

ضمان معاوضی

چکیده

با تسلیم مبیع به خریدار، ضمان معاوضی یا ریسک ناشی از تلف یا خسارت وارد بر آن از عهده فروشنده به عهده او انتقال می یابد ولی قبل از تسلیم، با وجود انتقال مالکیت، این ضمان بر عهده فروشنده باقی است. در توجیه این قاعده که مشهور به «تلف مبیع قبل از قبض» می باشد، نظریه های گوناگونی مطرح شده است که از لحاظ عملی آثار متفاوتی را در پی دارد. این مقاله با ارزیابی این نظریه ها، در صدد یافتن مبنای حقوقی متناسب با ماهیت قاعده مذکور است.

مقدمه

به طور مسلم در تمام سیستم های حقوقی، با تسلیم مورد معامله به خریدار، ضمان معاوضی و ریسک ناشی از تلف آن از عهده فروشنده به عهده او انتقال می یابد و از این پس همانطور که مال در تحت حاکمیت و سلطه خریدار بوده و او هر گونه که بخواهد می تواند تصرف مادی یا حقوقی نموده و از منافع آن بهره مند شود. تلف یا هر گونه خسارت وارد

بر مال نیز بر عهده او خواهد بود. زیرا پس از تسلیم مبیع به خریدار، مفاد عقد بیع به نحو کامل به اجرا درآمده و حوادث بعدی به فروشنده مربوط نیست. و در نتیجه خریدار باید ثمن را در صورتی که پرداخته است بپردازد.

با این وجود، در مواردی که خریدار به طور 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 (۲) و یا آنکه طرفین در ضمن عقد، توافق نمایند که در مواردی با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف همچنان بر عهده فروشنده باشد، در این صورت با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی شود و تلف بر عهده فروشنده باقی است و با تلف مبیع، در صورتی که خریدار ثمن را پرداخته باشد، قابل استرداد است. (۳)

اما در صورتی که 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 سیستم های 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 مبانی و شرایط تحقق آن و سرانجام اثر انفساخ عقد بیع به ترتیب زیر مورد گفتگو قرار می‌گیرد.

#### گفتار اول - انتقال ضمان معاوضی

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

- ۱- 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 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 به گونه دیگری توافق نموده باشند. این نظریه در حقوق انگلیس و آمریکا و

فرانسه پذیرفته شده است. (۴) طبق این نظر، همین که مبیع به خریدار منتقل شد، همانطور

که او مالک عین و منافع آن می شود و حق هر گونه تصرف مادی یا حقوقی دارد، در

صورتی که قبل از تسلیم تلف شود خسارت آن رانیز باید به دوش کشد و مسئولیت او در

برابر فروشنده نسبت به پرداخت ثمن باقی است و در صورتی که پرداخته است باید

پردازد.

۲- هر چند به صرف انعقاد عقد بیع، مالکیت منتقل نمی شود ولی با این وجود ضمان

معاوضی یا مسئولیت تلف مبیع قبل از تسلیم بر خریدار تحمیل می شود، زیرا بموجب عقد

فروشنده باید مبیع را تسلیم خریدار بنماید و خریداری که از سود احتمالی آن بهره مند

می شود باید زیانهای ناشی از تلف را نیز تحمل نماید. بر این اساس گرچه تا تسلیم صورت

نگیرد مالکیت خریدار به طور قطعی محقق نمی شود ولی چون در صورت تسلیم از منافع

آن بهره مند می گردد، تلف پیش از تسلیم نیز بر عهده او قرار می گیرد و باید ثمن معامله را

به فروشنده پردازد. این نظریه ریشه در حقوق رومی داشته و در بند ۱ ماده ۱۸۵ قانون

مدنی سویس نیز پذیرفته شده است. در فقه عامه بخصوص فقه، مالکی و حنبلی نیز همین

نظریه مورد توجه قرار دارد. (۵) این فقهاء با استناد به قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» یا

«الخراج بالضمان» گفته‌اند که هر کس 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.

