

## آثار بیع و احکام آن (۲)

---

علیرضا ایمانی پیرآغاج<sup>۱</sup>



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## فصل دوم - در تسلیم مبیع

### مقدمه:

هنگامی که عقد بیع منعقد می‌گردد، نخستین التزامی که به موجب قرارداد بر عهده بایع قرار می‌گیرد، تسلیم مبیع است. در این فصل در چهار مبحث به بررسی این تعهد و التزام بایع می‌پردازیم.

### مبحث اول - تعریف و مبنای تسلیم

#### اول - تعریف

تسلیم، در لغت به معنای «گردن نهادن، سلام گفتن، واگذار کردن و سپردن» آمده است.<sup>۱</sup> معنای حقوقی از معنای لغوی دور نیفتاده است. برخی در تعریف تسلیم گفته‌اند: «تسلیم در عقد معوض عبارتست از این که یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است مستولی سازد و به عبارت دیگر تسلیم عبارت است از تمکین طرف از تصرف یا قراردادن مورد معامله تحت اختیار طرف. مرادف آن اقباض است.<sup>۲</sup>»

قانونی مدنی در ماده ۳۶۷، تسلیم را این چنین تعریف کرده است: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد...». غرض از متمکن ساختن مشتری از انحاء تصرفات این نیست که مبیع به طور مادی در تصرف مشتری باشد، بلکه منظور این است که مشتری چنانچه خواست بتواند در آن تصرف مادی نماید، هر چند که هنوز مبیع در تصرف او نباشد. به

۱. فرهنگ فارسی معین.

۲. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ج ششم، کتابخانه گنج دانش، سال

۱۳۷۲، ص ۱۵۳، اصطلاح شماره ۱۲۲۷.

عبارت دیگر، مقصود آن است که مبیع بالقوه در تصرف مادی مشتری باشد، هر چند بالفعل در تصرف وی نباشد. یا برای تحقق تسلیم لازم نیست که خریدار تصرف عملی در مبیع نماید. ماده ۳۶۸ ق. م به این امر تصریح دارد: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگر چه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

بنابر آن چه ذکر شد، می‌توان گفت که تسلیم عبارتست از عملی که از طرف بایع صورت می‌گیرد و به موجب آن مشتری بر مبیع استیلا می‌یابد، به گونه‌ای که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد. البته همان طور که ذکر گردید تسلیم، ملازمه با تصرف عملی خریدار در مبیع ندارد.

### دوم - مبنای حقوقی تسلیم

به موجب عقد بیع، بایع ملزم به تسلیم مبیع و مشتری ملزم به تأدیه ثمن می‌باشد اما این لزوم به تسلیم و تأدیه از کجا ناشی می‌شود؟  
در این مورد چند احتمال داده شده است:<sup>۱</sup>

- چون هرگاه مبیع عین خارجی باشد به موجب عقد ملکیت، مبیع به مشتری منتقل می‌گردد، پس از عقد بایع ملک دیگری را در تصرف دارد بنابر این باید آن را به مالکش بدهد.

- ملزم بودن بایع مبنی بر تسلیم مبیع ناشی از آثار خود بیع است.

- الزام فروشنده به تسلیم مبیع ریشه قراردادی دارد. بدین نحو که ملزم بودن هر یک از طرفین به تسلیم، ناشی از شرط و تعهد ضمنی در عقد بیع که یک عقد معاوضی است، می‌باشد. یعنی متبایعین علاوه بر آن که عوضین را به یکدیگر تملیک می‌کنند ضمناً متعهد می‌شوند که آنچه را تملیک شده است به منتقل‌الیه آن تسلیم نمایند، پس، از نظر تحلیل حقوقی بیع عبارتست از تملیک مورد و تعهد به تسلیم آن.<sup>۲</sup>

۱. دکتر کیائی، عبدالله، التزامات بایع و مشتری، چ اول، انتشارات ققنوس، ص ۴۸.

۲. دکتر امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۹۹.

هر چند که بند ۳ ماده ۳۶۲ ق. م در ذیل آثار بیعی که صحیح واقع شده است مقرر می‌دارد که: «عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید» ولی همان طور که از سیاق این بند مشخص است تسلیم مبیع تعهد و التزام فروشنده است که بر اثر عقد بیع بر عهده او قرار می‌گیرد، که به این ترتیب احتمال سوم بهتر می‌تواند مبنای تسلیم را روشن نماید. در تأیید این احتمال، قسمت اخیر ماده ۳۴۸ ق. م بیان داشته که اگر بایع قدرت بر تسلیم مبیع نداشته باشد، بیع باطل است. و این خود بیانگر این است که بیع از لحاظ تحلیلی علاوه بر تملیک که به محض وقوع عقد حاصل می‌شود، شامل تعهد بر تسلیم نیز است. پس در صورتی که جزء اخیر این عقد - تعهد به تسلیم - تحقق نیابد اثری بر آن مترتب نمی‌گردد.

### مبحث دوم - زمان و مکان و هزینه‌های تسلیم

#### اول - زمان تسلیم

اگر در عقد بیع موعدی برای تسلیم معین نگردد و عقد به صورت مطلق باشد، اطلاق عقد اقتضای تسلیم فوری مبیع را دارد که با ملاک از ماده ۳۴۴ و بند ۳ ماده ۴۹۰ ق. م می‌توان این امر را استنباط نمود. مگر این که متبایعین برای تسلیم، اجلی مقرر نمایند یا عرف و عادت اقتضای تسلیم مؤجل را بنماید و یا طبیعت مبیع چنین ایجاب کند. چنانچه مبیع کالایی باشد که در دست تولید است یا باید تولید شود. البته در این قبیل موارد زمان تسلیم باید معین باشد که احتمال زیاد ونقصان در آن نرود، زیرا در این صورت معامله غرری می‌شود و به مقتضای «نهی النبی عن بیع الغرر» چنین معامله‌ای باطل می‌گردد. با تفصیل فوق و نیز با توجه به ماده ۳۴۴ ق. م عوامل تعیین کننده زمان تسلیم به ترتیب عبارتند از: ۱- تراضی طرفین عقد، ۲- عرف و عادت، ۳- قانون.

#### دوم - مکان تسلیم

قانون مدنی در ماده ۳۷۵ در مورد محل تسلیم مبیع مقرر داشته است: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع آنجا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت

مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد» این ماده در راستای قاعده کلی مذکور در ماده ۲۸۰ ق.م در خصوص محل انجام دادن تعهد ذکر شده است. به موجب ماده اخیر: «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید، مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید.»

باید توجه داشت که احکام مذکور در دو ماده فوق، ناظر به اموال منقول می‌باشد. تسلیم زمین و خانه و مانند اینها ناچار باید در محل وقوع ملک انجام پذیرد.<sup>۱</sup> مگر این که وسیله مادی آن تسلیم کلید یا سند مالکیت باشد که در این صورت در محل وقوع بیع انجام می‌پذیرد.

#### عوامل تعیین کننده مکان تسلیم

بر اساس مواد ۲۸۰ و ۳۷۵ ق.م محل تسلیم مبیع به ترتیب از طرق ذیل معین می‌شود:

۱) **ترازی طرفین:** هرگاه متبایعین در ضمن عقد بیع، محل مخصوصی برای تسلیم معین کرده باشند، این مکان محل تسلیم مبیع می‌باشد. ولی هرگاه طرفین عقد بیع برای تسلیم مبیع ترازی نکرده باشند، در این صورت تعیین مکان تسلیم ممکن است به وسیله دو عامل عرف و قانون به ترتیب معین گردد.

