

مالکیت نمائات در تلف مبیع قبل از قبض

سیدمحمدحسن ملانکه‌پور شوشتری • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید

h.malaekhepour@scu.ac.ir

چمران اهواز، اهواز، ایران. (نویسنده مسئول)

فرزاد کرمی کلمتی • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

fkarami506@gmail.com

چکیده

پیرامون چگونگی مالکیت نمائات در بیع منفسخ شده به واسطه تلف مبیع قبل از قبض، اتفاق نظر وجود ندارد. اگر چه تملیکی بودن عقد بیع، اقتضای آن دارد که به محض انعقاد عقد بیع، مبیع به مالکیت مشتری درآمده و لاجرم، تلف آن نزد بایع پیش از قبض، از مال مشتری محسوب شود، اما با حکومت قاعده «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال بائعه»، به رغم حصول مالکیت مشتری بر مبیع، تلف مبیع از کیسه فروشنده خواهد بود. مباحث مفصلی در مورد این قاعده در مصادر فقهی وجود دارد، اما آنچه کمتر مورد توجه واقع شده، مالکیت نمائات حاصله حد فاصل انعقاد عقد تا زمان تلف مبیع است. آنچه مسأله را پیچیده‌تر می‌سازد، باز شدن پای قاعده دیگری با عنوان «الخراج بالضمان» در محل نزاع است. این پندار که از یک سو، به دلالت قاعده تلف مبیع قبل از قبض، بایع ضامن تلف مبیع باشد و از سوی دیگر، با توجه به تبعیت نمائات از اصل مال، قائل به مالکیت مشتری بر منافع مبیع قبل از قبض آن باشیم، با مذاق عرف، انصاف و منطق منطبق نیست. در این جستار که با روش توصیفی تحلیلی و تتبع در آراء فقیهان صورت گرفته، معلوم گردید که منطق صلبی حقوق را می‌توان با قاعده «الخراج بالضمان»، به سمت انصاف عرفی متمایل نمود و آن را در نمائات مبیع در هنگام تلف قبل از قبض، جاری ساخت.

واژگان کلیدی: عقد تملیکی، بیع، نمائات، تلف مبیع.



مقدمه

هر چند در نظام حقوقی ما انعقاد بیع، سبب تام مالکیت بوده و خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود، اما بر مبنای قاعده تلف مبیع قبل از قبض موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی، هرگاه پس از عقد بیع و پیش از تسلیم، مبیع نزد بایع تلف شود، این تلف از مال بایع محسوب خواهد شد. قاعده فقهی تلف مبیع قبل از قبض فراوان مورد بررسی فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. حتی برخی به تحلیل مسئولیت تلف مبیع بعد از فسخ عقد نیز پرداخته اند (تقی پور درزی تقیایی و همکاران، ۱۴۰۳) اما همچنان نسبت به رابطه این قاعده با تملیکی بودن عقد بیع، اختلاف نظر وجود دارد. اما اختلاف پیچیده تر مربوطه به مالکیت نمائات است که کمتر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است.

برای تحلیل درست موضوع باید به این پرسش پاسخ داد که آیا مدلول این قاعده، خروجی از قواعد حقوقی اولیه حاکم بر عقد بیع است؟ چه آنکه از یک سو بنا به اعتباری بودن بیع، عوضین به محض تحقق عقد به ملکیت طرفین معاوضه در می‌آیند و از سوی دیگر تلف هر مالی در ملک مالک آن انجام می‌گیرد، بنابراین مقتضای قواعد آن است که مبیع از ملک مشتری تلف شود و نه از مال بایع و چنانچه این قاعده، خلاف آن را اقتضا کند، باید در این خصوص از مقتضای قواعد اولیه دست کشید. مقاله حاضر با مذاقه در آثار فقهی و حقوقی درصدد است تا با تبیین مبانی قاعده، نظری منطبق با عرف معاملاتی پیرامون نسبت این قاعده با تملیکی بودن عقد بیع و تعیین مالکیت نمائات مبیع ارائه نماید.

۱- مفهوم، قلمرو و دلیل قاعده

قاعده تلف مبیع قبل از قبض دلالت بر آن دارد که هر چند با انعقاد بیع، خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود، لیکن بر مبنای این قاعده، هرگاه پس از عقد بیع و پیش از تسلیم، مبیع نزد بایع تلف شود، از مال بایع تلف شده است، نه از کیسه مشتری، هر چند که مشتری از زمان تحقق عقد بیع، مالک مبیع و نمائات آن شناخته شود. در خصوص قاعده و مطابقت و مخالفت آن با اصل اولی در عقود، یعنی انتقال مالکیت و ضمان معاوضی به مشتری، اختلاف نظر وجود دارد.

۱-۱- مفهوم قاعده

هر چند به دلیل تملیکی بودن عقد بیع، با انعقاد عقد، خریدار مالک مبیع می‌شود، اما قانون مدنی در ماده ۳۸۷ بر مبنای قاعده فقهی «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال بائعه» مقرر داشته است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد». حکم مقرر در این ماده انفساخ بیع عین به دنبال تلف مبیع قبل از قبض است که دو نتیجه خواهد داشت. نتیجه اول آنکه تلف مبیع از مال بایع است و نتیجه دوم اینکه بایع باید ثمن را به مشتری مسترد نماید. قانون مدنی احتمالاً به دلیل بدیهی بودن موضوع، نتیجه اول را ذکر نکرده است. جالب آنکه در متن عبارت قاعده به تلف مبیع از کیسه بایع اشاره شده و فقها با فحص علمی، حکم انفساخ را از آن برداشت نموده اند. اما قانون مدنی برخلاف متن قاعده فقهی، بدون اشاره به تلف شدن مبیع از کیسه بایع، صرفاً به تصریح انفساخ بیع بسنده نموده است. در این شرایط میان تملیکی بودن بیع که اقتضای آن دارد که تلف از کیسه مشتری باشد با قاعده تلف مبیع قبل از قبض که به صراحت تلف را از کیسه بایع می‌داند، منافات وجود دارد. یا باید از نظریه تملیکی بودن عقد بیع عقب نشینی نمود، یا آنکه تلف مبیع قبل از قبض را نه به عنوان یک قاعده فقهی، بلکه استثنائی بر قاعده تملیکی بودن بیع به تعبد صرف پذیرفت.

فقها با استفاده از قاعده فقهی مذکور، بایع را ضامن دانسته اند، اما تبیین کرده‌اند که ظاهر عبارت «فهو من مال بائعه» این است که تلف در ملکیت بایع واقع می‌شود و مبیع تلف شده از اموال بایع محسوب می‌شود. لذا معنای عبارت این نیست که خسارت آن بر عهده بایع باشد (مثل غضب) والا باید می‌گفت علی البائع، پس روایت را نمی‌توان دلیل ثبوت ضمان واقعی (مثل یا قیمت) دانست. اما در مورد ضمان اشکالی نیست، زیرا هیچکدام از بایع و مشتری معوض را به دیگری رایگان نداده، بلکه ما به ازای دریافت عوض بوده است. در قاعده "الخراج بالضمان" نیز ضمان به همین معناست. در حالیکه در قاعده مایضمن، معنای ضمان، تعویض است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۹۰)، به هر حال «مأذون بودن بایع موجب امانی تلقی شدن ید وی نمی‌شود و با آنکه در تلف مبیع تقصیری نداشته است، اما ضمان بر عهده خود وی خواهد بود» (ملائکه پور شوشتری، ۱۴۰۰، ص. ۸۶۲).

۲-۱- قلمرو قاعده تلف مبیع قبل از قبض

اینکه قاعده «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال بائعه» مختص بیع است یا در معاملات دیگر غیر از بیع نیز جریان دارد، محل اختلاف نظر است. شیخ انصاری از کلام علامه حلی استفاده کرده و معتقد است که این قاعده مسلم بین شیعه و سنی است که در بیع و غیر بیع، تلف مال قبل از قبض بر عهده مالک اول است (انصاری، ۱۴۴۲ق، ج ۶، ص. ۲۸۰). در مقابل اما برخی نظیر مرحوم امام خمینی در فقه استدلالی این قاعده را در اجاره جاری نمی دانند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۵۹۱) اما در مقام افتاء، تلف عین مستاجر پیش از قبض آن توسط مستاجر را موجب بطلان اجاره اعلام نموده اند. تبعاً حکم به بطلان در این حالت دلالت بر تسری قاعده بر عقد اجاره دارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۵۷۷).

سرانجام به نظر می آید قاعده مختص بیع نیست و در هر معاوضه لازمی جریان دارد. زیرا از یک سو به حکم "المورد لا یعمم و لا یخصص" اگر در مورد واقعهای معین و یا سؤالی خاص آیه یا روایتی وارد شده باشد، اما حکم مستفاد از آن، عام باشد، خصوصیت مورد، سبب تخصیص آن حکم عام نمی گردد. بنابراین هر چند روایت نبوی در مورد بیع بوده ولی خاص بیع نیست. از سوی دیگر قاعده تلف مبیع قبل از قبض نه تنها خلاف اصلی اولی در عقود نیست، بلکه مطابق ذوق عرفی و اصل بنایی در معاملات معوض و بازگشت به بیع عملی و نه نظری است. بر مبنای بیع عملی در معاملات، داوری عرف از تعریف بیع، بده و بستان است و چنانچه مبیع تحویل نشود، ثمن نیز قابل پرداخت نیست و در فرض پرداخت قابل استرداد است.

