



## Jurisprudential legal study of rule of wasted object before taking and its effect on the Ownership transfer

Mohsen Khakinahad<sup>1</sup>, Alireza Rajabzadeh<sup>2\*</sup>, Alireza Mazloom Rahni<sup>3</sup>

1. PhD Student in Private Law, Department of Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran.

2. Assistant Professor and Faculty Member, Raja University, Qazvin, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Shahr-e-Qods Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 181-200

**Article history:**

**Received:** 13 Jan 2022

**Edition:** 5 Mar 2022

**Accepted:** 8 May 2022

**Published online:** 25 Jun 2022

### Keywords:

Contract of Sale, Loss of Seller before Receipt, Ownership Transfer, Cession, Commutative Warranty

### Corresponding Author:

Alireza Rajabzadeh

### Address:

Raja University, Qazvin, Iran.

### Orchid Code:

0000-0001-7670-7369

### Tel:

028-33677101

### Email:

alirezarajabzade@gmail.com

### ABSTRACT

**Background and Aim:** The issue of Ownership transfer and loss of property before receipt is one of the issues in today's transactions that the study of its concept and on the Ownership transfer effects is necessary and this article this issue studies.

**Materials and Methods:** This paper is descriptive-analytical and the library method is used.

**Ethical considerations:** In this paper, the originality of the texts, honesty, and trustworthiness have been observed.

**Results:** In the sale, as soon as the contract occurs, the seller is the owner of the price and the customer is the owner of the seller. but according to rule of wasted object before taking, the seller loses the seller's property and not the customer's property. It is known as a seller The Ownership to the buyer as a result of the contract is transferred. But the exchange commutative warranty remains with the seller until cession is made.

**Conclusion:** The contract of sale, is a clear example of Proprietary contracts. Before cession, if the sale is lost, the seller must return the price for the lost property to the buyer has received. The presence of cucumber makes the commutative warranty even with cession not disappear. Therefore, the presence of cucumber in the contract of sale means that even with the surrender, the guarantee of the seller against the loss of the seller is not lost.

### Cite this article as:

Khakinahad M, Rajabzadeh A, Mazloom Rahni A. Jurisprudential legal study of rule of wasted object before taking and its effect on the Ownership transfer. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022; 4(2):181-200.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۱

## بررسی فقهی حقوقی تلف مبیع قبل از قبض و تأثیر آن بر انتقال مالکیت

محسن خاکی‌نهاد<sup>۱</sup>، علیرضا رجب‌زاده<sup>۲\*</sup>، علیرضا مظلوم رهنی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران.

۲. استادیار و عضو هیأت علمی، دانشگاه رجا، قزوین، ایران.

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** بحث انتقال مالکیت و تلف مبیع قبل از قبض یکی از مورد ابتلا به در معاملات امروزی می‌باشد که بررسی مفهوم و آثار آن بر انتقال مالکیت لازم به نظر می‌رسد و در این مقاله تلاش شده به این مهم پرداخته شود.

**مواد و روش‌ها:** مقاله توصیفی - تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** در بیع، به مجرد وقوع عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌باشد اما مطابق تلف مبیع قبل از قبض، مبیع نزد بایع تلف شود از مال بایع تلف شده نه از ملک مشتری هر چند که مشتری از زمان تحقق بیع مالک مبیع شناخته می‌شود. مالکیت مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می‌گردد. ولی ضمان معاوضی همچنان بر عهده فروشنده باقی می‌ماند تا تسلیم انجام شود.

**نتیجه:** انتقال مالکیت و تعهد به تسلیم مهمترین آثار عقد بیع به عنوان مصداق بارز عقود معاوضی است. قبل از تسلیم، اگر مبیع تلف گردد، فروشنده باید ثمنی را که در برابر مال تلف شده، گرفته است، به خریدار پس دهد. وجود خیار باعث می‌شود که حتی با تسلیم نیز ضمان از بین نرود. بنابراین، وجود خیار در عقد بیع باعث می‌شود که حتی با وجود تسلیم نیز ضمان بایع نسبت به تلف مبیع از بین نرود.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۰۰-۱۸۱

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۳

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰/۱۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۴/۰۴

### واژگان کلیدی:

عقد بیع، تلف مبیع قبل از قبض، انتقال مالکیت، تسلیم، ضمان معاوضی.

### نویسنده مسوول:

علیرضا رجب‌زاده

آدرس پستی:

ایران، قزوین، دانشگاه رجا.

تلفن:

۰۲۸-۳۳۶۷۷۱۰۱

کد ارکید:

0000-0001-7670-7369

پست الکترونیک:

alirezarajabzade@gmail.com

## ۱. مقدمه

می‌رسد و در این میان ممکن است مبیع به قبض مشتری در نیامده و همچنان مورد معامله در اختیار فروشنده باشد و تلف مبیع در این فاصله به طور قهری یا غیرقهری، مسائلی را به دنبال دارد که شناخت قواعد حاکم بر آن ضروری به نظر می‌رسد. امروزه اکثر شرکت‌های مختلف، معاملات کلانی را توسط نمایندگی‌های مجاز خود انجام می‌دهند و به خاطر بعد مکانی زیاد، فاصله‌ی زمانی زیادی بین معامله و تحویل کالا اتفاق می‌افتد و در این فاصله ممکن است مورد معامله تلف شود و متعاملین با مشکلاتی مواجه شوند، که در اینجا قاعده تلف مبیع قبل از قبض مطرح می‌شود. این قاعده فقط منحصر به معاملات داخلی نیست، بلکه در معاملات فراملی و بین‌المللی نیز جاری است و نیازهای مردم و اشخاص موجب شده تجارت توسعه‌ی بسیار گسترده‌ای پیدا نماید و علاوه بر خصوصیات موجود در معاملات داخلی مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای مختلف، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، حمل کالا از مسافت بسیار دور، وجود دارد که حل این مسائل با بررسی احکام و آثار تلف مبیع ضروری می‌نماید که با توجه به تحولات ماهیت و مصادیق اکثر افعال حقوقی در جهان معاصر با بررسی این قاعده و همچنین تجدیدنظر در آن و تطبیق آن با معاملات امروزی و مصادیق آن می‌توان به بسیاری از مشکلات پاسخ داد و یا اثرات و عوارض آن را ضابطه‌مند کرد. سؤال اساسی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که تلف مبیع قبل از قبض از منظر فقه و حقوق چگونه بوده و چه تأثیری بر انتقال مالکیت دارد؟

در حقوق مدنی ایران، اموال، مبحث عقود و معاملات یکی از چشمگیرترین مباحث بوده و احتمالاً می‌توان بیان کرد عقد بیع یکی از پرکاربردترین عقود می‌باشد. آن‌گونه که محتوای هر قرارداد و معامله شامل گستره‌ای از ضمان و تعهدات است که سبب برآورده شدن خواسته طرفین قرارداد شده، هنگام عملی شدن این تعهدات و قوانین این امکان وجود دارد که در اثر حوادث قهری (فورس) یا به دلایل غیرارادی یا ارادی مورد معامله از بین رفته و قرارداد بی‌سرانجام بماند. لذا با توجه به شرایط پیش‌آمده تعیین صاحب مال زیان‌دیده، همیشه در مظنه درگیری متعاقدين و متعاملین بوده و در این موضوع که مال تلف شده سهم کدام یک از طرفین می‌باشد دوگانگی آراء وجود دارد. معهدا مشخص کردن حوزه وظایف، قراردادهای بایع و مشتری، ذکر کردن مرحله پایانی مسئولیت هر کدام و انتقال ضمان تلف و ضرر و زیان به طرف دیگر می‌تواند از اختلاف و طرح دعاوی کاهش دهد. در حقوق مدنی ایران و برگرفته از فقه تحت عنوان قاعده (تلف مبیع قبل از قبض) مطرح شده است (سرب‌ها، ۱۳۹۹، ۳). تحول و توسعه چشم‌گیر تجارت در سده اخیر بازنگری و تجدیدنظر در بسیاری از قواعد و مقررات موجود از جمله قاعده تلف مبیع را جهت رفع نیازها و مطالبات فعالان تجاری ضروری ساخته است. در عقد بیع همیشه پرداخت ثمن و دریافت مبیع، به طور فوری صورت نمی‌گرفته است و گاهی فاصله‌ی بین انجام معامله و تحویل کالا به روزها و ماه‌ها