۲) **عرف:** هرگاه عرف و عادت مسلمی در خصوص تسلیم مبیع خاص وجود داشته باشد، بایع باید مبیع را در محلی که در عرف معهود است به قبض مشتری در آورد. چون به موجب ماده ۲۲۵ ق.م: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». چنان که امروزه هرگاه مبیع سیمان یا آجر باشد، عرف این است که در محل مصرف تسلیم مشتری شود.

۳) **قانون:** اگر محلی برای تسلیم بین متعاملین معین نگردیده باشد و از طریق

مراجعه به عرف نیز نتوان محلی برای تسلیم شناخت، به صراحت صدر ماده ۳۷۵ ق. م. مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است.

### سوم - هزینه‌های تسلیم

بر اساس قاعده «التزام به شیء التزام به لوازم آن است» تعهد به تسلیم مبیع ایجاب می‌کند که هزینه‌های ناشی از تسلیم بر عهده فروشنده قرار گیرد. مگر این که بر خلاف آن توافق نمایند یا این که عرف و عادت مقتضای پرداخت مخارج تسلیم را به گونه‌ای دیگر نماید. مثلاً هر گاه مبیع مکیل یا موزون یا معدود باشد، هزینه‌های کیل و وزن کردن مبیع یا شمردن آن بر عهده بایع است. همچنین هزینه‌های حمل کالا به محل تسلیم نیز بر عهده وی می‌باشد. زیرا این قبیل موارد از لوازم تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم محسوب می‌شود. این است که ماده ۳۸۱ ق. م. در مورد هزینه‌های تسلیم مقرر نموده: «مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت حمل آن به محل تسلیم و اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است...».

اما قاعده مذکور در ماده ۳۸۱ ق. م. از قواعد تکمیلی است که طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند.<sup>۱</sup> همین است که ماده ۳۸۲ ق. م. در این زمینه می‌گوید: «هر گاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تصمیم بر خلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد، باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود، و همچنین متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند.»

با توجه به جمع دو ماده ۳۸۱ و ۳۸۲ ق. م. می‌توان عوامل تعیین کننده هزینه‌های تسلیم را به ترتیب ذیل برشمرد:

### عوامل تعیین کننده هزینه‌های تسلیم

۱) تراضی طرفین: مطابق ماده ۳۸۲ ق. م. تراضی متبایعین بر قانون تکمیلی مذکور در ماده ۳۸۱ ق. م. حکومت دارد. یعنی هر گاه که طرفین مشخص کرده باشند که این هزینه‌ها به عهده کدام یک از متبایعین است، در این صورت بر اساس تراضی باید

عمل شود. بنابر این ممکن است برخلاف ماده ۳۸۱ این هزینه‌ها بر عهده مشتری نهاده شود و یا ممکن است بالمناصفه بین آنها تقسیم شود. به هر صورت بر اساس توافق و شرط ضمن عقد که مبتنی است بر حدیث «المومن عند شروطهم» عمل خواهد شد.

(۲) عرف: همان گونه که در مورد مکان تسلیم نیز مذکور افتاد در صورتی که تراضی بین طرفین عقد راجع به مخارج تسلیم موجود نباشد، به عرف و عادت محل از بابت هزینه‌های تسلیم مراجعه می‌شود. عرف و عادت مسلم بر قاعده مذکور در ماده ۳۸۱ ق. م حکومت دارد و این همان است که مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق. م به آن اشاره و تأیید دارند.

(۳) قانون: در صورت فقدان تراضی و عرف و عادت متعارف و مسلم در مورد هزینه‌های تسلیم به حکم ماده ۳۸۱ ق. م این هزینه‌ها بر عهده بایع می‌باشد. علاوه بر ماده مزبور، ماده ۲۸۱ ق. م نیز راجع به مخارج تأدیه مقرر داشته: «مخارج تأدیه به عهده مدیون است، مگر این که شرط خلاف شده باشد».

### مبحث سوم - آثار ناشی از عدم تسلیم ارادی

عقد بیع، بایع را ملزم به تسلیم مبیع و مشتری را ملزم به تأدیه ثمن می‌نماید (بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ ق. م) ولی گاه اتفاق می‌افتد که هر یک از متبایعین از انجام این تعهد خود امتناع می‌ورزد. که این امر یا به علت استفاده از حق قانونی خود - حق حبس - می‌باشد یا بدون وجود حق قانونی است.

در ذیل به بررسی هر دو نوع این امتناع و آثار آن می‌پردازیم:

#### اول - عدم تسلیم محمل قانونی دارد - حق حبس

##### یک - تعریف

به موجب عقد بیع، بایع متعهد به تسلیم مبیع و مشتری متعهد به تأدیه ثمن می‌باشد، ولی هر یک از متبایعین می‌توانند انجام تعهد خود را منوط به ایفای تعهد طرف مقابل نمایند. این امتناع متقابل یا اختیار متقابل را در اصطلاح «حق حبس»



گویند. قانون مدنی بدون این که نامی از حق حبس ببرد، در ماده ۳۷۷ مقرر داشته: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خود داری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...» این حق مبتنی بر عدالت و انصاف است، زیرا هر دو در اشتغال ذمه به تسلیم مساوی هستند.

### دو- چگونگی اجرای حق حبس

در صورت اعمال حق حبس از جانب متبایعین سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که این تمانع تا چه زمانی به طول خواهد کشید؟ آیا یکی از متبایعین برای تسلیم مورد تعهد خود باید مقدم شود یا این که باید تسلیم و تأدیه توأمان صورت گیرد؟ و در صورت اخیر طریقت آن چگونه است؟ و بالاخره اختلاف خریدار و فروشنده چگونه خاتمه می‌یابد؟

قانون مدنی درباره نحوه پایان دادن به اختلاف متبایعین در مورد تقدیم ایفای احد از عوضین یا اجرای همزمان آن دو، حکم خاصی ندارد. قول مشهور نزد فقهای امامیه<sup>۱</sup> آن است که پس از لزوم عقد بیع فرقی میان ثمن و مثنی باقی نمی‌ماند و در صورت تمانع به مقتضای «الحاکم ولی الممتنع» حاکم هر دو را مجبور به ایفای تعهد به طور همزمان می‌کند.

نکته آخر، اتخاذ رویه عملی دیوان عالی کشور در موضوع ما نحن فیه است در خصوص این که هرگاه احد از متبایعین درخواست اجبار طرف دیگر به تسلیم موضوع تعهد که بر عهده‌اش بوده است را بکند، در این فرض آیا دادگاه هر دو را وادار به تسلیم می‌کند و یا ادعای کسی را که خود در مقام اعمال حق حبس از تسلیم مال منقول به طرف دیگر خودداری می‌ورزد، رد می‌کند، شعبه چهارم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۸۷ - ۱۳۱۷/۱/۲۸ چنین استناد نموده است: «ماده ۳۷۷ قانون مدنی دلالت بر

۱. زین الدین الجبعی العاملی: (شهید ثانی)، روضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة، جزء اول، ص ۳۳۵، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ هشتم، تابستان ۱۳۷۳ و میرزا ابوالقاسم قمی، جامع الشتات با تصحیح مرتضی رضوی، ج ۲، ص ۱۵۶، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱.

