**چكيده**

**با تسليم مبيع به خريدار، ضمان معاوضى يا ريسك ناشى از تلف يا خسارت وارد بر آن از عهده فروشنده به عهده او انتقال مى‏يابد ولى قبل از تسليم، با وجود انتقال مالكيت، اين ضمان بر عهده فروشنده باقى است. در توجيه اين قاعده كه مشهور به «تلف مبيع قبل از قبض‏» مى‏باشد، نظريه‏هاى گوناگونى مطرح شده است كه از لحاظ عملى آثار متفاوتى را در پى دارد. اين مقاله با ارزيابى اين نظريه‏ها، در صدد يافتن مبناى حقوقى متناسب با ماهيت قاعده مذكور است.**

**مقدمه**

**به طور مسلم در تمام سيستم‏هاى حقوقى، با تسليم مورد معامله به خريدار، ضمان معاوضى و ريسك ناشى از تلف آن از عهده فروشنده به عهده او انتقال مى‏يابد و از اين پس همانطور كه مال در تحت‏حاكميت و سلطه خريدار بوده و او هر گونه كه بخواهد مى‏تواند تصرف مادى يا حقوقى نموده و از منافع آن بهره‏مند شود. تلف يا هر گونه خسارت وارد بر مال نيز بر عهده او خواهد بود. زيرا پس از تسليم مبيع به خريدار، مفاد عقد بيع به نحو كامل به اجرا درآمده و حوادث بعدى به فروشنده مربوط نيست. و در نتيجه خريدار بايد ثمن را در صورتى كه نپرداخته است‏بپردازد.**

**با اين وجود، در مواردى كه خريدار به طور اختصاصى حق فسخ عقد بيع را دارا باشد، مانند آنكه درعقد بيع خيار شرط يا حيوان يا مجلس، تنها به نفع خريدار وجود داشته باشد (2) و يا آنكه طرفين در ضمن عقد، توافق نمايند كه در مواردى با وجود تسليم مبيع، مسؤوليت تلف همچنان بر عهده فروشنده باشد، در اين صورت با وجود تسليم مبيع، ضمان معاوضى بر خريدار تحميل نمى‏شود و تلف بر عهده فروشنده باقى است و با تلف مبيع، در صورتى كه خريدار ثمن را پرداخته باشد، قابل استرداد است. (3)**

**اما در صورتى كه پس از انعقاد عقد، مبيع تسليم خريدار نشود و قبل از تسليم تلف گردد، درباره انتقال ضمان معاوضى به خريدار و يا عدم انتقال آن و باقى ماندن ضمان بر عهده فروشنده، در سيستم‏هاى مختلف حقوقى اتفاق نظر وجود ندارد. و در خصوص بقاى ضمان معاوضى فروشنده يا انتقال آن به خريدار و توجيه هر يك از اين دو، نظريات مختلفى مطرح شده كه قبل از تحليل حقوقى ماهيت ضمان معاوضى، اشاره به آنها ضرورى مى‏نمايد. بر اين اساس، پس از طرح نظريه‏هاى گوناگون پيرامون انتقال ضمان معاوضى، ماهيت‏حقوقى ضمان معاوضى فروشنده قبل از تسليم و مبانى و شرايط تحقق آن و سرانجام اثر انفساخ عقد بيع به ترتيب زير مورد گفتگو قرار مى‏گيرد.**

**گفتار اول - انتقال ضمان معاوضى**

**درباره انتقال ضمان معاوضى قبل از تسليم مبيع، ديدگاههاى متفاوتى وجود دارد كه مهمترين آنها به قرار زير است:**

**1 - با انعقاد عقد بيع، مالكيت مبيع به خريدار منتقل مى‏شود و همراه با انتقال مالكيت ضمان معاوضى نيز به او منتقل مى‏گردد. بنابراين در صورت تلف يا خسارت مبيع، تنها خريدار به عنوان مالك بايد تحمل خسارت مال خويش را بنمايد ولو اينكه قبل از تلف به او تسليم شده باشد. به عبارت ديگر، تسليم نقشى در انتقال ضمان معاوضى ندارد و به محض انعقاد عقد، مالكيت و ضمان معاوضى به خريدار انتقال مى‏يابد. مگر آنكه طرفين عقد بيع به گونه ديگرى توافق نموده باشند. اين نظريه در حقوق انگليس و آمريكا و فرانسه پذيرفته شده است. (4) طبق اين نظر، همين كه مبيع به خريدار منتقل شد، همانطور كه او مالك عين و منافع آن مى‏شود و حق هر گونه تصرف مادى يا حقوقى دارد، در صورتى كه قبل از تسليم تلف شود خسارت آن رانيز بايد به دوش كشد و مسؤوليت او در برابر فروشنده نسبت‏به پرداخت ثمن باقى است و در صورتى كه نپرداخته است‏بايد بپردازد.**

**2 - هر چند به صرف انعقاد عقد بيع، مالكيت منتقل نمى‏شود ولى با اين وجود ضمان معاوضى يا مسؤوليت تلف مبيع قبل از تسليم بر خريدار تحميل مى‏شود، زيرا بموجب عقد فروشنده بايد مبيع را تسليم خريدار بنمايد و خريدارى كه از سود احتمالى آن بهره‏مند مى‏شود بايد زيانهاى ناشى از تلف را نيز تحمل نمايد. بر اين اساس گرچه تا تسليم صورت نگيرد مالكيت‏خريدار به طور قطعى محقق نمى‏شود ولى چون در صورت تسليم از منافع آن بهره‏مند مى‏گردد، تلف پيش از تسليم نيز بر عهده او قرار مى‏گيرد وبايد ثمن معامله را به فروشنده بپردازد. اين نظريه ريشه در حقوق رومى داشته و در بند 1 ماده 185 قانون مدنى سويس نيز پذيرفته شده است. در فقه عامة بخصوص فقه، مالكى و حنبلى نيز همين نظريه مورد توجه قرار دارد. (5) اين فقهاء با استناد به قاعده «من له الغنم فعليه الغرم‏» يا «الخراج بالضمان‏» گفته‏اند كه هر كس از سود چيزى برخوردار شود بايد تحمل خسارت نيز بنمايد. در عقد بيع نيز چون خريدار از منافع احتمالى مورد معامله برخوردار مى‏گردد بايد تحمل خسارت ناشى از تلف و يا نقص آن را نيز بنمايد.**

**3 - انعقاد عقد به تنهايى موجب انتقال مال نمى‏شود وانتقال منوط به تسليم آن است و تا تسليم صورت نگيرد انتقال مال و ضمان معاوضى به خريدار صورت نمى‏گيرد. به عبارت ديگر پيش از تسليم مبيع در ملكيت فروشنده است و با تسليم انتقال مى‏يابد و به تبع آن ضمان معاوضى نيز از عهده او به عهده خريدار منتقل مى‏گردد. بموجب اين نظريه كه در حقوق پاره‏اى كشورها نظير آلمان، اتريش، لهستان پذيرفته شده و در فقه اماميه نيز از سوى برخى فقهاء احتمال آن داده شده است، هر گاه مبيع قبل از تسليم به خريدار در اثر حوادث قهرى تلف شود در ملكيت فروشنده تلف شده و خريدار مسؤوليتى در برابر او براى پرداخت ثمن ندارد. زيرا مبيع با وجود انعقاد عقد، همچنان در ملكيت فروشنده باقى مانده و در اثر عدم تسليم به خريدار منتقل نشده است. (6)**