۱۳۹۱). حمیدرضا پرهام مهر و ایمان ضیاءجلدی نیز در مقاله‌ای، امکان‌سنجی تسری قاعده تلف مبیع پیش از قبض در خریدهای اینترنتی را مورد بررسی قرار داده‌اند (پرهام مهر و ضیاءجلدی، ۱۳۹۸) اما بحث تلف مبیع قبل از قبض و تأثیر آن بر انتقال مالکیت تا حد زیادی مورد اغفال واقع شده است. بر اساس آنچه در مقاله حاضر به این پرسش مهم پرداخته می‌شود که تلف مبیع قبل از قبض به چه معنی بوده، چه تأثیر بر انتقال مالکیت داشته و نقش خیار در این میان چگونه است؟ فرضیه مقاله نیز بدین شکل قابل طرح است: «بعد از عقد، مالکیت بیع به مشتری منتقل می‌شود اما چنانچه مبیع نزد بایع تلف شود، بایع ضامن است» به منظور بررسی و پاسخ به سوال مورد اشاره ابتدا، قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»، قلمرو، شرایط و مستندات فقهی آن پرداخته می‌شود. سپس انتقال مالکیت و همچنین ضمان معاوضی فروشنده و انتقال مالکیت مبیع، وضعیت مالکیت نمائات حاصله بعد از عقد و قبل از قبض و همچنین تنافی تملیکی بودن عقد بیع با قاعده تلف در زمان خیار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲. مواد و روش‌ها

مقاله توصیفی - تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

این موضوع از این جهت اهمیت دارد که از نظر فقهی به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع ملک ثمن می‌شود. بر اساس دیدگاه مشهور فقها، مشهور فقها، به محض ایجاب و قبول، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و حتی قبض مبیع و شرط خیار مانع از انتقال مالکیت نمی‌گردد (طباطبایی، ۱۴۰۱، ۱، ۵۲۷؛ انصاری، ۱۴۱۰، ۱۷۸)، یکی از موارد کاربرد این قاعده در جایی است که مشتری کالایی را بعد از انعقاد عقد و قبل از قبض به امید اینکه تسلیم وی خواهد شد، می‌فروشد و در این بین مبیع تلف می‌شود. در همین حال یکی از قواعد فقهی در این خصوص قاعده «التَّلْفُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ مِمَّنْ لَا خِيَارَ لَهُ» می‌باشد. به این معنی که اگر جنس فروخته‌شده در زمان خیار و در مدتی که یکی از طرفین حق فسخ معامله را دارد تلف شود از کیسه کسی محسوب می‌شود که خیار و حق فسخ معامله را ندارد و در حقوق مدنی گفته می‌شود: تلف و نقص مبیع در زمان خیار مختص به مشتری، به عهده بایع است. صاحب مفتاح الکرامه این قاعده را مسلم و غیراختلافی شمرده (جبعی عاملی، ۱۳۶۰، ۴، ۵۹۹-۶۰۰). در خصوص ابعاد مختلف تلف مبیع تألیفات متعددی انجام شده است: سید محمد صادق طباطبایی و نصرالله جعفری خسروآبادی، در مقاله‌ای، قاعده تلف مبیع در زمان خیار را از منظر فقهی حقوقی بررسی کرده‌اند (طباطبایی و جعفری خسروآبادی، ۱۳۸۹) حسن خدابخشی و اصغر عربیان، در مقاله‌ای به بررسی ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض پرداخته‌اند (خدابخشی و عربیان،

**۴. یافته‌ها**

در بیع، به مجرد وقوع عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌باشد اما مطابق تلف مبیع قبل از قبض، مبیع نزد بایع تلف شود از مال بایع تلف شده نه از ملک مشتری هرچند که مشتری از زمان تحقق بیع مالک مبیع شناخته می‌شود. ملکیت مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می‌گردد. ولی ضمان معاوضی همچنان بر عهده فروشنده باقی می‌ماند تا تسلیم انجام شود.

**۵. بحث****۵-۱. قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»**

این قاعده از قواعد مشهوری است که در ابواب معاملات در فقه بیان شده است و معنای قاعده این است که بعد از انعقاد معامله که ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع انتقال می‌یابد، اگر قبل از اینکه بایع مبیع را به قبض مشتری در بیاورد، تلف شود، بیع منفسخ شده و مبیع از مال بایع تلف شده است و ثمن در صورت پرداخت مشتری به وی بازگردانده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲، ۳۵۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ۱۱۱). بر این اساس طبق قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» بعد از اتمام معامله، مبیع منتقل به ملک مشتری می‌شود، و اگر بایع در حفظ آن کوتاهی نکرده باشد، به عنوان امانت‌دار، مسوول تلف آن نیست، و تلف از ملک مالک (یعنی مشتری واقع خواهد شد. در قانون مدنی ایران نیز به قاعده تلف مبیع قبل از قبض اشاره شده است. مطابق ماده ۳۸۷ قم ایران که برگرفته از فقه اسلامی می‌باشد

و مفهوم این ماده را که ضمان معاوضی (ضمان به عوض، ضمان به عوض المسمی، ضمان العقود) می‌گویند به این معنی است که در عقود مالی معوض، اگر یکی از عوضین قبل از قبض تلف شود عوض دیگر را بابت جبران خسارت مالک بدهند و در بیع اگر بدون اهمال و تقصیر از جانب بایع تلف شود ضمان معاوضی را بر عهده بایع (فروشنده) مستقر می‌کنند در مورد حکم این قاعده تلف بیع قبل از قبض و ماده ۳۸۷ قم استثنایی بر قاعده می‌باشد یا خود یک قاعده است بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد اما اکثر حقوقدانان معتقدند که حکم مبنای این ماده با قاعده موافق می‌باشد و در هر معوض جاری است (ماده ۴۸۳ قم عقد اجاره و ماده ۶۴۹ قم عقد قرض) و می‌توان مفهوم این قاعده را استنباط کرد (اعظمی و مطهری‌خواه، ۱۳۹۴). بر این اساس، هرگاه بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به مشتری تسلیم شود بدون هیچ‌گونه تعدی و تفریطی از طرف بایع تلف شود خود بایع متضرر و متحمل خسارت خواهد شد و لازم است ثمن را به مشتری برگرداند.

**۵-۱-۱. بیع و مبیع**

واژه بیع در لغت به معنی فروش، خرید، خرید و فروش است (فیومی، ۱۴۱۴، ۱، ۶۹؛ حماد، ۱۴۲۹، ۳، ۸۳؛ طبرسی، ۱۳۷۹، ۲، ۱۵۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۱، ۸۱). در اصطلاح بیع به همین معنا تعبیر می‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۲، ۲۰۵؛ خویی، ۱۳۶۶، ۶، ۲۰۵؛ موسوی خمینی (ره)، ۱۴۲۱، ۱، ۵۱۶؛ طوسی، ۱۴۰۵، ۲، ۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۳، ۳، ۱۱) در

فقه، به عین موجود در خارج یا کلی در ذمه که به عنوان معوض و به انتظار دریافت عوض معلوم به طرف تملیک می‌گردد، مبیع گفته می‌شود (خوری شرتونی لبنانی، ۱۴۰۳، ۱، ۷۰). ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع مقرر می‌دارد «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». حقوقدانان نیز همین تعریف از بیع را ارائه کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۶۰۹). بر اساس آنچه گفته شد، بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که بر انتقال دادن ملک در برابر عوض معلوم دلالت کند. در صورتی که ایجاب و قبول چیزی بیش از ابراز اراده طرفین نمی‌باشد. مبیع از حیث لغت و مفهوم عرفی هیچ‌گونه ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی است و به معنی چیزی که خرید و فروش شده؛ یعنی آن چیزی که با بیع در قبال عوض معلوم به مشتری تملیک می‌کند؛ یعنی همان چیزی که با بیع رابطه مالکیتش با آن را از خود خلع کرده و اضافه مالکی که به مشتری می‌دهد.