۳-۱- دلیل قاعده تلف مبیع قبل از قبض

شیخ انصاری دلیل قاعده را اجماع یا حداقل شهرت می داند. یعنی شهرت بر این است که تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است و این ضمان، ضمان معاوضی است (انصاری، ۱۴۴۲ق، ج ۶، ص. ۲۸۵). محقق خوئی دلیل اصلی اثبات قاعده را سیره عقلائیه می داند که مبنای اصلی مسأله برای اثبات قاعده و اتفاقاً مثبت موافقت آن با اساس در معاملات نیز می باشد. سیره عقلا بر این است که همیشه قبض را متمم ملکیت می دانند. یعنی کسی که چیزی را می خرد وقتی می گویند مالک شد و ملکیت کامل و مستقر در مبیع دارد که آن جنس را تحویل بگیرد. البته نه به این معنا که قبض شرط ملکیت است، بلکه قبض متمم ملکیت است. به عبارت دیگر مردم به خرید و فروش، داد و ستد می گویند یعنی باید چیزی را بدهد و چیزی را بگیرد، تا چیزی را نگرفته است

آن خرید و فروش را مستقر نمی‌دانند. این مطلب فراوان بر زبان مردم است که می‌گویند تا چیزی را نگرفته‌ام پول چه چیزی را بدهم، یعنی این در ذهن مردم هست که «بعث و قبلت» کافی نیست، بیع و شراء ملکیت می‌آورد، لکن ملکیت تام نیست و متمم آن تسلیم مبیع است (خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۴۷).

۴-۱- قبض و تأثیر آن بر انتقال ضمان در معاملات معاوضی

در نظام حقوقی ایران بیع عقدی تملیکی است و مهم‌ترین اثر آن یعنی انتقال مالکیت، با انعقاد عقد، حاصل می‌شود. اگر چه ممکن است ضمان آن همچنان تا پیش از تسلیم به خریدار، بر عهده ی فروشنده باقی بماند. 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 با شرایطی در مورد ثمن و سایر معاوضات غیر از بیع نیز تسری داد. مفاد قاعده ی «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 به عهده بایع خواهد بود که لازم است ثمن را در صورت اخذ، به مشتری بازگرداند؛ حتی اگر مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده باشد. حکم قاعده با لوازم انتقال مالکیت هم خوانی ندارد؛ اما با توجه به بقای ضمان معاوضی حاصل از عقد بیع، بر ذمه فروشنده، خسارت حاصل از تلف متوجه او شده و با انفساخ عقد، نفس انتقال مالکیت نیز از بین می‌رود و این ترتیب، مورد پذیرش عرف عقلا است.

صدق قاعده ی «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، عنوان شده است (بجنوردی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۸۴). آن چه که در عقود معاوضی برای صدق قاعده تلف و در نتیجه انفساخ عقد شرط بوده، این است که ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل نشده باشد و

ملاک تشخیص انتقال یا عدم آن از سوی بایع، قبض است. در واقع اگرچه با ایجاب و قبول مالکیت منتقل می شود اما انتقال ضمان تابع قبض مبیع توسط مشتری است.

واژه ی «قبض» در لغت به گرفتن تملک تصرف، جمع شدن و... آمده است (قرشی ۱۴۱۲ق، ج ۵، صص. ۲۲۲ و ۲۲۳، انصاری ۱۴۴۲ق، ج ۶، ص. ۱۲۴۱، خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۵۴۷، بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۱۹) برخی فقها در کلام خود واژه قبض را دارای یک حقیقت شرعیه با متشرعیه ندانسته اند تا روشن کننده معنای آن از نظر شرع باشد (محقق سبزواری ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۸۶). برخی هم قبض را دارای یک مفهوم عرفی می دانند که برای دانستن آن باید به عرف مراجعه کرد (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۴، ص ۴۰۶). ظاهراً قبض به معنای عرفی آن بر می گردد و بدون شک معنای قبض در عرف مطابق با معنای لغوی آن همان گرفتن (استیلا) می باشد (مراغه ای ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۶۱؛ نجفی ۱۴۳۰ ق، 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 (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، صص. ۱۹۴ و ۱۹۵).

تعریف قبض در قانون مدنی در ماده ی ۳۶۷ ق م چنین آمده است: «قبض عبارت است از استیلاى مشتری بر مبیع». منظور از استیلاى مشتری بر مبیع سلطه ی وی بر آن به نحوی است که هر زمان بخواهد بتواند عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود؛ نه این که صرفاً تصرف مادی و فعلی باشد. از این رو قانون مدنی بلافاصله در ماده ی ۳۶۸ ق م عنوان می دارد «تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد. اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

سرانجام می توان 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، مداخلیتی در حقیقت قبض نداشته، اعتبار آن تنها از جهت کاشفیت از حصول آن بوده و همان گونه که در ماده ی ۳۶۷ ق م مورد اشاره قرار گرفته، تعیین مصادیق آن به عرف محول شده است.

با انعقاد هر یک از عقود معاوضی نخستین التزامی که بر عهده طرفین قرار می گیرد؛ تسلیم و تحویل عوضین است. تسلیم یا اقباض عملی است که از سوی ناقل صورت می گیرد و در کتب فقهی و در بیان فقها اقباض به رفع ید از مبیع و اذن بایع در قبض همراه با عدم مانع به گونه ای که عرفاً قبض مبیع بر مشتری آسان گردد تعریف شده است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۶۹۶، خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۴۶) کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۱۱۰). قاطبه ی فقها در این مسأله اتفاق نظر دارند که منظور از تسلیم موضوع معامله، متمکن ساختن مشتری از تصرف در شی است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، 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 می شود. 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 ۱۳۶۳، ص. ۱۵۳) قانون مدنی نیز در ماده ۳۶۷ در این باره مقرر می دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء 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 کرده اند (شهیدی ۱۳۸۴، ص. ۳۶؛ صفایی ۱۳۵۱، ص. ۲۸۵ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص. ۲۵۲). اما آن چه که از تمامی این تعاریف به دست می آید این است که منظور و هدف اصلی از تسلیم، تسلط واقعی یا حکمی منتقل الیه، به طور فیزیکی و حسی یا به صورت سلطه و استیلا ی عرفی بر مال است.

۲- تملیکی بودن عقد بیع و قاعده تلف مبیع قبل از قبض

از یک سو عوضین مبیع به محض تحقق عقد بیع به ملکیت طرفین خریدار عقد در می‌آید و از سوی دیگر تلف هر مالی در ملک مالک آن انجام می‌گیرد، بنابراین مقتضای قواعد آن است که مبیع از ملک مشتری تلف شود، نه از مال بایع و چنانچه این قاعده، خلاف آن را اقتضا کند، باید در این خصوص از مقتضای قواعد اولیه دست برداشت. تتبع در متون فقهی نشان می‌دهد در مجموع سه نظر پیرامون موافقت یا مخالفت قاعده تلف مبیع قبل از قبض با تملیکی بودن بیع مطرح شده است.

۱-۲- مخالفت قاعده با تملیکی بودن بیع

برخی از فقها معتقدند قاعده «کل مبیع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» در بیع صرف و سلم که قبض مبیع از ارکان آن بوده، مطابق با قواعد است. اما در سایر موارد چون عقد سبب تام تملیک است، لذا بر خلاف قواعد می‌باشد. به نظر این گروه، مفاد قاعده به هیچ وجه با اصول و قواعد حاکم بر عقد بیع مبنی بر تملیکی بودن آن، منطبق نیست و مستند قاعده، نصوص وارد و اجماع و سیره اسلامی است که به موجب مدلول آن‌ها، قواعد اولیه تخصیص می‌خورد. این گروه از فقها برای تحلیل موضوع، خیمه استدلال خود را بر عمود زمان انفساخ و نقش قبض در بیع بنیان می‌نهند. از جمله مرحوم کمپانی محقق اصفهانی می‌نویسد: بهترین شاهد این مدعا آن است که مستفاد از کلمات فقها در خصوص قاعده مورد بحث، فسخ و انحلال معامله از زمان وقوع تلف است، نه از تاریخ وقوع معامله و این نکته با توجیهات و تحلیل‌ات عقلایی اشاره شده در خصوص معاملات سازگاری ندارد؛ چرا که اگر مدلول قاعده بازتاب قصد و اراده متعاملین در حین معامله یا نتیجه دخالت قبض در تحقق انتقال باشد، طبیعتاً تلف باید کاشف از تمام نبودن معاوضه باشد، نه آن که بعد از انعقاد و تحقق انتقال، انفساخ صورت گیرد (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۶۵). شیخ طوسی دلیل انفساخ عقد بیع را عدم امکان اقباض می‌داند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۱۱۷). قانون مدنی نیز در ماده ۳۸۷ انفساخ را حکم مترتب بر تلف مبیع دانسته است. این در حالی است که مشهور فقها معتقدند انفساخ لحظه ای پیش از تلف صورت می‌گیرد.

