مورد معامله با خواست او و مبنای معاوضه مخالف است. از سوی دیگر، چون مبیع در اثر عقد به ملکیت خریدار درآمده و تا زمان تلف این ملکیت باقی است، پس نمی‌توان عقد را از ابتدا بی‌اثر دانست. بنابراین، دو طرف که خود بنیان‌گذار اصلی آن هستند، همیشه می‌توانند برخلاف آن توافق کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۰). از طرف دیگر، چون ماده ۳۸۷ قانون مدنی قاعده‌ای درباره قراردادهاست و در خصوص قراردادها اصل صحت آن‌گونه که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی بیان شده است، جاری می‌گردد و اینکه قراردادها وسیله تأمین مقصود طرفین و رعایت عرف جامعه هستند؛ بنابراین، هرگاه در تکمیلی یا امری بودن قانونی که قرارداد برخلاف آن است شک کردیم و دلیلی بر امری بودن قانون حاکم بر قرارداد وجود نداشته باشد، آن را تکمیلی در نظر می‌گیریم تا قرارداد صحیح باقی بماند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۱۳)؛ پس به‌عنوان نتیجه بحث باید این قاعده را جزء قواعد تکمیلی دانست.

عملکرد عمده قواعد تکمیلی، تنظیم راهنمایی برای تفسیر شرایطی است که طرفین به روشنی بیان نداشته‌اند. در حقوق و اقتصاد درباره اینکه مبنای قواعد تکمیلی چه باشد، سه دیدگاه وجود دارد:

**دیدگاه اول.** بر اساس این دیدگاه قواعد تکمیلی باید به گونه‌ای انتخاب شوند که هزینه‌های معاملاتی اضافی را که بر طرفین معامله تحمیل می‌شود کاهش داده، به حداقل برساند. هرگاه در یک نوع از قراردادها همه طرفین با هزینه‌های معاملاتی مشابه مواجه شوند، این شروط ضمنی (قواعد تکمیلی) می‌تواند مورد علاقه اکثریت باشد. برخی شرایط نیز از لحاظ هزینه‌ای برابر با زمانی است که طرفین به قواعد تکمیلی رجوع می‌کنند، اما برای طرفین فرار از بیان کردن آن اصطلاحات در قرارداد راحت‌تر است (Hermalin, 2006, p.82). برای مثال می‌توان آوردن عنوان «متعارف» در قرارداد را بیان کرد که مصداق آن می‌تواند با توجه به زمان متفاوت باشد (Schwartz, Robert, 2003, p.64). در این موارد قواعد تکمیلی باید برای شرایطی باشد که طرفین راحت‌تر می‌توانند از پرداختن به آن فرار کنند. می‌توان این دیدگاه را دیدگاه کاهش هزینه‌های معاملاتی برای قواعد تکمیلی نامید.

**دیدگاه دوم.** هزینه‌های قراردادی می‌تواند بسیاری از طرفین را به سوی قاعده تکمیلی ببرد؛ حتی اگر این قاعده آن چیزی نباشد که آنان انتخاب می‌کردند. بنابراین، هدف انتخاب قواعد تکمیلی باید بهره‌وری اساسی باشد. این امر در مواردی که تأثیرات جانبی اساسی، انتخاب‌های مغایر یا محدودیت عقلانی وجود دارد، روش بسیار جالبی است. عوامل شناختی، اجتماعی و روانی سبب می‌شوند که طرفین به سوی شرایطی که موقعیت آن‌ها را بهتر می‌کند، بروند. از آنجا که شبکه تأثیرات جانبی در حوزه‌های مربوط به شرکت‌ها و کسب و کار تجاری گسترده است؛ بنابراین، استفاده از فرم‌های استاندارد بیشتر کاربرد دارد. به این دیدگاه، کنترل مرکزی (Central-Command) می‌گویند.

**دیدگاه سوم.** قواعد تکمیلی باید به گونه‌ای باشد که طرفین را تشویق کند اطلاعات مهم را پیش از قرارداد افشا کنند. آن‌ها برای مثال از دکترین «برعلیه پیشنهاددهنده» (Contra Proferentem) استفاده می‌کنند که بر اساس آن اصطلاحات مبهم قرارداد باید به ضرر کسی که پیش‌نویس آن را تهیه کرده، تفسیر شود و بعید است چنین تفسیری قصد نویسنده پیش‌نویس بوده باشد. بنابراین، این امر محرکی است که تهیه‌کننده پیش‌نویس آن را به گونه‌ای فراهم کند که معنای اصطلاحات و شرایط برای طرف مقابل روشن باشد. بعضی نویسندگان این قواعد تکمیلی را قواعد تکمیلی کیفری نامیده‌اند، زیرا انتخاب قواعد به گونه‌ای تنبیهی برای طرفی است که اطلاعات را آشکار نکرده است (Hermalin, 2006, p.83). هرچند در خصوص قواعد

تکمیلی کیفی انتقادهایی وجود دارد و تلاش شده است تا به طور کلی رد شود (Posner, 2005, p.25)، بحث آن در این مقاله نمی‌گنجد.

تحلیل اقتصادی در برخی موقعیت‌ها به طرفین قرارداد پیشنهاد می‌دهد که بهتر است به یک تخصیص قراردادی خطر دست یابند و قواعد تکمیلی تنها یکی از زیرمجموعه‌های روابط قراردادی است و اگر هزینه‌های معاملاتی کم و اطلاعات به‌طور متقارن میان طرفین توزیع شده باشد، متعاقبین می‌توانند بدون توجه به قواعد تکمیلی به مذاکره بپردازند (Korobin, 1998, p.621).