#### ۵-۱-۲. تلف

تلف در لغت از مصدر تلف یعنی هلاک و نابود شدن و از بین رفتن منفعت مطلوب یک چیز؛ از بین رفتن مال بدون دخالت مستقیم «تلاف» یا غیرمستقیم، به تسبیب مالک یا شخص دیگر است (حسینی، ۱۳۸۵، ۳۹). «گاهی تلف به معنای نابودی اصل مال نیست بلکه به معنای نابودی و از بین رفتن مالیت مال است، چنان که در تابستان مانع استفاده از انبار یخ و برف شود و پس از فصل گرما و رسیدن فصل زمستان عین آنها را در اختیار

مالکش قرار دهد و خردمندان برای آن در فصل زمستان قیمت و ارزشی قائل نیستند» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱، ۱۴؛ محمدی، ۱۳۹۷، ۲۴). در اصطلاح حقوق مدنی «از بین رفتن مال بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مالک یا شخص دیگر است و در مقابل اتلاف و تسبیب، استعمال می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۱۷۷). پس تلف عبارت است از: «فنا و نابودی شیء به حسب تکوین و به عبارت دیگر ملاک در تلف چیزی آن است که امکان تقابضی که از مقتضیات عقود معاوضی است وجود نداشته باشد و هم به حسب مالیت و خلاصه دگرگونی شیء به حیثی که عرف بگوید که این شیء تلف شد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ۲، ۱۸۴). تلف در «ماده ۳۸۸ ق.م.» عبارت است از: «از بین رفتن مالیت یک شیء یا به اعتبار از بین رفتن خود عین و یا به اعتبار از بین رفتن اضافه عین، که بر اثر از بین رفتن آن اضافه، مالیت آن هم از بین می‌رود» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱، ۲۲۷). امام خمینی رحمه الله در معنای تلف فرموده‌اند: «همانا مراد از تلف در حدیث نبوی مشهور، تلف عرفی است پس شامل غرق و سرقت و مانند آن از چیزهایی که نزد عرف تلف به شمار می‌آید، می‌شود به طوری که امید برگشت آنها نباشد، مثل فرار وحوش و کوچ پرندگان» (خمینی، ۱۳۹۱، ۱، ۵۳۴).

#### ۵-۱-۳. قبض

در لغت مصدر قبض، خلاف بسط به معنی گردآوردن است. کلمه «قبض الشئ» یعنی یک

مشت از هر چیزی، مانند یک مشت طعام. قبض در لغت به معنی گرفتن است، نه دادن و می توان گفت هر جا قبض به تنهایی به کار رود همان است به نوعی مسامحه و اگر قبض و اقباض گفته شود، قبض گرفتن و اقباض دادن و به قبض دیگری در آوردن است (حسینی، ۱۳۸۵، ۳۸۶). مراد از قبض، گرفتن و استیلا یافتن و تمکن پیدا کردن بر چیزی است به گونه ای که هر وقت بخواهد بتواند در آن تصرف کند. قبض در چیزهای منقول مثل حیوان، پارچه، اشیا پیمانه ای، کشیدنی و شمردنی و منتقل کردن آن است و در غیر منقول از قبیل خانه عبارت است از رفع مانع کردن آن و تخلیه و رها کردن و واگذارن آن برای مشتری است (فیض، ۱۳۷۶، ۳۲۶). آیه الله بجنوردی در تعریف قبض می گویند:

#### ۵-۲. شرایط اعمال قاعده

در فقه برای اعمال این قاعده شرایطی ذکر شده است که اگر آن شرایط نباشد قاعده تلف مبیع اجرا نمی شود، مانند اینکه همان طور که از خود تعریف قاعده برمی آید، تلف مبیع قبل از قبض باشد؛ و در صورتی که تلف مبیع بعد از قبض باشد، جایی برای اجرای قاعده باقی نمی ماند؛ و یا اینکه مبیع مشخص و معین باشد و در صورتی که مبیع به صورت کلی باشد در صورت تلف، بایع می تواند جایگزین آن را بدهد (سیستانی، ۱۴۴۰، ۲، ۵۵)، بدون اینکه عقد منفسخ شود؛ و از دیگر شرایط اعمال قاعده می توان گفت که این قاعده در صورتی اجرا می شود که بایع یا شخص دیگر دچار افراط و تفریط و تقصیر در مبیع نشوند، و در صورت اتلاف، متضمن قاعده دیگری خواهد بود که در فصل سوم بدان اشاره خواهد شد. از لحاظ حقوقی هم از ماده ۳۸۷ ق.م. چهار شرط برای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، استفاده می شود.

۱- مبیع عین معین و خارجی باشد؛ چون کلی در ذمه به دلیل عدم تعیین خارجی آن با قبض توسط مشتری به ملکیت درمی آید. هر چند در ماده ۳۸۷ ق.م. به این شرط اشاره ای نشده، اما می دانیم که

مشت از هر چیزی، مانند یک مشت طعام. قبض در لغت به معنی گرفتن است، نه دادن و می توان گفت هر جا قبض به تنهایی به کار رود همان است به نوعی مسامحه و اگر قبض و اقباض گفته شود، قبض گرفتن و اقباض دادن و به قبض دیگری در آوردن است (حسینی، ۱۳۸۵، ۳۸۶). مراد از قبض، گرفتن و استیلا یافتن و تمکن پیدا کردن بر چیزی است به گونه ای که هر وقت بخواهد بتواند در آن تصرف کند. قبض در چیزهای منقول مثل حیوان، پارچه، اشیا پیمانه ای، کشیدنی و شمردنی و منتقل کردن آن است و در غیر منقول از قبیل خانه عبارت است از رفع مانع کردن آن و تخلیه و رها کردن و واگذارن آن برای مشتری است (فیض، ۱۳۷۶، ۳۲۶). آیه الله بجنوردی در تعریف قبض می گویند:

«و اما قبض یعنی استیلا و تسلط بایع بر ثمن و تحت تصرف او بودن، به طوری که اگر کسی آن را ادعا کند (مدعی) قابض و گیرنده ثمن، منکر به دست باشد زیرا او صاحب ید است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ۲، ۸۵). امام خمینی (رحمه الله علیه) نیز فرموده اند: «قبض بنا بر آنچه که از لغت به دست می آید، گرفتن با دست است و بنا بر آنچه از تأمل در موارد استعمال حقیقی آن با مناسبت های لغوی به دست می آید قبض در معنای مصدری، استیلا یافتن و اقباض قرار دادن چیزی در تحت تصرف دیگری است» (خمینی، ۱۳۹۱، ۵، ۳۶۳). قبض عمل مستقل نبوده و به اذن و اراده فروشنده نیاز ندارد (ماده ۳۷۶ قانون مدنی) اما برای اینکه مشتری امکان تصرف مبیع را داشته باشد باید فرد آن در خارج معین باشد (کاتوزیان،

در نتیجه تقصیر فروشنده نبوده، پس بر طبق ماده «۳۸۷ ق.م.» او مسئولیتی جز رد ثمن ندارد و احکام عمومی ضمان قهری این مورد خاص را در بر نمی‌گیرد. ولی پذیرفتن این گفته با روح قواعد مربوط به «ضمان معاوضی» سازگار به نظر نمی‌رسد، زیرا از مجموع این قواعد چنین برمی‌آید که هر جا بتوان مسئولیتی برای تلف مبیع تعیین کرد، استواری نظام معاملات ایجاب می‌کند که خریدار (مالک مبیع) بدل مبیع تلف‌شده را از او بگیرد و عقد بیع بیهوده منفسخ نشود. به همین خاطر است که هرگاه فروشنده یا خریدار مبیع را تلف کند یا سبب تلف آن شود، همه پذیرفته‌اند که موردی برای انفساخ بیع نیست و گروه بزرگی از نویسندگان حتی ائتلاف به وسیله اشخاص ثالث را نیز مانع اجرای حکم ماده «۳۸۷ ق.م.» دانسته‌اند. در اثر امتناع فروشنده از تسلیم مبیع یا انکار او یا ارتکاب تقصیر در نگهداری از آن، صفت امانت از فروشنده سلب می‌شود. از این پس او در حکم غاصب است و هر تلف و نقصی که در مبیع پیدا شود به عهده اوست، هر چند که در اثر حوادث خارجی روی داده باشد.