**4 - با تشكيل عقد بيع، انتقال ملكيت‏يا تمليك صورت مى‏گيرد و مبيع به خريدار و ثمن به فروشنده تعلق مى‏يابد، ولى با اين وجود، قبل از تسليم مبيع به خريدار، ضمان معاوضى يا خطر ناشى از تلف مبيع بر عهده فروشنده باقى است، و خريدار در صورتى كه ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را دارد و در غير اين صورت تكليفى در پرداخت ندارد. اين نظريه در فقه اماميه و به تبع آن در قانون مدنى ايران و نيز در كنوانسيون بيع بين‏المللى كالا مصوب 1980 وين پذيرفته شده و حتى گروهى از نويسندگان فرانسوى نيز بر خلاف ماده 1135 قانون مدنى اين كشور اين نظريه را ترجيح داده‏اند.**

**قانون مدنى ايران در ماده 387 مقرر داشته است:**

**«اگر مبيع قبل از تسليم بدون تقصير و اهمال از طرف بايع، تلف شود، بيع منفسخ و ثمن بايد به مشترى مسترد گردد مگر اينكه بايع براى تسليم به حاكم يا قائم مقام او رجوع نموده باشد كه در اين صورت تلف از مال مشترى خواهد بود.»**

**مفاد اين ماده در بسيارى از كتب فقهى به استناد قاعده تلف مبيع قبل از قبض و ادله ديگر آمده است. در كنوانسيون بيع بين‏المللى كالا تصريح شده است كه ضمان معاوضى قبل از تسليم بر عهده فروشنده بوده و هنگامى به خريدار منتقل مى‏شود كه كالا را قبض نمايد. و در صورتى كه فروش متضمن حمل كالا نيز باشد و فروشنده ملزم به تسليم آن در محل معينى نباشد، اين ضمان وقتى به خريدار انتقال مى‏يابد كه مطابق قرارداد به اولين متصدى حمل جهت ارسال به خريدار تحويل شود. و در صورتى كه فروشنده ملزم به تسليم كالا به متصدى حمل در محل معين باشد، زمانى كه كالا در همان محل معين به متصدى حمل تسليم شود، ضمان معاوضى به خريدار انتقال مى‏يابد. بنابراين جز در موردى كه طرفين برخلاف اين قاعده توافق نمايند، ضمان معاوضى يا ريسك ناشى از تلف مبيع قبل از تسليم بر خريدار تحميل مى‏شود. (7)**

**موافقت نامه بين‏المللى راجع به خريد و فروش اشياء منقول مصوب 1964 نيز اگر چه درماده 8 تمليكى يا عهدى بودن عقد بيع را تابع قوانين داخلى كشورها اعلام نموده است ولى در ماده 97 تصريح نموده كه در هر حال ضمان معاوضى از تاريخ تسليم مبيع به خريدار منتقل مى‏گردد و قبل از آن بر عهده فروشنده است.**

**نظريه اخير (كه در فقه اماميه مورد اتفاق نظر است (8) و ماده 387 قانون مدنى در خصوص عقد بيع آنرا به طور صريح پذيرفته و در عقود معاوضى ديگر مانند اجاره، جعاله، مزارعه، قرض نيز بدون ذكر نام ضمان مورد قبول واقع شده است) (9) از لحاظ منطق حقوقى و عدالت معاوضى و خواست مشترك طرفين و بناى عقلاء كه مورد تاييد روايات نيز واقع شده، بر سه نظريه پيشين ترجيح دارد زيرا**

**اولا - صرف انتقال مالكيت‏بدون آنكه خريدار به مبيع دست‏يابد موجب ضمان معاوضى نمى‏شود زيرا در عقود معاوضى، انتقال مال يا قبول تعهد، تعهد به تسليم و اجراى تعهد را نيز در پى دارد و با اين انگيزه عقد تشكيل مى‏شود و تا زمانى كه موضوع عقد تسليم به خريدار نگردد تحميل ضمان معاوضى يا خسارت ناشى از تلف با عدالت معاوضى و خواست مشترك طرفين سازگار نيست‏به عبارت ديگر، التزام فروشنده به تسليم مبيع جزء مفاد عقد بوده و با از بين رفتن آن زمينه اجراى تعهد فروشنده از بين مى‏رود و بقاى تعهد خريدار براى پرداخت ثمن بر خلاف خواست مشترك آنهاست چرا كه انتقال مالكيت‏به تنهايى انتظار او را برآورده نمى‏سازد و با روح قرارداد مغاير است. از سوى ديگر استدلالى كه برخى فقهاء اماميه و روميان در تاييد نظريه دوم داشتند برخلاف ادعاى ايشان، نوعى بى عدالتى معاوضى است زيرا اگر به فرض، خريدار از افزايش قيمت مبيع و يا منافع احتمالى آن بهره‏مند مى‏شود، زيانهاى ناشى از كاهش قيمت نيز بر او تحميل مى‏گردد و نمى‏توان به اين استناد مسؤوليت تلف قبل از تسليم را نيز بر دوش او گذاشت.**

**ثانيا - عقد بيع در حقوق اماميه و نظام حقوقى ايران و كامن لاو فرانسه طبق ماده 1138 قانون مدنى اين كشور، تمليكى است و بر اين اساس به محض تشكيل عقد، مورد معامله به طرف مقابل منتقل مى‏شود، گرچه تسليم آن با تاخير صورت گيرد. بدين جهت نظريه سوم كه انتقال مالكيت و در نتيجه انتقال ضمان معاوضى را منوط به تسليم دانسته، در اكثر سيستم‏هاى حقوقى و بخصوص در حقوق ما قابل پذيرش نبوده و با مقتضاى عقد بيع كه اثر مستقيم آن تمليكى بودن است مغايرت دارد.**

**بنابراين نظريه چهارم كه عقد بيع را تمليكى ولى انتقال ضمان معاوضى را منوط به تسليم مى‏داند از منطق قوى برخوردار است و قانون مدنى ما از آن تبعيت نموده است. وليكن در عين حال باقى ماندن ضمان معاوضى برعهده فروشنده، نياز به تحليل جداگانه‏اى دارد كه به بررسى آن مى‏پردازيم.**

**گفتار دوم - ماهيت‏حقوقى ضمان معاوضى فروشنده**

**همانطور كه گفته شد، در بسيارى نظام‏هاى حقوقى و بخصوص در نظام حقوقى ما، عقد بيع از عقود تمليكى به حساب مى‏آيد و در ماده 338 قانون مدنى و ديگر مواد به تبع فقه اماميه بر اين امر تصريح شده است. پس با تشكيل عقد بيع، مبيع و ثمن از مالكيت فروشنده و خريدار خارج و به طرف مقابل انتقال مى‏يابد. اگر چه تسليم آن دو با تاخير صورت گيرد. حتى وجود خيار شرط يا تعيين مدت در تسليم مورد معامله، مانع از اين امر نيست. لازمه انتقال مالكيت آن است كه هر مالكى در مال خود به طور آزادانه هر گونه تصرف مادى يا حقوقى داشته باشد واز منافع آن بهره‏مند گردد و خسارات وارد بر مال خويش را بر دوش كشد. طبق اين قاعده، هر گاه پس از عقد بيع مالى كه هنوز تسليم به خريدار نشده است در اثر حوادث طبيعى و بدون تقصير يا اهمال بايع تلف شود، خسارت بر خريدار وارد شده و او بايد ثمن آن را به فروشنده بپردازد.**

