

## ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض»<sup>۱</sup>

حسن خدابخشی<sup>۲</sup>

دانش‌آموخته‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته‌ی فقه و حقوق، تهران، ایران.

اصغر عربیان<sup>۳</sup>

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

### چکیده

در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه عقد بیع، تملیکی است و مهم‌ترین اثر آن یعنی انتقال مالکیت، اصولاً هم‌زمان و با انعقاد عقد، حاصل می‌شود. اگر چه ممکن است ضمان حاصل از آن، بر عهده‌ی فروشنده (در تسلیم مبیع) و خریدار (در تسلیم ثمن) باقی بماند. این ضمان، همان ضمان معاوضی است.

ضمان معاوضی، التزام به پرداخت عوض معین، در مقابل معوض دریافتی و بالعکس است که تنها در عقود معاوضی ایجاد می‌شود. این قاعده اختصاص به بیع و مبیع نداشته و می‌توان حکم آن را در مورد ثمن و سایر معاوضات غیر از بیع نیز تسری داد.

مفاد قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» این است که اگر عقد بیعی منعقد شود و مبیع، قبل از تسلیم از سوی بایع به مشتری، بدون تعدی و تفریط بایع تلف گردد، بیع منفسخ شده و خسارت متوجه‌ی بایع خواهد بود که لازم است ثمن را در صورت اخذ، به مشتری بازگرداند؛ حتی اگر مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده باشد.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۲/۲۳؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۱/۸.

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): [khodabakhshi-iri@yahoo.com](mailto:khodabakhshi-iri@yahoo.com).

۳. پست الکترونیک: [a.arabiyani63@yahoo.com](mailto:a.arabiyani63@yahoo.com).

حکم قاعده با لوازم انتقال مالکیت هم‌خوانی ندارد؛ اما با توجه به بقای ضمان معاوضی حاصل از عقد بیع، بر ذمه‌ی فروشنده، خسارت حاصل از تلف متوجه‌ی او شده و با انفساخ عقد، نفس انتقال مالکیت نیز از بین می‌رود و این فرمول، مورد پذیرش عرف عقلا است. ضمان معاوضی در نظام‌های مختلف حقوقی پس از انعقاد قرارداد، گاهی به محض انتقال مالکیت و زمانی با قبض و اقباض منتقل می‌شود.

**واژگان کلیدی:** تلف، قبض، تسلیم، ضمان معاوضی، اتلاف، تلف قبل از قبض، ضمان مسمی.

Archive of SID

## مقدمه

هر قرارداد و معاهده‌ای مجموعه‌ای از ضمان و تعهدات است که زمینه‌ساز تحقق خواسته‌های طرفین قرارداد می‌باشند. اجرا و ایفای این الزامات و وظایف، ممکن است بر اثر حوادث قهری و غیرارادی یا اعمال و اقدامات اختیاری، فراهم نگردد و در نتیجه پیمان، عقیم و حصول مقصود اصلی ناممکن شود. در یک معامله - خواه در داخل کشور یا در عرصه‌ی بین‌المللی - همواره از حین انعقاد قرارداد تا زمان اجرای کامل آن، حوادث و وقایع متعددی بقا و سلامت کالا را تهدید و به مخاطره می‌اندازند، چه بسا که در این فاصله، در اثر حوادث طبیعی و قهری یا عیوب عارضی و بالقوه، تمام یا بخشی از کالای مورد معامله از بین برود. لذا یکی از مباحث عمده حقوق قراردادهای، تعیین مسئول این‌گونه خسارات و تقسیم یا اختصاص آن به یکی از متعاقدين و متعاملین است.

مسأله‌ای که از دیرباز توجه طرفین معاملات را به‌ویژه در عقد بیع، به خود مشغول کرده است، مسؤولیت زیان‌هایی است که در زمان معامله، به مورد معامله وارد می‌شود.

بنابراین تبیین صحیح و دقیق و منطقی وظایف و تعهدات بایع و مشتری و تقسیم مسؤولیت آن‌ها و تعیین دقیق نقطه‌ی خاتمه‌ی مسؤولیت هر یک و انتقال و تخصیص ضمان تلف و ضرر و زیان به طرف دیگر، می‌تواند تا حدود زیادی از ایجاد اختلاف و طرح دعوی آن‌ها بکاهد. برعکس عدم اتخاذ تدابیر لازم قانونی و قراردادی و وجود اجمال و ابهام در مقررات و امارات قانونی و عدم پیش‌بینی جوانب و جزئیات این مسأله، باعث تشدید مشکلات و دامن زدن به اختلاف می‌گردد.

در حقوق مدنی ایران، این موضوع با قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» مطرح و شناخته شده و از میراث فقهی به قانون مدنی سرایت کرده است. لذا مقاله‌ی پیش‌رو ضمن بیان مفاد این قاعده و تبیین ضمان معاوضی حاصل از عقد بیع، نحوه و شرایط بقا یا انتقال و انتفای این ضمان، با موضوعیت قبض یا اقباض به عنوان دلیل صدق حکم قاعده و در نتیجه انفساخ یا بطلان عقد بیع (حسب نظرات مختلف فقها)، در صدد اثبات فرضیه و قول مختار، دایر بر اعتبار حاصل از بنای عقلا برای این قاعده، بدون توسل به تعبد عنوان شده در لسان فقها خواهد بود.

### ۱- مفاد قاعده

بیع در فقه و حقوق اسلامی، عقدی تملیکی است که به مجرد وقوع آن، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل و مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شوند؛ اما مطابق قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض»، هرگاه پس از عقد و قبل از تسلیم کالا به مشتری، مبیع نزد فروشنده بدون تقصیر و اهمال از جانب وی تلف شود، تلف از مال فروشنده محسوب می‌گردد، نه از ملک مشتری؛ هر چند مشتری از زمان وقوع عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود. در نتیجه اگر فروشنده، قیمت کالا را از مشتری گرفته باشد، باید به وی بازگرداند.

این قاعده یکی از قواعد مسلم فقهی در ابواب معاملات بوده (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۵۳) که ریشه در پیشینه‌ی طولانی فقه و حقوق اسلامی دارد و از آن در اصطلاح حقوقی، به ضمان معاوضی یاد می‌شود که قانون‌گذار ایران نیز در ماده‌ی ۳۸۷ ق.م به آن تصریح نموده است.

در توجیه این قاعده و مباحث مربوط به آن، مسایل مختلف و نظریه‌های متعددی مطرح شده است که از لحاظ علمی و حقوقی آثار متفاوتی به دنبال دارد که در این گفتار به توضیح و تبیین آن پرداخته می‌شود.

### ۲- تعارض مفاد قاعده با اصول حاکم بر معاملات

مطابق نظر قاطبه‌ی فقهای امامیه، طبق قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض»، هرگاه بعد از عقد و قبل از تسلیم کالا به مشتری، مبیع نزد فروشنده تلف شود، تلف از مال بایع خواهد بود (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۲۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، صص ۲۸۹ و ۳۳۵؛ همان، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۱۱۲؛ همان، ج ۱۱، ص ۳۷۸؛ همان، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۸۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۷۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۲۲؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۸۳؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۴۹) لذا تلف از مال مشتری به حساب نمی‌آید، هرچند که از زمان وقوع عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود. در حالی که اصول حاکم بر معاملات اقتضا دارد که مبیع تلف شده از مال خریدار بوده و خسارت مال تلف شده هم، به عهده‌ی وی باشد؛ زیرا در اثر بیع، مبیع به ملک خریدار منتقل شده است و

تلف هر مال نیز در ملک مالکش واقع می‌شود. در حالی که این قاعده، کالای تلف شده را از مال و ملک بایع می‌داند.

## ۲-۱- راه کارهای رفع تعارض

در توجیه مسئولیت بایع و این که چرا تلف مبیع قبل از قبض، از مال بایع دانسته شده، توسط فقها و حقوق دانان مطالب و توجیهاات متفاوتی بیان شده است که به شرح ذیل بیان می‌گردد:

۲-۱-۱- قبض، شرط صحت و انتقال ملکیت است و قبل از قبض مبیع، مالکیت به مشتری منتقل نمی‌شود. پس به صرف عقد بیع، متعاقدين مالک نمی‌شوند؛ بلکه باید تقابض خارجی هم صورت بگیرد، همان‌طور که در بیع صرف و سلم این‌گونه است؛ یعنی در بیع صرف، قبض در مجلس، شرط صحت عقد و تحقق ملکیت می‌باشد (کتاب‌البیع، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۸۲).