۴- خریدار یا قائم مقام وی از تحویل مبیع امتناع نکرده باشد. چنانچه فروشنده برای تسلیم مبیع به خریدار حاضر شود، اما خریدار یا نماینده او از تحویل کالا امتناع ورزد، محلی برای اجرای قاعده و مفاد ماده ۳۸۷ ق.م. نخواهد ماند؛ زیرا در عقود معاوضی طرفین ملزم به تعهداتی هستند که پذیرفته‌اند. تعهد فروشنده در عقد بیع، تعهد به انتقال ملکیت به مشتری و تسلیم مبیع به اوست و

مبیع در یک تقسیم‌بندی یا کلی است و یا معین. هرگاه مبیع کلی فی الذمه باشد، انتقال ملکیت به خریدار، با قبض تحقق می‌یابد. یعنی اگر فردی از افراد مبیع کلی را که بایع انتخاب و جدا کرده است، تلف شود، او می‌تواند به جای آن فرد دیگری را تهیه و یا انتخاب و تسلیم نماید و در موردی که تمامی افراد کلی تلف شوند، چون قبل از تعیین فرد مبیع تملک انجام نمی‌شود، انفساخ عقد منتفی است و عقد بیع از اول باطل می‌گردد. بدین ترتیب ناگزیر بایستی برای جاری شدن این قاعده معتقد باشیم که در ماده ۳۸۷ ق.م. و قاعده یاد شده، مبیع باید در موقع تلف عین معین باشد. به علاوه، همان گونه که برخی گفته‌اند: از سابقه تاریخی موضوع و قواعد کلی معاملات هم به آسانی می‌توان این شرط را استنباط کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۹۱).

۲- تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری باشد. به این شرط ماده ۳۸۷ قانون مدنی، به طور صریح اشاره نموده و نقش تسلیم را در واقع انتقال ضمان معاوضی دانسته است. با این مفهوم، اگر مبیع پس از تسلیم به خریدار تلف شود، طبق قاعده تلف به عهده مشتری می‌باشد.

۳- مبیع بدون تقصیر (تعدی و تفریط) بایع تلف شود، چنانکه مبیع دچار حریق گردد، ولی در صورتی که بایع یا شخص ثالث آن را تلف نماید و یا سبب تلف آن شود طبق ماده «۳۲۸ ق.م.» و ماده «۳۳۱ ق.م.» ضامن است و باید مثل یا قیمت آن را به مشتری بپردازد (امامی، ۱۳۷۷، ۳، ۴۴۹). ممکن است گفته شود که چون مبیع در هر حال پیش از تسلیم تلف شده و فرض این است که تلف



خواهد بود تا اینکه آن را به مشتری تحویل بدهد و وقتی کالا را از خانه‌اش بیرون کرد دیگر مشتری ضامن حق او خواهد بود» (شیخ حر عاملی، ۱۱۱۴، ۱۲، ۴۰۳؛ نوری، ۱۲۹۵، ۱۳) حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، یعنی هر مبیعی که قبل از قبض تلف شود از مال بایع آن تلف گردیده است (اعظمی و مطهری خواه، ۱۳۹۴). برخی فقها در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰، ۱، ۳۱۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴، ۱، ۵۷۴) و دلیلشان آن است که فروشنده در صورتی استحقاق دریافت ثمن را پیدا می‌کند که مبیع را در اختیار خریدار قرار دهد؛ بنابراین چنانچه مبیع قبل از تحویل به خریدار، تلف شود نباید زیانی متوجه خریدار شود (زراعت، ۱۳۸۸، ۲۵).

علاوه بر این، می‌توان به سیره نیز استناد کرد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۵۶). البته بعضی از صاحب‌نظران در بیان مفاد سیره مسلمین، پا را فراتر نهاده و گفته‌اند: "بلکه روش قاطبه عقلا چنین است که از کلام آنان استنباط می‌شود سیره مسلمین را به بنای عقلا تبدیل ساخته‌اند. آنان برای این منظور به توجیهاتی عقلایی دست‌زده‌اند و محتوای قاعده را منطبق با اصول حقوقی حاکم بر معاملات می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱۹۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ۱۳۱). ایشان عقیده دارند که سیره و رفتار عقلاء بر آن است که هرگاه مبیع قبل از آنکه به تصرف خریدار درآید، تلف شود، عقد را منفسخ دانسته و ثمن را به خریدار برمی‌گردانند. زیرا اگرچه عقد بیع با صیغه، ایجاب و قبول، منعقد

مخالف موازین عدالت است که فروشنده‌ای که به تعهدات خویش در مقابل مشتری اقدام کرده و در عین حال ضامن زیان‌های ناشی از تلف باشد. چه این که از احکام قبض، انتقال ضمان معاوضی از فروشنده به خریدار است و فروشنده در این فرض، بر تسلیم مبیع به خریدار اقدام کرده است و خریدار از تحویل کالا امتناع کرده، در حقیقت به ضرر خویش اقدام نموده است و مطابق قاعده اقدام مسئول زیان و خسارتی است که ناشی از عمل خود اوست (لطفی، ۱۳۸۱، ۱۵۰). در صورتی که بایع برای تسلیم آن به مشتری مراجعه نموده و در اثر امتناع او به حاکم یا قائم مقام او نیز مراجعه کرده باشد، تلف از مال مشتری خواهد بود، زیرا در اثر مراجعه مزبور ضمان زائل شده و بایع آمین شناخته می‌شود و امین بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود.

### ۵-۳. مستندات قاعده تلف مبیع قبل از قبض

یکی از مهمترین مستندات در این خصوص، روایات است و مهم‌ترین حدیث در این خصوص، حدیث نبوی «كُلِّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ» است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱۹۰) روایت است که عقبه بن خالد که از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از امام می‌پرسند اگر مردی کالایی از دیگری به عقد بیع خریداری نماید و مشتری کلاً را نزد فروشنده بگذارد و بگوید فردا برمی‌گردم و کالا را می‌برم در این فاصله کالا به سرقت رود از مال چه کسی خواهد بود. امام در پاسخ می‌فرمایند «از مال صاحب آن کالا که در منزلش بر جای مانده است

بایع نیز مثنی را مجانی به مشتری نمی‌دهد، بلکه هر یک از آن دو، مال خود را عوض مال دیگر قرار می‌دهد. معنی ضمان در قاعده الخراج بالضمن و در قاعده کل ما یضمن بصحیحه هم همین است» (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۲، ۱۸۸-۱۸۷).

