

## تلف مبیع پیش از قبض (ضمان معاوضی) (بخش دوم)

مرتضی محمد حسینی طرقی<sup>۱</sup>

اشاره

هرچند در حقوق ما عقد بیع تملیکی است و با بسته شدن آن، خریدار مالک مبیع و فروشنده، مالک ثمن می‌شود. اما، برای مشتری، هدف غایی از انعقاد عقد بیع، دریافت مبیع است (نه صرفاً انتقال مالکیت). بنابراین، برای تسلیم نشدن مبیع، در فرضی که عین خارجی است و بدون وجود هرگونه تقصیر و اهمال از سوی بایع، از میان می‌رود، ضمان معاوضی کماکان به عهده فروشنده باقی است تا عمل تسلیم تحقق یابد.

اهمیت موضوع از آن جهت است که این قاعده، علاوه بر معاملات داخلی، در نظام بیع بین‌المللی کالا نیز مورد استناد، توجه و بهره‌برداری قرار می‌گیرد. زیرا در این گونه معاملات، پرداخت ثمن و دریافت مبیع انا صورت نمی‌گیرد و بین بستن عقد و تحویل کالا، معمولاً تقارن زمانی وجود ندارد و تلف مبیع در این اثناء، مسائلی را در پی خواهد داشت که شناسایی مبنای حقوقی، احکام و فروع گوناگون آن، انگیزه‌ای برای انتخاب مقاله حاضر گردید.

در این نوشتار، ابتدا سعی شده است، از روایات و عقل به عنوان مدارک و مستندات قاعده تلف مبیع پیش از قبض سخن گفته شود، سپس مفهوم و آثار این قاعده در بیع داخلی و بین‌المللی کالا و میزان دلالت آن مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و سرانجام یافته‌های این تحقیق در چند بند احصاء شود.

واژگان کلیدی: تلف، مبیع، قبض، انتقال، ضمان، معاوضی، بیع، بین‌المللی

## مبحث سوم - میزان دلالت قاعده

## گفتار نخست - قاعده مختص بیع نیست

ظاهراً قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایعه» و به تبع آن ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تنها از تلف مبیع بحث می‌کند. یعنی، اگر از جنبه فقهی، قاعده را متکی به دلیل روایی بدانیم یا به نص ماده مزبور توجه داشته باشیم، نتیجه می‌گیریم که اولاً، قاعده فقط ناظر به تلف مبیع و عقد بیع است و نمی‌توان مفاد آن را در سایر عقود معاوضی جاری نمود. ثانیاً، قاعده صرفاً در مورد تلف مبیع است. بنابراین، در مورد تلف ثمن، قابل استناد نیست. بدین ترتیب، این قاعده، استثنائی می‌باشد بر اصول و قواعد کلی حقوقی و چون در مورد استثناء، باید تفسیر مضیق نمود، نمی‌توان قاعده و ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در سایر عقود معاوضی و یا حتی تلف ثمن به کار برد. برخی از حقوقدانان، در مجموع، هرچند اعتقاد دارند که تفاوت مبیع و ثمن اعتباری است. ولی، برای جریان قاعده نسبت به مورد تلف ثمن، آن را خالی از اشکال نمی‌دانند.<sup>۱</sup> و بعضی این قاعده را در مورد تلف ثمن قابل اجرا ندانسته و استدلال می‌کنند: زیرا، ثمن عبارت است از وجه نقد یعنی کلی فی الذمه و امروزه عین شخصی بودن ثمن، فوق العاده نادر و بالنتیجه کالمعدوم است و دیگر لازم نبوده که برای امر به این ندرت، حکم خاص معین گردد.<sup>۲</sup> با این حال، عده‌ای به دلیل وحدت ملاک و غیره، حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در مورد تلف ثمن پیش از قبض نیز قابل اجرا می‌دانند.<sup>۳</sup>

در مورد اینکه آیا قاعده تلف مبیع پیش از قبض، مختص عقد بیع و حکمی خلاف قاعده و استثنایی است بر اصل؟ و یا انفساخ عقد بیع در چنین وضعیتی، نتیجه تراضی طرفین معامله و از آثار معاوضه می‌باشد؟ یعنی، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی

۱. ر.ک: شهیدی، مهدی، همان، ص ۱۹۸.

۲. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ هشتم، ۱۳۵۴، ص ۲۶۸.

۳. امامی، سیدحسن، همان، ص ۴۵۴، کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چ اول، تابستان ۷۷، ص ۳۱۴.