در نظر گرفتن تنها یک مبنا برای قواعد تکمیلی کافی نیست؛ چراکه اصولاً قواعد تکمیلی زمانی می‌توانند هزینه‌های معاملاتی را کاهش دهند که افزون بر وجود اطلاعات برابر، این قواعد برای طرفین دارای کارایی باشند. در این حالت است که طرفین ترجیح می‌دهند به جای مذاکره، آن امر را مسکوت گذارند تا قواعد تکمیلی اعمال شود. در ماده ۳۸۷ قانون مدنی، دیدگاه دوم که در خصوص محدودیت عقلانی و تأثیرات جانبی است کاربردی ندارد؛ چراکه شرایطی را در نظر می‌گیرد که طرفین قرارداد خود نمی‌توانند به آن امور رسیدگی نمایند یا اینکه به دلیل محدود بودن حوزه تفکر یا تخصص نمی‌توانند شرایط مورد پیش‌بینی در قاعده تکمیلی را تصور کنند که باتوجه به حکم ماده که درباره غیرممکن شدن فیزیکی اجرای قرارداد است هرچند امری است که برای طرفین مطلوب نیست، اما دور از عقل هم نمی‌باشد. در خصوص دیدگاه اول، باتوجه به اینکه عدم اجرای قرارداد به دلیل از بین رفتن مورد معامله امری است که در هر قراردادها ممکن و قابل پیش‌بینی است؛ لذا از جمله مواردی محسوب می‌شود که مورد علاقه اکثریت خواهد بود؛ به همین دلیل قانون‌گذار این قاعده را به‌عنوان یک ماده مستقل ذکر کرده است. اما در خصوص دیدگاه سوم باید گفت، قانون‌گذار فروشنده را دارای موقعیت اطلاعاتی برتر می‌داند و خسارت را بر او تحمیل می‌کند؛ هرچند این امر در همه موارد صحیح نباشد، اما در مورد اکثریت اصل بر این است که مالک باید مال خود را بهتر بشناسد و مراقبت نماید.

## ۲.۲. قاعده بودن

آیا تلف مورد معامله پیش از تسلیم برعهده متعهد، درباره همه عقود جاری است یا اینکه تنها در خصوص موارد مصرح و تعیین شده صادق است؟ در این باره، میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. در آغاز به نظر می‌رسد قانون‌گذار یک راه حل استثنایی را برگزیده است و باید به مورد نص محدود شود، ولی با دقت بیشتر مشخص می‌شود که چنین نیست بلکه این امر خود مبتنی بر فلسفه علت عقلی است؛ درعین حال که بر قاعده مالکیت در بیع

استثناست، خود قاعده‌ای است که می‌تواند دارای عموم و شمول نسبت به مصادیق خود باشد و هر جا این فلسفه و علت وجود داشت، این قاعده حاکم است. هر معامله‌ای دارای علتی است که برای رسیدن به آن منعقد می‌شود و اگر این علت وجود نداشت، معامله شکل نمی‌گرفت. بنابراین، در صورت تلف مورد معامله پیش از تسلیم، علت معامله که رسیدن طرف دیگر به مورد معامله است، منتفی می‌شود و چون پرداخت معوض به دلیل معاوضی بودن معامله انجام نمی‌گیرد، با این توجیه می‌توان گفت انفساخ عقد به واسطه تلف مورد معامله موافق قاعده است (محمدی، ۱۳۴۹، ص ۱۶۷). باتوجه به تحلیل‌های حقوقی و تحلیل اقتصادی پیش‌گفته، این ماده را نباید تنها در خصوص بیع جاری دانست، بلکه باتوجه به منطق و تحلیلی که در پس آن است، در هر عقد تملیکی و معاوضی دیگری نیز باید قابل اعمال باشد؛ زیرا باتوجه به بحث‌های خطر اخلاقی، تخصیص خطر در دیگر قراردادها نیز قابل طرح است.

این قاعده در خصوص عقود رایگانی که اثر آن تملیک باشد، قابل اعمال است. در حقوق ما در عقد رایگان تملیکی مانند هبه، قبض شرط صحت عقد است. بنابراین در مواردی که قبض شرط صحت باشد، اعمال قاعده قابل تصور نیست. اما گاهی عقد صلح در مقام این عقد تملیکی واقع می‌شود و در اینجا ما به قبض نیاز نداریم (ماده ۷۵۸ قانون مدنی)؛ پس این قاعده در اینجا نیز کاربرد دارد. هرچند از نظر حقوقی برای عقود رایگان به‌سختی می‌توان منفعت اقتصادی برای بخشنده متصور بود، اما در تحلیل اقتصادی تلاش شده است که با استفاده از بحث «منافع متقابل» به این سؤال پاسخ داده شود که چرا تعهد رایگان باید لازم‌الاجرا باشد؟ اما ممکن است این توجیه درباره تعهد به انتقال در آینده، موجب اqtناع نشود. در واقع، از نظر اقتصادی یک تعهد در صورتی باید اجرا شود که منفعتی برای متعهد داشته باشد و البته تعهدات رایگان در صورت غیرقابل الزام بودن، می‌توانند به‌طور گسترده‌ای به شکل پرداخت فوری که نسبت به تعهد در آینده از ارزش کمتری برخوردار است، ظاهر شوند باین‌حال در این مورد نباید هزینه‌های سیستم قضایی را فراموش کرد. مسئله مطرح در جامعه اقتصادی این است که تعهد زمانی باید اجرا شود که منفعت آن بیش از هزینه‌هایش باشد. منفعت یک تعهد رایگان به میزان تعهد و طول زمان بهینه برای تکمیل آن بستگی دارد و هرچه زمان طولانی‌تر باشد، اجرا نشدن آن موجب از بین رفتن منافع بیشتری می‌شود (Posner, 1977, p.411-414). بنابر آنچه تاکنون گفته شد، نمی‌توان هر تعهد رایگانی را ضرری دانست و آن را هزینه محض در نظر گرفت.

**۳. شرایط**

بر مبنای ماده ۳۸۷ قانون مدنی و همچنین نظر حقوق‌دانان و فقها برای اینکه قاعده تلف مبیع پیش از تسلیم قابل اعمال باشد، شرایطی لازم است که ما در این قسمت هرکدام از این شرایط را بررسی خواهیم کرد.

**۳.۱. عدم تسلیم**

آنچه در تسلیم بسیار اهمیت دارد این نکته است که موجب انتقال ضمان معاوضی می‌شود. ضمان معاوضی به معنای انتقال خطر ناشی از تلف یا خسارت وارده بر مورد معامله است که با تسلیم به پایان می‌رسد (سلطانی‌نژاد، ۱۳۷۸، ص ۷۵). درباره اینکه ریسک چه زمانی منتقل شود، کشورهای مختلف رویه‌های گوناگونی در نظر گرفته‌اند؛ برخی کشورها مانند آلمان، استرالیا و کشورهای اسکاندیناوی انتقال ریسک را هم‌زمان با تسلیم می‌دانند و کشورهایمانند انگلستان و فرانسه ریسک را همراه با مالکیت منتقل شده می‌دانند (Roth, 1979, p.292). ایران از جمله کشورهایی دسته اول است؛ هرچند مالکیت همراه با قرارداد منتقل می‌شود.