در خصوص ضمان معاوضی و انتقال مالکیت می‌توان به دیدگاه اشاره کرد:

مطابق دیدگاه نخست، به محض انعقاد عقد بیع، مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود. بر این اساس، همزمان با انتقال مالکیت، ضمان معاوضی نیز به خریدار منتقل می‌گردد. بر این اساس هرچند تا وقتی مبیع به خریدار تسلیم نگردیده، مالکیت وی بر خریدار قطعی نیست اما از آنجا که با تسلیم مبیع از منافع آن بهره‌مند می‌گردد، بنابراین چنانچه مبیع پیش از تسلیم تلف گردد، بر عهده او بوده و باید ثمن بیع را به فروشنده پرداخت نماید (حلی (علامه)، ۱۴۱۴، ۱؛ طباطبایی، ۱۴۰۱، ۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۲، ۱۸۸-۱۸۷). به موجب این نظریه، «هرگاه مبیع قبل از تسلیم به خریدار در اثر حوادث قهری تلف شود در ملکیت فروشنده تلف شده و خریدار مسئولیتی در برابر او برای پرداخت ثمن ندارد زیرا مبیع با وجود انعقاد عقد، همچنان در ملکیت فروشنده باقی مانده است و اثر عدم تسلیم به خریدار منتقل نشده است» (سلطانی‌نژاد، ۱۳۷۸، ۷۷).

نظریه دوم این است که «با تشکیل عقد بیع، انتقال ملکیت با تملیک صورت می‌گیرد و مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده تعلق می‌یابد، ولی با این وجود قبل از تسلیم مبیع به خریدار، ضمان معاوضی با

می‌شود اما نباید فراموش کرد که قبض و اقباض در عقود معاوضی، قوام و رکن قرارداد محسوب می‌شود؛ بنابراین عدل و انصاف، اقتضا می‌کند که خریدار در عوض مالی که می‌دهد، مال دیگری را به دست آورد. بنابراین، در صورت ائتلاف مبیع توسط بایع، با مراجعه به عرف و عادت عقلاء چنین می‌یابیم که وی ضامن پرداخت مثل یا قیمت است، نه آنکه عقد منفسخ گردد و چنانکه اینطور نمی‌بود، راه سوءاستفاده و کلاهبرداری مفتوح می‌گشت. زیرا سوداگران هرگاه پس از انجام معامله، با عدم صرفه و صلاح خویش مواجه می‌شدند، مبادرت به مصرف کالا نموده و از این حیث، خود را از زیان مصون می‌داشتند. در حالی که عرف بازرگانی چنین حقی را برای فروشنده یا خریدار قائل نیستند که کالای مورد معامله را به مصرف برسانند و یا برای آن طریق دیگری منظور دارد.

#### ۵-۴. ضمان معاوضی و انتقال مالکیت

مطابق بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م، «اگر مبیع عین معین باشد، انتقال مالکیت فوری و بدون قید و شرط است.» اما تسلیم مبیع و پرداخت ثمن به محض انعقاد عقد، صورت نمی‌پذیرد. تسلیم مبیع عملاً ممکن است با تأخیر و به موازات پرداخت ثمن صورت گیرد. این التزام که در مقابل التزام طرف دیگر عقد به وجود می‌آید، ضمان معاوضی گفته می‌شود. پس تعریف ضمان معاوضی عبارت است از: «التزام به پرداخت عوض معین در مقابل عین دریافتی. معنی ضمان تعویض است، چرا که مشتری ثمن را مجانی به بایع پرداخت نمی‌کند و

دیگر، التزام فروشنده به تسلیم مبیع جزء مفاد عقد بوده و با از بین رفتن آن زمینه اجرای تعهد فروشنده از بین می‌رود و بقای تعهد خریدار برای پرداخت ثمن بر خلاف خواست مشترک آن‌هاست چراکه انتقال مالکیت به تنهایی انتظار او را برآورده نمی‌سازد و با روح قرارداد مغایر است. از سوی دیگر استدلالی که برخی فقها امامیه و رومیان در تأیید نظریه دوم داشتند بر خلاف ادعای ایشان، نوعی بی‌عدالتی معاوضی است زیرا اگر به فرض، خریدار از افزایش قیمت مبیع و یا منافع احتمالی آن بهره‌مند می‌شود، زیان‌های ناشی از کاهش قیمت نیز بر او تحمیل می‌گردد و نمی‌توان به این استناد مسئولیت تلف قبل از تسلیم را نیز بر دوش او گذاشت.

ثانیاً) عقد بیع در حقوق امامیه و نظام حقوقی ایران تملیکی است و بر این اساس به محض تشکیل عقد، مورد معامله به طرف مقابل منتقل می‌شود، گرچه تسلیم آن با تأخیر صورت گیرد. بدین جهت نظریه سوم که انتقال مالکیت و در نتیجه انتقال ضمان معاوضی را منوط به تسلیم دانسته، در اکثر سیستم‌های حقوقی و بخصوص در حقوق ما قابل پذیرش نبوده و با مقتضای عقد بیع که اثر مستقیم آن تملیکی بودن است مغایرت دارد. به نظر نگارندگان نظریه دوم که عقد بیع را تملیکی ولی انتقال ضمان معاوضی را منوط به تسلیم می‌داند از منطبق قوی برخوردار است و قانون مدنی نیز از آن تبعیت نموده است.

خطر ناشی از تلف مبیع بر عهده فروشنده باقی است و خریدار در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را دارد و در غیر این صورت تکلیفی در پرداخت ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۱، ۲۴۸-۲۵۰). این نظریه در فقه امامیه (محقق حلی، ۱۳۷۳، ۲۷۸؛ نجفی، ۱۳۷۷، ۲۳، ۸۳) و به تبع آن در حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱، ۲۰۴) و قانون مدنی ایران پذیرفته شده است. قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۷ مقرر داشته است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» مفاد ماده مذکور در کتب فقهی به استناد قاعده تلف مبیع قبل از قبض بیان شده است (انصاری، ۱۴۱۰، ۱، ۳۱۳؛ خمینی، ۱۳۹۱، ۵، ۳۸۰). نظریه اخیر که در فقه امامیه مورد اتفاق نظر است (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۲۷۸؛ نجفی، ۱۳۷۷، ۲۳، ۸۳). «از لحاظ منطق حقوقی و عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین و بنای عقلاء ترجیح دارد زیرا:

اولاً) صرف انتقال مالکیت بدون آن که خریدار به مبیع دست یابد موجب ضمان معاوضی نمی‌شود زیرا در عقود معاوضی، انتقال مال یا قبول تعهد، تعهد به تسلیم و اجرای تعهد را نیز در پی دارد و با این انگیزه عقد تشکیل می‌شود و تا زمانی که موضوع عقد تسلیم به خریدار نگردد تحمیل ضمان معاوضی یا خسارت ناشی از تلف با عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین سازگار نیست به عبارت

## ۵-۵. ضمان معاوضی فروشنده و انتقال مالکیت مبیع

در حقوق ایران، عقد بیع از عقود تملیکی به حساب می‌آید و در ماده ۳۳۸ قانون مدنی و دیگر مواد به تبع فقه امامیه بر این امر تصریح شده است. پس با تشکیل عقد بیع، مبیع و ثمن از مالکیت فروشنده و خریدار خارج و به طرف مقابل انتقال می‌یابد. اگرچه تسلیم آن دو با تأخیر صورت گیرد. حتی وجود خیار شرط یا تعیین مدت در تسلیم مورد معامله، مانع از این امر نیست. لازمه انتقال مالکیت آن است که هر مالکی در مال خود به طور آزادانه هرگونه تصرف مادی یا حقوقی داشته باشد و از منافع آن بهره‌مند گردد و خسارات وارد بر مال خویش را بر دوش کشد. طبق این قاعده، هرگاه پس از عقد بیع مالی که هنوز تسلیم به خریدار نشده است در اثر حوادث طبیعی و بدون تقصیر یا اهمال بایع تلف شود، خسارت بر خریدار وارد شده و او باید ثمن آن را به فروشنده بپردازد. با این وجود، در فقه و حقوق ایران، مسؤولیت تلف بر عهده فروشنده است و این با تملیکی بودن عقد بیع در تعارض است زیرا مطابق تملیکی بودن عقد بیع، لازم است ضمان معاوضی نیز به فروشنده منتقل گردد. در این شرایط بحث پرسش از چگونه قابل جمع بودن تملیکی بودن عقد بیع با ضمان معاوضی فروشنده مطرح می‌شود؟ برای پاسخ دادن به این سؤال و یافتن مبنای حقوقی مناسب برای ضمان معاوضی فروشنده، تلاش‌های فکری زیادی به عمل آمده و حاصل آن، ارائه نظریات گوناگونی است (خمینی، ۱۳۹۱، ۵، ۳۸۳؛ طباطبایی یزدی،