۲-۲- موافقت قاعده با تملیکی بودن بیع

گروهی دیگر از فقها برای آنکه میان تملیکی بودن بیع و مفاد قاعده جمع منطقی برقرار کنند، بر اثر قبض تمرکز کرده و نظر داده اند که قبض شرط کمال مالکیت است به نحوی که تا پیش از آن،

عقد، متزلزل بوده با قبض استقرار می یابد. یکی از فقها در تبیین نظر خود می نویسند: هر چند بیع از عقود نیست که قبض، شرط صحت آن باشد و ملکیت مبیع برای مشتری منوط به تحقق قبض نیست، لکن چنین نیست که در بیع، قبض به هیچ وجه بی تاثیر باشد. بلکه تسلیم و تسلیم شرط کمال ملکیت است و بنابراین، اصل ملکیت به صورت متزلزل به موجب عقد حاصل می شود، ولی کمال آن متوقف بر قبض است. به موجب این نظر، قبض به نحو شرط متأخر در کمال ملکیت دخالت دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۷۴). ایشان برای تأثیر قبض در عقد بیع به عرف استناد کرده و گفته است عادت عقلا در عقود معاوضی این است که طرفین قصد ندارند مال را مجاناً به دیگری تملیک کنند، بلکه همواره هر معاملی کالای خود را در عوض کالای دیگری قرار می دهد و به عبارت دیگر، بنای عقلا و عرف و عادت آنان در انشای عقود معاوضی و مبادلات در عالم تشریع و اعتبار، مبنی بر داد و ستد خارجی است؛ به نحوی که چنانچه اخذ و اعطا (داد و ستد) امکان نداشته باشد، اعتبار مبادله لغو و عملی غیر عقلایی تلقی می گردد. بنابراین، امکان انجام داد و ستد در حقیقت عقد، حدوثاً و بقائاً 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 فنای یکی از دو کالا، امکان تحویل آن به عنوان بدل از دست رفت، قهراً عقد منفسخ می شود و کالای باقی به ملکیت صاحبش بر می گردد و مالی که تلف شده از جیب صاحب قبل از انجام معامله، بیرون رفته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۷۵).

مرحوم نائینی از این برداشت عرفی تعبیر به اشتراط المتعاقدين نموده و می بیان می دارد: ظاهر عبارت «فهو من مال بائعه» این است که تلف در ملکیت بایع واقع می شود و مبیع تلف شده از اموالش می شود. لذا معنایش این نیست که خسارت آن بر عهده بایع باشد (مثل غصب) والا باید میگفت علی البائع، پس روایت را نمی توان دلیل ثبوت ضمان واقعی (مثل یا قیمت) قرار داد. اما در مورد ضمان اشکالی نیست زیرا هیچکدام از بایع و مشتری معوض را به دیگری رایگان نداده بلکه ما به ازای دریافت عوض بوده است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۸۸).

مرحوم کمپانی محقق اصفهانی نیز از فقهای است که سعی در توجیه حکم انفساخ عقد نموده و در حاشیه مکاسب نوشته است: «واضح است که منفعت تابع عین بوده و تلف عین از مالک آن متلازم یکدیگرند و هر دو از لوازم شی واحد یعنی مالکیت هستند، الا اینکه صدق ضمان برای تلف مال از کیسه مالک آن مشکل است» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ص. ۳۵۱). ایشان در خیار تأخیر ثمن می نویسند: «چنانچه مبیع قبل از قبض و پیش از سه روز تلف شود اگر منافع را متعلق به مشتری و خسارت درک را بر بایع بدانیم خلاف تلازم میان منافع و خسارت است لذا باید بنا بر قول مشهور گفت لحظه ای قبل از تلف، بیع منفسخ شده و مبیع داخل در مالکیت بایع گردیده و تلف شده است. این برداشت منافاتی با تلازم مذکور ندارد چون این خسارت، خسارت ملک بایع است نه خسارت ملک مشتری» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ص. ۳۸۴). همین نویسنده در جایی دیگر نیز آورده است اند: «اگر قائل به متمم بودن قبض باشیم همانطور که با ایجاب و قبول تسلیط اعتباری بر ثمن و مثنی محقق شود آنگاه چاره ای نیست جز اینکه تسلیط فعلی به ازای تسلیط فعلی واقع شود تا معاوضه در مراتب قولی و فعلی تحقق یابد. اما ضمان غرامت موجب می شود تلف مبیع از مال مشتری بوده و درک آن با بایع باشد. وقتی نبوی گفته تلف از مال بایع (من مال بائع) و نگفته تلف بر بایع است، دلالت بر انفساخ دارد» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ص. ۴۷۴).

یکی از استادان بنام فقه و حقوق نیز در این باره به دو مطلب مهم اشاره می نماید. در بیان نوع ید می نویسند: به رغم آنکه بایع پس از عقد در تصرف مبیع و ثمن مأذون است، ید او امانی نیست، بلکه ضمانی است چرا که بایع ثمن را مجاناً از مشتری تحویل نگرفته، بلکه ثمن در عوض مبیع بوده است و لذا با توجه به تعریف ید امانی، چنین یدی از مصادیق ید امانی نیست و داخل در ید ضمانی است (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص. ۱۵). ایشان در جایی دیگر استدلال می کند که چون روایت نگفته "علی بائع" پس بایع ضامن مثل یا قیمت نیست. همچنین حکم این بیع انفساخ است نه بطلان چون اگر بیع باطل باشد به کار بردن بایع در عبارت «من مال بائع» درست نخواهد بود، چون بیعی نیست تا صدق بایع کند. البته ایشان منافع حد فاصل عقد تا تلف را متعلق به مشتری دانسته و ید بایع نسبت به این منافع را امانی می داند (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۴).

محقق ایروانی نیز برای همگرایی قاعده با تملیکی بودن عقد بیع می نویسند: شهید ثانی در مسالک (ج ۱، ص. ۲۳۳) و شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۱۲۶، ج ۳، ص. ۸۵)

سبب ضمان در حالتی که بیع فاسد بوده و قاعداً مبیع ملک مشتری نبوده تا تلف از مال او محسوب شود، بلکه ملک بایع بوده، می فرمایند تمسک به قاعده اقدام بر ضمان (الاقدام علی الضمان) بوده، به نظر می رسد یکی از توجیهات قاعده تمسک به قاعده اقدام علی الضمان باشد. فروشنده با عدم تحویل مبیع به مشتری حین العقد، اقدام بر ضمان خود نموده است (ایروانی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص. ۱۴۹).

یکی از استادان بزرگ حقوق نیز به نقش عرفی قبض در وقوع بیع واقف بوده و نوشته است: به نظر می آید بیع لغتاً و عرفاً داد و ستد و بده بستان است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص. ۹۱۹) و بر مبنای برداشت عرفی و مذاقه در عرف معاملاتی، شرط استقرار مالکیت تحویل عوضین است. در خرید کالایی در بازار، پس از توافق بایع و مشتری در قیمت و خصوصیات کالا، شرط ارتکازی تحویل کالا به خریدار، پرداخت ثمن آن است. حال اگر مشتری بدون پرداخت ثمن به مقتضای مقررات قانون مدنی، تقاضای تحویل مبیع را بنماید، قضاوت عرفی هرگز آن را نخواهد پذیرفت و اگر عرف معاملاتی به قضاوت مورد پردازد، تقاضای مشتری، غیرعقلایی فرض می گردد و مشتری هرگز با قضاوت عرفی به مبیع نخواهد رسید، مگر زمانی که ثمن را پرداخت نماید. حق حبس نیز برای پوشش این قضاوت عرفی خواهد بود و ارتباط وثیقی با قاعده تلف مبیع قبل از قبض دارد. لکن آبشخور هر دو قاعده یک مورد، یعنی رجوع به بیع عملی می باشد. این برداشت، نتیجه بیع عملی مورد نظر برخی حقوقدانان است. این استاد حقوق با ارائه تئوری سه گانه موازنه در معاملات، معتقد است که ضمان معاوضی بایع در قاعده تلف مبیع قبل از قبض، به ارکان موازنه بازگشت دارد و ضمان معاوضی از بارزترین مظاهر موازنه در علوم اعتباری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴). نتیجه این نظر آن است که قاعده تلف مبیع نه تنها خلاف اصلی اولی در عقود نیست، بلکه مطابق ذوق عرفی و اصل بنایی در معاملات معوض و بازگشت به بیع عملی و نه نظری است. بر مبنای بیع عملی در معاملات داوری عرف از تعریف بیع، بده و بستان است و چنانچه مبیع تحویل نگردد، ثمن نیز قابل پرداخت نیست و در فرض پرداخت، قابل استرداد است.