البته پذیرفتن این نظر موجب نادیده گرفتن قول مشهور فقها در مورد تملیکی و ناقل بودن عقد بیع می‌باشد؛ زیرا فقها پذیرفته‌اند که در بیع، به صرف تبادل انشایی، ملکیت منتقل می‌شود و بیع صرف و سلم که تقابض در آن‌ها شرط صحت است، به لحاظ دلیل خاص دیگری است و این از مسلمات غیر قابل انکار فقه امامیه است. بنابراین قبض از آثار عقد بیع بوده و از شروط صحت آن نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۹۶). در مواد ۳۳۸، ۳۳۹ و ۳۶۲ ق.م نیز از نظر مشهور فقها پیروی شده است.

۲-۱-۲- ید بایع نسبت به مبیع، ید ضمان است. به عبارت دیگر، فروشنده در صورت تلف، هر چند تعدی و تفریط نکرده باشد، به مقتضای قاعده‌ی «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» به ضمان واقعی، ضامن است و باید مثل یا قیمت مبیع را به مشتری بدهد. این نظر از چند جهت قابل نقد است:

اول- ید بایع نسبت به مبیع، ید غیرمأذونه نیست تا ضامن باشد؛ بلکه حسب توافقی که بایع و مشتری با هم داشته‌اند، قرار شده تا مبیع نزد بایع بماند. بنابراین ید بایع نسبت به مبیع، ید امانی مالکی است، نه ید ضمان.

دوم- استناد به قاعده‌ی علی الید برای اثبات ضمان بایع، یک بحث مستقلی است که اختصاص به قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» ندارد. بنابراین قاعده‌ی تلف، بایع را به حکم ضمان ید یا به ضمان واقعی مسؤول ضرر نمی‌شناسد (همان، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۸۱).

۳-۱-۲- عقد در آن واحد قبل از تلف منفسخ شده است؛ یعنی عقد در یک لحظه، قبل از تلف مبیع، منفسخ شده و مبیع به ملکیت بایع و ثمن به ملکیت مشتری برگشته و در نتیجه آن چه تلف می‌شود، در ملکیت بایع بوده است (همان). قبل از تلف مبیع، به‌طور تعبدی در یک لحظه عقد فسخ گردیده در نتیجه مبیع در ملک بایع قرار گرفته و تلف از مال وی محسوب شده است. نظیر این مطلب در فقه موجود است؛ مانند معاطات (البته بر مبنای اباحه‌ی مطلقه نسبت به تصرفات متوقف بر ملک)، بیع خیاری یا هر نقل و انتقال دیگری که ذوالخیار در ایام خیار انجام دهد. در این موارد هم، مسأله این‌گونه توجیه می‌شود که ذوالخیار در یک لحظه قبل از بیع، مالک می‌گردد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۲۹۷ و ۲۹۸).

براساس این نظریه، عقد بیع لحظه‌ای قبل از تلف مبیع، به خودی خود منفسخ می‌شود و مالکیت مبیع دوباره به فروشنده انتقال یافته و تلف در ملک بایع واقع می‌شود. با تلف مبیع و انفساخ عقد، رابطه‌ی حقوقی بین طرفین از بین می‌رود و همان‌گونه که فروشنده امکان تسلیم مبیع را از دست می‌دهد، خریدار نیز تکلیفی به پرداخت ثمن نخواهد داشت و اگر ثمن را به فروشنده پرداخته باشد، حق استرداد آن را دارد. طبق این تحلیل و با قبول تعبد به برگشت مالکیت به فروشنده در یک لحظه قبل از تلف، این قاعده مطابق اصول کلی حاکم بر قراردادهای اصل تملیکی بودن عقد بیع بوده و امری هماهنگ با قواعد عمومی معاملات است و هیچ‌گونه استثنا و امر خلاف قاعده‌ای در آن مطرح نخواهد شد؛ یعنی با انفساخ عقد، هر یک از عوضین به مالک قبل از عقد آن باز می‌گردد. در نتیجه تلف مبیع در حالی رخ می‌دهد که در ملکیت فروشنده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۸۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۵۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۷۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۸۹).

البته این نظریه - با این‌که ضمان معاوضی فروشنده را مطابق قاعده توجیه و تفسیر نموده و به سایر عقود معاوضی نیز قابل تسری می‌داند - با یک اشکال اساسی روبه‌رو می‌باشد و آن فرض تعبد است که عقد را بدون دلیل و هیچ‌گونه منطقی، به‌طور خودبه‌خود قابل انفساخ دانسته و اصول کلی حاکم بر معاوضات، نظیر اصل لزوم را بدون دلیل زیر پا گذاشته است. به تعبیر دیگر، عقد بیع از عقود لازم و غیر قابل فسخ است؛ مگر آن‌که با توافق طرفین آن یا پیدایش حق فسخ برای یکی از طرفین و اعمال آن حق، منحل یا آن‌که با از بین رفتن موضوع آن، خودبه‌خود منفسخ شود. بنابراین تحت هیچ شرایط دیگری، عقد بیعی که بین دو طرف واقع شده است، به خودی خود نمی‌تواند منحل و منفسخ گردد.

در پاسخ گفته شده است: انفساخ عقد در این نظریه، به خودی خود و بدون دلیل نیست. بلکه عقد بیع که به موجب آن طرفین نسبت به پرداخت عوض و معوض به طرف مقابل متعهد می‌گردند، تعهدی دو طرفه است و به‌طور مجانی نیست و هر یک از دو عوض، حیات حقیقی خود را از پیوند با دیگری می‌گیرد. بنابراین چنانچه یکی از آن دو، تلف و نابود شود، تعهد به پرداخت طرف دیگر نیز از بین می‌رود. بنابراین کسی که از عوض محروم شده باشد، از دادن معوض معاف می‌گردد و در نتیجه تلف مبیع در اثر حادثه‌ی قهری بر فروشنده تحمیل می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۸۸).

۲-۱-۴- نفس تلف علت برای انفساخ عقد اعلام شده است، هرچند از نظر رتبی، تلف مبیع مقدم بر انفساخ عقد باشد؛ اما تلف و انفساخ از نظر زمانی تقدم و تأخر ندارند و هر دو در یک زمان واقع می‌شوند. بنابراین همان لحظه‌ی تلف، لحظه انفساخ و انحلال عقد هم هست. پس قهراً تلف در مال فروشنده واقع شده است (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۹۸). قائل این قول اظهار می‌دارد: «ما منکر در آن واحد هستیم، آن هم در صورتی که بخواهیم آن را با ادعا و تعبد اثبات بکنیم. ما می‌گوییم نفس تلف، علت برای انفساخ عقد است و علت و معلول هم از جهت زمان متحد هستند و تقدم و تأخرشان رتبی است، پس همان لحظه‌ی تلف، لحظه انفساخ و انحلال عقد هم هست و به‌طور قهری تلف در مال بایع واقع شده است» (همان).

البته این نظریه هم نمی‌تواند تعارض مطرح شده را بر طرف نماید؛ زیرا این که نفس تلف، باعث انفساخ عقد گردد، دلیل می‌خواهد و چنین دلیلی هم وجود ندارد. پس این نظریه هم متضمن تعبد است و در توجیه قاعده قابل پذیرش نیست.

۲-۱-۵- حکم قاعده، با استناد به روایت مشهور نبوی، نوعی تعبد و تسلیم در برابر شارع است؛ زیرا حکم به ضمان معاوضی بایع با قول به انتقال مالکیت سازگار نیست و لازمه‌ی انتقال مالکیت مبیع، آن است که تلف نیز بر خریدار (مالک جدید) تحمیل شود. بنابراین قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» مطابق با اصول حاکم بر معاوضات و تملیکی بودن عقد بیع نمی‌باشد و به دلیل وجود روایت و اتفاق نظری که در میان فقها در استناد به این قاعده وجود دارد، به ناچار باید آن را به عنوان استثنایی به اصل تملیکی بودن تلقی نموده و تنها در عقد بیع، آن هم در موردی که مبیع قبل از تسلیم تلف شود، قابل اعمال دانست؛ زیرا در خلاف قاعده و استثنا باید به حداقل و قدر متیقن آن اکتفا نمود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۸۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، صص ۱۵۷ و ۱۵۸).

این تحلیل نیز قابل قبول نبوده و مشهور فقها هم آن به دلایل زیر آن را نپذیرفته‌اند:

اول- شارع به زبان عرف سخن می‌گوید؛ لذا قاعده‌ای دارای مصالح غیر قابل فهم و دور از ذهن را در معاملات مطرح نمی‌نماید، تا امری تعبدی و بدون ملاک تلقی شود.  
دوم- تعبدی بودن یک حکم در معاملات، نیازمند دلیل است و تا جایی که بتوان ملاک حکم را استنباط نمود، نمی‌توان آن را تعبدی و بدون ملاک اعلام کرد (همان).