موافق قاعده است و در موارد مشابه هم جاری است؛ اختلاف شدید است. لذا، برای بررسی موضوع و رسیدن به پاسخ این پرسش و در جهت یافتن مقدار دلالت قاعده مذکور، بهتر است به دلایل حجیت آن مراجعه کنیم. برای این کار در مبحث نخست، روایات و عقل را به عنوان دلایل عمده حجیت قاعده تلف مبیع قبل از قبض مطرح کردیم و دیدیم که حدیث نبوی، صراحتاً به مبیع نظارت داشت، پس مشکل است بتوانیم حکم قاعده را نسبت به ثمن هم جاری کنیم، به طوری که بعضی گفته‌اند: «و اما لوقوع التلف علی الثمن فان كان مدرکها النبوی المشهور فلما تشمل الثمن لظهور المبیع فیما هو مقابل الثمن...»<sup>۱</sup> و حدیث منقول از امام صادق (ع) نیز بیش از این دلالتی نداشت و شاید به همین دلایل است که برخی نوشته‌اند: «هرگاه ثمن قبل از تأدیه بدون اهمال و تقصیر مشتری در نزد مشتری تلف گردد، خسارات ناشی از تلف شدن آن متوجه به بایع خواهد بود که مالک آن است و نه متوجه مشتری.»<sup>۲</sup> اما، مستند قاعده، فقط این احادیث نبودند. بلکه، عقل و سیره مستمرهٔ مسلمین نیز از جمله دلایل حجیت قاعده محسوب شد. مضافاً اینکه شیوهٔ عقلاً و روش مسلمانان در معاملات و مبادلات معوض همواره چنین بوده است که عوض و معوض را در مقابل یکدیگر قرار می‌دهند و برای آنان مشکل است که اگر ثمن بعد از معامله و قبل از قبض به وسیلهٔ فروشنده، بدون تعدی و تفریط و اهمال، نزد خریدار تلف شود، آن را از مال بایع بدانند. بنابراین، به حکم عقل می‌توان گفت: قاعده مزبور، اختصاص به مبیع نخواهد داشت و از لحاظ عدالت معاوضی نیز سزاوار است که مفاد قاعده را در مورد ثمن هم قابل اجرا بدانیم. زیرا، این ملاک در ثمن هم می‌تواند وجود داشته باشد (به علاوه، مبیع خصوصیت ویژه‌ای ندارد که ثمن نتواند آن را داشته باشد.) به طوری که گاهی جنس مبیع و ثمن به یکدیگر شبیه است (مثلاً ثمن وجه نقد نیست)، بدین ترتیب، مفاد مادهٔ یاد شده از

۱. الموسوی البجنوردی، آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن، همان، ص ۷۱.

۲. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، همان.

نظر وحدت ملاک در مورد ثمن شخصی نیز جاری می‌شود.<sup>۱</sup>

برخی از فقها نیز قاعده مورد بحث را خاص مبیع نمی‌دانند و آن را در معاملات و معاوضات دیگر هم قابل تسری می‌دانند.<sup>۲</sup> در بین حقوقدانان هم راجع به مقدار دلالت قاعده، نظر واحدی وجود ندارد. بعضی از آنان اعتقاد دارند که این قاعده، از نظر فقهی منحصرأً متکی به دلیل روایی است که فقط ناظر به مورد تلف مبیع می‌باشد و نمی‌تواند در تمام عقود معاوضی مورد استناد قرار بگیرد یا قانون مدنی به پیروی از حقوق امامیه، استثنائاً حکم خاصی برای تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) مقرر داشته است<sup>۳</sup> و در مقابل عدّه دیگری، حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی را موافق قاعده و در مورد مشابه، جاری دانسته، یعنی حدیث مستند این ماده را اختصاص به مبیع نمی‌دانند، بلکه آن را شامل جمیع عقود معوض دانسته‌اند.<sup>۴</sup>

بدین ترتیب و با توجه به مطالب پیش گفته، به نظر می‌رسد که، پیروان هر دو عقیده برای طرح و اثبات نظریه خود، استدلالات محکمی ارائه نموده‌اند. اما، اگر قرار باشد یکی از این دو تئوری مطرح شده را انتخاب کنیم، نظریه‌ای که قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی را موافق قاعده و در موارد مشابه جاری و ساری می‌داند، موجه‌تر است. دلیل دیگری که این تئوری را می‌تواند تقویت کند، جستجو و یافتن موارد مشابه در قانون مدنی و استفاده از روش استقراء، یعنی، بررسی جزئیات یک کلی از یک سنخ و استخراج قاعده کلی مشترک بین آن اجزا است. در این راستا با تدقیق و تحقیق در برخی از مواد قانون مدنی، در می‌یابیم که در میان عقود معین و معوض، احکام مشابهی مانند ضمان معاوضی و حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی یافت می‌شود که در آنها تلف قهری

۱. امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵۴.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، همان، صص ۳۱۴ و ۳۱۵.

۳. شهیدی، مهدی، همان، ص ۱۶۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، همان، حقوق مدنی، همان، صص ۱۸۸ و ۲۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، همان، ج ۲، ص ۱۴۱۱.

موضوع تملک پیش از قبض به نحوی به عهده انتقال دهنده، قرار داده شده است و انفساخ عقد معوض، اختصاص به عقد بیع ندارد و حکمی عام است. از جمله این موارد، می‌توان به آثار برخی از فقها در خصوص موضوع و مواد قانون مدنی در اجاره (ماده ۴۸۳ قانون مدنی) جماله (ماده ۵۶۱ قانون مدنی) و قرض (ماده ۸۴۸ قانون مدنی) را مشاهده کرد. بنابراین، می‌توان گفت که تلف مبیع پیش از قبض، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه محسوب نمی‌شود و این قاعده به عقد بیع و مبیع اختصاص ندارد.

#### گفتار دوم - تراضی برخلاف قاعده

سؤال این است که آیا متعاملین می‌توانند سقوط ضمان تلف مبیع قبل از قبض را در قرارداد شرط کنند و یا پس از عقد، آن را از بین ببرند؟ از دو منظر می‌توان به این پرسش، پاسخ داد؛ نخست باید ببینیم آیا حقی در این اثناء موجود است که ذی‌حق یا طرفین عقد بتوانند آن را به اراده خود، از بین ببرند یا این ضمان، اثر قهری تلف است و در حدود توان متعاملین نیست که قادر باشند آن را از میان بردارند.

