



کار تحقیقی ۲

موضوع تحقیق:

تلف مع قبیل از قبض (ضمان معاوضی)

محقق: سجاد سلیمانی

استاد مربوطه: مجید رستمی

سال تحصیلی: ۱۳۸۸-۸۹

دانشگاه پیام نور مرکز کبودرآهنگ

۱.....	کلیات
۲.....	مقدمه
۴.....	فصل اول (مدارک و مستندات)
۸.....	فصل دوم (مفهوم شرایط و آثار قاعده ضمان معاوضی)
۱۷.....	فصل سوم (ضمان معاوضی در بیع بین المللی)
۲۱.....	فصل چهارم (میزان دلالت قاعده)
۳۱.....	نتیجه گیری
۳۳.....	منابع

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ <sup>ط</sup>

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

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

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

می‌توان برای مشتری، تسلیم مبیع را رکن اصلی معامله و هدف غائی از انعقاد عقد بیع دانست. زیرا عموماً خریدار عقد بیع را برای دریافت مبیع منعقد می‌کند و تا هنگامی که این امر تحقق نیافته، مشتری به مقصود نهایی خود نائل نگردیده است و عدم تسلیم آن از سوی فروشنده، موجب ورود خسارت، به خریدار خواهد بود.

برای تسلیم نشدن مبیع، در فرضی که عین خارجی است، دلایل گوناگونی می‌توان ذکر نمود، مثل اینکه مبیع با تقصیر (تفریط یا تعدی) و اهمال فروشنده، تلف شود یا توسط شخص ثالث از بین برود یا به وسیله خریدار تلف گردد و یا بدون وجود هرگونه تقصیر و اهمال از سوی بایع، از میان برود که در این نوشتار تنها این قسمت، مورد بحث ما خواهد بود. یعنی، موضوع، ناظر به موردی است که مبیع، قبل از تسلیم به خریدار، بر اثر حوادث قهری و خارجی، آنهم بدون تفریط یا تعدی و اهمال فروشنده، تلف می‌شود و در حالی که مالکیت مبیع بر اثر عقد به مشتری منتقل شده است، بیع منفسخ می‌گردد و ثمن بایستی به خریدار مسترد شود. به بیان دیگر، با وجود اینکه عقد بیع تملیکی است (ماده ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و به محض وقوع آن، خریدار، مالک مبیع می‌شود. اما، ضمان معاوضی کماکان به عهده فروشنده باقی است تا عمل تسلیم تحقق پیدا کند.

در فقه، قاعده معروف: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»، در حقوق ما، ماده ۳۸۷ قانون مدنی و در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، موسوم به: «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول»<sup>۱</sup> ماده ۶۶ تا ۷۰، به نحوی از موضوع مورد بحث ما، سخن می‌گویند. بدین ترتیب، امروزه، این قاعده، علاوه بر معاملات داخلی، در بیع بین‌المللی کالا نیز مورد استناد، توجه و استفاده، قرار می‌گیرد. زیرا نه تنها عقد بیع به اتباع یک کشور محدود نمی‌شود؛ بلکه، در معاملات روزمره داخلی و بین‌المللی (که بیشتر در قالب بیع انجام می‌گردد.) همیشه پرداخت ثمن و دریافت مبیع، آن‌ا صورت نمی‌گیرد و گاهی فاصله بین انجام معامله و تحویل کالا، به روزها و ماه‌ها می‌رسد و در این اثناء، ممکن است، مبیع به قبض مشتری داده نشده و همچنان مورد معامله، در اختیار فروشنده باشد و تلف مبیع در این فاصله چه قهراً و یا به طور غیرقهری، مسائلی را در پی خواهد داشت که شناسایی احکام و فروع مختلف آن بررسی همه جانبه‌ای را می‌طلبد.

<sup>۱</sup> . Un Convention on contracts for the international sale of Goods (۱۹۸۰).

مهم‌ترین ماده‌ای که در تلف مبیع پیش از قبض یا ضمان معاوضی و یا ریسک ناشی از تلف، در حقوق ما دیده می‌شود، ماده ۳۸۷ قانون مدنی است. راجع به مبنای حقوقی این ماده، در فقه و حقوق کشورمان دو نظریه متفاوت دیده می‌شود که انتخاب هر یک از آنها، آثار ویژه خود را خواهد داشت. اگر مبنای حکم مندرج در ماده یاد شده را یکی از اصول حقوقی بدانیم، نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که این حکم اختصاص به مبیع و عقد بیع نخواهد داشت و بایستی آن را در مورد تلف ثمن پیش از قبض و حتی در عقود معوض دیگر، مانند صلح هم جاری نمود. ولی، هرگاه این قاعده را ویژه عقد بیع و مبیع بدانیم، دیگر نمی‌توانیم آن را به مورد ثمن و سایر عقود معوض سرایت دهیم و ناگزیر باید آن را حکمی استثنایی تلقی نموده و با تفسیر مضیق، تنها آن را در مورد نص، به کار ببریم.

برای بحث پیرامون این موضوع و مسائل فراوان دیگری که در کنار آن قابل طرح خواهد بود. سه مبحث منظور کرده‌ایم: در مبحث نخست، مدارک و مستندات قاعده تلف مبیع پیش از قبض را که عمدتاً روایات و عقل است، بررسی می‌کنیم، در مبحث دیگر، ابتدا مفهوم و آثار این قاعده را در بیع داخلی بیان می‌کنیم و سپس در همین راستا، اشاراتی نیز به بیع بین‌المللی کالا خواهیم داشت و سرانجام در مبحث سوم، از میزان دلالت قاعده سخن می‌گوییم.

## فصل اول

### مدارک و مستندات

#### گفتار نخست - روایات

برای حجیت قاعده: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، در قرآن مجید به عنوان اولین منبع فقه و حقوق اسلامی، آیه‌ای دیده نمی‌شود. لیکن، مدارک و مستندات دیگری برای دلالت و اعتبار این قاعده وجود دارد که به احادیث، عقل و سیره و اجماع، می‌توان اشاره کرد. به دلیل دوم و سوم بعداً می‌پردازیم و در این گفتار به روایاتی که برای حجیت این قاعده آمده است، استناد می‌کنیم و در این راستا دو روایت می‌آوریم که اولین آنها، حدیثی نبوی است و روایت دوم، از امام جعفر صادق (ع) می‌باشد:

#### الف - روایت پیامبر (ص)

از پیغمبر اکرم (ص) نقل شده است که: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»<sup>۲</sup>. یعنی، هر مبیعی که پیش از قبض تلف شود از مال فروشنده تلف شده است. بنابراین، مستفاد از این خبر، با حدوث تلف مبیع پیش از قبض، عقد خود به خود منحل و منفسخ می‌شود و بایستی عوض، به مالک قبل از عقد برگردد.

#### ب - روایت امام جعفر صادق (ع)

حدیث دیگری که می‌توان آن را پشتوانه این قاعده دانست، روایت عقبه بن خالد است که از امام ششم (ع) سؤال می‌کند: «فی رجل اشتری متاعاً من رجل و أوجبه غیره آنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، قال: آتیک غداً انشاء الله فسرقت المتاع من مال من یکون؟ قال: من صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه، فاذا خرجه من بینه فالمتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه.» یعنی، مردی کالایی از دیگری می‌خرد و بیع لازم می‌شود، مشتری کالا را نزد فروشنده باقی می‌گذارد و آن را قبض نمی‌کند و گفته است انشاء الله فردا خواهم آمد و کالا سرقت می‌شود. از مال چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: از مال صاحب آن کالا که در منزلش مانده است خواهد بود تا اینکه آن را به خریدار تحویل دهد و از خانه خارج کند، خریدار ضامن خواهد بود تا اینکه مال او را برگرداند.

۲. رک: آیت الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی - القواعد الفقهیه، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الجزء الثانی، تاریخ النشر: ۱۳۷۱ ه.ش، ص ۶۵ به بعد. آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه (به نقل از ابن ابی جمهور احسانی در «غوالی اللالی»)، نشر مبعاد، پاییز ۱۳۷۲، ص ۲۸۹

همان‌گونه که دیدیم مفاد هر دو روایت دلالت دارد که تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی به عهده فروشنده است، نه خریدار (هرچند که به اعتقاد ما مشتری از زمان انعقاد عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود). اما، ممکن است این روایات از لحاظ سند مورد ایراد قرار گیرد. مع‌ذلک، در مورد حدیث اول گفته شده است که: «تمامی فقهای عظام به آن عمل کرده‌اند.» روایت دوم هم «از حیث دلالت خوب است»

## گفتار دوم - اجماع

در مورد اجماع که به عنوان یکی از منابع فقه، از آن اسم برده شده است، حجیت آن هنگامی تحقق می‌یابد که مجتهدین در یک مسئله‌ای از امور دینی، نظر واحدی داشته باشند و از این اجماع است که فهمیده می‌شود، نظر شارع مقدس اسلام نیز همین می‌باشد. اما، پرواضح است که وقوع این امر، کاری بس مشکل و حتی می‌توان گفت امکان حصول آن تا حدودی غیر ممکن می‌نمایاند.

از نظر علمای ما، حجیت اجماع از آن جهت نیست که در آن اتفاق آراء مجتهدین وجود دارد. بلکه، کاشفیت از قول پیامبر (ص) و امامان (ع)، مناط اعتبار است. لیکن، از نظر علمای اهل سنت، اگر علمای اسلامی در یک زمان بر امری از امور دینی وحدت نظر پیدا کنند، چون ممکن نیست همه آنها با همدیگر اشتباه نمایند، حتماً نظرشان درست است و مانند حکم خداست. به بیان دیگر، در مشرب علمای اهل سنت، حجیت آنان بدین جهت است که، «چنانکه پیغمبر اسلام (ص) فرموده: امت اسلام به خطا و باطل اتفاق نمی‌کنند.»<sup>۳</sup> (لا تجتمع امتی علی الخطاء).

با این یادآوری، می‌بینیم که اجماع مانند قرآن و سنت نیست که به تنهایی حجیت داشته باشد. بلکه، به عقیده ما، اجماع محصل است که می‌تواند کاشف از قول معصوم بوده و دللیت داشته باشد و «منظور اجماعی است که فقیه در آن مباشرتاً به تبع اقول فقها و علما مبادرت ورزیده و به یکی از طرق ذکر شده به رأی معصوم نائل گردد.»<sup>۴</sup> بنابراین، چون روایات یاد شده، در خصوص موضوع آمده است، اجماع مستقلاً ارزش ندارد و به خودی خود نمی‌تواند به عنوان یک دلیل برای حجیت قاعده مورد بحث، منظور شود. دلالت اجماع حاصل می‌شود، عقد بیع است. یعنی، قاعده تلف مبیع قبل از قبض فقط در عقد بیع ممکن است مصداق داشته باشد و در سایر عقود و معاملات معاوضی نمی‌تواند جاری شود.

<sup>۳</sup> دکتر ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بانزدهم، پاییز ۱۳۸۱، ص ۱۸۰.

۴. منبع پیشین.

