

جایگاه خیار تخلف شرط و مقایسه آن با خیار تعدر تسلیم در عقود الکترونیک

(بررسی مواد ۴۰، ۳۹ و ۴۱ قانون تجارت الکترونیک)

اسداله لطفی^۱

مجید عزیزبانی^۲

مهدی احمدی^۳

چکیده

در عقود منعقدۀ از طریق واسطه های الکترونیک، اصولاً طرفین عقد در یک مکان قرار ندارند و عقد از راه دور و با استفاده از تجهیزات مدرن و معمولاً در بستری مجازی، محقق می شود، بنابراین سوالات عدیده ای در ذهن ایجاد می شود. یکی از مهم ترین مسائلی که در این رابطه ذهن را به خود مشغول می کند، بحث چگونگی فسخ و انحلال عقود الکترونیکی و مقایسه طرق فسخ در این عقود با قراردادهای سنتی می باشد. بررسی و مطالعه این مسئله، جایگاه خیارهای را در این سنخ از قراردادهای روشن خواهد کرد.

هر چند تفسیر و تحلیل از ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیک در جای خود قابل تأمل و توجه می باشد ولی به نظر ما آنچه از صدر ماده ۳۹ استنباط می شود این است که اگر تأمین کننده "در حین معامله" یعنی زمانی که عقد در حال انعقاد است،

۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی (ره) - lotfidr@yahoo.com

۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت تهران -

(نویسنده مسئول) (aziziani@edalat.ac.ir)

۳ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری دانشگاه علوم قضایی و خدمات دادگستری

تواند تعهدات خود را انجام دهد، عقد باطل است و باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند و منظور قانونگذار از عبارت عدم وجود کالا، اشاره به عین معین می باشد و مقصود از عدم امکان اجرای خدمات، اشاره به غیر ممکن بودن خدماتی می باشد که قائم به شخص است بنابراین مطابق صدر ماده اگر تأمین کننده به علت عدم وجود کالای معین و یا عدم امکان اجرای خدماتی که قائم به شخص است، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، معامله باطل است. قانونگذار با آوردن این عبارت "مخاطب آماده صبر کردن... باشد" نظرش بر بطلان صدر ماده و ایجاد حق خیار، در قسمت دوم بوده است.

واژگان کلیدی:خیار،قانون تجارت الکترونیک، ، عقود الکترونیکی،خیار تخلف شرط،خیار تعذر تسلیم

مقدمه

هم زمانی گسترش تجارت الکترونیکی و طرح جهانی سازی اقتصاد و پیوستن جوامع مختلف به این طرح و نیز گسترش روزافزون کاربران شبکه جهانی اینترنت، این تجارت نوین را به تجارتی فرا سیستمی مبدل ساخته به طوری که امروزه خود را به عنوان امری اجتناب ناپذیر در متن زندگی انسان جا داده است. قرار گرفتن در دهکده جهانی ما را ناگزیر به مهیا نمودن زیر ساخت های لازم تجارت الکترونیکی می سازد. با توجه به نوع توافقات حاصل شده از طریق مبادلات الکترونیکی باید گفت که قریب به اتفاق این توافقات ماهیت عقد بیع را دارا می باشند و باید آثار عقد بیع را تاجایی که امکان دارد بر این قراردادها واقع ساخت. البته باید توجه داشت که در تفسیر نوع توافق حادث شده خواست طرفین قرارداد مهمترین رکن خواهد بود. اما نباید از این نکته غافل شد که همه مبادلات انجام شده از طریق الکترونیکی ماهیت عقد بیع یا عمل حقوقی را ندارند بلکه در برخی موارد مبادله داده ها جهت اعلام نیاز اولیه، دعوت برای مذاکره، ارائه اطلاعات مورد نیاز و اموری این چنینی می باشد.

تجارت الکترونیک در معنای عام خود به هر نوع فعالیتی اطلاق می شود که از طریق فناوری دیجیتال صورت می گیرد اعم از اینکه این فعالیت بین تجار یا بین غیر تجار و سازمان ها صورت گیرد. قالب قراردادهای الکترونیکی از حیث ماهیت همانند قراردادهای سنتی بوده و برای انعقاد صحیح باید همان احکام عمومی قراردادها در قانون مدنی را مورد توجه قرارداد.

یکی از موضوعات در بحث تجارت الکترونیک، جاری شدن اختیار در عقود الکترونیکی می باشد و پرداختن به این موضوع که آیا اعمال خیاراتی مثل تخلف شرط و تعذر تسلیم در عقود الکترونیکی منطبق با قواعد عمومی قرارداد است یا تاسیس جدید محسوب می شود. واژه خیار اسم مصدر «اختیار» و با ریشه عربی به معنای

حقی است که به متبایعین امکان فسخ معامله را می دهد. اختیاری که گاه ناشی از حکم قانون و گاهی ناشی از اراده دو طرف قرارداد می باشد