در مباحث گذشته دیدیم که از زمان انعقاد بیع، ملکیت از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد و با تلف مبیع پیش از قبض، عقد منفسخ می‌شود. فلذا، در اختیار فروشنده و خریدار نمی‌باشد که بخواهند چنین شرطی را در عقد بیاورند و ممکن است به این دلیل باشد که بعضی از فقها و حقوقدانان، تراضی بر ضد این قاعده را نپذیرفته‌اند. بنابراین، در اینجا ضمان معاوضی، اثر قهری تلف مبیع و حکم قانون است که از شرع یا عقل گرفته شده است. بدین ترتیب، آن گونه که برخی نوشته‌اند؛ متعاملین نمی‌توانند اسقاط آن را در عقد شرط نمایند و یا پس از عقد، آن را ساقط کنند<sup>۱</sup> و مسأله حق برای طرفین عقد مطرح نمی‌شود که آنان بتوانند سقوط آن را شرط نمایند. به بیان دیگر این: «یک امری است که واقع می‌شود به موجب اعتبار شرع یا عقلاء»<sup>۲</sup>. پس با این نگاه، ضمانتی که از تلف مبیع

۱. امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵۰.

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۲۹۹.

پیش از قبض پیش می‌آید، قابل اسقاط نخواهد بود.

بالعکس و از منظر دیگر، می‌توان تراضی برخلاف قاعده را پذیرفت. زیرا، در طول مباحث گذشته، به این نتیجه رسیدیم که نظریه قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ضمان معاوضی، در راستای قواعد عمومی قراردادها و متابعت از قصد مشترک طرفین عقد است نه حکمی استثنایی. بنابراین، ناگزیر بایستی اعتقاد داشته باشیم که متعاملین می‌توانند برخلاف مفاد این قاعده تراضی کنند. ایراد نشود که این امر مخالف اخلاق حسنه و یا نظم عمومی تلقی می‌شود. (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) چون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مفهوم و اهداف خاصی را تعقیب می‌نمایند که حفظ نظم عمومی و جریحه‌دار نکردن احساسات جامعه می‌تواند در زمره آنها قرار گیرد. پس با تدقیق در موضوع نتیجه می‌گیریم که نه به این جهات و نه به دلایل دیگر، منعی دیده نمی‌شود که طرفین عقد، وفق قواعد عمومی قراردادها و قصد مشترک خویش، خلاف این قاعده را در قرارداد خود شرط نمایند.

به بیان دیگر، چون ما قاعده را ناشی از خواست و اراده طرفین و با چهره تکمیلی دانستیم، تصریح برخلاف آن و حتی اسقاط یا انتقال آن را نباید باطل و یا مبطل عقد تلقی نمود. تا آنجا که گفته شده: طرفین همیشه می‌توانند برخلاف این وضع، که خود بنیان‌گذار اصلی آن هستند، با هم توافق کنند.<sup>۱</sup> یا آنکه (اگر) طرفین ضمن عقد، توافق نمایند که در مواردی با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف همچنان برعهده فروشنده باشد، در این صورت با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی‌شود و تلف برعهده فروشنده باقی است.<sup>۲</sup>

از جنبه دیگر نیز می‌توان این عقیده را تقویت کرد و آن این است: قاعده یاد شده از جمله قواعد آمره مانند حکم شرط قبض در بیع صرف<sup>۳</sup> (ماده ۳۶۴ قانون مدنی) و رهن

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۹۰.

۲. سلطان‌زاده، هدایت‌الله، همان.

۳. برای ملاحظه شرایط و احکام این نوع بیع، رک: شهید اول، اللعنة الدمشقیه، الناشر دارالناصر، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ، صص ۱۲۲ و ۱۲۳.

(ماده ۷۷۲ قانون مدنی) یا هبه (ماده ۷۹۸ قانون مدنی) نیست که طرفین قرارداد نتوانند برخلاف آن تراضی نمایند. زیرا، ما آن را استثنایی بر اصول کلی حقوقی به حساب نیاوردیم. بدین ترتیب، هرچند دلایل هر دو گروه، قابل توجیه است. ولی، دیدیم که عقیده اخیر که قائل بود تراضی برخلاف قاعده، نافذ می‌باشد، موجه‌تر است.

### گفتار سوم - تلف جزء مبیع و عیب آن

#### الف - تلف جزء مبیع

ظاهراً دلالت قاعده، در مورد کل مبیع است، نه تلف جزء آن. یعنی، هرگاه کل مبیع پیش از قبض بدون تقصیر فروشنده از بین برود، تلف از مال بایع حساب می‌شود. حال می‌خواهیم بررسی کنیم، اگر قسمتی از مبیع قبل از قبض مشتری تلف گردد و بخشی از آن باقی بماند، آیا باز هم دامنه قاعده آن را دربرمی‌گیرد یا تلف جزء مبیع، خارج از گستره قاعده است؟ وجه سومی که می‌توان تصور کرد این است که نسبت به تلف بعض از مبیع، قاعده جاری شود، یعنی عقد منفسخ گردد و نسبت به جزئی که تلف نشده و باقی است عقد معتبر باشد. مثلاً، هرگاه مشتری ۱۰ تن گندم از فروشنده خریداری کند و پیش از قبض بر اثر جاری شدن سیل (بدون تقصیر و اهمال فروشنده) ۲ تن از گندم‌ها را سیل ببرد و تلف کند، در اینجا بر اثر نقصی که در مبیع به وجود آمده است، مشتری می‌تواند معامله را فسخ نماید، همان‌گونه که ماده ۳۸۸ قانون مدنی، (راجع به مبیع تجزیه ناپذیر)، پیش‌بینی کرده است. این ماده مقرر می‌نماید: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.» اینک دو فرض می‌توان تصور کرد، نخست اینکه در چنین حالتی عقد به دو جزء تبدیل می‌شود، یک قسم آن شامل قاعده و طبق آن عقد منفسخ می‌گردد و به نسبت قیمت از ثمن کسر می‌شود و نسبت به بعض دیگر معامله صحیح است، ولی مشتری می‌تواند از اختیار تبعض صفا استفاده کند (ماده ۴۴۱ قانون مدنی) اما، هرگاه مبیع به گونه‌ای باشد که اگر قسمتی از آن تلف شود، قسمت باقی مانده، قابل استفاده متعارف نیست، نمی‌توان چنین نظری داد، چنانکه مبیع تراکتور و شخم‌زن یا بذریاش باشد و تراکتور تلف شود، تلف جزء در حکم تلف کل است و