سوم- روایاتی که مؤید این قاعده هستند، بیانگر یک حکم عقلایی و داوری عرف (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص ۲۸۱) و تحلیل قصد مشترک طرفین عقد می‌باشند و بر این اساس، ملاک و ضابطه‌ی 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 (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۸۹).

۱-۲-۶- انفساخ عقد و توجه تلف به بایع، به جهت عدم ایفای ضمان معاوضی و مسمای عقد بیع است که بر ذمه‌ی او است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۲۵۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۵۷؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۱۲). در حقیقت با حدوث عقد بیع، مبیع و ثمن از مالکیت فروشنده و خریدار خارج و به طرف مقابل انتقال می‌یابد؛ ولی با این وجود قبل از تسلیم مبیع به خریدار، ضمان معاوضی یا خطر ناشی از تلف مبیع، بر عهده‌ی فروشنده باقی می‌ماند. بنابراین صرف انتقال مالکیت، بدون آن که خریدار به مبیع دست یابد، موجب انتفای ضمان معاوضی فروشنده و الزام خریدار به پرداخت ثمن نمی‌شود؛ زیرا در عقود معاوضی، انتقال مال یا قبول تعهد، تعهد به تسلیم و اجرای آن را نیز در پی دارد و با این انگیزه، عقد تشکیل می‌شود و تا زمانی که موضوع عقد، تسلیم خریدار نشود، تحمیل ضمان معاوضی یا خسارت ناشی از تلف به خریدار با عدالت معاوضی و خواست مشترک طرفین سازگار نخواهد بود. ضمان معاوضی خریدار نیز نسبت به ثمن در برابر فروشنده همین‌گونه است. بنابراین انفساخ عقد و تحمیل ضمان معاوضی بر بایع امری معقول و مبتنی بر اراده‌ی مشترک طرفین عقد و منطبق بر قواعد عمومی حاکم بر معاملات و تملیکی بودن عقد بیع است، زیرا هر یک از دو طرف، حیات حقوقی و نفوذ خود را از پیوند با دیگری به دست می‌آورد و بدون کفهی مقابل خود، امکان بقا ندارد. پس اگر یکی از آن دو تلف یا ممتنع شود، دیگری نیز خودبه‌خود از بین می‌رود و کسی که از عوض محروم شده، از دادن معوض معاف می‌گردد و در نتیجه تلف مبیع در اثر حادثه‌ی قهری، بر فروشنده تحمیل می‌شود.

تلف یکی از دو عوض متقابل، موجب از بین رفتن تعهد به تسلیم عوض مقابل به‌طور قهری و خودبه‌خود می‌شود و کسی که به هر دلیل وفای به عهد نکند، حق گرفتن عوض را ندارد (الخلاص، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۵۴).



در نتیجه هر چند عقد بیع، موجب تملیک مبیع و انتقال ضمان معاوضی می‌شود؛ ولی از آن جا که در بیع صرف انتقال مالکیت هدف نیست، بلکه رسیدن به عوض و مال، هدف نهایی در معامله است با از بین رفتن یکی از دو عوض، تعهد به پرداخت عوض مقابل نیز مبنای خود را از دست می‌دهد. بنابراین با از بین رفتن یکی از دو عوض یا عدم امکان تسلیم آن، عقد به دلیل از دست دادن موضوع، خودبه‌خود امکان بقا را از دست داده و منفسخ می‌گردد. این نظریه از یک طرف، ضمان معاوضی فروشنده را با تملیکی بودن عقد بیع، سازگار و هماهنگ نشان می‌دهد، به نحوی که مطابق قواعد حاکم بر معاوضات بوده و امر خلاف قاعده و استثنایی تلقی نشود و از طرف دیگر، آن را در کلیه‌ی عقود معاوضی و نسبت به طرفین و عوضین قابل اعمال می‌داند. پس در معاوضات از ابتدا، بنای طرفین بر این بوده که تملیک هر یک از دو عوض، مقید به تسلیم عوض دیگر باشد، به گونه‌ای که با تلف یکی از عوضین، عقد از بین رفته و برای طرف مقابل هم نسبت به عوض موجود، سببی برای تملیک باقی نمی‌ماند تا حق مطالبه داشته باشد. مطابق این نظریه در صورت تلف مبیع قبل از تسلیم، زمینه‌ی اجرای تعهد فروشنده از بین می‌رود و امکان تسلیم از جانب او وجود نخواهد داشت و عقد نیز به دلیل از دست دادن موضوع یعنی عدم توانایی فروشنده در عمل به تعهد خود، به‌طور قهری منفسخ می‌گردد و در نتیجه ارتباط و پیوستگی آن با ثمن از بین رفته و خریدار تکلیفی به پرداخت ثمن ندارد و در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، حق استرداد آن را خواهد داشت.

این قول، نظریه‌ی مختار است و برای تبیین این نظریه، ذکر چند مطلب لازم است:  
الف- برابر نظر اکثر فقها ضمان موجود در قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» ناظر به ضمان معاوضی است، نه ضمان واقعی؛ چراکه با تلف مبیع، عقد منفسخ می‌شود و در نتیجه خریدار، مالک چیزی نیست تا فروشنده در برابر آن، ضمان قهری داشته باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۷۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، صص ۲۷۱ و ۲۷۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ص ۵۹۴؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۲۲۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷، ص ۳۰۶).

ضمان معاوضی یا ضمان مسمی، ضمانی است که در اثر عقد ایجاد می‌شود و بیانگر آن است که هر کدام از طرفین، تنها ضامن و متعهد به تسلیم عین مورد معامله هستند نه عین و در صورت تعذر، مثل یا ارزش آن. بنابراین اگر عین مبیع قبل از تسلیم، تلف شود (مفاد قاعده‌ی تلف) عقد منفسخ شده و منحل می‌گردد. اما در ضمان واقعی شخص ضامن وجود

اعتباری مبیع است که در این صورت با تلف عین، ضمان مثل یا قیمت باقی خواهد بود و معامله فسخ نخواهد شد.

ب- به اجماع فقها، قبض و اقباض شرط صحت معامله نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۸۱).

ج- تعبد در قبول حکم قاعده در عرف عقلا - که یکی از مهم‌ترین دلایل اعتبار این قاعده است - جایگاهی ندارد؛ زیرا همان‌طور که بیان گردید، حکم به انفساخ عقد به‌طور تعبدی با اصول حاکم بر معاوضات، نظیر اصل لزوم، معاشرت دارد؛ چراکه عقد بیع از عقود لازم و غیر قابل فسخ است، مگر آن‌که با توافق طرفین یا پیدایش حق فسخ و اعمال آن باشد. بنابراین تحت هیچ شرایطی، عقد بیعی که به شکل صحیح بین دو طرف واقع شده است، بدون دلیل منحل نمی‌گردد.

د- نفس تلف هم نمی‌تواند دلیل بر انفساخ عقد باشد؛ مگر قبل از انتقال مالکیت یا در عقد متزلزل. چراکه وقوع تلف در زمان مالکیت مشتری است و علی القاعده نمی‌تواند در مال غیر مشتری (یعنی فروشنده) تلقی شود؛ مگر این‌که به موجب شرعی و قانونی به مالکیت فروشنده برگشته باشد که برای این برگشت دلیلی وجود ندارد.

ه- هدف از معاملات و معاوضات، صرف نقل و انتقال ملکیت در عالم اعتبار نیست؛ بلکه دست‌یابی به عوض متقابل، هدف و مقصود طرفین است.

و- حکم حاصل از جریان قاعده، بیانگر یک روش و شیوه‌ی عقلایی است که بازگشت به قصد مشترک طرفین عقد دارد. هم‌چنان که ذکر شد در عقود معاوضی، هر یک از دو عوض هویت جدید خود را از پیوند با دیگری می‌یابد. پس اگر یکی از آن دو تلف یا ممتنع شود، دیگری نیز به تبع آن از بین می‌رود و طرفی که از عوض محروم شده است، مکلف به دادن معوض نخواهد بود. در نتیجه تلف مبیع (در اثر حادثه‌ی قهری) بر فروشنده تحمیل می‌شود نه بر خریدار، مگر این‌که به قبض خریدار در آمده باشد. بنابراین تلف یکی از دو عوض موجب از بین رفتن تعهد به تسلیم عوض مقابل به‌طور قهری شده و مبنای تعهد از بین خواهد رفت.