امروزه به عقل، به عنوان یکی از چهار دلیل فقهی و منبع استخراج و استنباط احکام اسلامی، خصوصاً در مذهب شیعه نگرسته می‌شود و این در حالی است که در نصوص شرعی ما و در آثار علمای فقه و اصول در اوایل اسلام، عقل، چنین اهمیتی نداشته است و هرچه به زمان معاصر نزدیک‌تر می‌شویم، مشاهده می‌کنیم که دلیل عقلی پررنگ‌تر و نمایان‌تر می‌شود، به طوری که این قاعدهٔ اصولی مطرح گردیده است که: «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل». اما، هم‌چنان برخی این ملازمه را مخدوش می‌دانند و با ذکر مثال‌هایی این قاعده را رد می‌کنند و نتیجه می‌گیرند که: «ملازمه‌ای بین حکم عقل و شرع وجود ندارد.»<sup>۵</sup>

در حقوق ما که طبق قسمت اول ماده ۳۶۲ قانون مدنی، به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود، نخستین معنایی که به ذهن می‌رسد این است که بعد از بستن عقد، چه مبیع قبض شده یا نشده باشد، باید تلف از ملک مشتری باشد؛ چون مبیع از ملکیت فروشنده جدا شده و به ملکیت خریدار پیوسته است. ولی، اگر واقع‌بینانه و دقیق‌تر به موضوع بنگریم و عدل و انصاف و واقعیات جامعه را لحاظ کنیم، می‌بینیم که عقلای جامعه، در معاملات معوضی که انجام می‌دهند و همان دادوستد است، اگر مبیع را می‌دهند، در مقابل آن، ثمن می‌گیرند و یا برعکس، بها را می‌دهند که مبیع را به دست آورند. به بیان دیگر، از جهت اقتصادی، عقلایی نیست که مشتری قیمت را به بایع بدهد، ولی در قبال آن، کالا یا چیزی را دریافت نکند، حتی اگر آن مبیع بدون تقصیر و اهمال فروشنده تلف شود. زیرا خریدار به امید دریافت کردن مبیع حاضر شده که تمام یا بخشی از ثمن را به فروشنده بپردازد و در حالی که مرتکب تقصیری نشده است، عقلاً نباید در چنین وضعیتی وی را از دریافت ثمن خود هم محروم ساخت و ضمان معاوضی را بر او تحمیل کرد. این امر چون با عقل و تا حدودی منطقی هم عجین شده است، زمان و مکان نمی‌شناسد، به طوری که امروزه، به ویژه در معاملات بین‌المللی، که کالا، با کامیون، قطار، کشتی یا هواپیما و غیره به مسافت‌های دور حمل می‌شود و در این اثناء همواره در معرض خطر از میان رفتن است، نمی‌توان گفت، همین که معامله انجام شد، ضمان به خریدار منتقل می‌شود و در صورت تلف مبیع پیش از قبض، مال تلف شده و ضمان معاوضی به مشتری تحمیل می‌گردد.

۵ . استاد سیدمصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه، انتشارات اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، سال ۱۳۶۳، صص ۱۰۱ و ۱۰۲.



مطالب یاد شده، راجع به مسلمین هم صادق است. زیرا مسلمانان هم از عقلا هستند و سیره مسلمین نیز همواره چنین بوده است که هرگاه، مبیع قبل از اینکه مشتری آن را دریافت کند، تلف شود، تلف را متوجه فروشنده می‌دانند، نه خریدار «و چون این رویه به زمان معصوم (ع) متصل می‌گردد، لذا حجیت شرعیه دارد.»<sup>۶</sup>

به علاوه، رویه جاری مسلمانان، این قاعده را غیر از عقد بیع، در سایر معاملات معوض نیز جاری می‌دانند. یعنی، اگر کالا قبل از تحویل و تسلیم به طرف، بدون تعدی و تفریط انتقال دهنده هم تلف شود، مال تلف شده را از اموال مالک قبل از معامله می‌دانند.

<sup>۶</sup> . دکتر علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، ص ۵۴.

برای رسیدن به معنا و مفهوم قاعده: «تلف مبیع پیش از قبض» بهتر است، معانی واژه‌های مبیع، تلف و قبض را بررسی کنیم. مبیع، کلمه‌ای عربی، اسم مفعول و در لغت یعنی: «چیزی که فروخته شده، خریده شده و فروخته شده.»<sup>۷</sup> و معنای اصطلاحی آن نیز از معنای لغوی دور نیفتاده است و منظور از مبیع، همان مثنی یا معوض است. تلف، کلمه‌ای عربی و مصدر است، به معنای «هلاک شدن، نیست شدن، تباه شدن»<sup>۸</sup> و اصطلاحاً نیز، تلف در همین معنی استعمال می‌شود. اینک باید دید آیا نیست شدن، فقط شامل عین است یا می‌تواند اوصاف آن را هم دربر بگیرد؟ این بحثی است که به زودی و در گفتار آینده بررسی خواهیم کرد.

قبض هم واژه‌ای عربی و مصدر است، یعنی: «گرفتن، به دست گرفتن».<sup>۹</sup> در مورد این کلمه نیز، می‌بینیم که بین مفهوم عرفی و لغوی آن، اختلاف و تفاوتی دیده نمی‌شود، منظور از قبض این است که مبیع در اختیار و استیلاء مشتری قرار بگیرد. البته، قبض دادن مبیع بستگی به نوع مال دارد. یعنی، اگر منقول باشد، با تحویل آن، قبض انجام می‌شود. ولی، اگر مال غیر منقول باشد، ممکن است با تخلیه و یا تحویل کلید به مشتری، تحقق یابد. لازم به یادآوری است که قانون مدنی، ماده ۳۶۷ به بعد را، به تسلیم اختصاص داده، طبق مفاد این ماده، تسلیم، دادن مبیع به تصرف خریدار و قبض، استیلاء مشتری بر مبیع است. به بیان دیگر، تسلیم، تعهد فروشنده می‌باشد و قبض، عمل خریدار به استیلاء بر مبیع، محسوب می‌گردد. بنابراین، با قبض مبیع از سوی خریدار، ضرورتی به تسلیم آن از طرف فروشنده نیست و در اینجا نباید این قاعده مطرح شود.

<sup>۷</sup> استاد سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ناشر: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چاپ دوم، زمستان ۱۳۶۶، ص ۱۹۱.

<sup>۸</sup> حسن عمید، فرهنگ عمید (سه جلدی)، انتشارات امیرکبیر، سال ۶۳، جلد سوم، ص ۲۱۵۹.

<sup>۹</sup> همان، جلد اول، ص ۷۲۰.

این مبحث موجب شده است، برخی بگویند، عنوان صحیح مبحث مذکور، باید تلف مبیع قبل از تسلیم باشد، نه تلف مبیع قبل از قبض.<sup>۱۰</sup> زیرا برای تحقق ایفای تعهد، در اختیار نهادن مورد تعهد کافی است (ماده ۳۶۸ ق.م.ا) همان‌گونه که قانون مدنی مقرر می‌کند: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.» (ماده ۳۳۸) و از آثار بیع صحیح این است که به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. (بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) ولی، مفهوم قاعده تلف مبیع پیش از قبض این است که هرگاه بعد از انجام معامله و قبل از آنکه فروشنده مبیع را به مشتری تسلیم کند، مثن بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، تلف از مال فروشنده محسوب می‌شود، نه از ملک مشتری. یعنی، مال خریدار تلف می‌گردد. ولی، این تلف به حساب بایع گذاشته می‌شود، که این حکم در نگاه نخست، با اصول و قواعد حقوقی مطابقت نمی‌کند و به بیان دیگر، به نظر می‌آید که برخلاف اصل است. اما، با مذاقه بیشتر، نتیجه دیگری حاصل می‌شود که در گذشته به آن اشاره شد و در ادامه بیشتر مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت. در مورد مقدار دلالت این قاعده، بحث‌های مختلفی صورت گرفته است، از جمله اینکه آیا تلف حسب ظاهر حدیث نبوی فقط شامل مبیع است یا مبیع خصوصیتی ندارد و می‌توان ثمن را نیز مشمول قاعده تلقی کرد؟ و یا اینکه آیا این قاعده فقط در مورد عقد بیع جاری است یا شامل عقود و معاملات معوض دیگر هم می‌شود؟ و سرانجام آیا منظور از تلف، تلف خود عین است یا علاوه بر عین، عوارض و اوصاف عین را هم دربرمی‌گیرد؟ به این مسائل در مباحث آتی خواهیم پرداخت و در اینجا اختصاراً می‌گوییم که دامنه این قاعده می‌تواند توسعه یابد و سایر معاملات معاوضی را هم شامل شود، همان‌گونه که بعضی بزرگان گفته‌اند: «لا اختصاص لهذه القاعدة بالبيع بل تجری فی جميع العقود المعاوضیة...»<sup>۱۱</sup> لذا، قاعده مانحن فیه، می‌تواند ثمن و حتی اوصاف عین را هم تحت شمول خود درآورد.

## ب - مفهوم ضمان معاوضی

ضمان (بر وزن زمان) واژه‌ای عربی، مصدر و به معنای: «قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن و ام دیگری، و التزام اینکه هرگاه چیزی از میان رفت مثل یا قیمت آن را بدهد»<sup>۱۲</sup> و معاوضه هم کلمه‌ای عربی و مصدر است به معنای: «با هم دو چیز را عوض کردن، چیزی گرفتن و عوض آن را دادن»<sup>۱۳</sup> ضمان معاوضی که به معنای ضمان معاوضه است و از

<sup>۱۰</sup> دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ناشر: کانون وکلای دادگستری، چ سوم، ۱۳۷۳، ص ۷۹.

<sup>۱۱</sup> آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی الجنوردی، همان، ص ۶۹.

<sup>۱۲</sup> حسن عمید، همان، جلد ۲، صص ۱۶۵۰ و ۱۶۵۱

<sup>۱۳</sup> همان، ج ۲، ص ۲۲۷۰.

آن به: ضمان به عوض، ضمان به عوض المسمی، ضمان مسمی، ضمان العقود، ضمان معاوضه، ضمان معامله، ضمان به مسمی، ضمان به ثمن<sup>۱۴</sup> هم اسم برده شده است. اصطلاحاً یعنی: «تلف یا اتلاف موضوع معامله به حکم قانون، موجب ضمان گردد و ضمان ضامن از همان مال تلف شده حساب شده، این ضمان را ضمان معاوضی گویند.<sup>۱۵</sup> بدین ترتیب، موارد ضمان قهری، یعنی موارد مندرج در ماده ۳۰۷ قانون مدنی، از بحث ما خارج می‌شود. زیرا منظور ما از ضمان معاوضی در عقود معوض است که تلف قهری و فرس‌ماژور (فارسه ماژور) باعث منفسخ شدن خود به خودی قرارداد خواهد شد و در این حالت تعهد فروشنده ساقط می‌گردد. (چون عمل به انجام تعهد منتفی می‌شود) و انتقال دهنده مال تلف شده، بایستی عوض را به خریدار مسترد کند. به بیان روشن‌تر، هرگاه مبیع قبل از تسلیم به خریدار، بدون تقصیر و اهمال فروشنده بر اثر حادثه‌ای تلف شود، ضمانتش برعهدهٔ بایع است و وی باید ثمنی را که بابت مال تلف شده از خریدار گرفته، به او بازگرداند. یعنی، مفهومی که در قسمت اول مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی، از آن اسم برده شده است.

۱۴ دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، کتابخانه گنج دانش، ج سوم، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۴۱۶

۱۵ دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ناشر کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ص ۴۲۳.