قابل تجزیه نیست. زیرا، اصولاً شخم‌زن، بدون تراکتور قابل استفاده نمی‌باشد. به طوری که بعضی نوشته‌اند: «در این مورد، انفساخ عقد امکان ندارد.<sup>۱</sup> در این باره برخی در عین اینکه تلف بعض مبیع را شامل قاعده می‌دانند، مشتری را مختار میان فسخ و گرفتن تفاوت می‌دانند و می‌نویسند: «و اما اذا وقع التلف على بعض المبيع فهل تشمل هذه القاعدة و بنفسخ البيع و يرجع تمام الثمن الى المشتري اولاً يفسخ اصلاً او يفصل...»<sup>۲</sup>

#### ب - عیب مبیع

هرچند بین عیب مبیع و تلف جزء آن، تفاوت اندکی مشاهده می‌شود و می‌توانستیم در بحث قبلی به این مورد هم اشاره کنیم. ولی، چون ممکن است نویسندگان قانون مدنی از مبنای مختلفی در مورد این دو مقوله بهره‌برداری کرده باشند، ما نیز این دو موضوع را مستقلاً بررسی می‌کنیم. به بیان دیگر در اینجا می‌خواهیم ببینیم، هرگاه پس از انجام معامله و پیش از اینکه مبیع به قبض مشتری داده شود، مبیع بر اثر واقعه‌ای طبیعی، معیوب شود (نه اینکه بعضی از آن تلف گردد)، خریدار چه حق یا حقوقی دارد و سرنوشت این معامله چیست؟

بحثی که در خصوص خود قاعده مطرح بود و مورد بررسی قرار گرفت، در بحث حاضر نیز پیش می‌آید. یعنی، اگر کسر قیمت مبیع ناشی از عیب مبیع را به بایع نسبت بدهیم (در حالی که بدون اهمال و تقصیر وی مبیع معیوب شده) این ایراد مطرح می‌شود که چرا ضمان مال دیگری که فروشنده چون امینی از آن نگهداری کرده، و به علت حادثه‌ای قهری معیوب گردیده است را باید بایع تحمل کند؟ به نظر نمی‌رسد پاسخ، چیزی باشد. جز آنچه در مورد قاعده شرح داده شد. اما، راه‌حل مسأله را قانون مدنی ما در ماده ۴۲۵، که می‌توان آن را از آثار ضمان معاوضی دانست، این گونه بیان می‌کند: عیبی که بعد از مبیع و قبل از قبض در مبیع حادث می‌شود در حکم عیب سابق است. به این معنا که، مشتری

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۰۰.

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله العظمی سیدمیرزا حسن، همان، ص ۷۰.

مختار است معامله را فسخ کند و یا اینکه با دریافت ارش، معامله را قبول نماید. (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)

اما این نظر، کمی با عقیده حضرت امام خمینی (ره)، اختلاف دارد. زیرا، ایشان می‌فرمایند: اگر قبل از قبض، (مبیع) عیب پیدا کند، خریدار بین فسخ و امضای آن در برابر تمام ثمن، خیار دارد، و در اینکه حق گرفتن تفاوت داشته باشد، تردد است، اقوی آن است که استحقاق ندارد.<sup>۱</sup>

به هر حال آنچه در ماده ۳۸۸ قانون مدنی در بحث قبلی دیدیم که وفق آن هرگاه پیش از تسلیم، در مبیع نقصی حاصل شود، خریدار حق فسخ معامله را دارد، با آنچه در مواد ۴۲۵ و ۴۲۲ این قانون دیده می‌شود و براساس آنها، «ارش» هم مطرح گردیده است، اختلاف وجود دارد و آن گونه که دکتر کاتوزیان نوشته‌اند، بهتر است بگوییم: ماده ۳۸۸ (قانون مدنی)، در مقام بیان همهٔ اختیارهای مشتری نبوده و خواسته است، در برابر حکم به انفساخ عقد در ماده ۳۸۸، حق فسخ خریدار را در مورد نقص مبیع یادآور شود و این توهم را که ممکن است در این مورد نیز حکم به انفساخ عقد داد از بین ببرد، بنابراین، شناختن حق فسخ برای خریدار، به ویژه در این شرایط، منافاتی با این اختیار ندارد که او بتواند، مبیع را نگاهدارد و از بابت نقص، ارش بگیرد.<sup>۲</sup>

#### گفتار چهارم - تلف مبیع، پس از قبض

در مباحث گذشته (مبحث دوم، بخش نخست، جزء ۱ از بند ج) اشاره کردیم که یکی از شرایط اعمال قاعده مورد بحث و ضمان معاوضی این است که تلف مبیع، قبل از قبض باشد (نه بعد از آن)، پس، مفهوم این عبارت آن است که اگر مبیع بعد از تسلیم تلف شود، از مال دارندهٔ آن یعنی مشتری است. بنابراین، شاید ایراد شود که باز کردن بحثی با عنوان حاضر، خالی از فایده است. به علاوه، دیدیم، وقتی مبیع عین معین خارجی است، با انعقاد

۱. امام خمینی (ره)، *تحریر الوسیله (ترجمه)*، همان، ص ۴۱۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۰۱.