بر اساس ماده ۳۶۷ قانون مدنی، تسلیم به معنای دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و ماده ۳۶۸ در ادامه می‌افزاید: تسلیم زمانی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری قرار گیرد؛ اگرچه مشتری هنوز عملاً تصرف نکرده باشد و البته با توجه به ماده ۳۶۹ تسلیم با در نظر گرفتن اختلاف در انواع مبیع متفاوت است و باید به گونه‌ای باشد که عرف آن را تسلیم بداند.

در فقه این اصل با عنوان تلف مبیع قبل از قبض آمده، اما در قانون مدنی از لفظ تسلیم استفاده شده است و با توجه به اینکه در ماده ۳۶۷ قانون مدنی تسلیم و قبض از یکدیگر تمییز داده شده‌اند، به نظر می‌رسد قانون‌گذار با آگاهی این کلمه را به کار برده است.

قبض در لغت به معنای گرفتن، تملیک، تصرف، جمع شدن و ... آمده است و ممکن است با وجود تلاش فروشنده برای تسلیم، قبض از سوی مشتری تحقق نیافته باشد (خدابخشی و غریبان، ۱۳۹۱، ص ۴۱). در قانون مدنی نیز قبض استیلائی مشتری بر مبیع دانسته شده است. در واقع، تسلیم و قبض دو چهره یک واقعیت هستند و عمل فروشنده در دادن مبیع تسلیم و کار خریدار در استیلا و تصرف بر مبیع قبض است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۷، ص ۹۰). پس نتیجه بحث این است که تسلیم مهم است، نه قبض خریدار و لازم است که بایع برای تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم رجوع نکرده باشد، اما هرگاه برای تسلیم مبیع به خریدار مراجعه نموده و او از قبض خودداری کرده باشد و پس از آن مبیع نزد بایع تلف شود، دیگر نمی‌توان بایع را مسئول دانست، زیرا ضمان

وی با مراجعه به خریدار و خودداری او از قبول مبیع به خریدار منتقل شده است (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۴۳).

بیان داشتیم که با تسلیم، خطر ناشی از تلف یا خسارت وارده بر مورد معامله که بر دوش فروشنده است، به پایان می‌رسد. خطری که مد نظر است، به معنای خسارتی است که به وسیله حادثه‌ای ایجاد می‌شود که خارج از خواست طرفین قرارداد بوده است (Demeir, 2014, p.212). قرارداد، کاهش‌دهنده خطر و وسیله توزیع آن است. طرفین به قرارداد به‌عنوان راهی که خطر اولیه فعالیت‌های اقتصادی را کاهش می‌دهد، نگاه می‌کنند. در یک قرارداد فرضی طرفین در جستجوی روشی برای تخصیص خطرهای بالقوه هستند که این امر می‌تواند از طریق ایجاد انگیزه برای کسی که بتواند بهتر از ضرر و زیان احتمالی جلوگیری کند، صورت می‌گیرد یا اینکه درجایی که امکان دارد خسارت بر دوش یک طرف باقی بماند، آن را بر کسی تحمیل کنند که بهتر بتواند آن را تحمل یا بیمه کند (Vejanovski, 2007, p.126).

طرفین پیش از انعقاد قرارداد از خطر اجرا نشدن تعهد آگاه‌اند و آن را در نظر می‌گیرند. متعاقدين ممکن است برای تقسیم خطر با هم توافق نمایند. یکی از خطرهای این است که متعهد نخواهد یا نتواند تعهد را اجرا کند. قانون‌گذار اغلب به‌گونه‌ای عمل می‌کند تا خسارت از متعهدله به متعهد منتقل شود، این امر معمولاً به‌وسیله الزام به اجرای کامل قرارداد یا حکم به جبران خسارت صورت می‌گیرد. البته بیمه می‌تواند خسارت را میان طرفین توزیع نماید (Bloom, 2002, p.281). لازم به یادآوری است درباره آزادی طرفین برای تخصیص خطر محدودیت‌های اندکی وجود دارد (ibid, p.292). در این ماده آنچه خطر محسوب می‌شود، تسلیم نکردن موضوع قرارداد است.

بر اساس کارایی خطر یا ریسک، خطر باید بر کسی تحمیل شود که بتواند با کمترین هزینه از آن جلوگیری کند؛ پس در فرض نداشتن امکان اجرای قرارداد نیز از میان خریدار و فروشنده، باید خطر را بر کسی بار کرد که بتواند این خطر را با کمترین هزینه تخصیص دهد (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۵۲۴).

### ۲.۳. معین بودن مورد معامله

هرچند ماده ۳۸۷ به معین بودن مبیع اشاره نکرده است، ولی باتوجه به سابقه بحث و قواعد کلی معاملات می‌توان این شرط را استنباط نمود. ضمن اینکه در فقه نیز به چنین امری تصریح شده است؛ به این صورت که اگر مبیع کلی باشد و مصداقی که در اختیار فروشنده است تلف شود، خریدار همچنان مستحق مبیع خواهد بود و فروشنده باید مصداق دیگری را تهیه و