بی‌حقی بایع و مشتری در مطالبه مبیع و ثمن ندارد. بلکه مفاد آن این است که هر یک از آنها می‌تواند از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، و ذی‌حق بودن مشتری در خودداری از تسلیم ثمن تا موقعی که طرف حاضر به تسلیم مبیع شود، منافاتی با ذی‌حق بودن بایع در دعوی راجع به ثمن و مطالبه آن ندارد، نهایت آن که در موقع تسلیم بایع باید حاضر به تسلیم مبیع شود تا مشتری اجبار به تسلیم ثمن گردد...<sup>۱</sup>. ظاهراً دیوان در این مورد مرحله صدور حکم به ایفای تعهد را از مرحله اجرای آن جدا نموده است، بدین نحو که در مرحله صدور حکم درخواست اجبار طرف دیگر، از سوی طرفی که خود در مقام اعمال حق حبس قرار دارد می‌پذیرد، ولی در مرحله اجرا خواستار اجرای همزمان دو تعهد می‌گردد. ولی آیا پذیرش دعوی اجبار از طرف کسی که خود وفای به عهد ننموده به مفاد ماده ۳۷۷ سازگار است؟ نظر امام خمینی (ره) در کتاب البیع خلاف این می‌باشد<sup>۲</sup> و دکتر کاتوزیان نیز معتقدند که این دعوی با مفاد ماده ۳۷۷ ق.م.سازگار به نظر نمی‌رسد.<sup>۳</sup>

### سه - موارد سقوط حق حبس

با توجه به مواد قانون مدنی حق حبس در مواد ذیل ساقط می‌گردد:

الف) تسلیم اختیاری مبیع  
 در صورتی که مبیع به اختیار و به میل بایع تسلیم شود، حق حبس او زایل می‌گردد علت این امر اسقاط عملی حق حبس می‌باشد. و دیگر نمی‌تواند به استناد تأخیر در تأدیه ثمن مبیع را مسترد نماید. در این موضوع ماده ۳۷۸ ق.م.مقرر می‌دارد: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت، مگر به موجب فسخ در مورد خیار».

ب) مؤجل بودن تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن

۱. دکتر متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، بخش حقوقی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۷۳.

۲. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۷۳، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۳.

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۸۴، شماره ۱۳۱.

در این مورد نیز حق حبس ساقط می‌گردد و هر کدام از مبیع و ثمن که حال باشد باید تسلیم شود، زیرا غرض از تعیین اجل برای مبیع یا ثمن این است که طرفین خواسته‌اند یک تعهد قبل از تعهد دیگر ایفا گردد. این است که قسمت اخیر ماده ۳۷۷ ق. م. مقرر می‌دارد: «...مگر این که مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر یک از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

### دوم - عدم تسلیم، محمل قانونی ندارد - آثار آن

هرگاه بایع بدون مجوز قانونی از تسلیم مبیع خودداری نماید، آثاری را به دنبال خواهد داشت که این امر را در دو قسمت «تغییر وضعیت ید بایع» و «اجبار به تسلیم و نحوه آن» مورد مذاقه و بررسی قرار می‌دهیم.

#### یک - تغییر وضعیت ید بایع

در صورتی که پس از رسیدن موعد تسلیم، بایع تعمداً از تسلیم مبیع عین معین استنکاف کند، باید بین موردی که بدون مطالبه از تسلیم خودداری می‌کند و موردی که با وجود مطالبه و درخواست از تسلیم امتناع می‌ورزد، تفاوت قایل شد.

اگر موعد تسلیم فرا رسد و فروشنده بدون درخواست از جانب خریدار از ایفای تعهد خود داری کند، ضامن تلف و نقض مبیع نخواهد بود، مگر در صورت تعدی و تفریط، زیرا فروشنده در این مدت در حکم امین است و این امر را می‌توان از ملاک مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ ق. م استنباط نمود. فروشنده فقط ملزم به پرداخت اجرت المثل منافع مبیع در مدت امتناع از تسلیم می‌باشد و وجه آن نیز استفاده از منافع مالی دیگری است، ولی هرگاه بایع پس از درخواست مشتری از تسلیم مبیع استنکاف نماید، ید امانی او تبدیل به ید ضمانتی می‌شود و در حکم غاصب خواهد بود، زیرا بر مال غیر بدون مجوز اثبات ید داشته است و مشمول قسمت اخیر ماده ۳۰۸ ق. م خواهد شد که مقرر می‌دارد: «... اثبات ید بر مال غیر، بدون مجوز هم در حکم غصب است». منظور از اثبات ید بر مال غیر موردی است که شروع استیلا به اذن مالک باشد ولی بدون مجوز و پس از قطع

اذن (انکار یا امتناع از رد) ادامه یابد<sup>۱</sup> بنابراین چنین فردی مسؤول تلف و معیب و ناقص شدن مبیع خواهد بود هر چند که مستند به فعل او نباشد. (ملاک از قسمت اخیر مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م) همچنین ملزم به پرداخت اجرت المثل منافع مبیع در مدت امتناع از تسلیم می‌باشد، اگر چه از آن استیفای منفعت نکرده باشد و وجه آن ضمان غاصب در خصوص منفعت مال مغضوب می‌باشد.

### دو- اجبار به تسلیم و نحوه آن

قسمت آخر ماده ۳۷۶ ق.م اشاره به اجبار بایع ممتنع به تسلیم مبیع دارد. سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که این اجبار از چه طریقی صورت می‌گیرد؟ و نحوه آن چگونه است؟ و اگر اجبار فروشنده مستحیل و متعذر باشد، آیا خریدار حق فسخ معامله را خواهد داشت یا خیر؟

نحوه اجبار بایع بر حسب این که مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه متفاوت است. هنگامی که مبیع عین معین است، به مجرد عقد مبیع وارد در ملکیت خریدار می‌گردد و عقد بیع بایع را ملزم به تسلیم آن می‌نماید. اگر بایع به میل خود به تسلیم اقدام ننماید و شرایط این که مشتری خود مبیع را تسلّم نماید نیز آماده نباشد، در این صورت مشتری می‌تواند با مراجعه به دادگاه الزام فروشنده را به تسلیم مبیع تقاضا نماید، در صورت احراز مالکیت خریدار برای دادگاه، بایع را به تسلیم مبیع محکوم می‌نماید. اگر بایع به حکم دادگاه گردن نگذارد، این کار از طریق صدور اجرائیه به وسیله دادگاه و توسط مأمورین اجرا عملی می‌شود. ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «هر گاه محکوم به عین معین منقول یا غیر منقول بوده و تسلیم آن به محکوم له ممکن باشد دادورز (مأمور اجرا) عین آن را گرفته و به محکوم له می‌دهد».

ولی هرگاه مبیع کلی فی الذمه باشد از آن جایی که تا تعیین مصداق از طرف بایع

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج ۲، ص ۱۷، ش ۳۷۰، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۴.

برای خریدار مالکیتی تحقق نمی‌یابد، چنانچه بایع از انجام تعهد خود سر باز زند مشتری می‌تواند اجبار او را به ایفای تعهد بخواهد، و در صورت استنکاف، مشتری می‌تواند با توجه به ماده ۲۲۲ ق. م از حاکم بخواهد به او اجازه دهد که خود مبیع را از طریق دیگر فراهم سازد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید. و اگر بایع از پرداخت مخارج نیز امتناع نمود، می‌توان براساس ماده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی عمل نموده که مقرر می‌کند: «در صورتی که محکوم علیه در موعدی که برای اجرای حکم مقرر است مدلول حکم را طوعاً اجرا ننماید یا قراری با محکوم‌له برای اجرای حکم ندهد و مالی هم معرفی نکند یا مالی از او تأمین و توقیف نشده باشد، محکوم‌له می‌تواند در خواست کند که از اموال محکوم علیه معادل محکوم به توقیف گردد.»

