

تحلیل ماهیت ضمان معاوضی در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق فرانسه

عرفان رهائی^۱

* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۷ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۷

چکیده

با تسلیم مبیع به خریدار، ضمان معاوضی یا ریسک ناشی از تلف یا خسارت وارد بر آن، از عهده فروشنده، به عهده خریدار انتقال می‌یابد ولی قبل از تسلیم، با وجود انتقال مالکیت، این ضمان، بر عهده فروشنده باقی است. التزام فروشنده به تسلیم مبیع جز مفاد عقد بوده و با از بین رفتن آن زمینه اجرای تعهد فروشنده از بین می‌رود و بقای تعهد خریدار برای پرداخت ثمن برخلاف خواست مشترک آن‌ها است چرا که انتقال مالکیت به تنهایی انتظار او را برآورده نمی‌سازد و با روح قرارداد مغایر است. شرایط ضمان معاوضی ۱- موضوع عقد بیع باید عین معین باشد ۲- تلف باید قبل از تسلیم باشد ۳- تلف باید در اثر حادثه خارجی باشد. در توجیه این قاعده که مشهور به «تلف مبیع قبل از قبض» می‌باشد، نظریه‌های گوناگونی مطرح شده است که از لحاظ عملی، آثار متفاوتی را در پی دارد. این مقاله با ارزیابی این نظریه‌ها، در صدد یافتن مبنای حقوقی متناسب با ماهیت قاعده مذکور است.

واژگان کلیدی: ضمان معاوضی، تلف، قبض، تسلیم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میمه. (نویسنده مسئول)
erfanrahaee1@gmail.com



مقدمه

بطور مسلم، در تمام سیستم‌های حقوقی، تلف یا هرگونه خسارت وارد بر مال بر عهده فروشنده خواهد بود؛ زیرا پس از تسلیم مبیع به خریدار، مفاد عقد بیع، به نحو کامل به اجراء درآمده و حوادث بعدی، به فروشنده مربوط نیست. و در نتیجه؛ خریدار باید ثمن را در صورتی که نپرداخته است، بپردازد. با این وجود، در مواردی که خریدار، بطور اختصاصی، حق فسخ عقد بیع را دارا باشد؛ مانند آنکه در عقد بیع، خیار شرط یا حیوان یا مجلس، تنها به نفع خریدار وجود داشته باشد.^۱ و یا آنکه طرفین، در ضمن عقد، توافق نمایند که در مواردی، با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف، همچنان بر عهده فروشنده باشد، در اینصورت؛ با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی‌شود و تلف، برعهده فروشنده باقی است و با تلف مبیع، در صورتیکه خریدار ثمن را پرداخته باشد، قابل استرداد است.^۲ اما در صورتیکه پس از انعقاد عقد، مبیع تسلیم خریدار نشود و قبل از تسلیم تلف گردد، درباره انتقال ضمان معاوضی به خریدار و یا عدم انتقال آن و باقی ماندن ضمان بر عهده فروشنده، در سیستم‌های مختلف حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد. و در خصوص بقای ضمان معاوضی فروشنده یا انتقال آن به خریدار و توجیه هر یک از این دو، نظریات مختلفی مطرح شده که قبل از تحلیل حقوقی ماهیت ضمان معاوضی، اشاره به آنها ضروری می‌نماید. بر این اساس، پس از طرح نظریه‌های گوناگون پیرامون انتقال ضمان معاوضی، ماهیت حقوقی ضمان معاوضی فروشنده، قبل از تسلیم و مبنای و شرایط تحقق آن و سرانجام اثر انفساخ عقد بیع، به ترتیب زیر، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- انتقال ضمان معاوضی

درباره انتقال ضمان معاوضی، قبل از تسلیم مبیع، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که مهمترین آنها به قرار زیر است:

۱-۱- دیدگاه اول

با انعقاد عقد بیع، مالکیت مبیع، به خریدار منتقل می‌شود و همراه با انتقال مالکیت، ضمان معاوضی نیز به او منتقل می‌گردد. بنابراین؛ در صورت تلف یا خسارت مبیع، تنها خریدار، به عنوان

^۱ ماده ۴۵۳ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و 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.»

^۲ انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ص ۳۱۳؛ بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۶۵



مالک، باید تحمل خسارت مال خویش را بنماید ولو اینکه قبل از تلف، به او تسلیم شده باشد. به عبارت دیگر؛ تسلیم، نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد و به محض انعقاد عقد، مالکیت و ضمان معاوضی، به خریدار انتقال می‌یابد. مگر آنکه طرفین عقد بیع، بگونه دیگری توافق نموده باشند. این نظریه، در حقوق انگلیس و آمریکا و فرانسه پذیرفته شده است.^۱ طبق این نظر، همین که مبیع، به خریدار منتقل شد، همانطور که او مالک عین و منافع آن می‌شود و حق هرگونه تصرف مادی یا حقوقی دارد، در صورتی که قبل از تسلیم، تلف شود، خسارت آن را نیز باید به دوش کشد و مسئولیت او در برابر فروشنده، نسبت به پرداخت ثمن باقی است و در صورتیکه نپرداخته است، باید بپردازد.

۱-۲- دیدگاه دوم

هرچند به صرف انعقاد عقد بیع، مالکیت منتقل نمی‌شود ولی با این وجود؛ ضمان معاوضی یا مسئولیت تلف مبیع قبل از تسلیم، بر خریدار تحمیل می‌شود؛ زیرا بموجب عقد، فروشنده باید مبیع را تسلیم خریدار بنماید و خریداری که از سود احتمالی آن بهره‌مند می‌شود باید زیانهای ناشی از تلف را نیز تحمل نماید. بر این اساس؛ گرچه تا تسلیم صورت نگیرد، مالکیت خریدار، بطور قطعی محقق نمی‌شود ولی چون در صورت تسلیم، از منافع آن بهره‌مند می‌گردد، تلف پیش از تسلیم نیز بر عهده او قرار می‌گیرد و باید ثمن معامله را به فروشنده بپردازد. این نظریه، ریشه در حقوق رومی داشته و در بند ۱ ماده ۱۸۵ قانون مدنی سوئیس نیز پذیرفته شده است. در فقه عامه، بخصوص فقه مالکی و حنبلی نیز همین نظریه مورد توجه قرار دارد.^۲ این فقهاء، با استناد به قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» یا «الخراج بالضمن» گفته‌اند که هرکس از سود چیزی برخوردار شود، باید تحمل خسارت نیز بنماید. در عقد بیع نیز چون خریدار از منافع احتمالی مورد معامله برخوردار می‌گردد باید تحمل خسارت ناشی از تلف و یا نقص آن را نیز بنماید.

^۱ در حقوق انگلیس G. H. Treitel, op. cit., p. 783; Chitty, contracts V.2, N.4209.

در حقوق فرانسه به ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی و در حقوق آمریکا به قانون تجارت متحد آمریکا مراجعه شود.

^۲ Planiol et ripert Traite pratique de Droit civil francais, 2 T., par paul Esmein, N. 414.

علامه حلی، ذکرة الفقهاء، چاپ قدیم، ج ۱، احکام قبض؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱، احکام قبض به نقل از احمد بن حنبل و پیروان مالک ابن انس.