## پ - شرایط اعمال قاعده و ضمان معاوضی

برای اعمال قاعده و تحمیل خطر ناشی از تلف مبیع به فروشنده، شرایطی لازم است که به پاره‌ای از آنها صراحتاً در ماده ۳۸۷ ق.م.ا اشاره شده و برخی از آنها استنباطی است:

### ۱- تلف مبیع قبل از تسلیم باشد.

به این شرط، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، صراحتاً 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، اصولاً تلف بر عهده مشتری می‌باشد. البته، آن گونه که ماده ۴۵۳ قانون مدنی پیش‌بینی کرده، در خیار مجلس و حیوان که ویژه عقد بیع است (ماده ۴۵۶ ق.م.ا) و همچنین خیار شرط، اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار مختص مشتری از بین برود، تلف مبیع در مدت خیار هم به عهده بایع خواهد بود. یعنی در این حالت، بیع منفسخ و ثمن بایستی به خریدار مسترد شود.

هرگاه فروشنده برای تسلیم مبیع به مشتری مراجعه کند و در اثر امتناع او از دریافت مبیع، ناگزیر به حاکم یا قائم مقام او رجوع نماید، تلف از مال خریدار خواهد بود. چون، با مراجعه، ضمان بایع زائل و از آن پس، متصرف امین تلقی می‌شود و حتی اگر بدین ترتیب، مبیع نزد حاکم تلف شود، باید گفت، بایع مسئولیتی ندارد (مگر اینکه امین تعدی یا تفریط یا اهمال کرده باشد). این بحثی است که از قسمت پایانی ماده ۳۸۷ قانون مدنی و کلیات دیگر به دست می‌آید.

### ۲- تلف بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع باشد.

دومین شرطی که قانون مدنی (ماده ۳۸۷) در مورد آن سخن گفته، این است که مبیع، بدون تقصیر و اهمال بایع، یعنی در اثر قوه قهریه و حادثه خارجی (مانند سیل و زلزله)، آن هم قبل از تسلیم، تلف شده باشد. یعنی، اگر مبیع بر اثر تعدی، تفریط و یا اهمال فروشنده تلف شده باشد، از شمول قاعده مورد بحث، خارج است و شامل ضمان قهری می‌باشد که در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی، حسب مورد به آن پرداخته شده است. نتیجتاً، در اینجا عقد منفسخ نمی‌شود و بایع بایستی بدل مال تلف شده را به مشتری بپردازد.

### ۳- مبیع در هنگام تلف، عین معین باشد.

هرچند در ماده ۳۸۷ قانون مدنی، به این شرط اشاره‌ای نشده، اما می‌دانیم که مبیع در یک تقسیم‌بندی، یا کلی است و یا معین. هرگاه مبیع کلی فی‌الذمه باشد، انتقال مالکیت به خریدار، با قبض تحقق می‌یابد.

یعنی، اگر فردی از افراد مبیع کلی را که با بیع 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 قانون مدنی و قاعده یاد شده، مبیع باید در موقع تلف، عین معین باشد. به علاوه، همان‌گونه که برخی گفته‌اند: از سابقه تاریخی موضوع و قواعد کلی معاملات هم به آسانی می‌توان این شرط را استنباط کرد.<sup>۱۶</sup>

تلف جزء مبیع، عیب آن و یا اتلاف مبیع به وسیله فروشنده یا خریدار و یا شخص ثالث، بحث مستقلی را می‌طلبد که در جای خود، مورد طرح قرار خواهد گرفت.

<sup>۱۶</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، ناشر: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، انتشارت مدرس، چاپ ششم، ۱۳۷۴، ص ۱۹۱.

### الف - تحلیل قاعده

برای بررسی و تحلیل قاعده جنجالی تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی که ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تجلی آن در حقوق ما و خصوصاً قانون مدنی است، ایجاب می‌نماید که بحثی موجز را در این باره مطرح کنیم و برای شروع بحث ابتدا نص این ماده را ذکر می‌کنیم، سپس تعریف عقد بیع را می‌آوریم، آنگاه زمان انتقال مالکیت مبیع و ثمن را یادآوری می‌نماییم و سرانجام از قاعده‌ای سخن می‌گوییم که تلف هر مالی را، از ملک مالکش می‌داند.

وفق ماده ۳۸۷ قانون مدنی: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» و به موجب بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون یاد شده: به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود و مطابق یک قاعده فقهی: «من له الغنم فعلیه الغرم» (کسی که از مالی بهره‌مند می‌شود، زیان هم برعهده او است) و یا قاعده دیگر حقوقی که مقرر می‌کند: هر مالی که تلف می‌شود، به زیان مالک آن خواهد بود. (در اینجا مانند مفهوم ماده ۳۸۹ قانون مدنی یا قسمت اخیر ماده ۳۸۷ قانون مدنی) با این مقدمات می‌بینیم، تملیکی بودن عقد بیع، این نتیجه را به ذهن می‌رساند که با وقوع عقد بیع، خریدار مالک مثنی و فروشنده مالک ثمن می‌شود؛ پس هرگاه بعد از عقد و پیش از تسلیم، مبیعی که نزد بایع می‌باشد و هنوز به مشتری تسلیم نگردیده است، تلف شود، باید گفت، از مال خریدار تلف شده است (نه فروشنده). زیرا با انعقاد عقد بیع، مبیع ملک مشتری می‌شود و تلف هر مالی باید در ملک مالک آن صورت گیرد. اما، برخلاف این تبادل ذهنی، قاعده مزبور و ضمان معاوضی، عکس استدلال یاد شده را مقرر می‌کنند و تلف را از مال فروشنده می‌دانند. برای توجیه مبنای این حکم، وقتی به مدارک و مستندات رجوع کنیم، می‌بینیم که مستند این قاعده، کتاب و اجماع نیست. لیکن، اهمیت دارد که دلیل آن را روایات و بنای عقلا و سیره مسلمین بدانیم یا مصالح عامه. چون منشأ و مبنای قاعده مزبور را هر کدام تصور کنیم، در وسعت و دامنه آن مؤثر خواهد بود. بدیهی است، پس از وقوع عقد بیع، فروشنده دیگر مالک آن تلقی نمی‌شود. بنابراین، اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد و یا وی پس از بستن عقد، آن را به خریدار تسلیم کرد، ضمان معاوضی هم به مشتری منتقل شده است و به تبع آن، تلف مبیع پس از قبض، به عهده خریدار خواهد بود. اما، مشکل در جایی است که پس از انجام معامله، ملکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود. ولی، هنوز مبیع از سوی فروشنده به خریدار تسلیم و تحویل نگردیده است و در این حالت، آن هم بدون تقصیر و اهمال از سوی بایع، تلف می‌شود. یعنی، بایع چون امینی مواظب و درستکار از مال دیگری نگهداری می‌کند ولی حادثه‌ای مبیع را تلف می‌کند. مع‌ذلک، او ضامن شناخته می‌شود و بایستی ثمن معامله (را اگر گرفته)، به خریدار برگرداند.

برای توجیه این قاعده در مدارک و مستندات، از روایات گرفته تا بنای عقلا و سیره مسلمین مطالبی بیان گردید و در اینجا اضافه می‌کنیم که اگر به زمان قبل از معامله و عقد بیع برگردیم می‌بینیم که خریدار به دو منظور با فروشنده قرارداد منعقد می‌کند و تمام یا بخشی از ثمن را به وی پرداخت می‌نماید. نخست اینکه، مالکیت مبیع به وی منتقل شود. زیرا اگر جز این بود، او از عقد اجاره یا دیگر پیمانها استفاده می‌کرد و دوم اینکه، مبیع را به دست آورد و از آن بهره‌مند شود. بدین ترتیب، از یک سو، با وقوع عقد بیع، تنها نیمی از خواسته وی تحقق یافته است و آنهم نیمی که در واقع ارزش کمتری نسبت به بقیه دارد. زیرا مشتری پس از تلاش، جستجو، مذاکره، دادن ثمن و احتمالاً هزینه‌های دیگر، عقد را بسته است. اما، تا این مرحله، چیزی در سلطه و اختیار و ید خود ندارد و از سوی دیگر، با بیع هم مبیع و هم ثمن را در اختیار دارد. وانگهی، فروشنده براساس خواست مشترک متعاملین، متعهد است که مبیع را به خریدار تسلیم نماید و الا، نه تنها مشتری قیمت را از دست داده، بلکه ممکن است خسارات دیگری که ناشی از عدم تحویل مبیع است را نیز غیرمستقیم متحمل شود. لذا، عدل و انصاف هم دآوری می‌کند که تلف را آن گونه که احادیث شریف و ماده ۳۸۷ قانون مدنی بیان کرده‌اند، تحت شرایطی به عهده بایع بدانیم. به علاوه، وجود این ضمان به عهده بایع موجب خواهد شد تا وی هرچه زودتر مبیع را به خریدار تسلیم نماید یا به نحوی که قسمت پایانی ماده مزبور مقرر نموده، رفتار کند و فروشنده مورد معامله را به حاکم یا قائم مقام او تحویل نماید و بار ضمان معاوضی را به مشتری منتقل کند. در اینجا ضروری است، به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که آیا بطلان عقد موجب می‌شود که ضمان معاوضی به عهده فروشنده قرار گیرد، یا منفسخ شدن آن؟ و اگر پاسخ اخیر درست است، در چنین وضعیتی انفساخ عقد را چگونه می‌توان توجیه کرد؟ و در این حالت، مالک نمائات منفصله چه کسی است؟ در ادامه به دو سؤال اخیر با عنوان انفساخ عقد و منافع منفصله پاسخ می‌دهیم و با این عمل، در واقع به آثار تلف مبیع پیش از قبض هم پرداخته‌ایم.

## ب - آثار قاعده

### ۱ - انفساخ عقد

تلف شدن مبیع پیش از قبض و تکلیف بایع به برگرداندن ثمن به مشتری، اثر بطلان عقد نیست تا به ما قبل هم اثر داشته باشد. زیرا اولاً، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، به انفساخ عقد در این حالت اشاره دارد (نه باطل شدن). ثانیاً، از حدیث نبوی که در واقع اساس این ماده است، به خوبی استنباط می‌شود که در این وضعیت، عقد باطل نمی‌گردد، چون در پایان حدیث آمده است: «من مال بایعه». یعنی، اگر با تلف شدن مبیع، عقد بیع باطل می‌شد، دیگر بیعی وجود نداشت تا تلف مبیع از مال بایع آن باشد. بنابراین، اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهماً فروشنده تلف گردد. بیع باطل نمی‌شود. بلکه عقد منفسخ و ثمن به خریدار برمی‌گردد.



در مورد زمان تلف، در فقه و حقوق اختلاف وجود دارد. برخی اعتقاد دارند که لحظه‌ای قبل از تلف، انفساخ عقد رخ می‌دهد.<sup>۱۷</sup> ولی، عده‌ای گفته‌اند که به نفس تلف، عقد بیع از زمان تلف منحل می‌شود.<sup>۱۸</sup>

در هر حال، چون هر دو قول برای توجیه قاعده می‌باشد و مالکیت از امور اعتباری است، به نظر می‌رسد، عقیده دوم با رابطه علیت مناسب‌تری داشته باشد و ضرورتی ندارد که تلف مبیع و مالکیت را حتی برای یک لحظه، به قبل از تلف ببریم تا مبیع به ملکیت فروشنده برگردد و آنگاه تلف شود.