اما در خصوص این که اگر بایع از انجام تعهد خود امتناع کند و با وجود مراجعه به حاکم اجبار وی متعذر باشد آیا متعهدله یا خریدار حق فسخ خواهد داشت، قانون مدنی در این خصوص تصریحی ندارد. ولی با توجه به احکام شرط فعل در مواد ۲۳۷ الی ۲۴۰ که چنین حقی به مشروط له داده شده است، می‌توان در خصوص عقود لازم نیز از این رویه تبعیت نمود. بدین معنا همان طور که مشروط‌علیه وقتی متمکن از اجبار مشروط علیه باشد نمی‌تواند عقد مشروط را فسخ کند، در مورد عقود نیز هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد خویش امتناع نماید، برای طرف دیگر در ابتدا حق فسخ بوجود نمی‌آید بلکه زمانی حق فسخ بوجود می‌آید که اجبار مستحیل باشد. بنابراین هرگاه مشتری متمکن از اجبار بایع باشد، در ابتدا حق فسخ ندارد بلکه آن‌گاه حق فسخ پیدا می‌کند که اجبار ممکن نباشد. یعنی خریدار به عنوان آخرین حربه حق فسخ دارد. مؤید این معنا حکم شماره ۱۱۰۸ - ۱۴/۱۷/۱۳۲۷ شعبه ۶ دیوان عالی کشور می‌باشد که در آن می‌خوانیم: «... تأخیر در تسلیم مبیع موجب فسخ یا انفساخ معامله نیست تا خریدار بتواند بدو مطالبه ثمن نماید بلکه فروشنده الزام به تسلیم می‌گردد، چنان که الزام ممکن نشد حق فسخ حاصل خواهد شد»<sup>۱</sup>

## مبحث چهارم - آثار تسلیم

### اول - ذکر آثار تسلیم

بر تسلیم مبیع آثار متفاوتی مترتب است، از جمله آن که تسلیم از جانب بایع سبب سقوط تعهد وی می‌گردد. در بیع صرف تسلیم شرط صحت عقد بیع است و تسلیم سبب سقوط حق حبس می‌گردد که این دو اثر اخیر در جای خود مورد بررسی قرار گرفت. ولی مهمترین اثری که بر تسلیم مترتب است، انتقال ضمان معاوضی است. به بررسی این موضوع و آثار آن می‌پردازیم.

### دوم - مهمترین اثر تسلیم - انتقال ضمان معاوضی

#### یک - تعریف

به واسطه تسلیم (قبض) ضمان از بایع به مشتری نقل می‌شود<sup>۱</sup> قبل از بررسی این انتقال باید دید منظور از ضمان معاوضی چیست؟ مقصود از ضمان معاوضی آن است که هر کدام از متعاقدین در ضمن عقد ملتزم می‌شوند در قبال مالی که دریافت می‌کنند، عوض آن را به دیگری بدهند همچون بایع که در مقابل ثمنی که می‌گیرد، اقدام به دادن مبیع به مشتری می‌کند و مشتری در عوض مبیعی (مثمینی) که اخذ می‌کند، ثمن آن را می‌پردازد. حال، که انتقال ضمان از بایع را مشروط به تسلیم مبیع دانستیم، بر این حکم، حکمی دیگر متفرع است و آن این که اگر مبیع قبل از قبض تلف شد، ضمانش بر عهده بایع است.

#### دو - تلف مبیع پیش از قبض

با وجودی که به مجرد عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع و ثمن صورت می‌گیرد (بند ۱ ماده ۳۶۲)؛ هر گاه مبیع پیش از تسلیم بر اثر حادثه‌ای خارجی نزد بایع تلف شود، تلف از مال بایع می‌باشد و وجه آن نیز همان طور که ذکر گردید آن است که در اثر تسلیم، ضمان معاوضی از عهده فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد و تا پیش از تسلیم عقد

۱. شهید ثانی، روضة البیہ، جزء اول، ص ۳۳۶.

کامل نگردیده است. زیرا از لحاظ تحلیلی عقد بیع عبارتست از تملیک عوضین و تعهد به تسلیم آنها، پس مادامی که تسلیم صورت نپذیرفته، عقد تکمیل نگردیده است. (بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲).

ماده ۳۸۷ ق. م در این مورد بیان داشته: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...». نکته‌ای که در این جا باید ذکر کرد آن است که ضمان معاوضی گاه بعد از تسلیم مبیع نیز ادامه پیدا می کند و آن در زمان خیار مختص مشتری یا مشترک بین او و اجنبی است<sup>۱</sup>. یعنی اگر در زمان خیار مختص به مشتری مبیع نزد بایع تلف شود یا ناقص گردد، تلف و نقص برعهده بایع خواهد بود. این است که ماده ۴۵۳ ق. م در این خصوص مقرر داشته است: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود برعهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.»

قبل از تحلیل و بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض، بهتر آن است که مستندات آن را در فقه ذکر نماییم.

### سه - مستندات ضمان بایع قبل از قبض مبیع

در فقه، سه دلیل برای ضمان معاوضی ذکر گردیده:<sup>۲</sup>

الف) سنت: شامل حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» و روایت عقبه بن خالد که از امام جعفر صادق (ع) می پرسد «در باره مردی که کالایی از دیگری خریداری نموده و بیع لازم شده ولی مشتری کالا را نزد فروشنده باقی گذاشته و گفته است ان شاء الله فردا خواهیم آمد و در این فاصله آن کالا به سرقت رفته است، از

۱. شهید ثانی، روضة البیہ، جزء اول، ص ۳۳۶.

۲. موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۲۹۰ تا ۲۹۴، نشر میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۲ و محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، صص ۱۹۰ و ۱۹۱، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۵ و دکتر شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، صص ۱۹۷ و ۱۹۸، ش ۱۵۸، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم، ۱۳۷۳.

مال چه کسی خواهد بود؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: از مال صاحب آن کالا که در منزلش برجای مانده است خواهد بود تا این که آن را به مشتری تحویل دهد و از خانه بیرونش کند، وقتی آن را بیرون کرد دیگر مشتری ضامن حق او خواهد بود تا این که مال او را به او برگرداند.»

**ب) اجماع:** عده‌ای از فقها در موضوع، دعوی اجمال نموده‌اند، ولی از آن جا که در خصوص موضوع روایات و نصوص واصل شده، لذا اجماع مزبور، مستند است و از نظر فقهی ارزش استقلالی ندارد.

**ج) سیره عقلا:** با توجه و دقت نظر در روش عقلا نتیجه گرفته می‌شود که ایشان در معاملات و معاوضات، آنچه می‌دهند بدون عوض نمی‌دهند، بنای آنها بر این است که اگر مضمن دادند، ثمن بگیرند و اگر ثمن دادند، مضمن بگیرند. حال، هرگاه کالای مورد معامله، قبل از قبض مشتری تلف شود، از آنجایی که مشتری در مقابل ثمنی که داده چیزی دریافت ننموده، مال تالف را از کیسه فروشنده می‌دانند.