۳-۲- تفصیل میان احکام قاعده

میرزای نائینی در توجیه اینکه تلف چگونه اقتضای انفساخ عقد را دارد؟ بیان می دارد «چون ثمن عوض مبیع است و مجانی نبودن آن به معنای عدم هبه توسط مشتری است و نه وقوع تلف از کیسه بایع زیرا مثنی ملک مشتری است و تلف در ید غیر از او بدون تفریط بوده، پس می گوئیم معنای عدم مجانی بودن اگرچه چنین اقتضایی نداشته باشد، مگر آنکه معاوضه متضمن التزامات مطابقی و ضمنی است و از التزامات ضمنی تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری در عالم خارج است. پس اگر تسلیم ممکن نباشد معاوضه باطل می شود» (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۸۸). سپس اشکال می کند به اینکه ممکن است گفته شود که تعذر تسلیم اقتضای بطلان ندارد و غایتش ثبوت خیار تخلف شرط برای مشتری است، بعد خود ایشان پاسخ می دهد «اگر مال بر قابلیت تسلیم باقی بماند، غایت امر تعذر عارضی مثل سرقت در شرایطی که انتظار برگشت مال باشد یا بایع از تسلیم امتناع کند، خیار لازم می شود و اما اگر بر قابلیت تسلیم باقی نماند، مثل تلف و هر آنچه که در حکم آن است، خیار تخلف شرط معنا نخواهد داشت. چرا که معاوضه باطل شده و وفا به التزام ضمنی ممتنع شده است. در این حالت نمی توان گفت امتناعش اقتضای بطلان معاوضه را ندارد و نهایتاً بر بایع واجب است رد مثل یا قیمت کند، زیرا اگر التزام ضمنی بدلیت در صورت بقا باشد، بلکه همانطور است که گفته شد اما اگر مقتضای بدلیت این باشد که در هر صورت یعنی بدلیت مطلقه، زمانی که مثنی قابلیت بدلیت را از دست می دهد، چاره ای نیست جز اینکه ثمن به مالکیت مشتری برگردد (به اقتضای معاوضه آن) و اجمالاً هر کدام از متعاقدين همانطوری که مبادله اعتباری میان دو مال را قرار می دهند، مبادله خارجی (یعنی مالش را بدهد و عوض آن را بگیرد) را نیز قرار می دهد و این معنای اشتراط تسلیم است پس بازگشت چنین شرطی به گرفتن آن چیزی است که در عقد معاوضی عوض نامیده می شود، نه به گرفتن بدل واقعی، لذا هرگاه آنچه در عقد معاوضی عوضیت می نامند، باطل شود و از صلاحیت بدلیت خارج شود، عوض دیگر نیز از بدلیت خارج شده و نتیجتاً به مالکش بر می گردد و این معنای انفساخ است. پس هرگاه ثمن به مشتری بازگردد مبیع نیز لاجرم به بایع برخواهد گشت. در این مقام از آنجا که بدلیت مثنی برای ثمن، جهت معاوضه بود و معاوضه هرگاه اقتضای خروج معوض از مالکیت کسی که عوض داخل ملک او می شود و بالعکس نماید، بطلان آن مقتضای عکس دارد پس هرگاه ثمن در ملک مشتری داخل شود لاجرم مثنی باید از ملکش خارج شود، در انفساخ نیز مانند فسخ، عوضین به

مالکیت مالک اصلی خود در می آید». مرحوم نائینی بر نظر مشهور که برای توجیه تلف از مال بایع معتقدند آنی قبل از تلف، بیع منفسخ شده و تلف از مال بایع خواهد بود، اشکال وارد کرده و می گوید: «رجوع مبیع به بایع از جهت تلف است، لذا معلول، تلف است، پس چگونه می تواند بر آن مقدم شود؟ می گوییم این نیز مطابق قواعد است و حقیقت معاوضه اقتضای آن را دارد و تلف کاشف می شود نه علت. توضیح آنکه اگر بپذیریم که عقد معاوضی اقتضای ضمان مسمی دارد نه مثل یا قیمت و لازمه آن انفساخ معاوضه است و اقتضا می کند مثنی به بایع برگردد. آنگاه لاجرم باید گفت مبیع لحظه ای ماقبل تلف، به بایع برمی گردد چون بعد از تلف صلاحیت رجوع ندارد و قابلیت معاوضه هم ندارد. نهایتاً سه قول وجود دارد: اول، تلف مبیع قبل از قبض من المال البائع تعبدی صرف است مطلقاً. دوم، مطابق قاعده است مطلقاً، یعنی اگرچه نصی در این مقام نیست، اما آنچه از انفساخ و رجوع مثنی به ملکیت بایع و بازگشتش به او قبل از تلف گفتیم مقتضای قواعد معاوضات بود، سوم، تفصیل بین جهات به این نحو که اصل انفساخ مطابق قاعده است، اما تحقق آن قبل از تلف با نص خاصی است که همان روایت نبوی است» (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، صص. ۱۹۱-۱۸۸).

مرحوم بجنوردی سه احتمال را در مورد این قاعده مطرح می کند: اول آنکه مراد این باشد که قبض در حصول ملکیت مبیع برای مشتری دخیل است و إلا در مالکیت بایع باقی خواهد ماند. سپس می گوید این نظر معلوم البطلان است، اجمالاً. دوم آنکه ید بایع ید ضمان (به مثل یا قیمت) باشد مثل سایر ابواب غرامات و ایادی عدوانی. بعد می گوید این احتمال نیز باطل است، زیرا اینجا مفروض ضمانی بودن ید نیست، بلکه ید امانت مالکی است. سوم آنکه معامله آنی قبل از تلف منفسخ شود، به نحوی که تلف در مال بایع باشد. پس در اینجا معنای ضمان رجوع ثمن به ملک مشتری است نه ضمان واقعی. ایشان این احتمال را بدون محذور می داند، زیرا امر در اختیار شارع است. ایشان علاوه بر مبادله اعتباری، مبادله در عالم خارج را هم لازم می داند. مرحوم بجنوردی اذعان می نماید که اگر قابلیت اعطای مبیع ساقط شود بیع قهراً منفسخ می شود و مبیع تلف شده از کیسه بایع خواهد بود و این از لوازم انفساخ عقد است. اما ایرادی بر آن وارد است و آن اینکه انفساخ به سبب تلف مبیع واقع شده است، در حالیکه اگر چنین باشد آنگاه تلف باید از مال مالک آن یعنی مشتری باشد. پاسخ این است که اصل انفساخ عقد و رجوع آنچه از عوضین

باقی مانده به مالکیت کسی که قبل از عقد صاحب آن بوده مبتنی بر قاعده بوده و مقتضای طبع معاوضه و بنای عقلا در ابواب معاملات معاوضی و مبادلات مالی است. لکن اینکه انفساخ لحظه ای قبل از تلف باشد تا تلف از مال مالک قبل از عقد به حساب آید، حکم تبعی است و دلیل آن اجماع یا روایات است. به نظر ایشان اصل انفساخ عقد زمانی که یکی از عوضین تلف می شود تبعی نیست، بلکه به مقتضای معاوضات و مبادلات است. اما انفساخ لحظه ای قبل از تلف تبعی صرف است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۸۱).

۴-۲- تنافی قاعده با قاعده ممن لا خيار له

گاهی اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض با قاعده «تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له» منافات دارد. برای مثال در بیع مشروط به شرط خيار که من له الخيار آن، بایع است، چنانچه مبیع قبل از قبض تلف شود، براساس قاعده «تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بائعه» تلف از مال بایع خواهد بود، لکن مبتنی بر قاعده «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له» چون بایع خيار دارد و مشتری خيار ندارد، تلف از مال مشتری می باشد. در این فرض یک راه حل این است که قاعده «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له» کلی نیست، بلکه در بعضی موارد جاری است، مثلاً مخصوص مثنی است و شامل ثمن نمی شود. راه حل دیگر اینکه این قاعده فقط درباره خيار مجلس، خيار حیوان و خيار شرط است و در سایر خيارات جاری نمی شود، راه حلی که قانون مدنی پذیرفته است. پاسخ دیگر این است که باید به عموم قاعده تلف مبیع قبل از قبض عمل نمود و ضمان را به عهده بایع گذاشت. لکن فلسفه جریان قاعده ممن لا خيار له در سه خيار حیوان، مجلس و شرط آن است که هر سه خيار جزو خيارات «تروی»^۱ می باشند، که هدف و فلسفه وجودی آن ها، تروی و اندیشیدن برای سرنوشت و به نوعی تأیید نهایی عقد است که عموماً قاعده ممن لا خيار له را حکم خاص فرض نموده و آن را حمل به بعد قبض مبیع و امکان تروی بدانیم، چه آنکه امکان تروی، ضرورتاً منوط به تسلیم و تسلیم مبیع است و نسبت به مبیع تسلیم نشده، خروج موضوعی دارد.

^۱ خیاراتی که اعمال آن ها محدود به مدت معین است. این خيارات که آن ها را خيارات تروی (تامل و تفکر) نیز می گویند عبارتند از خيار مجلس، حیوان و شرط.

اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض با وجود خيار تأخیر ثمن نیز محل بحث است. در این فرض اگر قاعده ممن لا خيار له نیز وجود دارد داشته باشد که بر اساس آن در روز چهارم انعقاد بیع، فروشنده من له الخيار و خریدار من علیه الخيار است. بنابراین به حکم این قاعده، تلف مبیع به حساب مشتری گذاشته می‌شود. اما این قاعده با روایات تعارض دارد. مرحوم شیخ می‌فرماید که قاعده فقهی از دو جهت نقصان و اجمال دارد، یک جهت این است که آیا این قاعده قبل از قبض است یا بعد از قبض، یا اعم از قبل قبض و بعد قبض است، به اصطلاح اطلاق احوالی ندارد. جهت دوم این است که تردید وجود دارد که این قاعده اختصاص به بعضی خيارات دارد یا در تمام خيارات ثابت است. مرحوم شیخ می‌فرماید که این قاعده اختصاص به بعضی خيارات مثل خيار شرط و حیوان دارد. بنابراین این قاعده خيار تأخیر را شامل نمی‌شود، پس روایت نبوی تقدّم دارد (انصاری، ۱۴۴۲ق، ج ۶، ص. ۲۹۰).

۳- مالکیت نمائات مبیع در فرض تحقق قاعده

پیرامون مالکیت نمائات منفصل مبیع به واسطه جری قاعده تلف مبیع قبل از قبض اختلاف نظر وجود دارد. منافع متصل، چون جدای از عین قابل تصور نبوده و حضور فیزیکی ندارند با تلف مبیع نیز تلف شده (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۵۱) و ضمانی در پی نخواهد داشت، چه آنکه موضوع ضمان بایع «استرداد ثمن» است و نه مثل یا قیمت مبیع. به این واسطه است که فقها و حقوق دانان به درستی از مالکیت منافع متصل بحث نکرده اند. اما در منافع منفصل که از لحاظ مادی یا حقوقی قابل تفکیک از عین باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۵۱)، غالباً به واسطه قاعده "المبیع یملک بالعقد"، متمایل به مالکیت مشتری بر این منافع شده اند. حال آنکه گفته شد موضوع ضمان بایع، استرداد ثمن است و نه قیمت مبیع و تبعاً ضمان منافع مبیع منتفی است. زیرا موجب اجتماع عوضین در مالکیت احد از متعاملین می‌گردد، که مخالف مقتضای معاملات معوض است. به هر حال حکم مالکیت نمائات منفصل با وجود قاعده «الخراج بالضمن» پیچیدگی بیشتری می‌یابد. برای حل این پیچیدگی، قبل از بیان حکم مالکیت منافع، جایگاه قاعده «الخراج بالضمن» را در موضوع حاضر بررسی می‌نماییم.

۳-۱- رابطه قاعده تلف مبیع و الخراج بالضمن

گروهی از فقها که مالکیت مشتری بر نمائات را پیش فرض پنداشته اند، چون به روایت «الخراج بالضمان» رسیده اند، در توجیه آن با اشکال مواجه شده اند. ظاهر این عبارت دلالت بر آن دارد که منافع برای هر که باشد، ضمان نیز برعهده وی خواهد بود. در حالی که به دلالت قاعده تلف مبیع قبل از قبض، تلف از کیسه بایع بوده اما منافع را برای مشتری دانسته اند. این گروه خود به سه دسته تقسیم می شوند: دسته اول که قاعده تلف مبیع قبل از قبض را مخصص «الخراج بالضمان» می دانند، دسته دوم که قاعده تلف مبیع قبل از قبض را حاکم بر «الخراج بالضمان» می دانند و دسته سوم که تعارضی میان این دو نمی بینند. اما پیش از بیان اقوال باید مقدمتاً توضیح داد که بنا بر نظر فقهای امامیه قاعده «الخراج بالضمان» مختص بیع صحیح بوده و بیع فاسد و غصب را مشمول نمی گردد. صرفاً ابوحنیفه است که در غصب قاعده «الخراج بالضمان» را جاری می داند. مطابق نظر وی ضمان عین، سبب مالکیت منافع است. او این قاعده را حتی در مورد غاصب نیز جاری می داند (نقل از خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۳۳). مالک تلف مبیع قبل از قبض را به دلیل «الخراج بالضمان» از مال مشتری می داند (نقل از خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۳۳). النهایه شیخ طوسی در خلاف معنای ضمان در عبارت «الخراج بالضمان» را نه به معنای مصطلح آن یعنی پرداخت مثل یا قیمت در صورت تلف مال دیگری بلکه به معنای تلف از کیسه خود مالک می داند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۱۵۶).

الف- قاعده تلف مبیع قبل از قبض بعنوان مخصص الخراج بالضمان

برخی از فقها از جمله شیخ انصاری برای آنکه تلف مبیع قبل از قبض از کیسه بایع را تعبیر عقلایی کنند که با قاعده «الخراج بالضمان» و «تلف المبیع فی زمن الخيار» نیز هماهنگ باشد، می گویند با تلف مبیع در یک آن، مبیع به مالکیت بایع در آمده و بیع منفسخ می شود. قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه» به عنوان یک قاعده خاص، حکم عام «الخراج بالضمان» را تخصیص می زند. با این توجیه که نمی شود براساس عام «الخراج بالضمان» منافع را برای مشتری دانست، اما تلف آن از مال بایع باشد. لذا می گویند قاعده تلف مبیع آن را تخصیص می زند (انصاری، ۱۴۴۲ق، ج ۶، صص. ۱۵۵-۱۲۵).

ب- قاعده تلف مبیع قبل از قبض حاکم بر الخراج بالضمان

برخی از معاصرین براساس تحلیلی که آنآمایی قبل از تلف، بیع منفسخ می‌شود، این قاعده را حاکم بر آن دانسته‌اند و نه مخصص آن. به این دلیل که آنآمایی قبل التلف معامله منفسخ شده و کالا به مالکیت بایع بر می‌گردد. وقتی معامله منفسخ شد این کالا برای بایع می‌شود پس منافع نیز برای او خواهد بود (جوادی آملی، درس خارج ۸۹/۱۲/۱۰).

پ- قاعده تلف مبیع قبل از قبض وارد بر الخراج بالضمان

برخی فقهای بزرگ نیز معتقدند معنی حدیث "الخراج بالضمان" این است که شیء پس از آنکه انسان ضمانت آن را کرد و داخل در اموالش شد، قطع نظر از عروض عوارض بر آن؛ اما مسئولیت حفظ و اصلاح آن بر عهده شخص است و اگر تلف شد از کیسه اوست به ازای منافی که از آن کسب کرده و زیادت آن و این معنا منافاتی ندارد با اینکه بر عهده و ذمه دیگری قرار بگیرد و ضمانت آن با تلف یا غصب یا عاریه مضمونه و غیر ذلک، همانطور که منافاتی با این ندارد که عین بر عهده مالک باشد، لکن منافع آن به سبب دیگری برای غیر باشد. پس مراد از ضمان، نفس تعهد حاصل برای مشتری با عقد است و دخول مبیع در ملک او به ازای ثمن آن است، اجمالاً این ضمان منافاتی با آنچه از سایر اسباب اتفاقی مانند ید یا تلف و مثل آن حاصل می‌شود، ندارد. پس منافاتی با ضمان بایع قبل از قبض بصورت تعبدی هم ندارد، بلکه کل اینها بر "الخراج بالضمان" وارد است. لذا می‌توان آن را ضمان تکفل گفت و ضمانات دیگر را ضمان غرامت تعبیر نمود، به هر حال همه موارد ضمانت غرامت به خاطر جهات خارج از معامله هستند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۰۱).

ت- عدم وجود تعارض میان دو قاعده

یکی از احتمالاتی که مرحوم امام در مورد مقصود قاعده "الخراج بالضمان" مطرح می‌نماید این است که مراد از خراج، خراج بر اراضی و امثالهم باشد در مقابل تعهد والی به اداره امور (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۳۱۸). اگر برداشت سیاسی امام را بپذیریم تعارضی میان قاعده «الخراج بالضمان» و قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه» وجود نخواهد داشت. البته باید اذعان نمود که این احتمال در مورد روایت فاقد سابقه بوده و نادر به نظر می‌رسد.

محقق خوئی نیز با تعبیری که از دو قاعده دارد تعارضی میان آن‌ها نمی‌بیند. بنا بر نظر ایشان قاعده «الخراج بالضمان» اقتضا دارد که تلف از کیسه مالک باشد و قاعده تلف مبیع قبل از قبض

مانع از این است که مالک ضامن باشد، لذا منافاتی میان مقتضی و مانع وجود ندارد (خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص. ۴۲).