۳- 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 کشورها نظیر آلمان، اتریش، لهستان پذیرفته شده و در فقه امامیه نیز از سوی برخی فقهاء احتمال آن داده شده است، هر گاه 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. (۶)

۴- با تشکیل عقد بیع، انتقال ملکیت یا تملیک صورت می گیرد و میباید به خریدار و ثمن به فروشنده تعلق می یابد، ولی با این وجود، قبل از تسلیم میباید به خریدار، ضمانت معاوضی یا خطر ناشی از تلف میباید بر عهده فروشنده باقی است، و خریدار در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را دارد و در غیر این صورت تکلیفی در پرداخت ندارد. این نظریه در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی ایران و نیز در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین پذیرفته شده و حتی گروهی از نویسندگان فرانسوی نیز بر خلاف ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی این کشور این نظریه را ترجیح داده اند.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۷ مقرر داشته است:

«اگر میباید قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بائع، تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بائع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

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 صورتی که 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 صورتی که 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. (۷)

موافقت نامه 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.

نظریه اخیر (که در فقه امامیه مورد اتفاق نظر است) (۸) و ماده ۳۸۷ قانون مدنی در خصوص عقد بیع آنرا به طور صریح پذیرفته و در عقود معاوضی دیگر مانند اجاره، جعاله،

مزارعه، قرض نیز بدون ذکر نام ضمان مورد قبول واقع شده است) (۹) از لحاظ منطق حقوقی و عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین و بنای عقلاء که مورد تایید روایات نیز واقع شده، بر سه نظریه پیشین ترجیح دارد زیرا

اولا - صرف انتقال مالکیت بدون آنکه خریدار به مبیع دست یابد موجب ضمان معاوضی نمی شود زیرا در عقود معاوضی، انتقال مال یا قبول تعهد، تعهد به تسلیم و اجرای تعهد را نیز در پی دارد و با این انگیزه عقد تشکیل می شود 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 می رود و بقای تعهد خریدار برای پرداخت ثمن برخلاف خواست مشترک آنهاست چرا که انتقال مالکیت به تنهایی انتظار او را برآورده نمی سازد 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



بی عدالتی معاوضی است زیرا اگر به فرض، خریدار از افزایش قیمت مبیع و یا منافع احتمالی آن بهره مند می شود، زیانهای ناشی از کاهش قیمت نیز بر او تحمیل می گردد و نمی توان به این استناد مسؤلیت تلف قبل از تسلیم را نیز بر دوش او گذاشت.

ثانیا - عقد بیع در حقوق امامیه و نظام حقوقی ایران و کامن لاو فرانسه طبق ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی این کشور، تملیکی است و بر این اساس به محض تشکیل عقد، مورد معامله به طرف مقابل منتقل می شود، گرچه تسلیم آن با تاخیر صورت گیرد. بدین جهت نظریه سوم که انتقال مالکیت و در نتیجه انتقال ضمان معاوضی را منوط به تسلیم دانسته، در اکثر سیستم های حقوقی و بخصوص در حقوق ما 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 می داند از منطق قوی برخوردار است و قانون مدنی ما از آن تبعیت نموده است. ولیکن در عین حال باقی ماندن ضمان معاوضی برعهده فروشنده، نیاز به تحلیل جداگانه ای دارد که به بررسی آن می پردازیم.

گفتار دوم - ماهیت حقوقی ضمان معاوضی فروشنده

همانطور که گفته شد، در بسیاری نظام‌های حقوقی و بخصوص در نظام حقوقی ما، 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 تاخیر 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 به طور آزادانه هر گونه 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، هر گاه 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. (۱۰)

۱ - در توجیه ضمان فروشنده، قبل از تسلیم، برخی گفته‌اند که با انتقال مبیع، ضمان

معاوضی نیز به خریدار منتقل می‌شود و در صورتی که 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 غیر قانونی مال غیر در برابر خریدار مسؤولیت دارد. به بیان دیگر، بانتقال مبیع

ضمان معاوضی به خریدار منتقل می شود ولی برای فروشنده ای که مال را در اختیار

خریدار نگذاشته ضمان قهری و مسؤولیت مدنی ناشی از سلطه بر مال غیر بوجود می آید.