۱۳۱۷، ۲، ۱۷۰). که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف) بر اساس یک دیدگاه، برخی که ضمان معاوضی فروشنده را با انتقال مالکیت سازگار ندیده‌اند، با استناد به روایت مشهور نبوی، مفاد آن را نوعی تعبد و تسلیم در برابر حکم شارع دانسته و گفته‌اند که لازمه انتقال مالکیت مبیع آن است که تلف نیز بر خریدار تحمیل شود ولی چون این روایت مورد استناد و توجه فقهاء قرار گرفته و به سادگی از مفاد آن نمی‌توان چشم پوشید، باید به ناچار تسلیم مفاد آن در حدود نص بود. به بیان دیگر، این گروه، تحمیل ضمان معاوضی بر فروشنده را مطابق با اصول کلی قراردادهای تملیکی بودن عقد بیع ندانسته و به دلیل وجود روایت و اتفاق نظری که در میان فقهاء در این خصوص وجود داشته، به ناچار آن را به عنوان استثنایی به اصل تملیکی بودن تلقی نموده و تنها در عقد بیع، در موردی که مبیع قبل از تسلیم تلف شود، قابل اعمال می‌دانند. زیرا امر خلاف قاعده و استثنا را باید به حداقل و قدر متیقن آن اکتفا نمود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۲، ۴۵۴).

این حکم که به تبع فقه امامیه در ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران تجلی یافته، از نظر برخی نویسندگان حقوقی نیز امری خلاف قاعده و استثنایی محسوب شده است (عدل، ۱۳۸۵، ۴۵؛ امامی، ۱۳۷۷، ۱، ۴۶۷). این تحلیل نیز قابل قبول نیست و مشهور فقهاء هم آن را نپذیرفته‌اند زیرا

اولاً: شارع به زبان عرف سخن می‌گوید و در معاملات دلیلی وجود ندارد که بیان قاعده‌ای دارای

و ثمن باید به مشتری مسترد گردد. مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد شد.» باید دانست که تلف مبیع باعث انحلال عقد از ابتدا نمی‌شود و از زمانی تلف مبیع است که تعهدات طرفین به جای قبلی خود برمی‌گردد. بر این اساس، تلف حادثه جدیدی تلقی می‌شود که آثار آن متوجه آینده است و نمی‌تواند انتقال مالکیت را از بین ببرد (نبوتی، ۱۳۸۳، ۳۹). بر اساس این تحلیل، ضمان معاوضی فروشنده با اصل تملیکی بودن عقد بیع همانگی داشته و کاملاً مطابق اصول کلی حاکم بر قراردادها است. بدین معنی که با انسخ عقد، هر یک از عوضین در اختیار مالک قبل از عقد قرار گرفته و تلف وقتی اتفاق می‌افتد که مبیع در اختیار و تملک فروشنده است (خمینی، ۱۳۹۱، ۵، ۳۸۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱، ۶۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱۹۴). اما یک ایراد اساسی به نظریه مورد اشاره وارد است و آن اینکه، بدون دلیل و منطق حقوقی، عقد قابل فسخ دانسته شده و اصول حقوقی مانند اصل لزوم نادیده گرفته شده است.

(ج) برخی دیگر از فقها، معتقد هستند که ضمان معاوضی بایع، عاقلانه و امری طبیعی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ۲، ۶۵؛ انصاری، ۱۴۱۰، ۱، ۳۱۳؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۱، ۱۶۸؛ نجفی، ۱۳۷۷، ۲۳، ۸۵). از دیدگاه آنها این امر مطابق با قواعد عمومی قرارداد است زیرا ناشی از خواست و اراده مشترک طرفین عقد است. بر اساس دیدگاه مورد اشاره، هرچند به موجب عقد بیع، مالکیت منتقل گشته و

مصالح غیرقابل فهم و دور از ذهن باشد تا امری تعبدی و بدون ملاک و ضابطه مشخص و قابل ادراک تلقی شود. علاوه بر این، تعبدی بودن یک حکم در معاملات نیازمند به دلیل است و تا جایی که بتوان ملاک حکم را استنباط نمود، نمی‌توان آن را تعبدی و بدون ضابطه مشخص اعلام نمود.

ثانیاً: روایت مزبور و دیگر روایاتی که مؤید آن است، بیانگر یک حکم عقلایی و ترجمان داوری عرف و تحلیل قصد مشترک طرفین عقد است و بر این اساس ملاک و ضابطه آن امری روشن و مشخص است و جایی برای تعبد و تسلیم محض به عنوان امری خلاف قاعده و استثنایی از قواعد حاکم بر مالکیت نیست.

(ب) بر اساس دیدگاه مشهور حقوقدانان، ضمان معاوضی فروشنده را به این گونه تحلیل کرده‌اند که عقد بیع لحظه‌ای قبل از تلف مبیع به خودی خود منفسخ می‌شود و مالکیت مبیع دوباره به فروشنده منتقل می‌شود و در این حال تلف می‌شود. نتیجه انفساخ عقد این است که هر یک از عوضین به مالک پیش از عقد برگردد (شهیدی، ۱۳۷۳، ۲۰۴-۲۰۵).

در قانون مدنی ایران، ماده‌ای وجود ندارد که انفساخ عقد در اثر تلف یکی از دو مورد معامله پیش از قبض از مال انتقال‌دهنده را به طور کلی و نسبت به مطلق عقود تملیکی معوض اعلام کرده باشد، ولی این حکم در پاره‌ای از این عقود، به طور خاص مقرر گردیده است، در مورد عقد بیع «ماده ۳۸۷ ق.م.ا» اعلام می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ

فقهها به آن اذعان نموده‌اند، همچنان که هرگاه ثمن عین خارجی یا در حکم آن باشد منافع آن متعلق به بایع است. بنابراین در صورتی که بیع نسبه باشد و مبیع قبل از قبض تلف شود، مشتری بدون آنکه چیزی به بایع داده باشد مالک منافع مبیع است، به عنوان مثال هرگاه کسی اول بهار یکصد گوسفند نسبه بفروشد به پانصد هزار تومان که آن را در اول پائیز تسلیم مشتری نماید و پول خود را دریافت نماید و در این مدت آنها حامله شوند و یکصد بره بزایند و قبل از اول پائیز یکصد گوسفند که در چراگاه بوده‌اند در اثر صاعقه تلف شوند ولی بره‌ها چون در زاغه مانده بودند سالم بمانند، نتیجه این امر آن خواهد بود که مشتری یکصد بره را مالک می‌شود و پانصد هزار تومان را هم که ثمن است نمی‌دهد (امامی، ۱۳۷۷، ۴۶۲). اما برخی فقها به این حکم که نماء از آن مشتری باشد، ایراد گرفته‌اند و گفته‌اند این امر مصداق اکل المال بالباطل است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۰۸). می‌توان ایراد مزبور را این گونه پاسخ داد که در چنین مواردی به طور معمول خریدار تمام یا بخشی از ثمن را به فروشنده تأدیه نموده و در اثناء آن، بایع از ثمن بهره‌برداری کرده است. بنابراین اگر بگوییم مشتری هم از منافع مبیع تلف‌شده بایستی استفاده کند این امر دارا شدن غیر عادلانه و اکل مال به باطل نیست. به علاوه، وقتی ما قبول کردیم که با انجام معامله ملکیت تحقق می‌یابد و در زمان ملکیت نماء به - وجود آمده و در ملکیت خریدار رفته است، پس نمی‌توان آن را مصداق اکل مال به باطل دانست.