ی- در معاوضات از ابتدا، بنای طرفین بر این است که تملیک هر یک از دو عوض منوط به تسلیم عوض دیگر باشد، به گونه‌ای که با تلف یکی از آن‌ها عقد از بین رفته و برای طرف مقابل هم، نسبت به عوض موجود، سببی برای تملیک باقی نماند تا حق مطالبه آن را داشته باشد.

در نتیجه حکم به انفساخ عقد و وقوع تلف از مال بایع، تعدبی نبوده، بلکه دلیل آن عدم ایفای ضمان معاوضی فروشنده؛ یعنی همان عدم توانایی و تعذر بایع بر تسلیم عین مبیع است که عقد معاوضی را از اساس به هم می‌زند حتی در صورتی که مالکیت اعتباری منتقل شده باشد.

### ۲- بنای عقلا در ضمان معاوضی

هرچند براساس مقتضای قواعد اولیه و ماده‌ی ۳۶۲ق.م باید تلف از مال مشتری باشد؛ چون به محض وقوع عقد - حتی در صورتی که قبض و اقباض صورت نگرفته باشد - مبیع به ملکیت مشتری در آمده است و در ظاهر چنین به نظر می‌رسد که بعد از ایجاد عقد چه مبیع به مشتری تسلیم شده یا نشده باشد، اگر تلف شود به لحاظ انتقال مالکیت آن به مشتری، تلف و خسارت متوجه‌ی مشتری می‌شود؛ اما با دقت نظر در مبانی عقود معاوضی و معاملات که در نهایت همان اراده‌ی طرفین بر تبادل عوض و معوض در عالم خارج است، حتی مستلزم انشای عقد در عالم اعتبار هم باشد، می‌توان دریافت که بنای عقلا بر این است که در مقابل مبیع، ثمن پرداخت کنند یا در مقابل پرداخت ثمن، مبیع را قبض نمایند.

منطقی و عقلایی به نظر نمی‌رسد که مشتری ثمن را به بایع پرداخت نماید، ولی در مقابل آن مبیع را دریافت نکند؛ هرچند که مبیع در اثر حوادث خارجی و بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود. این قضیه از آن‌جا که متکی به منطوق بوده و با عقل عملی درهم آمیخته است، محدود به زمان و مکان خاصی نبوده و در بین تمام عقلائی عالم مقبولیت دارد.

«عرف و عادت عقلا در عقود معاوضی این است که طرفین، قصد ندارند مال را مجاناً به دیگری تملیک کنند؛ بلکه همواره هر یک کالای خود را عوض کالای دیگری قرار می‌دهد و به عبارت دیگر، بنای عقلا و عرف و عادت آنان در انشای عقود معاوضی و مبادلات در عالم تشریح و اعتبار، مبنی بر دادوستد خارجی است؛ به نحوی که چنانچه اخذ و اعطا (دادوستد) امکان نداشته باشد، اعتبار مبادله لغو و عملی غیر عقلایی تلقی می‌گردد. بنابراین امکان انجام دادوستد در حقیقت عقد، حدوثاً و بقاءً مأخوذ است؛ یعنی حدوثش در حدوث عقد و بقایش در بقای عقد ملحوظ گردیده است. بنابراین مادام که عوضین موجودند و برای هر یک از طرفین چنین امکانی وجود دارد که در ازای دریافت کالایی، طرف مقابل کالای خویش را تحویل دهد، عقد باقی است و چنانچه با تلف و فنا یکی از دو کالا امکان تحویل آن به عنوان بدل معین از دست رفت، قهراً عقد منفسخ می‌شود و کالای باقی به

ملکیت صاحبش بر می‌گردد و مالی که تلف شده، از جیب صاحب قبل از انجام معامله بیرون رفته است» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، صص ۱۸۱ و ۱۸۲).

البته این مبنا را در سیره مسلمین نیز ثابت است: «با مراجعه به سیره مستمره‌ی مسلمانان در می‌یابیم که بنای آنان در بیع چنین است که هرگاه کالای مورد معامله، قبل از قبض طرف مقابل تلف گردد، خسارت را متوجه‌ی شخصی می‌دانند که مال پیش از معامله از آن او بوده نه متوجه‌ی کسی که به موجب معامله‌ی جدید مالک شده و چون این رویه به زمان معصوم (ع) متصل می‌گردد، لذا حجیت شرعی دارد» (همان، ص ۱۸۱).

سیدمحمد بجنوردی نیز با قبول این نظر چنین اظهار داشته است: «اگر به دقت نظر کنیم، عقلا در معاوضات و معاملاتی که به نحو معاوضه و دادوستد انجام می‌دهند، آنچه می‌دهند بدون عوض نمی‌دهند. بنای آن‌ها این است که اگر مبیع دادند، ثمن بگیرند و اگر ثمن دادند، مبیع بگیرند. در جوامع عقلایی چنانچه مشتری ثمن بدهد و بایع در عوض چیزی به وی ندهد، این معامله را اکل مال به باطل می‌دانند؛ یعنی بایع را مستحق ثمن نمی‌دانند» (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۹۸). پس این مطلب نه تنها در سیره و روش مسلمین جاری بوده، بلکه رویه و شیوه‌ای عقلایی و معمول بین تمام خردمندان است که در عقد بیع در صورت تلف مبیع پیش از تسلیم، ضمان را متوجه‌ی فروشنده می‌دانند. زیرا انسان‌های عاقل براساس مصلحت و اندیشه در معاملات و عقود معاوضی، برای رسیدن و دست‌یابی به عوض متقابل، اقدام به معامله می‌نمایند. در این‌گونه معاملات قصد تملیک به‌طور مجانی وجود ندارد و اگر هم از ابتدا چنین امری قابلیت تحقق نداشته باشد، به انشای عقد مبادرت نمی‌شود؛ بلکه در هنگام عقد این توافق ضمنی و خواست مشترک وجود دارد که انتقال مبیع و یا قبول تعهد منوط به رسیدن به عوض در برابر معوض است و در صورتی که به هر دلیل، امکان تسلیم وجود نداشته باشد؛ چون زمینه‌ی اجرای تعهد طرف مقابل از بین می‌رود، طرف دیگر نیز به‌طور قهری از انجام تعهد معاف می‌شو. زیرا لازمه‌ی التزام به پرداخت عوض این است که هر یک در مقابل آنچه تسلیم می‌کند، معادل آن را به عنوان عوض دریافت نماید و در صورت تلف یکی، عوض مقابل نیز الزامی به تسلیم نخواهد یافت.

البته برخی از فقهاء استدلال به بنای عقلا را نپذیرفته و با طرح اشکالاتی چنین اظهار داشته‌اند: «این ادعا که حکم در تلف مبیع قبل از قبض در بیع و غیر آن عقلایی باشد و در نتیجه هرگاه مثلاً مبیع در دست بایع، قبل از قبض مشتری تلف شود، بنای عقلا بر عدم پرداخت ثمن یا استرداد آن به مشتری باشد، بدون رجوع برای اخذ غرامت مال، غیر مسموع است؛ زیرا چنین بنایی ثابت نشده است» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۹۱) و «استدلالی که

جهت تبیین بنای عقلا ذکر گردید در اثبات مقصود - حکم در قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» - کافی نیست و اگر هم بنای عقلا در برخی از موارد ثابت گردد، تعمیم آن به همه‌ی موارد ثابت نشده است» (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۵۹). پس از نظر برخی بنای عقلا نمی‌تواند مستند و مدرک برای اثبات حجیت قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» و ضمان معاوضی بایع باشد؛ بلکه عمده‌ی دلیل و مدرک قاعده، روایات و اجماع فقها است.

آیت‌الله خویی نیز در این باره می‌نویسد: «ظاهر آن است که بعد از این که مبیع با عقد صحیح به دیگری منتقل شد و به ملکیت او درآمد، به ناچار باید در دست کسی که مال نزد اوست (بایع)، امانت شرعی به حساب آمده و تا زمانی که به دست مالکش نرسیده، امانت است و بر این فرض، تلف باید برعهده‌ی مالک (مشتری) باشد؛ در حالی که هیچ سیره‌ی عقلایی که دلالت بر ضمان بایع داشته باشد، محقق نشده است» (خویی، ۱۳۶۵ش، ص ۱۷۴). بنابراین طبق نظر بیش‌تر فقها بنای عقلا به هیچ عنوان نمی‌تواند مدرک و مبنای قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» و ضمان معاوضی بایع باشد.

#### ۴- شرایط تحقق ضمان معاوضی

در ماده‌ی ۳۸۷ق.م.چنین آمده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ می‌شود و ثمن باید به مشتری برگردد؛ مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود».

