

## A Comparative Contemplation on the Rule regarding the Destruction of the Object of the Sale before Delivery in Article 387 of the Iranian Civil Code: A Comparative Study of Imamiah Jurisprudence, Iranian Law and CISG

Sayyed Abdol Motalleb Ahmad Zade Bazzaz<sup>1</sup>  
Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan<sup>2</sup>  
Sayyed Mohammad Sadegh Ghabooli Dorafshan<sup>3</sup>

Received: 09/10/2016; Accepted: 16/05/2017

### Abstract

Article 387 of the Iranian Civil Code, following the Imamiah thinkers, has prescribed the termination of sale in the case of the destruction of sold object before delivery to buyer without seller's encroachment or negligence. Now, the question is whether this rule is valid, and if the answer is affirmative, is the aforementioned rule applicable in case of price loss before delivery as well? Criticizing the grounds of this rule, this paper has concluded that they are not of sufficient strength. Accordingly, based on the opinion selected by the authors namely the failure of compensation for the weakness of source by the conduct of famous Imamiah jurists, absence of the conduct of wise men for imposing the losses resulted from loss on the seller, possibility of the claimed idjma (unanimity) to have a proof as well as the immediate transfer of ownership upon the contract conclusion, the buyer must suffer the losses. Correspondingly, the rule of article 387 is exceptional and its basis has not been followed by other articles of the Civil Code. It is noteworthy that the Convention on International Sale of Goods (CISG) has adopted this rule and despite confirming the immediate transfer of ownership upon the contract conclusion, has not accepted the transfer of risk to the buyer before delivery.

**Key words:** Destruction of the Sold Object, Delivery, Imamiah Jurisprudence, Article 387 of the Civil Code, CISG



<sup>1</sup> Assistant Professor of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Law, Mofid University.

<sup>2</sup> Assistant Professor of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author); Email: h.ghaboli@um.ac.ir

<sup>3</sup> PhD Candidate in Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Mofid University.

## درنگی مقایسه‌ای بر قاعده تلف میبع قبل از قبض در ماده ۳۸۷ قانون مدنی (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی)

تاریخ دریافت ۹۵/۰۷/۱۸ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۲/۲۶  
سید عبدالمطلب احمدزاده بزاز<sup>۱</sup>  
سید محمد هادی قبولی درافشان<sup>۲</sup>  
سید محمد صادق قبولی درافشان<sup>۳</sup>

### چکیده

ماده (۳۸۷) قانون مدنی به پیروی از اندیشمندان فقه امامی، در صورت تلف میبع پیش از تسلیم به مشتری و بدون تعدی و تفریط بایع، حکم به انفساخ بیع کرده است. حال سؤال این است که این حکم معتبر است یا خیر و بر فرض اعتبار آیا حکم یاد شده در مورد تلف ثمن قبل از قبض نیز مجری است؟ این جستار با نقد مستندات حکم به این نتیجه رسیده که این مستندات از استحکام لازم برخوردار نیست. بر اساس دیدگاه برگزیده نویسندگان مبنی بر عدم انجبار ضعف سند به عمل مشهور، عدم اثبات بنای عقلا در مورد اختصاص زیان ناشی از تلف به بایع، محتمل المدرك بودن اجماع ادعایی و نیز به دلیل انتقال مالکیت به مجرد انعقاد عقد، مشتری باید متحمل زیان گردد و حکم مندرج در ماده (۳۸۷) استثنایی بوده و سایر مواد قانون مدنی از مبنای آن، پیروی نکرده است. شایان ذکر است که کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز با حکم مزبور موافقت نموده و علیرغم تأیید انتقال مالکیت بمجرد انعقاد عقد، انتقال ضمان به مشتری پیش از تسلیم میبع را نپذیرفته است.

**واژگان کلیدی:** تلف میبع، قبض، فقه امامیه، ماده‌ی ۳۸۷ قانون مدنی، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.



<sup>۱</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید قم

<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)، رایانامه: h.ghaboli@um.ac.ir

<sup>۳</sup> دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید.



## مقدمه

حکم تلف مبیع قبل از قبض، یکی از مباحث مهم عقد بیع است و در متون فقهی امامی با استناد به قاعده *كُلُّ مَبِيعٍ تَلْفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ*، تلف از مال بایع محسوب شده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۲۰۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۷؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۱). این قاعده مورد توجه حقوق دانان (امامی، بی تا: ۴۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴: ۱۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۵۴؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۳۲۲-۳۲۳؛ عدل، ۱۳۴۲: ۲۶۸؛ شاهی، جعفر، مرندی، محمد رضا، ۱۳۹۶: ۱۷۹-۱۸۹؛ مظفری، محبت؛ محمدی، پژمان، ۱۳۹۵: ۵۷۳-۵۹۰؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۱۹) نیز قرار گرفته است. ماده (۳۸۷) قانون مدنی هم آن را پذیرفته و چنین مقرر داشته است که: «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود». در کنوانسیون بیع بین المللی به چنین حکمی تصریح نشده است لیکن می توان با توجه به مواد (۶۷)، (۶۸) و (۶۹) آن در رابطه با زمان انتقال مالکیت و انتقال ضمان با تسلیم کالا، به قواعد اصلی و فرعی دست یافت که حکم ماده (۳۸۷) قانون مدنی را تایید می کند.

سؤال اساسی که با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و انتقال مالکیت به مجرد انعقاد عقد، مطرح می شود این است که آیا حکم ماده (۳۸۷) ق.م.معتبر است یا خیر؟ و در فرض اعتبار، مطابق قواعد عمومی قراردادهاست و یا استثنائی محسوب می گردد؟ در فرض اخیر نیز این سؤال وجود دارد که این قاعده در مورد تلف ثمن پیش از تسلیم به بایع نیز مجری است و یا صرفاً به تلف مبیع اختصاص دارد؟ بدیهی است که در صورت استثنائی بودن قاعده مذکور، باید به قدر متیقن آن یعنی شمول آن نسبت مبیع اکتفا کرد.





برای جستجوی پاسخ مناسب شایسته است که ابتدا موضوع از دیدگاه فقه امامی و سپس از نظر قانون مدنی مطالعه گردد؛ چراکه بحث بیع در قانون مدنی متأثر از دستاوردهای ارزشمند فقیهان امامی است. همچنین مطالعه همزمان موضوع در کنوانسیون بیع بین المللی می تواند زمینه شناسایی نقاط قوت و ضعف نظام های حقوقی را در مورد موضوع فراهم کرده و راه را برای دست یابی به قوانین متحد الشکل هموارتر سازد. جستار حاضر از طریق توصیف و تحلیل مدارک و مستندات فقهی حکم ماده (۳۸۷) ق.م. و تبیین اختلاف نظر فقیهان در این زمینه و نیز بررسی مواد قانون مدنی و کنوانسیون بیع بین المللی، در راستای ارائه پاسخ مناسب، کوشیده است.