قانونگذار در قانون تجارت الکترونیک، برخی اصطلاحات را بکار برده است که در قانون مدنی ما سابقه نداشته، دلیل این اقدام هم این بوده است که مقنن در وضع این قانون از دیگر نظام های حقوقی دنیا، از جمله نظام کامن لا پیروی نموده است، همچنین جهت همسو شدن با جامعه بین المللی و استفاده از تجارب تقنینی در زمینه تجارت الکترونیک، نگاه ویژه ای نیز به قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیک ۱۹۹۶، داشته است. فلذا، همین امر باعث شده که برخی اصطلاحات جدید و شاید ناآشنا با نظام قانونگذاری ما، وارد این قانون شوند لذا بررسی دقیق این اصطلاحات در این قانون و بررسی و تطبیق آن با مبانی حقوقی خیارات در فقه امامیه و حقوق ایران به تبیین بهتر قانون تجارت الکترونیک کمک شایانی می کند

تجارت الکترونیک به افراد و سازمان ها امکان ارتباط دیجیتالی را فراهم می نماید و به همین خاطر است که تبادل کالا از این طریق باعث ظهور عنوانی مثل تجارت الکترونیک گشته است. در خصوص تعریف تجارت الکترونیک اختلافاتی وجود دارد و برخی آنرا در مفهوم عام که شامل هر نوع کسب و کار می شود، تعریف می کنند و برخی دیگر مبادله کالا را در این تعریف جای می دهند. با این حال باید توجه داشت که تجارت الکترونیک در معنای عام خود به هر نوع فعالیتی اطلاق می شود که از طریق فناوری دیجیتالی صورت می گیرد اعم از اینکه این فعالیت بین تجار یا بین غیر تجار و سازمان ها صورت گیرد. دامنه موضوعات در تجارت الکترونیکی گسترده و ابعاد آن متنوع می باشد. قراردادهای الکترونیکی از حیث ماهیت همانند قراردادهای سنتی بوده و برای انعقاد صحیح باید همان احکام عمومی قراردادها در قانون مدنی را مورد توجه قرارداد.

خيار تخلف شرط در عقود الكترونيك

تعريف خيار تخلف شرط

برای بررسی خيار تخلف از شرط باید به مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ق. م مراجعه شود. ماده ۲۳۴ ق. م شرط را به سه قسم تقسیم کرده: ۱- صفت ۲- نتیجه ۳- فعل (اثباتاً و نفیاً). در شرط صفت، خواه صریح باشد یا ضمنی، هرگاه معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خيار فسخ خواهد داشت (ماده ۲۳۵ ق. م). در شرط فعل در صورت تخلف از شرط، حق فسخ قرار داد به عنوان آخرین دارو اعمال می شود. ماده ۲۳۹ ق. م در این رابطه مقرر داشته است: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». فلذا زمانی فرصت انحلال و فسخ فرا می رسد که امیدی به اجرای عقد باقی نماند. در خصوص شرط نتیجه نیز ماده ۲۴۰ ق. م می گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

ماده ۳۹ قانون تجارت الكترونيك

در ماده ۳۹ ق. ت. آمده: «در صورتی که تأمین کننده در حین معامله به دلیل عدم موجودی کالا و یا عدم امکان اجرای خدمات، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند، مگر در بیع کلی و تعهداتی که برای همیشه وفای به تعهد غیر ممکن نباشد و مخاطب آماده صبر کردن تا امکان تحویل کالا و یا ایفای تعهد باشد.

در صورتی که معلوم شود تأمین کننده از ابتدا عدم امکان ایفای تعهد خود را می دانسته، علاوه بر لزوم استرداد مبلغ دریافتی، به حداکثر مجازات مقرر در این قانون نیز

محکوم خواهد شد».

بحثی اساسی که با مطالعه ماده فوق به ذهن خطور می کند این است که، در صورت تخلف از شرایط این ماده، وضعیت معامله الکترونیکی چگونه خواهد بود. آیا معامله قابل فسخ به استناد خیارات است یا منفسخ می شود و یا اساساً باطل است؟ از یک سو، بر اساس ظاهر ماده و عبارت "باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند"، می توان بر این باور بود که در صورت عدم وجود کالا و یا عدم امکان اجرای خدمات، معامله خود به خود منفسخ می شود. در واقع اگر تأمین کننده نتواند تعهدات اصلی خود را انجام دهد، موظف است مبلغ را به مخاطب برگرداند. این عبارات گویای آن است که عقد خود به خود منفسخ شده است. ولی بر اساس قسمت دوم ماده، در بیع کلی و تعهداتی که وفای به آنها برای همیشه ممکن است، عقد قابل فسخ است.