**با اين وجود، در فقه اماميه و به تبع آن قانون مدنى ايران و برخى سيستم‏هاى حقوقى ديگر، مسؤوليت تلف را بر عهده فروشنده دانسته و او را ملزم به بازگرداندن ثمن به مشترى، در صورتى كه پرداخته باشد، مى‏دانند. اين امر در ظاهر با تمليكى بودن عقد بيع سازگار نيست زيرا كه لازمه تمليك، انتقال ضمان معاوضى به مالك و عدم مسؤوليت فروشنده است. پس چگونه مى‏توان تمليكى بودن عقد بيع را با ضمان معاوضى فروشنده قابل جمع دانست؟**

**براى پاسخ دادن به اين سؤال و يافتن مبناى حقوقى مناسب براى ضمان معاوضى فروشنده، تلاش‏هاى فكرى زيادى به عمل آمده و حاصل آن، ارائه نظريات گوناگونى است كه به برخى از مهمترين آنها مى‏پردازيم. (10)**

**1 - در توجيه ضمان فروشنده، قبل از تسليم، برخى گفته‏اند كه با انتقال مبيع، ضمان معاوضى نيز به خريدار منتقل مى‏شود و در صورتى كه مبيع تسليم به او نشود، فروشنده بدون اذن قانونى يا قراردادى و يا داشتن سمت و نمايندگى از سوى خريدار، آن را در اختيار داشته و اين امر، تصرف در مال غير بدون مجوز بوده و در حكم غصب مى‏باشد. در نتيجه اگر مال بدون تقصير هم در اثر حادثه طبيعى تلف شود، به مقتضاى قاعده ضمان يد و تصرف غير قانونى مال غير در برابر خريدار مسؤوليت دارد. به بيان ديگر، باانتقال مبيع ضمان معاوضى به خريدار منتقل مى‏شود ولى براى فروشنده‏اى كه مال را در اختيار خريدار نگذاشته ضمان قهرى و مسؤوليت مدنى ناشى از سلطه بر مال غير بوجود مى‏آيد. روايت مربوط به تلف مبيع قبل از قبض و ماده 378 قانون مدنى نيز فروشنده را مسؤول مى‏شناسد ولى به نوع مسؤوليت او كه ريشه قراردادى دارد يا قهرى اشاره‏اى ندارد. (11)**

**اين احتمال به شدت ضعيف است و مشهور فقها آن را نپذيرفته‏اند و به همين دليل از زمان شيخ طوسى به بعد از اين ضمان تعبير به ضمان معاوضى شده است و نه ضمان قهرى.**

**از جمله دلايلى كه بر مردود بودن اين نظريه مى‏توان اقامه كرد اين است كه**

**اولا: ضمان قهرى در موردى به وجود مى‏آيد كه شخص مرتكب خطا و تقصير شده از حدود اذن يا متعارف خارج شود. در حالى كه در فرض ما، فروشنده مرتكب هيچ گونه خطا يا رفتار نامتعارف نشده است. به دليل آنكه عدم تسليم مبيع با توافق طرفين تاخير افتاده و تاخير بدون مجوز نبوده است‏بلكه بر عكس چه بسا با خواست‏خريدار اين مال را به عنوان امين نگهدارى نموده است و روايت معروف نبوى نيز، دلالت‏بر ضمانت فروشنده در مورد تلف دارد و اين ضمانت پس از عقد را نمى‏توان تعبير به ضمان قهرى نمود. به بيان ديگر، عدم تسليم مبيع اعم است از آنكه با اذن مشترى يا بدون اذن او باشد و به طور مسلم در صورت وجود اذن، تلف بر عهده خود خريدار است مگر در صورت تعدى يا تفريط فروشنده.**

**ثانيا: ادله مورد استناد مشهور فقها در مورد تلف مبيع قبل از تسليم، اعم از روايات و بناء عقلا و اجماع ناظر به ضمان معاوضى است زيرا با تلف مبيع، عقد منفسخ مى‏شود و در نتيجه خريدار مالك چيزى نيست تا فروشنده در برابر او ضمان قهرى داشته باشد.**

**2 - برخى ديگر كه ضمان معاوضى فروشنده را با انتقال مالكيت‏سازگار نديده‏اند، با استناد به روايت مشهور نبوى، مفاد آنرا نوعى تعبد و تسليم در برابر حكم شارع دانسته و گفته‏اند كه لازمه انتقال مالكيت مبيع آن است كه تلف نيز بر خريدار تحميل شود ولى چون اين روايت مورد استناد و توجه فقهاء قرار گرفته و به سادگى از مفاد آن نمى‏توان چشم پوشيد، بايد به ناچار تسليم مفاد آن در حدود نص بود. به بيان ديگر، اين گروه، تحميل ضمان معاوضى بر فروشنده را مطابق با اصول كلى قراردادها و تمليكى بودن عقد بيع ندانسته و به دليل وجود روايت و اتفاق نظرى كه در ميان فقهاء در اين خصوص وجود داشته، به ناچار آن را به عنوان استثنايى به اصل تمليكى بودن تلقى نموده و تنها در عقد بيع، در موردى كه مبيع قبل از تسليم تلف شود، قابل اعمال مى‏دانند. زيرا امر خلاف قاعده و استثنا را بايد به حداقل و قدر متيقن آن اكتفا نمود. (12)**

**اين حكم كه به تبع فقه اماميه در ماده 387 قانون مدنى ايران تجلى يافته، از نظر برخى نويسندگان حقوقى نيز امرى خلاف قاعده و استثنايى محسوب شده است. (13) اين تحليل نيز قابل قبول نيست و مشهور فقهاء هم آن را نپذيرفته‏اند زيرا**

**اولا: شارع به زبان عرف سخن مى‏گويد و در معاملات دليلى وجود ندارد كه بيان قاعده‏اى داراى مصالح غير قابل فهم و دور از ذهن باشد تاامرى تعبدى و بدون ملاك و ضابطه مشخص و قابل ادراك تلقى شود. علاوه بر اين، تعبدى بودن يك حكم در معاملات نيازمند به دليل است و تا جايى كه بتوان ملاك حكم را استنباط نمود، نمى‏توان آنرا تعبدى و بدون ضابطه مشخص اعلام نمود.**

**ثانيا: روايت مزبور و ديگر رواياتى كه مؤيد آن است، بيانگر يك حكم عقلايى و ترجمان داورى عرف و تحليل قصد مشترك طرفين عقد است و بر اين اساس ملاك و ضابطه آن امرى روشن و مشخص است و جايى براى تعبد و تسليم محض به عنوان امرى خلاف قاعده و استثنايى از قواعد حاكم بر مالكيت نيست.**