۱-۳- دیدگاه سوم

انعقاد عقد، به تنهایی، موجب انتقال مال نمی‌شود و انتقال، منوط به تسلیم آن است و تا تسلیم صورت نگیرد، انتقال مال و ضمان معاوضی، به خریدار صورت نمی‌گیرد. به عبارت دیگر؛ پیش از تسلیم، مبیع، در ملکیت فروشنده است و با تسلیم انتقال می‌یابد و به تبع آن، ضمان معاوضی نیز از عهده او به عهده خریدار منتقل می‌گردد. بموجب این نظریه که در حقوق پاره‌ای کشورهای نظیر آلمان، اتریش و لهستان پذیرفته شده و در فقه امامیه نیز از سوی برخی فقهاء احتمال آن داده شده است، هرگاه مبیع، قبل از تسلیم به خریدار، در اثر حوادث قهری تلف شود، در ملکیت فروشنده تلف شده و خریدار، مسئولیتی در برابر او برای پرداخت ثمن ندارد. زیرا مبیع، با وجود انعقاد عقد، همچنان، در ملکیت فروشنده باقی مانده و در اثر عدم تسلیم، به خریدار منتقل نشده است.^۱

۱-۴- دیدگاه چهارم

با تشکیل عقد بیع، انتقال ملکیت یا تملیک صورت می‌گیرد و مبیع، به خریدار و ثمن، به فروشنده تعلق می‌یابد ولی با این وجود؛ قبل از تسلیم مبیع به خریدار، ضمان معاوضی یا خطر ناشی از تلف مبیع بر عهده فروشنده باقی است، و خریدار در صورتیکه ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را دارد و در غیر اینصورت، تکلیفی در پرداخت ندارد.

این نظریه، در فقه امامیه و به تبع آن، در قانون مدنی ایران و نیز در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین پذیرفته شده و حتی گروهی از نویسندگان فرانسوی نیز برخلاف ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی این کشور، این نظریه را ترجیح داده‌اند.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۷ مقرر داشته 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 اینکه بایع، برای تسلیم، به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در اینصورت، تلف، از مال مشتری خواهد بود.»

^۱ قانون مدنی آلمان، ماده ۴۲۹ و ۴۲۶؛ قانون مدنی اتریش، ماده ۱۰۲۱ و ۱۰۵۱؛ قانون مدنی لهستان، ماده ۵۴۸، به نقل از دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۲۰۴ و نیز شیخ طوسی، المبسوط، به نقل از: میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۶۳؛ محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۲۹۱.



مفاد این ماده، در بسیاری از کتب فقهی، به استناد قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ادله دیگر آمده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصریح شده است که ضمان معاوضی، قبل از تسلیم، بر عهده فروشنده بوده و هنگامی به خریدار منتقل می‌شود که کالا را قبض نماید. و در صورتیکه فروش، متضمن حمل کالا نیز باشد و فروشنده، ملزم به تسلیم آن، در محل معینی نباشد، این ضمان وقتی به خریدار انتقال می‌یابد که مطابق قرارداد، به اولین متصدی حمل، جهت ارسال به خریدار تحویل شود. و در صورتیکه فروشنده ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل، در محل معین باشد، زمانی که کالا در همان محل معین، به متصدی حمل تسلیم شود، ضمان معاوضی، به خریدار انتقال می‌یابد. بنابراین؛ جز در موردی که طرفین برخلاف این قاعده توافق نمایند، ضمان معاوضی یا ریسک ناشی از تلف مبیع قبل از تسلیم، بر خریدار تحمیل می‌شود.^۱ موافقت‌نامه بین‌المللی راجع به خرید و فروش اشیاء منقول مصوب ۱۹۶۴ نیز اگر چه در ماده ۸ تملیکی یا عهدی بودن عقد بیع را تابع قوانین داخلی کشورها اعلام نموده است ولی در ماده ۹۷ تصریح نموده که در هر حال؛ ضمان معاوضی، از تاریخ تسلیم مبیع، به خریدار منتقل می‌گردد و قبل از آن، بر عهده فروشنده است.

۱-۵- نظریه اصح حقوق و مطالعات نوین

نظریه اخیر (که در فقه امامیه مورد اتفاق نظر است^۲ و ماده ۳۸۷ قانون مدنی در خصوص عقد بیع آنرا بطور صریح پذیرفته و در عقود معاوضی دیگر مانند اجاره، جعاله، مزارعه و قرض نیز بدون ذکر نام ضمان مورد قبول واقع شده است)^۳ از لحاظ منطق حقوقی و عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین و بنای عقلاء که مورد تأیید روایات نیز واقع شده، بر سه نظریه پیشین ترجیح دارد زیرا: اولاً؛ صرف انتقال مالکیت، بدون آنکه خریدار به مبیع دست یابد، موجب ضمان معاوضی نمی‌شود؛ زیرا در عقود معاوضی، انتقال مال یا قبول تعهد، تعهد به تسلیم و اجرای تعهد را نیز در پی دارد و با

^۱ The vienna convention, Art 66-۶۹. و در کتب فقهی به شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۳ به بعد؛ امام خمینی، کتاب بیع، ج ۵، ص ۳۸۰؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۶۰۰ و دیگر کتب مربوطه مراجعه شود.

^۲ منابع فقهی از جمله: محقق حلی، شرایع الاسلام، چاپ دارالهدی، قم، ص ۲۷۸؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۸۳ به بعد؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۳؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۶۰۰ به بعد؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۶۳ به بعد؛ میر عبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۵۴.

^۳ مواد ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۶۷، ۵۲۷، ۶۴۹ قانون مدنی.



این انگیزه، عقد تشکیل می‌شود و تا زمانی که موضوع عقد، تسلیم به خریدار نگردد، تحمیل ضمان معاوضی یا خسارت ناشی از تلف، با عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین، سازگار نیست. به عبارت دیگر؛ التزام فروشنده به تسلیم مبیع، جزء مفاد عقد بوده و با از بین رفتن آن، زمینه اجرای تعهد فروشنده از بین می‌رود و بقای تعهد خریدار برای پرداخت ثمن، برخلاف خواست مشترک آنهاست چرا که انتقال مالکیت، به تنهایی، انتظار او را برآورده نمی‌سازد و با روح قرارداد مغایر است. از سوی دیگر؛ استدلالی که برخی فقهاء امامیه و رومیان، در تایید نظریه دوم داشتند، برخلاف ادعای ایشان، نوعی بی‌عدالتی معاوضی است؛ زیرا اگر به فرض، خریدار، از افزایش قیمت مبیع و یا منافع احتمالی آن بهره‌مند می‌شود، زیانهای ناشی از کاهش قیمت نیز بر او تحمیل می‌گردد و نمی‌توان به این استناد، مسئولیت تلف قبل از تسلیم را نیز بر دوش او گذاشت. ثانیاً؛ عقد بیع، در حقوق امامیه و نظام حقوقی ایران و کامن لا و فرانسه، طبق ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی این کشور، تملیکی است و بر این اساس، به محض تشکیل عقد، مورد معامله، به طرف مقابل منتقل می‌شود، گرچه تسلیم آن، با تأخیر صورت گیرد. بدین جهت، نظریه سوم که انتقال مالکیت و در نتیجه انتقال ضمان معاوضی را منوط به تسلیم دانسته، در اکثر سیستم‌های حقوقی و بخصوص در حقوق ایران قابل پذیرش نبوده و با مقتضای عقد بیع که اثر مستقیم آن، تملیکی بودن است، مغایرت دارد. بنابراین؛ نظریه چهارم که عقد بیع را تملیکی ولی انتقال ضمان معاوضی را منوط به تسلیم می‌داند، از منطقی قوی برخوردار است و قانون مدنی ایران، از آن تبعیت نموده است. و لیکن در عین حال؛ باقی ماندن ضمان معاوضی بر عهده فروشنده، نیاز به تحلیل جداگانه‌ای دارد که به بررسی آن می‌پردازیم.