## ۱. مستندات فقهی حکم تلف مبیع قبل از قبض

### ۱-۱. روایات

#### ۱-۱-۱. روایت کُلُّ مَبِيعٍ تَلَفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ

بر اساس این روایت هر مبیعی که قبل از قبض آن تلف شود از مال بایع تلف شده است. (احسائی، ۱۴۰۵: ۲۱۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۴۰؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۴۲۲؛ بحر العلوم، بی تا: ۱۴۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۷۹؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۵)

#### ۱-۱-۲. روایت عقبه بن خالد

عقبه بن خالد از امام صادق (ع) چنین روایت نموده است که اگر مردی کالایی را از دیگری به بیع لازم بخرد و آن کالا را نزد وی باقی گذارده و بگوید که ان شاء الله فردا خواهم آمد، ولی در این فاصله آن کالا به سرقت برود، از مال چه کسی خواهد بود؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند، از مال صاحب آن کالا که در خانه اش باقی مانده است، خواهد بود تا این که آن را به مشتری تحویل بدهد و از خانه اش بیرون کند و وقتی آن را بیرون کرد، دیگر مشتری ضامن حق بایع خواهد بود تا این که مال او را به او برگرداند (احسائی، ۱۴۰۵: ۲۱۲؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۷۸؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱؛ بحر العلوم، بی تا: ۱۴۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۷۹؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۶)





### ۱-۳-۱. روایت برید بن معاویه

روایت حسن بن محبوب از علی بن رئاب از برید بن معاویه که از امام صادق (ع) پرسید، اگر مردی ده هزار تن از نی‌های موجود در یک انبار که همگی روی هم قرار دارند از یک نیزار هستند بخرد، در صورتی که در انبار مورد نظر سی هزار تن نی وجود داشته باشد و فروشنده بگوید از این نی‌ها ده هزار تن را به تو فروختم و مشتری قبول نماید و ده هزار درهم از ثمن نی‌ها را پرداخت نموده و فردی را برای قبض و کیل نماید و قبل از قبض، نی‌های موجود در انبار آتش بگیرد و بیست هزار تن از آن بسوزد و ده هزار تن باقی بماند، تکلیف چیست؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند، ده هزار تنی که باقی مانده است به مشتری تعلق دارد و بیست هزار تنی که سوخته است از مال بائع سوخته است (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۹)

### ۱-۴-۱. روایت ابن حجاج کرخی

حسین بن سعید از ابن مسکان از ابن حجاج کرخی چنین روایت کرده است که به امام صادق (ع) عرض کردم اگر طعام را تا موعد معینی خریداری نمایم { به صورت بیع مؤجل } و تاجران خواهان خرید طعام مذکور قبل از اینکه آن را قبض نمایم باشند؟ { یعنی حکم چنین معامله‌ای چیست؟ } ایشان (ع) در پاسخ فرمودند، اگر مبیع را به صورت مؤجل؛ همانگونه که خریده‌ای بفروشی، جایز است و بر عهده تو نیست که مبیع را قبل از اینکه آن را قبض کنی تحویل دهی. گفتم، اگر طعام را قبض کردم آیا لازم است که آن را با همان پیمان‌های که خریدم، تحویل دهم؟ ایشان (ع) فرمودند اگر تاجران رضایت داشته باشند جایز است و سپس فرمودند، هر طعامی را که از بیدر { خرمنگاه } یا طسوج { ناحیه } خریداری نمودی و آن طعام تلف شد { فأتی الله علیه یعنی بالای آسمانی آمد و آن را از بین برد }، مشتری فقط می‌تواند ثمن را مطالبه نماید و اگر کسی طعامی را از روی وصف خریداری نماید و نام قریه یا محل خاصی را برای آن ذکر نکند بر مالک طعام لازم است که آن را به مشتری تحویل دهد (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۹؛ حر عاملی، ۱۴۱۷: ۳۱۴؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۱۲؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۵۳۶؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۹)





### ۱-۱-۵. روایت علی بن یقین

علی بن یقین از امام معصوم (ع) درباره مردی که کالایی را می فروشد ولی آن را به قبض مشتری نمی دهد و ثمن را نیز قبض نمی نماید، سؤال کرد و امام (ع) در پاسخ فرمودند بایع و مشتری سه روز مهلت دارند و در صورتی که بایع اقدام به قبض نماید، کالا را فروخته است و در غیر این صورت بیعی بین آنها صورت پذیرفته است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۶).

### ۱-۲. اجماع

برخی از فقیهان چنین ابراز داشته اند که بسیاری از فقیهان امامی در مورد حکم تلف مبیع قبل از قبض، ادعای اجماع نموده و چنین بیان کرده اند که فقیهان بزرگی همچون؛ علامه حلی در تذکره الفقها و نیز سید جواد عاملی در مفتاح الکرامه به عدم اختلاف نظر امامیه در مورد حکم تلف مبیع قبل از قبض، اشاره نموده اند (بحرالعلوم، بی تا: ۱۴۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۲؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۱۴۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۴). برخی از فقیهان نیز با تذکر این نکته که برخی از فقهای اهل سنت در این زمینه اختلاف نظر دارند چنین ابراز می دارند که بالجمله در مورد این مسأله بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۴).

### ۱-۳. بنای عقلا

برخی از فقیهان بر این باورند که بنای عقلا در مسأله مورد نظر بر این است که خسارت به بایع وارد شود و علیرغم منعقد شدن عقد و انتقال مالکیت به مشتری، از آنجایی که بیع مقدمه تسلیم و اقباض بوده و هدف نهایی از تعهد، بهره برداری مشتری از مبیع است؛ اگر هدف مورد نظر ممتنع گردد، هیچ تکلیفی متوجه مشتری نخواهد بود چراکه او در مقابل تسلیم مبیع و بهره برداری از آن، اقدام به تعهد نموده است (خوئی، بی تا: ۴۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۲؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۹).

## ۲. نقد و بررسی مستندات

### ۱-۲. نقد و بررسی روایات از حیث سند

برخی از اندیشمندان فقه با ذکر این نکته که ملاک در اعتبار احادیث و ثوق به صدور



می باشد، در مورد اعتبار روایت نبوی *كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ* چنین اظهار نظر فرموده‌اند که اگر چه این حدیث از سند معتبری برخوردار نبوده و مرسل محسوب می گردد، لیکن فقیهان امامی آن را پذیرفته و با توجه به مضمون آن فتوا داده‌اند که این خود نشانگر مسلم بودن مفاد روایت در نزد ایشان و در نتیجه اطمینان به صدور و اعتبار آن است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۵).

به نظر می رسد که برای تشخیص اعتبار یا عدم اعتبار این حدیث باید به مبنای فقها توجه نمود و چنین معتقد شد که از دیدگاه فقهایی که عمل مشهور را جابر ضعف سند می دانند (محقق سبزواری، ۱۲۴۷: ۳۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۲۹: ۳۰۵؛ بهیانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۲۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۸۳)، این حدیث معتبر است، ولی در مقابل با توجه به مبنای فقیهان مخالف (خوئی، بی تا: ۳۹؛ طباطبائی قمی، ۱۴۱۵: ۴۵۷؛ فیاض کابلی، بی تا: ۳۵۷؛ طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۱۳۴) این حدیث معتبر نمی باشد.

بعضی از فقیهان نیز پس از ذکر این نکته که در سلسله راویان روایت عقبه بن خالد، فردی به نام محمد بن عبدالله بن هلال مشاهده می گردد که توثیق نشده است، چنین ابراز می دارند که علیرغم توثیق نشدن وی، مشیخی همچون محمد بن حسین بن ابی خطاب و حسین بن عبید و محمد بن یحیی صاحب کتاب نوادر {معروف به نوادر الحکمه اشعری} و ... از این شخص روایت کرده‌اند و علاوه بر این عقبه بن خالد ممدوح می باشد، لذا تردیدی در سند این روایت باقی نمی ماند (سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۸) برخی از صاحب نظران نیز بر این اعتقادند که هر چند این روایت به علت ناشناخته بودن عقبه بن خالد و نیز محمد بن عبدالله بن هلال، روایتی ضعیف می باشد، ولی ضعف آن به خاطر عمل مشهور و نیز ادعای اجماع بر مفاد آن، جبران می گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۰).

در مقابل، برخی از فقیهان چنین ابراز داشته‌اند که حتی با مبنای انجبار ضعف سند به عمل مشهور هم نمی توان ضعف سند این روایت را جبران نمود؛ چرا که هیچ یک از فقیهان به مضمون این روایت عمل ننموده و اکثر ایشان، تنها گذاشتن مشتری با مبیع را در تحقق قبض کافی دانسته و با این استدلال که ممکن است مشتری ابتدا مبیع را قبض کند و سپس آن را در نزد بایع به امانت گذارد، خارج کردن مبیع از محل نگهداری را لازمه قبض ندانسته‌اند





(خوئی، بی تا: ۳۹). به عقیده نویسندگان روایت یاد شده معتبر نمی باشد زیرا مبنای انجبار ضعف سند با عمل مشهور مورد پذیرش نیست؛ همچنانکه صرف وثوق به صدور روایت نیز در اعتبار آن کافی نبوده و جهت اعتبار روایت لازم است وثاقت روات احراز گردد.