**3 - مشهور حقوقدانان اماميه، ضمان معاوضى فروشنده را به اين گونه تحليل كرده‏اند كه عقد بيع لحظه‏اى قبل از تلف مبيع به خودى خود منفسخ مى‏شود و مالكيت مبيع دوباره به فروشنده منتقل مى‏شود و در اين حال تلف مى‏شود. با تلف مبيع و انفساخ عقد، رابطه حقوقى بين طرفين از بين مى‏رود و همانگونه كه فروشنده امكان تسليم مبيع را از دست مى‏دهد خريدار نيز تكليفى به پرداخت ثمن نخواهد داشت. در اين صورت اگر ثمن را به فروشنده پرداخته باشد حق استرداد آن را داراست. طبق اين تحليل، ضمان معاوضى فروشنده مطابق اصول كلى حاكم بر قراردادها و اصل تمليكى بودن عقد بيع بوده و امرى هماهنگ با قواعد عمومى معاملات است و هيچگونه استثنا و امر خلاف قاعده‏اى در ان وجود ندارد. يعنى با انفساخ عقد، هر يك از عوضين به مالك قبل از عقد آن باز مى‏گردد و در نتيجه تلف مبيع در حالى رخ مى‏دهد كه در ملكيت فروشنده است و نمى‏توان انتظار داشت كه بر خريدار سابق آن تحميل شود. (14) علاوه بر اين، در موردى كه ثمن معين در دست‏خريدار قبل از تسليم به فروشنده تلف شود و نيز تمامى عقود معوضى مانند اجاره و قرض و جعاله و مزارعه قابل اعمال است. (15)**

**ولى اين نظريه نيز با اين كه ضمان معاوضى فروشنده را مطابق قاعده توجيه و تفسير نموده و به ساير عقود معاوضى نيز قابل تسرى مى‏داند، با يك اشكال اساسى روبروست كه عقد را بدون دليل و هيچگونه منطق حقوقى به طور خود بخود قابل انفساخ دانسته و اصول كلى حاكم بر قراردادها از جمله اصل لزوم را بدون توجيه منطقى زير پا گذاشته است. به بيان ديگر، عقد بيع از عقود لازم و غير قابل فسخ است مگر آنكه با توافق طرفين آن يا پيدايش حق فسخ براى يكى از طرفين و اعمال آن حق منحل گردد و ياآنكه با از بين رفتن موضوع آن، خود به خود به دليل نداشتن موضوع منحل و يا به تعبير حقوقى منفسخ گردد. بنابراين تحت هيچ شرايط ديگرى بيعى كه بين دو طرف واقع شده است‏به خودى خود منحل نمى‏گردد. چگونه مى‏توان چنين عقدى را بدون هيچگونه علت قانونى يا قراردادى قبل از تلف موضوع آن به خودى خود قابل انفساخ و انحلال دانست. اعتقاد به انفساخ قهرى عقد بيع قبل از تلف مبيع بر خلاف اصول حاكم بر معاملات و منطق حقوقى بوده و نامعقول به نظر مى‏رسد. زيرا قبل از تلف و از بين رفتن موضوع عقد، هيچ دليلى بر انفساخ و از بين رفتن عقدى كه به نحو صحيح تشكيل شده و مفاد آن لازم الاجراست، وجود ندارد و از لحاظ وجدانى‏خود صاحبان اين نظريه را نيز اقناع نمى‏كند جز اينكه تلاشى فكرى براى توجيه نمودن ضمان معاوضى با اصول كلى معاملات و تمليكى بودن بيع و روايت نبوى باشد. پس انفساخ قهرى عقد بيع، قبل از تلف مبيع، با هيچ مبناى حقوقى استوارى قابل توجيه نيست و بايد از آن دست كشيد.**

**4 - برخى نويسندگان، ضمان معاوضى بايع را امرى معقول و ناشى از خواست مشترك طرفين عقد و اراده آنان دانسته و منطبق بر قواعد عمومى حاكم بر معاملات و تمليكى بودن عقد بيع مى‏دانند. اينان مى‏گويند پيوستگى و ارتباط دو عوض به يكديگر كه در نتيجه قصد معاوضى به وجود مى‏آيد سبب تجزيه ناپذيرى آنهاست. هر يك از دو عوض حيات حقوقى و نفوذ خود را از پيوند با ديگرى مى‏گيرد و بدون كفه متقابل خود توان زيستن ندارد. پس اگر يكى از آن دو تلف يا ممتنع شود، ديگرى نيز خود به خود از بين مى‏رود. كسى كه از عوض محروم شده است از دادن معوض معاف مى‏گردد و در نتيجه تلف مبيع در اثر حادثه قهرى بر فروشنده تحميل مى‏شود. اجراى اين قاعده اختصاص به عقد بيع نداردو در تمام عقود معاوضى قابل اعمال است. چرا كه تلف يكى از دو عوض متقابل موجب از بين رفتن تعهد به تسليم عوض مقابل به طور قهرى و خود به خود مى‏شود و آنكه به هر دليل وفاء به عهد نكند، حق گرفتن عوض را ندارد. (16) طبق اين نظريه، درست است كه عقد بيع موجب تمليك و در نتيجه انتقال ضمان معاوضى مى‏شود ولى از آنجا كه صرف انتقال يافتن مال هدف نيست‏بلكه رسيدن به آن هدف نهايى در معامله است‏با از بين رفتن يكى از دو عوض، تعهد به پرداخت عوض مقابل نيز مبناى خود را از دست مى‏دهد. اين قاعده در كليه عقود معوضى اعم از تمليكى يا عهدى به همين نحو وجود دارد كه انتقال مال يا قبول تعهد در برابر دريافت مال يا قبول تعهد ديگرى از سوى طرف مقابل است‏به گونه‏اى كه اگر عوض در ميان نباشد، چنين توافقى به عمل نمى‏آيد. و با از بين رفتن يكى از دو عوض يا عدم امكان تسليم آن نيز موجب از هم پاشيدن عقد مى‏شود. علاوه بر اين در توجيه اين نظريه مى‏توان گفت: همانگونه كه تشكيل عقد محتاج به وجود موضوع معين و قدرت بر تسليم آن است. بقاء آن نيز منوط به وجود موضوع و قدرت بر تسليم آن مى‏باشد. پس با تلف هر يك از دو عوض، عقد به دليل از دست دادن موضوع خودبه خود منفسخ مى‏گردد و امكان بقاء آن نيست. اين نظريه و تحليلى كه از آن ارائه شده، هم ضمان معاوضى فروشنده را با تمليكى بودن عقد بيع، سازگار و هماهنگ مى‏نمايد. به نحوى كه مطابق قواعد عمومى قراردادها باشد و امر خلاف قاعده و استثنايى تلقى نشود و هم آن را قابل اعمال در كليه عقود معاوضى و نسبت‏به هر دو عوض در تمام اين عقود مى‏داند. زيرا در اين صورت، از ابتدا بناى طرفين بر اين بوده كه تمليك هر يك از دو عوض، مقيد به تسليم آنها بوده و با تلف يكى عقد از بين مى‏رود و براى طرف مقابل نسبت‏به عوض موجود، سببى براى تمليك باقى نمى‏ماند تا تقاضاى تسليم آن را بنمايد.**