۲- ماهیت حقوقی ضمان معاوضی فروشنده

همانطور که گفته شد، در بسیاری نظام‌های حقوقی و بخصوص در نظام حقوقی ایران، عقد بیع، از عقود تملیکی به حساب می‌آید و در ماده ۳۳۸ قانون مدنی و دیگر مواد، به تبع فقه امامیه، بر این امر تصریح شده است. پس با تشکیل عقد بیع، مبیع و ثمن، از مالکیت فروشنده و خریدار، خارج و به طرف مقابل انتقال می‌یابد. اگر چه تسلیم آن دو با تأخیر صورت گیرد. حتی وجود خیار شرط یا تعیین مدت در تسلیم مورد معامله، مانع از این امر نیست. لازمه انتقال مالکیت آن است که هر مالکی در مال خود، بطور آزادانه، هرگونه تصرف مادی یا حقوقی داشته باشد و از منافع آن بهره‌مند گردد و خسارات وارد بر مال خویش را بر دوش کشد. طبق این قاعده، هرگاه پس از عقد بیع، مالی که هنوز تسلیم به خریدار نشده است، در اثر حوادث طبیعی و بدون تقصیر یا اهمال بایع تلف شود، خسارت، بر خریدار وارد شده و او باید ثمن آن را به فروشنده بپردازد. با این وجود؛ در فقه امامیه و



به تبع آن، قانون مدنی ایران و برخی سیستم‌های حقوقی دیگر، مسئولیت تلف را بر عهده فروشنده دانسته و او را ملزم به بازگرداندن ثمن به مشتری، در صورتی که پرداخته باشد، می‌دانند. این امر، در ظاهر، با تملیکی بودن عقد بیع سازگار نیست؛ زیرا که لازمه تملیک، انتقال ضمان معاوضی به مالک و عدم مسئولیت فروشنده است. پس چگونه می‌توان تملیکی بودن عقد بیع را با ضمان معاوضی فروشنده، قابل جمع دانست؟ برای پاسخ دادن به این سؤال و یافتن مبنای حقوقی مناسب برای ضمان معاوضی فروشنده، تلاش‌های فکری زیادی به عمل آمده و حاصل آن، ارائه نظریات گوناگونی است که به برخی از مهمترین آنها می‌پردازیم.^۱

۲-۱- دیدگاه اول

در توجیه ضمان فروشنده، قبل از تسلیم، برخی گفته‌اند که با انتقال مبیع، ضمان معاوضی نیز به خریدار منتقل می‌شود و در صورتیکه مبیع تسلیم به او نشود، فروشنده بدون اذن قانونی یا قراردادی و یا داشتن سمت و نمایندگی از سوی خریدار، آن را در اختیار داشته و این امر، تصرف در مال غیر، بدون مجوز بوده و در حکم غصب می‌باشد. در نتیجه اگر مال بدون تقصیر هم در اثر حادثه طبیعی تلف شود، به مقتضای قاعده ضمان ید و تصرف غیرقانونی مال غیر، در برابر خریدار مسئولیت دارد. به بیان دیگر؛ با انتقال مبیع، ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود ولی برای فروشنده‌ای که مال را در اختیار خریدار نگذاشته، ضمان قهری و مسئولیت مدنی ناشی از سلطه بر مال غیر بوجود می‌آید. روایت مربوط به تلف مبیع قبل از قبض و ماده ۳۷۸ قانون مدنی نیز فروشنده را مسئول می‌شناسد ولی به نوع مسئولیت او که ریشه قراردادی دارد یا قهری اشاره‌ای ندارد.^۲ این احتمال، به شدت، ضعیف است و مشهور فقها آن را نپذیرفته‌اند و به همین دلیل، از زمان شیخ طوسی به بعد، از این ضمان، تعبیر به ضمان معاوضی شده است و نه ضمان قهری. از جمله دلایلی که بر مردود بودن این نظریه می‌توان اقامه کرد، این است که: اولاً؛ ضمان قهری، در موردی به وجود می‌آید که شخص، مرتکب خطا و تقصیر شده، از حدود اذن یا متعارف خارج شود. در حالیکه در این فرض، فروشنده، مرتکب هیچگونه خطا یا رفتار نامتعارف نشده است؛ به دلیل

^۱ سیدمحمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، ج ۲، ص ۱۷۰ و امام خمینی، کتاب بیع، ج ۵، ص ۳۸۳. برخی ضمان فروشنده را ضمان ید دانسته ولی اکثر فقهاء ضمان را معاوضی دانسته‌اند ولی با این وجود در توجیه آن احتمالات گوناگونی داده‌اند که از جمله، انفساخ عقد لحظه‌ای قبل از تلف بطور حقیقی یا در حکم انفساخ یا انفساخ از ابتدا یا بطلان یا تعدد به حکم شارع.

^۲ برای دیدن نقل و نقد این توجیه رک: امام خمینی، کتاب بیع، ص ۳۸۰، سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه، ص ۶۰۱ به بعد؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقہیہ ص ۶۳ به بعد؛ محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقہیہ، ص ۳۹۱.



آنکه عدم تسلیم مبیع، با توافق طرفین تأخیر افتاده و تأخیر بدون مجوز نبوده است بلکه بر عکس؛ چه بسا با خواست خریدار، این مال را به عنوان امین، نگهداری نموده است و روایت معروف نبوی نیز، دلالت بر ضمانت فروشنده، در مورد تلف دارد و این ضمانت پس از عقد را نمی‌توان تعبیر به ضمان قهری نمود. به بیان دیگر؛ عدم تسلیم مبیع، اعم است از آنکه با اذن مشتری یا بدون اذن او باشد و بطور مسلم، در صورت وجود اذن، تلف، بر عهده خود خریدار است مگر در صورت تعدی یا تفریط فروشنده. ثانیاً؛ ادله مورد استناد مشهور فقهاء، در مورد تلف مبیع قبل از تسلیم، اعم از روایات و بناء عقلا و اجماع، ناظر به ضمان معاوضی است؛ زیرا با تلف مبیع، عقد، منفسخ می‌شود و در نتیجه؛ خریدار، مالک چیزی نیست تا فروشنده، در برابر او ضمان قهری داشته باشد.