#### چهار- تحلیل و بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض

می‌دانیم که به مجرد عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع و ثمن صورت می‌پذیرد و آنچه متبادر به ذهن می‌شود آن است که تلف هر مالی باید در ملک مالکش صورت بپذیرد. بنابراین تلف مبیع نیز باید از مال مشتری باشد. ولی برخلاف این تصور، هرگاه پس از عقد بیع و قبل از تسلیم، مبیع نزد بایع تلف شود، از مال بایع تلف شده نه از ملک مشتری، هر چند که مشتری در زمان تحقق تلف مالک مبیع می‌باشد. پذیرش این تصور که تلف از مال بایع باشد، قدری مشکل است. در توجیه این امر قول مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> این است که عقد بیع در حقیقت یک لحظه قبل از تلف منفسخ می‌گردد؛ در نتیجه در اثر انفساخ، مبیع به ملکیت بایع بر می‌گردد و در ملکیت او تلف

۱. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۸۳، برای دیدن نظر موافق ر.ک: سقوط تعهدات، دکتر شهیدی، ص ۱۹۷، ش ۱۵۸ و برای دیدن نظر مخالف ر.ک: قواعد فقهیه، سید محمد موسوی بجنوردی، ص ۲۹۲.



می شود. هر چند پذیرش عقلی این نظر اندکی دشوار است ولی با توجه به این که مالکیت از امور اعتباری است، دشواری تصور آن سهل و آسان می گردد.

برخی دیگر از اندیشمندان حقوق<sup>۱</sup> نفس تلف را علت برای انفساخ می دانند. یعنی لحظه تلف، لحظه انفساخ و انحلال عقد هم هست و قهراً تلف از مال بایع واقع می شود. بعضی دیگر باقی ماندن ضمان معاوضی برعهده بایع قبل از قبض را نتیجه معاوضه ثمن و مبیع و وابستگی تعهدهای دو طرف به یکدیگر می دانند<sup>۲</sup> و در توجیه این نظر، این طور استناد می کنند که هدف نهایی از خرید و فروش این است که خریدار در برابر پولی که به فروشنده می دهد بتواند بر مبیع دست یابد. انتقال ملکیت به تنهایی این هدف را تامین نمی کند و به همین جهت اگر خریدار بداند که هیچ گاه بر مبیع دست نخواهد یافت، حاضر به معامله نمی شود. در نتیجه همین اراده که خواست مشترک دو طرف است، دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر مبیع، به عنوان یک موجود مرکب به وجود می آید و از بین رفتن جزئی از آن، جزء دیگری را نیز از بین می برد. همین که مبیع تلف شود، چون تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست داده است، از بین می رود و به خریدار باز می گردد. باز گشتن ثمن به خریدار در زبان حقوقی به «انفساخ» تعبیر می شود و امری استثنایی و خلاف قاعده نیست<sup>۳</sup>.

در تعریف ضمان معاوضی گفتیم که در عقود معاوضی دو التزام متقابل در برابر یکدیگر قرار دارد و عقد معوض، ایفای تعهد دو جانبه است. اگر یکی از تعهدات انجام نگیرد، وجهی برای انجام تعهد دیگر باقی نمی ماند و انجام یک جانبه تعهد در این جا پرداخت ثمن - تحمیلی است بر خریدار و مصداق اکل مال به باطل می باشد.

### پنج - میزان دلالت قاعده تلف مبیع قبل از قبض

سوالی که مطرح می گردد آن است که آیا در مبیع خصوصیتی وجود دارد که این

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ص ۲۹۲.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۸۸، ش ۱۳۷.

۳. همان کتاب، ص ۱۸۸، ش ۱۳۷.

قاعده را فقط باید در مورد آن جاری دانست یا آن که این بحث در خصوص ثمن نیز وجود دارد؟ همچنین آیا این مساله اختصاص به عقد بیع دارد یا در کلیه عقود معاوضی می توان آن را سرایت داد؟ در خصوص جریان این قاعده به تلف ثمن شخصی قبل از قبض، برخی از نویسندگان این قاعده را در خصوص تلف ثمن قابل اجرا نمی دانند<sup>۱</sup>، و برخی دیگر اجرای آن را خالی از اشکال نمی دانند<sup>۲</sup> و معتقدند با توجه به مستند روایی این قاعده که در خصوص تلف مبیع است، باید آن را در مورد منصوص خود اجرا نمود. در مقابل، عده ای دیگر معتقدند<sup>۳</sup> که این بستگی دارد تا ما مدرک قاعده را چه بدانیم؟ اگر مدرک را مرسله نبوی بدانیم شامل ثمن نخواهد شد، زیرا روایت فقط ناظر به مورد تلف مبیع است. اگر مدرک قاعده را اجماع بگیریم، از آنجایی که اجماع در خصوص تلف مبیع است نمی توان به غیر از آن تسری داد، اما اگر مدرک قاعده را بنای عقلا دانستیم - که البته عمده دلیل نیز است - گفته شد که بنای عقلا در معاوضات این است که هر یک از متعاقبین چیزی می دهد که به ازای آن چیزی بگیرد و بنای آنها این است که هیچ یک تملیک مجانی نمی کند بلکه در مقابل عوض است. و حال اگر کالا قبل از تحویل و تسلیم به طرف مقابل تلف شود، آن را به حساب کسی می گذارند که قبل از معامله مال او بوده، زیرا تملک ثمن از طرف مقابل با تلف مبیع، بدون عوض باقی می ماند، پس بایع مستحق ثمن نیست و باید آن را مسترد نماید. با این تفصیل و بر مبنای عدالت معاوضی خصوصیتی در مبیع وجود ندارد و با وحدت ملاک می توان قاعده مزبور را در مورد ثمن شخص نیز جاری دانست.<sup>۴</sup> بر همین اساس قاعده را به

۱. مصطفی عدل، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، ص ۲۲۸، ش ۱۰۵، انتشارات بحرالعلوم، چاپ اول، ۱۳۷۳.

۲. دکتر شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ص ۱۹۸، ش ۱۵۸.

۳. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ص ۲۹۳.

۴. برای دیدن نظر موافق با جاری بودن قاعده در مورد ثمن شخصی ر.ک: دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۶۷ - حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۳۷۹، ذیل شرح ماده ۳۸۷ و دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۸۹، ش ۱۳۸ و دکتر حسین صفائی، دوره مقدماتی

معاملات و معاوضات دیگر هم (غیر بیع) نیز می‌توان تسری داد.<sup>۱</sup>

### شش - شرایط اجرای قاعده - ماده ۳۸۷ ق. م

با توجه به ماده ۳۸۷ ق. م برای این که تلف مبیع باعث انفساخ عقد گردد، باید:

#### الف) مبیع عین معین یا کلی در معین باشد

در مورد مبیع کلی گفتیم که تملیک با تسلیم یا تعیین مصداق حاصل می‌شود. پس تا زمانی که تسلیم صورت نگیرد انتقالی صورت نپذیرفته که مسأله انفساخ عقد و بازگشت ثمن به مشتری مطرح گردد، در این حالت و در صورت تلف مبیع کلی، متعهد ملزم است که فردی دیگر را برای ایفای تعهد جایگزین نماید و آن را تسلیم کند.

#### ب) تلف مبیع قبل از تسلیم به خریدار انجام گرفته باشد

گفتیم به واسطه تسلیم ضمان معاوضی از بایع به مشتری نقل می‌شود و از این پس است که تلف از کیسه خریدار می‌باشد، مگر در موردی که برای خریدار خیار مختص یا مشترک بین او و اجنبی ثابت باشد که در فرض اخیر نیز حتی پس از تسلیم، تلف از مال بایع می‌باشد.