**از سوى ديگر، اين نظريه با بناى عقلاء و روايات مورد استناد نيز هماهنگ بوده و از اين جهت نيز قابل اشكال و ايراد نيست. پس، طبق اين نظريه، با تلف مبيع قبل از تسليم، زمينه اجراى تعهد فروشنده از بين مى‏رود و امكان تسليم از جانب او وجود نخواهد داشت و عقد به دليل از دست دادن موضوع به طور قهرى منفسخ مى‏شود و در نتيجه ارتباط پيوستگى آن با ثمن نيز از بين مى‏رود و خريدار تكليفى به پرداخت ثمن ندارد و در صورتى كه ثمن را پرداخته باشد حق استرداد آن را خواهد داشت. در توجيه همين نظريه، برخى نويسندگان گفته‏اند كه، پس از انعقاد عقد و تمليك، قبض و اقباض هر دو عوض بر طرفين عقد بيع به طور متقابل واجب است و تسليم از سوى يك طرف در مقابل تسليم از سوى طرف مقابل است. بر اين اساس با تلف يكى از عوضين، تسليم آن غير ممكن مى‏گردد و در نتيجه تعهد طرف مقابل در تسليم معوض نيز از بين مى‏رود و اين امر لازمه معاوضه است. و به همين دليل در تمام عقود معاوضى قابل اعمال است و فقهاء در مواردى چون تلف اجاره بها بر آن تصريح نموده‏اند. (17)**

**گفتار سوم - مبانى ضمان معاوضى فروشنده**

**در فقه اماميه كه قانون مدنى ايران از آن پيروى نموده است، ضمان معاوضى بايع در اثر تلف مبيع قبل از تسليم آن به مشترى را مبتنى بر دلايل ذيل دانسته‏اند.**

**1 - روايات**

**الف - روايت نبوى مشهور مبنى بر اينكه هر مبيعى كه قبل از تسليم آن به مشترى تلف شود از مال فروشنده است. «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه‏» (18)**

**در اين روايت‏به طور مطلق، تلف مبيع قبل از تسليم به مشترى بر عهده بايع نهاده شده است. اگر چه روايت از حيث‏سند مورد اطمينان كامل نيست و ضعيف محسوب مى‏شود، ولى مشهور فقهاء به آن عمل نموده‏اند و مفاد آن را تحميل ضمان معاوضى بر فروشنده دانسته‏اند. با وجود ضعف سندى، اين روايت‏به صورت قاعده مشهور تلف مبيع قبل از قبض معروف گشته است و هر چند برخى فقهاء آن را به دليل ضعف سند نپذيرفته‏اند (19) ولى اكثريت آنها، همين روايت را از مهمترين ادله ضمان معاوضى فروشنده به حساب آورده و ادله ديگر را مؤيد مفاد آن دانسته‏اند.**

**ب - در روايتى كه عقبة بن خالد از امام صادق عليه السلام نقل مى‏كند،**

**«آن حضرت در پاسخ به سؤالى در مورد شخصى كه كالايى را خريدارى نمود و آن را نزد او گذاشت و تحويل نگرفت تا روز بعد براى تحويل گرفتن آن نزد فروشنده بيايد و در اين فاصله كالاى خريدارى شده به سرقت رفت، فرمود: مال مسروقه از اموال فروشنده به سرقت رفته و خسارت آن بر او تحميل مى‏شود زيرا تسليم صورت نپذيرفته است ولى هر گاه فروشنده پس از معامله، مبيع را تسليم خريدار نمايد، مسؤوليت‏به او منتقل مى‏شود و در صورت تلف يا سرقت و مانند آن بايد ثمن را به فروشنده بپردازد». (20)**

**مفاداين روايت نيز مؤيد نبوى مشهور است كه تا زمانى كه تسليم صورت نگرفته، مسؤوليت ناشى از تلف يا خسارت بر عهده فروشنده است. اين روايت نيزاز لحاظ سندى ضعيف شمرده شده ولى مشهور فقهاء آن را به عنوان مؤيد مضمون روايت‏سابق مورد عمل قرار داده‏اند; در صورتى كه عمل به آن را موجب تقويت‏سند آن و جبران كننده اين ضعف بدانيم مى‏تواند مورد استناد واقع شود. (21)**

**در هر حال، خواه با صرف نظر از ضعف سند، اين روايات معتبر تلقى شود و مستند ضمان معاوضى قرار گيرد يا به دليل عدم وثوق و اطمينان به صدور آنها از ناحيه پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم و امام صادق‏عليه السلام از آنها چشم پوشى گردد، مفاد آنها كه ضمان را بر فروشنده تحميل مى‏نمايد، حكايت از يك رويه عقلايى و متعارف دارد. زيرا همانطور كه اشاره خواهد شد، اصولا در معاملات معوضى، تشكيل عقد به منظور حصول نتيجه و دست‏يابى هر يك از طرفين به عوض متقابل است. در اين صورت شايد بتوان گفت‏بناى عقلاء در چنين معاملاتى، قرينه‏اى بر صحت صدور مفاد اين روايات باشد يا به بيان ديگر مفاد اين روايات، تاكيدى بر رويه عقلايى و متعارف در معاملات معوضى است.**

**2 - اجماع**

**بسيارى از فقهاء علاوه بر روايات مذكور، اجماع را نيز مستند ضمان معاوضى بايع دانسته‏اند. (22) و ليكن اجماع را نمى‏توان به عنوان دليل مستقل در اين خصوص پذيرفت زيرا ارزش اجماع به كاشف بودن آن از راى معصوم عليه السلام است و چنين انتظارى در جايى است كه هيچ دليل ديگرى در مساله وجود نداشته باشد. در حالى كه در فرض مورد بحث‏يعنى ضمان معاوضى، قبل از اجماع استناد به روايات مزبور شده است و اين نشان مى‏دهد كه اجماع مبتنى بر همان روايات بوده و دليل مستقلى محسوب نمى‏شود. به بيان ديگر، استناد به روايات در كنار ادعاى اجماع، اين ظن قوى را ايجاد مى‏كند كه مدرك و منشا اجماع نيز همان روايات باشد. و در اين صورت اجماع نمى‏تواند به عنوان دليل مستقلى در اين موضوع مورد توجه قرار گيرد و ارزش مستقل داشته باشد. ولى با اين وجود، صرف نظر از ادعاى اجماع، نفس تمايل عمومى يا اكثريت‏بر چنين ضمانى، حكايت از اين واقعيت دارد كه در معاملات معوض مبادله دو عوض بطور متقابل مورد خواست مشترك طرفين عقد است. پس وجود اين اتفاق نظر يا تمايل اكثريت‏حقوقدانان و فقهاء بر ضمان معاوضى فروشنده يك امر منطقى است كه مى‏تواند نوعى اجماع نيز بر آن حاصل شود.**

**3 - بناى عقلاء**

**يكى از ادله مورد استناد در ضمان معاوضى بايع و شايد مهمترين آن بناء عقلاء است و روايات نيز بر همين رويه عقلايى و معمول بين خردمندان تاكيد دارد. منظور از بناء عقلاء آن است كه انسان‏هاى عاقل بر اساس مصلحت و انديشه تصميم مى‏گيرند و به اجرا مى‏گذارند، در معاملات معوض بناى آنها بر اين است كه به منظور رسيدن به حصول نتيجه و به دست آوردن عوض متقابل اقدام به انعقاد معامله مى‏نمايند و اگر در آغاز چنين امرى قابل تحقق نباشد به انشاء عقد مبادرت نمى‏ورزند. در هنگام عقد اين توافق ضمنى و خواست مشترك وجود دارد كه انتقال مبيع و يا قبول تعهد منوط به رسيدن به عوض مقابل است و در صورتى كه به هر دليل امكان تسليم وجود نداشته باشد، چون زمينه اجراى تعهد طرف مقابل از بين مى‏رود، طرف ديگر نيز از انجام تعهد به طور قهرى معاف مى‏گردد. زيرا لازمه پيوند و همبستگى دو عوض آن است كه هر يك در مقابل آنچه تسليم مى‏كند معادل آن را به عنوان عوض دريافت دارد و در صورت تلف يكى، عوض مقابل نيز تسليم نمى‏شود. (23)**