۲-۲- دیدگاه دوم

برخی دیگر که ضمان معاوضی فروشنده را با انتقال مالکیت‌سازگار ندیده‌اند، با استناد به روایت مشهور نبوی، مفاد آنرا نوعی تعبد و تسلیم، در برابر حکم شارع دانسته و گفته‌اند که لازمه انتقال مالکیت مبیع آن است که تلف نیز بر خریدار تحمیل شود ولی چون این روایت، مورد استناد و توجه فقهاء قرار گرفته و به سادگی از مفاد آن نمی‌توان چشم پوشید، باید به ناچار، تسلیم مفاد آن، در حدود نص بود. به بیان دیگر؛ این گروه، تحمیل ضمان معاوضی بر فروشنده را مطابق با اصول کلی قراردادها و تملیکی بودن عقد بیع ندانسته و به دلیل وجود روایت و اتفاق نظری که در میان فقهاء، در این خصوص وجود داشته، به ناچار آن را به عنوان استثنایی به اصل تملیکی بودن تلقی نموده و تنها در عقد بیع، در موردی که مبیع، قبل از تسلیم تلف شود، قابل اعمال می‌دانند؛ زیرا امر خلاف قاعده و استثنا را باید به حداقل و قدر متیقن آن اکتفاء نمود.^۱ این حکم که به تبع فقه امامیه، در ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران تجلی یافته، از نظر برخی نویسندگان حقوقی نیز امری خلاف قاعده و استثنایی محسوب شده است.^۲ این تحلیل نیز قابل قبول نیست و مشهور فقهاء هم آن را نپذیرفته‌اند زیرا؛ اولاً؛ شارع، به زبان عرف سخن می‌گوید و در معاملات، دلیلی وجود ندارد که بیان قاعده‌ای، دارای مصالح غیر قابل فهم و دور از ذهن باشد تا امری تعبدی و بدون ملاک و ضابطه

^۱ میر عبد الفتاح حسینی، العناوین، ج ۲، ص ۴۵۴ که در نقل این نظریه می‌گوید: «قاعده تلف مبیع قبل از قبض که مبتنی بر خبر مشهور (ان المبیع اذا تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه) است. در نص و اجماع فقط در عقد بیع و در مورد تلف مبیع پذیرفته شده و در مورد ثمن یا سایر عقود معاوضی پذیرفته نشده است». البته ایشان این نظریه را نپذیرفته و ضمان معاوضی را در تمام عقود معوض قابل اعمال می‌داند.

^۲ مصطفی، عدل، حقوق مدنی، ش ۴۵ به کوشش سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۷. البته ایشان با وجود این نظریه ضمان معاوضی را در مورد ثمن معین نیز قابل اعمال می‌داند.



مشخص و قابل ادراک تلقی شود. علاوه بر این، تعبدی بودن یک، حکم در معاملات، نیازمند دلیل است و تا جائیکه بتوان ملاک حکم را استنباط نمود، نمی‌توان آنرا تعبدی و بدون ضابطه مشخص اعلام نمود. ثانیاً؛ روایت مزبور و دیگر روایاتی که مؤید آن است، بیانگر یک حکم عقلائی و ترجمان داوری عرف و تحلیل قصد مشترک طرفین عقد است و بر این اساس، ملاک و ضابطه آن، امری روشن و مشخص است و جایی برای تعبد و تسلیم محض، به عنوان امری خلاف قاعده و استثنایی از قواعد حاکم بر مالکیت نیست.

۲-۳- دیدگاه سوم

مشهور حقوقدانان امامیه، ضمان معاوضی فروشنده را به این گونه تحلیل کرده‌اند که عقد بیع، لحظه‌ای قبل از تلف مبیع، به خودی خود منفسخ می‌شود و مالکیت مبیع، دوباره به فروشنده منتقل می‌شود و در این حال، تلف می‌شود. با تلف مبیع و انفساخ عقد، رابطه حقوقی بین طرفین از بین می‌رود و همانگونه که فروشنده امکان تسلیم مبیع را از دست می‌دهد، خریدار نیز تکلیفی به پرداخت ثمن نخواهد داشت. در این صورت اگر ثمن را به فروشنده پرداخته باشد، حق استرداد آن را داراست. طبق این تحلیل، ضمان معاوضی فروشنده، مطابق اصول کلی حاکم بر قراردادها و اصل تملیکی بودن عقد بیع بوده و امری هماهنگ، با قواعد عمومی معاملات است و هیچگونه استثناء و امر خلاف قاعده‌ای در آن وجود ندارد. یعنی با انفساخ عقد، هر یک از عوضین، به مالک قبل از عقد آن باز می‌گردد و در نتیجه؛ تلف مبیع در حالی رخ می‌دهد که در ملکیت فروشنده است و نمی‌توان انتظار داشت که بر خریدار سابق آن تحمیل شود.^۱ علاوه بر این، در موردی که ثمن معین، در دست خریدار، قبل از تسلیم به فروشنده تلف شود و نیز تمامی عقود معاوضی؛ مانند اجاره و قرض و جعاله و مزارعه قابل اعمال است.^۲ ولی این نظریه نیز با این که ضمان معاوضی فروشنده را مطابق قاعده توجیه و تفسیر نموده و به سایر عقود معاوضی نیز قابل تسری می‌داند، با یک اشکال اساسی روبروست که عقد را بدون دلیل و هیچگونه منطبق حقوقی، بطور خودبخود، قابل انفساخ دانسته و اصول کلی حاکم بر قراردادها؛ از جمله اصل لزوم را بدون توجیه منطقی زیر پا گذاشته است.

^۱ امام خمینی، کتاب بیع، ص ۳۸۳؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۶۴ به بعد؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، چاپ چهارم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ ه. ش، ص ۱۹۵.

^۲ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۴. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، چاپ افسست، ص ۵۷۴؛ امام خمینی، کتاب بیع، ص ۳۷۹.



به بیان دیگر؛ عقد بیع، از عقود لازم و غیر قابل فسخ است مگر آنکه با توافق طرفین آن یا پیدایش حق فسخ، برای یکی از طرفین و اعمال آن حق منحل گردد و یا آنکه با از بین رفتن موضوع آن، خودبخود، به دلیل نداشتن موضوع، منحل و یا به تعبیر حقوقی منفسخ گردد. بنابراین؛ تحت هیچ شرایط دیگری، بیعی که بین دو طرف واقع شده است، به خودی خود منحل نمی‌گردد. چگونه می‌توان چنین عقدی را بدون هیچگونه علت قانونی یا قراردادی، قبل از تلف موضوع آن، به خودی خود، قابل انفساخ و انحلال دانست. اعتقاد به انفساخ قهری عقد بیع، قبل از تلف مبیع، برخلاف اصول حاکم بر معاملات و منطق حقوقی بوده و نامعقول به نظر می‌رسد؛ زیرا قبل از تلف و از بین رفتن موضوع عقد، هیچ دلیلی بر انفساخ و از بین رفتن عقدی که به نحو صحیح تشکیل شده و مفاد آن لازم‌الاجراء است، وجود ندارد و از لحاظ وجدانی، خود صاحبان این نظریه را نیز اقناع نمی‌کند جز اینکه تلاشی فکری، برای توجیه نمودن ضمان معاوضی، با اصول کلی معاملات و تملیکی بودن بیع و روایت نبوی باشد. پس انفساخ قهری عقد بیع، قبل از تلف مبیع، با هیچ مبنای حقوقی استواری قابل توجیه نیست و باید از آن دست کشید.