تسلیم کند. در صورتی که تمام مصادیق مبیع کلی از میان برود نیز چون پیش از تسلیم مصادق مبیع، تملیک انجام نشده است، عقد بیع از ابتدا باطل خواهد بود (خدابخشی و عربیان، ۱۳۹۱، ص ۳۹). سؤال قابل طرح در اینجا این است که آیا لازم است مبیع در زمان قرارداد عین معین باشد یا کافی است در هنگام تلف معین شده باشد؟ شاید بتوان سکوت قانون‌گذار را نشان بر تمایلیش به تعدیل نظریه مشهور فقها دانست. اشکال در صورتی است که مصادق کلی به وسیله فروشنده تعیین شده، این مصادق پیش از تسلیم به خریدار از بین برود. به طور معمول، تعیین فرد مبیع با تسلیم انجام می‌شود، اما نباید از این امر نتیجه گرفت که تسلیم، عمل حقوقی مستقل و تملیک اثر آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۱). این نظر در فقه نیز مطرح شده است؛ هر چند طرف‌داران آن اندک‌اند (نجفی الجواهری، ۱۳۶۷، ص ۸۵). در کنوانسیون وین ۱۹۸۰م در بند دوم ماده ۶۷ فرضی را که کالا به وضوح به وسیله فروشنده تعیین شده باشد، موجب انتقال ضمان معاوضی به خریدار دانسته و کنوانسیون در این مورد در تخصیص کالا به مشتری محدودیتی در نظر نگرفته است؛ خواه از طریق علامت‌گذاری روی آن‌ها، خواه با اخطار به مشتری و خواه به نحو دیگر (اصغری آق‌مشهدی و مهاجر، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷). همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، در قانون ایران تصریحی وجود ندارد و اکثر نویسندگان معین بودن در زمان قرارداد را لازم دانسته‌اند. البته شاید در موردی که حمل به وسیله متصدی حمل و نقل صورت گیرد و باتوجه به ماده ۳۸۳ قانون تجارت، در مواردی که امکان استرداد برای ارسال‌کننده وجود ندارد، صرف تسلیم کالا به متصدی حمل معادل معین شدن مبیع شمرده شده، ضمان معاوضی را از دوش فروشنده برمی‌دارد.

گفته شد این ماده در خصوص عین معین است؛ بنابراین در کلی فی الذمه باید تعهد اجرا گردد و ماده ۲۷۹ قانون مدنی تأکیدی بر این امر است، زیرا زمانی که قانون‌گذار اجرای تعهد را به شکل معیوب نمی‌پذیرد، موضوع تعهد تلف‌شده را به طریق اولی اجرای تعهد نخواهد دانست و دوباره باید اجرا گردد. از جمله امتیازات اجرای اصل تعهد این است که طرفین را به انعقاد قراردادهای کارآمد تشویق می‌کند (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۵۰۰)؛ هر چند گاهی اجرای عین تعهد کارا نیست و در این خصوص نظریه نقض کارآمد قرارداد مطرح شده است، اما این امر در حقوق ما جایگاهی ندارد.

### ۳.۳. عدم تقصیر بایع در تلف مبیع

این ماده با ذکر اهمال و تقصیر از جانب بایع، اتلاف بایع را از قلمرو خود خارج ساخته، ولی در مورد اشخاص ثالث سکوت را برگزیده است و این احتمال را به وجود آورده که به نظر قانون تلف از سوی شخص ثالث همانند حادثه قهری است، اما اختصاص قاعده تلف مبیع در

قبض به موردی که حادثه طبیعی و خارجی باشد چنان در فقه شهرت یافته که شاید بتوان گفت مبنای تاریخی ماده ۳۸۷ نیز همین نظر است و البته باید این عدم شمول را ناظر به مواردی دانست که تلف‌کننده مال معین و خسارت از وی قابل مطالبه باشد و گرنه سرقت مال یا مصادره از طرف دولت را باید در حکم حادثه خارجی دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۸). در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به نظر می‌رسد مواردی را که شخص ثالث موجب اتلاف مال می‌گردد نیز دربر می‌گیرد (Erau, 2005, p.204).

اگر خود منتقل‌الیه مباشر یا مسبب تلف شود، مال خود را تلف نموده و مثل این است که مال به وی تسلیم شده باشد و ملزم به پرداخت ثمن است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۵). در موردی که تلف به وسیله خود فروشنده باشد، بیع منفسخ نمی‌شود و او ضامن مثل یا قیمت است. البته در این خصوص منتقل‌الیه بر اساس اختیار تعذر تسلیم حق فسخ خواهد داشت؛ هرچند داشتن اختیار در این مورد اختلاف است، اما نظر مشهور حق فسخ را برای خریدار پذیرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۱۲). دلیل اینکه این ماده تنها درباره حادثه یا خطر خارجی حکم داده است را می‌توان خطر اخلاقی دانست؛ چراکه فروشنده با در دست داشتن کالا و داشتن موقعیت اطلاعاتی برتر می‌تواند از وضعیت خود سوءاستفاده کند.

مخاطره اخلاقی در شرایط نابرابری و عدم تقارن اطلاعاتی مطرح می‌شود و در رقابت سالم اثر می‌گذارد. برخی از عوامل اقتصادی از اطلاعاتی برخوردارند که دیگران فاقد آن اطلاعات هستند؛ به‌گونه‌ای که معاملات را در شرایط انتخاب بد و مخاطره اخلاقی قرار می‌دهند (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۳۸۸).

خطر اخلاقی را می‌توان خطری دانست که بر اساس آن یک طرف قرارداد می‌تواند رفتارش را به‌گونه‌ای تغییر دهد که موجب خسارت طرف دیگر گردد. در تعریفی دیگر می‌توان خطر اخلاقی را تمایل بیمه‌گذار به تلاش کمتر برای حفاظت از کالای بیمه شده دانست (Frank, 1991, p.193). و همچنین خطر اخلاقی اشاره به موقعیتی دارد که در آن یک طرف بازار نمی‌تواند اعمال طرف دیگر را بررسی نماید به همین دلیل گاهی به آن مشکل عملیات پنهان نیز گفته می‌شود (Varian, 2010, p.725).

بر اساس تعاریف یادشده می‌توان دو ویژگی را برای مخاطره اخلاقی بیان کرد:

۱. وجود عمل پنهانی؛ یعنی یک طرف قرارداد قادر به مشاهده اعمال طرف دیگر قرارداد نباشد.

۲. انجام فعل یا ترک فعل به‌طور پنهانی که احتمال یک نتیجه منفی و بد را افزایش دهد

(Tumay, 2009, p. 109).