روایت مربوط به تلف مبیع قبل از قبض و ماده ۳۷۸ قانون مدنی نیز فروشنده را مسؤول

می شناسد ولی به نوع مسؤولیت او که ریشه قراردادی دارد یا قهری اشاره ای ندارد. (۱۱)

این احتمال به شدت ضعیف است و مشهور فقها آن را نپذیرفته اند 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 می توان اقامه کرد این است که

اولاً: ضمان قهری در موردی به وجود می آید که شخص مرتکب خطا و تقصیر شده از

حدود اذن یا متعارف خارج شود. در حالی که در فرض ما، فروشنده مرتکب هیچ گونه

خطا یا رفتار نامتعارف نشده است. به دلیل آنکه عدم تسلیم مبیع با توافق طرفین تاخیر افتاده و تاخیر 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 نمی توان تعبیر به ضمان قهری نمود. به بیان دیگر، عدم تسلیم مبیع اعم است از آنکه با اذن مشتری یا بدون اذن او باشد و به طور مسلم در صورت وجود اذن، تلف بر عهده خود خریدار است مگر در صورت تعدی یا تفریط فروشنده.

ثانیا: ادله مورد استناد مشهور فقها 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 می شود و در نتیجه خریدار مالک چیزی نیست تا فروشنده در برابر او ضمان قهری داشته باشد.

۲- برخی دیگر که ضمان معاوضی فروشنده را با انتقال مالکیت سازگار ندیده اند، با استناد به روایت مشهور نبوی، مفاد آنرا نوعی تعبد و تسلیم در برابر حکم شارع دانسته و گفته اند 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 نمی توان 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 می دانند. زیرا امر خلاف قاعده و استثنا را باید به حداقل و قدر متیقن آن اکتفا نمود. (۱۲)

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. (۱۳) این تحلیل نیز قابل قبول نیست و مشهور فقهاء هم آن را نپذیرفته اند زیرا

اولاً: شارع به زبان عرف سخن می گوید و در معاملات دلیلی وجود ندارد که بیان قاعده ای دارای مصالح غیر قابل فهم و دور از ذهن باشد تا امری تعبدی و بدون ملاک و ضابطه مشخص و قابل ادراک تلقی شود. علاوه بر این، تعبدی بودن یک حکم در

معاملات نیازمند به دلیل است و تا جایی که بتوان ملاک حکم را استنباط نمود، نمی توان آنرا تعبدی و بدون ضابطه مشخص اعلام نمود.

ثانیا: روایت مزبور و دیگر روایاتی که مؤید آن است، بیانگر یک حکم عقلایی 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.

۳ - مشهور حقوقدانان امامیه، ضمان معاوضی فروشنده را به این گونه تحلیل کرده اند که عقد بیع لحظه ای قبل از تلف مبیع به خودی خود منفسخ می شود و مالکیت مبیع دوباره به فروشنده منتقل می شود و در این حال تلف می شود. با تلف مبیع و انفساخ عقد، رابطه حقوقی بین طرفین از بین می رود و همانگونه که فروشنده امکان تسلیم مبیع را از دست می دهد 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 استثنا 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. (۱۴) علاوه بر این، در موردی که ثمن معین در دست خریدار قبل از تسلیم به فروشنده تلف شود و نیز تمامی عقود معوضی مانند اجاره و قرض و جعاله و مزارعه قابل اعمال است. (۱۵)

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 منطق حقوقی به طور خود بخود قابل انفساخ دانسته و اصول کلی حاکم بر قراردادها از جمله اصل لزوم را بدون توجیه منطقی زیر پا گذاشته است. 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، خود به خود 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 میباید بر خلاف 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 لازم الاجراست، 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 میباید، با هیچ مبنای حقوقی استواری قابل توجیه نیست و باید از آن دست کشید.

۴- برخی نویسندگان، ضمان معاوضی با بیع 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 خود به خود 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 می شود. 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 به طور قهری و خود به خود می شود و آنکه به هر دلیل وفاء به عهد نکند، حق گرفتن عوض را ندارد. (۱۶) طبق این نظریه، درست است که عقد بیع موجب تملیک و در نتیجه انتقال ضمان معاوضی می شود 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 منبای خود را از دست می دهد. این قاعده در کلیه عقود معاوضی اعم از تملیکی یا عهدی به همین نحو وجود دارد که انتقال مال یا قبول تعهد در برابر دریافت مال یا قبول تعهد دیگری از سوی طرف مقابل است به گونه ای که اگر عوض در میان نباشد، چنین توافقی به عمل نمی آید. و با از بین رفتن یکی از دو عوض یا عدم امکان تسلیم آن نیز موجب از هم پاشیدن عقد می شود. علاوه بر این در توجیه این نظریه می توان 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 می باشد. پس با تلف هر یک از دو عوض، عقد به دلیل از دست دادن موضوع خودبه خود منفسخ می گردد و امکان بقاء آن نیست. این نظریه و تحلیلی که از آن ارائه شده، هم ضمان معاوضی فروشنده را با تملیکی بودن عقد بیع، سازگار و هماهنگ می نماید. به نحوی که مطابق قواعد عمومی قراردادها باشد و امر خلاف قاعده و استثنایی