۲-۴- دیدگاه چهارم

برخی نویسندگان، ضمان معاوضی یایع را امری معقول و ناشی از خواست مشترک طرفین عقد و اراده آنان دانسته و منطبق بر قواعد عمومی حاکم بر معاملات و تملیکی بودن عقد بیع می‌دانند. اینان می‌گویند پیوستگی و ارتباط دو عوض به یکدیگر که در نتیجه قصد معاوضی به وجود می‌آید، سبب تجزیه ناپذیری آنهاست. هر یک از دو عوض، حیات حقوقی و نفوذ خود را از پیوند با دیگری می‌گیرد و بدون کفه متقابل خود، توان زیستن ندارد. پس اگر یکی از آن دو تلف یا ممتنع شود، دیگری نیز خودبخود از بین می‌رود. کسی که از عوض محروم شده است، از دادن معوض معاف می‌گردد و در نتیجه؛ تلف مبیع، در اثر حادثه قهری، بر فروشنده تحمیل می‌شود. اجرای این قاعده اختصاص به عقد بیع ندارد و در تمام عقود معاوضی قابل اعمال است. چرا که تلف یکی از دو عوض متقابل، موجب از بین رفتن تعهد به تسلیم عوض مقابل، بطور قهری و خودبخود می‌شود و آنکه به هر دلیل وفای به عهد نکند، حق گرفتن عوض را ندارد.^۱

^۱ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۶۵؛ سید محمد بجنوردی، قواعد فقه، ص ۲۹۲؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ص ۶۰۱؛ میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۱، ص ۱۶۸؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۸۴؛ ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۶۷ به بعد و قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۱۰۹ به بعد؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۱۰۷۰ به بعد؛ سید حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۹۰ به بعد. در حقوق فرانسه و سویس نیز همین توجیه به وسیله برخی نویسندگان به عمل آمده است. از جمله رک: در حقوق فرانسه به N. 413, Planiolet Ripert, op. cit. و در حقوق سویس به: Pierre, Angel, Traite des obligations en Droit suisse, Neuchatel, 1973 p. 526, N. 245.



طبق این نظریه، درست است که عقد بیع، موجب تملیک و در نتیجه؛ انتقال ضمان معاوضی می‌شود ولی از آنجا که صرف انتقال یافتن مال هدف نیست بلکه رسیدن به آن، هدف نهایی، در معامله است. با از بین رفتن یکی از دو عوض، تعهد به پرداخت عوض مقابل نیز مبنای خود را از دست می‌دهد. این قاعده در کلیه عقود معاوضی، اعم از تملیکی یا عهده‌ای، به همین نحو وجود دارد که انتقال مال یا قبول تعهد، در برابر دریافت مال یا قبول تعهد دیگری، از سوی طرف مقابل است؛ بگونه‌ای که اگر عوض در میان نباشد، چنین توافقی به عمل نمی‌آید و با از بین رفتن یکی از دو عوض یا عدم امکان تسلیم آن نیز موجب از هم پاشیدن عقد می‌شود. علاوه بر این؛ در توجیه این نظریه می‌توان گفت: همانگونه که تشکیل عقد، محتاج به وجود موضوع معین و قدرت بر تسلیم آن است؛ بقاء آن نیز منوط به وجود موضوع و قدرت بر تسلیم آن می‌باشد. پس با تلف هر یک از دو عوض، عقد، به دلیل از دست دادن موضوع، خودبخود منفسخ می‌گردد و امکان بقاء آن نیست.

۲-۵- نظریه اصح

این نظریه و تحلیلی که از آن ارائه شده، هم ضمان معاوضی فروشنده را با تملیکی بودن عقد بیع، سازگار و هماهنگ می‌نماید؛ به نحوی که مطابق قواعد عمومی قراردادها باشد و امر خلاف قاعده و استثنایی تلقی نشود و هم آن را قابل اعمال در کلیه عقود معاوضی و نسبت به هر دو عوض، در تمام این عقود می‌داند؛ زیرا در اینصورت، از ابتداء، بنای طرفین بر این بوده که تملیک هر یک از دو عوض، مقید به تسلیم آنها بوده و با تلف یکی، عقد، از بین می‌رود و برای طرف مقابل، نسبت به عوض موجود، سببی برای تملیک باقی نمی‌ماند تا تقاضای تسلیم آن را بنماید. از سوی دیگر؛ این نظریه، با بنای عقلاء و روایات مورد استناد نیز هماهنگ بوده و از این جهت نیز قابل اشکال و ایراد نیست. پس، طبق این نظریه، با تلف مبیع قبل از تسلیم، زمینه اجرای تعهد فروشنده از بین می‌رود و امکان تسلیم، از جانب او وجود نخواهد داشت و عقد، به دلیل از دست دادن موضوع، بطور قهری منفسخ می‌شود و در نتیجه؛ ارتباط پیوستگی آن با ثمن نیز از بین می‌رود و خریدار، تکلیفی به پرداخت ثمن ندارد و در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را خواهد داشت. در توجیه همین نظریه، برخی نویسندگان گفته‌اند که پس از انعقاد عقد و تملیک، قبض و اقباض هر دو عوض، بر طرفین عقد بیع، بطور متقابل واجب است و تسلیم، از سوی یک طرف، در مقابل تسلیم، از سوی طرف مقابل است. بر این اساس؛ با تلف یکی از عوضین، تسلیم آن غیر ممکن می‌گردد و در نتیجه؛ تعهد طرف مقابل، در تسلیم معوض نیز از بین می‌رود و این امر، لازمه



معاوضه است. و به همین دلیل، در تمام عقود معاوضی قابل اعمال است و فقهاء، در مواردی چون تلف اجاره بها بر آن تصریح نموده‌اند.^۱

۳- مبانی ضمان معاوضی فروشنده

در فقه امامیه که قانون مدنی ایران، از آن پیروی نموده است، ضمان معاوضی بایع، در اثر تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری را مبتنی بر دلایل ذیل دانسته‌اند.

۳-۱- روایات

۱- روایت نبوی مشهور مبنی بر اینکه هر مبیعی که قبل از تسلیم آن به مشتری تلف شود، از مال فروشنده است. «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»^۲ در این روایت، بطور مطلق، تلف مبیع، قبل از تسلیم به مشتری، بر عهده بایع نهاده شده است. اگر چه روایت «از حیث سند» مورد اطمینان کامل نیست و ضعیف محسوب می‌شود، ولی مشهور فقهاء به آن عمل نموده‌اند و مفاد آن را تحمیل ضمان معاوضی بر فروشنده دانسته‌اند. با وجود ضعف سندی، این روایت، بصورت قاعده مشهور «تلف مبیع قبل از قبض» معروف گشته است و هر چند برخی فقهاء آن را به دلیل ضعف سند نپذیرفته‌اند^۳ ولی اکثریت آنها، همین روایت را از مهمترین ادله ضمان معاوضی فروشنده به حساب آورده و ادله دیگر را مؤید مفاد آن دانسته‌اند.

۲- در روایتی که عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند، «آن حضرت در پاسخ به سؤال، در مورد شخصی که کالایی را خریداری نمود و آن را نزد او گذاشت و تحویل نگرفت تا روز بعد، برای تحویل گرفتن آن، نزد فروشنده بیاید و در این فاصله، کالای خریداری شده، به سرقت رفت، فرمود: مال مسروقه، از اموال فروشنده به سرقت رفته و خسارت آن بر او تحمیل می‌شود؛ زیرا تسلیم صورت نپذیرفته است ولی هر گاه فروشنده، پس از معامله، مبیع را تسلیم خریدار نماید،

^۱ میر عبدالفتاح، حسینی مراغی، همان، ص ۴۵۶.

^۲ حاجی نوری، مستدرک الوسائل، ج ۲، باب ۹ ابواب خیار، ح ۱، ص ۴۷۳ به نقل از ابن ابی جمهور احسائی، «غوالی اللئالی»، ج ۳، ص ۲۱۲، ح ۵۹، روایات موجود در این کتاب از حیث اصالت کتاب مورد اطمینان و وثوق کامل نیست.

^۳ سید ابوالقاسم، خویی، مصباح الفقاهه، ص ۶۰۰.



مسئولیت، به او منتقل می‌شود و در صورت تلف یا سرقت و مانند آن، باید ثمن را به فروشنده بپردازد»^۱.