**البته اگر شرط تشكيل و بقاء عقد وجود موضوع معين و قابليت تسليم آن باشد، بايد گفت همانگونه كه اگر در هنگام عقد موضوع معامله موجود نباشد يا قدرت بر تسليم آن در هيچ زمان نباشد، عقد تشكيل نمى‏گردد پس از تشكيل نيز اگر موضوع از بين رود يا تسليم آن به هر دليل غير ممكن گردد، عقد خود به خود از بين مى‏رود و قابليت‏بقاء ندارد زيرا بقاء آن به دارا بودن موضوع قابل تسليم است و اصولا عقد بدون موضوع معقول و منطقى نيست، در اين صورت روايات و اجماع و بناء عقلاء دليل يا مستند ضمان معاوضى نيستند بلكه خود حاكى از اين واقعيت هستند كه چون با از بين رفتن موضوع عقد، امكان بقاء در استمرار آن نيست و به طور قهرى منفسخ مى‏گردد. تكليفى نيز برعهده طرف مقابل عقد نخواهد بود.**

**گفتار چهارم - شرايط تحقق ضمان معاوضى**

**با توجه به ادله مورد استناد در اثبات ضمان معاوضى و ماده 387 قانون مدنى ايران كه در مقام بيان شرايط تحقق آن است، امور زير براى تحقق ضمان معاوضى فروشنده در صورت تلف مبيع لازم است.**

**1 - موضوع عقد بيع بايد عين معين باشد. بيشتر فقهاء اماميه اجراى اين قاعده را در موردى پذيرفته‏اند كه مبيع عين معين باشد و لى قانون مدنى درماده 387 در اين خصوص تصريحى ندارد. ليكن از سياق اين ماده كه مى‏گويد: «اگر مبيع قبل از تسليم تلف شود»، به خوبى بر مى‏آيد كه حكم اين ماده ناظر به عين معين است كه در خارج به طور مشخص تعيين شده و قبل از اينكه به خريدار تسليم شود در اثر حادثه تلف مى‏شود. علاوه بر اين، در صورتى كه مبيع كلى باشد، فروشنده مكلف به تعيين مصداق آن و تسليم به مشترى است و تا اين تكليف انجام نشود به تعهد خود در مقابل خريدار عمل ننموده است. بنابراين هر گاه قبل از تسليم به خريدار مصداق تعيين شده كلى نزد فروشنده از بين رود بايد فرد ديگرى را مطابق اوصاف مقرر تعيين و تسليم نمايد و خريدار مى‏تواند او را اجبار به اين كار بنمايد. البته در موردى كه تمام افراد كلى از بين برود به گونه‏اى كه نتوان به طور كلى براى اجراى تعهد مصداقى يافت، حكم مندرج در ماده 387 يعنى انفساخ عقد در آن نيز اعمال مى‏گردد زيرا عقدى كه به طور صحيح تشكيل شده موضوع آن كه افراد كلى مى‏باشد، پس از عقد تلف مى‏شود و به همين دليل، عقد قابليت‏بقاء خود را از دست داده و خود به خود منحل مى‏گردد. (24) در اين خصوص نمى‏توان عقد را نسبت‏به گذشته باطل دانست (25) زيرا كه به طور مسلم عقد به نحو صحيح تشكيل شده و تا قبل از تلف مصاديق آن، موضوع آن نيز وجود داشته و دليلى بر بطلان آن وجود ندارد. در صورتى كه مبيع در حكم عين معين يا كلى در معين باشد نيز همين حكم صادق است، يعنى در صورتى كه تمام افراد كلى در معين از بين رود موضوع عقد از بين رفته و عقد منفسخ مى‏شود و ثمن به خريدار بر مى‏گردد.**

**2 - تلف بايد قبل از تسليم باشد: اين شرط هم در متن قاعده و روايت مورد استناد آن و هم در ماده 378 قانون مدنى مورد تصريح قرار گرفته است. به طور مسلم پس از تسليم، ضمان معاوضى به خريدار منتقل مى‏شود مگر در موردى كه تنها خريدار حق فسخ عقد را داشته باشد (26) و يا طرفين عقد به گونه ديگرى توافق نموده باشند. اما قبل از تسليم، طبق ادله‏اى كه در مباحث گذشته بيان شد، ضمان معاوضى بر عهده فروشنده بوده و اين امر در برخى سيستم‏هاى حقوقى و بخصوص در نظام حقوقى ما مسلم و مورد اتفاق است. چرا كه در صورت تلف، تعهد فروشنده مبنى بر تسليم غير ممكن مى‏شود و عقد منفسخ مى‏گردد و در اين صورت دليلى بر وجود تعهد طرف مقابل نيست.**

**3 - تلف بايد در اثر حادثه خارجى باشد: مورد معامله قبل از تسليم ممكن است در اثر يكى از عوامل ذيل تلف شود:**

**الف) حوادث طبيعى مانند سيل و زلزله و طوفان و خشكسالى يا حوادث پيش‏بينى نشده‏اى چون جنگ و قحطى.**

**ب) تقصير يا اهمال بايع و يا اتلاف بوسيله او.**

**ج) تلف بوسيله خريدار**

**د) شخص ثالث**

**در صورتى كه تلف قبل از تسليم بوسيله مشترى يا فروشنده و يا در اثر تقصير و سهل انگارى يا امتناع از تسليم فروشنده باشد مشمول اين حكم يعنى انفساخ عقد نمى‏شود. زيرا در صورت اول، تلف بوسيله مشترى، به منزله تصرف در مال بوده و در حكم قبض مال و انتقال ضمان معاوضى به اوست و از پرداخت ثمن معاف نمى‏شود در تاييد اين نظر ماده 389 مقرر مى‏دارد:**

**«اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبيع يا نقص آن ناشى از عمل مشترى باشد، مشترى حقى بر بايع ندارد و بايد ثمن را تاديه كند».**

**البته تلف بوسيله مشترى در صورتى چنين حكمى دارد كه فروشنده در اين زمينه نقشى نداشته باشد. ولى اگر خريدار جاهل، در اثر فريب فروشنده مبيع را تلف نمايد، شخص فروشنده مسؤول است.**

**همچنين هر گاه فروشنده براى تسليم به خريدار يا قائم مقام او مراجعه نمايد و آنها از قبض مبيع خوددارى ورزند مى‏تواند به دادگاه مراجعه و آن راتسليم كند، در اين صورت اگر قبل ازتسليم به مشترى تلف شود حكم مندرج در ماده 387 اعمال نمى‏شود.**