تلقى نشود و هم آن را قابل اعمال در کلیه عقود معاوضی و نسبت به هر دو عوض در تمام این عقود می‌داند. زیرا در این صورت، از ابتدا 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 به طور 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 به طور 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. (۱۷)

گفتار سوم - مبانی ضمان معاوضی فروشنده

در فقه امامیه که قانون مدنی ایران از آن پیروی نموده است، ضمان معاوضی بائع در اثر

تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری را مبتنی بر دلایل ذیل دانسته‌اند.

۱- روایات

الف - 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 بائعه» (۱۸)

در این روایت به طور مطلق، تلف مبیع قبل از تسلیم به مشتری بر عهده بائع نهاده شده است. اگر چه روایت از حیث سند مورد اطمینان کامل نیست و ضعیف محسوب می شود، ولی مشهور فقهاء به آن عمل نموده اند و مفاد آن را تحمیل ضمان معاوضی بر فروشنده دانسته اند. با وجود ضعف سندی، این روایت به صورت قاعده مشهور تلف مبیع قبل از قبض معروف گشته است و هر چند برخی فقهاء آن را به دلیل ضعف سند نپذیرفته اند (۱۹) ولی اکثریت آنها، همین روایت را از مهمترین ادله ضمان معاوضی فروشنده به حساب آورده و ادله دیگر را مؤید مفاد آن دانسته اند.

ب - در روایتی که عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام نقل می کند،

«آن حضرت در پاسخ به سؤالی 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 می شود زیرا تسلیم صورت پذیرفته است ولی

هر گاه فروشنده پس از معامله، مبیع را تسلیم خریدار نماید، مسئولیت به او منتقل می شود

و در صورت تلف یا سرقت و مانند آن باید ثمن را به فروشنده بپردازد». (۲۰)

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 داده اند؛ در صورتی که عمل به آن را موجب تقویت سند آن و جبران کننده این

ضعف بدانیم می تواند مورد استناد واقع شود. (۲۱)

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 و آله وسلم و امام صادق علیه السلام از آنها چشم پوشی گردد، مفاد آنها که ضمان را

بر فروشنده تحمیل می نماید، 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 این صورت 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 معوضی است.

## ۲- اجماع

بسیاری از فقهاء علاوه بر روایات مذکور، اجماع را نیز مستند ضمان معاوضی بایع دانسته‌اند. (۲۲) و لیکن اجماع را نمی‌توان به عنوان دلیل مستقل در این خصوص پذیرفت زیرا ارزش اجماع به کاشف بودن آن از رای معصوم علیه السلام است و چنین انتظاری در جایی است که هیچ دلیل دیگری در مساله وجود نداشته باشد. در حالی که 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. به بیان دیگر، استناد به روایات در کنار ادعای اجماع، این ظن قوی را ایجاد می‌کند که مدرک و منشا اجماع نیز همان روایات باشد. و در این صورت 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 معوض 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 فروشنده یک امر منطقی است که می تواند نوعی اجماع نیز بر آن حاصل شود.

### 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 تاکید دارد. منظور از بناء عقلاء آن است که انسان های عاقل بر اساس مصلحت و اندیشه تصمیم می گیرند و به اجرا می گذارند، در معاملات معوض بنای آنها بر این است که به منظور رسیدن به حصول نتیجه و به دست آوردن عوض متقابل اقدام به انعقاد معامله می نمایند و اگر در آغاز چنین امری قابل تحقق نباشد به انشاء عقد مبادرت نمی ورزند. 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 می رود، طرف دیگر نیز از انجام تعهد به طور قهری معاف می گردد. زیرا لازمه پیوند و همبستگی دو عوض آن است که هر یک در مقابل آنچه تسلیم می کند



معادل آن را به عنوان عوض دریافت دارد و در صورت تلف یکی، عوض مقابل نیز تسلیم

نمی شود. (۲۳)

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 نمی گردد پس از تشکیل نیز اگر موضوع از بین رود یا تسلیم

آن به هر دلیل غیر ممکن گردد، عقد خود به خود از بین می رود و قابلیت بقاء ندارد زیرا

بقاء آن به دارا بودن موضوع قابل تسلیم است و اصولاً عقد بدون موضوع معقول و منطقی

نیست، در این صورت 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 به طور قهری منفسخ می گردد. تکلیفی نیز بر عهده طرف مقابل عقد

نخواهد بود.