یکی از فقهای معاصر نیز می نویسد: «با توجه به روایات معنای "الخراج بالضمان" این است که تلف مال از کیسه هر کس باشد منافع برای اوست. خراج و ضمان هر دو معلول شی واحد یعنی ملکیت هستند و این شاهی است بر آنچه محقق خوئی فرض کرد که مقصود از ذکر «التلف من ماله» اشاره به این دارد که مبیع ملک بایع بوده است» (حائری، ۱۴۲۳ق، ص. ۴۶۲). در نقد این نظر باید گفت پس اینکه تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است خود نشان از مالکیت بایع دارد، مالکیت عین نیز دلالت بر مالکیت منافع آن دارد. "الخراج بالضمان" نیز دلالت بر مالکیت بایع بر منافع دارد. در واقع ضامن مال بودن دلالت بر مالکیت آن دارد و مالکیت عین دال بر این است که منافع برای اوست، پس اینها در تعارض نیستند.

برخی دیگر از معاصرین گفته اند: این دو قاعده تعارضی در ضامن بودن بایع ندارند، بلکه براساس هر دو قاعده، بایع ضامن است اما به موجب الخراج منافع باید برای ضامن، یعنی بایع باشد که نیست. ایشان در ادامه می گوید مرحوم شیخ و بخش دیگری از فقها ادعا کرده اند که قاعده ملازمه بین النماء و الدرک هست یعنی هر جا نماء باشد ضمان هست و هر جا ضمان باشد، نماء نیز هست. سپس می گوید که هر جا نماء باشد، ضمان هست، چون نماء برای مشتری است، مشتری باید ضامن باشد «کل مبیع» می گوید بایع باید ضامن باشد. این قاعده می گوید مشتری باید ضامن باشد، این می شود معارض. به نظر ایشان پیش فرض این تعارض بر این قرار گرفته که مشتری مالک منافع است، در حالی که ضامن بایع است. لیکن پیش فرض مالکیت مشتری بر منافع خود محل بحث است (جوادی آملی، درس خارج فقه: ۱۳۸۹).

۲-۳- نظریه مالکیت مشتری بر نمائات

قاعده ای منبعث از حکم عقل و سیره عرف با عنوان تبعیت منافع از عین وجود دارد که برمبنای آن، هنگامی که عینی منتقل می گردد، تمامی منافع آن نیز به منتقل الیه منتقل می شود (مصطفوی، ۱۴۲۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق). کلیت و عمومیت این قاعده محل ایراد و خدشه است و هیچ تلازمی میان انتقال عین و منافع وجود ندارد و چه بسا مالی منتقل گردد ولی منافع آن متعلق حق غیر باشد و بالعکس؛ همانند بیع مالی که منافع آن ملک مستأجر

باشد. مضاف به آن که اگر قائل به تعلق منافع منفصل به مشتری باشیم، منافع متصل تلف شده به واسطه تلف عین نیز به مشتری تعلق خواهد داشت و ضمان آن به عهده بایع، واقعی خواهد بود، که البته این برداشت، خلاف قاعده تلف مبیع قبل از قبض و عقل و عرف می باشد.

برخی فقها با توجه به تملیکی بودن عقد بیع و عبارت «المبیع یملک بالعقد» معتقد به مالکیت مشتری بر منافع منفصل از تاریخ عقد تا زمان تلف می باشند (بحرانی، ۱۴۰۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۲؛ موسوی خمینی ۱۳۸۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۹). برخی حقوق دانان نیز با تجزیه منافع به متصل و منفصل اعتقاد به تعلق منافع منفصل به مشتری از تاریخ عقد لغایت تاریخ تلف مبیع دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۱؛ شهیدی، ۱۳۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۳؛ امامی، ۱۳۸۶).

شهید ثانی نیز معتقد است عقد از حین تلف مبیع منفسخ می شود و ثمن به ملکیت مشتری بر می گردد. اگر بعد از عقد و پیش از تلف نمائی برای آن حاصل شود، برای مشتری خواهد بود. مشتری نمی تواند مطالبه مثل یا قیمت از بایع کند ... تلف مبیع کاشف از آن است که لحظه ای پیش از تلف، مبیع داخل در ملکیت بایع شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۸۱).

در مفتاح الکرامه (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۶) و جواهر (نجفی، ۱۴۳۰ق، ج ۱۲، ص. ۸۴) با این استدلال که انفساخ از حین تلف مبیع است نه انعقاد بیع، لذا منافع حاصله بعد از عقد و قبل از تلف را متعلق به مشتری می دانند. مضاف بر آنکه تعلق منافع به مشتری مطابق قواعد و استصحاب بقای مالکیت مشتری بر منافع است.

۳-۳- نظریه مالکیت بایع بر نمائات

تلف مبیع قبل از قبض به موجب ماده ۲۸۷ قانون مدنی موجب انفساخ عقد بیع می گردد. اثر انفساخ نسبت به آتیه بوده و در عقد صحیح مطرح می شود. بر این اساس چون در حد فاصل انعقاد بیع تا زمان تلف مبیع و انفساخ بیع، مبیع متعلق به مشتری خواهد بود، اثر عملی این خواهد شد که تلف از کیسه بایع بوده و مکلف است ثمن را به مشتری مسترد نماید، در حالی که منافع به مشتری تعلق خواهد داشت. یعنی مشتری بدون پرداخت ثمن، مالک منافع شده است. این نتیجه بر خلاف انتظار عرفی است. همان گونه که گفته شد قبض یعنی استیلای بایع بر ثمن و مشتری بر

مبیع. استیلائی طرفین بر عوضین به هر نحوی که باشد کفایت داشته و البته قبض هر مبیعی به حسب مورد آن، تفاوت دارد (مواد ۳۶۸-۳۶۷-۳۶۹ قانون مدنی).

اگر بخواهیم منافع را در مالکیت بایع بدانیم این برداشت خلاف ظاهر آموزه های فقهی بوده، مستلزم آن است که اثر تلف مبیع قبل از قبض، بطلان بیع باشد نه انفساخ آن. به بیان یکی از فقهای معاصر، تلف مبیع قبل از قبض، کاشف از آن است که بیع از ابتدا باطل بوده است؛ نه آنکه انعقاد بیع صحیح باشد، اما لحظه ای قبل از تلف، عقد منفسخ و مبیع به مالکیت بایع بازگردد (درس خارج فقه، سجانی: ۹۲/۱۱/۱۶).

در مقابل اما برخی فقها و حقوق دانان به درستی و با توسل به عقل و انصاف و بنای عقلا تعلق منافع به مشتری را مصداق اکل مال بالباطل دانسته اند. بر این مبنا که با انفساخ عقد قبل از تلف و یا حین تلف مبیع، عین مبیع به مالکیت بایع باز می گردد و اگر معتقد باشیم منافع منفصل به مشتری تعلق می گیرد، باید پرسید در مقابل مالکیت مشتری بر این منافع، چه چیزی عاید بایع می گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۱). مضاف به آن که بر مبنای قاعده تلازم بین نمائات و درک یا قاعده «الخراج بالضمان» و قاعده «من له الغنم فعليه الغرم»، امکان تصور تعلق منافع مال به مشتری و ضمان و تدارک آن بر بایع، غیر منطقی و این دو قابل جمع نمی باشند.

شیخ طوسی در مبسوط مستنداً به قاعده «الخراج بالضمان»، نماء و منافع را متعلق به بایع می داند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۱۵). در میان فقهای اهل سنت برخی قائل به عدم پذیرش قاعده تلف مبیع قبل از قبض بواسطه قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» می باشند (الزحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص. ۱۵۴؛ المقدسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۱، ص. ۲۵۵) برخی با ذکر قاعده دیگری تحت عنوان «الأجر و الضمان لا يجتمعان» معتقد به تعلق منافع به بایع می باشند (الزحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۵۴۷).^۲

^۲ الأجر: هو بدل المنفعة عن مدة ما، والضمان: هو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانها، ولا يجتمع الأجر والضمان في محل واحد من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة. والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب، وفي كل موضع يصير ضامناً، فلا أجر عليه. وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية فقط، وعند غيرهم من الأئمة لا اعتبار لهذه القاعدة، ويجتمع الأجر والضمان، كالمغاصب الذي انتفع بالمغصوب وهلك، فإنه يضمّن عليه الأجرة.

یکی از فقههای معاصر به درستی دریافته است که تعلق منافع به مشتری بدون آنکه عوضی در مقابل آن داده باشد با انصاف سازگاری نداشته و مصداق اکل مال به باطل خواهد بود. از این روی، معتقد است انفساخ را باید از حین العقد بدانیم نه حین التلف، که در نتیجه آن بیع باطل خواهد بود. لذا مبیع در مالکیت بایع تلف شده و منافع آن به تبع اصل مال نیز متعلق به بایع خواهد بود (سبحانی درس خارج فقه: ۱۳۸۸). به نظر می رسد برای دوری از این نتیجه غیرمنصفانه می توان به متن روایت عقبه ابن خالد از امام صادق (ع) مراجعه نمود که در آن امام بایع را قبل از قبض مالک مال دانسته و گفتند مال از بایع تلف می شود. در مورد تلف فرمود «فهو من مال بائعه» یعنی پیش از تلف، عقد منفسخ شده و مبیع به مالکیت بایع برگشته است، لذا منافع نیز متعلق به خود بایع خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۰).