عقد، مالکیت انتقال می‌یابد و عمل قبض، تأثیری در تحقق و صحت آن نخواهد داشت و در اثر تسلیم مبیع، ضمان معاوضی هم از فروشنده به خریدار منتقل می‌گردد. اما، در اینجا استثنایی دیده می‌شود که ناگزیر بایستی مستقلاً به آن پرداخته شود و آن هنگامی است که مبیع در زمان خیار مجلس، حیوان یا شرط و آن هم وقتی که خیار مختص خریدار است، تلف شود. در چنین حالتی نیز به حکم قاعده فقهی: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له<sup>۱</sup> و ماده ۴۵۳ قانون مدنی، تلف یا نقص به عهده فروشنده قرار می‌گیرد. این ماده مقرر می‌نماید: «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.» بدین ترتیب، اگر خریدار ثمن را به فروشنده تسلیم نکرده باشد، آن را به وی نمی‌پردازد و اگر پرداخته است، می‌تواند بهایی را که داده، از بایع مسترد نماید. در مورد توجیه این حکم گفته شده است که مبنای فقهی آن صرفاً روایات وارده می‌باشد و نمی‌توان آن را با قواعد کلی منطبق ساخت.<sup>۲</sup>

بدیهی است اگر پس از قبض یا تسلیم، مبیع توسط فروشنده یا خریدار و یا شخص ثالث، از میان رفت، عقد منفسخ نمی‌شود و به طوری که در گفتار آتی به آن خواهیم پرداخت مسئولیت تلف متوجه کسی خواهد بود که مبیع را تلف کرده است. مضافاً اینکه، اگر مشتری پس از قبض مبیع را به عنوان امانت نزد بایع قرارداد و مورد عقد، بدون تقصیر فروشنده از بین رفت، فروشنده مسئولیتی نخواهد داشت. در اینجا مناسب است عیناً سؤال و جوابی که به نحوی به موضوع مرتبط می‌باشد (و از یکی از علمای معاصر نقل شده است) را بیاوریم و این بحث را خاتمه دهیم: «شخصی جنسی شکستنی را به فردی فروخت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، در مورد معنا و مفهوم این قاعده می‌نویسد: یعنی تلف مورد معامله (به اُفت سماوی و قهری بدون تفریط یکی از متعاقبین) و در زمان خیار به عهده کسی است که خیار ندارد، خواه بایع باشد، خواه مشتری. این قاعده در ماده ۴۵۳ قانون مدنی هم وارد شده است، خلاف مقتضای اصول حقوقی است، ر.ک: *ترمیم‌نویزی حقوقی*، همان، ص ۷۷۳.

۲. شهیدی، مهدی، همان، ص ۲۰۲.

و مشتری کل پول را یکجا به بایع داد و بایع چندین بار به مشتری تذکر اکید داده که بیا جنست را ببر، ولی مشتری کوتاهی نمود و آن جنس بدون افراط و تفریط شکست آیا بایع باید پول را به مشتری بپردازد؟ ج - در مورد سؤال، چنانچه قبل از آنکه بایع مبیع را به قبض مشتری بدهد مبیع تلف شده ضمان آن به عهده بایع است، ولی اگر مبیع را به قبض مشتری داده و مشتری بعد از قبض مبیع را به طور امانت پیش بایع گذاشته و بدون تقصیر بایع تلف شده ضامن نیست. و در نزاع موضوعی مرافعه شرعیه لازم است و الله العالم.<sup>۱</sup>

#### گفتار پنجم - اتلاف

قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی، ناظر به تلف مبیع است، نه اتلاف آن و منظور این بود که مبیع در حالی که عین خارجی معین (قابل حس و اشاره) است، پیش از اینکه به دست خریدار برسد، بدون تعدی، تفریط و اهمال فروشنده، تلف شود. مثلاً بر اثر حوادثی از قبیل سیل و زلزله و آفات سماوی از بین برود، که در این صورت تلف از مال بایع محسوب است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا اگر مبیع به طور عمدی یا بر اثر تعدی، تفریط و یا اهمال توسط فروشنده، خریدار و یا شخص ثالثی تلف شد، باز هم قاعده یاد شده جاری و ساری است یا حکم قضیه به کلی تغییر می‌کند. برای رسیدن به پاسخ مناسب هر مورد را جداگانه بررسی می‌کنیم:

#### الف - اتلاف به وسیله فروشنده

ماده ۳۰۷ قانون مدنی، اتلاف را در زمره اموری که موجب ضمان قهری می‌باشد، آورده است و ماده ۳۲۸ قانون مزبور در این خصوص مقرر می‌کند: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت، و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.» بدین ترتیب، در صورت تلف یا اتلاف مال از سوی بایع، عقد منفسخ نمی‌شود. بلکه، فروشنده باید بدل، یعنی مثل یا قیمت مال تلف شده را به خریدار

۱. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی، همان، (س ۳۷۱).