گفتار چهارم - 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.

۱- موضوع عقد بیع باید عین معین باشد. بیشتر فقهاء امامیه اجرای این قاعده را در موردی پذیرفته‌اند که مبیع عین معین باشد و لی 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 برمی‌آید که حکم این ماده ناظر به عین معین است که در خارج به طور مشخص تعیین شده و قبل از اینکه به خریدار تسلیم شود در اثر حادثه تلف می‌شود. علاوه بر این، در صورتی که 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 هر گاه 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 به گونه‌ای که نتوان به طور کلی برای اجرای تعهد مصداقی یافت، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ یعنی انفساخ عقد در آن نیز اعمال می‌گردد زیرا عقدی که به طور 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 خود به خود منحل می‌گردد. (۲۴) در این خصوص نمی‌توان عقد را نسبت به گذشته باطل دانست (۲۵) زیرا که به طور مسلم عقد به نحو صحیح تشکیل شده و تا قبل از تلف مصادیق آن، موضوع آن نیز وجود داشته و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد. در صورتی که مبیع در حکم عین معین یا کلی در معین باشد نیز همین حکم صادق است، یعنی در صورتی که تمام افراد کلی در معین از بین رود موضوع عقد از بین رفته و عقد منفسخ می‌شود و ثمن به خریدار بر می‌گردد.

۲ - تلف باید قبل از تسلیم باشد: این شرط هم در متن قاعده و روایت مورد استناد آن و هم در ماده ۳۷۸ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. به طور مسلم پس از تسلیم، ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود مگر در موردی که تنها خریدار حق فسخ عقد را داشته باشد (۲۶) و یا طرفین عقد به گونه 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 ما مسلم و مورد اتفاق است. چرا که در صورت تلف، تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم غیر ممکن می‌شود و عقد منفسخ می‌گردد و در این صورت دلیلی بر وجود تعهد طرف مقابل نیست.

۳ - تلف باید در اثر حادثه خارجی باشد: مورد معامله قبل از تسلیم ممکن است در اثر

یکی از عوامل ذیل تلف شود:

الف) حوادث طبیعی مانند سیل و زلزله و طوفان و خشکسالی یا حوادث پیش‌بینی نشده‌ای

چون جنگ و قحطی.

ب) تقصیر یا اهمال بایع و یا اتلاف بوسیله او.

ج) تلف بوسیله خریدار

د) شخص ثالث

در صورتی که تلف قبل از تسلیم بوسیله مشتری یا فروشنده و یا در اثر تقصیر و سهل

انگاری یا امتناع از تسلیم فروشنده باشد مشمول این حکم یعنی انفساخ عقد نمی شود. 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 نمی شود در تایید این نظر ماده

۳۸۹ مقرر می دارد:

«اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری

حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تادیه 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 مسؤول است.

همچنین هر گاه فروشنده برای تسلیم به خریدار یا قائم مقام او مراجعه نماید و آنها از قبض مبیع خودداری ورزند می تواند به دادگاه مراجعه و آن را تسلیم کند، در این صورت اگر قبل از تسلیم به مشتری تلف شود حکم مندرج در ماده ۳۸۷ اعمال نمی شود.

در صورت دوم که مبیع پس از عقد بوسیله فروشنده تلف می شود مانند آنکه میوه یا گوسفند فروخته شده را خود مصرف می کند یا در موعد پیش بینی شده از تسلیم آن خودداری می ورزد و یا در نگاهداری آن کوتاهی می کند، عقد تحت تاثیر واقع نمی شود 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. (۲۷) 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 پردازد یا آنکه خریدار مخیر بین فسخ عقد به دلیل تخلف از شرط ضمنی یا گرفتن خسارت است. (۲۸)

درباره تلف مبیع پیش از تسلیم بوسیله شخص ثالث سه نظریه متفاوت مطرح شده است. برخی آن را موجب انفساخ عقد و از مصادیق ماده ۳۸۷ قانون مدنی دانسته و می گویند در صورت تلف مبیع قبل از تسلیم بوسیله ثالث همانند حوادث طبیعی و غیر منتظره، موضوع عقد از بین می رود و در نتیجه خریدار نمی تواند به استناد تلف مبیع به ثالث مراجعه کند. این نظریه را ظاهر ماده ۳۸۷ و روایت عقبه بن خالد که شرح آن گذشت، تایید می کند.