مفاد این روایت نیز مؤید نبوی مشهور است که تا زمانی که تسلیم صورت نگرفته، مسئولیت ناشی از تلف یا خسارت بر عهده فروشنده است. این روایت نیز از لحاظ سندی ضعیف شمرده شده ولی مشهور فقهاء آن را به عنوان مؤید مضمون روایت سابق مورد عمل قرار داده‌اند؛ در صورتی که عمل به آن را موجب تقویت سند آن و جبران کننده این ضعف بدانیم، می‌تواند مورد استناد واقع شود.^۲ در هر حال؛ خواه با صرف نظر از ضعف سند، این روایات، معتبر تلقی شود و مستند ضمان معاوضی قرار گیرد یا به دلیل عدم وثوق و اطمینان به صدور آنها از ناحیه پیامبر صلی الله علیه وآله وسلم و امام صادق علیه السلام، از آنها چشم پوشی گردد، مفاد آنها که ضمان را بر فروشنده تحمیل می‌نماید، حکایت از یک رویه عقلایی و متعارف دارد؛ زیرا همانطور که اشاره خواهد شد، اصولاً در معاملات معاوضی، تشکیل عقد، به منظور حصول نتیجه و دستیابی هر یک از طرفین به عوض، متقابل است. در اینصورت؛ شاید بتوان گفت بنای عقلاء در چنین معاملاتی، قرینه‌ای بر صحت صدور مفاد این روایات باشد. یا به بیان دیگر؛ مفاد این روایات، تأکیدی بر رویه عقلایی و متعارف، در معاملات معاوضی است.

حقوق و مطالعات نوین

۳-۲-۱- اجماع

بسیاری از فقهاء، علاوه بر روایات مذکور، اجماع را نیز مستند ضمان معاوضی بایع دانسته‌اند.^۳ و لیکن اجماع را نمی‌توان به عنوان دلیل مستقل، در این خصوص پذیرفت؛ زیرا ارزش اجماع، به کاشف بودن آن از رأی معصوم علیه السلام است و چنین انتظاری در جایی است که هیچ دلیل دیگری در مساله وجود نداشته باشد. در حالیکه در فرض مورد بحث (یعنی ضمان معاوضی) قبل از اجماع، استناد به روایات مزبور شده است و این نشان می‌دهد که اجماع، مبتنی بر همان روایات بوده و دلیل مستقلی محسوب نمی‌شود.

^۱ شیخ حر عاملی وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۱۰، ابواب خیار، ح ۱، ص ۳۵۸: «فی رجل اشتری متاعا من آخر و اوجه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، و قال اتیک غذا ان شاء الله، فسرقت المتاع، من مال من یكون؟ قال علیه السلام: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه، فاذا اخرج من بینه فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه».

^۲ برخی فقهاء عمل مشهور را موجب جبران ضعف سند نمی‌دانند. در این خصوص رک: سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ص ۶۰۰ که می‌گوید: «... ان الشهرة لا توجب انجبار ضعف الروایة».

^۳ در خصوص استناد به اجماع یا نقد و ایراد بر آن رک: شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۸۳؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۳؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۶۰۱؛ علامه حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۵۷۳ به بعد.



به بیان دیگر؛ استناد به روایات، در کنار ادعای اجماع، این ظن قوی را ایجاد می‌کند که مدرک و منشأ اجماع نیز همان روایات باشد. و در اینصورت، اجماع نمی‌تواند به عنوان دلیل مستقلی، در این موضوع مورد توجه قرار گیرد و ارزش مستقل داشته باشد. ولی با این وجود، صرف نظر از ادعای اجماع، نفس تمایل عمومی یا اکثریت، بر چنین ضمانی، حکایت از این واقعیت دارد که در معاملات معاوضی، مبادله دو عوض، بطور متقابل، مورد خواست مشترک طرفین عقد است. پس وجود این اتفاق نظر یا تمایل اکثریت حقوقدانان و فقهاء بر ضمان معاوضی فروشده، یک امر منطقی است که می‌تواند نوعی اجماع نیز بر آن حاصل شود.

۳-۳- بنای عقلاء

یکی از ادله مورد استناد، در ضمان معاوضی بایع و شاید مهم‌ترین آن، بناء عقلاء است و روایات نیز بر همین رویه عقلایی و معمول بین خردمندان تأکید دارد. منظور از بناء عقلاء آن است که انسان‌های عاقل، براساس مصلحت و اندیشه تصمیم می‌گیرند و به اجراء می‌گذارند، در معاملات معاوضی، بنای آنها بر این است که به منظور رسیدن به حصول نتیجه و به دست آوردن عوض متقابل، اقدام به انعقاد معامله می‌نمایند و اگر در آغاز، چنین امری قابل تحقق نباشد، به انشاء عقد مبادرت نمی‌ورزند. در هنگام عقد، این توافق ضمنی و خواست مشترک وجود دارد که انتقال مبیع و یا قبول تعهد، منوط به رسیدن به عوض مقابل است و در صورتی که به هر دلیل، امکان تسلیم وجود نداشته باشد، چون زمینه اجرای تعهد طرف مقابل از بین می‌رود، طرف دیگر نیز از انجام تعهد، بطور قهری معاف می‌گردد؛ زیرا لازمه پیوند و همبستگی دو عوض آن است که هر یک، در مقابل آنچه تسلیم می‌کند، معادل آن را به عنوان عوض دریافت دارد و در صورت تلف یکی، عوض مقابل نیز تسلیم نمی‌شود.^۱ البته؛ اگر شرط تشکیل و بقاء عقد، وجود موضوع معین و قابلیت تسلیم آن باشد، باید گفت همانگونه که اگر در هنگام عقد، موضوع معامله موجود نباشد یا قدرت بر تسلیم آن در هیچ زمان نباشد، عقد تشکیل نمی‌گردد پس از تشکیل نیز اگر موضوع از بین رود یا تسلیم آن، به هر دلیل، غیر ممکن گردد، عقد، خودبخود از بین می‌رود و قابلیت بقاء ندارد؛ زیرا بقاء آن، به دارا بودن موضوع قابل تسلیم است و اصولاً؛ عقد، بدون موضوع، معقول و منطقی نیست، در اینصورت، روایات و اجماع و بناء عقلاء، دلیل یا مستند ضمان معاوضی نیستند بلکه خود، حاکی از این واقعیت هستند که چون با از بین رفتن موضوع عقد، امکان بقاء در استمرار آن نیست و بطور قهری منفسخ می‌گردد. تکلیفی نیز بر عهده طرف مقابل عقد نخواهد بود.

^۱ شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۲۰.



۴- شرایط تحقق ضمان معاوضی

با توجه به ادله مورد استناد، در اثبات ضمان معاوضی و ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران که در مقام بیان شرایط تحقق آن است، امور زیر، برای تحقق ضمان معاوضی فروشنده، در صورت تلف مبیع، لازم است.

شرط اول: موضوع عقد بیع باید عین معین باشد

بیشتر فقهاء امامیه، اجرای این قاعده را در موردی پذیرفته‌اند که مبیع، عین معین باشد ولی قانون مدنی در ماده ۳۸۷ در این خصوص تصریحی ندارد. لیکن از سیاق این ماده که می‌گوید: «اگر مبیع، قبل از تسلیم، تلف شود»، به خوبی بر می‌آید که حکم این ماده، ناظر به عین معین است که در خارج، بطور مشخص، تعیین شده و قبل از اینکه به خریدار تسلیم شود، در اثر حادثه تلف می‌شود.