تسلیم کند. به بیان دیگر، تعهد او همچنان پابرجا است و این نظر بسیاری از فقهای شیعه است که قانون مدنی هم از آن تبعیت کرده است. ولی، در مقابل این نظر و هنگامی که متلف بایع است در این خصوص بعضی نوشته‌اند: ما که گفتیم به صرف تلف به ملک بایع برمی‌گردد، پس ملک خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است؛ پس صرفاً قاعده کل مبیع... جاری می‌شود.<sup>۱</sup> اما، این نظر محل تأمل است. زیرا، هرگاه فروشنده قبل از قبض مبیع را از بین برده باشد، مشکل است بتوان گفت مال خودش را تلف کرده است، چون با وقوع عقد بیع، ملکیت به خریدار منتقل می‌شود و دیگر مال متعلق به فروشنده نیست که بتواند آن را تلف کند هرچند مبیع هنوز نزد بایع است، همان‌گونه که اگر فروشنده، آن را به دیگری بفروشد، فروش مال غیر مطرح می‌شود و اگر خیانتی در مورد آن نماید، تحت شرایطی ممکن است مصداق خائن در امانت تلقی شود. به علاوه، ما در بحث‌های گذشته به ماده ۳۸۷ قانون مدنی به عنوان نمونه آشکار ضامن معاوضی اشاره کردیم و دیدیم که تنها اگر مبیع پیش از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع، آن هم بر اثر حوادث قهری، آفات سماوی، سوانح طبیعی و فرس مازور، از بین برود، عقد منفسخ می‌شود و بهاء باید به خریدار برگردانده شود. یعنی مقنن با آوردن قید تقصیر و اهمال، در واقع اتلاف را از تحت شمول قاعده مورد بحث خارج نموده است.

در مقابل این نظر مشهور، در فقه نظرات دیگری هم وجود دارد که به دلیل اختصار، از ورود به مباحث آن پرهیز می‌نماییم.<sup>۲</sup> اما، از جنبه حقوقی، نباید از نظر دور داشت که هرگاه بایع عمداً یا بر اثر تعدی، تفریط و سستی سبب تلف مبیع شود، خریدار در مواردی بتواند با استفاده از خیار تخلف شرط، بیع را فسخ نماید. (ماده ۴۴۴ قانون مدنی)

#### ب - اتلاف به وسیله خریدار

ما معتقدیم که به محض بستن عقد، انتقال مالکیت تحقق می‌یابد و نیازی نمی‌بینیم

۱. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۳۰۰.

۲. برای مطالعه ر.ک: منحق داماد، سیدمصطفی، و ساخذی که ایشان ذکر کرده‌اند، همان، ص ۱۹۹.

که توسط مشتری عمل قبض مبیع انجام شود تا عقد بیع واقع گردد، در نتیجه، تملیک عین به عوض معلوم را در عالم اعتبار می‌پذیریم، نه مبادله مبیع و کالا به پول در عالم خارج، پس در حالت عادی تلف و خسارت وارده به ثمن، مربوط به مشتری است و حوادث و خسارات وارده به مبیع، به فروشنده تعلق دارد. وانگهی طبق ماده ۳۸۹ قانون مدنی، در مورد مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ این قانون، هرگاه تلف شدن مبیع یا نقص آن، ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند. بنابراین، هرگاه پیش از قبض، خود خریدار، مبیع را تلف نماید یا ناقص کند، در اینجا مشتری در واقع مال خود را از بین برده یا ناقص کرده است. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع پیش از قبض در این مورد جاری نمی‌شود. زیرا، تلف کردن مشتری مساوی قبض است. به بیان روشن‌تر، خریدار بایستی مبیع را دریافت و قبض کند تا بتواند از آن استفاده کند یا تلف نماید و وقتی آن را از میان برد، مفهوم آن این است که آن را قبض نموده و سپس تلف کرده است. حتی اگر به نحو دیگری (که بتوان به او نسبت داد)، قبل از قبض مبیع، خریدار آن را تلف نماید، باز هم مانند و در حکم قبض است، چنانچه مبیع جسمی باشد از جنس شیشه و مشتری از دور شیئی را به طرف آن پرتاب کند و مبیع را بشکند که در اینجا نیز هرچند خریدار مبیع را به معنای عرفی آن قبض نکرده است. لیکن، چون تلف منتسب به او است. یعنی باز هم منتقل الیه مال خود را تلف کرده است و دیگری ضامن نیست و حتی، در صورتی که مبیع به وسیله عمل مشتری تلف شود اگرچه نداند که در مبیع متعلق به خود تصرف می‌نماید، قبض فعلی محسوب است.<sup>۱</sup>

اما، اگر خریدار مبیع را تلف کند، در حالی که به وسیله فروشنده، فریفته شده باشد، نباید مشتری را مسئول تلف مبیع دانست. بلکه، تلف به عهده بایع است. مثلاً، اگر خریدار سفارش تهیه مقداری شیرینی به فروشنده بدهد و فروشنده آن را آماده کند و در اختیار خریدار قرار دهد. ولی هنگام تسلیم، خریدار را فریب دهد و به او بگوید: شیرینی خوبی

است، می‌توانی بین مردم تقسیم کنی و خودت هم مصرف نمایی و مشتری به تصور اینکه این شیرینی خیراتی است، آن را میان مردم تقسیم و مصرف کند و سپس فروشنده اظهار نماید که: شیرینی خودت بود!

لذا، در اینجا اگر سبب اقوی از مباشر باشد، مسبب (بایع) را باید مسئول تلف شناخت (ماده ۳۳۲ قانون مدنی)، ولی در موردی که هر دو حقیقت را نمی‌دانند و خریدار بدون توجه مبیع را تلف می‌کند، باید آن را در حکم قبض به شمار آورد. زیرا، گفته شد که قبض یا تسلیم، عمل حقوقی مستقل نیست و لزومی ندارد که با اراده انجام پذیرد. قبض وسیله‌ای است تا مبیع در اختیار مشتری قرار گیرد و این وسیله با تلف مبیع تحقق می‌پذیرد، خواه تلف به عمد باشد یا در اثر خطا.<sup>۱</sup>