با توجه به مفاد این ماده از قانون مدنی برای تحقق و اثبات ضمان معاوضی وجود شرایطی به شرح زیر لازم است:

۴-۱- مبیع هنگام تلف باید عین معین باشد. در ماده‌ی مذکور به معین بودن مبیع اشاره نشده است ولی از سابقه‌ی بحث و قواعد کلی معاملات می‌توان این شرط را استنباط کرد. ضمن این که به چنین امری در فقه نیز تصریح شده است؛ به این صورت که اگر مبیع کلی باشد، خریدار مستحق مبیع خواهد بود. لذا هرگاه فردی از مبیع که در اختیار فروشنده است از بین برود او می‌تواند فرد دیگری را تهیه و تسلیم نماید و در صورتی که تمام افراد کلی از بین بروند، چون پیش از تسلیم فرد مبیع، تملیک انجام نمی‌شود، عقد بیع از ابتدا باطل خواهد شد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۳۰۱).

۴-۲- تلف باید پیش از تسلیم مبیع به مشتری صورت گرفته باشد.

۳-۴- تلف باید بر اثر حوادث خارجی یا به تعبیر فقها به آفت سماوی باشد. مقصود این است که تلف به بایع یا مشتری یا شخص ثالثی منتسب نباشد؛ زیرا اگر شخصی اعم از بایع یا غیر بایع آن را تلف کرده باشد، طبق ماده‌ی ۳۲۸ و ۳۳۱ ق.م.ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود و بیع منفسخ نمی‌شود.

۴-۴- بایع نسبت به ایفای تعهد در اقباض اقدام نکرده باشد. یعنی برای تسلیم مبیع به مشتری و در صورت امتناع وی به حاکم یا قائم مقام او مراجعه نکرده باشد. ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.فروشنده‌ای را که در وظیفه‌ی خود نسبت به تسلیم مبیع کوتاهی نمی‌کند از مسئولیت مبرا می‌داند و هرگاه مشتری از قبض مبیع امتناع نماید و بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع کند، تلف از مال بایع نخواهد بود.

## ۵- انتفای ضمان معاوضی

### ۱-۵- اثر قبض و اقباض در ضمان معاوضی

از آن‌جا که تحقق یا عدم تحقق قبض و اقباض در انتقال یا عدم انتقال ضمان معاوضی نقش کلیدی و اساسی دارد، بررسی ماهیت قبض و شرایط تحقق آن حایز اهمیت است. صدق قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» و جریان حکم آن منوط به عدم تحقق قبض از سوی مشتری است؛ یعنی چنان‌چه عقد بیع منعقد شده و مالکیت مبیع نیز به مشتری منتقل گردیده باشد، اما تسلیم و اقباض انجام نشده باشد در صورت تلف مبیع، این تلف از ملک بایع محسوب و معامله منفسخ خواهد شد. این انفساخ به دلیل عدم انتقال ضمان معاوضی - که بر ذمه‌ی فروشنده می‌باشد - عنوان شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۸۴).

آن‌چه که در عقود معاوضی برای صدق قاعده‌ی تلف و در نتیجه انفساخ عقد شرط است، این است که ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل نشده باشد و ملاک تشخیص انتقال یا عدم آن تحقق تسلیم (اقباض) از سوی بایع است. لذا کیفیت و شرایط تحقق آن در احراز و اثبات انتقال ضمان معاوضی اثر گذار خواهد بود.

### ۲-۵- ماهیت قبض

آن‌چه در عدم انتقال ضمان معاوضی و در نتیجه موجب انفساخ عقد بیع یا بطلان آن (حسب نظرات مختلف فقها) نقش دارد، اقباض از سوی فروشنده است یا قبض از سوی

مشتری که ممکن است علی‌رغم تلاش فروشنده برای اقباض، قبض مورد اشاره (از سوی مشتری) تحقق نیافته باشد.

واژه‌ی «قبض» در لغت به «گرفتن، تملک، تصرف، جمع شدن و...» آمده است (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، صص ۲۲۲ و ۲۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۴۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۷؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۱۹). آنچه در این مبحث، محل طرح دارد، ماهیت قبض در عقود معاوضی چگونگی تحقق و معیارهای تحقق آن است.

فقه‌ها در تعریف این واژه به مال مورد قبض توجه کرده و حسب این که مال مورد قبض منقول یا غیر منقول باشد، تعاریف مختلفی برای آن بیان نموده‌اند. بنابراین در بیان مفهوم قبض به مصادیق پرداخته و آن را از زاویه‌های مختلف مانند قبض مال منقول و غیرمنقول، قبض عین معین و کلی و مکمل و موزون مورد بررسی قرار داده‌اند؛ در حالی که این تفاوت‌ها، تفاوت در کیفیت تسلیم و قبض بوده و به دلیل طبیعت اموال و اشیا است. از این رو برخی آن را به معنی «تخلیه» و عده‌ای دیگر به معنی «نقل و تحویل» گرفته‌اند؛ ولی این معانی نمی‌توانند تعریف دقیقی از قبض باشند.

برخی فقها در کلام خود واژه‌ی قبض را دارای یک حقیقت شرعی یا متشرعی ندانسته‌اند تا روشن کننده معنای آن از نظر شرع باشد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۸۶). برخی هم قبض را دارای یک مفهوم عرفی می‌دانند که برای دانستن آن باید به عرف مراجعه کرد (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۴۰۶). لفظ قبض در هر جا (کتاب، سنت یا اجماع) به کار رفته باشد، ظاهراً به معنای عرفی آن برمی‌گردد و بدون شک، معنای قبض در عرف، مطابق با معنای لغوی آن همان گرفتن (استیلا) می‌باشد (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۶۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۵۵). ظاهر در حقیقت قبض، همان استیلا بر شی است؛ زیرا قبض در لغت به معنی مطلق گرفتن یا با دست یا با تمام کف است و امکان ندارد که مراد از آن گرفتن با دست به صورت حسی باشد؛ چرا که تحقق این معیار در تمامی اقسام مبیع امکان ندارد؛ در حالی که قبض و احکام آن در تمامی موارد و انواع مبیع جاری است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، صص ۱۹۴ و ۱۹۵).

برخی حقیقت و معنای قبض را در تمامی موارد اعتباری آن، امر واحدی می‌دانند و اختلاف فقها را در شکل قبض و نحوه‌ی تحقق آن دانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۸۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۲۷).

تعریف قبض در قانون مدنی در ماده‌ی ۳۶۷ق.م چنین آمده است: «قبض عبارت است از استیلا مشتری بر مبیع». منظور از استیلا مشتری بر مبیع، سلطه‌ی وی بر آن به نحوی

است که هر زمان بخواهد، بتواند عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود؛ نه این‌که تصرف مادی و فعلی باشد. از این رو قانون مدنی بلافاصله در ماده‌ی ۳۶۸ ق.م.عنوان می‌دارد: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

در جمع بندی اقوال می‌توان گفت: حقیقت قبض، امر واحدی است که متناسب با موضوع عقد و تعهد، صور آن مختلف است. لذا در تمام مواردی که قبض، شرط لزوم یا صحت عقد است، تحقق قبض، شرط اعتبار خواهد بود و اختلاف فقها در شکل تحقق آن (مثل این‌که در خارج و با گرفتن دست محقق می‌شود یا نقل در آن لازم است) مدخلیتی در حقیقت قبض ندارد و اعتبار آن تنها از جهت کاشفیت از حصول آن است و همان‌گونه که در ماده‌ی ۳۶۷ ق.م.مورد اشاره قرار گرفته، تعیین مصادیق آن به عرف محول شده است.

#### ۱-۶- ماهیت اقباض

با انعقاد هر یک از عقود معاوضی، نخستین التزامی که بر عهده‌ی طرفین قرار می‌گیرد، تسلیم و تحویل عوضین است. تسلیم یا اقباض عملی است که از سوی ناقل صورت می‌گیرد و در کتب فقهی و در بیان فقها، اقباض به «رفع ید از مبیع و اذن بایع در قبض همراه با عدم مانع؛ به‌گونه‌ای که عرفاً قبض مبیع بر مشتری آسان گردد» تعریف شده است (حسینی عاملی، ج ۴، ص ۶۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۴۶؛ کاشف الغطاء، ۴۲۲ ق، ص ۱۱۰). اگرچه فقها در بیان آثار بیع و وجوب تقابض، اغلب از قبض و احکام آن سخن رانده و کمتر از واژه‌ی اقباض استفاده کرده‌اند، اما در معنا و مفهوم به بیان ماهیت و حقیقت اقباض یا تسلیم پرداخته‌اند.