بنابراین ضمان معاوضی نیز منتقل می‌شود اما هدف نهایی رسیدن به مبیع و تصرف در آن است که با از بین رفتن آن، یکی از دو عوض از بین رفته و تعهد به پرداخت ثمن نیز بدون مبنا می‌شود. رویکرد مذکور از این جهت که با قواعد عمومی قراردادها هماهنگ‌تر است، تبیین دقیق‌تری از ضمان معاوضی فروشنده و انتقال مالکیت مبیع ارایه می‌کند.

## ۵-۶. وضعیت مالکیت نمائات حاصله بعد از

### عقد و قبل از قبض

یکی از مباحث مهم در بحث وضعیت مالکیت در تلف مبیع قبل از قبض، وضعیت مالکیت نمائات حاصله بعد از عقد و قبل از قبض است. سؤال مهم این است که اگر بعد از عقد و قبل از تلف شدن مبیع، رشد و زیادت و نمائی در مبیع غیرمقبوض، پیدا شد در مالکیت چه بایع یا مشتری است؟ نمائات به دو دسته متصله و منفصله تقسیم می‌شوند: ۱- نماء متصل نمایی است که از عین غیرقابل تفکیک می‌باشد نظیر گوشت گوسفند، ۲- اما نماء منفصل نمایی است که قابل تفکیک از اصل مبیع بوده و مستقل از خود عین است نظیر پشم و بچه گوسفند. در نماء متصل جای نزاع نیست؛ زیرا با تلف مبیع قبل از قبض، نما متصل نیز همراه آن تلف شده و حکم آن مشخص است و طبق قاعده از مال بایع رفته است. اما منافع منفصله تا زمان تلف مبیع، متعلق به مشتری می‌باشد، زیرا منافع در ملکیت، تابع عین است و مبیع در مدت بین زمان عقد و تلف، متعلق به مشتری بوده، همانطور که

## ۵-۷. تنافی تملیکی بودن عقد بیع با قاعده تلف در زمان خیار

مطابق قاعده فقهی «التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له» تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد. بر این اساس، چنانچه، در زمان خیار جنس فروخته شده تلف شود، مسئولیت بر عهده کسی است که خیار و حق فسخ معامله را ندارد. این قاعده در خصوص نتیجه‌ای که از آن گرفته می‌شود و ضمان بیع در زمان خیار مشتری را بر عهده بایع می‌گذارد با قاعده تلف کل مال علی مالک منافات دارد زیرا به مقتضای قاعده اخیر تلف بیع در زمان خیار مشتری به لحاظ اینکه مال مشتری بوده، باید بر عهده مشتری باشد نه بایع، قاعده این است که اگر مال کسی تلف شد، است خود آن مالک ضامن است و خسارت به عهده مالک است؛ و چنانچه مال کسی تلف شود و خسارت آن به عهده دیگری باشد این خلاف قاعده است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۲۷۸؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ۲۷۰).

از نظر کسانی که انتقال مالکیت را منوط به انقضای خیار می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۱، ۳، ۲۲)، تلف مال قبل از قبض به معنای عدم انتقال مالکیت است؛ زیرا به عقیده آنان قبل از انقضای خیار ملکیت هنوز به خریدار منتقل نشده است و خریدار علی‌رغم وقوع عقد نیز حق تصرف در مبیع را ندارد؛ و طبعاً تلف هم از مال بایع خواهد بود؛ ولی این نظریه موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا این دلیل مبتنی بر یک حکم فرضی است و آن این است که اگر فرض بگیریم که صاحب خیار، اقدام به فسخ معامله نماید، تلف از ملک مالک اول آن رفته است، اما بدیهی است که

این یک امر غیرواقعی است، چرا که وی معامله را فسخ نکرده و عین را به مالک اول آن باز نگردانده است، بلکه بعد از تلف نیز در ملک صاحب خیار موجود بوده بنابراین چگونه ممکن است تلف از مال شخص دیگری رفته باشد. خلاصه اینکه این حکم مخالف قواعد و اصول است و شایسته نیست به آن معتقد شویم مگر با یک دلیل تعبدی و استدلال به روایات خاصه که تنها مدرک این قاعده است مشکل به نظر می‌رسد مگر، در مورد خیار حیوان و شرط که این دو نیز موافق اصول می‌باشند زیرا حکمت و علت خیار، مجهول بودن حال حیوان از جهت استقرار حیات و عدم آن است. در مثل چنین موردی شارع حکم به وجود خیار کرده و حتی تصریح کرده که اگر حیوان در زمان خیار تلف شود از مال بایع رفته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲، ۳۵۷). اگرچه خیاری بودن عقد، موجب نفی مالکیت مطلق است، با توجه به موازین کلی و تملیکی بودن عقد بیع، موجب تزلزل مالکیت نیست. به علاوه فسخ عقد نیز در آینده مؤثر است و رافع آثار مالکیت در زمان تلف نیست. پس همان‌گونه که منافع مبیع از آن خریدار است، تلف نیز باید از دارایی او محسوب شود؛ در حالی که قاعده مورد بحث به نظر مشهور از جمله قواعد مسلم فقهی محسوب است (خوانساری، ۱۳۹۴، ۳، ۱۷۹؛ نجفی، ۱۳۷۷، ۲۳، ۸۷؛ طباطبایی، ۱۴۰۱، ۱، ۵۲۸) و در قبول حکم آن نباید تردید به خود راه داد.

در صورتی که مبیع عین معین باشد عقد، ناقل ملکیت است مطابق ماده ۳۳۹، ۳۶۲ ق.م. زمان

## ۶. نتیجه

عقد بیع از عقود تملیکی است بدین معنا که به محض توافق طرفین و تشکیل عقد بیع، مالکیت عوضین به طرفین منتقل می‌شود این انتقال مالکیت اثر عقد بیع بوده و تحت عنوان قاعده انتقال مالکیت از آن یاد می‌شود. قاعده انتقال مالکیت با چندین استثنا برخورد می‌کند از جمله قاعده تلف مبیع قبل از قبض و تلف در زمان خیار می‌باشد. حکم قاعده تلف مبیع قبل از قبض این است که در صورت تلف مبیع در اثر حوادث قهری و خارجی، بیع منفسخ و مشتری از ایفای تعهدش بری الذمه می‌گردد، اما در صورت اتلاف مبیع توسط بایع، وی ملزم به رد مثل و قیمت مبیع می‌باشد، نه اینکه بیع منفسخ گردد هر چند قائل شدن حق فسخ برای مشتری، دور از ذهن نمی‌باشد و در صورت اتلاف مبیع توسط خود مشتری، تلف، از مال وی محسوب می‌گردد مگر اینکه مغرور شده باشد؛ نهایت، در صورت اتلاف مبیع توسط شخص ثالث، چنانچه متلف معین و خسارت قابل مطالبه باشد، خریدار حق دارد که بیع را به علت تخلف از شرط، فسخ کند یا خسارت خود را از ثالث بخواهد و چنانچه متلف معین نباشد، مثل سرقت، طبق روایت عقبه بن خالد، در حکم تلف مبیع در اثر حوادث خارجی می‌باشد. برای دلالت و اعتبار قاعده تلف مبیع قبل از قبض، می‌توان به روایات، بنا عقلا و سیره مسلمانان اشاره کرد. با این وجود برای توجیه قاعده مزبور علاوه بر مدارک و مستندات می‌توان گفت که خریدار با دو هدف پیمان خرید می‌بندد، نخست انتقال مالکیت و دوم به دست آوردن مورد تعهد