علاوه بر این؛ در صورتیکه مبیع، کلی باشد، فروشنده مکلف به تعیین مصداق آن و تسلیم به مشتری است و تا این تکلیف انجام نشود، به تعهد خود، در مقابل خریدار عمل ننموده است. بنابراین؛ هرگاه قبل از تسلیم به خریدار، مصداق تعیین شده کلی، نزد فروشنده از بین رود، باید فرد دیگری را مطابق اوصاف مقرر، تعیین و تسلیم نماید و خریدار می‌تواند او را اجبار به این کار بنماید. البته؛ در موردی که تمام افراد کلی از بین برود، بگونه‌ای که نتوان بطور کلی، برای اجرای تعهد، مصداقی یافت، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ یعنی انفساخ عقد، در آن نیز اعمال می‌گردد؛ زیرا عقدی که بطور صحیح تشکیل شده، موضوع آن که افراد کلی می‌باشد، پس از عقد تلف می‌شود و به همین دلیل، عقد، قابلیت بقاء خود را از دست داده و خودبخود منحل می‌گردد.^۱ در این خصوص نمی‌توان عقد را نسبت به گذشته باطل دانست؛^۲ زیرا که بطور مسلم، عقد، به نحو صحیح تشکیل شده و تا قبل از تلف مصداق آن، موضوع آن نیز وجود داشته و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد. در صورتیکه مبیع، در حکم عین معین یا کلی در معین باشد نیز همین حکم صادق است، یعنی در صورتیکه تمام افراد کلی در معین از بین رود، موضوع عقد از بین رفته و عقد، منفسخ می‌شود و ثمن، به خریدار بر می‌گردد.

شرط دوم: تلف، باید قبل از تسلیم باشد

^۱ شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۳۰.

^۲ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۹۱.



این شرط، هم در متن قاعده و روایت مورد استناد آن و هم در ماده ۳۷۸ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. بطور مسلم، پس از تسلیم، ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود مگر در موردی که تنها، خریدار، حق فسخ عقد را داشته باشد^۱ و یا طرفین عقد بگونه دیگری توافق نموده باشند. اما قبل از تسلیم، طبق ادله‌ای که در مباحث گذشته بیان شد، ضمان معاوضی، بر عهده فروشنده بوده و این امر، در برخی سیستم‌های حقوقی و بخصوص در نظام حقوقی ایران، مسلم و مورد اتفاق است. چرا که در صورت تلف، تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم، غیر ممکن می‌شود و عقد، منفسخ می‌گردد و در اینصورت، دلیلی بر وجود تعهد طرف مقابل نیست.

شرط سوم: تلف، باید در اثر حادثه خارجی باشد

مورد معامله، قبل از تسلیم ممکن است در اثر یکی از عوامل ذیل، تلف شود:

۱- حوادث طبیعی، مانند سیل و زلزله و طوفان و خشکسالی یا حوادث پیش‌بینی نشده‌ای چون جنگ و قحطی.

۲- تقصیر یا اهمال بائع و یا اتلاف بوسیله او.

۳- تلف بوسیله خریدار

۴- شخص ثالث

در صورتیکه تلف، قبل از تسلیم، بوسیله مشتری یا فروشنده و یا در اثر تقصیر و سهل‌انگاری یا امتناع از تسلیم فروشنده باشد، مشمول این حکم یعنی انفساخ عقد نمی‌شود؛ زیرا در صورت اول، تلف بوسیله مشتری، به منزله تصرف در مال بوده و در حکم قبض مال و انتقال ضمان معاوضی به اوست و از پرداخت ثمن معاف نمی‌شود در تأیید این نظر، ماده ۳۸۹ 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». البته؛ تلف بوسیله مشتری در صورتی چنین حکمی دارد که فروشنده در این زمینه نقشی نداشته باشد. ولی اگر خریدار جاهل، در اثر فریب فروشنده، مبیع را تلف نماید، شخص فروشنده، مسئول است.

^۱ ماده ۴۵۳ ق. م. ا.



همچنین؛ هرگاه فروشنده، برای تسلیم، به خریدار یا قائم مقام او مراجعه نماید و آنها از قبض مبیع خودداری ورزند، می‌تواند به دادگاه مراجعه و آن را تسلیم کند، در اینصورت اگر قبل از تسلیم به مشتری، تلف شود، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ اعمال نمی‌شود.

در صورت دوم که مبیع پس از عقد، بوسیله فروشنده تلف می‌شود؛ مانند آنکه میوه یا گوسفند فروخته شده را خود مصرف کند یا در موعد پیش‌بینی شده از تسلیم آن خودداری ورزد و یا در نگاهداری آن کوتاهی کند، عقد، تحت تاثیر واقع نمی‌شود و به قوت خود باقی است. ولی چون فروشنده، در مال دیگری تصرف نموده و آن را تلف کرده یا سبب تلف آن را فراهم نموده، ضامن پرداخت خسارت بوده و در برابر خریدار مسئولیت مدنی دارد.^۱ پس در این فرض نیز به دلیل عدم انفساخ عقد، ضمان معاوضی نیست بلکه به دلیل اتلاف مال خریدار یا فراهم نمودن سبب تلف، فروشنده، ضمان قهری دارد و باید خسارت بپردازد یا آنکه خریدار، مخیر بین فسخ عقد، به دلیل تخلف از شرط ضمنی یا گرفتن خسارت است.^۲

درباره تلف مبیع پیش از تسلیم بوسیله شخص ثالث، سه نظریه متفاوت مطرح شده است:

۴-۱- نظریه اول حقوق و مطالعات نوین

برخی آن را موجب انفساخ عقد و از مصادیق ماده ۳۸۷ قانون مدنی دانسته و می‌گویند در صورت تلف مبیع قبل از تسلیم بوسیله ثالث؛ همانند حوادث طبیعی و غیر منتظره، موضوع عقد از بین می‌رود و در نتیجه خریدار نمی‌تواند به استناد تلف مبیع، به ثالث مراجعه کند. این نظریه را ظاهر ماده ۳۸۷ و روایت عقبه بن خالد که شرح آن گذشت، تأیید می‌کند.

۴-۲- نظریه دوم

گروه دیگری، تلف، بوسیله ثالث را مؤثر در عقد ندانسته و تنها شخص ثالث را به استناد تلف مال خریدار، در برابر او، دارای ضمان و مسئولیت مدنی می‌دانند؛ زیرا در اثر عقد، مبیع به خریدار منتقل شده و خریدار، مال متعلق به او را تلف نموده و باید در برابر او مسئول شناخته شود و این امر، تأثیری در رابطه حقوقی بین فروشنده و خریدار ندارد.

^۱ شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۹۰؛ حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۴.

^۲ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۴؛ علامه حلی، ذکره الفقها، ج ۱، احکام قبض؛ محمد تقی بحرالعلوم، حاشیه بر بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۷۴؛ شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ افست، ج ۲، ص ۵۲۶.



۴-۳- نظریه سوم

گروه سوم، تلف مبیع بوسیله ثالث را، محل اجرای هر دو قاعده می‌دانند. یعنی مشتری اختیار دارد که به استناد اتلاف مال خود بوسیله ثالث، به او مراجعه و خسارت دریافت کند و بر این اساس؛ عقد، لطمه‌ای نمی‌بیند و یا آنکه در اثر تلف، عقد را فسخ نماید و ثمن را اگر به فروشنده پرداخته، استرداد نماید.