هر چند تفسیر و تحلیل فوق از ماده در جای خود قابل تأمل و توجه می باشد ولی به نظر ما آنچه از صدر ماده ۳۹ استنباط می شود این است که اگر تأمین کننده "در حین معامله" یعنی زمانی که عقد در حال انعقاد است، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، عقد باطل است و باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند و منظور قانونگذار از عبارت عدم وجود کالا، اشاره به عین معین می باشد و مقصود از عدم امکان اجرای خدمات، اشاره به غیر ممکن بودن خدماتی می باشد که قائم به شخص است؛ مثل تعهد یک نقاش مشهور برای طراحی یک تابلوی هنری منحصر به فرد. بنابراین مطابق صدر ماده اگر تأمین کننده به علت عدم وجود کالای معین و یا عدم امکان اجرای خدماتی که قائم به شخص است، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، معامله باطل است. دلایلی که این نظر را تأیید می کند، در چند مورد قابل بیان است؛ اولاً، از ظاهر عبارت "در حین معامله" و نیز جمله ی "باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند"، برداشت می شود که مقصود مقنن در صدر ماده، بطلان معامله است و نظری به انفساخ

و اختیار نداشته است. ثانیاً، این چنین تفسیری از ماده قابل تطبیق با قواعد عمومی است و همانطور که می دانیم قانون تجارت الکترونیک نیز قانونی خاص می باشد و به ندرت اقدام به ایجاد نوآوری نموده است. فلذا در موارد تردید باید به قدر متیقن که همان قواعد عمومی است، مراجعه کرد. ثالثاً، در ادامه ماده استثنائی آمده که این نظر را تقویت می کند «... مگر در بیع کلی و تعهداتی که برای همیشه وفای به تعهد غیر ممکن نباشد و مخاطب آماده صبر کردن... باشد» در حقیقت قانونگذار با آوردن این استثناء و عبارت "مخاطب آماده صبر کردن... باشد" نظرش بر بطلان صدر ماده و ایجاد حق خیار، در قسمت دوم بوده است. که البته در ادامه به این موضوع خواهیم پرداخت.

قسمت دوم ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیک

در قسمت دوم ماده ۳۹ ق. ت. ا، آمده که در بیع کلی و تعهداتی که وفای به آنها برای همیشه ممکن است، اگر در حین معامله، تأمین کننده یا به تعبیر بهتر فروشنده، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، معامله باطل نیست بلکه عقد قابل فسخ است یعنی مخاطب می تواند صبر کند تا تأمین کننده به تعهد خود عمل نماید یا آن را فسخ کند. این قسمت از ماده نیز همانند صدر آن، موضوعی نیست که با قواعد عمومی در تضاد باشد. یکی از فروض ماده این است که اگر مال کلی با اوصاف معین به صورت الکترونیکی مورد معامله واقع شود ولی در حین معامله، تأمین کننده نتواند تعهد خود را در قبال مال کلی انجام دهد و تعهد مذکور نیز از تعهداتی باشد که وفای به آنها برای همیشه ممکن باشد، در این صورت معامله باطل نیست زیرا مطابق قواعد عمومی در معامله مال کلی، برخلاف عین معین لازم نیست که مبیع موجود باشد.

به عبارت دیگر شرط موجود بودن مورد معامله مربوط به عین معین است نه کلی، به این علت که کلی مفهومی است ذهنی و وجود خارجی ندارد اما معامله آن صحیح است هر چند که مصادیق آن در زمان معامله موجود نباشد و در آینده به وجود آید. منطوق ماده ۳۶۱ در مورد عین معین و مفهوم مخالف آن در مورد مال کلی، گواهی

است بر این ادعا: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است».

فرض دیگری که در قسمت دوم این ماده مستتر می باشد این است که تأمین کننده به علت عدم امکان اجرای کار و خدماتی که قائم به شخص نیست در زمان انعقاد عقد، نتواند تعهداتش را عملی سازد، که در این فرض نیز مطابق قواعد عمومی معامله باطل نیست بلکه مصرف کننده خیار فسخ خواهد داشت.

حق فسخ قابل استناد در ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیک

بحث اصلی که پیرامون قسمت دوم این ماده قابل طرح می باشد این است که، مصرف کننده تحت عنوان کدام یک از اختیارات حق فسخ خواهد داشت؟ به تعبیری روشن تر، حق فسخ قابل اعمال در این قسمت از ماده، مستند به کدام یک از اختیارات است؟ به نظر می رسد حق فسخ در این قسمت از ماده، مستند به خیار تعذر تسلیم باشد، زیرا تأمین کننده در انجام تعهدات اصلی متعذر شده است. با این حال، بهتر است برای بررسی و پاسخگویی به این پرسش، ابتدا خیار تعذر تسلیم را تعریف و سپس تفاوتش را با خیار تخلف شرط مشخص کنیم. براین اساس، خیار تعذر تسلیم را هم در فقه و هم در قانون مدنی مورد مطالعه قرار می دهیم.

خیار تعذر تسلیم در فقه

به نظر می رسد عبارت خیار و تعذر تسلیم، ظاهراً در بردارنده یک معنای متضادی می باشند، زیرا وقتی در تسلیم مبیع یا ثمن متعذر می شویم، ادامه و بقای عقد غیر منطقی و غیر عقلایی می شود. به عبارت دیگر در این صورت قرارداد خود به خود منفسخ می شود و قائل شدن به خیار در این حالت، مستلزم این امر است که بقای عقد منطقی است. برای روشن شدن مطلب ابتدا تعهدات اصلی ناشی از عقد و سپس تعهدات فرعی را مطالعه می کنیم. وقتی قرارداد معوضی منعقد می شود، تعهدات