#### ۴. ضمانت اجرا

هر قاعده‌ای برای اینکه در عمل اجرایی شود، نیاز به پشتوانه‌ای دارد که همان ضمانت اجرا می‌باشد. در این مورد ما از یک سو ضمانت اجرای قانونی را خواهیم داشت که به موجب ماده ۳۸۷ قانون مدنی انفساخ عقد در نظر گرفته شده است و از سوی دیگر باتوجه به تکمیلی بودن قاعده و امکان توافق برخلاف آن، این امکان برای طرفین وجود دارد که برای تخصیص بهتر ریسک از ضمانت اجرای قراردادی استفاده کنند.

#### ۴.۱. قانونی

ماده ۳۸۷ قانون مدنی ضمانت اجرا را انفساخ عقد به معنای انحلال خودبه‌خودی عقد دانسته است و انفساخ عقد اثر قهقرایی ندارد؛ بنابراین منافع مبیع تا زمان انحلال عقد از آن خریدار است، زیرا در آن مدت مالک مبیع بوده است. انفساخ عقد تنها راه‌حلی است که تملیکی بودن عقد و همبستگی دو عوض را با هم جمع می‌کند، زیرا هم مالکیت خریدار تا هنگام تلف باقی می‌ماند و التزام او نیز به دلیل ازبین رفتن مبیع منتفی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹). همچنین این امر را باید در نظر گرفت که در قانون ما مالکیت با عقد منتقل می‌شود.

در باره اینکه منافع تا زمان تلف از آن فروشنده باشد نه خریدار، می‌توان از قاعده «الخراج بالضمنا» بهره برد. این قاعده به این معناست که کسی برای نابودی چیزی مسئولیت می‌یابد و در مقابل این مسئولیت (ضمان) از بهره‌های آن برخوردار خواهد شد؛ به عبارت دیگر، همان‌گونه که شخص برای عیب یا نقص و نابودی مالی در راستای نگهداریش مسئولیت دارد، در مقابل، همه بهره‌ها و سودهای به‌دست آمده از آن مال نیز از آن وی خواهد بود (ساکت، ۱۳۷۵، ص ۱۷۸)؛ یعنی هرکس در خصوص تلف مبیع پیش از تسلیم، تلف بر وی تحمیل شود، خراج (منفعت آن مبیع) هم باید مال او باشد و مشتری نباید هم تمام ثمن را پس بگیرد و هم چیزی اضافه یعنی نمائات را مالک شود؛ حال آنکه بابت آن چیزی به طرف نپرداخته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۳۶). در این باره نکته قابل تأمل این است که هزینه‌های نگهداری مال پیش از تسلیم برعهده کیست؟ چون قانون انتقال مالکیت را هم‌زمان با عقد دانسته است و اینکه هر مالکی باید هزینه‌های مال خود را بپردازد، لازم است هزینه‌های مبیع برعهده خریدار باشد و همچنین استفاده از قاعده الخراج بالضمنا با تملیکی بودن بیع منافات دارد. البته درباره ماده ۴۵۳ که در خیارهای مجلس، حیوان و شرط، اگر مبیع در زمان خیار مشتری تلف یا ناقص شود، تلف برعهده بایع می‌گیرد و می‌توان از این قاعده برای استدلال مخالف بهره برد.

نکته دیگر اینکه در زمانی که طرفین حق حبس خویش را اعمال می‌کنند، ید عاقدین در این مدت امانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۹۴) و بعضی نیز ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در

مدت حبس جاری دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹۸). با آوردن لفظ امانی آنچه در ابتدا به ذهن می‌رسد این است که اگر عاقدین امین هستند، پس نباید در خصوص تلف قهری مسئول شناخته شوند. برای اینکه این امانی دانسته شدن قابل درک‌تر به نظر برسد، باید آن را به این شکل تحلیل کنیم که منظور از امانت در مدت حبس این است که اعمال‌کننده حق حبس با وجود مطالبه از جانب طرف دیگر، یدش به ضمانتی تبدیل نمی‌شود و در حکم غاصب نخواهد بود و در صورت تلف ملزم به دادن مثل یا قیمت نمی‌شود، اما قرارداد همچنان منفسخ است و ثمن باید مسترد گردد.

طرفین در زمان انعقاد قرارداد و در طی مذاکرات یا بعد از آن می‌توانند در خصوص ضمانت اجرای عدم اجرای قرارداد با یکدیگر توافق نمایند و تلف را بر دوش خریدار یا فروشنده قرار دهند یا شرط بیمه را در قرارداد خود بگنجانند. اما چنانچه مبیع پیش از تسلیم تلف شده و قبل از آن توافقی میان طرفین واقع نشده باشد، قاعده تکمیلی اعمال شده، به حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی عقد منفسخ می‌شود؛ یعنی به‌طور خودبه‌خود عقد منحل می‌گردد و تلف مبیع از مال فروشنده است و در مورد ثمن از مال خریدار خواهد بود. حال باید بررسی کنیم این انحلال از دید اقتصاد چگونه است.

از دیدگاه اقتصادی قوانین قراردادی چند کارکرد مؤثر دارند که از جمله آن‌ها کاهش هزینه‌های معاملاتی و پایین آوردن هزینه‌های اطلاعاتی می‌باشد. در خصوص هزینه‌های معاملاتی باتوجه به نظریه رونالد کوز که بر اساس آن در صورت نبود هزینه‌های معاملاتی، قرارداد به‌تنهایی دارای کارایی است، اما درعمل اکثر قراردادها به‌طور ناقص تنظیم می‌شوند و قانون می‌تواند به‌عنوان وسیله‌ای برای برطرف کردن خلأهای قراردادی عمل کند؛ به این شکل که اصطلاحات و شرایطی را که ممکن است بالقوه یک مشکل قراردادی باشد، معین نماید و اما در خصوص هزینه‌های اطلاعاتی، اطلاعات قراردادی بهتر (الزاماً نه به معنای اطلاعات بیشتر) می‌تواند افراد و سازمان‌ها را برای انتخاب بهینه توانا سازد. افشای اطلاعات می‌تواند هزینه داشته باشد؛ بنابراین باید میان هزینه‌های اطلاعاتی و منافع اکتسابی تعادل برقرار باشد. قانون‌گذار نیز باید هم به راهی که اطلاعات افشا می‌شوند و هم بر اثر محرک قواعد و قوانین بر تمایل طرفین به افشا توجه کند. اطلاعات ناقص مشکل اساسی نیست، بلکه آنچه می‌تواند مشکل ایجاد کند، عدم تقارن اطلاعاتی است که بر مبنای آن اطلاعات یکی از طرفین بیش از دیگری است و این قانون است که باید تصمیم بگیرد که آیا طرف آگاه‌تر باید اطلاعات را افشا کند یا مسئول جبران خسارت‌های مرتبط باشد (Veljanovski, 2007, p.125).