۴-۴- نظریه اصح

با دقت در مفاد قاعده و نیز اطلاق روایات مورد استناد و بنای عقلاء و سیاق ماده ۳۸۷ قانون مدنی، می‌توان گفت که تلف بوسیله شخص ثالث نیز همانند تلف در اثر حوادث خارجی، موجب انفساخ عقد و در نتیجه؛ از بین رفتن التزام خریدار به پرداخت ثمن می‌شود. بر این اساس؛ شرط تحقق ضمان معاوضی فروشنده آن است که مبیع قبل از تسلیم، در اثر حوادث قهری یا اقدام شخص ثالث تلف شود، در غیر اینصورت؛ ضمان معاوضی برای او قابل تصور نیست.

حقوق و مطالعات نوین

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



نتیجه گیری

با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و تعهدی که طرفین آن، نسبت به تسلیم دو عوض در برابر یکدیگر دارند، هرگاه یکی از دو عوض، قبل از تسلیم، تلف شود و امکان تسلیم از بین برود، به دلیل ارتباط و همبستگی که بین دو عوض، بنا به ماهیت عقود معوض و خواست مشترک طرفین وجود دارد، عوض مقابل نیز دلیلی بر وجوب تسلیم آن به طرف مقابل وجود ندارد. و در نتیجه همین قصد معاوضی، عقد، خودبخود منحل می‌گردد و در صورتیکه خریدار ثمن را پرداخته باشد، استرداد می‌نماید و در صورت عدم پرداخت، مسئولیتی در پرداخت ندارد. این امر که مشهور به «ضمان معاوضی» یا «ریسک ناشی از تلف» و یا «تلف مبیع قبل از قبض» می‌باشد، محل بحث و گفتگوی فراوان، از جنبه‌های گوناگون قرار گرفته و بخصوص ماهیت حقوقی آن، بحث بیشتری را به خود اختصاص داده است. در این مقاله، با ارزیابی نظریه‌های مطروحه، این نتیجه به دست آمد که این قاعده، امری استثنایی و خلاف قاعده و بر مبنای تعبد و تسلیم محض نیست بلکه امری عقلایی و مورد توجه در تمام عقود معوض است و اختصاص به عقد بیع و آن هم تلف مبیع ندارد بلکه در کلیه عقود معاوضی نسبت به تلف هر دو عوض، قابل اعمال است و نشانه‌های کلیت این قاعده را هم در آثار برخی فقهاء و هم مواد مختلف قانون مدنی، اعم از بیع و اجاره و قرض و جعاله و تعهدات می‌توان دید. در هر حال؛ با انفساخ عقد، روابط طرفین عقد، نسبت به آینده از میان می‌رود ولی در فاصله تشکیل عقد تا انفساخ آن، آثار قانونی خود را داشته و در نتیجه؛ در صورتیکه مبیع تلف شده، دارای منافع منفصل بوده، با وجود تلف مبیع، منافع مزبور، متعلق به مشتری است و همچنین؛ اگر خریدار ثمن را قبل از تلف، به فروشنده داده باشد، تا زمان انفساخ، منافع آن، مربوط به فروشنده می‌گردد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



منابع

- ۱- ابن ابی جمهور احسائی، «غوالی اللثالی»، ج ۳، انتشارات آیت اشراق.
- ۲- امام خمینی، کتاب بیع، ج ۵، ناشر موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۳- امامی حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ناشر اسلامیه.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب.
- ۵- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، انتشارات گیسوم، چاپ ۳.
- ۶- بحر العلوم، محمد تقی، حاشیه بر بلغۀ الفقیه، ج ۱، ناشر مکتبه الصادق.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات گنج دانش.
- ۸- حاجی نوری، حسین، مستدرک الوسائل، ج ۲، باب ۹ ابواب خیار، ج ۱، ناشر آل بیت.
- ۹- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق، چاپ اول.
- ۱۰- خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، نشر فقاها.
- ۱۱- شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ افست، ج ۲، انتشارات دارالعلم.
- ۱۲- شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب ۱۰، ابواب خیار، ج ۱، انتشارات اسلامیه.
- ۱۳- شیخ طوسی، المبسوط، جلد ۳، ناشر المکتبه المرتضویه، تهران.
- ۱۴- صفائی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، نشر میزان.
- ۱۵- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، احکام قبض، ج ۱، ناشر آل بیت.
- ۱۶- طباطبایی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، ج ۲، انتشارات موسسه طیبه لاحیا التراث.



- ۱۷- عدل ، مصطفی، حقوق مدنی، ش ۴۵ به کوشش سید حسن امامی، ج ۱، انتشارات خرسندی.
- ۱۸- عدل ، مصطفی، حقوق مدنی، ش ۴۵ به کوشش سید حسن امامی، ج ۱، انتشارات خرسندی.
- ۱۹- علامه حلی، تذکره الفقهاء، چاپ قدیم، ج ۱، احکام قبض، ناشر المکتبه المرتضویه.
- ۲۰- قانون مدنی آلمان، ماده ۴۲۹ و ۴۲۶.
- ۲۱- قانون مدنی اتریش، ماده ۱۰۲۱ و ۱۰۵۱.
- ۲۲- قانون مدنی لهستان، ماده ۵۴۸.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر ، عقود معین، ج ۱، انتشارات گنج دانش.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر ، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵- محقق حلی، شرایع الاسلام، چاپ دارالهدی، قم.
- ۲۶- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، چاپ چهارم، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ ه. ش.
- ۲۷- موسوی بجنوردی، محمد ، قواعد فقهیه، چاپ دوم، نشر میزان.
- ۲۸- میرزای نائینی، منیة الطالب، ج ۱، انتشارات اسلامی.
- ۲۹- نجفی، شیخ محمد حسن ، جواهر الکلام، ج ۲۳، انتشارات اسلامی.
- 30- Viena convention on the international sale of goods , 1980, Art. 66-69.
- 31- G. H. Treitel ,op. cit. ,p. 783; Chitty , contracts V.2,N.4209 .
- 32- Planiol et ripert Traite pratique de Droit civil francais, 2 T., par paul Esmein ,N. 414 .
- 33- The vienna convention, Art 66-69.
- 34- Planiolet Ripert ,op. cit. ,N. 413.



35- Pierre , Angel ,Traite des obligations en Droit suisse, Neuchatel, 1973 p. 526,N. 245.

حقوق و مطالعات نوین

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



Analysis of the nature of exchange guarantee in Iranian law, Imami jurisprudence and French law

Erfan Rahae¹

Abstract

Upon delivery of the goods to the buyer, the exchange guarantee or the risk of loss or damage is transferred from the seller to the buyer, but before handing over, despite the transfer of ownership, this guarantee remains the responsibility of the seller. The obligation of the seller to deliver the goods is one of the provision of the contract, and with its disappearance, the seller's obligation is lost, and the survival of buyer's obligation to pay the price is contrary to their common wishes, because the transfer of ownership alone does not fulfill his expectation and is in line with the spirit of the contract. It is contradictory. The terms of exchange guarantee 1. the subject of the contract of sale must be the same thing 2. the damage must be before delivery 3. the damage must be due to an external accident. Various theories have been put forward to justify this rule, which is known as the loss of the seller before receipt, which has different practical effects. By evaluating these theories, this article seeks to find a legal basis that is appropriate to the nature of the said rule.

keywords: exchange guarantee, damage, bill, admit.

¹ Master's student in Private Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Meimeh branch. (Corresponding Author)
erfanrahaee1@gmail.com