روایت برید بن معاویه نیز از سوی برخی اندیشمندان، صحیح دانسته شده (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۵۳؛ بحرانی، بی تا: ۲۶۸؛ کاظمی تستری، بی تا: ۲۷۱؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۳۸؛ عاملی، ۱۴۲۷: ۳۳۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۹۹) و در برخی از مجامع روایی نیز به صحیح بودن آن تصریح شده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۱: ۱۷۱). برخی دیگر از فقیهان نیز بدون اظهار نظر در مورد سند این روایت و حتی بدون اینکه راجع به آن از اصطلاحی که بیانگر درجه اعتبار باشد استفاده نمایند، صرفاً در برخی از ابواب به آن استناد کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۵۷؛ طباطبائی قمی، ۱۴۰۰: ۳۵۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۵۲).

برخی از مجامع روایی پس از ذکر روایت ابن حجاج کرخی، چنین توجه داده‌اند که در مورد صحیح یا مجهول بودن این روایت تردید وجود دارد؛ چراکه منظور از ابن حجاج کرخی ممکن است یحیی و یا برادر وی خالد باشد، با این توضیح که احتمال می‌رود کلامی که در توثیق یحیی بن حجاج به کار رفته است دلالت بر توثیق برادر وی یعنی خالد بن حجاج داشته باشد (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۵۳۴). در برخی از کتاب‌های فقهی هم بدون اینکه از اصطلاح صحیح استفاده گردد به صورت کلی و از عنوان خبر استفاده شده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۴: ۳۰۷؛ کاشف الغطاء، بی تا: ۲۷۵) و در برخی دیگر هم که از اصطلاح صحیح در این مورد استفاده شده، به خالد بن حجاج اسناد داده شده است (بحرانی، ۱۴۲۱: ۵۳۹).

عده‌ای از فقیهان روایت علی بن یقطین را از حیث سند، قوی دانسته (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۷) و برخی نیز از آن به صحیح یاد کرده‌اند (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۴۹۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۴۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲: ۴۰۷). نظر نویسندگان این سطور با دیدگاه اندیشمندانی هماهنگ است که معتقدند در صحت و مجهول بودن روایت یاد شده تردید وجود دارد؛ ضمن اینکه صرف عمل فقیهان به روایت و استناد به آن در برخی ابواب فقهی را نمی‌توان دال بر اعتبار آن دانست. بعلاوه به عقیده نویسندگان، روایت از نظر دلالت بر







قاعده تلف مبیع قبل از قبض نیز قاصر است که این مورد در قسمت بعد تبیین خواهد شد.

## ۲-۲. نقد و بررسی روایات از حیث دلالت

بعضی از اندیشمندان فقه در مورد دلالت روایت نبوی بر قاعده مورد نظر، بر آنند که این روایت به صورت مطابقی بر قاعده مورد نظر دلالت دارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۰) و برخی هم دلالت روایت عقبه بن خالد بر قاعده مورد نظر را روشن دانسته (سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۸) و چنین توجه داده‌اند که دلالت این روایت بر قاعده همانند دلالت روایت نبوی است و هر دو روایت، تلف مبیع قبل از قبض را از مال بایع محسوب داشته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۰).

در مورد دلالت روایت برید بن معاویه بر قاعده تلف مبیع قبل از قبض نیز چنین گفته شده است که به دلیل اینکه روایت مذکور تلف مبیع کلی در معین و نه کلی در ذمه را به خاطر وقوع قبل از قبض، از مال بایع محسوب نموده است لذا به روشنی دلالت بر قاعده تلف دارد (سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۰۸)؛ اما از دیدگاه نگارندگان چنین به نظر می‌رسد که این روایت دلالتی بر قاعده مورد بحث ندارد؛ چراکه در فرض مطرح در آن، همه‌ی جنس معینی که مقداری از آن به صورت کلی در معین فروخته شده، از بین نرفته است بلکه معادل مقدار مبیع از آن باقی مانده است که در فرض تلف، همین مقدار در حق خریدار متعین گشته و نوبت به فسخ یا انفساخ قرارداد نمی‌رسد.

بر اساس مدلول ذیل روایت ابن حجاج کرخی نیز اگر طعام موجود در منطقه یا مکان خاصی از بین برود، خریدار نمی‌تواند بایع را الزام به تسلیم مبیع از غیر آن منطقه نماید بلکه تنها حق فسخ و دریافت ثمن پرداختی خویش را دارد. البته از دیدگاه طرفداران این نظریه امکان حمل روایت بر مختار بودن خریدار نسبت به فسخ یا صبر نیز وجود دارد (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۵۳۶). برخی از فقیهان نیز پس از اشاره به این روایت چنین اظهار نظر کرده‌اند که در این روایت مبیع معین شخصی از مبیع کلی در ذمه تفکیک شده است و در مورد اول اگر عین از بین برود معامله باطل است به این دلیل که مشتری ثمنش را می‌گیرد و در مورد دوم بایع موظف است که مبیع را تهیه نموده و به مشتری تسلیم نماید (سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۱۰). عده‌ای از صاحب‌نظران، روایت علی بن یقطین را دال بر مفاد قاعده ندانسته و ابراز داشته‌اند





که هر چند سند این روایت قوی است ولی ظاهراً بر آنچه در صدد تبیین آن هستیم دلالتی ندارد؛ چراکه در آن، چیزی که بر حکم تلف در سه روز دلالت کند، مشاهده نمی‌شود؛ بلکه پرسش و پاسخ در مورد عدم قبض و اقباض است بدون اینکه متعرض حکم تلف مبیع شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۷؛ سبحانی، ۱۳۸۸: ۶). به اعتقاد نویسندگان روایات یاد شده علاوه بر ضعف سندی، از ضعف دلالتی نیز برخوردار بوده و دلالتی بر قاعده تلف مبیع قبل از قبض نداشته و استدلال به آنها در این زمینه مخدوش است.

#### ۲-۳. نقد و بررسی اجماع

برخی از فقیهانی که اجماع را در بحث ضمان بایع قبل از تسلیم مبیع پذیرفته‌اند، چنین اجماعی صرفاً به عنوان تأکیدی تام بر مقصود است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۴) در نقد این نظر باید گفت که چنین اجماعی نمی‌تواند دلیل مستقلی در کنار سایر ادله باشد. عده دیگری از بزرگان فقه نیز اجماع مذکور را مؤید ضمان بایع قبل از قبض و بعد از سه روز دانسته و معتقدند که ضمان بایع اختصاص به تلف پیش از تسلیم و بعد از سه روز دارد. (سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۷؛ شهید اول به نقل از مفید و سلار دیلمی؛ ۱۴۱۷: ۲۷۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۳۸) در نقد دیدگاه اخیر نیز باید گفت که هیچ دلیلی که دلالت بر اختصاص ضمان بایع به تلف مبیع قبل از قبض و بعد از سه روز نماید، وجود ندارد و فقیهان یاد شده هیچ دلیلی برای ادعای خود مطرح نکرده‌اند. در هر حال به نظر نویسندگان، عمده دلیل در نقد اجماع مذکور، مدرکی بودن اجماع است که از صنف اجماعات معتبر در اصول فقه نمی‌باشد.<sup>۱</sup>

#### ۲-۴. نقد و بررسی بنای عقلا

برخی از فقیهان، بنای عقلا در این زمینه را ثابت ندانسته و گفته‌اند که اگر این بنا بر مسئول دانستن بایع در برخی موارد هم ثابت گردد باز هم نمی‌توان این سیره را در همه موارد ثابت دانست؛ چراکه ممکن است بنای عقلا در آن موارد ثابت شده از باب عدم تفاوت قیمت

<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر در مورد اعتبار اجماعات مدرکی ر. ک. موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۸۲؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۴؛ خوئی، بی تا: ۳۹.