## ۲ - منافع منفصله

در مورد منافع متصله (چسبیده) بحث خاصی مطرح نمی‌شود. چون، این گونه نمائات به تبع عین و همراه خود مبیع است و هنگام اعمال قاعده موصوف، مجدداً به مالک اولی (بایع) برمی‌گردد و در احکام تلف و نقص هم تابع آن می‌باشند (مانند فربه شدن حیوان و بزرگ شدن درخت). اما، راجع به منافع منفصله، وضع به گونه دیگری است که در ادامه به مسائل پیرامون آن خواهیم پرداخت. همان‌گونه که اشاره شد، منافع تابع عین است و عین به هر شخص تعلق داشته باشد، منافع نیز وابسته به آن و به او تعلق دارد. حال می‌توان استدلال کرد، هرگاه مبیع پیش از قبض مشتری تلف نمی‌شود، نمائات هم مال خریدار بود. چون، با وقوع عقد، مبیع از آن مشتری است و تا وقتی تلف نشده، نمائات آن نیز متعلق به وی خواهد بود. بدین ترتیب، نتیجه می‌گیریم که نمائات منفصله (جدا) مانند بچه حیوانات و میوه، در ملک خریدار باقی می‌ماند و در صورت تلف مبیع قبل از قبض، این منافع به بایع برنخواهد گشت، به طوری که معمولاً این عقیده را علما و حقوقدانان، ابراز داشته‌اند.<sup>۱۹</sup> اما، برخی ایراد گرفته‌اند که این امر، مصداق اکل مال به باطل است.<sup>۲۰</sup> ولی می‌توان ایراد مزبور را این گونه پاسخ داد که در چنین مواردی معمولاً 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 تلف شده 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.

<sup>۱۷</sup> شیخ مرتضی الانصاری، کتاب المکاسب، مؤسسة النشر الاسلامی، تبریز، فی تاریخ شهر ربیع‌الآخر ۱۲۷۵، من الهجرة، ص ۲۱۲، آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، همان، ص ۷۷، دکتر مهدی شهیدی، همان، ص ۱۹۷، استاد سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۹۵، سیدمحمدشیرازی الاسلام، راهنمای مذهب شافعی، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۲۶.

<sup>۱۸</sup> دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ناشر: کتاب‌فروشی اسلامی، چاپ نوزدهم، بهار ۱۳۷۷، ص ۲۴۹، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۲۹۹، دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۹.

<sup>۱۹</sup> سید علی حسینی، ترجمه و توضیح لمعه، جلد دوم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۲، ص ۱۵۲، شیخ مرتضی انصاری، همان، امام‌خیمینی (ره)، تحریرالوسیله، مترجم علی اسلامی، ج ۲، انتشارات اسلامی، ص ۴۱۷، دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۴۵۰، دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۲.

<sup>۲۰</sup> آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان.

در هر حال، اگر مشتری، معامله را نسیه انجام داده باشد، نتیجه این واقعه جالب آن خواهد بود که خریدار مالک اموالی خواهد شد، بدون اینکه در قبال آن چیزی به بایع پرداخت کرده باشد. مثال معمول برای چنین اتفاقی، ممکن است در معامله حیوان پیش آید، آنجا که فروشنده تعدادی گاو یا گوسفند می‌فروشد تا پس از چند ماه از تاریخ انجام معامله، آنها را به خریدار تسلیم کند و ثمن را دریافت نماید و در این میان، اگر حیوانات یاد شده، تولید مثل کنند و سپس معامله بر اثر حادثه‌ای قهری، از بین برود. ولی، نمائات (گوساله یا بره) به دلایلی سالم‌اً باقی بمانند، در این حالت، خریدار مالک تعدادی گوساله یا بره می‌شود، بدون اینکه مبلغی بابت آنها، به فروشنده پرداخت کرده باشد!

نکته و سؤالی که نمی‌توان آن را از نظر دور داشت این است که اگر نمائات هم بدون تقصیر و اهمال فروشنده از بین رفت، آیا بایع در مقابل آنها نیز مسئول است یا قاعده شامل نمائات نمی‌شود؟ به بیان دیگر، پرسش این است که آیا نیست شدن نمائات مبیع نیز در شمول ماده ۳۸۷ قانون مدنی و قاعده و ضمان معاوضی قرار دارد یا اینکه موضوع، ویژه مبیع است؟ در جواب می‌توان گفت، چون نمائات و نتایج و ثمره، مستقلاً مورد معامله قرار نگرفته‌اند (یا هنگام معامله وجود مستقل خارجی نداشته‌اند) تا مسئولیت ناشی از تلف آنها، طبق قاعده مورد بحث و ماده ۳۸۷ قانون مدنی به فروشنده تحمیل گردد. یعنی، آنچه بین طرفین مبادله شده، مبیع و ثمن بوده و منافع مستقلاً موضوع معامله نبوده است، پس نمائات منفصل، در واقع در دست بایع امانت است. بنابراین، امین را نمی‌توان ضامن تلف یا نقصان مال و یا مسئول وقایعی دانست که دفع آن خارج از اقتدار او است، مگر اینکه در حفظ اموال تعدی و تفریط کرده باشد. (مواد ۶۱۴ و ۶۱۵ قانون مدنی) بدین ترتیب، نتیجتاً فروشنده ضمانتی نسبت به نمائاتی که بدون اهمال و تقصیر وی از بین رفته است، به عهده نخواهد داشت و هم‌چنین است اگر حتی مشتری مبیع را قبض نموده و سپس آن را به رسم امانت پیش بایع گذاشته باشد و بدون تقصیر فروشنده، مبیع تلف شده باشد.<sup>۲۱</sup>

<sup>۲۱</sup> برای مشاهده سؤال و جوابی در این زمینه رک: پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی، به نشانی: (س ۳۷۱) <http://saafi.Net>

## فصل سوم - ضمان معاوضی در بیع بین‌المللی

در گذشته اشاره کردیم که قاعده تلف مبیع قبل از قبض و خصوصاً مفهوم بیشتر امروزی آن، یعنی ضمان معاوضی، زمان و مکان نمی‌شناسد و جریان قاعده و ضمان معاوضی، همواره مطرح بوده است. زیرا از یک طرف عقد بیع رایج‌ترین معامله بین مردم می‌باشد و از طرف دیگر، این عقد، محدود به اتباع یک کشور نمی‌شود و نیازهای مردم و اشخاص حقوقی موجب شده، تجارت بین‌الملل توسعه بسیار گسترده‌ای پیدا نماید و در نتیجه در کنار خصوصیات موجود در عقود و معاملات داخلی (ملی)، مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای مختلف، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، فاصله زمانی بین انجام معامله و تسلیم مبیع، حمل کالا از مسافتی بسیار دور (هر چند وسائل پیشرفته ارتباطی مانند کشتی، قطار و هواپیما، برای حمل کالا وجود دارد)، از حوادثی که در عنصر برون‌مرزی در کمین مبیع است، هیچ‌گاه نباید غافل بود و به این مسائل، عدم آگاهی طرفین معامله از اعتبار مالی، درستکاری و اعتبار یکدیگر و نوع ثمن و بیمه هم اضافه می‌شود.

این مشکلات و موارد دیگری که بحث و تفسیر پیرامون آنها دور از حوصله بحث ما است، موجب گردیده است که در سال‌های اخیر، جامعه جهانی به سوی تهیه و تدوین قواعد و مقررات یک پارچه، قدم بردارد، تا سرعت، سهولت و اطمینان در روابط تجاری بین‌المللی تقویت شود.

از جمله تلاش‌هایی که در این راستا به نتیجه رسیده است، می‌توان به قواعد عرفی اتاق بازرگانی بین‌المللی ( ICC )<sup>۲۲</sup> و «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول»<sup>۲۳</sup> ( که از این پس اختصاراً به عنوان کنوانسیون، از آن اسم می‌بریم). و در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ میلادی توسط کنفرانس سازمان ملل متحد، در وین تصویب شده است. ( ماده ۱۰۱ ) و به عنوان یکی از منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی شناخته می‌شود،<sup>۲۴</sup> اشاره نمود.

ICC یا I.C.C. به تدوین قواعد عرفی پرداخته و اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی را با عنوان «اینکوترمز»<sup>۲۵</sup> منتشر کرده است ( ظاهراً تاکنون اینکوترمز ۲۰۰۰ منتشر گردیده ).

<sup>۲۲</sup> International chambre of commerce

<sup>۲۳</sup> Un convention on contracts for the international sale of Goods

<sup>۲۴</sup> برای آشنایی با منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، ر.ک: دکتر ربیعا اسکینی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره هفتم، زمستان ۶۵، ص ۶ لغایت ۵۱ و یا همین نویسنده، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، ۱۳۷۱، نشر دانش امروز، ص ۱۳، لغایت ۵۲.

<sup>۲۵</sup> Incoterms

برخی از اصطلاحات را مانند فوب (F.O.B)، سی آی اف (C.I.F) و سی اند اف (C.F) تعریف کرده و بدین وسیله یکی از مشکلات اساسی در بیع بین‌المللی که لحظه انتقال مالکیت و خطرات وارده به کالا است را تا اندازه‌ای رفع نموده است. (اگر طرفین در قرارداد بیع شرط نمایند که قرارداد آنها تابع قواعد اینکوترمز سال مورد نظر است).<sup>۲۶</sup>

کنوانسیون یاد شده، از ۴ فصل و ۱۰۱ ماده تشکیل شده است که مواد ۶۶ لغایت ۷۰ آن به انتقال ضمان و تا حدودی بحث ما مربوط می‌شود، هر چند با نگاهی اجمالی به مواد کنوانسیون، می‌بینیم که، مسأله افساخ قرارداد و تلف مبیع پیش از قبض به وضوح، در آن دیده نمی‌شود و ظاهراً تدوین‌کنندگان کنوانسیون نخواسته‌اند حتی در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، عقد منسوخ یا باطل شود، به طوری که ماده ۲۶ کنوانسیون مقرر می‌کند: «اعلام بطلان قرارداد، تنها در صورتی نافذ است که به وسیله یادداشتی به طرف دیگر به عمل آید.»

*(made by notice to the other party Article 26 A declaration of avoidance of the Contract is effective only if)*

هر چند مستفاد از اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی و ماده ۹ قانون مدنی، این کنوانسیون هم باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد تا جزء حقوق و قوانین داخلی ما به شمار آید و لازم‌الاجرا شود و ظاهراً تاکنون کشورمان به این کنوانسیون ملحق نشده است. بنابراین، نمی‌توان مفاد آن را در صورت مغایرت با قوانین و مقررات داخلی، حاکم دانست. مع‌ذلک، چون از یک سو برخی از مندرجات کنوانسیون بیع بین‌المللی، با قوانین داخلی کشورمان مشابهت‌هایی دارد و از سوی دیگر، با محتویات آن تفاوت‌هایی دیده می‌شود که می‌توان در برخی موارد، از این تمایزات در حقوق داخلی بهره‌مند شد و بدین وسیله حقوق داخلی را گسترش داد و حتی الامکان قواعد حقوق ملی را با قواعد فراملی نزدیک و همسان نمود؛ به مندرجات کنوانسیون در رابطه با انتقال ضمان معاوضی اشاره‌ای خواهیم داشت. به این مطلب توجه دیگری هم می‌توان افزود و آن مقوله جهانی شدن (GLOBALIZATION)

فرایند گریزناپذیری پیدا کرده و می‌رود تا با وجود تبعات منفی و چالش‌ها، فرصت‌های مناسبی را برای رشد اقتصادی و رقابت روزافزونی که محرک این رشد است، فراهم نماید و جهان اقتصاد و تجارت را دگرگون کند. زیرا کشورها معمولاً به یکدیگر نیازمند می‌باشند، یکی مواد اولیه و خام‌صادر و در مقابل محصولات صنعتی و کشاورزی وارد می‌کند و بالعکس. بدین ترتیب، انزوای اقتصادی در عرصه تجارت بین‌الملل می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری به کشورها وارد نماید. لذا اشخاص و کشورها ناگزیرند در بازارهای جهانی حضور و مشارکت فعال داشته باشند و لازمه ورود به این