ناشی از آن به دو گروه اصلی قابل تقسیم است، دسته اول تعهدات اصلی ناشی از خود عقد است، مثل تسلیم مبیع یا ثمن در عقد بیع و دسته دوم تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد است که مشروطاً علیه را به انجام یا ترک فعلی ملزم می نماید. اگر تعهدات اصلی متعذر گردد، مثلاً مبیع قبل از قبض تلف شود یا عین مستأجره قبل از تحویل آتش بگیرد یا اجیر قبل از انجام عمل مورد اجاره بمیرد، سوال مطرح این است که آیا در چنین مواردی برای جبران ضرر وارده به طرف دیگر باید قائل به حق فسخ بود یا اینکه عقد خود به خود منفسخ می شود؟ مسلماً حق فسخ در صورتی مطرح می شود که با تعذر تسلیم، تداوم عقد جنبه عقلایی و منطقی داشته باشد، مثلاً وقتی مورد معامله قبل از قبض از بین برود ادامه داشتن عقد عقلانی نیست و عقد خود به خود منفسخ می شود. به عبارت دیگر خیار تعذر تسلیم اصولاً باید محدود به مواردی گردد که تسلیم فعلاً متعذر است ولی به طور متعارف انتظار می رود که این تعذر بر طرف خواهد شد یا بایع از تسلیم خودداری می کند و اجبار وی به تسلیم امکان پذیر نیست، در چنین مواردی طرف دیگر می تواند معامله را به دلیل تعذر تسلیم فسخ کند. بر این اساس مثلاً اگر کالائی فروخته شود و تسلیم مبیع فعلاً متعذر گردد، ولی امکان تسلیم یا تسلیم به طور متعارف برای آینده وجود داشته باشد، در این صورت شخص می تواند یا صبر کند یا معامله را فسخ نماید. اما زمانی که مبیع به طور دائمی متعذر گردد، عقد به دلیل تعذر تسلیم منفسخ می شود (شیروی، ۳۸۳۱، صص ۶۶۱ و ۸۷۱) حق فسخ به استناد خیار تعذر تسلیم، برای اولین بار در فقه امامیه توسط شهید اول در لمعه در عداد سایر خيارات مطرح شد (لطفی، ۶۸۳۱، ج ۱، ص ۵۱۱) در ادامه شهید ثانی نیز از فقهای بود که به تشریح این خیار پرداخت (عاملی، ۶۸۳۱، ص ۵۱۱) در توضیح المسائل برخی از فقها نیز (همچون امام خمینی (ره)، آیت الله وحید خراسانی، آیت الله میرزا جواد تبریزی، آیت الله مکارم شیرازی) مختصراً به خیار تعذر تسلیم به

عنوان یک خیار مستقل در عرض سایر خيارات اشاره شده است^۱. در مقابل، برخی از فقهای برجسته، از جمله شیخ مرتضی انصاری و آیت الله خوئی، بر این باورند که خیار تعذر تسلیم وجود مستقلی ندارد و این خیار به خیار تخلف شرط بر می گردد. (شیروی، ۳۸۳۱، صص ۶۶۱ و ۸۷۱) حتی امام خمینی (ره) نیز، در تحریر الوسيله (بر خلاف آنچه در رساله توضیح المسائل معظم له نقل کردیم) همانند برخی از فقها، به شمارش هفت خیار بسنده کرده و از ذکر خیار تعذر تسلیم به عنوان یک خیار مستقل خودداری نموده است (خمینی، تحریر الوسيله، بی تا) آیت الله سیستانی نیز استقلالی بر این خیار قائل نیستند (سیستانی، ۱۸۳۱، ص ۲۱۰)

البته تعدادی از فقها به این امر گرایش پیدا کرده اند که چنانچه تسلیم مبیع، تأدیه ثمن یا انجام سایر تعهدات اصلی متعذر گردد، عقد منفسخ می شود و بنابراین محلی برای خیار تعذر تسلیم باقی نخواهد ماند. برای مثال وقتی مبیع قبل از تسلیم تلف یا نایاب شود، معامله منفسخ می شود هر چند که این تلف به استناد فعل بایع، ثالث و یا به علت حوادث قهریه باشد. با این حال، اکثریت فقهای امامیه قائل به تفکیک هستند و معتقدند که در صورت اتلاف مبیع توسط بایع یا ثالث، طرف دیگر یا اختیار خواهد داشت معامله را فسخ کند یا برای دریافت مثل یا قیمت به اتلاف کننده رجوع کند و به عقد ملتزم باشد و فقط در صورت تلف مبیع به علت آفت سماوی یا حوادث قهریه است که عقد منفسخ می شود (شیروی، ۳۸۳۱، صص ۶۶۱ و ۵۷۱)

جهت تبیین و تفکیک بهتر مطلب، بررسی گروه دوم از تعهدات ناشی از عقد، خالی از لطف نیست. همانطور که گفتیم دسته دوم از تعهدات ناشی از شروط ضمن

۱- امام خمینی (ره)، توضیح المسائل، مشهد، انتشارات بنیاد پژوهشهای آستان قدس رضوی، مسئله ۲۱۲۴- حاج شیخ حسین وحید خراسانی، رساله توضیح المسائل، انتشارات مدرسه الامام باقر العلوم (ع)، چاپ ۱۳، ۱۳۸۷، ص ۳۸۷- حاج شیخ میرزا جواد تبریزی، رساله توضیح المسائل، انتشارات هاتف، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۳۰۶- حاج شیخ ناصر مکارم شیرازی، رساله توضیح المسائل، انتشارات بارش، چاپ پنجم، ۱۳۸۰، ص ۳۴۵.