مبیع و ثمن پرداختی از ناحیه مشتری باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۵۹۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۵۹).

### ۳. تبیین ادله وقوع تلف در ملک بائع و نقد آن ها

#### ۳-۱. شرطیت قبض برای صحت عقد و تحقق مالکیت

از دیدگاه عده‌ای از دانشمندان، ملکیت به صرف عقد ایجاد نمی‌شود؛ بلکه برای تحقق آن باید همانند بیع صرف و سلم، قبض در مجلس را شرط صحت عقد و تحقق مالکیت دانست. (رک، موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۱) عده‌ای هم با این ادعا که بهره مند ساختن طرف دیگر معامله، به منزله جزء اخیر علت تامه برای حصول تسلیط فعلی می‌باشد چنین گفته‌اند که در صورت وقوع تلف، قبل از تحقق جزء مذکور، عقد بیع به دلیل عدم وفا به تمام مقتضای آن منفسخ شده و تلف در ملک بائع رخ می‌دهد. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۶۰-۱۵۶)

در نقد این احتمال می‌توان گفت که از آنجایی که به اجماع فقیهان، قبض در حصول ملکیت دخالتی نداشته و ملکیت به صرف عقد تحقق می‌یابد، تقابض خارجی شرط صحت و تحقق مالکیت نیست. (رک، سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۷؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۴۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۹۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۷۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۱)

#### ۳-۲. ضمانی بودن ید بائع

بعضی از دانشمندان با ادعای غیر مأذونه بودن ید بائع و با استناد به قاعده فقهی علی الید ما أخذت حتی تؤدیه<sup>۱</sup> ضمان بائع نسبت به مبیع را واقعی دانسته و بر این باورند که به همین دلیل مبیع از مال بائع تلف شده است. (ر. ک، کاشف الغطاء، بی تا: ۹۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۱) برخی دیگر از اندیشمندان فقه نیز با تصریح به اینکه در اثر تلف، عقد بیع منفسخ نمی‌شود با توجه به عبارت فهو من مال بائعه تحمیل خسارت بر بائع را به علت ضمانی بودن ید او محتمل دانسته‌اند (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۰۱۴)

<sup>۱</sup> برای اطلاع بیشتر رک: نراقی، ۱۴۱۷: ۳۱۵؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۱۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۴؛ محمدی، ۱۳۸۹: ۱۰۷.





در رد این توجیه، گفته شده است که با توجه به امانی بودن ید بایع، نمی توان این احتمال را پذیرفت (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۱) و برخی هم در تأیید این رد چنین متذکر شده اند که اگر قرار باشد در تعیین تکلیف تلف مبیع قبل از قبض به قاعده ضمان ید استناد شود، استقلال قاعده تلف نادیده گرفته می شود. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۹۷) بعضی از محققان نیز بر این باورند که مفهوم من مال بایعه با ضمان و الزام بایع به پرداخت خسارت سازگار نیست و برای این منظور می بایست از تعبیر علی بایعه استفاده می شد. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸۴)

### ۳-۳. انفساخ آنامانی بیع قبل از تلف

همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم گروهی از فقیهان با این اعتقاد که عقد بیع به صورت تعبدی و لحظه ای قبل از تلف، منفسخ می گردد تلف را از مال بایع دانسته اند. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۷۷؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۳۰۴؛ رشتی، ۱۳۱۱: ۱۲؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۱) و چنانکه گفته شد تعبدی بودن حکم تلف مبیع قبل از قبض به دلیل عدم دلالت سندی و دلالتی روایات مورد استناد قابل پذیرش نیست.

### ۳-۴. بنای خردمندان

بعضی از دانشمندان در راستای توجیه وقوع تلف در ملک بایع چنین معتقد شده اند که خردمندان، بدون در نظر داشتن عوض، اقدام به معاوضه و معامله نمی کنند و بنای آنان بر این است که در ازای چیزی که می پردازند چیزی هم دریافت کنند و در غیر این صورت معامله یا معاوضه مورد نظر مصداق اکل مال به باطل است. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۹۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸۲) در نقد این نظر باید گفت که به مجرد انعقاد عقد بیع که یک عقد تملیکی است، انتقال مالکیت تحقق می یابد و مبیع به مالکیت مشتری در می آید و به همین دلیل نمائات حاصل از مبیع از تاریخ انعقاد تا انفساخ عقد متعلق به مشتری است، بنابراین اگرچه طرفین قرارداد در ازای چیزی که می پردازند عوضی دریافت نکنند اما این امر مستلزم اکل مال به باطل نیست و بنای عقلاً چنین معامله ای را تأیید می کند.





### ۳-۵. نظر مختار

از دیدگاه نگارندگان انفساخ آناً مائی عقد، نامتعارف و بازگشت مبیع به مالکیت بایع، امری استثنایی بوده که نیازمند تصریح شارع است و از آنجایی که با نقد مستندات قاعده بالاخص نقد سندی و دلالی روایات و همچنین گزینش مبنای عدم انجبار ضعف سند به عمل مشهور اعتبار قاعده با تردید روبروست، نمی توان روایات را به نوعی به منزله تصریح شارع دانست. علاوه بر این، بنای عقلا نیز مبنی بر عدم اقدام بر معامله ای که در آن عوضی در ازای چیزی که می پردازند دریافت نمی کنند، مصادره به مطلوب و دارای ایراد است چراکه برخی از طرفداران ضمان بایع نسبت به مبیع قبل از قبض، حکم قاعده را در مورد تلف ثمن قبل از قبض جاری ندانسته و حکم به ضمان مشتری نداده اند در حالی که انصاف اقتضا می کند که اگر قرار بر اعمال بنای عقلاست باید هم نسبت به ثمن و هم نسبت به مبیع اجرا شود. همچنین با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و اینکه تعهد بایع بر تسلیم مبیع به خریدار جنبه فرعی دارد، به نظر می رسد بنای عقلا نیز انتقال مالکیت مبیع به مشتری به مجرد انعقاد عقد را تأیید کرده و به عدم ضمان بایع در صورت تلف مبیع قبل از قبض حکم می کند و بر این اساس، نمی توان تلف مبیع قبل از قبض را از مال بایع محسوب نمود. همچنین بنای عقلا مؤید این امر است که چون عدم اجرای تعهد فرعی بایع، یعنی تسلیم مبیع به مشتری، باعث از بین رفتن آثار اصلی بیع نیست، نمی توان انحلال عقد را موجه دانست؛ در نهایت آنچه می توان از بنای عقلا انتظار داشت این است که بایع را امین دانسته و فقط در صورت تعدی و تفریط و یا اتلاف مبیع وی را ضامن می دانند. به بیان دیگر با توجه به اینکه مبیع در اثر عقد، به ملکیت مشتری در می آید و او این اختیار را دارد که فوراً آن را مطالبه کند، می توان چنین معتقد شد که در صورت عدم مطالبه فوری، مشتری بایع را امین فرض کرده است و تنها در صورتی می توان بایع را ضامن تلف امانت دانست که در نگهداری از آن مرتکب تقصیر شده باشد. از سوی دیگر به نظر می رسد که اگر مشتری تأخیر در تسلیم را نخواهد و در این فاصله مبیع تلف شود، ید بایع امانی نبوده و در نتیجه ضامن رد مثل یا قیمت مبیع خواهد بود.