**در صورت دوم كه مبيع پس از عقد بوسيله فروشنده تلف مى‏شود مانند آنكه ميوه ياگوسفند فروخته شده را خود مصرف مى‏كند يا در موعد پيش‏بينى شده از تسليم آن خوددارى مى‏ورزد و يا در نگاهدارى آن كوتاهى مى‏كند، عقد تحت تاثير واقع نمى‏شود و به قوت خود باقى است. ولى چون فروشنده در مال ديگرى تصرف نموده و آن را تلف كرده يا سبب تلف آن را فراهم نموده، ضامن پرداخت‏خسارت بوده و در برابر خريدار مسؤوليت مدنى دارد. (27) پس در اين فرض نيز به دليل عدم انفساخ عقد، ضمان معاوضى نيست‏بلكه به دليل اتلاف مال خريدار يا فراهم نمودن سبب تلف، فروشنده ضمان قهرى دارد و بايد خسارت بپردازد يا آنكه خريدار مخير بين فسخ عقد به دليل تخلف از شرط ضمنى يا گرفتن خسارت است. (28)**

**درباره تلف مبيع پيش از تسليم بوسيله شخص ثالث‏سه نظريه متفاوت مطرح شده است. برخى آن را موجب انفساخ عقد و از مصاديق ماده 387 قانون مدنى دانسته و مى‏گويند در صورت تلف مبيع قبل از تسليم بوسيله ثالث همانند حوادث طبيعى و غير منتظره، موضوع عقد از بين مى‏رود و در نتيجه خريدار نمى‏تواند به استناد تلف مبيع به ثالث مراجعه كند. اين نظريه را ظاهر ماده 387 و روايت عقبة بن خالد كه شرح آن گذشت، تاييد مى‏كند.**

**گروه ديگرى تلف بوسيله ثالث را مؤثر در عقد ندانسته و تنها شخص ثالث را به استناد تلف مال خريدار در برابر او داراى ضمان و مسؤوليت مدنى مى‏دانند. زيرا در اثر عقد مبيع به خريدار منتقل شده و خريدار مال متعلق به او را تلف نموده و بايد در برابر او مسؤول شناخته شود و اين امر تاثيرى در رابطه حقوقى بين فروشنده و خريدار ندارد.**

**گروه سوم، تلف مبيع بوسيله ثالث را، محل اجراى هر دو قاعده مى‏دانند. يعنى مشترى اختيار دارد كه به استناد اتلاف مال خود بوسيله ثالث‏به او مراجعه و خسارت دريافت كند و بر اين اساس عقد لطمه‏اى نمى‏بيند و ياآنكه در اثر تلف عقد را فسخ نمايد و ثمن را اگر به فروشنده پرداخته، استرداد نمايد (29) و ليكن با دقت در مفاد قاعده و نيز اطلاق روايات مورد استناد و بناى عقلاء و سياق ماده 387 قانون مدنى، مى‏توان گفت كه تلف بوسيله شخص ثالث نيز همانند تلف در اثر حوادث خارجى موجب انفساخ عقد و در نتيجه از بين رفتن التزام خريدار به پرداخت ثمن مى‏شود.**

**بر اين اساس شرط تحقق ضمان معاوضى فروشنده آن است كه مبيع قبل از تسليم در اثر حوادث قهرى يا اقدام شخص ثالث تلف شود، در غير اين صورت ضمان معاوضى براى او قابل تصور نيست.**

**نتيجه**

**با توجه به تمليكى بودن عقد بيع و تعهدى كه طرفين آن نسبت‏به تسليم دو عوض در برابر يكديگر دراند، هر گاه يكى از دو عوض قبل از تسليم تلف شود و امكان تسليم از بين رود به دليل ارتباط و همبستگى كه بين دو عوض، بنا به ماهيت عقود معوض و خواست مشترك طرفين وجود دارد. عوض مقابل نيز دليلى بر وجوب تسليم آن به طرف مقابل وجود ندارد. و در نتيجه همين قصد معاوضى عقد خود به خود منحل مى‏گردد و در صورتى كه خريدار ثمن را پرداخته باشد استرداد مى‏نمايد و در صورت عدم پرداخت مسؤوليتى در پرداخت ندارد. اين امر كه مشهور به «ضمان معاوضى‏» يا «ريسك ناشى از تلف‏» و يا «تلف مبيع قبل از قبض‏» مى‏باشد، محل بحث و گفتگوى فراوان از جنبه‏هاى گوناگون قرار گرفته و بخصوص ماهيت‏حقوقى آن بحث‏بيشترى را به خود اختصاص داده است. در اين نوشتار با ارزيابى نظريه‏هاى مطروحه، اين نتيجه به دست آمدكه اين قاعده امر استثنايى و خلاف قاعده و بر مبناى تعبد و تسليم محض نيست‏بلكه امرى عقلايى و مورد توجه در تمام عقود معوض است و اختصاص به عقد بيع و آن هم تلف مبيع ندارد بلكه در كليه عقودمعاوضى نسبت‏به تلف هر دو عوض قابل اعمال است و نشانه‏هاى كليت اين قاعده را هم در آثار برخى فقهائ و هم مواد مختلف قانون مدنى اعم از بيع و اجاره و قرض و جعاله و تعهدات مى‏توان ديد. در هر حال با انفساخ عقد، روابط طرفين عقد نسبت‏به آينده از ميان مى‏رود ولى در فاصله تشكيل عقد تا انفساخ آن آثار قانونى خود را داشته و در نتيجه در صورتى كه مبيع تلف شده داراى منافع منفصل بوده، با وجود تلف مبيع، منافع مزبور متعلق به مشترى است و همچنين اگر خريدار ثمن را قبل از تلف به فروشنده داده باشد، تا زمان انفساخ منافع آن مربوط به فروشنده مى‏گردد.**

**پى‏نوشتها:**

**1) دانشجوى دكترى حقوق خصوصى.**

**2) ماده 453 ق. م. ا مقرر مى‏دارد: «در خيار مجلس و حيوان و شرط اگر مبيع بعد از تسليم و در زمان خيار بايع يا متعاملين تلف يا ناقص شود برعهده مشترى است و اگر خيار مختص مشترى باشد تلف يا نقص به عهده بايع است.»**

**3) در منابع فقهى ر.ك: شيخ مرتضى انصارى، المكاسب، ص 313; ميرزا حسن، بجنوردى، القواعد الفقهيه، ج 2، ص 65 به بعد; مير عبدالفتاح، حسينى مراغى، العناوين، ج 2، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامى، 1418 ه. ق، ص 454; و ساير منابع فقهى.**

**در نظام حقوقى كامن لارك به:**

**G. H. Treitel Law of contract,london sweet & maxwell, 1995, p. 783 sale of goods Act. 1979,S.18 and 20.**

**ودركنوانسيونهاى‏بين‏المللى‏ر.ك**

**Viena convention on the international sale of goods , 1980,Art . 66-69.**

**4) در حقوق انگليس ر.ك:**

**G. H. Treitel ,op. cit. ,p. 783; Chitty , contracts V.2,N.4209.**

**در حقوق فرانسه به ماده 1138 قانون مدنى و در حقوق آمريكا به قانون تجارت متحد آمريكا مراجعه شود.**

**5) ر.ك:**

**6. Planiol et ripert Traite pratique de Driotcivil francais,2 T.,par paul Esmein ,N. 414.**

**علامه حلى، تذكرة الفقهاء، چاپ قديم، ج 1، احكام قبض; سيد على طباطبايى، رياض المسائل، ج 1، احكام قبض به نقل از احمد بن حنبل و پيروان مالك ابن انس.**