قاطبه‌ی فقها در این مسأله اتفاق نظر دارند که منظور از تسلیم موضوع معامله، متمکن ساختن مشتری از تصرف در شی‌ی است (خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ج ۳، ص ۱۹۴) که این مهم در مال غیر منقول با تخلیه و در مال منقول یا با تخلیه یا با نقل و تحویل دادن و یا با وضع ید بر آن و غیره محقق می‌شود.

میرزای قمی در تعریف اقباض می‌نویسد: «اقباض عبارت است از تخلیه‌ی بایع از برای مشتری با تمکن مشتری از مباشرت به نحوی از انحاء تصرف که به اختلاف احوال و اوقات، مختلف می‌شود. پس هرگاه مشتری ملکی را بخرد و بایع بالمره تخلیه کرده باشد؛ لکن از حین بیع ظالمی او را محصور کند که نتواند برود و آن ملک را تصرف نماید، اهل عرف



نمی‌گویند آن را به قبض او داد» (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۷۹).

معنی اصطلاحی تسلیم در ترمینولوژی حقوق چنین آمده است: «تسلیم در عقد معوض عبارت است از این که یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است، مستولی سازد و به عبارت دیگر، تسلیم عبارت است از تمکین بایع از تصرف مشتری یا قرار دادن مورد معامله تحت اختیار وی و مرادف آن اقباض است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ش، ص ۱۵۳). قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۳۶۷ق.م در این باره مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحای تصرفات باشد...».

غالب حقوق دانان در تعریف حقوقی از «تسلیم» به ملاک تحقق آن اشاره کرده و آن را «در اختیار مشتری بودن» مورد معامله عنوان کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۴ش، ج ۶، ص ۳۶؛ صفایی، ۱۳۵۱ش، ج ۲، ص ۲۸۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۲۵۲). اما آن چه که از تمامی این تعاریف به دست می‌آید، این است که منظور و هدف اصلی از تسلیم، تسلط واقعی یا حکمی منتقل الیه - چه به‌طور فیزیکی و حسی یا به صورت سلطه و استیلا عرفی - بر مال است.

#### ۶-۲-۱- حقیقت اقباض یعنی اجرای تعهد

قانون مدنی در ماده‌ی ۲۱۴ق.م که از تسلیم مال در کنار ایفای عمل سخن گفته، به این کاربرد عرفی از تسلیم و اقباض نظر داشته است. برخلاف این معنای عرفی و مضیق از مفهوم «اقباض» که صرفاً تحویل و اعطای عین خارجی را به ذهن متبادر می‌سازد، اقباض در اصطلاح فقها را می‌توان معادل اجرای تعهد ناشی از عقد در حقوق امروزی دانست.

اعتبار مالکیت عین یا منفعتی که هیچ وقت به تصرف و انتفاع خارجی از عین و منفعت منجر نشده است، جز بازی با الفاظ نیست و جز در موارد اندکی هم چون تملیک دین به خود مدیون - که غرض متعاقدين به صرف انشا برآورده می‌شود - در قریب به اتفاق موارد تحقق مقصود متعاقدين، متوقف بر انجام اموری در خارج است. هر کجا که به ثمر نشستن امر اعتباری منوط به انجام اعمال مادی است، پای نهاد تسلیم - اقباض - که چیزی جز انجام این امور مادی نیست به میان می‌آید.

تسلیم در حقوق دو اصطلاح دارد و یکی نسبت به دیگری اعم محسوب می‌شود. آن چه که با کاربرد عرفی و روزمره‌ی تسلیم هم‌خوانی دارد، به معنای تحویل و به تصرف دادن عین به دیگری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۱۲۱۹).

وجوب تسلیم تمهیدی است که قانون‌گذار برای تحقق غرض واقعی طرفین عقود

معاوضی بر عهده‌ی هر یک از طرفین نهاده است. بر این اساس اقباض و تسلیم طریقی است برای متمکن ساختن طرف عقد در عالم خارج از آن‌چه که به موجب عقد و در عالم اعتبار به دست آورده است. بنابراین در فقه و قانون مدنی همان‌گونه که برای تحویل و در اختیار نهادن عین موضوع عقد - مبیع در عقد بیع - از تعبیر تسلیم استفاده می‌شود، بدون هیچ‌گونه مسامحه‌ای در تعبیر این عنوان، تسلیط مستأجر بر منافع عین مستأجره نیز صدق می‌کند.

مشابه این وضعیت در موردی که موضوع تعهد، انجام یک عمل است؛ مانند اجاره‌ی اشخاص نیز به چشم می‌خورد. در چنین مواردی از تسلیم و اقباض، معنایی جز واقعیت خارجی و عینیت بخشیدن به تعهدی که در عالم اعتبار بر ذمه‌ی متعهد قرار گرفته، اراده نمی‌شود. بنابراین برخلاف تصور ابتدایی، ایفای تعهد محدود به قبض و اقباض اموال خارجی نیست؛ بلکه شامل هرگونه تحقق خارجی بخشیدن به مضمون عقد می‌گردد.

### ۶-۳- وحدت یا افتراق دو مفهوم «قبض» و «اقباض»

از آن‌جا که بسیاری از فقها در بیان آثار بیع و در باب تسلیم از واژه‌ی قبض استفاده کرده‌اند، این شبهه در ذهن ایجاد می‌شود که گویی در نوشته‌های فقهی و کلام ایشان، تسلیم و قبض دو واژه‌ی مترادف بوده و در ذات خود واحدند؛ به‌گونه‌ای که تسلیم همان زمانی محقق می‌شود که قبض صورت می‌گیرد. اگرچه با اندک دقت، این حقیقت آشکار می‌شود که در تمامی موارد، سخن از تسلیم موضوع معامله از سوی ناقل است، نه منتقل‌الیه. اما هنوز این سؤال محل بررسی است که آیا به واقع تسلیم و قبض در ذات خود متحد و غیرقابل انفکاک هستند یا حقیقتاً یکی نبوده و قابل تفکیک‌اند؟

شیخ انصاری در این‌باره اظهار می‌دارد: «هیچ شکی نیست که قبض از افعال قابض یعنی مشتری است و بی‌تردید احکام مترتب بر فعل مشتری بر فعل بایع بدون دخالت داشتن مشتری مترتب نخواهد شد، هم‌چنان که احکام مترتب بر فعل بایع؛ مانند وجوب تسلیم کالا و اشتراط قدرت بایع بر آن احتیاجی به کار مشتری ندارد» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۴۳). بنابراین هم‌چنان که مشخص گردید، قبض فعل مشتری و اقباض فعل بایع است و آن‌چه فقها در کتب خود از آثار بیع در باب قبض و احکام آن سخن گفته‌اند، مصدری است به معنای تقبیض که از طرف بایع انجام می‌پذیرد و به معنای تمکین از تصرف می‌باشد (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۷۱).

در متون فقهی کمتر فقیهی به‌طور مشخص و مفصل به این مسأله و تمایز واقعی قبض و اقباض پرداخته است. محقق کرکی در توضیح عبارت «و النقل فی المنقول» می‌نویسد: «منظور از این نقل، نقل بایع نیست. زیرا قطعاً نقل او معتبر نیست؛ بلکه تنها نقل مشتری معتبر است و نقل مشتری هم قبض است نه اقباض» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۸۹). از این جا آشکار می‌شود که فقها نیز بین قبض و تسلیم تفاوت‌هایی قائل می‌باشند. برخی از حقوق دانان بر این باورند که تسلیم دقیقاً زمانی محقق می‌شود که مشتری عملاً مبیع را قبض کند. در این صورت لازم است که هم‌زمان با اقباض بایع، مشتری نیز آن را قبض کند. با این تحلیل می‌توان ادعا کرد که قبض و اقباض دو چهره از یک حقیقت‌اند که بدون قبض، اقباض هرگز محقق نخواهد شد. بنابراین لازمه‌ی قبض و تسلیم که فعل مشتری است، اقباض و تسلیم بوده که توسط بایع انجام می‌شود.

## ۷- بررسی آثار تلف و عدم انتقال یا انتفای ضمان معاوضی

### ۷-۱- انفساخ یا بطلان عقد

در این که آیا تلف قبل از قبض، موجب بطلان معاوضه از اصل و حین عقد است یا موجب انفساخ از حین تلف یا موجب ضمان بایع نسبت به پرداخت مثل یا قیمت مبیع تلف شده است؟ در میان فقها و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد.