#### ۴. بررسی شمول حکم تلف مبیع قبل از قبض نسبت به ثمن

به نظر نویسندگان این سطور حتی اگر قاعده تلف مبیع قبل از قبض مورد پذیرش قرار گیرد، باید به قدر متیقن آن یعنی شمول آن نسبت به مبیع اکتفا شود و نمی توان حکم یاد شده را به ثمن نیز سرایت داد. از آنجا که اندیشمندان فقه امامی و حقوقدانان در این زمینه دیدگاههای متفاوتی را ارائه کرده اند لذا به اختصار به بیان دیدگاهها و استدلالات آنها پرداخته و ادله طرفداران تعمیم قاعده به ثمن را مورد نقد قرار می دهیم. به طور کلی راجع به گستره حکم مذکور و شمول یا عدم شمول آن نسبت به ثمن، بین فقیهان امامی دو نظریه وجود دارد که بر اساس یکی تلف ثمن قبل از قبض از مال مشتری محسوب می گردد و بر اساس دیگری، قاعده مورد نظر تنها به تلف مبیع اختصاص داشته و تلف ثمن قبل از قبض را در بر نمی گیرد.

#### ۴-۱. نظریه شمول حکم تلف مبیع قبل از قبض نسبت به ثمن

برخی از فقیهان با این استدلال که اقتضای عقد معاوضه نسبت به مشتری و بایع یکسان است، چنین ابراز داشته اند که این حکم، تلف ثمن قبل از قبض را نیز دربرمی گیرد و چنین متذکر شده اند که در صورتی که قاعده تلف، یک قاعده استثنایی و برخلاف قواعد محسوب گردد، تسری دادن حکم مبیع تلف قبل از قبض به ثمن، با مشکل روبرو می شود مگر اینکه ادعا گردد لفظ مبیع بر ثمن نیز اطلاق می گردد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹۴).

عده ای نیز با این استدلال که هدف نهایی بیع از نظر خردمندان، معاوضه و بهره برداری هر یک از طرفین از کالا و ثمن طرف دیگر است و با امتناع معاوضه مسئولیت بایع و مشتری در برابر یکدیگر منتفی می گردد، مجری دانستن قاعده در موارد تلف ثمن قبل از قبض را ظاهر دانسته اند (خوئی، بی تا: ۶۰۵؛ سبحانی، ۱۴۳۵: ۳۱۳).

گروهی هم پس از اشاره به اختلاف نظر موجود در مورد ضمان تلف قبل از قبض، چنین توجه داده اند که در همه عقود معاوضی، در صورتی که عوض قبل از قبض تلف گردد، از مال صاحب ید تلف شده است (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۵۴؛ کاشانی، ۱۴۰۴: ۱۸).

#### ۴-۲. نظریه عدم شمول حکم تلف مبیع قبل از قبض نسبت به ثمن

در تأیید نظریه عدم شمول حکم نسبت به ثمن، چنین آمده است که مقتضای انتقال ثمن





به مجرد عقد، مسئولیت بائع در قبال آن است؛ چراکه تلف در ملک وی صورت گرفته است و اگر کسی مدعی شود که مشتری مسئول تلف است باید بر انفساخ آنا مائی عقد قبل از تلف و یا از هنگام انعقاد عقد، دلیل بیاورد. علاوه بر این الغای خصوصیت نسبت به مبیع و تنقیح مناط در آن با این استدلال که علت انفساخ بیع، عدم استحکام آن قبل از قبض بوده و این امر بین مبیع و ثمن مشترک است، قابل پذیرش نبوده و ادعایی بدون دلیل است. ادعای عقلایی بودن مسأله و در نتیجه عدم تفاوت بین ثمن و مثن نیز اثبات نشده است از این رو نمی توان از این ناحیه ثمن را به مثن ملحق نمود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۶۳-۳۶۵؛ کاشف الغطاء، بی تا: ۹۵).

برخی از اندیشمندان نیز با تأکید بر این که در ظهور لفظی و عرفی مبیع در مثن تردیدی وجود ندارد، شمول قاعده نسبت به ثمن را منوط به عقلایی بودن آن و استفاده از وحدت ملاک دانسته و چنین ابراز داشته اند که اگر حکم تلف مبیع قبل از قبض یک حکم تبعیدی صرف محسوب گردد، تردیدی در عدم شمول قاعده مورد نظر نسبت به تلف ثمن وجود ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۴).

این تذکر لازم است که در نگاه عده ای از فقیهان، فراگیری حکم نسبت به ثمن به مستند و مدرک آن بستگی دارد. با این بیان که اگر مدرک را روایت مشهور نبوی بدانیم، به این دلیل که مبیع در مقابل ثمن قرار داشته و در آن ظهوری ندارد، ثمن را در بر نمی گیرد؛ و اگر مدرک را روایت عقبه بن خالد بدانیم، با اینکه احتمال دارد ذیل روایت یعنی «فإذا أخرج من بيته فالمتباع ضامن لحقه حتى يرد إليه» بر شمول قاعده نسبت به ثمن دلالت داشته باشد؛ اما از آنجایی که مفاد و فهم عرفی از این جمله، ضامن بودن مشتری در برابر بائع پس از قبض مبیع است و نیز با توجه به این نکته که پس از قبض مبیع، ید مشتری، ید امانی محسوب شده و جز در صورت إتلاف ضامن نیست، می توان چنین نتیجه گرفت که در صورت عدم تعدی و تفریط، هیچگونه مسئولیتی نسبت به ثمن تالف، متوجه مشتری نخواهد بود؛ اما اگر اجماع به عنوان مدرک، معتبر فرض شود باید به معقد اجماع توجه نمود. در این مورد شیخ انصاری (ره) در مورد فراگیری عبارات فقیهان در این زمینه نسبت به ثمن، ادعای عدم خلاف نموده اند؛ و در صورتی که مستند حکم مورد نظر را بنای عقلا در نظر بگیریم با توجه به









مورد تعهد ندارد؛ چرا که ماده ناظر به براءت متعهد در مواردی است که وی بدون تعدی و یا تفریط، عین را به متعهد له تسلیم نماید و در صدد بیان این نکته است که اگر مورد تعهد بر اثر تعدی و یا تفریط متعهد ناقص شود، جبران نقص آن بر عهده‌ی متعهد است.

**۵-۲-۲. مواد (۴۸۳)، (۴۹۶) (تلف مورد اجاره) و (۶۴۹) قانون مدنی (تلف موضوع قرض)**

بعضی از استادان حقوق پس از اشاره به ماده (۴۸۳) و (۴۹۶) ق.م چنین مدعی شده‌اند که قانونگذار در ماده (۴۸۳) از مبنای ماده (۳۸۷)، پیروی نموده و در ماده (۴۹۶) نیز مفاد این ماده را اعمال نموده است. ایشان همچنین معتقدند که می‌توان رد پای مبنای ماده (۳۸۷) ق.م را در ماده (۶۴۹) این قانون نیز مشاهده نمود؛ چرا که به موجب مفهوم مخالف این ماده، ایجاد ملکیت مانع از انحلال عقد و بری شدن مقترض از تعهد به رد مثل نیست (کاتوزیان، ۱۳۵۳: ۱۷۶-۱۷۵).

اما از دیدگاه نگارندگان، مبنای انفساخ و بطلان در این موارد با مبنای انفساخ در ماده (۳۸۷) قانون مدنی متفاوت است؛ چرا که در این ماده از آنجایی که مقتضای عقد، بهره برداری تدریجی از عین مستاجر در ظرف زمان است، در صورتی که عین مستاجر از بین برود در واقع مقتضایی برای عقد باقی نمانده و در نتیجه بر ادامه عقد ثمره‌ای مترتب نمی‌گردد. حال آنکه در عقد بیع با توجه به تملیکی بودن آن به محض انعقاد، رابطه مالکانه بین بایع و مبیع منتفی و مبیع از ملکیت بایع خارج شده و به ملکیت مشتری درمی‌آید و تنها در صورتی می‌توان ضمان را متوجه بایع دانست که مبیع پس از عقد، دوباره به ملک وی باز گردد که این خود نیازمند سبب است که با توجه به بحث‌های فقهی که در این زمینه صورت گرفت، تنها تعبد است که می‌تواند بازگشت مبیع به ملکیت بایع را توجیه کند. در مورد عدم تبعیت ماده (۶۴۹) ق.م نیز می‌توان چنین استدلال نمود که ماده (۳۸۷) ق.م ناظر به پیش از تسلیم است، حال آنکه این ماده در مقام بیان وضعیت پس از تسلیم می‌باشد.