**6) قانون مدنى آلمان، ماده 429 و 426; قانون مدنى اتريش، ماده 1021 و 1051; قانون مدنى لهستان، ماده 548، به نقل از دكتر كاتوزيان، عقود معين، ج 1، ص 204 و نيز شيخ طوسى، المبسوط، به نقل از: ميرزا حسن بجنوردى، القواعد الفقهيه، ج 2، ص 63; محمد موسوى بجنوردى، قواعد فقهيه، چاپ دوم، نشر ميزان، ص 291.**

**7 - The vienna convention, Art 66-69.**

**و در كتب فقهى به شيخ مرتضى انصارى، مكاسب، ص 313 به بعد; امام خمينى، كتاب بيع، ج 5، ص 380; سيد ابوالقاسم خويى، مصباح الفقاهة، ج 7، ص 600 و ديگر كتب مربوطه مراجعه شود.**

**8) ر.ك: منابع فقهى از جمله: محقق حلى، شرايع الاسلام، چاپ دارالهدى، قم، ص 278; شيخ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج 23، ص 83 به بعد; شيخ مرتضى انصارى، همان، ص 313; سيدابوالقاسم خويى، همان، ج 7، ص 600 به بعد; ميرزا حسن بجنوردى، القواعد الفقهيه، ج 2، ص 63 به بعد; مير عبدالفتاح حسينى مراغى، العناوين، ج 2، ص‏454.**

**9) مواد 483، 496، 567527، 649 قانون مدنى.**

**10) ر.ك: منابع فقهى پيشين و نيز سيدمحمد كاظم طباطبايى، حاشيه بر مكاسب شيخ انصارى، ج 2، ص 170 و امام خمينى، كتاب بيع، ج 5، ص 383. برخى ضمان فروشنده راضمان يد دانسته ولى اكثر فقهاء ضمان را معاوضى دانسته‏اند ولى با اين وجود در توجيه آن احتمالات گوناگونى داده‏اند كه از جمله، انفساخ عقد لحظه‏اى قبل از تلف به طور حقيقى يا در حكم انفساخ ياانفساخ از ابتدا يا بطلان يا تعبد به حكم شارع.**

**11) براى ديدن نقل و نقد اين توجيه ر.ك: امام خمينى، همان، ص 380، سيد ابوالقاسم خوئى، همان، ص 601 به بعد; ميرزا حسن بجنوردى، همان، ص 63 به بعد; محمد موسوى بجنوردى، همان، ص 391.**

**12) ر.ك: منابع پيشين و نيز به: مير عبد الفتاح حسينى، العناوين، ج 2، ص 454 كه در نقل اين نظريه مى‏گويد: «قاعده تلف مبيع قبل از قبض كه مبتنى بر خبر مشهور (ان المبيع اذا تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) است. در نص و اجماع فقط در عقد بيع و در مورد تلف مبيع پذيرفته شده و در مورد ثمن يا ساير عقود معاوضى پذيرفته نشده است‏». البته ايشان اين نظريه را نپذيرفته و ضمان معاوضى را در تمام عقود معوض قابل اعمال مى‏داند.**

**13) مصطفى، عدل، حقوق مدنى، ش 45 به كوشش سيد حسن امامى، ج 1، ص 467. البته ايشان با وجود اين نظريه ضمان معاوضى را در مورد ثمن معين نيز قابل اعمال مى‏داند.**

**14) ر.ك: امام خمينى، همان، ص 383 ; ميرزا حسن بجنوردى، همان، ص 64 به بعد; شيخ مرتضى انصارى، همان، ص‏313 ; محقق داماد، سيد مصطفى، قواعد فقه، بخش مدنى، چاپ چهارم، مركز نشر علوم اسلامى، 1373 ه. ش، ص 195.**

**15) شيخ مرتضى انصارى، همان، ص 314. علامه حلى، تذكرة الفقهاء، ج 1، چاپ افست، ص 574; امام خمينى،**

**همان، ص 379.**

**16) ميرزا حسن بجنوردى، همان، ص 65; سيد محمد بجنوردى، همان، ص 292; سيد ابوالقاسم خويى، همان، ص‏601; ميرزاى نائينى، منية الطالب، ج 1، ص 168; شيخ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج 23، ص 84; ناصر كاتوزيان، عقود معين، ج 1، ص 167 به بعد و قواعد عمومى قرادادها، ج 4، ص 109 به بعد; محمد جعفر، جعفرى لنگرودى، دائرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، ص 1070 به بعد; سيد حسين صفائى، دوره مقدماتى حقوق مدنى، ج 2، ص 290 به بعد.**

**در حقوق فرانسه و سويس نيز همين توجيه به وسيله برخى نويسندگان به عمل آمده است. از جمله ر.ك: در حقوق فرانسه به Planiolet Ripert ,op. cit. ,N . 413.**

**و در حقوق سويس به:**

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

**17) مير عبدالفتاح، حسينى مراغى، همان، ص 456.**

**18) حاجى نورى، مستدرك الوسائل، ج 2، باب 9 ابواب خيار، ح 1، ص 473 به نقل از ابن ابى جمهور احسائى، «غوالى اللئالى‏»، ج 3، ص 212، ح‏59، روايات موجود در اين كتاب از حيث اصالت كتاب مورد اطمينان و وثوق كامل نيست.**

**19) سيد ابوالقاسم، خويى، همان، ص 600.**

**20) شيخ حر عاملى وسائل الشيعه، ج 12، باب 10، ابواب خيار، ح 1، ص 358: «فى رجل اشترى متاعا من آخر و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، و قال اتيك غدا ان شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال عليه السلام: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاغ ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه‏».**

**21) برخى فقهاء عمل مشهور را موجب جبران ضعف سند نمى‏دانند. در اين خصوص ر.ك: سيد ابوالقاسم خويى، همان، ص 600 كه مى‏گويد: «... ان الشهرة لا توجب انجبار ضعف الرواية‏».**

**22) در خصوص استناد به اجماع يا نقد و ايراد بر آن ر.ك: شيخ محمد حسن نجفى،همان، ج 23، ص 83; شيخ مرتضى انصارى، همان، ص 313; سيد ابوالقاسم خويى، همان، ج 7، ص 601; علامه حلى، همان، ج 1، ص 573 به بعد.**

**23) ر.ك: منبع پيشين.**

**24) شيخ محمدحسن نجفى، همان، ج 23، ص 130.**

**25) ناصر كاتوزيان، همان، ج 1، ص 191.**

**26) ماده 453 ق. م. 1.**

**27) شيخ محمدحسن نجفى، همان، ج 23، ص 90; حسن امامى، ج 1، ص 464.**

**28) شيخ مرتضى انصارى، همان، ص 314; علامه حلى، همان، ج 1، احكام قبض; محمد تقى بحرالعلوم، حاشيه بر بلغة الفقيه، ج 1، ص 174; شهيد ثانى، شرح لمعه، چاپ افست، ج 2، ص 526.**

**29) همان.**