در تلف مبیع قبل از قبض، تلف از کیسه بایع (ذو الید) می باشد. میرفتاح در العناوین (۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۴۰۱-۴۰۳) آورده است اند: مبیع قبل از قبض بر بایع مضمون است و تلف آن موجب بطلان عقد می شود. همچنین می نویسد: همانگونه که شهید ثانی در روضه احتمال داده ممکن است گفته شود، چرا حکم تلف مبیع قبل از قبض بطلان باشد؟ بگویم مشتری مخیر است میان فسخ و استرداد ثمن و یا مطالبه مثل یا قیمت از باب ضمان. بعد پاسخ می دهد در صورتی که تلف اگر به آفت سماوی باشد آنچه دفع آن به واسطه اصل عقد بر بایع واجب است، عین مبیع است که تلف شده و تکلیف مالا یطاق وجهی ندارد، دفع مثل با قیمت هم وجهی ندارد پس عقد باطل می شود و مبیع مضمون علی البائع است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۰۳).

۴-۳- نظر برگزیده

پاسخ درست به مسئله در گرو این است که نماء تابع ملک است یا ضمان؟ مرحوم دکتر جعفری لنگرودی سابقه طرح این پرسش ارزشمند را به صاحب مفتاح الکرامه نسبت داده و می نویسد: عقل و منطق حکم می دهد هر کس ضامن مالی است (به عقد معوض) مالک منافع آن نیز باشد، به دلالت قاعده الخراج بالضمان. این تفسیر مبتنی بر موازنه در معاملات معوض و معادله سه گانه معاملات معوض ناظر بر تسلیم در برابر تسلیم و موازنه ارزش و تملیک است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۳۵).

در این داوری، همان گونه که مرحوم لنگرودی آورده اند باید جانب قاعده الخراج بالضمن را گرفت، هر چند قاعده تلف مبیع قبل از قبض نیز مطابق اصل اولی در معاملات باشد. مطابقت یا مخالفت یک قاعده با اصل اولی در معاملات به مفهوم برتری مطلق آن قاعده بر اصول عملی و عقلی در معاملات نیست. به هر حال تسلیم مورد معامله در معاملات یا متمم مالکیت و یا شرط کمال آن است یا از ارکان اساسی آن، ولی نافی اصول دیگر نیست. ایشان معتقدند در این فرض، اگر ثمن شخصی باشد، با انفساخ عقد به واسطه تلف مبیع قبل از قبض، نمائات ثمن شخصی نیز متعلق به مشتری است، بر مبنای تئوری موازنه در محو و اثبات (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۳۷).

دلایل اثباتی این نظر از منظر معتقدین به جریان قاعده "الخراج بالضمن" در نمائات در تلف مبیع قبل از قبض قاعده وزین «المورد لا یعمم و لا یخصص» است که از قواعد عقلایی بوده و بیان گر این مطلب است که اگر مورد یا واقعه خاصی سبب جعل قانون و حکم شرعی گردد، خصوصیات عام یا خاص بودن مورد یا واقعه، سبب تعمیم و گسترش دهنده دامنه حکم و یا تخصیص حکم و ضیق کننده دامنه حکم نمی‌گردد. دیگر آنکه تعلیق حکم بر وصف ضمان در نص "الخراج بالضمن" دلالت بر علت دارد و علت هر وقت موجود باشد، محتاج معلول است، خواه در ضمان مالک و خواه غیرمالک باشد. دلیل سوم، قاعده موازنه در عقود و ارکان سه گانه آن موازنه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص. ۳۷ و ۳۸).

قاعده "المبیع یملک بالعقد" ناظر بر جنبه وجودی و اثباتی عقد است و نه جریان محو و نابودی عقد. بر این مبنا که در عقود معوض دو جریان وجود دارد، جریان اول شامل تملیک و مبادله دو مال در آینده است و قاعده موصوف مختص این جریان است. جریان دوم شامل محو و نابودی عقد بر مبنای خیارات تروی و تلف مبیع قبل از قبض است که قاعده، خصوص آن نمی باشد. بر مبنای موازنه در عقود، چنانچه بیع تملیک و تسلیم در برابر تسلیم و تملیک است و حال که امکان استرداد مبیع در فرض انفساخ عقد به واسطه تلف آن وجود ندارد، دلیلی ندارد از استرجاع منافع آن به مالکیت بایع صرف نظر کرد، قاعده "المیسور لایترک بالمعسور" دلالت بر این معنا دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۴۶)، بنابراین، مطابق قاعده "المیسور لایترک بالمعسور" از آنجایی که نتیجه منطقی انفساخ بیع، استرجاع مبیع به مالکیت بایع است و این ضرورت به واسطه تلف

مبیع، ناممکن است (معسور)، دلیلی بر عدم استرجاع منافع به مالکیت بایع وجود ندارد (المیسور)، به طریق اولی در فرض تلف منافع منفصل بایع مسئولیتی در قبال آن نخواهد داشت. همانگونه که نص قاعده "کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه"، دلالت بر آن دارد که منافع مال بایع است، چون هو به مبیع برگشت دارد و از مالکیت مبیع و ضمان بایع سخن میگوید.

بحث مربوط به دوگانه اصالت وجود و ماهیت و اختلاف نظر اساسی و لاینحل اصالت هر کدام، تاثیر بسزایی در برخی مسائل اعتباری و حقوقی دارد. در خصوص مسائل حقوقی باید معترف شد که اصولاً اعمال حقوقی وجود داشته و مورد عمل مردمان روزگار بوده، تا اینکه شارع یا حاکمان وقت، اقدام به تبیین ماهیت برای آن ها نموده و لذا اصالت با وجود است، و در تفسیر مسائل حقوقی، اصالت را باید با وجود دانست. با پذیرش اصالت وجود در مقابل ماهیت، برخی حقوق دانان معتقدند که اصالت وجود در موجودات اعتباری مانند بیع و امثالهم قائم به دو نکته است، اول، تقدم زمانی وجود بیع بر زمان انتزاع ماهیت بیع. دوم، وجود بیع، منشاء انتزاع ماهیت بیع گردیده است. منشاء انتزاع، اصل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ص. ۲۲). همانگونه که برخی فلاسفه اسلامی معتقدند که اگر واقعیت خارجی، مصداق ذاتی ماهیت بود باید خدای متعال هم دارای ماهیت باشد (مصباح یزدی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۳۵۷). در حوزه علوم اعتباری اصالت با وجود است و به اصطلاح، ماهیت را سایه موجود اعتباری دانسته اند و بر این مبنا برخی معتقدند که قاعده تلف مبیع قبل از قبض، موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی را باید با در نظر داشتن اصاله الوجود امور اعتباری، تفسیر کرد که نتیجه آن، تعلق منافع و نمائات از تاریخ عقد تا انفساخ آن به بایع است. بر این مبنا که در بیع عملی بر پایه اصالت وجود در امور اعتباری، بیع، تبادل دو مال به تسلیم آن ها، در مقابل هم بر اساس ارزش آن هاست و چون مبیع در فرض حاضر، به واسطه تلف قابل تسلیم نیست، پس اساساً بیع عملی محقق نگردیده تا نمائات متعلق به مشتری باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ص. ۲۸).

بیع نظری بر مبنای اصالت ماهیت و بیع عملی بر پایه اصالت وجود است و مبنای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، رجوع به بیع عملی و عدم تسلیم مبیع است و الا اگر مبنای بیع نظری باشد، قاعده تلف مبیع قبل از قبض خلاف اصل اولی در عقود است. داوری عرف، در خصوص قاعده تلف مبیع قبل از قبض و مالکیت نمائات از تاریخ عقد تا تلف مبیع بر این اساس استوار است که چون مبیع قابل

تسلیم نیست، بنابراین ثمن باید مسترد گردد و ابداً دلالت بر تسلیم منافع مال ندارد. برداشت دیگر، خلاف داوری عرف و بیع عملی است. همچنانکه نماء، مفهوم واحدی است که تعلق و یا عدم تعلق آن به هر کدام از متعاملین قابل تفکیک نیست و نمی توان قائل به تعلق منافع متصل به بایع و منفصل به مشتری شد. این تفکیک در فسخ و اقاله مبنای دیگری دارد و آن نیز بر مبنای استیلا و استیفای هر کدام از طرفین از عوضین از تاریخ عقد تا اقاله و فسخ است و حال آنکه در فرض جریان قاعده فعلی، اساساً مبیع تسلیم نشده و رکن مهم عقد حاصل نگردیده و تبعاً استیفا و استیلایی محقق نگردیده، تا قائل بر مالکیت طرفین بر منافع منفصل باشیم و لذا قیاس مورد حاضر با فرض فسخ و اقاله، مع الفارق است.