**۵-۲-۳. ماده (۲۷۳) قانون مدنی (امتناع از قبول تأدیه)**

این ماده چنین مقرر داشته است که اگر صاحب حق از قبول آن امتناع نماید، متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام، مسئول خساراتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.





ممکن است با توجه به ماده فوق گفته شود که در مواردی که تعهد به تسلیم وجود دارد، اگر تا قبل از اقدام به رساندن حق به صاحب آن، خسارتی متوجه حق گردد، متعهد مسئول خسارت وارده به حق مورد نظر خواهد بود و در برخی از موارد ممکن است این خسارت ناشی از تلف موضوع حق باشد؛ اما به نظر می‌رسد که این ماده نیز از مبنای ماده (۳۸۷) پیروی نکرده است؛ چراکه در ماده (۳۸۷) حتی در صورت عدم اهمال و تقصیر بائع، باز هم بائع مسئولیت دارد حال آنکه ماده (۲۷۳) در مقام بیان این مورد است که متعهد تا قبل از تسلیم موضوع تعهد به متعهد له نسبت به آن مسئولیت دارد که البته با توجه به ماده (۲۷۸) قانون مدنی این مسئولیت مطلق نبوده و ناظر به تعدی و یا تفریط از ناحیه متعهد است.

#### ۵-۲-۴. ماده (۳۸۰) قانون مدنی (خیار تفلیس)

در این ماده چنین آمده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بائع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند».

با توجه به این ماده ممکن است چنین استدلال شود که علاوه بر انتقال مالکیت، تسلیم هم باید صورت بگیرد و گرنه بائع در صورت انعقاد عقد و عدم دریافت ثمن، حق استرداد مبیع و یا امتناع از تسلیم آن را نمی‌داشت. البته باید توجه داشت که در این ماده حق استرداد یا امتناع بائع، ناشی از خیار تفلیس می‌باشد نه تلف مبیع؛ لیکن به نظر می‌رسد همین که ریسک معامله ناشی از عدم توانایی مفلس نسبت به پرداخت ثمن را بر عهده خود مشتری دانسته است می‌تواند مؤیدی بر مبنای ماده (۳۸۷) ق.م. باشد. البته این تذکر لازم است که ماده (۳۸۰) ق.م. سخنی از انفساخ معامله و جبران تلف از ناحیه بائع به میان نیاورده و باید توجه داشت که حق استرداد یا امتناع بائع در این ماده ناشی از خیار تفلیس است نه تلف مبیع.

#### ۵-۲-۵. ماده (۱۰۸۴) قانون مدنی (مالکیت زن بر مهر)

ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مقرر می‌دارد: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید». باز هم با اینکه مالکیت مهر منتقل شده است ولی شوهر تا قبل از تسلیم مسئول تلف مهریه می‌باشد؛ و طبق ماده (۱۰۸۴) همان قانون «هرگاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم





معیوب و یا تلف شود، شوهر ضامن عیب و تلف است».

ممکن است چنین گفته شود که علیرغم اینکه ماده (۱۰۸۲) ق.م. به مالکیت زن نسبت به مهر و به مجرد عقد تصریح نموده است، ولی مطابق ماده (۱۰۸۴) ق.م. شوهر تا قبل از تسلیم مسئول تلف مهریه می‌باشد.

از دیدگاه نگارندگان، در این ماده نیز از مبنای ماده (۳۸۷) قانون مدنی پیروی نشده است؛ چراکه در این ماده حرفی از انفساخ به میان نیامده و تنها شوهر به عنوان مسئول نقص و تلف مهر معرفی شده است. حال آنکه اگر مبنای این ماده انفساخ مهریه باشد، باید به ثبوت مهر المثل در حق زن مدخوله قائل شد؛ اما با توجه با اینکه مشهور فقیهان امامی (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۵۳؛ حلی، ۱۴۲۴: ۲۲؛ حلی، ۱۴۰۷: ۴۱۴، شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴: ۴۵۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۱۹) در صورت تلف مهر قبل از تسلیم، شوهر را ضامن مثل یا قیمت مهر دانسته‌اند، نمی‌توان انفساخ مهریه و در نتیجه ثبوت مهرالمثل را موجه دانست.

## ۶. بررسی حکم تلف مبیع قبل از قبض در کنوانسیون بیع بین المللی مصوب ۱۹۸۰ میلادی

در قرارداد بیع، از زمان فروش کالا تا زمانی که به دست مشتری می‌رسد، احتمال دارد که کالا با خطراتی مانند سرقت، غرق شدن، مصادره، نقص یا تلف مواجه گردد. این امر در قراردادهای بین المللی که در آن خریدار و فروشنده در دو کشور متفاوت قرار دارند، اهمیت ویژه ای می‌یابد. یکی از مسائل مهمی که در این رابطه قابل طرح می‌باشد این است که کدامیک از فروشنده و خریدار باید خسارت‌های وارد شده به کالا را متحمل شوند؟ پاسخ به سؤال یاد شده وابسته به این است که تاریخ انتقال ضمان کالا به خریدار مشخص گردد. تذکر این نکته نیز لازم است که مقصود از ضمان، تلف و نقص ناشی از حوادثی است که قابل انتساب به طرفین قرارداد نیست زیرا در این صورت شخص مقصر مسئول خواهد بود. به عنوان مثال اگر تلف یا نقص در اثر تقصیر فروشنده باشد، وی ضامن خواهد بود حتی اگر تلف یا نقص پس از انتقال ضمان به مشتری واقع شود. (Schlechtriem, 1998: 50)





در مورد زمان انتقال ضمان، راه‌های متفاوتی در نظام‌های حقوقی ارائه شده است؛ برخی از نظام‌های حقوقی، تاریخ انعقاد قرارداد، بعضی تاریخ انتقال مالکیت و بعضی دیگر، زمان تسلیم کالا را در رابطه با زمان انتقال ضمان معاوضی پذیرفته‌اند. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۴۳)

ماده (۴) کنوانسیون بیع بین‌المللی به صراحت مقرر داشته است که مقررات کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع است و ارتباطی به اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد، ندارد؛ بنابراین کنوانسیون در رابطه با انتقال مالکیت فاقد قاعده است. به نظر می‌رسد که دلیل سکوت کنوانسیون، اختلاف نظام‌های حقوقی در این زمینه است. در هر حال، کنوانسیون دو قاعده را در رابطه با انتقال ضمان مورد پذیرش قرار داده است؛ بر اساس ماده (۶۷) کنوانسیون قاعده اصلی، زمان تسلیم کالا و مطابق ماده (۶۸) آن، قاعده فرعی که به صورت استثنایی در برخی موارد پذیرفته شده است زمان انعقاد قرارداد می‌باشد. دلیل پذیرش زمان تسلیم کالا برای انتقال ضمان توسط کنوانسیون آن است که تسلیم کالا از وقایع مادی بوده و لذا تعیین آن در قرارداد بین غائبین به سهولت انجام می‌پذیرد. همچنین کسی که کالا به وی تسلیم شده و آن را در تصرف خود دارد می‌تواند اقدامات لازم را جهت جلوگیری از ضرر و خسارات انجام دهد و ضمان او در چنین وضعیتی متعارف و مطابق با اصل انصاف است.<sup>۱</sup> (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۴۴)

در این قسمت قواعد اصلی و فرعی کنوانسیون را در مورد انتقال ضمان مورد بررسی قرار می‌دهیم.

<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر زمان انتقال مالکیت در عقد بیع در حقوق انگلیس ر. ک. قبولی درافشان، ۱۳۹۵: ۱۳۵ به بعد؛ در حقوق انگلستان انتقال ضمان مبیع تابع انتقال مالکیت می‌باشد. Section 20 (1), Sale of Goods Act, 1979.