عقد است، حال در صورت تعذر در انجام این شروط، این سوال مطرح می شود که مشروط له چه حقی خواهد داشت؟ در این خصوص فقهای امامیه به سه گروه عمده تقسیم می شوند؛ گروهی بر این باورند که در صورت تعذر، مشروط له می تواند عقد را فسخ کند یا از انجام شرط صرف نظر نماید و نمی تواند اجبار مشروط علیه را بخواهد. دسته دوم معتقدند که ابتدا مشروط علیه به انجام شرط ملزم می گردد، چنانچه الزام ممکن نشد، در این صورت متعهد له حق دارد که معامله را فسخ کند. گروه سوم از فقها اعتقاد دارند که مشروط له می تواند الزام مشروط علیه را به انجام شرط مطالبه کند یا عقد را فسخ نماید (شیروی، ۳۸۳۱، ص ۹۷۱)

قانون مدنی در خصوص تخلف از شرط فعل، نظر گروه دوم از فقها را پذیرفته است.^۱ یعنی مشروط علیه باید ابتدا اجبار شود و در صورت عدم توفیق در اجبار، مشروط له حق فسخ پیدا می کند. هر چند به اعتقاد برخی، در حقوق ایران رابطه سلسله مراتبی بین حق الزام و حق فسخ، قابل اثبات نیست، یعنی با وجود امکان الزام و اجبار به انجام تعهد، حق فسخ قرارداد، برای شخص (بدون الزام) ممکن خواهد بود (صادقی نشاط، ۱۳۸۸، ص ۳۱۰) ولی نظر مشهور نویسندگان حقوقی بر رعایت سلسله مراتب است (امامی، ۶۸۳۱، جلد یک، ص ۲۹۳)

نتیجه اینکه، بین فقها در خصوص استقلال خیار تعذر تسلیم، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها معتقدند در صورت تعذر در تسلیم تعهدات اصلی به هر دلیلی، عقد خود به خود منفسخ می شود و محلی برای خیار باقی نمی ماند. برخی نیز برای خیار تعذر تسلیم استقلال قائلند و معتقدند در صورت اتلاف مورد معامله توسط طرفین یا ثالث، طرف دیگر خیار تعذر تسلیم خواهد داشت مگر در صورت تلف مبیع به علت حوادث قهریه، که عقد خود به خود منفسخ می شود. گروهی از فقهای برجسته نیز برای خیار تعذر تسلیم استقلالی قائل نیستند و بیان کرده اند که خیار تعذر

۱- ر.ک به مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.

تسلیم در واقع همان خیار تخلف شرط است. این گروه از فقها تسلیم و تسلیم عوضین معامله را به صورت شرط ضمنی در نظر گرفته اند.

خیار تعذر تسلیم در نظام حقوقی ایران

حال به بررسی این موضوع در نظام حقوقی داخلی می پردازیم. در قانون مدنی از خیار تعذر تسلیم صراحتاً نامی برده نشده است ولی به اعتقاد برخی (کاتوزیان، جلد ۵، ۱۳۸۹، ص ۳۹۵) بخش نخست ماده ۳۸۰ و مواد ۲۳۹، ۲۴۰ و ۴۷۶، ۴۸۸ در اجاره و ماده ۵۳۴ ق.م در مزارعه، به نوعی به این خیار اشاره دارند.

به نظر ما، قانون مدنی از نظر فقهایی که برای خیار تعذر تسلیم استقلالی قائل نیستند و این خیار را به خیار تخلف شرط بر می گردانند، تبعیت کرده و برای این خیار وجود مستقلی قائل نیست. زیرا اگر معتقد به استقلال این خیار بود، در مبحث پنجم از قانون مدنی، قسمتی را به این خیار اختصاص می داد. علاوه بر این، هر چند برخی برای اثبات استقلال این خیار در نظام حقوقی داخلی به برخی مواد قانون مدنی اشاره نموده اند ولی مواد فوق الذکر نیز دلالتی بر استقلال خیار تعذر تسلیم ندارند؛ زیرا؛ اولاً؛ مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.م به صراحتِ ماده ی ۴۴۴، اشاره به خیار تخلف از شرط دارد که این خیار به عنوان یک خیار مستقل در فقه و قانون مدنی شناخته می شود. در حقیقت مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ در جهت اثبات خیار تخلف شرط بکار می آیند نه خیار تعذر تسلیم.

ثانیاً؛ ماده ۴۷۶ ق.م هر چند صراحتاً به تعذر در تسلیم عین مستأجره که از تعهدات اصلی عقد اجاره می باشد، اشاره دارد، ولی حکم این ماده در واقع تکرار حکم خیار تخلف از شرط فعل (مواد ۷۳۲، ۸۳۲، ۹۳۲ ق.م) می باشد. یعنی ابتدا موجر اجبار می شود و در صورت تعذر در اجبار، مستأجر خیار فسخ خواهد داشت. به عبارت دیگر در این ماده مستأجر از ابتدا خیار فسخ ندارد، بلکه هنگامی می تواند این حق را اعمال

کند که در اجبار موجر، متعذر شود.