صورت اخیر بر مبنای قاعده «التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له» می‌باشد همین قاعده در ماده ۴۵۳ ق. م آمده است که برخلاف اصول مسلم حقوقی است. زیرا با توجه به قانون مدنی و قول مشهور فقهای امامیه در عقود که مشتمل بر خیار است تملک به مجرد عقد حاصل می‌شود نه به انقضای خیار، ولی با وجود انتقال مالکیت به مشتری در بیع خیار در صورتی که مبیع بر اثر یک حادثه خارجی در زمان خیار مختص مشتری از بین برود، این تلف نیز متوجه بایع است. هر چند که طبیعتاً با توجه

۱ حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و قراردادها، ص ۲۹۶، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱ و محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۱۹۶.

۱. برای دیدن نظر موافق با جاری بودن قاعده در خصوص سایر عقود معاوضی ر. ک: به دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۸۹، ش ۱۳۸ و محقق داماد، همان کتاب، صص ۱۹۷ و ۱۹۸ و برای دیدن نظر مخالف ر. ک: دکتر شهیدی، سقوط تعهدات، ص ۱۹۸، ش ۱۵۸ و دکتر شهیدی، جزوه درس حقوق مدنی (۶)، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۵.

به نقل مالکیت، تلف باید از جیب مشتری باشد نه بایع، مع ذلک قاعده مزبور بر خلاف این اصول مقرر شده است.

### ج) مبیع بدون تقصیر (تعدی و تفریط) بایع تلف شود

آنچه از ظاهر عبارت ماده ۳۸۷ ق.م «... بدون تقصیر واهمال از طرف بایع تلف شود...» و فتاوی فقها استفاده می‌شود، آن است که حکم تلف مبیع در موردی جاری می‌شود که تلف مستند به حادثه سماوی و خارجی باشد.

### د) بایع جهت تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم رجوع نکرده باشد

با توجه به قسمت اخیر ماده ۳۸۷ ق.م هرگاه بایع برای تسلیم مبیع به مشتری و یا در اثر خودداری وی به ولی او یعنی حاکم مراجعه نمود (الحاکم ولی الممتنع) تلف از مال مشتری خواهد بود. زیرا در اثر مراجعه، ضمان معاوضی از فروشنده به خریدار منتقل می‌گردد و دیگر مسؤولیتی از بابت اتلاف قهری مبیع متوجه بایع نخواهد بود. چون بایع پس از مراجعه امین محسوب می‌گردد و فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن می‌باشد.

### هفت - معنای تلف در ماده ۳۸۷ ق.م

منظور از تلف در این ماده از بین رفتن شیء است به گونه‌ای که از مالیت خارج شود یا شیء به گونه‌ای دگرگون شود که عرف بگوید این شیء تلف شده است. مثلاً بعد از عقد بایع قدرت بر تسلیم آن را به واسطه سرقت یا غرق شدن برای همیشه از دست بدهد.

### هشت - اتلاف مبیع

اکنون که مشخص گردید برای جریان و برقراری قاعده کل مبیع، باید مبیع به علت حوادث قهری تلف گردد، بجاست در مورد اتلاف مبیع پیش از قبض نیز تعریضی وجود داشته باشد.

نظر به این که اتلاف مبیع ممکن است به وسیله بایع یا مشتری یا شخص ثالث صورت پذیرد، به این لحاظ سه حالت مزبور به تفکیک شایسته بررسی و مذاقه

می باشد.

باید یادآور شد که ائتلاف در این جا به معنای اعم خود که شامل تسبیب نیز می گردد به کار رفته است.

### الف) ائتلاف توسط بایع

هرگاه مبیع توسط بایع تلف شود، در باره اثر این تلف بین فقها و نویسندگان حقوق اختلاف وجود دارد.

عده‌ای از فقها<sup>۱</sup> معتقدند: ائتلاف بایع در حکم تلف و سبب انفساخ معامله است. در توجیه آن دو نظر ذکر گردیده: اول، به اطلاق و عموم «تلف» مندرج در قاعده، تمسک شده؛ مبنی بر این که میان تلف به وسیله آفات سماوی و یا توسط حیوان و یا انسان تفاوتی وجود ندارد.<sup>۲</sup> و دیگر آن که به صرف تلف، مبیع به ملک بایع بر می گردد، پس ملک خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است، پس صرفاً قاعده کل مبیع جاری می شود.<sup>۳</sup> یعنی عقد منفسخ می گردد.

از مفهوم مخالف ماده ۳۸۷ ق. م که بیان داشته: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود...» چنین برمی آید که هرگاه بایع مبیع را تلف کند، بیع منفسخ نمی شود. وانگهی با مراجعه به عرف و عادت عقلا و سیره مسلمانان چنین می یابیم که آنان در مورد ائتلاف عمدی کالا توسط فروشنده وی را ضامن به پرداخت مثل یا قیمت می دانند نه آن که عقد را منفسخ ببینند و اگر این طور نمی بود راه سوء استفاده و کلاهبرداری مفتوح می گشت. زیرا سوداگران هرگاه پس از انجام معامله با عدم صرفه و صلاح خویش مواجه می شوند، مبادرت به مصرف کالا نموده و از این حیث خود را از زیان مصون می داشتند، در حالی که عرف چنین چیزی را

۱. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۱۷، ظاهر محقق حلی، شرایع، ج ۲، ص ۲۹. علامه حلی، تحریر الاحکام، ص ۱۷ و بسیاری از فقهای امامیه و عامه. به نقل از دکتر عبدالله کیانی، التزامات بایع و مشتری، ص ۲۸۷، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۶.  
 ۲. مرتضی شیخ انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۸۱، نقل از محقق داماد، قواعد فقه، ص ۱۹۹.  
 ۳. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ص ۳۰۰.

نمی‌پذیرد.<sup>۱</sup>

عده‌ای از فقها با رد انفساخ عقد در اثر ائتلاف بایع در این که در این فرض خریدار حق دارد به عنوان «خیار تعذر تسلیم» بیع را فسخ کند یا فقط حق مطالبه پول مال تالف را دارد، اختلاف دارند.

بعضی معتقدند<sup>۲</sup> در این حالت مشتری مخیر است بین مطالبه مثل یا قیمت مبیع و بین فسخ معامله و استرداد ثمن به دلیل خیار تعذر تسلیم، ولی بعضی دیگر<sup>۳</sup> اعتقاد دارند اختیار فسخ با قاعده لزوم قراردادها منافات دارد. ضرر خریدار به وسیله رجوع او به مثل یا قیمت مبیع جبران می‌شود. پس دیگر دلیلی بر امکان فسخ عقد وجود ندارد. برخی از نویسندگان حقوق<sup>۴</sup> نیز از این نظر متابعت نموده و بر اساس قاعده ائتلاف مال غیر، بایع را ضامن مثل یا قیمت مبیع دانسته‌اند.

امام خمینی (ره) در کتاب البیع<sup>۵</sup> قایل به وجود خیار فسخ به علت تعذر تسلیم مبیع شده است.

قانون مدنی در این مورد ساکت است ولی با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان به نظر آن دسته از فقها استناد کرد که قائل به خیار شده‌اند، بخصوص آن که نظر امام خمینی (ره) که هم اکنون در موارد سکوت قانون مطاع محاکم است نیز چنین می‌باشد. علاوه بر آن، با امعان نظر به این که در همه موارد دادن بدل باعث جبران زیان خریدار نمی‌شود و در نظر گرفتن خیار برای وی بهتر می‌تواند ضرر وی را جبران

۱. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ص ۱۹۸.