<sup>۲</sup> Benjamin, 1968: 284; Atiyah, 2010: 307; Chitty, 1968: 682

<sup>۲</sup> نکته قابل توجه این است که آنگونه که از ماده (۶) کنوانسیون قابل استنباط است انتقال ضمان جزء قواعد آمره نبوده و طرفین قرارداد می‌توانند در مورد زمان انتقال ضمان بر خلاف مقررات کنوانسیون با هم توافق کنند. (Honnold, 1991: 455)





#### ۶-۱. قاعده اصلی کنوانسیون برای انتقال ضمان

قاعده اصلی پذیرفته شده توسط کنوانسیون انتقال ضمان با تسلیم کالا می باشد. بر اساس مقررات کنوانسیون دو فرض برای اعمال قاعده یاد شده در نظر گرفته شده است،  
۶-۱-۱. قرارداد متضمن حمل می باشد.

معمولاً در قراردادهای بین المللی قرارداد متضمن حمل است یعنی مبیع توسط شخص ثالثی حمل می گردد. در این فرض تسلیم مبیع با واسطه انجام می شود. در ماده (۶۷) کنوانسیون در صورتی که قرارداد متضمن حمل است، انتقال ضمان با وجود دو شرط امکان پذیر است که در ذیل تبیین می شود،

#### ۶-۱-۲. بررسی شرط نخست، تسلیم مبیع به متصدی حمل

ماده (۶۷) کنوانسیون بین صورتی که فروشنده به تسلیم مبیع در محل خاصی تعهد نکرده و صورتی که بایع تعهد کرده که مبیع را در محل معینی تسلیم نماید، تفکیک کرده است. در صورت نخست مطابق قسمت (الف) ماده (۳۱) کنوانسیون تعهد فروشنده به تسلیم زمانی انجام می شود که وی مبیع را جهت ارسال به مشتری به اولین مؤسسه حمل و نقل تحویل دهد. بند ۱ ماده (۶۷) کنوانسیون به صراحت انتقال ضمان در صورت مذکور را منوط به تسلیم مبیع توسط بایع به اولین متصدی حمل و نقل دانسته است. این در حالی است که در صورت دوم بر اساس قسمت دوم بند ۱ ماده (۶۷) کنوانسیون انتقال ضمان زمانی تحقق می یابد که مبیع حمل و نقل در محل معین تسلیم گردد.

#### ۶-۱-۲-۱. بررسی شرط دوم، مشخص شدن مبیع

شرط دیگری که لازم است برای انتقال ضمان به خریدار وجود داشته باشد این است که کالا مشخص شده باشد. بند ۲ ماده (۶۷) کنوانسیون در این زمینه مقرر داشته است که تا زمانی

1. Article 31: "... (a) if the contract of sale involves carriage of the goods-in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer.
2. Article 67: " (1) ... If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. ..."
3. Article 67: "(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods, by clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise."





که کالاهای موضوع قرارداد خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه به وسیله بارنامه‌ها و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد. دلیل لزوم مشخص نمودن کالا، جلوگیری از تقلب فروشنده در موردی است که قسمتی از کالای ارسالی تلف شده باشد زیرا این احتمال وجود دارد که بایع ادعا کند که همان مقدار تلف شده مال خریدار بوده است. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴:۲۷)

### ۶-۱-۳. قرارداد متضمن حمل نمی باشد.

در این صورت که مبیع مستقیماً به خریدار تسلیم می گردد، زمان انتقال ضمان تسلیم مبیع به مشتری است. این فرض در ماده (۶۹) کنوانسیون مطرح شده و بر اساس آن انتقال ضمان مشروط به وجود دو شرط دادن مبیع به تصرف خریدار یا نهادن مبیع در اختیار وی و مشخص کردن مبیع گردیده است.

شرط نخست، دادن مبیع به تصرف خریدار یا نهادن مبیع در اختیار او. لازم به ذکر است که بر اساس بند ۲ ماده (۶۹) کنوانسیون، دادن کالا به تصرف خریدار در دو فرض قابل بررسی می باشد. فرض نخست، جایی است که بایع، مبیع را در محل تجارت خود به خریدار تسلیم می کند. در چنین حالتی خریدار باید مبیع را در محل یاد شده تحویل بگیرد و قاعدتاً با تحویل مبیع، انتقال ضمان به وی صورت می پذیرد اما اگر مبیع در اختیار خریدار قرار داده شود و او از دریافت آن امتناع نماید، از زمانی که مبیع در اختیار او قرار داده شده است انتقال ضمان تحقق می یابد، مشروط بر اینکه قصور خریدار در تحویل گرفتن مبیع نقض قرارداد تلقی گردد. فرض دوم، جایی است که بایع تعهد کرده است که مبیع را در محلی غیر از محل تجارتش به خریدار تسلیم کند. در این حالت، انتقال ضمان از لحظه‌ای که خریدار مبیع را در محل مشخص شده دریافت می کند، تحقق می پذیرد و در صورت خودداری خریدار از دریافت مبیع از لحظه‌ای که مبیع در اختیار او قرار گرفته و وی نیز از آن اطلاع داشته ضمان به او منتقل می گردد. چنانکه برخی از حقوقدانان گفته اند قید اطلاع مشتری، بدین دلیل است که او قادر به قبض مبیع می باشد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴:۱۴۹)





شرط دوم، مشخص کردن مبیع. بر اساس بند ۳ ماده (۶۹) کنوانسیون تا وقتی که مبیع مشخص نگردیده، فرض بر این است که مبیع در اختیار مشتری قرار داده نشده و در نتیجه ضمان نیز به او منتقل نگردیده است.

#### ۶-۲. قاعده فرعی کنوانسیون برای انتقال ضمان

بر اساس مقررات کنوانسیون قاعده اصلی برای انتقال ضمان، زمان تسلیم مبیع به خریدار است اما در برخی موارد زمان انعقاد قرارداد، ملاک انتقال ضمان تلقی می‌گردد و این در موردی است که کالا در حال حمل فروخته شود. توضیح اینکه در برخی موارد کالا در زمان حمل به محل تجارت خریدار و قبل از رسیدن به او، به شخص دیگری فروخته می‌شود. در این حالت قاعده اصلی انتقال ضمان اعمال نمی‌گردد چون وقتی کالا به متصدی حمل تحویل داده شده، به منظور ارسال به خریدار دوم نبوده است زیرا در آن زمان هنوز قرارداد دوم منعقد نگردیده تا انتقال ضمان صورت پذیرد. (ر. ک. صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۵۰) در هر حال مطابق قسمت نخست ماده (۶۸) کنوانسیون، در فرض مورد بحث، زمان انعقاد قرار داد به عنوان زمان انتقال ضمان محسوب می‌شود. تذکر این نکته نیز لازم است که قسمت نخست ماده یاد شده در صورتی اعمال می‌گردد که بایع در زمان انعقاد قرارداد از تلف یا نقص کالا اطلاع نداشته باشد. بر این اساس چنانچه فروشنده کالای در حال حمل در زمان انعقاد قرارداد بداند که کالا تلف یا معیوب شده است و یا می‌بایست به آن آگاه باشد و آن را به اطلاع مشتری نرساند، ضامن نقص و تلف کالا است و ضمان به خریدار منتقل نمی‌گردد.<sup>۲</sup>

#### نتیجه گیری

با توجه به مباحث مطرح شده، می‌توان نتیجه گرفت که موارد تطبیق حکم تلف مبیع قبل از قبض و گستره‌ی آن از دیدگاه فقها بسته به مدرک و مستند آن متفاوت است. با این بیان

1. Article 68: "The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the contract. ..."

2. قسمت اخیر ماده ۶۸ کنوانسیون بیع بین المللی.