ثالثاً؛ ماده ۴۸۸ ق. م نیز به هیچ عنوان اشاره ای به خیار تعذر تسلیم نمی کند. به نظر می رسد این ماده به خیار عیب اشاره دارد، زیرا مزاحمت پیش از قبض در حکم عیب و نقص منفعت پیش از قبض است. (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ۷۸۳۱، ص ۸۴۳) ماده ۴۲۵ ق. م در این رابطه بیان می دارد: «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است». بنابراین ماده ۴۸۸ به خیار تعذر تسلیم اشاره ندارد، بلکه به خیار عیب اختصاص دارد.

رابعاً؛ ماده ۵۳۴ ق. م نیز هر چند مربوط به تعهدات اصلی ناشی از عقد مزارعه می باشد ولی وضعیت جدیدی ایجاد نکرده است و تکرار ماده ۲۳۹ می باشد.

خامساً؛ مطابق ماده ۳۸۰ ق. م، اگر مشتری مفلس شود، یعنی از پرداخت ثمن متعذر شود، وعین مبیع نزد او باشد، فروشنده حق استرداد آن را دارد یا به تعبیر دیگر حق فسخ معامله را دارد. در واقع این ماده نیز به نوعی اشاره به خیار تخلف از شرط فعل دارد؛ زیرا در این مورد، مشتری مفلس شده است و بر اساس حکم ورشکستگی دیگر نمی توان او را به تأدیه ثمن اجبار کرد، به علت اینکه ناتوان از پرداخت ثمن شناخته شده است. به عبارت دقیق تر، در این حالت شخص بر اساس حکم دادگاه به ایفای تعهد اجبار شده ولی اجبار وی به علت عدم توانایی در پرداخت ثمن ممکن نشده. نتیجه اینکه مطابق با این ماده نیز نمی توان برای خیار تعذر تسلیم استقلالی قائل شد.

سادساً؛ قانون مدنی در ماده ۳۷۶ مقرر کرده: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می شود». حکم این ماده به صورت کلی آمده، یعنی این تأخیر می تواند ناشی از ناتوانی متعهد باشد یا ناشی از طبیعت مورد معامله. در واقع اگر شخصی به هر علتی در تسلیم مبیع یا ثمن تأخیر کند، اجبار می شود. سوالی که در این حال به ذهن خطور می کند این است که اگر اجبار فروشنده یا خریدار به تسلیم مورد معامله ممکن نشود، طرف متضرر چه اقدامی می تواند انجام دهد؟

در این صورت خریدار یا فروشنده به عنوان آخرین حربه می تواند حق فسخ را اعمال کند، زیرا وقتی یک طرف در تسلیم مورد معامله تأخیر می کند، طرف دیگر که از طریق اجبار ممتنع، به خواسته خود نرسیده است، متضرر شده و مطابق با اصول حقوقی، زیانی که به شخصی وارد می شود، نباید بدون جبران باقی بماند و برای جبران این زیان باید تمهیدی در نظر گرفت. همانطور که گفتیم آخرین حربه برای جبران این زیان قائل شدن حق فسخ برای شخص متضرر است. رأی شماره ۱۱۰۸-۲۷/۰۷/۱۴ شعبه شش دیوان عالی کشور نیز، این نظر را تأیید می کند.

بنابر این بر اساس مواد ارائه شده نمی توان استقلالی برای خیار تعذر تسلیم قائل شد، زیرا در نهایت حکم این مواد تکرار حکمی است که در خصوص خیار تخلف از شرط فعل آمده، یعنی ابتدا متعهد اجبار می شود، در صورت عدم توفیق در اجبار، طرف دیگر می تواند معامله را فسخ کند. به عبارت دیگر، ما معتقد به خیار تعذر تسلیم هستیم ولی احکام این خیار در خیار تخلف از شرط فعل تکرار شده است و در نظام حقوقی ما، هیچ فایده عملی برای مستقل دانستن خیار تعذر تسلیم بار نیست.

حال به بررسی سوالی که در ابتدا طرح کردیم می پردازیم، و آن اینکه به نظر می رسد قسمت دوم ماده ۳۹ ق. ت. ا، با خیار تخلف از شرط فعل همخوانی دارد. هر چند در این ماده به اجبار متعهد اشاره ای نشده است ولی تأمین کننده باید مطابق قاعده کلی در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق. م ابتدا اجبار شود و نهایتاً اگر مصرف کننده از طریق الزام او به نتیجه نرسید، به عنوان آخرین راه کار حق فسخ خواهد داشت. در ادامه به بررسی مواد ۴۰ و ۴۱ ق. ت. ا می پردازیم.

ماده ۴۰ قانون تجارت الکترونیک

در ماده ۴۰ ق. ت. ا مقرر شده: «تأمین کننده می تواند کالا یا خدمات مشابه آنچه را که به مصرف کننده وعده کرده تحویل یا ارائه نماید مشروط بر آن که قبل از معامله یا در حین انجام معامله آن را اعلام کرده باشد».