<sup>۲۶</sup> برای آگاهی بیشتر و ملاحظه آخرین اصطلاحات منتشر شده راجع به بازرگانی بین‌المللی رک: جستجوی واژه Incoterms در اینترنت و یا [www.Icc bo.org/incoterms.id 3045/index.html](http://www.Icc bo.org/incoterms.id 3045/index.html)

عرصه، عضویت در سازمان تجارت جهانی و آگاهی و پذیرش قواعد حاکم بر آن است و کنوانسیون که از عرف و عادات رایج معاملات بین‌المللی الهام گرفته، می‌تواند گام مهمی در این راستا بردارد، به خصوص اینکه ماده ۶ آن به طرفین معامله حق داده است که شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء و یا با شرایطی از آثار هر یک از مقررات آن عدول نمایند یا آنها را تغییر دهند. همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تجلی ضمان معاوضی در حقوق ما است. ولی، کنوانسیون وین، اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد را از شمول مقررات خود خارج نموده است، به طوری که ماده ۴ آن عنوان می‌کند: مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و تعهداتی است که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود و ارتباطی خصوصاً به امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصریح شده باشد: ... «ب- اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد.»<sup>۲۷</sup> با این حال، در مورد ضمان معاوضی در موافقت‌نامه بین‌المللی راجع به خرید و فروش اشیاء منقول مصوب سال ۱۹۶۴، هر چند عهدی یا تملیکی بودن عقد بیع را تابع قوانین و مقررات ملی کشورها می‌داند. اما، ظاهراً، وفق آن، ضمان معاوضی از تاریخ تسلیم، به مشتری منتقل می‌شود و پیش از این تاریخ، ضمان به عهده بایع است، یعنی تقریباً همان چیزی که در قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی پذیرفته شده است. که در کنوانسیون بیع بین‌المللی، ماده ۶۸ لغایت ۷۰ به انتقال ضمان اختصاص یافته است. ماده ۶۶ که به نحوی از انتقال ضمان معاوضی بحث می‌کند، مقرر می‌نماید: پس از انتقال ضمان معاوضی (ریسک) به خریدار، تلف یا زیان وارده به کالا، موجب برائت او از انجام تعهدش به پرداخت ثمن نمی‌شود، مگر اینکه تلف یا زیان وارده، ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده باشد.

not discharge him from his Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does)  
(damage is due to an act or omission of the seller obligation to pay the price, unless the loss or

آثار تسلیم و تعیین لحظه‌ای که ضمان معاوضی (ریسک) از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود، در تجارت بین‌المللی از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. لذا، طبق ماده ۶۶ به بعد کنوانسیون وین، با تسلیم مبیع به مشتری، ضمان معاوضی هم از سوی بایع به وی منتقل می‌گردد. در مورد زمان انتقال ضمان معاوضی که براساس آن مشخص می‌شود که چه کسی باید علیه بیمه‌گر طرح دعوی نماید یا ترتیبی اتخاذ کند تا کالا را از خطر نجات دهد، ماده ۶۷ کنوانسیون می‌گوید: ۱- اگر قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و فروشنده ملزم به تسلیم آن در محل معینی نباشد، ضمان معاوضی (ریسک)، هنگامی به خریدار منتقل می‌شود که کالا مطابق قرارداد بیع، به اولین متصدی حمل و نقل برای ارسال به مشتری تسلیم

<sup>۲۷</sup> sold b) the effect which the contract may have on the property in the goods

گردد... ۲- با این وجود، ضمان به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر اینکه کالا به روشنی خواه با علامت‌گذاری بر روی آن و خواه به وسیله بارنامه و خواه با اخطار به مشتری و یا طریق دیگر، مشخص شده باشد.<sup>۲۸</sup>

در مورد کالایی که در جریان حمل و نقل فروخته می‌شود، هر چند ماده ۶۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر می‌کند که ضمان (مخاطره و ریسک)، از تاریخ بستن قرارداد، به خریدار منتقل می‌گردد. اما، طبق همین ماده، اگر اوضاع و احوال ایجاب نماید، ضمان از تاریخی به مشتری منتقل می‌شود که کالا به متصدی حمل و نقل که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند، تسلیم می‌شود. به علاوه، ماده ۶۹ کنوانسیون اعلام می‌کند که در غیر از موارد مندرج در این دو ماده، از تاریخی که خریدار کالا را قبض می‌کند، یا اگر در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده شده است و به لحاظ قصور در قبض، مرتکب نقض قرارداد می‌شود. ضمان به او منتقل می‌شود و سرانجام، ماده ۷۰ این کنوانسیون مقرر می‌کند: هرگاه فروشنده مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد، مواد ۶۷، ۶۸ و ۶۹ لطمه‌ای به شیوه‌های جبران خسارت که ناشی از نقض قرارداد می‌باشد و در اختیار خریدار است وارد نمی‌کند.

بدین ترتیب، با مقایسه مقررات حقوقی کشورمان (ماده ۳۸۷ قانون مدنی به بعد) با کنوانسیون راجع به اثر تسلیم در انتقال ضمان معاوضی در مجموع می‌توان گفت که در حقوق ما و کنوانسیون وین، معمولاً لحظه تحویل کالا، زمان انتقال ضمان معاوضی تلقی می‌شود. یعنی با تسلیم مبیع، ضمان معاوضی (مخاطره و ریسک) از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد. با این حال، هنگامی که محل تسلیم مشخص شده است کنوانسیون لحظه تحویل مورد معامله را لحظه انتقال ریسک می‌داند. اما در حقوق ما این امر به طور صریح دیده نمی‌شود. در مورد زمان انتقال ضمان معاوضی، در حقوق داخلی کشورها، این موضوع صراحت بیشتری دارد، مثل اینکه در حقوق آلمان به استناد ماده **۳۶۶** با تحویل شیء فروخته شده، ضمان معاوضی انتقال می‌یابد و تنها با رضایت طرفین عقد کامل نمی‌شود، یا مواد ۱۶ و ۲۰ قانون بیع کالای کشور انگلستان، حاکی از انتقال مالکیت هم‌زمان با انعقاد قرارداد است اگرچه لحظه پرداخت ثمن و تحویل کالا موخر بر آن باشد،<sup>۲۹</sup> شبیه آنچه که ما، در بند نخست ماده ۳۶۲ قانون مدنی داریم. و در مورد نقش تسلیم در انتقال مخاطره، گفته شده: در حقوق انگلیس، آمریکا و فرانسه هم، وضع چنین است و تسلیم نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد و به محض انعقاد عقد، مالکیت و ضمان معاوضی به خریدار انتقال می‌یابد. مگر اینکه، طرفین عقد بیع، به گونه دیگری، توافق نموده باشند.<sup>۳۰</sup>

<sup>۲۸</sup> برای ملاحظه ترجمه، توضیح و تفسیر کامل کنوانسیون، ر.ک: تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب‌پور، همان، ۲  
<sup>۲۹</sup> جلد دکتر حسین خزاغی، روش‌های حمل کالا در تجارت بین‌الملل، بانک اطلاعات مقالات حقوقی (CD) آقای علی مکرم، نگارش ۲/۱ بهار ۱۳۸۲، و نیز ر.ک: دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۴.

<sup>۳۰</sup> هدایت‌اله سلطان‌نژاد، ضمان معاوضی: <http://balagh.net/persian/feqh/maqalat/eqtesadi/103/03.htm>.

#### گفتار نخست : قاعده مختص بیع نیست

ظاهراً قاعده ((کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایع)) و به تبع آن ماده ۳۸۷ قانون مدنی تنها از تلف مبیع بحث می کند. یعنی اگر از جنبه فقهی قاعده را متکی به دلیل روایی بدانیم یا به نص ماده مزبور توجه داشته باشیم نتیجه میگیریم که اولاً قاعده فقط ناظر به تلف مبیع و عقد بیع است و نمی توان مفاد آن را در سایر عقود معاوضی جاری نمود. ثانیاً قاعده صرفاً در مورد تلف مبیع است. بنابراین در مورد تلف ثمن قابل استناد نیست بدین ترتیب این قاعده استثنائی می باشد. بر اصول و قواعد کلی حقوقی و چون در مورد استثنا باید تفسیر مضیق نمود نمی توان قاعده و ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در سایر عقود معاوضی و یا حتی تلف ثمن بکار برد. برخی از حقوقدانان در مجموع هر چند اعتقاد دارند که تفاوت مبیع و ثمن اعتباری است. ولی برای جریان قاعده نسبت به مورد تلف ثمن، آن را خالی از اشکال نمی دانند. ۳۱ و بعضی این قاعده را در مورد تلف ثمن قابل اجرا ندانسته و استدلال می کنند زیرا ثمن عبارت است از وجه نقد کلی فی الذمه و امروزه عین شخصی بودن ثمن فوق العاده نادر و بالنتیجه کالمعدوم است و دیگر لازم نبوده که برای امر به این ندرت حکم خاص معین گردد. ۳۲ با این حال عده ای بدلیل وحدت ملاک و غیره حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در مورد تلف ثمن پیش از قبض نیز قابل اجرا می دانند. ۳۳

در مورد اینکه آیا قاعده تلف مبیع پیش از قبض مختص عقد بیع و حکمی خلاف قاعده استثنایی است بر اصل؟ و یا انفساخ عقد بیع در چنین وضعیتی نتیجه ترازی طرفین معامله و از آثار معاوضه می باشد؟ یعنی حکم مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی موافق قاعده است و در موارد مشابه هم جاری است اختلاف شدید است. لذا برای بررسی موضوع و رسیدن به پاسخ این پرسش و در جهت یافتن مقدار دلالت قاعده مذکور بهتر است به دلایل حجیت آن مراجعه کنیم برای این کار در مبحث نخست روایات و عقل را بعنوان دلایل عمده حجیت قاعده تلف مبیع قبل از قبض مطرح کردیم و دیدیم که حدیث نبوی صراحتاً به مبیع نظارت داشت پس مشکل است بتوانیم حکم قاعده را نسبت به ثمن هم جاری کنیم بطوریکه بعضی گفته اند (و اما لوقع التلف علی الثمن فان کان مدرکها النبوی المشهور فلا تشمل الثمن لظهور المبیع فیما هو مقابل الثمن..)<sup>۳۴</sup> و حدیث منقول از امام صادق (ع) نیز بیش از این دلالتی نداشت و شاید به همین دلایل است که برخی نوشته اند (هرگاه ثمن قبل از تادیه بدون افعال و تقصیر مشتری در نزد مشتری تلف گردد خسارات ناشی از تلف شدن آن متوجه به بایع خواهد بود که

۲۱ ر.ک. شهیدی، مهدی، همان، ص ۱۹۸

۲۲ مصطفی عدل (منصور السلطنه) حقوق مدنی موسسه انتشارات امیرکبیر، ج هشتم ۱۳۵۴، ص ۲۸۸  
۲۳ امامی، سیدحسین، همان ص ۴۵۴، کاتوزیان ناصر قانون مدنی در نظم حقوق کنونی نشر دادگستر چ اول نایستان ۷۷ ص ۲۱۴  
۲۴ الموسوی بجنوردی، آیت الله العظمی همان ص ۷۲