که از دیدگاه فقیهانی که مدرک و مستند حکم را روایت و اجماع می دانند این حکم تنها مختص قرارداد بیع است. این تذکر لازم است که تسری حکم از میبوع به ثمن از دیدگاه این دسته از فقیهان به نحوه تفسیر و تأویل ایشان از روایت عقبه بن خالد آن هم در صورت منجبر دانستن ضعف سند آن به عمل اصحاب بستگی دارد. از دیدگاه آن دسته از فقیهانی هم که مدرک و مستند حکم را بنای خردمندان می دانند گستره آن وسیع تر است و حسب مورد شامل تلف ثمن پیش از تسلیم و حتی تلف عوض پیش از تسلیم در همه قراردادهای معاوضی می گردد. البته صحت این برداشت منوط به این است که بنای خردمندان در همه این موارد به اثبات برسد؛ چراکه از دیدگاه نگارندگان اگر بنای خردمندان در مورد تلف میبوع و یا علاوه بر آن در مورد تلف ثمن نیز به اثبات برسد، از آنجا که دایره امضا نمی تواند از دایره ممضی گسترده تر باشد، نمی توان از این بنا اطلاق گیری نمود و در مورد اول آن را به تلف ثمن پیش از تسلیم و در مورد دوم آن را به تلف عوض در سایر قراردادهای معاوضی تسری داد.

از دیدگاه نگارندگان با توجه به عدم استحکام لازم مستندات روایی حکم به علت ضعف سندی روایت نبوی و روایت عقبه بن خالد با استناد به مبنای عدم انجبار ضعف سند به عمل مشهور و نیز ضعف دلالتی روایت های برید بن معاویه، ابن حجاج کرخی و علی بن یقطین و همچنین با توجه اینکه بنای عقلا در زمینه مورد بحث به اثبات نرسیده و بر فرض اثبات هم در مورد کفایت عدم ردع و یا نیاز به امضای صریح شارع بین فقیهان امامی اختلاف نظر وجود دارد و علاوه بر این موارد، با توجه به اینکه اجماع استنادی از زمره اجماعات معتبر اصول فقه نبوده و علاوه بر محتمل المدرک بودن، فقیهان نامداری همچون شیخ مفید، سید مرتضی و سلار دیلمی هم بر ضامن بودن مشتری در سه روز اول پس از عقد بیع و قبل از تلف معتقد شده اند، حکم مورد بحث معتبر نیست و در فرض اعتبار نیز با توجه به تعدد بودن انفساخ آنا مائی عقد بیع قبل از تلف و با عنایت به دیدگاه مشهور فقیهان امامی مبنی بر سببیت تام عقد برای تحقق ملکیت و عدم توقف آن بر قبض، حکم مذکور استثنایی بر قواعد عمومی قراردادها محسوب می گردد.

از ظهور لفظی و عرفی میبوع در مثنی و استثنائی بودن انفساخ بیع و عدم اثبات سیره عقلا و عدم جواز اطلاق گیری و توسیع دایره امضا از ممضی در فرض اثبات سیره عقلا چنین نتیجه گیری می شود که این حکم در موارد تلف ثمن قبل از قبض جاری نمی گردد.







همچنین با بررسی‌های به عمل آمده در مواد قانون مدنی، می‌توان دریافت که حکم مندرج در ماده (۳۸۷) این قانون استثنایی بوده و سایر مواد قانون مدنی از مبنای آن، پیروی ننموده است. بررسی مقررات کنوانسیون بیع بین المللی نیز از جهت انتقال ضمان با دیدگاه مشهور فقیهان امامی و ماده (۳۸۷) ق.م. ایران هماهنگ است.

### منابع

۱. احسایی، ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ ق، عوالی اللئالی العزیزیه، قم، دار سید الشهداء للنشر.
۲. امامی، سید حسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه.
۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ج ۲ و ج ۳ و ج ۴ و ج ۵
۴. بحر العلوم، سید محمد، ۱۴۰۳ ق، بلغة الفقیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق.
۵. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ ق، الحدائق الناضره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱۹ و ۲۰
۶. بحرانی آل عصفور، حسین، ۱۴۲۱ ق، سداد العباد و رشاد العباد، قم، کتابفروشی محلاتی.
۷. \_\_\_\_\_، بی تا، الانوار اللوامع، قم، مجمع البحوث العلمیه.
۸. بهبهانی، محمد باقر، ۱۴۱۹ ق، حاشیه علی مدارک الاحکام، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۱ ش، الفارق (دایرة المعارف عمومی حقوق)، تهران، گنج دانش.
۱۰. جعفری، محمد تقی، ۱۴۱۹ ق، رسائل فقهی، تهران، منشورات کرامت.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۷ ش، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۲. جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴ ش، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه مهراب داراب پور، تهران، انتشارات گنج دانش، ج ۳.
۱۳. حرعاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۷ ق، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۱۴. \_\_\_\_\_، ۱۴۱۴ ق، هداية الامة، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه.







- دار احیاء التراث العربی. ج ۲۳ و ج ۲۴.
۳۲. صفایی و دیگران، ۱۳۸۴ ش، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، دانشگاه تهران.
۳۳. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸ ق، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴.
۳۴. طباطبائی، سید علی، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۳۵. طباطبائی قمی، سید تقی، ۱۴۰۰ ق، دراستنا من الفقه الجعفری، قم، مطبعة الخيام.
۳۶. طباطبائی قمی، سید تقی، ۱۴۱۳ ق، عمدة المطالب فی التعليق علی المكاسب، قم، کتابفروشی محلاتی.
۳۷. طباطبائی قمی، سید حسن، ۱۴۱۵ ق، کتاب الحج، قم، مطبعة باقری.
۳۸. طوسی، ابوجعفر، ۱۴۰۷ ق، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۳۹. عاملی، سید جواد، ۱۴۱۹ ق، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱۴.
۴۰. عاملی، سید محمد حسین، ۱۴۲۷ ق، الزبده الفقهيہ فی شرح الروضه البهيہ، قم، دارالفقه.
۴۱. عبدللهی نژاد، کریم، ۱۳۸۸ ش، قواعدی از فقه، قم، بوستان کتاب.
۴۲. عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، ۱۳۴۲ ش، حقوق مدنی، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۴۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ ق، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. \_\_\_\_\_، ۱۴۲۰ ق، تحریر الاحکام الشرعیه، قم، مؤسسه امام صادق.
۴۵. فاضل آبی، حسن، ۱۴۱۷ ق، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۶. فیاض کابلی، محمد اسحاق، بی تا، تعالیق مبسوطه علی العروه الوثقی، قم، انتشارات محلاتی.
۴۷. فیض کاشانی، ملا محسن، ۱۴۲۹ ق، معتصم الشیعه فی احکام الشریعه، تهران، مدرسه - عالی شهید مطهری.







معامله پیش از تسلیم، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ش ۴.  
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ ق، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.

۶۷. موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی. ج ۲.

۶۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۴۰۱ ق، قواعد فقهیه، تهران، مؤسسه عروج.

۶۹. نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۳ ش، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المکتبه المحمديه.

۷۰. نراقی، مولی احمد، ۱۴۱۵ ق، مستندالشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل‌البت (ع).

۷۱. \_\_\_\_\_، ۱۴۱۷ ق، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبلیغات.

71. Atiyah (2010), Sale of Goods, London, Longman, 12<sup>th</sup> ed.

72. Benjamin (1997), Sale of Goods, London, Sweet & Maxwell 11<sup>th</sup> ed

73. Chitty On Contracts (General Principles), (1968), London, Sweet & Maxwell, 23<sup>th</sup> ed, vol. 2

74. Honnold, John (1991), Uniform Law for International Sales under the (1980), United Nations Convention, Boston 3<sup>rd</sup> ed.

75. Sale of Goods (SGA) Act (1979).

76. Schlechtriem, Peter (1998), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, Translated by G. Thomas, Oxford, Oxford University Press.

77. Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), (1980).

Archiv