۲. شهید ثانی، شرح لمعه، جزء اول، ص ۳۳۶ و همچنین علامه، تذکره، ج ۱، ص ۴۷۴، شهید ثانی، مسالک، ج ۴، ص ۴۰۴، خوبی و توحیدی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۵۴۰، نقل از دکتر کیانی، التزامات بایع و مشتری، ص ۲۸۸.

۳. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، صص ۱۲۰ و ۱۳۸، نقل از دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۹۶.

۴. دکتر سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۶۴. دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ۲۰۰، ش ۱۵۹.

۵. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۸۷.

کند می‌بینیم که این قول با قواعد حقوقی که هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند سازگارتر می‌باشد.

### ب) اتلاف توسط خریدار

مشهور فقهای امامیه براین عقیده‌اند که در صورتی که تلف از ناحیه مشتری باشد، نفس اتلاف به منزله قبض بوده<sup>۱</sup> و هیچ ضمانتی برعهده بائع نیست. بنابراین، اتلاف مبیع قبل از قبض به وسیله مشتری خللی به صحت عقد و نفوذ آن وارد نمی‌سازد، و به همین جهت چنانچه مشتری ثمن را به بائع نپرداخته باشد باید آن را به او بپردازد. در تأیید همین نظر، ماده ۳۸۹ ق. م مقرر می‌دارد: «اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بائع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند».

حکم فوق درجایی است که خریدار، عالماً و عامداً مبادرت به اتلاف کالای خریداری شده نموده باشد. اما در موردی که از روی جهل عمل اتلاف از خریدار سر می‌زند، باید در این مورد قائل به تفکیک شد که آیا این جهل ناشی از فریب دادن وی توسط فروشنده است یا بدون وجود عنصر فریب خریدار جاهل است. علامه حلی در تذکره می‌گوید: هرگاه خریدار عالم نباشد، مانند این که بائع طعام، مبیع را پیش روی مشتری نهد و چنان که مرسوم است تعارف کند و آن را بخورد، آیا او قابض است یا خیر؟ اقرب این است که او قابض نیست و این به منزله اتلاف بائع است<sup>۲</sup>. خواهیم دید بیان علامه به طور مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته است. اما در جایی که مشتری در اتلاف مغرور شده باشد، یعنی از جانب فروشنده فریب خورده باشد، مانند این که وی را مشتبه کرده باشد به این که مالی که آن تلف می‌کند، به او هبه شده است یا بر او مباح است، ادعای این که در این حالت خریدار مبیع را قبض

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، جزء اول، ص ۳۳۶. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۸۶.  
 ۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۶۲، منشور المکتبه مرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بدون تاریخ.

نموده، منطقی به نظر نمی‌رسد. در نظر بگیریم موردی را که بایع، متاع خوردنی را پس از فروش به مشتری به عنوان پذیرایی از او در مقابل او بگذارد و وانمود شود از اموال مغازه است و مشتری آن را تناول کند، در چنین موردی ضمان برعهده بایع است. زیرا در فرض ما فروشنده با داشتن قصد فریب سببی است اقوی از مباشر (ماده ۳۳۲ ق.م). ولی اگر عنصر فریبی در کار نباشد، مانند موردی که هر دو جاهل به حقیقت باشند، تحمیل تلف بر عهده بایع تحمیلی اضافه بروی می‌باشد که با منطبق حقوق سازگار نیست، بخصوص آن که قبض مبیع عمل حقوقی مستقل نیست و نیازی نیست که با اراده خریدار صورت پذیرد.

### ج) اتلاف توسط اشخاص ثالث

هرگاه اتلاف مبیع توسط شخص ثالث غیرمعین صورت گرفته باشد مانند این که مال به سرقت رفته باشد، تردیدی وجود ندارد که این عمل در حکم حادثه خارجی است و موجب انفساخ عقد است، بخصوص آن که روایت عقبه بن خالد نیز ناظر به اتلاف توسط اجنبی و سرقت رفتن مبیع ماقبل قبض می‌باشد، اما در مورد تلف مبیع قبل از قبض توسط شخص ثالث معین بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

عده‌ای از فقها معتقدند<sup>۱</sup> در این مورد، همانند موردی که مبیع به آفت سماوی تلف می‌گردد عقد بیع منفسخ می‌شود. برخی برآنند که در این مورد، مشتری مخیر است بین فسخ و استرجاع ثمن از بایع و بین این که معامله را باقی گذاشته و مثل یا قیمت مبیع را از متلف مطالبه کند<sup>۲</sup>. قول سوم آن است که مشتری صرفاً می‌تواند برای اخذ بدل به ثالث رجوع کند<sup>۳</sup>، از باب قاعده اتلاف مال غیر.

ظاهر آن است با توجه به اطلاق روایت عقبه بن خالد که مستند روایی قاعده تلف مبیع قبل از قبض است، بتوان گفت تلف توسط شخص ثالث موجب انفساخ عقد

۱. محقق کرکی در جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۰۳، صاحب جواهر، ج ۲۳، ص ۱۵۷. نقل از دکتر کیائی، التزامات بایع و مشتری، ص ۲۹۰.

۲. شهید ثانی، روضة البهیة (شرح لمعه)، جزء اول، ص ۳۳۶.

۳. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۲۰۱.



می‌گردد، زیرا در آن روایت اتلاف توسط شخص اجنبی مورد سوال از امام (ع) است. راوی در آن حدیث پرسیده است مال قبل از قبض به سرقت رفته از مال چه کسی است؟ حضرت امام (ع) در پاسخ فرموده است: از مال صاحب متاع.<sup>۱</sup>

همچنین به جهت تلف مبیع و تعذر تسلیم می‌توان گفت که مشتری مخیر است بین رجوع به اجنبی برای اخذ بدل چون مال وی را تلف کرده است، و هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است، و بین فسخ و رجوع به بایع برای استرداد ثمن از این جهت که در اثر تلف مبیع، تسلیم آن متعذر گشته است. فلذا برای مشتری خیار تعذر تسلیم به وجود می‌آید.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد با توجه به اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م) که انفساخ و فسخ بر خلاف این اصل می‌باشد و این که ضرر مشتری با رجوع به ثالث متلف جبران می‌شود، در جهت حفظ استحکام عقد، گزینش قول مراجع مشتری به شخص ثالث تلف کننده، برای اخذ بدل بیشتر با قواعد حقوقی سازگار می‌باشد.

### نُه - آثار تلف مبیع قبل از قبض

با حصول تلف مبیع قبل از قبض اثراتی به شرح ذیل بر آن مترتب می‌گردد:

- الف -** پس از وقوع تلف، بیع منفسخ می‌شود و نتیجه آن، این است که بایع باید ثمن را به مشتری مسترد کند و اگر مشتری ثمن را نپرداخته نیازی به پرداخت ندارد.
- ب -** نمائات و منافع منفصله از زمان عقد تا هنگام تلف متعلق مشتری می‌باشد، زیرا به مجرد عقد وی مالک مبیع است و منافع نیز به تبع عین از آن مالک می‌باشد. بنابراین، اگر کسی تعدادی میش از فردی بخرد و تا قبل از قبض، آن گوسفندان تعدادی بره بزیاند و به طریقی فقط گوسفندان تلف شوند و بره‌ها سالم بمانند، بایع مکلف است علاوه بر پس دادن ثمن - در صورتی که ثمن از جانب خریدار پرداخت

۱. برای دیدن نظر موافق با این قول رجوع کنید: محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۲۰۲.