درباره تلف مبیع پیش از تسلیم، درواقع اجرای قرارداد از نظر فیزیکی غیرممکن می‌شود و این قانون است که تعیین می‌کند این غیرممکن شدن بر چه کسی تحمیل شود. در این باره چند

مسئله در خصوص غیرممکن شدن قرارداد وجود دارد: ۱. نقش تخصیص ریسک؛ ۲. نقش اطلاعات؛ ۳. نقش انگیزه یا مخاطره اخلاقی. برای تخصیص ریسک سه حالت را می‌توان تصور کرد: ۱. هنگامی که غیرممکن شدن یک دفاع کامل برای متعهد محسوب می‌شود. ۲. جایی که ریسک غیرممکن شدن به‌طور کامل از سوی متعهد تحمل می‌شود. ۳. حالتی که ریسک میان طرفین تقسیم شود. از نگاه اقتصادی قوانین باید به‌گونه‌ای باشد که میان تمایل به خطر در طرفین، تعیین احتمال اجرا و اطلاعات خصوصی تعادل ایجاد کنند. در جدول زیر حالات گوناگون مورد بررسی قرار گرفته است (Ceunini, 2009, p.7).

جدول تعیین قانون بهینه درباره غیرممکن شدن اجرای قرارداد (ibid, p. 8)

تأثیر غیرممکن شدن در دفاع					
دفاع کامل	دفاع جزئی	دفاع نیست	اهمیتی ندارد		
متعهد خطرگریز است	هر دو ریسک گریزند	متعهدله ریسک‌گریز است	هر دو از نظر تمایل به ریسک طبیعی هستند	تخصیص ریسک	تعیین قانون بهینه
متعهدله اطلاعات خصوصی دارد	هر دو اطلاعات خصوصی دارند	متعهد اطلاعات خصوصی دارد	تقارن اطلاعاتی	اطلاعات	
متعهدله خطر اخلاقی دارد	انگیزه‌های دوجانبه	انگیزه‌های متعهد	ریسک خارجی	انگیزه و خطر اخلاقی	

هنگامی که احتمال غیرممکن شدن خارجی است و با فرض برابری اطلاعاتی، نه متعهد و نه متعهدله هیچ‌کدام کنترلی بر حادثه خارجی که رخ می‌دهد ندارند؛ در این صورت قوانین به دیدگاه‌های طرفین نسبت به خطر توجه دارد (ibid: 8). در واقع، افراد در رویارویی با خطر سه نوع رفتار از خود بروز می‌دهند: ۱. میل به خطر؛ مانند کسی که به قمار علاقه دارد یا شخصی که به خرید یک حق بیمه با ارزشی کمتر از خطر مورد انتظار می‌پردازد. ۲. تمایل به خطر متعادل یا طبیعی؛ زمانی که شخصی حق بیمه‌ای را می‌پذیرد که ارزشش برابر است با خطر مورد انتظار. ۳. خطر‌گریزی؛ شخصی که تمایل دارد حق بیمه‌ای را خریداری کند که ارزشش از خطر مورد انتظار بالاتر باشد (Schafer, Ott, 2004, p.286).

خطرگریزی به معنای نگرشی است که بر اساس آن خطر مالی صرف را نمی‌پسندد. یک فرد را زمانی خطرگریز می‌دانیم که برای مثال از شرایطی که در آن ۵۰ درصد احتمال پیروزی و ۵۰ درصد احتمال باخت وجود دارد پرهیز می‌کند و همچنین شخص خطرگریز در صورتی خطر را بیمه می‌کند که امتیاز بیمه از لحاظ آماری منطقی باشد. برای چنین فردی زمانی که میزانی از دارایی خود را از دست می‌دهد و مطلوبیت وی کاهش می‌یابد، این مطلوبیت بیشتر از میزانی است که از رسیدن به همان مقدار دست پیدا می‌کند. در حوادث اساسی و جدی عموماً اشخاص به‌عنوان یک عامل خطرگریز نگریسته می‌شوند (Shavell, 2004, p. 258).

حال به تحلیل تلف مبیع پیش از تسلیم با در نظر گرفتن جدول بالا می‌پردازیم. حالت اول، زمانی که فروشنده خطرگریز است و خریدار اطلاعات خصوصی دارد یا در واقع از برتری اطلاعاتی برخوردار است که این امر می‌تواند موجب مخاطره اخلاقی شود، در اینجا می‌توان چنین در نظر گرفت که خطر به واسطه عمل خود خریدار ایجاد شده است و خارجی نیست. در این صورت ما فروشنده را از مسئولیت مبرا می‌دانیم و دفاع کامل برای فروشنده محسوب می‌شود. به زبان حقوقی، گویا تسلیم انجام شده است. حالت دوم، اگر خریدار خطرگریز باشد و فروشنده از موقعیت اطلاعاتی برتر بهره‌برده و خطر اخلاقی وجود داشته باشد و خطر خارجی نباشد و این خود فروشنده باشد که در ایجاد خطر نقش داشته است، در این شرایط هیچ دفاعی برای فروشنده وجود ندارد و وی باید مثل یا قیمت را بپردازد و همچنین خریدار حق فسخ دارد. حالت سوم، اگر هر دو در ایجاد خطر نقش داشته باشند، هر کدام به میزان نقششان باید مسئول شناخته شوند؛ یعنی به میزانی که خریدار در اتلاف نقش داشته باشد، تعهد به همان نسبت اجرا شده محسوب می‌شود و فروشنده نسبت به باقی‌مانده ملزم به دادن مثل یا قیمت می‌گردد. حالت چهارم حالتی است که خریدار و فروشنده از نظر خطرگریزی طبیعی باشند و تقارن اطلاعاتی وجود دارد و خطر ایجاد شده خارجی است؛ یعنی طرفین قرارداد در ایجادش نقشی نداشته‌اند. بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی، در این حالت فروشنده خطرپذیر فرض می‌شود و هم اوست که خسارت ناشی از تلف مبیع را بر دوش می‌کشد. اما تفاوت آن با زمانی که خطر به وسیله فروشنده ایجاد می‌شود در این است که در آنجا فروشنده به دادن مثل یا قیمت ملزم می‌گردد. از سوی دیگر، ممکن است قانون‌گذار موقعیت اطلاعاتی برتر فروشنده را مفروض دانسته، برای اینکه وی از این موقعیت سوءاستفاده نکند، قاعده را به این شکل پیش‌بینی نموده باشد. البته این موقعیت اطلاعاتی برتر نباید به اندازه‌ای باشد که موجب مخاطره اخلاقی شود؛ حتی اگر حادثه خارجی باشد و عدم مراقبت و توجه فروشنده موجب خسارت گردد، در این صورت مانند حالت دوم خواهد بود.