مالک آن است و نه متوجه مشتری)<sup>۳۵</sup> اما مستند قاعده فقط این احادیث نبودند بلکه عقل و سیره مستمره مسلمین نیز از جمله دلایل حجیت قاعده محسوب شد. مضافاً اینکه شیوه عقلا و روش مسلمانان در معاملات و مبادلات معوض همواره چنین بوده است که عوض و معوض را در مقابل یکدیگر قرار می دهند و برای آنان مشکل است که اگر ثمن بعد از معامله و قبل از قبض بوسیله فروشنده بدون تعدی و تفریط و اهمال نزد خریدار تلف شود آنرا از مال بایع بدانند. بنابراین بحکم عقل می توان گفت: قاعده مزبور اختصاص به مبیع نخواهد داشت و از لحاظ عدالت معاوضی نیز سزاوار است که مفاد قاعده را در مورد ثمن قابل اجرا بدانیم. زیرا این مالک در ثمن هم می تواند وجود داشته باشد (بعلاوه مبیع خصوصیت ویژه ای ندارد که ثمن نتواند آنرا داشته باشد) بطوریکه گاهی جنس مبیع و ثمن به یکدیگر شبیه است (مثلاً ثمن وجه نقد نیست) بدین ترتیب مفاد ماده یاد شده از نظر وحدت ملاک در مورد ثمن شخصی نیز جاری می شود. ۳۶ برخی از فقها نیز قاعده مورد بحث را خاص مبیع نمی دانند و آن را در معاملات دلالت معاوضات دیگر هم قابل تسری می دانند. ۳۷ در بین حقوقدان ها راجع به مقدار دلالت قاعده، نظر واحدی وجود ندارد. بعضی از آنان اعتقاد دارند که این قاعده، از نظر فقهی منحصر امتکی به دلیل روایی است که فقط ناظر به مورد تلف مبیع می باشد و نمی تواند در تمام عقود معاوضی مورد استناد قرار بگیرد یا قانون مدنی را موافق قاعده ورد مورد مشابه، جاری دانسته، یعنی حدیث مستند این ماده را اختصاص به مبیع نمی دانند، بلکه آن را شامل جمیع عقود معوض دانسته اند.<sup>۳۸</sup>

بدین ترتیب و با توجه به مطالب پیش گفته، به نظر می رسد که، پیروان هر دو عقیده برای طرح و اثبات نظریه خود، استدلالات محکمی ارائه نموده اند. اما اگر قرار باشد یکی از این دو تئوری مطرح شده را انتخاب کنیم، نظریه ای که قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی را موافق قاعده و در مورد مشابه، جاری و ساری می داند، موجه تر است. دلیل دیگری که این تئوری را می تواند تقویت کند، جستجو و یافتن موارد مشابه در قانون مدنی و استفاده از روش استقراء یعنی، بررسی جزئیات یک کلی از یک سنخ و استخراج قاعده کلی مشترک بین آن اجزاء است. در این راستا با تدقیق و تحقیق در برخی از مواد قانون مدنی، در می یابیم که در میان عقود معین و معوض، احکام مشابهی مانند ضمان معاوضی و حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی یافت می شود که در آنها تلف قهری موضوع تملک پیش از قبض به نحوی به عهده انتقال دهنده، قرار داده شده است و انفساخ عقد معوض، اختصاص به عقد بیع ندارد و حکمی عام است. از جمله این موارد می توان به آثار برخی از فقها در خصوص موضوع و مواد قانون مدنی در اجاره (ماده ۴۸۳ قانون مدنی) حواله (ماده ۵۶۱ قانون مدنی) و قرض (ماده ۸۴۸ قانون مدنی) را مشاهده کرد. بنابراین، می توان گفت که تلف مبیع پیش از قبض، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه محسوب نمی شود و این قاعده بیع و مبیع اختصاص ندارد.

<sup>۳۵</sup> مصطفی عدل (منصورالسلطنه) همان

۳۶ امامی، سید حسن، همان ص ۴۵۴

۳۷ انصاری شیخ مرتضی، همان، صص ۲۱۴ و ۲۱۵

۳۸ کاتوزیان ناص همان حقوق مدنی همان صص ۱۸۸ و ۲۱۰



سوال این است که آیا متعاملین می توانند سقوط ضمان تلف مبیع قبل از قبض را در قرار داد شرط کنند و یا پس از عقد، آن را از بین ببرند؟ از دو منظر می توان به این پرسش، پاسخ داد، نخست باید ببینیم آیا حتی در این اثناء موجود است که ذی حق یا طرفین عقد بتوانند آن را به اراده خود، از بین ببرند یا این ضمان، اثر قهری تلف است و در حدود توان متعاملین نیست که قادر باشند آن را از میان بردارند.

در مباحث گذشته دیدیم که از زمان انعقاد بیع، ملکیت از فروشنده به خریدار انتقال می یابد و با تلف مبیع پیش از قبض، عقد منفسخ می شود. فلذا، در اختیار فروشنده و خریدار نمی باشد که بخواهند چنین شرطی را در عقد بیاورند و ممکن است به این دلیل باشد که بعضی از فقها و حقوقدانان، تراضی بر ضد این قاعده را نپذیرفته اند. بنابراین، در اینجا ضمان معاوضی، اثر قهری تلف مبیع و حکم قانون است که از شرع یا عقل گرفته شده است. بدین ترتیب، آن گونه که برخی نوشته اند، متعاملین نمی توانند اسقاط آن را در عقد شرط نمایند و یا پس از عقد آن را ساقط کنند<sup>۳۹</sup> و مساله حق برای طرفین عقد مطرح نمی شود که آنان بتوانند سقوط آن را شرط نمایند به بیان دیگر این (یک امری است که واقع می شود به موجب اعتبار شرع یا عقلاء)<sup>۴۰</sup> پس با این نگاه، ضمانی که از تلف مبیع پیش از قبض می آید، قابل اسقاط نخواهد بود.

بلعکس و از منظر دیگر، می توان تراضی بر خلاف قاعده را پذیرفت. زیرا، در طول مباحث گذشته، به این نتیجه رسیدیم که نظریه قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ضمان معاوضی، در ارستای قواعد عمومی قراردادها و متابعت از قصد مشترک طرفین عقد است نه حکمی استثنایی. بنابراین، ناگزیر بایستی اعتقاد داشته باشیم که متعاملین می توانند بر خلاف مفاد این قاعده تراضی کنند. ایراد نشود که این امر مخالف اخلاق حسنه و یا نظم عمومی تلقی می شود. (ماده 975 قانون مدنی) چون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مفهوم و اهداف خاصی را تعقیب می نمایند که حفظ نظم عمومی و جریحه دار نکردن احساسات جامعه می تواند در زمره آنها قرار گیرد. پس با تدقیق در موضوع نتیجه می گیریم که نه به این جهات و نه به دلایل دیگر، منعی دیده نمی شود که طرفین عقد، وفق قواعد عمومی قراردادها و قصد مشترک خویش، خلاف این قاعده را در قرار داد خود شرط نمایند. به بیان دیگر، چون ما قاعده را ناشی از خواست و راده طرفین و با چهره تکمیلی دانستیم، تصریح بر خلاف آن و حتی اسقاط یا انتقال آن را نباید باطل و یا مبطل عقد تلقی نمود. تا آنجا که گفته شده. طرفین همیشه می توانند بر خلاف این وع، که خود بنیان گذار اصلی آن هستند، با هم توافق کنند. یا آنکه (اگر) طرفین ضمن عقد، توافق نمایند<sup>۴۱</sup> که در مواردی با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف همچنان بر عهده فروشنده

۳۹ امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵۰

۴۰ موسوی بجنوردی، آیت الله سید محمد، همان، ص ۲۹۹

۴۱ کاتوزیان ناصر همان ص ۱۹۰

باشد. در این صورت با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی شود و تلف بر عهده فروشنده باقی است. ۴۲ از جنبه دیگر نیز می توان این عقیده را تقویت کرد و آن این است. قاعده یاد شده از جمله قواعد امره مانند حکم شرط قبض در بیع صرف<sup>۴۳</sup> (ماده ۳۶۴ قانون مدنی) و رهن (ماده ۷۷۲ قانون مدنی) یا هبه (ماده ۷۹۸ قانون مدنی) نیست که طرفین قرارداد نتوانند بر خلاف آن تراضی نمایند. زیرا ما آن را استثنایی بر اصول کلی حقوقی به حساب نیاوردیم. بدین ترتیب، هر چند دلایل هر دو گروه، قابل توجیه است. ولی، دیدیم که عقده اخیر که قائل بود تراضی بر خلاف قاعده، نافذ می باشد موجه تر است.

### گفتار سوم - تلف جزء مبیع و عیب آن

#### الف - تلف جزء مبیع

ظاهراً دلالت قاعده، در مورد کل مبیع است، نه تلف جزء آن. یعنی، هرگاه کل مبیع پیش از قبض بدون تقصیر فروشنده از بین برود، تلف از مال بایع حساب می شود. حال می خواهیم بررسی کنیم اگر قسمتی از مبیع قبل از قبض مشتری تلف گردد و بخشی از آن باقی بماند، آیا باز هم دامنه قاعده آن را در بر می گیرد یا تلف جزء مبیع، خارج از گستره قاعده است؟ وجه سومی که می توان تصور کرد این است که نسبت به تلف بعض از مبیع، قاعده جاری شود، یعنی عقد منفسخ گردد و نسبت به جزئی که تلف نشده و باقی است عقد معتبر باشد. مثلاً، هرگاه مشتری 10 تن گندم از فروشنده خریداری کند و پیش از قبض بر اثر جاری شدن سیل (بدون تقصیر و اهماال فروشنده) 2 تن از گندم ها را سیل ببرد و تلف کند، در اینجا بر اثر تقصی که در مبیع به وجود آمده است، مشتری می تواند معامله را فسخ نماید، همان گونه که ماده 388 قانون مدنی، (راجع به مبیع تجزیه ناپذیر) پیش بینی کرده است. این ماده مقرر می نماید. (اگر قبل از تسلیم در مبیع تقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید). اینک دو فرض می توان تصور کرد. نخست اینکه در چنین حالتی عقد به دو جزء تبدیل می شود، یک قسم آن شامل قاعده و طبق آن عقد منفسخ می گردد و به نسبت قیمت از ثمن کسر می شود و نسبت به بعض دیگر معامله صحیح است، ولی مشتری می تواند از خیار تبعض صفقه استفاده کند (ماده 441 قانون مدنی) اما هرگاه مبیع به گونه ای باشد که اگر قسمتی از آن تلف شود، قسمت باقی مانده، قابل استفاده متعارف نیست، نمی توان چنین نظری داد، چنانکه مبیع تراکتور و شخم زن با بذر پاش باشد و تراکتور تلف شود، جزء در حکم تلف کل است و قابل تجزیه نیست. زیرا، اصولاً شخم زن، بدون تراکتور قابل استفاده نمی باشد. به طوری که بعضی نوشته اند. (در این مورد، انفساخ عقد امکان ندارد.<sup>۴۴</sup> در این باره برخی در عین اینکه

۴۲ سلطان زاده هدایت همان.