برخی فقها تلف مبیع قبل از قبض را موجب بطلان عقد دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۳۵؛ شهیداول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۲۷۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۱۲). شیخ طوسی نیز اظهار می‌دارد: «هرگاه مبیع قبل از قبض و تسلیم به مشتری تلف گردد، عقد باطل می‌شود و در میان مذاهب اهل سنت، حنفیه و شافعیه همین قول را اختیار کرده‌اند. در حالی که طبق نظر مالکیه عقد باطل نمی‌شود. دلیل ما هم این است که در معاملات و دادوستدها، هرگاه چیزی فروخته شود، بایع صرفاً هنگامی مستحق دریافت ثمن است که مبیع را به مشتری تحویل داده باشد. پس در صورتی که مبیع تلف شود، دیگر برای بایع تسلیم مبیع و تحویل آن به مشتری امکان‌پذیر نمی‌باشد. بنابراین بایع هم مستحق دریافت عوض (یعنی ثمن) نخواهد بود» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۵۴).

اما بسیاری از فقها تلف مبیع قبل از قبض را موجب انفساخ عقد و نه موجب بطلان می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۱۱۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۷۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، صص ۷۶ و ۷۵).

قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.تصریح به انفساخ عقد و نه بطلان آن دارد. بنابراین قول در صورت تلف مبیع قبل از قبض، تکلیف بایع به رد ثمن به مشتری، نتیجه انفساخ عقد است نه بطلان آن. از حدیث نبوی نیز - که مبنای قاعده‌ی تلف است - چنین استنباط می‌شود که تلف مبیع قبل از قبض، سبب بطلان عقد نمی‌گردد. در نتیجه باید گفت که اگر مبیع قبل از قبض و بدون تقصیر و کوتاهی فروشنده تلف شود، بیع منفسخ شده و ثمن به مشتری بر می‌گردد، نه این که بیع باطل شود.

### ۷-۲- منافع و نمائات مبیع در فاصله‌ی میان عقد و وقوع تلف

یکی از توالی انفساخ عقد بیع، تعیین تکلیف منافع و نمائات حاصله در فاصله‌ی انعقاد عقد و انفساخ آن است. به این نحو که اگر از زمان عقد تا زمان تلف منافی در مبیع حاصل شده باشد، این منافع به چه کسی تعلق دارد، مال بایع یا از آن مشتری است؟ براساس تملیکی بودن عقد بیع و تابعیت منافع از ملکیت به محض انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع می‌گردد و از آن جا که این مالکیت به‌طور صحیح واقع شده و تلف بعد از عقد هم - در قول به انفساخ - فقط آثار بیع را بعد از تلف قطع می‌کند. لذا غالب فقها عقیده دارند، چون منافع در زمان مالکیت مشتری ایجاد شده، لذا نمائات حاصل در فاصله‌ی میان عقد و تلف از آن مشتری است و فقط اصل کالای فروخته شده از مال بایع تلف می‌شود.

مرحوم بجنوردی در این باره اظهار می‌دارد: «بعد از آن که گفتیم: اولاً به صرف حدوث عقد، برای هر کدام از متعاقدين نسبت به عوض مقابل، مالکیت حاصل می‌شود و قبض و اقباض هم شرط حصول ملکیت نیست - چنان که به شیخ طوسی نسبت داده شده است - و این که ثانیاً تلف، موجب انحلال و فسخ بیع آنما قبل از تلف مبیع باشد، نه از زمان انعقاد و حدوث عقد - هم چنان که نظریه‌ی صحیح و مختار ما همین است - در نتیجه دلیلی برای بازگشت ملکیت منافع و نمائات منفصل به مالک قبلی (یعنی بایع) باقی نمی‌ماند. زیرا این منافع در ملک کسی که ملکیت مال به وی منتقل شده است (یعنی مشتری) به وجود آمده و سبب دیگری که موجب رجوع دوباره‌ی ملکیت منافع به مالک قبلی (یعنی بایع) باشد هم وجود ندارد» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۹۴). بنابراین از نظر ایشان منافع و نمائات حاصل بعد از عقد و قبل از تلف مبیع، متعلق به مشتری و نه بایع است. مشهور همین نظر را پذیرفته‌اند.

سیدحسن امامی با این استدلال که منافع در ملکیت، تابع عین است و مبیع در مدت بین زمان عقد و تلف متعلق به مشتری بوده است، این قول را اختیار کرده است (امامی، ۱۳۸۷ش، ج ۱، ص ۴۶۲).

محقق داماد در توجیه این قول می‌نویسد: «گاه مشتری بدون آن که چیزی به بایع پرداخت کرده باشد، مالک منافع مبیع می‌گردد. توجیه این حکم روشن است؛ زیرا منافع در زمانی موجود شده که مبیع در ملکیت مشتری بوده است. بنابراین منافع در ملک مشتری به وجود آمده و تلف اصل معامله - ملکیت مبیع - را منفسخ کرده؛ اما اثری بر منافع ندارد» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، صص ۱۸۴ و ۱۸۵). اما برخی صاحب‌نظران با استناد به عدالت معاوضی و بنای عقلا این نظر را نپذیرفته و آن را اکل مال به باطل می‌دانند. «چنانچه در فاصله زمانی بین وقوع عقد تا فسخ، نمائات منفصله‌ای حاصل شود، ظاهر مسأله آن است که باید گفت انحلال عقد آن‌ما نسبت به بیع تالف است. ولی نمائات منفصله‌اش بر نمی‌گردد؛ زیرا حصول این نمائات در ملک خود مشتری بوده است. به این توجیه چنین پاسخ می‌دهیم که مشتری چیزی به دست آورده و در مقابل آن به بایع چیزی پرداخت نکرده و بایع نمایی از دستش رفته و چیزی به ازای آن دریافت نکرده است و این مصداق اکل مال به باطل است» (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۳۰۷ و ۳۰۸).

### ۷-۳- مالکیت منافع و نمائات در نظریه مختار

در نظریه‌ی مورد اختیار نگارنده بدون این که تلف مبیع با توسل به تعبد متوجه بایع شود، گفته شد به لحاظ معاوضی بودن ضمان حاصل از عقد بیع در صورت تلف مبیع و عدم امکان ایفای تعهد از سوی بایع از یک طرف و فقدان ضمان مثل یا قیمت بر ذمه‌ی بایع از طرف دیگر، بیع منفسخ شده و خسارات وارده در اثر تلف - که منسوب به خود مشتری نباشد - از مال صاحب اولیه‌ی مبیع محسوب می‌شود؛ چرا که بنای متعاملین - که مبتنی بر بنای عقلا هم هست - بر مجانی نبودن عوض در بیع و سایر عقود معاوضی است و این بنای عقلا تلف را از مال مشتری - که هنوز مبیع را دریافت نکرده است - نمی‌داند.

بر این مبنا نمائات حاصله و هرگونه منافع مستوفات در فاصله عقد و انفساخ آن نیز نمی‌تواند متعلق به کسی (مشتری) باشد که ثمنی بابت آن نداده یا به واسطه‌ی انفساخ بیع آن را پس گرفته است. بنابراین از نظر عقلا در عقد معاوضی، هیچ عوضی بدون مقابل و معوض نیست. در فرض مورد بحث نیز از آن جا که در مقابل نمائاتی که برای مشتری باقی می‌ماند، چیزی به بایع داده نشده و در نتیجه پس از انحلال عقد، مشتری هم ثمن و هم نمائات را مالک می‌شود؛ در حالی که فروشنده، غیر از مبیع تلف شده نمائات و منافع مبیع را هم - که مالکیت آن‌ها به تبعیت از مالکیت مبیع است - از دست می‌دهد، لذا عدالت معاوضی ایجاب

می‌کند کسی که چیزی از دست نداده است، مستحق دریافت چیزی هم نباشد، هم‌چنان که اگر چیزی به دست نمی‌آورد، انصاف نبود که چیزی را از دست بدهد. لذا باید گفت مشتری که در صورت انفساخ عقد بیع، ثمن پرداختی را تمام و کمال از بایع مسترد می‌دارد یا اگر آن را نپرداخته است، تعهد به پرداخت از او ساقط می‌گردد. در واقع چیزی را از دست نداده، پس چگونه می‌تواند مستحق دریافت منافع حاصله بین عقد تا تلف مبیع باشد؟

اگر استدلال شود که بایع نیز تا زمان تلف مبیع، از منافع ثمن پرداختی مشتری بهره‌مند می‌شود و همین انتفاع از منافع ثمن، می‌تواند عوض منافع منفصله مبیع تلف شده باشد، باید گفت که این استدلال فقط مختص به موردی است که مشتری ثمن معامله را پرداخته و ثمن نیز منافع یا نمائاتی داشته باشد. لذا در موردی که مشتری ثمن معامله را نپرداخته و بیع به صورت نسیه باشد، چه چیزی می‌تواند عوض منافع مبیع تلف شده تلقی گردد؟ از طرف دیگر تعلیل عدم مالکیت مشتری بر نمائات و منافع مبیع در مورد بایع نیز نسبت به نمائات و منافع ثمن - در صورتی که دریافت شده باشد - صادق است. یعنی در این فرض، بایع هم به لحاظ انفساخ عقد و به تبعیت از استرداد اصل ثمن، مکلف به استرداد منافع و نمائات آن خواهد بود.