به‌عنوان نتیجه این بحث می‌توان گفت، قانون‌گذار ما فروشنده را فردی خطرپذیر و خریدار را فردی خطرگریز دانسته و این امر را در ماده ۳۸۷ قانون مدنی اصل قرار داده است و باتوجه به اینکه این ماده حادثه‌ای را که به وسیله خریدار یا فروشنده ایجاد شده باشد، از حکم خود خارج کرده، پس موجب شده است که مخاطره اخلاقی وجود نداشته باشد، اما خطرپذیری فروشنده را به‌طور انعطاف‌ناپذیری بیان داشته است و چنانچه ذکر شد این قاعده، قاعده‌ای تکمیلی است که اگر برخلافش توافق نشده باشد، حتی در صورت عدم اطلاع طرفین اعمال خواهد شد و چون ضمانت اجرایش انفساخ عقد است و انفساخ به معنای انحلال خودبه‌خودی عقد می‌باشد و نیازی به اراده طرفین ندارد. تعدیل قراردادی به وسیله قاضی در حقوق ما امری است که چندان مورد استفاده واقع نشده است و به جز چند مورد که اجازه تقسیط قراردادی به قاضی داده شده است، امکان تعدیل قضایی وجود ندارد.

#### ۲.۴. قراردادی

باتوجه به اینکه نظام حقوقی ما حقوق نوشته است، قاضی نمی‌تواند برای تخصیص ریسک اثر چندانی در این باره داشته باشد. شاید راهی که فروشنده در این زمینه بتواند در پیش گیرد، بیمه مال مورد معامله است. از دیدگاه اقتصادی پاسخ به این پرسش که خسارت بر چه کسی تحمیل شود، به این معناست که چه کسی در بیمه کردن ذی‌نفع می‌باشد (بادینی، ۱۳۹۲، ص ۴۵۸)؛ در واقع در این زمینه این فروشنده است که متحمل خسارت می‌شود. البته در خصوص اموال منقول مانند اتومبیل استفاده از خدمات بیمه تا حد زیادی رایج است. درباره اموال غیرمنقول که تسلیم نیز به‌گونه‌ای متفاوت صورت می‌گیرد، متأسفانه بیمه چندان مد نظر نیست. اما نباید فراموش کرد که این امر در بالا رفتن قیمت کالا نقش دارد؛ چراکه اصولاً هزینه‌هایی که برای بیمه مال مورد معامله پرداخت می‌گردد، در ثمن محاسبه می‌شوند. برای تخصیص قراردادی ریسک، راه‌حلی که می‌توان پیشنهاد داد این است که فروشنده باتوجه به وضعیت مبیع و ثمن، به‌ویژه در فرضی که مبیع می‌تواند در طول زمان دارای منفعت باشد، انتقال مالکیت را به‌موجب قرارداد تا زمان تسلیم کالا به تأخیر بیندازد. هرچند به‌موجب ماده ۳۶۳ قانون مدنی، مالکیت در قانون ما هم‌زمان با عقد منتقل می‌شود، اما باید گفت این موضوع راجع به بیع مطلق است و طرفین می‌توانند برخلاف آن توافق کنند. این امر در خصوص بیمه نیز به کمک فروشنده خواهد آمد، زیرا بیمه‌گر خسارت قابل پرداخت را به مالک پرداخت می‌نماید و پذیرش اینکه از خریدار خواسته شود مبیع را بدون تسلیم به وی بیمه نماید، دشوار به‌نظر می‌رسد؛ هرچند در مواردی که کالا از دسترس فروشنده خارج است و هنوز به خریدار نیز تحویل داده نشده است (مانند تحویل به متصدی حمل و نقل)، این

توافق معقول به نظر می‌رسد. البته نباید فراموش کرد فروشنده هزینه‌هایی را که برای تخصیص ریسک صرف می‌نماید، به‌عنوان بخشی از هزینه کالا در نظر می‌گیرد و بر مصرف‌کننده وارد می‌کند (R.S.G, 1979, p.557).