۴۳ برای ملاحظه شرایط واحکام این نوع بیع رک شهید اول اللمعه الدمشقیه

۴۴ کانونیان ناصر همان صفحه ۲۹۹

تلف بعض مبیع را شامل قاعده می دانند، مشتری را مختار میان فسخ و گرفتن تفاوت می دانند و می نویسند . (و اما اذا وقع التلف علی بعض المبیع فهل تشمله هذه القاعدة و بنفسخ البیع و یرجع تمام الثمن الی مشتری اولاً ینفسخ اصلاً او یفصل .)<sup>۴۵</sup>

## ب- عیب مبیع

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

بحثی که در خصوص خود قاعده مطرح بود و مورد بررسی قرار گرفت، در بحث حاضر نیز پیش می آید . یعنی، اگر کسر قیمت مبیع ناشی از عیب مبیع را به بایع نسبت بدهیم ( در حالی که بدون اهمال و تقصیر وی مبیع معیوب شده ) این ایراد مطرح می شود که چرا ضمان مال دیگری که فروشنده چون امینی از آن نگهداری کرده، و به علت حادثه ای قهری معیوب گردیده است را باید بایع تحمل کند ؟ به نظر نمی رسد پاسخ، چیزی باشد . جز آنچه در مورد قاعده شرح داده شد . اما، راه حل مساله را قانون مدنی ما در ماده ۴۲۵، که می توان آن را از آثار ضمان معاوضی دانست، این گونه بیان می کند . عیبی که بعد از مبیع و قبل از قبض در مبیع حادث می شود در حکم عیب سابق است . عیبی که بعد از مبیع و قبل از قبض در مبیع حادث می شود در حکم عیب سابق است . به این معنا که، مشتری مختار است معامله را فسخ کند و یا اینکه با دریافت ارش، معامله را قبول نماید. (۴۲۲ قانون مدنی)

اما این نظر، کمی با عقیده حضرت امام خمینی (ره) اختلاف دارد . زیرا، ایشان می فرمایند . اگر قبل از قبض، (مبیع) عیب پیدا کند، خریدار بین فسخ و امضای آن در برابر تمام ثمن، خیار دارد، و در اینکه حق گرفتن تفاوت داشته باشد، تردد است، اقوی آن است که استحقاق ندارد.<sup>۴۶</sup>

به هر حال آنچه در ماده ۳۸۸ قانون مدنی در بحث قبلی دیدیم که وفق آن هرگاه پیش از تسلیم، در مبیع نقصی حاصل شود، خریدار حق فسخ معامله را دارد، با آنچه در مواد ۴۲۵ و ۴۲۲ این قانون دیده می شود و بر اساس آنها (ارش) هم مطرح گردیده است، اختلاف وجود دارد و آن گونه که دکتر کاتوزیان نوشته اند، بهتر است بگوییم، ماده ۳۸۸ ( قانونی مدنی ) در مقام بیان همه اختیارهای مشتری نبوده و خواسته است، در برابر حکم به انفساخ عقد در ماده ۳۸۸،

۴۵ موسوی بجنوردی آیت الله العظمی سید میرزا حسن همان ص ۷۰  
۴۶ امام خمینی (ره) تحریرالوسیله (ترجمه) همان ص ۴۱۷

حق فسخ خریدار را در مورد تقصیر مبیع یاد آور شود و این توهم را که ممکن است در این مورد نیز حکم به انفساخ عقد داد از بین ببرد. بنابراین، شناختن حق فسخ برای خریدار، به ویژه در این شرایط، منافاتی با این اختیار ندارد که او بتواند، مبیع را نگهدارد و از بابت تقصیر، ارزش بگیرد.<sup>۴۷</sup>

### گفتار چهارم - تلف مبیع، پس از قبض

در مباحث گذشته (مبحث دوم، بخش نخست، جزء 1 از بند ج) اشاره کردیم که یکی از شرایط اعمال قاعده مورد بحث و ضمان معاوضی این است که تلف مبیع، قبل از قبض باشد (نه بعد از آن)، پس، مفهوم این عبارت آن است که اگر مبیع بعد از تسلیم تلف شود. از مال دارنده آن یعنی مشتری است. بنابراین، شاید ایراد شود که باز کردن بحثی با عنوان حاضر، خالی از فایده است. به علاوه، دیدیم، وقتی مبیع عین معین خارجی است، با انعقاد عقد، مالکیت انتقال می یابد و عمل قبض، تاثیری در تحقق و صحت آن نخواهد داشت و در اثر تسلیم مبیع، ضمان معاوضی هم از فروشنده به خریدار منتقل می گردد. اما، در اینجا استثنایی دیده می شود مه ناگزیر بایستی مستقلاً به آن پرداخته شود و آن هم وقتی که خیار مختص خریدار است، تلف شود. در چنین حالتی نیز به حکم قاعده فقهی (التلف فی زمن الخیار ممن لالخیار له)<sup>۴۸</sup> و ماده 435 قانون مدنی، تلف یا تقصیر به عهده فروشنده قرار می گیرد. این ماده مقرر می نماید. (در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا تقصیر به عهده بایع است.) بدین ترتیب، اگر خریدار ثمن را به فروشنده تسلیم نکرده باشد، آن را به وی نمی پردازد و اگر پرداخته است، می تواند بهایی را که داده، از بایع مسترد نماید. در مورد توجیه این حکم گفته شده است که مبنای فقهی آن صرفاً روایات وارده می باشد و نمی توان آن را با قواعد کلی منطبق ساخت.<sup>۴۹</sup>

بدیهی است اگر پس از قبض یا تسلیم، مبیع توسط فروشنده یا خریدار و یا شخص ثالث از میان رفت، عقد منفسخ نمی شود و به طوری که در گفتار آتی به آن خواهیم پرداخت مسئولیت تلف متوجه کسی خواهد بود که مبیع را تلف کرده است. مضافاً اینکه، اگر مشتری پس از قبض مبیع را به عنوان امانت نزد بایع قرارداد و مورد عقد، بدون تقصیر فروشنده از بین رفت، فروشنده مسئولیتی نخواهد داشت. در اینجا مناسب است عیناً سوال و جوابی که به نحوی به موضوع مرتبط می باشد (و از یکی از علمای معاصر نقل شده است) را بیاوریم و این بحث را خاتمه دهیم (شخصی جنسی شکستی را به فردی فروخت. و مشتری کل پول را یکجا به بایع داد و بایع چندین بار به مشتری تذکر اکید داده که که بیا جنست را ببر، ولی مشتری کوتاهی نمود و آن جنس بدون افراط و تفریط شکست آیا بایع باید پول را به مشتری بپردازد؟ ج - در

۴۷ کاتوزیان ناصر همان ص ۲۰۱

۴۸ جعفرلنگرودی، محمد جعفر، در مورد معنا و مفهوم این قاعده می نویسد: یعنی تلف مورد معامله (به آفت سماوی و قهری بدون تفریط یکی از متعاقبین) و در زمان خیار برعهده کسی است که خیار ندارد، خواه بایع باشد خواه مشتری رک ترمینولوژی حقوق همان ص ۷۷۲

۴۹ شهیدی، مهدی همان ص ۲۰۲

مورد سوال، چنانچه قبل از آنکه بایع مبیع را به قبض مشتری بدهد مبیع تلف شده ضمان آن به عهده بایع است، ولی اگر مبیع را به قبض مشتری داده و مشتری بعد از قبض مبیع را به طور امانت پیش بایع گذاشته و بدون تقصیر بایع تلف شده ضامن نیست، و در نزاع موضوعی مرافعه شرعیه لازم است و الله العالم<sup>۵۰</sup>.

### گفتار پنجم - اتلاف

قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ماده 387 قانون مدنی، ناظر به تلف مبیع است، نه اتلاف آن و منظور این بود که مبیع در حالی که عین خارجی مغین (قابل حس و اشاره) است، پیش از اینکه به دست خریدار برسد، بدون تعدی، تفریط و اهمال فروشنده، تلف شود. مثلاً بر اثر حوادثی از قبیل سیل و زلزله و آفات سماوی از بین برود، که در این صورت تلف از مال بایع محسوب است. حال این سوال مطرح می شود که آیا اگر مبیع به طور عمدی یا بر اثر تعدی، تفریط و یا اهمال توسط فروشنده، خریدار و یا شخص ثالثی تلف شد، باز هم قاعده یاد شده جاری و ساری است یا حکم قضیه به کلی تغییر می کند. برای رسیدن به پاسخ مناسب هر مورد را جداگانه بررسی می کنیم.

### الف - اتلاف به وسیله فروشنده

ماده 307 قانون مدنی، اتلاف را در زمره اموری که موجب ضمان قهری می باشد، آورده است و ماده ۳۲۸ قانون مزبور در این خصوص مقرر می کند. (هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت، و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن تقص قیمت آن مال است.) بدین ترتیب، در صورت تلف یا اتلاف مال از سوی بایع، عقد منفسخ نمی شود. بلکه، فروشنده باید بدل، یعنی مثل یا قیمت مال تلف شده را به خریدار تسلیم کند.

به بیان دیگر، تعهد او هم چنان پابرجا است و این نظر بسیاری از فقهای شیعه است که قانون مدنی هم از آن تبعیت کرده است. ولی، در مقابل این نظر و هنگامی که متلف بایع است در این خصوص بعضی نوشته اند: ما که گفتیم به صرف تلف به ملک بایع بر می گردد، پس ملک خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است، پس صرفاً قاعده کل مبیع.. جاری می شود.<sup>۵۱</sup> اما، این نظر محل تامل است. زیرا، هرگاه فروشنده قبل از قبض مبیع را از بین برده باشد، مشکل است بتوان گفت مال خودش را تلف کرده است، چون با وقوع عقد بیع، ملکیت به خریدار منتقل می شود و دیگر مال متعلق به فروشنده، آن را به دیگری بفروشد، فروش مال غیر مطرح می شود و اگر خیانتی در مورد آن نماید، تحت شرایطی ممکن است مصداق خائن در امانت تلقی شود. به علاوه، ما در بحث های گذشته به ماده ۳۸۷ قانون

۵۰ پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله صافی گلپایگانی همان (س ۲۷۱)  
۵۱ موسوی بجنوردی، آیت الله سید محمد همان ص ۲۰۰

مدنی به عنوان نمونه آشکار ضمان معاوضی اشاره کردیم و دیدیم که تنها اگر مبیع پیش از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع، آن هم بر اثر حوادث قهری، آفات سماوی، سوانح طبیعی و فرس مازور، از بین برود، عقد منفسخ می شود و بهاء باید به خریدار برگردانده شود. یعنی مقنن با آوردن قید تقصیر و اهمال، در واقع اطلاق را از تحت شمول قاعده مورد بحث خارج نموده است.