در پاسخ به این استدلال که منافع در زمانی موجود شده که مبیع در ملکیت مشتری بوده، بنابراین منافع در ملک مشتری به وجود آمده و انفساخ اصل معامله، اثری بر منافع ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، صص ۱۸۴ و ۱۸۵) یا این که منافع در ملکیت، تابع عین است و مبیع در مدت بین زمان عقد و تلف متعلق به مشتری بوده است (امامی، ۱۳۸۷ش، ج ۱، ص ۴۶۲) باید گفت: تابعیت نمائات و منافع از عین (در مالکیت) همان نفس دلیل عدم تعلق نمائات و منافع مبیع تلف شده به مشتری است؛ زیرا درست است که نمائات منفصله مستقل از مبیع هستند، اما ملکیت آن‌ها تبعی و ناشی از ملکیت مبیع است و به تعبیری، استحقاق مشتری نسبت به نمائات به تبع استحقاق وی نسبت به اصل مبیع است. لذا در صورتی که تلف پس از انتقال مالکیت بتواند مالکیت منتقل شده مبیع را از مشتری به فروشنده برگرداند - که نتیجه‌ی بنای عقلا هم همین بود - باید ملکیت تبعی منافع و نمائات منفصله مبیع را هم به مالک اصلی آن (یعنی فروشنده) برگرداند.

اگر گفته شود مالکیت اصل مبیع به لحاظ انفساخ عقد به فروشنده برگشته در حالی که دلیلی بر برگشت مالکیت نمائات وجود ندارد، پاسخ این است که این برگشت مالکیت، مستفاد از بنای عقلاست که در عقود معاوضی هیچ عوض یا معوضی را مجانی نمی‌پندارند و

این بنای آن‌ها در مورد نمائات و منافع مستوفات هم صدق می‌کند؛ بلکه به طریق اولویت. زیرا وقتی با وصف لزوم بیع، اصل مالکیت (مبیع) به دلیل محذور مجانی تلقی شدن ثمن دریافتی از مشتری (در اثر تلف مبیع و عدم قبض آن از سوی مشتری) به فروشنده برمی‌گردد تا ثمن را بدون معوض به بایع نداده باشد، منافع و نمائاتی که بدون معوض در اختیار خریدار قرار گرفته و مالکیت آن هم به تبع مبیع (در فرض انتقال قانونی و شرعی مالکیت آن به مشتری) حاصل شده به طریق اولی، تابع این دلیل و محکوم به استرداد خواهد بود. نتیجه این که مالکیت مستقل آن‌ها در دست مشتری، دلیل قوی‌تری از مالکیت اصلی مبیع در دست وی نیست که به لحاظ انفساخ عقد بیع به بایع برگشته است.

از سوی دیگر انتقال هر مالکیتی، مستلزم وجود موجب شرعی و قانونی است که در مانحن فیه و در مورد اصل مبیع، همان عقد بیع است. مالکیت مشتری نسبت به مبیع (حاصل از تحقق بیع) نیز موجب مالکیت وی نسبت به منافع و نمائات حاصله است. لذا هنگامی که عقد منفسخ می‌شود و موجبی برای مالکیت مشتری بر مبیع باقی نمی‌ماند، مالکیت مبیع به فروشنده برمی‌گردد. در این حال (با منتفی شدن مالکیت مشتری بر مبیع) موجبات مالکیت مشتری نسبت به نمائات و منافع هم منتفی می‌شود و در غیر این صورت مالکیت بدون موجب شرعی یا قانونی برای مشتری متصور خواهد شد.

## منابع

- اراکي، محمدعلي، کتاب البيع، چ ۱، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
- اصفهانى، سيدابوالحسن، وسيله النجاه، چ ۱، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره)، ۱۴۲۲ق.
- امامى خوانسارى، محمد، الحاشيه الثانيه على المكاسب، چ ۱، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- امامى، سيدحسن، حقوق مدنى، بی‌جا، تهران، انتشارات اسلاميه، ۱۳۸۷ش.
- انصارى، مرتضى، المكاسب، چ ۱، قم، بی‌نا، ۱۴۱۵ق.
- بجنوردى، سيدحسن، القواعد الفقهييه، قم، چ ۱، نشر الهادى، ۱۴۱۹ق.
- بجنوردى، سيدمحمد، قواعد فقهيه، چ ۳، تهران، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق.
- بحرالعلوم، محمدبن محمدتقى، بلغه الفقيه، چ ۴، بی‌جا، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
۹. بحرانی، آل عصفور، الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره «عليهم السلام»، چ ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۵ق.
۱۰. بروجردى، شيخ مرتضى، مستند العروه الوثقى (محاضرات الخويى)، بی‌جا، بی‌نا، نشر لطفی، ۱۳۶۵ش.

- بهجت، محمدتقی، وسیله النجاه، چ ۲، قم، انتشارات شفق، ۱۴۲۳ق.
- تبریزی، جوادبن علی، منهاج الصالحین، چ ۱، قم، مجمع الإمام المهدی (عج)، ۱۴۲۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چ ۱۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ش.
- \_\_\_\_\_، دوره حقوق مدنی - حقوق تعهدات، بی‌جا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳ش.
- \_\_\_\_\_، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، بی‌جا، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸ش.
- حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق «علیه السلام»، چ ۱، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.
- حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چ ۵، قم، دفتر آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.
- حسینی عاملی، سیدجواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، چ ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- حلی، یحیی، الجامع للشرائع، چ ۱، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ق.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چ ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، المختار فی أحكام الخیار، چ ۱، قم، مؤسسه امام صادق «علیه السلام»، ۱۴۱۴ق.
- سبزواری، سیدعبدالأعلی، مهذب الأحكام، چ ۴، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- شهیدداو، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، چ ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهیدثانی، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، چ ۱، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، چ ۳، تهران، مجد، ۱۳۸۴ش.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، هدایه العباد، چ ۱، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶ق.
- صفایی، حسین، حقوق مدنی - تعهدات و قراردادها، بی‌جا، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱ش.
- طبرسی، امین‌الاسلام، المؤلف من المختلف بین أئمه السلف، چ ۱، بی‌جا، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، دارالتعارف للمطبوعات، چ ۱، بیروت، ۱۴۱۰ق.
- طباطبایی حائری، سیدعلی، ریاض المسائل، چ ۱، قم، مؤسسه آل‌البتیت «علیهم السلام»، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، محمد، الخلاف، چ ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن‌بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، چ ۱، قم، مؤسسه آل‌البتیت «علیهم السلام»، ۱۴۱۴ق.



- \_\_\_\_\_ ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق «عليه السلام»، ۱۴۲۰ق.
- \_\_\_\_\_ ، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- فاضل‌آبی، یوسفی، حسن، كشف الرموز في شرح مختصر النافع، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- قرشی، سیدعلی‌اکبر، قاموس قرآن، ج ۶، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲ق.
- کاشف الغطاء، أنوار الفقاهه (کتاب‌البيع)، ج ۱، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
- مامقانی، ملاعبدالله، نهاییه المقال في تکمله غایه الآمال، ج ۱، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۵۰ق.
- محقق ثانی، کرکی عاملی، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۲، قم، مؤسسه آل‌البيت «عليه السلام»، ۱۴۱۴ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۱۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلی، نجم‌الدین، المختصر النافع في فقه الإمامیه، ج ۶، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ق.
- محقق سبزواری، کفایه الأحكام، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- مراغی، سیدمیرعبدالفتاح، العناوين الفقهيّه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق «عليه السلام»، ج ۲، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهيّه، بی‌جا، بی‌جا، انتشارات کتابخانه صدر، بی‌تا.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۱، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
- میرزای نائینی، منیه الطالب في حاشیه المکاسب، ج ۱، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ق.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحرير الوسيله، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
- \_\_\_\_\_ ، کتاب‌البيع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲۸، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بی‌جا، بی‌جا، بی‌تا.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام في شرح شرایع الاسلام، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نراقی، مولی‌احمد، رسائل و مسائل، ج ۱، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ق.
- وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، ج ۵، قم، مدرسه امام باقر «عليه السلام»، ۱۴۲۸ق.