##### ۵. نتیجه

تلف مورد معامله پیش از تسلیم ریشه در فقه اسلامی دارد که از آن با عنوان تلف مبیع قبل از قبض یاد می‌شود. ماده ۳۸۷ قانون مدنی این اصل را بیان داشته و البته به جای قبض از لفظ تسلیم استفاده کرده است. نویسندگان حقوقی برای اعمال ماده مذکور شرایطی را ذکر نموده‌اند که از جمله آن‌ها می‌توان به معین بودن مبیع و قهری بودن تلف اشاره کرد. قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم قاعده‌ای تکمیلی است که طرفین می‌توانند برخلافش ترازی نمایند. از دیدگاه اقتصادی در خصوص قواعد تکمیلی چند نظر مطرح شده که از جمله آن کاهش هزینه‌های معاملاتی و برتری اطلاعاتی طرفین قرارداد در موقعیتی که امکان انجام اقدامات پنهان که همان خطر اخلاقی است، وجود دارد. در خصوص تحمیل خطر باتوجه به خارجی بودن حادثه و برابری اطلاعاتی، آنچه جلب نظر می‌کند، ویژگی طرفین در خطرگریزی است که در برابر حوادث جدی اصولاً همه مردم از جمله طرفین عقد خطرگریزند. قانون‌گذار ما در این ماده خطر را بر فروشنده بار کرده است؛ چراکه به نظر او بایع باتوجه به موقعیت دسترسی و اطلاعاتی برتر با تحمل هزینه کمتر می‌تواند خطر را تخصیص دهد، اما باید توجه داشت که این امر همواره صحیح نیست و بهتر است بایع در برخی موارد به بیمه کردن مال مورد معامله بپردازد یا اینکه در قرارداد خلاف این حکم تکمیلی قانون را شرط کند. درواقع، این ماده حکمی را مطرح کرده که در اکثر قراردادهای مشابه قابل پیش‌بینی و معقول است. این فروشنده است که از موقعیت اطلاعاتی برتری برخوردار است و به همین دلیل باید خطر در این باره به وی تحمیل شود، این امر می‌تواند در اکثر موارد صحیح باشد، اما می‌توان گفت گاهی خریدار می‌تواند خطرپذیرتر از فروشنده محسوب شود و به‌موجب قرارداد هم او ریسک را متحمل گردد. بنابراین با تحلیل اقتصادی نیز حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی و برداشت و تفسیر آن دسته از نویسندگان که آن را مطابق قاعده تکمیلی می‌دانند، به‌عنوان یک اصل ضروری و منطقی قابل تأیید است. با این حال نباید فراموش کنیم در شرایط فعلی قانون مدنی اگرچه تخصیص خطر به شکل قراردادی ممنوع نیست، اما پیش‌بینی انعطاف بیشتر در خود قانون و به‌عنوان نمونه از طریق ذکر استثنا و تبصره در همین ماده یا در مواد دیگر، حکم ماده را به‌روز و اقتصادی‌تر می‌کند. طبیعی است پیش‌بینی اصل قاعده و استثنای احتمالی آن به‌منزله نوسان حکم قانونی یا نزدیک شدن نظام حقوقی ایران به نظام کامن‌لا یا مبتنی بر رویه قضایی نخواهد بود



## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ مهاجر، مینا (۱۳۸۴). انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا. پژوهش نامه بازرگانی، شماره ۳۵.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۴۷). حقوق مدنی. جلد ۱، تهران: کتابفرشی اسلامیه.
۳. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها. تهران: جاودانه.
۴. بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۲، تهران: گنج دانش.
۶. ----- (۱۳۸۶). دائره المعارف عمومی حقوق (الفارق). جلد ۲، تهران: گنج دانش.
۷. ----- (۱۳۹۳). فلسفه ی عمومی حقوق بر پایه ی اصالت عمل. تهران: گنج دانش.
۸. خدابخشی، حسن؛ عربیان، اصغر (۱۳۹۱). ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض. پژوهش نامه فقه و حقوق، شماره ۱۰.
۹. ساکت، محمد حسین (۱۳۷۵). نگاهی به قاعده ی فقهی ((الخراج بالضمان)). مطالعات اسلامی، شماره ۳۱ و ۳۲.
۱۰. سلطانی نژاد، هدایت‌اله (۱۳۷۸). ضمان معاوضی. نامه مفید، شماره ۱۸.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). حقوق مدنی ۶. عقود معین ۱، تهران: مجد.
۱۲. ----- (۱۳۸۶). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۱۳. قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۷۷). تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم. فصلنامه دیدگاه های حقوقی، شماره ۹.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). مقدمه علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. ----- (۱۳۸۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
۱۶. ----- (۱۳۹۲). عقود معین. جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. محمدی، ابوالحسن (۱۳۴۹). بحث مختصری در اطراف ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳.

## ب) عربی

۱۸. نجفی الجواهری، الشیخ محمد حسن (۱۳۶۷ش). جواهر الکلام. جلد ۲۳، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.

## ج) خارجی

19. Bloom, Joost, (2002), Tort, Contract and The Allocation of Risk, Super Court Law Review, Vol.17.
20. Ceuini, Marta; Luppi, Barbara; Parisi, Francesco,(2009), The Comparative Law and Economics of Frustration in Contract, Legal Studies Research Paper, No. 09-20
21. Demir, Bahadır,(03 June 2014), Passing of Risk in Contract of Sale, 10th International Academic Conference, Vienna.
22. Erauw, Johan, ( 2005), “ CISG ARTICLES 66-70: THE RISK OF LOSS AND PASSING IT” ,Journal of Law and Commerce, Vol. 25.
23. Frank, H. , (1991), Microeconomics and Behavior, New York: McGraw Hill
- 24.Hermalin, Benjamin E; Katz, Avery W; Craswell, Richard , (2006), Law & Economics of Contracts, Columbia law and economics working paper, No. 296.
25. Korobin, Russell B. (1998), “The Status Quo Bias and Contract Default Rules”, USLA school law, Vol.. 83.
26. Posner, Eric A, (2005), “There Are No Penalty Default Rules in Contract Law”, The University of Chicago, No. 237.
27. Posner, Richard A, (1977), “Gratuitous Promises in Economics and Law”, The journal legal study, Vol. 6, No.2.

28. Roth, P.M., (1979), "The Passing of Risk", The American Journal of Comparative Law , Vol. 27, No. 2/3.
29. R.S.G., (1979), "Risk of Loss in Commercial Transactions: Efficiency Thrown into the Breach", Virginia Law Review , Vol. 65, No. 3.
30. Schwartz, Alan, Scott ,Robertt E, (2003), "Contract Theory and The Limits of Contract Law", Yale Law School, Vol 113.
31. Shafer, Hans-Bernd, Ott, Clause, (2004), The Economic Analysis of Civil Law, Matthew Braham translated from the German, UK, Edward Elgar Publishing Limited, (1989).
32. Shavell, Steven, (2004), Foundation of Economic and Analysis of Law, London: The Belknap Press of Harvard University.
33. Tumay, Meltem, (2009), "Asymmetric Information and Adverse Selection in Insurance Markets: The Problem of Moral Hazard", Celal Bayar University, Vol:16
34. Varian, H. R. , (2010), Intermediate Microeconomics: A Modern Approach, New York : WNorton and Co.
35. Veljanovski, Cento G, (2007), Economic Principles of Law, U.S.A, Cambridge University Press.