وقوع عقد، زمان ایجاب و قبول، و زمان انتقال مالکیت عوضین، همان زمان وقوع عقد می‌باشد به همین علت بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م.ا.م می‌دارد: «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع ثمن می‌شود و نیز گفته شد که حتی وجود خیار در عقد بیع، مانع از این انتقال نمی‌شد و ق.م. در ماده ۳۶۴ مقرر نموده است: «در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار.» بنابراین ملاحظه می‌شود که وجود خیار در عقد بیع مانع از انتقال مالکیت مبیع به خریدار نیست و به محض تشکیل عقد، منافع و نمائات مبیع از زمان عقد تا زمان قبض، متعلق به مشتری می‌باشد. همچنین قبض (تسلیم مبیع) هیچگونه اثری در انتقال ملکیت ندارد و تنها اثری که تسلیم دارد این است که «ضمان معاوضی» را از فروشنده به خریدار منتقل می‌نماید و با قبض و اقباض مبیع مسؤولیت قراردادی فروشنده به پایان می‌رسد (مقصودی، ۱۳۹۵، ۱۳۱). با توجه با اینکه بیع خیار نیز موجب انتقال مالکیت است و اینکه با قبض مبیع ضمان معاوضی نیز به اختیار منتقل می‌شود پس مطابق قاعده «تلف هر مالی بر عهده‌ی مالک می‌باشد» در جایی که مبیع شخصی، پس از قبض و اقباض تلف شود تلف بر عهده مشتری و از دارایی او حساب می‌شود، قانونگذار بر خلاف آن قواعد (قاعده تملیکی بودن عقد بیع و قاعده انتقال ضمان معاوضی)، در ماده ۴۵۳ ق.م. حکمی استثنایی را وضع نموده است که طی آن همچنان ضمان معاوضی بایع پس از قبض، و در زمان خیار مختص به مشتری باقی می‌ماند.



(بیع). بنابراین با انعقاد عقد وی فقط به نیمی از خواسته خود رسیده است و بخش دوم آن (به دست آوردن مبیع) که اهمیت بیشتری هم دارد، بدون قاعده یادشده پشتوانه مناسبی نخواهد داشت، بدین ترتیب قاعده تلف مبیع قبل قبض در راستای عدالت بوده، از جهت انصاف و منطق نیز توجیه‌پذیر است. قاعده دیگر در این خصوص، قاعده تلف مبیع در زمان خیار است که خلاف قاعده انتقال مالکیت است. این قاعده به عقد بیع اختصاص دارد و مفاد آن این است که تلف مبیع تحت این شرایط از مال بایع رفته به این صورت که یک آن قبل از تلف عقد بیع منفسخ شده و مبیع به ملک بایع داخل گردیده و تلف در ملک وی صورت گرفته است و باید ثمن را به مشتری مسترد نماید. با توجه به این که قاعده مذکور فقط در مواردی که مبیع به قبض مشتری رسیده است جاری است و شامل تلف در قبل از قبض نیست در نتیجه تعارضی با قاعده تلف مبیع قبل از قبض ندارد. حتی اگر حق فسخ عقد را داشته باشد.

#### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

## منابع

- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت، دارالفکر، ۱۳۷۳.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، جلد اول، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴.
- حماد، نزیه، معجم المصطلحات الاقتصادیه فی لغه الفقهاء، جلد سوم، دمشق، دار القلم، ۱۴۲۹.
- خدابخشی، حسن، عربیان، اصغر، «ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ده، ۱۳۹۱.
- خمینی، روح‌ا...، کتاب البیع، جلد اول، چاپ دوم، نجف، نشر مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۹۱.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، جلد سوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۹۴.
- خوری شرتونی لبنانی، سعید، اقرب الموارد فی رفضح العربیه و الشوارد، جلد اول، قم، انتشارات آیه ... مرعشی، ۱۴۰۳.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ششم، قم، انتشارات حاجیانی، ۱۳۶۶.
- زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد اول، بیروت، المکتبه الحیات، ۱۴۱۴.
- زراعت، عباس، قواعد فقه مدنی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- اعظمی، فرحناز، مطهری‌خواه، ذبیح، «بحث و بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض»، دومین همایش علوم انسانی اسلامی، انجمن علمی علوم اجتماعی ایران، ۱۳۹۴.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۷.
- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد سوم، قم، انتشارات مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۱۳.
- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد اول، بیروت، مؤسسه النور، ۱۴۱۰.
- بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه، جلد اول، چاپ دوم، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.
- پرهام مهر، حمیدرضا، ضیاءجلدی، ایمان، «امکان‌سنجی تسری قاعده تلف مبیع پیش از قبض در خریدهای اینترنتی»، مجله دادرسی، شماره صد و سی و هشت، ۱۳۹۸.
- جبعی عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه، جلد چهارم، قم، مطبعه الاداب، ۱۳۶۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حسینی، سید محمد، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، چاپ اول، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۸۵.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح، العناوین، جلد دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.

- سرب‌ها، سید محمدجواد، «قاعده تلف مبیع قبل از قبض»، سومین کنفرانس بین‌المللی علوم اسلامی، پژوهش‌های دینی و حقوق، ۱۳۹۹.
- سلطانی‌نژاد، هدایت ا...، «ضمان معاوضی»، فصل‌نامه مفید، شماره هجده، ۱۳۷۸.
- سیستانی، سید علی، منهج الصالحین، جلد دوم، مشهد، نشر پیام طوس، ۱۴۴۰.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳.
- شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل المسائل الشریعة، جلد دوازدهم، بیروت، احیاء دارالتراث، ۱۱۱۴.
- طباطبایی، سید محمدصادق، جعفری خسروآبادی، نصرالله، «بررسی فقهی حقوقی قاعده (تلف مبیع در زمان خیار)»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره نوزده، ۱۳۸۹.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل فی بیان الاحکام، جلد اول، قم، موسسه آل‌البیت، ۱۴۰۱.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، جلد دوم، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۱۷.
- طبرسی، فضل بن الحسن، تفسیر مجمع‌البیان، جلد دوم، تهران، انتشارات فراهانی، ۱۳۷۹.
- طوسی، محمد بن حسن، مبسوط، جلد دوم، قم، مکتبه المرتضویه، ۱۴۰۵.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد سوم، بیروت، دار الصعب و دار التعارف، ۱۴۰۱.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ دوم، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۸۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه، چاپ دوم، تهران، ناشر سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۶.
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ دوم، تهران، نشر مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، جلد اول، قم، دار الهجره، ۱۴۱۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی معاملات معوض عقود تملیکی، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین (معاملات معوض - عقود تکمیلی - بیع - معاوضه - اجاره - قرض)، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- لطفی، اسدالله، قواعد فقه مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، قم، انتشارات دارالهدی، ۱۴۰۳.

- محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه (دفتر دوم) منابع فقه، چاپ پانزدهم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ چهارم، تهران، ناشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ شصت و دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، مائتة قاعدة فقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱.
- مقصودی، مراد، حقوق مدنی، قولنامه و بیع، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، دو جلدی، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱.
- موسوی بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیة، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۹.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
- موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات دلیل ما، ۱۳۸۲.
- موسوی بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیة، هفت جلدی، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.
- موسوی خمینی (ره)، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد اول، تهران، موسسه‌ی نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱.
- نائینی، میرزا محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد اول، قم، المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳.
- نبوتی، نجمه، «بررسی تطبیقی قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۳.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و دوم، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۴.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست و سوم، نجف، چاپ افست بیروت، ۱۳۷۷.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد سیزدهم، بیروت - لبنان، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۲۹۵.