#### پ - اتلاف به وسیله شخص ثالث

در موردی که مبیع پیش از قبض، توسط شخص ثالث تلف می‌شود، ظاهراً قانون مدنی ساکت می‌باشد و حکم خاصی را بیان نکرده است. با این وجود شاید بگوییم تلف به وسیله شخص ثالث، شبیه تلف توسط بایع است و با این وحدت ملاک، هر دو یک حکم را خواهند داشت. اما، این استدلال درست نیست. زیرا، در مورد فروشنده، قانونگذار با قید: «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» اتلاف را از قلمرو ماده ۳۸۷ قانون مدنی، خارج کرده است. در هر حال برای بررسی این بحث، وجوه مختلفی را می‌توان تصور کرد. نخستین فرض این است که قاعده را جاری کنیم و تلف توسط شخص ثالث را موجب انفساخ عقد بدانیم که در این حالت، تلف از مال بایع خواهد بود و در نتیجه خریدار اگر ثمن را به بایع پرداخت نموده است. آن را مسترد می‌کند و هرگاه آن را نپرداخته باشد، نمی‌پردازد. وجه دوم این است که ضمان را برعهده شخص ثالث بار کنیم و سرانجام مشتری را مخیر نماییم که معامله را فسخ کند و یا برای دریافت بها (اگر پرداخت کرده است) به فروشنده یا شخص ثالث مراجعه نماید. بنابراین، در اینجا مشاهده می‌کنیم که علاوه بر قاعده مانحن فیه،

قاعده فقهی و حقوقی دیگری هم مطرح می‌شود و آن قاعده: (من اتلف مال الغير فهو له ضامن)<sup>۱</sup>. یعنی هر کس مال دیگری را تلف نماید، ضامن است و ما نمود این قاعده را در مواد ۳۲۸ لغایت ۳۳۰ قانون مدنی می‌توانیم شاهد باشیم.

برای بررسی این موضوع هم مناسب است به منشأ عقد برگردیم و ببینیم که با وقوع عقد، ملکیت از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و سپس شخص ثالث، مال خریدار را تلف می‌کند و در مقابل او مسئول است. ولی، ما با وجود اینکه معامله را از تاریخ انعقاد عقد تمام شده تلقی کردیم، قاعده تلف مبیع را جاری نمودیم و استناد ما برای این کار، علاوه بر دلیل عقلی دو روایت بود که برابر حدیث دوم، امام (ع) در پاسخ به سؤال عقبه بن خالد و درباره اینکه اگر در فاصله بین معامله و قبض، کالا سرقت شود (تلف شود)، از مال چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: از مال صاحب آن کالا که در منزلش به جای مانده است.

بنابراین، در اینجا باید قائل بود که قاعده تلف مبیع قبل از قبض جاری است. مع‌ذلک، شخص ثالث در مقابل فروشنده ضامن و مسئول خواهد بود. زیرا، سرقت مال، به نحوی در حکم تلف مال به وسیله قوه قاهره تلقی می‌شود. به علاوه، با تلف مال به وسیله شخص ثالث، معمولاً نام و نشانی از ثالث در اختیار خریدار نیست تا بتوان او را مسئول پی‌گیری و وصول مبیع و یا دریافت بدل و خسارت محسوب نمود.

در موردی که از طرف بایع و مشتری شخصی وکیل است یا، ولی آنان می‌باشد، و یا فروشنده از یک طرف می‌فروشد و از سوی دیگر وکیل خریدار است، اگر مبیع نزد او از بین برود، می‌توان گفت، تلف پس از قبض صورت گرفته، نه قبل از آن، که بتوانیم قاعده را جاری کنیم. زیرا، با وقوع معامله، قبض هم در واقع به عمل آمده است و نیازی به قبض جدید نیست. (ماده ۳۷۳ قانون مدنی)، ولی هنگامی که فروشنده برای تسلیم مبیع کسی را وکیل می‌کند، و وکیل، تعدی، تفریط و اهمال می‌نماید و بر اثر آن، مبیع تلف می‌شود، باید

۱. برای آشنایی بیشتر با این قاعده، ر.ک: محقق داماد، استاد سیدمصطفی، قواعد فقه، همان، ص ۱۱۰ به بعد.

گفت، تلف در ملک فروشنده محسوب است و چون ید امانی وکیل با تقصیر یا اهمال او به ید ضمانتی تبدیل می‌شود، بایع می‌تواند برای دریافت مثل یا قیمت به وکیل مراجعه کند. همان‌گونه که در مقدمه اشاره کردیم، بحث اصلی ما، در این تحقیق، ناظر به موردی بود که مبیع بدون هرگونه تقصیر و اهمال از سوی فروشنده، تلف می‌شد. با این حال، برای روشن شدن همان موضوع، این اواخر از ائتلاف هم سخن گفتیم، بنابراین، بحث و بررسی پیرامون مبحث ائتلاف، موضوعاً از دایره بررسی ما خارج است. لذا، همین جا به موضع خاتمه می‌دهیم و تلاش خواهیم کرد با مؤخره‌ای، پاره‌ای از یافته‌های این تحقیق را احصاء نماییم:

### مؤخره

بیان تمامی یافته‌های این نوشتار، آن هم در چند صفحه محدود، امر آسانی نیست؛ همچنین برای ارضاء علمی خواننده علاقه‌مندی که بدون مطالعه مباحث گوناگون این مقاله می‌خواهد با قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی بیشتر آشنا شود، مرور این مختصر کافی نخواهد بود. اما، رویه معمول این است که در پایان هر کار تحقیقی، نگارنده، به طور اختصار راجع به آنچه در مورد موضوع تحقیق به آن رسیده است، بنویسد. بدین ترتیب، نادیده گرفتن بخشی به عنوان نتیجه‌گیری یا مؤخره، اجتناب‌ناپذیر است. بنابراین، در ادامه تلاش خواهد شد تا برخی از یافته‌های این تحقیق را آن هم به اختصار، بیان نماییم:

- ۱ - برای دلالت و اعتبار قاعده مورد بحث، به روایات، عقل و سیره مسلمانان می‌توان اشاره کرد. مع ذلک، برای توجیه قاعده مزبور، علاوه بر مدارک و مستندات، می‌توان گفت: خریدار با دو هدف، یمان خرید می‌بندد، نخست انتقال مالکیت و دوم به دست آوردن مورد تعهد (مبیع). بنابراین، با انعقاد عقد، وی فقط به نیمی از خواسته خود رسیده است و بخش دوم آن که اهمیت بیشتری هم دارد. بدون قاعده یاد شده، پشتوانه مناسب نخواهد داشت. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع در راستای عدالت بوده، انصافاً و منطقاً نیز توجیه‌پذیر است؛
- ۲ - این قاعده، مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، ضمان معاوضی و انتقال ضمان (ریسک)،

علاوه بر معاملات داخلی، امروزه در بیع بین‌المللی کالا نیز به طور گسترده‌ای مورد توجه، استناد و بهره‌برداری قرار می‌گیرد؛

۳ - ملکیت مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می‌گردد. ولی، ضمان معاوضی هم چنان برعهده فروشنده باقی می‌ماند تا تسلیم انجام شود (با رعایت مفاد ماده ۴۵۳ قانون مدنی)، یعنی شیوه‌ای که قانون مدنی، به ویژه ماده ۳۸۷ آن، برگزیده است؛

۴ - برای اعمال قاعده و تحمیل خطر ناشی از تلف مبیع به فروشنده، شرایطی لازم است که مهم‌ترین آنها این است که، تلف مبیع، قبل از تسلیم صورت گیرد، تلف مبیع بدون تقصیر و اهمال بایع رخ داده باشد و مبیع هنگام تلف، عین معین باشد؛

۵ - در این قاعده، انفساخ عقد، از زمان تلف (نه بطلان آن)، موجب می‌شود که ضمان معاوضی برعهده فروشنده قرار گیرد. به بیان دیگر، تلف مبیع پیش از قبض، تنها نسبت به آینده عقد را منحل می‌سازد و تا زمان تلف، عقد آثار طبیعی خود را طی می‌کند و مبیع و نمرات و منافع آن به خریدار تعلق دارد. پس نمائات منفصله، از آن مشتری است؛

۶ - نمائات منفصله، در واقع در دست بایع امانت است و چون از یک سو آنها مستقلاً مورد معامله قرار نگرفته‌اند و از سوی دیگر، امین را نمی‌توان ضامن تلف یا نقصان مال و یا مسئول وقایعی دانست که دفع آنها خارج از اقتدار او است (مگر اینکه تعدی، تفریط یا اهمال در نگهداری اموال کرده باشد). پس، فروشنده نسبت به نمائاتی که بدون تقصیر او تلف شده است، ضامن نمی‌باشد و تلف و نمائات از شمول قاعده خارج است؛

۷ - مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای گوناگون، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، فاصله زمانی بین انجام معامله و تسلیم مبیع و زمان انتقال ضمان معاوضی، موجب گردیده است که در سال‌های اخیر جامعه جهانی به سوی تهیه و تدوین قواعد و مقررات یک پارچه، قدم بردارد تا سرعت، سهولت و اطمینان در روابط تجاری بین‌المللی تقویت شود که از جمله این تلاش‌ها، می‌توان از قواعد عرفی اتاق بازرگانی بین‌المللی (I.C.C) و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، مورخ

۱۹۸۰، نام برد؛

۸ - در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین (بیع بین‌المللی)، قضیه انفساخ قرارداد و تلف مبیع پیش از قبض، به وضوح دیده نمی‌شود و ظاهراً تدوین کنندگان کنوانسیون نخواستند حتی در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، عقد منفسخ یا باطل شود. با این حال، مواد ۶۶ لغایت ۷۰ این کنوانسیون، به مسائل انتقال ضمان معاوضی اختصاص یافته است؛

۹ - آثار تسلیم و تعیین لحظه‌ای که ضمان معاوضی (مخاطره و ریسک) از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد، در تجارت بین‌الملل از اهمیت فراوانی برخوردار است. بنابراین، مطابق ماده ۶۶ به بعد کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، با تسلیم مبیع به مشتری، ضمان معاوضی هم از سوی بایع به خریدار منتقل می‌گردد؛

۱۰ - قاعده تلف مبیع قبل از قبض و مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه نیست. بلکه، موافق قاعده عمومی قراردادهای بوده و در موارد مشابه از جمله تلف ثمن و در سایر معاملات و معاوضات قابلیت تسری دارد. به علاوه، عقیده‌ای که تراضی برخلاف قاعده را نافذ می‌داند، موجه‌تر است؛

۱۱ - تلف مبیع پس از قبض آن، از مال مشتری است و بر اثر تسلیم مبیع، ضمان معاوضی هم از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و تنها استثناء عادی آن، هنگامی است که مبیع در زمان خیار مجلس، حیوان یا شرط و آن هم وقتی که خیار مختص خریدار است، تلف شود (ماده ۴۵۳ قانون مدنی)؛

۱۲ - اگر پس از تسلیم، مبیع توسط فروشنده یا خریدار یا شخص ثالث، از میان رفت، عقد منفسخ نمی‌گردد و مسئولیت تلف، متوجه کسی خواهد بود که مبیع را تلف کرده است. یعنی، در اینجا، قاعده اتلاف مطرح می‌شود. زیرا، قاعده تلف مبیع پیش از قبض، ناظر به اتلاف مبیع نیست، بلکه فقط در مورد تلف آن است.