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 می دانند. زیرا در اثر عقد مبیع به خریدار منتقل شده و خریدار مال متعلق به او را تلف نموده و باید در برابر او مسؤول شناخته شود و این امر تاثیری در رابطه حقوقی بین فروشنده و خریدار ندارد.

گروه سوم، تلف مبیع بوسیله ثالث را، محل اجرای هر دو قاعده می دانند. یعنی مشتری اختیار دارد که به استناد اتلاف مال خود بوسیله ثالث به او مراجعه و خسارت دریافت کند و بر این اساس عقد لطمه ای نمی بیند و یا آنکه در اثر تلف عقد را فسخ نماید و ثمن را اگر به فروشنده پرداخته، استرداد نماید (۲۹) و لیکن با دقت در مفاد قاعده و نیز اطلاق روایات

مورد استناد و بنای عقلاء و سیاق ماده ۳۸۷ قانون مدنی، می توان 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 می شود.

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 این صورت ضمان معاوضی برای او قابل تصور نیست.

#### نتیجه

با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و تعهدی که طرفین آن نسبت به تسلیم دو عوض در برابر یکدیگر درآند، هر گاه یکی از دو عوض قبل از تسلیم تلف شود و امکان تسلیم از بین رود 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 خود به خود منحل می گردد و در



صورتی که خریدار ثمن را پرداخته باشد استرداد می نماید و در صورت عدم پرداخت مسؤولیتی در پرداخت ندارد. این امر که مشهور به «ضمان معاوضی» یا «ریسک ناشی از تلف» و یا «تلف مبیع قبل از قبض» می باشد، محل بحث و گفتگوی فراوان از جنبه های گوناگون قرار گرفته و بخصوص ماهیت حقوقی آن بحث بیشتری را به خود اختصاص داده است. در این نوشتار با ارزیابی نظریه های مطروحه، این نتیجه به دست آمد که این قاعده امر 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 نشانه های کلیت این قاعده را هم در آثار برخی فقهای و هم مواد مختلف قانون مدنی اعم از بیع و اجاره و قرض و جعاله و تعهدات می توان دید. در هر حال با انفساخ عقد، روابط طرفین عقد نسبت به آینده از میان می رود ولی در فاصله تشکیل عقد تا انفساخ آن آثار قانونی خود را داشته و در نتیجه در صورتی که 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 می گردد.

پی نوشتها:

(۱) دانشجوی دکتری حقوق خصوصی.

(۲) ماده ۴۵۳ ق.م.ا مقرر می دارد: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبيع بعد از تسليم و در زمان خیار بايع یا متعاملین تلف یا ناقص شود برعهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بايع است.»

(۳) در منابع فقهی ر.ک: شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، ص ۳۱۳؛ میرزا حسن،

بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۶۵ به بعد؛ میر عبدالفتاح، حسینی مراغی، العناوین، ج

۲، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۴۵۴؛ و سایر منابع فقهی.

در نظام حقوقی کامن لارک به:

, p. ۱۹۹۵ G. H. Treitel Law of contract, london sweet & maxwell,

۷۸۳ sale of goods Act. ۱۹۷۹, S. ۱۸, and ۲۰.

و در کنوانسیونهای بین المللی ر.ک

, Art. ۱۹۸۰ Vienna convention on the international sale of goods ,

۶۶-۶۹.

(۴) در حقوق انگلیس ر.ک:

, p. ۷۸۳ G. H. Treitel ,op. cit. , contracts V. ۴۲۰۹, N. ۲; Chitty ,

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

(۵) ر.ک:

۶. T., par Planiol et ripert Traite pratique de Droit civil francais,

N., paul Esmein ,۴۱۴.

علامه حلی، تذکره 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.

۶) 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، چاپ دوم، نشر میزان، ص ۲۹۱.

۷ - The vienna convention, Art ۶۶-۶۹.

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.