طبق این ماده تأمین کننده یا به تعبیر دیگر فروشنده می تواند به شرط اعلام به طرف، قبل از عقد یا حین عقد، کالا یا خدمات مشابه آنچه وعده داده شده را ارائه نماید. در حقیقت قانونگذار امکان تسلیم کالای مشابه را تجویز نموده است.

همان طوری که می دانیم در حقوق داخلی بر اساس قواعد عمومی، وقتی عین معینی مورد معامله قرار گرفت، متعهد نمی تواند چیزی به غیر از آن را به طرف تحویل نماید، زیرا مورد معامله، عین معینی بوده که تراضی بر سر آن واقع شده است. و فقط در بیع کلی یا بیع از روی نمونه امکان تسلیم یکی از مصداقهای مبیع وجود دارد. در واقع تسلیم کالای مشابه در نظام حقوقی ما فقط در مورد اموال مثلی که به نحو کلی فروخته می شوند، وجود دارد و در مورد اموال قیمی ممکن نیست.

برخی بر این باورند که این ماده به فروش کالای کلی منحصر نیست بلکه اصل تسلیم کالای مشابه را در عین معین هم جاری می دانند و به نوعی معتقدند قانونگذار با وضع این ماده، قاعده ای جدید را تأسیس نموده است. (پورسید، ۱۳۸۶، ص ۵۹) اصل این قاعده، یعنی امکان تسلیم کالای مشابه در رابطه با مال کلی، در نظام حقوقی داخلی پذیرفته شده است. ولی اجرای این قاعده در رابطه با عین معین نامأنوس و در تضادی آشکار با قواعد عمومی می باشد. شاید گروهی نیز معتقد باشند که این ماده فقط اشاره به عین کلی دارد نه عین معین، زیرا طبق قواعد عمومی، تسلیم کالای مشابه در عین معین، هرچقدر هم که شباهت به مورد معامله داشته باشد، ممکن نیست.

با این حال به نظر ما با عنایت به ظاهر ماده ۴۰ و استفاده از عبارت "به شرط اعلام به طرف عقد، قبل از عقد یا حین عقد" می توان بر این اعتقاد بود که شرط کردن اعلام این مورد قبل از عقد به نوعی تراضی است که طرفین بر سر آنها به توافق رسیده اند و این مطلب هم چیزی نیست که با قواعد عمومی در تضاد باشد^۱. مثلاً

۱ - کلمه "اعلام" با "توافق" متفاوت است، ولی به نظر می رسد اقدام قانونگذار در بکارگیری واژه اعلام در این ماده، ناشی از مسامحه بوده است و منظور مقنن از اعلام، همان توافق است.

ممکن است فروشنده و خریدار از طریق معامله الکترونیکی در مورد یک کالای معین به توافق برسند ولی در عین حال فروشنده با توافق خریدار شرطی را قبل یا حین عقد وارد قرارداد نمایند، به این نحو که اگر فروشنده نتوانست تعهد خود را در قبال عین معین انجام دهد، در عوض، یک کالای مشابه را تحویل خریدار دهد که البته شباهت کالا نیز بسته به توافق آنهاست که به چه چیزی بیشتر نظر داشته اند، به شکل ظاهری، کیفیت داخلی و غیره. به هر حال قانونگذار در این ماده، امکان تسلیم کالا یا خدمات مشابه، به شرط اعلام از سوی فروشنده یا تأمین کننده را تجویز می کند. امکان تسلیم کالای مشابه قبل از عقد وارد قلمرو ترازی طرفین قرار می گیرد و این امر با قواعد عمومی متعارض نیست. در این حال اگر تأمین کننده از تسلیم کالای مشابه نیز تخلف کند، مصرف کننده راهی به جز فسخ قرارداد نخواهد داشت و حق فسخ او نیز در این قسمت مستند به خیار تخلف از شرط فعل خواهد بود.

ماده ۴۱ قانون تجارت الکترونیک

«در صورتی که تأمین کننده، کالا یا خدمات دیگری غیر از موضوع معامله یا تعهد را برای مخاطب ارسال نماید، کالا و یا خدمات ارجاع داده می شود و هزینه ارجاع به عهده تأمین کننده است. کالا یا خدمات ارسالی مذکور چنانچه به عنوان یک معامله یا تعهد دیگر از سوی تأمین کننده مورد ایجاب قرار گیرد، مخاطب می تواند آن را قبول کند».

این ماده برخلاف ماده قبلی فرضی را پیش بینی کرده است که تأمین کننده، کالا یا خدماتی غیر از موضوع معامله را برای مخاطب ارسال می کند، در حالی که قبلاً به شخص مخاطب اعلام نکرده است، در این حالت شخص مخاطب اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، زیرا از عبارت "...کالا یا خدمات ارجاع داده می شود..." چیزی به غیر از این برداشت نمی شود. اختیار فسخ معامله در این ماده نیز همان خیار تخلف از شرط فعل می باشد، که با طی مراحل مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م، و تحقق شرایط ماده ۴۱، ایجاد می شود.