در مقابل این نظر مشهور، در فقه نظرات دیگری هم وجود دارد که به دلیل اختصار، از ورود به مباحث آن پرهیز می نماییم.<sup>۵۲</sup> اما از جنبه حقوقی، نباید از نظر دور داشت که هرگاه بایع عمدا یا بر اثر تعدی، تفریط و سستی سبب تلف مبیع شود، خریدار در مواردی بتواند با استفاده از اختیار تخلف شرط، بیع را فسخ نماید. ( ماده ۴۴۴ قانون مدنی )

### ب- اطلاق به وسیله خریدار

ما معتقدیم که به محض بستن عقد، انتقال مالکیت تحقق می یابد و نیازی نمی بینیم که توسط مشتری عمل قبض مبیع انجام شود تا عقد بیع واقع گردد، در نتیجه، تملیک عین به عوض معلوم را در عالم اعتبار می پذیریم، نه مبادله مبیع و کالا به پول در عالم خارج، پس در حالت عادی تلف و خسارت وارده به ثمن، مربوط به مشتری است و حوادث و خسارات وارده به مبیع، به فروشنده تعلق دارد. وانگهی طبق ماده ۳۸۹ قانون مدنی، در مورد مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ این قانون، هرگاه تلف شدن مبیع یا نقص آن، ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حتی بر بایع ندارد و باید ثمن را تادیه کند. بنابراین، هرگاه پیش از قبض، خود خریدار، مبیع را تلف نماید یا نقص کند، در اینجا مشتری در واقع مال خود را از بین برده یا نقص کرده است. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع پیش از قبض در این مورد جاری نمی شود. زیرا، تلف کردن مشتری مساوی قبض است. به بیان روشن تر، خریدار بایستی مبیع را دریافت و قبض کند تا بتواند از آن استفاده کند یا تلف نماید و وقتی آن را از میان برد. مفهوم آن این است که آن را قبض نموده و سپس تلف کرده است. حتی اگر به نحو دیگری ( که بتوان به او نسبت داد ) قبل از قبض مبیع، خریدار آن را تلف نماید. باز هم مانند و در حکم قبض است چنانچه مبیع جسمی باشد از جنس شیشه و مشتری از دور شیئی را به طرف آن پرتاب کند و مبیع را بشکند که در اینجا نیز هر چند خریدار مبیع را به معنای عرفی آن قبض نکرده است. لیکن، چون تلف منتسب به او است. یعنی باز هم منتقل الیه مال خود را تلف کرده است و دیگری ضامن نیست و حتی، در صورتی که مبیع به وسیله عمل مشتری تلف شود اگر چه نداند که در مبیع متعلق به خود تصرف می نماید، قبض فعلی محسوب است.<sup>۵۳</sup>

۵۲ برای مطالعه رک محقق داماد سید مصطفی و مآخذی که ایشان ذکر کرده اند همان، ص ۱۹۹  
۵۳ امامی سید حسن همان صص ۴۵۰ و ۴۵۱

اما، اگر خریدار مبیع را تلف کند، در حالی که به وسیله فروشنده، فریفته شده باشد، نباید مشتری را مسئول تلف مبیع دانست. بلکه، تلف به عهده بایع است. مثلاً اگر خریدار سفارش تهیه مقداری شیرینی به فروشنده بدهد و فروشنده آن را آماده کند و در اختیار خریدار قرار دهد. ولی هنگام تسلیم، خریدار را فریب دهد و به او بگوید: شیرینی خوبی است. می توان بین مردم تقسیم کنی و خودت هم مصرف نمایی و مشتری به تصور اینکه این شیرینی خیراتی است آن را میان مردم تقسیم و مصرف کند و سپس فروشنده اظهار نماید که: شیرینی خودت بود.

لذا، در اینجا اگر سبب اقوای از مباشر باشد، مسبب (بایع) را باید مسئول تلف شناخت (ماده ۳۳۲ قانون مدنی) ولی در موردی که هر دو حقیقت را نمی دانند و خریدار بدون توجه مبیع را تلف می کند، باید آن را در حکم قبض به شمار آورد. زیرا گفته شد که قبض یا تسلیم، عمل حقوقی مستقل نیست و لزومی ندارد که با اراده انجام پذیرد. قبض وسیله ای است تا مبیع در اختیار مشتری قرار گیرد و این وسیله با تلف مبیع تحقق می پذیرد. خواه تلف به عمده باشد یا در اثر خطا<sup>۵۴</sup>

### پ- اتلاف به وسیله شخص ثالث

در موردی که مبیع پیش از قبض، توسط شخص ثالث تلف می شود، ظاهراً قانون مدنی ساکت می باشد و حکم خاصی را بیان نکرده است. با این وجود شاید بگوییم تلف به وسیله شخص ثالث، شبیه تلف توسط بایع و با این وحدت ملاک، هر دو یک حکم را خواهند داشت. اما این استدلال درست نیست. زیرا در مورد فروشنده، قانونگذار با قید: (بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع) اتلاف را از قلمرو ماده ۳۸۷ قانون مدنی، خارج کرده است. در هر حال برای بررسی این بحث، وجوه مختلفی را می توان تصور کرد. نخستین فرض این است که قاعده را جاری کنیم و تلف توسط شخص ثالث را موجب انفساخ عقد بدانیم که در این حالت، تلف از مال بایع خواهد بود و در نتیجه خریدار اگر ثمن را به بایع پرداخت نموده است. آن را مسترد می کند و هرگاه آن را نپرداخته باشد نمی پردازد. وجه دوم این است که ضمان را بر عهده شخص ثالث بار کنیم و سرانجام مشتری را مخیر نماییم که معامله را فسخ کند و یا برای دریافت بها (اگر پرداخت کرده است) به فروشنده یا شخص ثالث مراجعه نماید. بنابراین، در اینجا مشاهده می کنیم که علاوه بر قاعده ما نحن فیه، قاعده فقهی و حقوقی دیگری هم مطرح می شود و آن قاعده: (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن)<sup>۵۵</sup> یعنی هر کس مال دیگری را تلف نماید، ضامن است و ما نمود این قاعده را در مواد ۳۲۸ لغایت ۳۳۰ قانون مدنی می توانیم شاهد باشیم.

برای بررسی این موضوع هم مناسب است به منشاء عقد برگردیم و ببینیم که با وقوع عد، ملکیت از فروشنده به خریدار منتقل می شود و سپس شخص ثالث، مال خریدار را تلف می کند و در مقابل او مسئول است. ولی، ما با وجود اینکه معامله را

۵۴ کانوزیان ناصر همان ص ۱۹۹

۵۵ برای آشنایی با این قاعده رک محقق داماد استاد سید مصطفی، قواعد فقه همان ص ۱۱۰

از تاریخ انعقاد عقد تمام شده تلقی کردیم، قاعده تلف مبیع را جاری نمودیم و استناد ما برای این کار، علاوه بر دلیل عقلی دو روایت بود که برابر حدیث دوم، امام (ع) در پاسخ به سوال عقبه بن خالد و درباره اینکه اگر در فاصله بین معامله و قبض، کالا که در منزلش به جای مانده است.

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

در موردی که از طرف بایع و مشتری شخصی وکیل است یا ولی آنان می باشد، و یا فروشنده از یک طرف می فروشد و از سوی دیگر وکیل خریدار است. اگر مبیع نزد او از بین برود، می توان گفت، تلف پس از قبض صورت گرفته، نه قبل از آن، که بتوانیم قاعده را جاری کنیم. زیرا با وقوع معامله، قبض هم در واقع به عمل آمده است و نیازی به قبض جدید نیست. ( ماده ۳۷۳ قانون مدنی ) ولی هنگامی که فروشنده برای تسلیم مبیع کسی را وکیل می کند، و وکیل، تعدی، تفریط و اهمال می نماید و بر اثر آن، مبیع تلف می شود، باید گفت تلف در ملک فروشنده محسوب است و چون ید امانی وکیل با تقصیر یا اهمال او به ید ضمانی تبدیل می شود، بایع می تواند برای دریافت مثل یا قیمت به وکیل مراجعه کند همان گونه که در مقدمه اشاره کردیم، بحث اصلی ما، در این تحقیق، ناظر به موردی بود که مبیع بدون هر گونه تقصیر و اهمال از سوی فروشنده، تلف می شد. با این حال، برای روشن شدن همان موضوع، این اواخر از ائتلاف هم سخن گفتیم، بنابراین، بحث و بررسی پیرامون مبحث ائتلاف، موضوعاً از دایره بررسی ما خارج است، لذا همین جا به موضع خاتمه می دهیم و تلاش خواهیم کرد با موخره ای، پاره ای از یافته های این تحقیق را احصاء نماییم:



بیان تمامی یافته های این نوشتار، آن هم در چند صفحه محدود، امر آسانی نیست: همچنین برای ارضاء علمی خواننده علاقه مندی که بدون مطالعه مباحث گوناگون این مقاله می خواهد با قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی بیشتر آشنا شود، مرور این مختصر کافی نخواهد بود. اما رویه معمول این است که در پایان هر کار تحقیقی، نگارنده، به طور اختصار راجع به آنچه در مورد موضوع تحقیق به آن رسیده است، بنوسید. بدین ترتیب نادیده گرفتن بخشی به عنوان نتیجه گیری یا موخره، اجتناب ناپذیر است. بنابراین، در ادامه تلاش خواهد شد تا برخی از یافته های این تحقیق را آن هم به اختصار، بیان نمایم:

۱- برای دلالت و اعتبار قاعده مورد بحث، به روایات، عقل و سیره مسلمانان می توان اشاره کرد. مع ذلک، برای توجیه قاعده مزبور، علاوه بر مدارک و مستندات، می توان گفت: خریدار با دو هدف، پیمان خرید می بندد، نخست انتقال مالکیت و دوم یه دست آوردن مورد تعهد (مبیع) بنابراین با انعقاد عقد، وی فقط به نیمی از خواسته خود رسیده است و بخش دوم آن که اهمیت بیشتری هم دارد. بدون قاعده یاد شده، پشتوانه مناسب نخواهد داشت. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع در راستای عدالت بوده، انصافا و منطقا نیز توجیه پذیر است.

۲- این قاعده مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، ضمان معاوضی و انتقال ضمان (ریسک) علاوه بر معاملات داخلی، امروزه در بیع بین المللی کالا نیز به طور گسترده ای مورد توجه، استناد و بهره برداری قرار می گیرد:

۳- ملکیت مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می گردد. ولی، ضمان معاوضی هم چنان بر عهده فروشنده باقی می ماند تا تسلیم انجام شود (با رعایت مفاد ماده ۴۳۵ قانون مدنی) یعنی شیوه ای که قانون مدنی، به ویژه ماده ۳۸۷ آن برگزیده است:

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

۵- در این قاعده انفساخ عقد، از زمان تلف (نه بطلان آن)، موجب می شود که ضمان معاوضی بر عهده فروشنده قرار گیرد. به بیان دیگر، تلف مبیع پیش از قبض، تنها نسبت به آینده عقد را منحل می سازد و تا زمان تلف، عقد آثار طبیعی خود را طی می کند و مبیع و نمرات و منافع آن به خریدار تعلق دارد. پس نمائات منفصه، از آن مشتری است.

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

۷- مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای گوناگون، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، فاصله زمانی بین انجام معامله و تسلیم مبیع و زمان انتقال ضمان معاوضی، موجب گردیده است که در سال های اخیر جامعه جهانی به سوی تهیه و تدوین قواعد و مقررات یک پارچه، قدم بردارد تا سرعت، سهولت و اطمینان در روابط تجاری بین المللی تقویت شود که از جمله این تلاش ها، می توان از قواعد عرفی اتاق بازرگانی بین المللی ( I.C.C. ) و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا، مورخ ۱۹۸۰ نام برد.

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

۹- آثار تسلیم و تعیین لحظه ای که ضمان معاوضی (مخاطره و ریسک) از فروشنده به خریدار انتقال می یابد، در تجارت بین الملل از اهمیت فراوانی برخوردار است. بنابراین، مطابق ماده ۶۶ به بعد کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، با تسلیم مبیع به مشتری، ضمان معاوضی هم از سوی بایع به خریدار منتقل می گردد.

۱۰- قاعده تلف مبیع از قبض و مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه نیست. بلکه موافق قاعده عمومی قرار دادهای بوده و در موارد مشابه از جمله تلف ثمن و در سایر معاملات و معاوضات قابلیت تسری دارد. به علاوه عقیده ای که تراضی بر خلاف قاعده را نافذ می داند، موجه تر است.

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

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