۲. برای دیدن نظر موافق با قول مزبور ر. ک: دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۹۸، ش ۱۴۵.

شده باشد - بره‌ها را نیز به خریدار بدهد، زیرا آنها در ملک خریدار ایجاد گردیده‌اند.

### ده - نقص و عیب مبیع قبل از قبض

در باره قاعده تلف مبیع گفته شد که تلف کل مبیع قبل از قبض سبب انفساخ بیع و استرداد ثمن به مشتری می‌گردد، ولی اگر بعضی از مبیع پیش از تسلیم ناقص شود یا معیوب گردد، آیا این قاعده جاری خواهد بود؟ یا برای جبران خسارت مشتری طریق دیگر وجود دارد؟

در موضوع ما نحن فیه ماده ۳۸۸ ق. م به مشتری حق داده که معامله را فسخ کند. البته در این جا دو فرض قابل تصور است:

**الف) موردی که مبیع تجزیه پذیر باشد.** یعنی در مقابل جزء تالف بخشی از ثمن قرار گیرد که در این صورت عقد واحد، به اعتبار اجزای مبیع به دو عقد منحل می‌گردد:

۱ - عقدی که ناظر به بخش تلف شده است، بر طبق قاعده کلی منفسخ می‌گردد و آن بخش از ثمن که در مقابل بخش تالیف قرار می‌گیرد، به خریدار مسترد می‌شود.

۲ - عقد ناظر به بعضی موجود، صحیح، ولی برای خریدار خیار تبعض صفقه به وجود می‌آید که به موجب آن، حق خواهد داشت بیع را فسخ و تمام ثمن را مسترد نماید، و می‌تواند ثمن را تقسیط نموده، نسبت به جزء تالف، ثمن را چنانچه تادیه نموده مسترد دارد و اگر تادیه نکرده باشد تنها به نسبت موجود به بایع بپردازد.

**ب) موردی که مبیع قابل تجزیه نباشد.** یعنی در مقابل جزء تالف قسطی از ثمن قرار نگیرد، در این حالت مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند و ثمن را چنانچه پرداخته است، مسترد کند.

### یازده - بررسی وجود یا عدم وجود تعارض بین دو ماده ۳۸۸ و ۴۲۵ ق. م

ماده ۳۸۸ ق. م می‌گوید: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید»؛ ماده ۴۲۵ ق. م نیز مقرر داشته که: «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است».

در مورد عیبی که در زمان عقد در مبیع وجود داشته باشد، قانونگذار در ماده

۴۲۲ق. م به خریدار حق داده است که معامله را فسخ کند یا مبیع را با همان عیوب بپذیرد و تفاوت قیمت صحیح و معیب که اصطلاحاً «ارش» نامیده می شود را بگیرد. با نگاه اول به دو ماده ۳۸۸ و ۴۲۵ق. م این طور به نظر می رسد که از نظر قانون مدنی بین نقص مبیع قبل از قبض و عیب مبیع قبل از قبض تفاوت وجود دارد. بین فقها در امکان امضاء بیع و گرفتن ارش راجع به نقص مبیع قبل از قبض اختلاف است.<sup>۱</sup> و قانون مدنی در ماده ۳۸۸ در این حالت، در خصوص خیار مشتری تصریح دارد، ولی در این که مشتری می تواند در صورت امضا درخواست ارش نماید، چیزی بیان نکرده است.

بنابر قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» باید به دنبال راه جمع و رفع تعارض گشت.

نقص، در لغت به معنای «کم شدن، کاستن، عیب داشتن و عیب آورده» شده<sup>۲</sup> و در اصطلاح حقوقی به معنای «از بین بردن صفت کمال یک مال<sup>۳</sup> و تلف جزء<sup>۴</sup>» آمده است.

عیب، در لغت به معنای «بدی، نقص و نقصان است»<sup>۵</sup> و در اصطلاح عبارتست از «زیاده و نقیصه ای که در مال باشد به طوری که مصادیق آن مال آن نقیصه یا زیاده را دارا نباشند.»<sup>۶</sup> و «تغییر وضعیت در تمام یا قسمتی از مبیع»<sup>۷</sup>.

از نظر لغوی، هر دو اصطلاح در معنای یکدیگر به کار رفته اند و از لحاظ حقوقی نیز

۱. علامه می گوید در ارش نظر است، صاحب ایضاح الفوائد می گوید که در این مورد، ضمان ارش اظهر است، صاحب مکاسب بیان می کند که ظاهر شرایع، عدم ارش است، علامه در تذکره ضمن نقل دو نظر مزبور از فقهای امامیه اضافه می نماید، اقوی این است که می تواند، در صورت امضای عقد، ارش بخواهد. نقل از دکتر کیائی، عبدالله، التزامات باع و مشتری، پاورقی ص ۲۹۹.

۲. فرهنگ فارسی معین.

۳. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۲۰، اصطلاح ۵۷۸۸.

۴. دکتر مهدی شهیدی، جزوه حقوق مدنی (۶)، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۴.

۵. فرهنگ فارسی معین.

۶. دکتر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۲، اصطلاح ۳۸۵۶.

۷. دکتر شهیدی، جزوه حقوق مدنی (۶)، ص ۲۴.

به نظر، نویسندگان در جدا کردن معنای این دو اصطلاح خود را به تکلف انداخته‌اند. زیرا زایل شدن صفت کمال و تلف جزء در عرف، عیب محسوب می‌شود و معنای ارایه شده برای عیب، شامل نقص نیز می‌گردد. بخصوص آن که ماده ۴۲۶ ق.م مقرر کرده: «تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می‌شود و بنا بر این ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف شود». با ملاک از این ماده، در مورد نقص نیز معیار عرف باید مطمح نظر قرار گیرد، بنابر این ارایه تعریف مشخص از این دو اصطلاح خالی از مسامحه نیست.

به نظر می‌رسد بین عیب و نقص، عموم و خصوص من وجه وجود داشته باشد. بنابر این، تشخیص این که در مبیع عیب یا نقص وجود دارد، کار ساده‌ای نیست و این دو مفهوم را نمی‌توان به طور کامل از یکدیگر جدا نمود.

با توجه به اختلاف نظر فقها در اخذ ارش در مورد نقص مبیع قبل از قبض و تفصیل بیان شده در فوق، به نظر ماده ۳۸۸ نیز در مقام بیان این امر بوده که در صورت وقوع نقص در مبیع قبل از قبض حکم به انفساخ نمی‌شود و خریدار حق فسخ خواهد داشت. یعنی نفوذ عقد را منوط به اراده مشتری نموده و این امر مبیعتی با اخذ ارش ندارد. قطع نظر از این، اصل لزوم قراردادهای، بقای قرارداد را بر زوال آن ترجیح می‌دهد و اخذ ارش نیز باعث استحکام قرارداد می‌شود.

### دوازده - تلف منافع و نمائات قبل از قبض

در آثار تلف مبیع قبل از قبض گفتیم که منافع و نمائات منفصله از زمان عقد تا موقع تلف متعلق به خریدار می‌باشد. زیرا این منافع در ملک وی ایجاد شده است. در این مدت منافع حاصله در ید بایع امانت می‌باشد و چنانچه بدون تعدی و تفریط از جانب بایع، تلف شود، ضمانی بر عهده وی نخواهد بود.