نتیجه گیری

بر اساس مواد ارائه شده نمی توان شان استقلالی برای خیار تعذر تسلیم در قانون مدنی ایران قائل شد، زیرا در نهایت حکم این مواد تکرار حکمی است که در خصوص خیار تخلف از شرط فعل آمده، یعنی ابتدا متعهد اجبار می شود، در صورت عدم توفیق در اجبار، طرف دیگر می تواند معامله را فسخ کند. به عبارت دیگر، ما معتقد به خیار تعذر تسلیم هستیم ولی احکام این خیار در خیار تخلف از شرط فعل تکرار شده است و در نظام حقوقی ما، هیچ فایده عملی برای مستقل دانستن خیار تعذر تسلیم بار نیست به نظر میرسد آنچه از صدر ماده ۳۹ استنباط می شود این است که اگر تأمین کننده "در حین معامله" یعنی زمانی که عقد در حال انعقاد است، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، عقد باطل است و باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند و اراده قانونگذار از عبارت عدم وجود کالا، اشاره به عین معین می باشد و مقصود از عدم امکان اجرای خدمات، اشاره به غیر ممکن بودن خدماتی می باشد که قائم به شخص است بنابراین مطابق صدر ماده اگر تأمین کننده به علت عدم وجود کالای معین و یا عدم امکان اجرای خدماتی که قائم به شخص است، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، معامله باطل است.

صدر ماده ۳۹ ق. ت. هیچ اشاره ای به اختیارات ندارد و در صورت تحقق شرایط، معامله باطل خواهد بود. قسمت دوم ماده نیز هرچند به اختیار مصرف کننده اشاره دارد ولی این اختیار با خیار تعذر تسلیم منطبق نیست، زیرا همانطور که بیان کردیم خیار تعذر تسلیم وجود مستقلی در نظام حقوقی ما ندارد و این خیار به خیار تخلف از شرط فعل باز می گردد. در حقیقت اعتقاد به این مطلب که، خیار تعذر تسلیم با ماده ۳۹ وارد نظام حقوقی ما شده است، غیر قابل قبول به نظر می آید، زیرا قانون تجارت الکترونیک، خاص و استثنائی می باشد و مخصوص عقود الکترونیکی است و به لحاظ ماهوی هم به غیر از برخی موارد، به ایجاد نوآوری اقدام ننموده است. فلذا در موارد تردید باید به قدر متقن که همان قواعد عمومی است مراجعه کرد.

منابع

- ۱- امام خمینی (ره)، بی تا، توضیح المسائل، مشهد، انتشارات بنیاد پژوهشهای آستان قدس رضوی
- ۲- امامی سید حسن، ۱۳۸۳، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و چهارم، جلد یک
- ۳- پور سید بهزاد، ۱۳۸۶، قانون تجارت الکترونیک و نوآوری های آن، تهران، مجله حقوقی دادگستری، تابستان، شماره ۵۹.
- ۴- حسینی سیستانی حاج سید علی، ۱۳۸۱، رساله توضیح المسائل، تهران، انتشارات بارش، چاپ پنجم.
- ۵- توحیدی محمد علی، ۱۳۶۸، مصباح الفقاهه، قم، انتشارات وجدانی چاپ دوم
- ۶- شجاعی مجتبی، حاتمی علی، جهان تیغی مهدی، ۱۳۸۴، تجارت الکترونیک، تهران، انتشارات تفتان، چاپ اول.
- ۷- شیروی عبدالحسین، ۱۳۸۳، خیار تعذر تسلیم در فقه امامیه، تهران، انتشارات مقالات و بررسیها، پائیز و زمستان، شماره ۷۶ (دقتر سوم).
- ۸- شیروی عبدالحسین، ۱۳۸۱، نظریه غیر منصفانه بودن و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لا با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، تهران، مجله مجتمع عالی قم، سال چهارم، پائیز، شماره ۱۴.
- ۹- صادقی نشاط امیر، ۱۳۸۸، حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران، تهران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، زمستان، شماره چهار.
- ۱۰- کاتوزیان ناصر، ۱۳۷۶، قواعد عمومی قرار دادها، تهران، انتشارات شرکت انتشار و شرکت بهمن برنا، چاپ دوم، جلد پنجم
- ۱۱- کاتوزیان ناصر، ۱۳۸۷، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان، چاپ هفدهم.
- ۱۲- کاتوزیان ناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قرار دادها، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، جلد اول.
- ۱۳- لطفی اسدالله، ۱۳۸۵، ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه، تهران انتشارات مجد، چاپ چهارم جلد دوم
- ۱۴- زین العابدین الجبعی العاملی، ۱۳۸۶، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، بکوشش اسدالله لطفی، تهران، انتشارات مجد، چاپ چهارم
- ۱۵- مکارم شیرازی حاج شیخ ناصر، ۱۳۸۰، رساله توضیح المسائل، تهران، انتشارات بارش، چاپ پنجم.
- ۱۶- وحید خراسانی حاج شیخ حسین، ۱۳۸۷، رساله توضیح المسائل، قم، انتشارات مدرسه باقرالعلوم (ع)، چاپ سیزدهم.