۸) ر.ک: 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،

همان، ص ۳۱۳؛ سیدابوالقاسم خویی، همان، ج ۷، ص ۶۰۰ به بعد؛ میرزا حسن بجنوردی،

القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۶۳ به بعد؛ میر عبدالفتاح حسینی مراغی، العنایین، ج ۲،

ص ۴۵۴.

۹) مواد ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۶۷، ۵۲۷، ۶۴۹ قانون مدنی.

۱۰) ر.ک: منابع فقهی پیشین و نیز سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب شیخ

انصاری، ج ۲، ص ۱۷۰ و امام خمینی، کتاب بیع، ج ۵، ص ۳۸۳. برخی ضمان فروشنده

راضمان 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 به طور

حقیقی یا در حکم انفساخ یا انفساخ از ابتدا یا بطلان یا تعبد به حکم شارع.

(۱۱) برای دیدن نقل و نقد این توجیه ر.ک: امام خمینی، همان، ص ۳۸۰، سید ابوالقاسم

خوئی، همان، ص ۶۰۱ به بعد؛ میرزا حسن بجنوردی، همان، ص ۶۳ به بعد؛ محمد موسوی

بجنوردی، همان، ص ۳۹۱.

(۱۲) ر.ک: منابع پیشین و نیز به: میر عبد الفتاح حسینی، العناوین، ج ۲، ص ۴۵۴ که در نقل

این نظریه می گوید: «قاعده تلف مبیع قبل از قبض که مبثنی بر خبر مشهور (ان المبیع اذا

تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) 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 می داند.

(۱۳) 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 می داند.

(۱۴) ر.ک: امام خمینی، همان، ص ۳۸۳؛ میرزا حسن بجنوردی، همان، ص ۶۴ به بعد؛

شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۳۱۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش

مدنی، چاپ چهارم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ ه. ش، ص ۱۹۵.

۱۵) شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۳۱۴. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، چاپ افست،

ص ۵۷۴؛ امام خمینی،

همان، ص ۳۷۹.

۱۶) میرزا حسن بجنوردی، همان، ص ۶۵؛ سید محمد بجنوردی، همان، ص ۲۹۲؛ سید

ابوالقاسم خویی، همان، 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 ر.ک: در حقوق فرانسه به .N ,op. cit. Ripert ,۴۱۳.

و در حقوق سویس به:

Pierre , Angel ,Traite des obligations en Droit suisse, Neuchatel,  
۱۹۷۳. ۵۲۶p. N. ۲۴۵.

(۱۷) میر عبدالفتاح، حسینی مراغی، همان، ص ۴۵۶.

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

(۱۹) سید ابوالقاسم، خویی، همان، ص ۶۰۰.

(۲۰) 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، فسرق المتاع، من مال من یكون؟ قال علیه السلام: من مال صاحب المتاع الذی هو  
فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه، فاذا اخرجه من بینه فالمبتاغ ضامن لحقه حتی  
یرد ماله الیه».



(۲۱) برخی فقهاء عمل مشهور را موجب جبران ضعف سند نمی دانند. در این خصوص

ر.ک: سید ابوالقاسم خویی، همان، ص ۶۰۰ که می گوید: «... ان الشهرة لا توجب انجبار

ضعف الروایة».

(۲۲) در خصوص استناد به اجماع یا نقد و ایراد بر آن ر.ک: شیخ محمد حسن

نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۸۳؛ شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۳۱۳؛ سید ابوالقاسم خویی،

همان، ج ۷، ص ۶۰۱؛ علامه حلی، همان، ج ۱، ص ۵۷۳ به بعد.

(۲۳) ر.ک: منبع پیشین.

(۲۴) شیخ محمد حسن نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۱۳۰.

(۲۵) ناصر کاتوزیان، همان، ج ۱، ص ۱۹۱.

(۲۶) ماده ۴۵۳ ق.م.ا.

(۲۷) شیخ محمد حسن نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۹۰؛ حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۴.

۲۸) شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۳۱۴؛ علامه حلی، همان، ج ۱، احکام قبض؛ محمد تقی بحرالعلوم، حاشیه بر بلغۃ الفقیه، ج ۱، ص ۱۷۴؛ شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ افست،

ج ۲، ص ۵۲۶.

۲۹) همان.

نویسنده: هدایت اله سلطانی نژاد