از طرف دیگر چنانچه با توجه به تبعیت نمائات و منافع از اصل و قاعده "المبیع یملك بالعقد"، قائل به مالکیت مشتری بر منافع و نمائات مبیع از لحظه انعقاد عقد تا تلف آن شد، این نوع داوری با مذاق عرف، عقل، انصاف و منطق سازگار نیست که بایع هم ثمن را مسترد کند و هم منافع مبیع را و هیچ بهره ای از عقد نبرده، متضرر هم گردد. قاعده ای که با منطق عملی معاملات سازگار نباشد ملحوظ نظر شارع نبوده و لذا باید چاره ای دیگر یافت، که آن چاره در قاعده الخراج بالضمان است. بر این مبنا به واسطه تحمیل ضمان مال غیر بر بایع و با رجوع به بیع عملی مورد عمل عرف، منافع و نمائات در فرض تحقق قاعده متعلق به بایع است. بدیهی است منافع ثمن شخصی نیز به واسطه عدم کمال عقد متعلق به مشتری است.

نتیجه گیری

تملیکی بودن عقد بیع (المبیع یملك بالعقد) اقتضای آن دارد که به محض انعقاد عقد، تملیک محقق شده و مشتری مالک مبیع گردد. اما با جریان قاعده تلف مبیع قبل از قبض، تلف از مال بایع محسوب خواهد شد. بر این اساس حکم مالکیت نمائات مبیع حد فاصل انعقاد بیع تا تلف مبیع محل اختلاف است. این اختلاف با طرح قاعده "الخراج بالضمان" پیچیده تر می شود. با لحاظ نتایج ذیل نظر به تعلق منافع به بایع در فرض تحقق قاعده وجود دارد:

۱- قاعده "الخراج بالضمان" صرفاً دلالت بر آن دارد که منافع برای ضامن است. ضمان مال نیز خود دال بر مالکیت آن است. این قاعده در هماهنگی کامل با قاعده تلف مبیع قبل از قبض می باشد. زیرا براساس قاعده تلف مبیع قبل از قبض، تلف از کیسه بایع بوده و بایع مالک محسوب می

گردد. بایع مالک و در نتیجه ضامن مال است لذا مطابق با قاعده "الخراج بالضمان" نمائات نیز متعلق به بایع است.

۲. همانگونه که از استاد مرحوم لنگرودی نقل شد بر مبنای موازنه در عقود، چنانچه بیع تملیک و تسلیم در برابر تسلیم و تملیک است و حال که امکان استرداد مبیع در فرض انفساخ عقد به واسطه تلف آن وجود ندارد، دلیلی ندارد از استرجاع منافع آن به مالکیت بایع صرف نظر کرد، قاعده "المیسور لایترک بالمعسور" دلالت بر این معنا دارد. همان گونه که نص قاعده "کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه"، دلالت بر آن دارد که منافع مال بایع است، چون هو به مبیع برگشت دارد و از مالکیت مبیع و ضمان بایع سخن می گوید.

۴. در حوزه علوم اعتباری اصالت با وجود است و به اصطلاح، ماهیت را سایه موجود اعتباری دانسته اند و بر این مبنا برخی معتقدند که قاعده تلف مبیع قبل از قبض، موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی را باید با در نظر داشتن اصالة الوجود امور اعتباری تفسیر کرد که نتیجه آن، تعلق منافع و نمائات از تاریخ عقد تا انفساخ آن به بایع است. بر این مبنا که در بیع عملی بر پایه اصالت وجود در امور اعتباری، بیع، تبادل دو مال به تسلیم آن ها در مقابل هم بر اساس ارزش آن هاست و چون مبیع در فرض حاضر، به واسطه تلف قابل تسلیم نیست، پس اساساً بیع عملی محقق نگردیده تا نمائات متعلق به مشتری باشد.

۵. برخی فقها اصل قاعده را مسلم دانسته محل اختلاف را در تعبدی صرف بودن آن یا از باب اشتراط المتعاقدين (تعهد به تسلیم) می دانند. با تلف شدن مبیع، قابلیت تسلیم آن از بین رفته لاجرم معاوضه باطل شده و بطلان معاوضه موجب بازگشت هرکدام از عوضین به مالکیت مالک آن می شود و این همان معنای انفساخ است. بر این مبنا انفساخ نتیجه طبیعی تلف یکی از عوضین بوده و با اینکه انفساخ خود معلول تلف است اما تقدم آن بر تلف، لحظه ای قبل از تلف نیز مطابق قواعد و حقیقت معاوضه بوده به نحوی که تلف کاشف است نه علت انفساخ.

منابع

اصفهانی، سید ابو الحسن (۱۴۲۲ ه.ق). وسیلة النجاه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

امامی، سید حسن (۱۳۸۶). حقوق مدنی. جلد ۱ و ۲، تهران: انتشارات اسلامی.

- انصاری، مرتضی (۱۴۴۲ ه.ق). کتاب المکاسب. جلد ۶، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایروانی، محمدباقر (۱۴۳۲ ه.ق). دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. جلد ۲، قم: دار الفقه للطباعة والنشر
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ ه.ق). بلغة الفقیه. بی جا: مکتبه الصادق.
- بحرانی، آل عصفور (۱۴۰۵ ه.ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة علیهم السلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بهجت، محمد تقی (۱۴۲۳ ه.ق). وسیله النجاه. قم: انتشارات شفق.
- تقی پور درزی نقیبی، محمدحسین و رمضان زاده، ام البنین و فیروزی راد، مصطفی (۱۴۰۳) تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت تلف مبیع پس از فسخ عقد؛ کاوشی نو در فقه عامه. تهران: مجله پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال بیست و ششم، شماره اول، پیاپی ۶۷، بهار ۱۴۰۴
- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۶۳). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۷). تئوری موازنه. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۹). فلسفه اعلی در علم حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹/۱۲/۱۰). درس خارج فقه، تارنمای اینترنتی: <https://B2n.ir/ds7241>
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ ه.ق). فقه العقود. جلد ۲، قم: مجمع الفکر الإسلامی
- خمینی، روح الله (۱۳۸۴). ترجمه تحریرالوسیله، جلد ۲، مترجم علی اسلامی. قم: جامعه المدرسین الحوزه العلمیه.
- خمینی، روح الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. جلد ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، روح الله (۱۴۲۱ ه.ق). کتاب البیع. جلد ۱ و ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ه.ق). مصباح الفقاهه. جلد ۳ و ۷، قم: مؤسسه انصاریان.
- الزحیلی، محمد مصطفی (۱۴۲۷ ه.ق). القواعد الفقهیة وتطبيقاتها فی المذاهب الأربعة. جلد ۱، دمشق: دار الفکر.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۵ ه.ق). الفقه الاسلامی و ادله. جلد ۶، دمشق: الطباعة دارالفکر.

سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۱۱ ه.ق). کفایه الاحکام. جلد ۱ و ۲، قم: جامعه المدرسين الحوزه العلميه.

سجانی، جعفر (۹۲/۱۱/۱۶). درس خارج فقه، تارنمای اینترنتی: <https://B2n.ir/ys3337>

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه

شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۳. تهران: مجد.

شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.

صفایی، حسین (۱۳۵۱). حقوق مدنی - تعهدات و قراردادهای. تهران: مؤسسه عالی حسابداری.

طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ ه.ق). المستمسک. جلد ۱۲، قم: پیام مهر.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۹۲ ه.ق). غایه القصوى فی ترجمه عروه الوثقی، ترجمه عباس قمی. تهران: دینا.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق). المبسوط. جلد ۲، ۳ و ۸، تهران: مکتب مرتضویه.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق). الخلاف. جلد ۴، قم: جامعه المدرسين الحوزه العلميه.

عاملی جواد بن محمد (۱۴۱۹ ه.ق). مفتاح الکرامه. جلد ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين بقم المقدسه.

غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ ه.ق). الاجاره. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين.

غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹ ه.ق). حاشیه کتاب مکاسب. جلد ۱، ۴ و ۵، قم: دار المصطفی (ص) لإحياء التراث.

قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲ ه.ق). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیه.

کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲ ه.ق). أنوار الفقاهة (کتاب البیع). نجف: اشرف مؤسسه کاشف الغطاء.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت. تهران: میزان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه بخش مدنی. تهران: نشر اسلامی.

مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ ه.ق). العناوين الفقهيّة. جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين

مرکز دائره المعارف بزرگ اسلامي، دانشنامه بزرگ اسلامي، مقاله داد و ستد.

- مصباح یزدی، محمد تقی (۱۴۰۰). آموزش فلسفه. جلد ۱، تهران: نشر بین الملل.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ ه.ق). قواعد الفقیهه. جلد ۱ و ۲، قم: جامعه المدرسين الحوزه العلمیه.
- المقدسی، موفق الدین ابن قدامه (۱۴۱۷ ه.ق). المغنی. جلد ۱۱، ریاض: الطباعة دار عالم الكتاب.
- ملائکه پور شوشتری، سید محمد حسن (۱۴۰۰)، تحلیل رابطه استیमान و ضمان علی الید بر مبنای اذن، مجله پژوهش های فقهی، شماره ۳.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۲). قواعد فقهیه. جلد ۲، تهران: مجد.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ ه.ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تقریرات درس میرزای نائینی توسط شیخ موسی خوانساری، جلد ۲، تهران: المکتبه المحمدیه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۳۰ ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد ۱۲ و ۲۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، أحمد بن محمد مهدی النراقی (بی تا). مستند الشیعة - جلد ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث