

اثر اتلاف مبیع قبل از قبض از سوی شخص ثالث

سام محمدی*

استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۲/۲۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۲/۸/۱۴)

چکیده

ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «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». با اینکه اطلاق حکم این ماده، تلف مبیع از سوی شخص ثالث را هم دربر می‌گیرد، در خصوص آثار تلف مبیع از سوی شخص ثالث، میان فقهای امامیه و حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد. از این رو، در این نوشته تلاش می‌شود تا نظر فقهای امامیه و حقوق دانان بررسی و تحلیل شده، سرانجام نظر منطقی تر تقویت گردد.

واژگان کلیدی

اتلاف، انفساخ، تلف، تلف شخص ثالث.

مقدمه

ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «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». حکم این ماده در خصوص تلف مبیع از سوی شخص ثالث روشن نیست. از این رو، در خصوص آثار تلف مبیع از جانب شخص ثالث میان فقهای امامیه و حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد. در این خصوص به طور کلی سه نظریه ابراز شده است: ۱. نظریه بقای عقد؛ ۲. نظریه بقا و انفساخ عقد؛ ۳. نظریه انفساخ عقد. بنابراین، بحث این مقاله را به ترتیب بالا در سه گفتار به شرح زیر پی می‌گیریم:

گفتار اول: نظریه بقای عقد

طرف داران این نظریه در فقه امامیه^۱ که اکثریت آن‌ها را شامل می‌شوند بر این باورند که قاعده تلف مبیع قبل از قبض^۲، منصرف از اتلاف مبیع است. مطابق این قاعده، تلف شدن مبیع پیش از تسلیم، موجب انفساخ عقد بیع و استحقاق خریدار در بازپس‌گیری ثمن پرداختی می‌شود. اما اتلاف مبیع پیش از قبض، تأثیری در بقای عقد بیع ندارد؛ بلکه به موجب قاعده اتلاف^۳، تلف‌کننده ضامن مثل مال تلف‌شده در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن آن خواهد بود^۴ و فرقی نمی‌کند که تلف به وسیله بایع صورت گیرد یا شخص ثالث (شیخ انصاری، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰).

پذیرش مطلق این نظریه، در فرضی که تلف‌کننده شخص ثالث است، خریدار را مجبور به پرداخت ثمن به فروشنده می‌کند. در حالی که چیزی در مقابل آن دریافت نکرده و تنها حق پیدا کرده است به شخص ثالث تلف‌کننده برای اخذ مثل یا قیمت مراجعه کند. این نتیجه، جدا از زحمتی که متوجه خریدار می‌سازد، ممکن است او را با اعسار تلف‌کننده نیز روبه‌رو کند و در نهایت چیزی عاید او نشود. افزون‌براین، ثمن پرداخت‌شده به فروشنده که در واقع قیمت توافق‌شده میان طرفین است و به‌ویژه در فرضی که از خریدار اسقاط خیار غبن شده، ممکن است بیش از قیمتی باشد که تلف‌کننده در فرض قیمتی بودن مبیع، ملزم به پرداخت به خریدار

۱. این قاعده از نبوی مشهور «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» اتخاذ شده است (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۱۰۷؛ نائینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۳).

۲. «من اتلف مال الغير (بلا اذن منه) فهو له ضامن» (تاجمیری، ۱۳۷۷، ص ۲۳۹).

۳. «لخروج عن منصرف الانفساخ فیدخل تحت قاعده اتلاف مال الغير» (شیخ انصاری، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰).

۴. برخی از فقها، تلف از جانب فروشنده را مانند تلف قهری، موجب انفساخ عقد بیع دانسته‌اند (ابن‌البراج، ۱۴۰۶، ص ۳۸۷؛ شیخ طوسی به نقل از علامه حلی، ۱۴۲۰ (الف)، ص ۱۱۵؛ همو، ۱۴۲۰ (ب)، ص ۳۳۵).

می‌شود. بنابراین، در فرض‌های یادشده، ضرر به شخصی تحمیل می‌شود که مبیع در تصرف او نبوده و هیچ امکانی برای جلوگیری از توجه ضرر به خود نداشته است. از این رو، بیشتر طرف‌داران نظریه بقای عقد، قائل به حق فسخ معامله برای خریدار شده‌اند که اگر مطالبه مثل یا قیمت مال تلف‌شده از شخص ثالث را به ضرر خود یافت، بیع را فسخ کرده، ثمن را از فروشنده بازپس گیرد و در نهایت، فروشنده برای مطالبه مثل یا قیمت، به شخص ثالث مراجعه خواهد کرد (ابن البراج، ۱۴۰۶، ص ۳۸۳؛ شیخ طوسی، نقل از علامه حلی، ۱۴۲۰ (الف)، ص ۱۱۵؛ ۱۴۲۰ (ب)، ص ۳۳۵؛ ۱۴۱۲، ص ۸۷ و ۸۸؛ شهید ثانی، بی تا (الف)، ص ۵۲۶؛ بی تا (ب)، ص ۲۱۶؛ محقق سبزواری، بی تا، ص ۹۳؛ محقق بحرانی، بی تا، ص ۷۶).

در فرض اخیر که برای خریدار حق فسخ بیع و رجوع به ثمن قائل شده‌اند، این بحث در گرفته است که مبنای خیار خریدار چیست؟ برخی به صراحت مبنای خیار را تخلف از شرط اقباض مبیع و نام آن را «خیار تخلف شرط» ذکر کرده (ایروانی، ۱۴۲۶، ص ۳۷۵)^۱ و برخی دیگر بدون اشاره به شرط، مبنای آن را تعذر بایع از تسلیم مبیع و نام آن را «خیار تعذر تسلیم» اعلام نموده‌اند (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰-۱۰۹)^۲.

البته با توجه به کلام برخی از فقها که منشأ خیار در غیر خیار حیوان و مجلس را تخلف از شرط صریح یا ضمنی عقود معاوضی دانسته‌اند (نائینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۳۴۰)^۳، ظاهراً منظور در هر دو موضوع یکی و آن هم «تعذر تسلیم» می‌باشد و تنها شیوه بیان متفاوت شده است (همو، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۵-۳۵۶)^۴. باین حال، اگر این دو را متفاوت دانسته و مبنای خیار اول را تخلف از شرط بدانیم، لازمه آن وجود شرط صریح یا ضمنی در بیع مبنی بر تعهد بایع به تسلیم مبیع و تخلف او از مفاد آن است. در این صورت، تعهد به تسلیم را باید ناشی از شرط ضمن عقد بیع دانست، نه خود عقد بیع.

۱. «الظاهر أن صور الاتلاف كلها من المشتري كان أو من البائع أو من الاجنبي كلها خارجة عن منصرف دليل التلف قبل القبض، فتبقى على قاعدته من كون التلف من المشتري إن كان هو المتلف إلا إذا كان مغروراً من غيره، وإن كان المتلف غيره ضمنه المتلف بالمثل أو القيمة و يكون للمشتري خيار تخلف الشرط و هو اقباض المبيع، فإن أمضى أخذ المثل أو القيمة، وإن فسخ أخذ ثمنه»

۲. «لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر التسليم هنا و هذا هو الاقوى و اختاره في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و عن حواشي الشهيد نسبتة الى اصحابنا العراقيين».

۳. «لأن منشأ الخيار في غير خيار الحيوان و المجلس هو تخلف الشرط الصريح أو الضمني الذي يتضمنه كل عقد معاوضي التزاماً، و هذه الدلالة الالتزامية فرع تمامية العقد من حيث الاركان».

۴. «فإن قلت: تعذر التسليم لا يقتضي البطلان غاية ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري. قلت: ...»

قطع نظر از اینکه برخلاف نظر پیش گفته، می‌توان تعهد به تسلیم عوضین را ناشی از خود عقد معاوضی دانست، نه شرط فرعی ضمن آن^۱؛^۲ در نتیجه پذیرش نظر یادشده، افزون‌بر قبول امکان شرط مخالف ضمان تلف مبیع قبل از قبض^۳، دست‌کم عدم خیار در فرضی است که فروشنده قادر به تسلیم نبوده، لیکن به لحاظ قدرت خریدار به تسلیم، بیع صحیح باشد (نائینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۳۴۰) و فروشنده نیز شرط عدم تعهد به تسلیم کرده و مبیع نیز قبل از قبض از سوی شخص ثالث تلف شده باشد.

در خصوص نظر دوم که مبنای خیار را تعذر تسلیم دانسته، این ایراد وارد است که موضوع خیار تعذر تسلیم در فرضی است که امکان تسلیم مبیع در اصل موجود باشد، اما فعلاً تسلیم ممکن نباشد؛ نه مانند موضوع بحث که به علت تلف مبیع اساساً امکان تسلیم وجود ندارد (اصفهان، ۱۴۲۵، ص ۳۹۴؛^۴ نائینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۶-۳۵۵؛ آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ص ۱۷۲؛ نجفی، ۱۳۶۵، ص ۸۴-۸۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۳۰ و ۷۳).

بیشتر نویسندگان حقوق مدنی نیز نظریه بقای عقد را پذیرفته یا ترجیح داده‌اند (امامی، ۱۳۶۴، ص ۴۶۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۸؛ همو، ۱۳۶۳، ص ۲۵۸، صفایی، ۱۳۵۱، ص ۲۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۷)، اما در توجیه نظر خود استدلال‌های متفاوتی داشته‌اند:

برخی تلف مبیع از سوی شخص ثالث را با تلف آن به وسیله فروشنده قیاس کرده، در نتیجه این قیاس، هر دو را تابع یک حکم دانسته‌اند (امامی، همان). در نقد این نظر چنان‌که گفته‌اند؛ اولاً، «در مورد اتلاف مبیع به وسیله فروشنده، عدم انحلال عقد را می‌توان مستند به آثار تراضی طرفین کرد. ولی درباره اشخاص ثالث این توجیه امکان ندارد»؛ ثانیاً، قانون‌گذار اتلاف

۱. البته مانعی ندارد که طرفین انجام تعهدات ناشی از عقد را به صورت شرط ضمن عقد تأکید نمایند که در این صورت قول به فسخ عقد در فرض تخلف از آن قابل پذیرش است.
۲. برخی از نویسندگان، تملیک را که جزء ماهیت عقد است، مقدمه تسلیم دانسته و نتیجه گرفته‌اند که «از راه پل ارتباطی این ذوالمقدمه به آن مقدمه، در واقع این ذوالمقدمه حظی از ماهیت بیع دارد و شرط مخالف با تسلیم مبیع (در صورت تلف قبل از قبض) برمی‌گردد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۶۰). بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. نیز تعهد با بیع به تسلیم مبیع را از آثار بیع صحیح ذکر کرده است. به نظر می‌رسد که گویندگان نظر موصوف نیز تعهد به تسلیم را ناشی از مدلول خود عقد بدانند، منتها به دلالت التزامی نه مطابقی؛ چنان گفته‌اند: «إلا أن المعاوضة تتضمن الالتزامات مطابقيه و الالتزامات ضمنیه و من الالتزامات الضمنیه تسلیم البایع المثلثن الی المشتري خارجاً...» (نائینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۵).
۳. برخی نیز ضمان تلف مبیع قبل از قبض را حکم و غیرقابل اسقاط دانسته‌اند (نک: امامی، ۱۳۶۴، ص ۴۶۳).
۴. «أن مورد خیار تعذر التسليم ما إذا لم يتمكن فعلاً من تسليمه مع إمكانه في نفسه، و لذا قلنا بلزوم حمل السرقة في خبر عقبة بن خالد على ما لا يرجي عوده عادة، و ما نحن فيه أولى بذالك، فلا مجال للخيار...»
۵. «لو بقي المال على قابلية التسليم غاية الأمر تعذر لعارض - كالإباق، أو السرقة المرجو عوده، أو امتنع البائع عنه - نلتزم بالخيار. و أما لو لم يبق على صلاحية التسليم - كالتلف و ما في حكمه - فلا معنى لخيار تخلف الشرط، لأنه بطل العوضيه و امتنع الوفاء بالالتزام الضمني»
۶. این نویسنده ضمن قوی دانستن نظریه انفساخ، پیروی از نظر مشهور را ترجیح داده است (همان، ص ۱۹۸).

فروشنده را از شمول ماده ۳۸۷ صریحاً با آوردن عبارت «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» خارج کرده است. اما در خصوص اتلاف اشخاص ثالث سکوت نموده است (کاتوزیان، همان)؛ نتیجه اینکه، اتلاف از سوی شخص ثالث داخل در اطلاق حکم ماده ۳۸۷ ق.م. باقی می‌ماند. بعضی از استادان، هماهنگ با نظر پیش گفته، نوشته‌اند: «اگر شخص ثالثی عامل تلف مبیع قبل از قبض باشد، این شخص مسؤول و مکلف به جبران خسارت مالک است و در این صورت نیز تلف برعهده بایع و موجب انفساخ بیع نخواهد بود، زیرا اولاً انفساخ بیع برخلاف اصل لزوم قراردادهاست و باید آنرا به موارد مسلم محدود کرد، ثانیاً انفساخ بیع در این مورد و حکم به بازگرداندن ثمن به مشتری موجب زیان بایع است و عادلانه نیست که بایع در نتیجه تقصیر شخص ثالث متضرر شود» (صفایی، همان).

در ایراد به این استدلال می‌توان گفت: نخست، در موضوع بحث ما مجالی برای استناد به اصل لزوم قراردادها نیست؛ زیرا در مقابل انفساخ که موجب انحلال عقد است، اصل بقای عقد قرار می‌گیرد، نه اصل لزوم. چون لزوم شامل عقود جایزه نمی‌شود، ولی اصل بقا شامل آن می‌شود. دوم، بر فرض امکان استناد، همین نویسنده، حکم انفساخ بیع در اثر تلف قبل از قبض را «قاعده» تلف مبیع قبل از قبض خوانده است، نه استثنا (همو، ص ۲۹۱).^۱ سوم، در توجیه این قاعده آورده است: «در عقود دو تعهدی یا ملزم طرفین، مانند بیع، تعهد یک طرف، جهت و علت برای تعهد طرف دیگر است. اگر مشتری تعهد به تأدیه ثمن کرده برای آن است که بایع ملزم به تسلیم مبیع گردیده است و بالعکس. پس اگر بایع به علت تلف مبیع نتواند آن را تسلیم کند، مشتری نیز از پرداخت ثمن معاف خواهد بود و هرگاه ثمن را قبلاً پرداخته باشد باید بتواند آنرا مسترد دارد.... به‌علاوه می‌توان این قاعده را مبتنی بر اراده مشترک طرفین دانست. اراده مشترک متعاملین بر آن است که اجرای تعهد یک طرف در برابر اجرای تعهد طرف دیگر باشد و اگر یکی از طرفین نتواند تعهد خود را اجرا کند، تعهد طرف دیگر نیز ساقط گردد» (همان). اگر این چنین باشد، بدیهی است که تلف به‌وسیله شخص ثالث نیز باید مشمول همین قاعده قرار گیرد. چهارم، گذشته از این که در فرض پذیرش نظریه انفساخ و امکان مراجعه فروشنده به شخص ثالث، ضرر او قابل جبران است، بر فرض نبود امکان جبران، معلوم نیست چرا خریدار که هیچ کنترلی بر مبیع ندارد، باید متحمل زحمت مطالبه مثل یا قیمت مبیع - که این دومی مقصود او از بیع نیز نبوده است - و یا با اعسار شخص ثالث روبه‌رو شود؟

۱. مگر اینکه «قاعده تلف مبیع قبل از قبض» را مخصص منفصل «اصل لزوم قراردادها» بدانیم و شبهه ایجادشده در مفهوم «تلف» را «شبهه مفهومی» و «دوران امر بین اقل و اکثر» به‌شمار آوریم و نسبت به اکثر تمسک به عام شود (نک: محقق داماد، ۱۳۷۲، ص ۹۱؛ فیض، ۱۳۶۶، ص ۲۱۳).

دسته سوم در توجیه نظر خود به لزوم امنیت در معاملات تمسک جسته و آورده‌اند: «مقصود از «قاعده تلف قبل از قبض» این است که کسانی که اموالی را به موجب عقد معوض انتقال می‌دهند، از تاریخ انتقال تا تاریخ تسلیم، در محافظت آن اموال کوتاهی نکنند و یا خیانت روا ندارند تا از این رهگذر امنیت معاملات و مبادلات، حفظ شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۸)^۱. اگر منظور از توجیه یادشده این باشد که قاعده تلف مبیع قبل از قبض، در فرضی قابل اعمال است که بایع اهمال یا خیانت کرده باشد، بدیهی است که چنین نظری درست نخواهد بود؛ چون حکم ماده ۳۸۷ ق.م. موضوع اهمال و تقصیر را از شمول قاعده خارج کرده است و اگر منظور این باشد که قاعده یادشده منصرف به فرض نبود تقصیر و عدم خیانت بایع است و دیگر فرض‌ها از جمله فرض اتلاف مبیع از سوی شخص ثالث، داخل در کوتاهی یا خیانت بایع و مشمول قاعده بقای عقد می‌باشد، باز هم این نظر قابل ایراد است؛ زیرا تلف مبیع به وسیله ثالث لزوماً همراه با اهمال یا خیانت بایع نیست و اگر در شرایطی هم باشد، به لحاظ قابلیت انتساب تلف به بایع، تلف یادشده اتلاف از سوی بایع تلقی و از موضوع بحث خارج خواهد بود.

چنان‌که گفته شد، با اینکه برخی از استادان نظریه انفساخ را قوی دانسته‌اند، ولی پیروی از نظر مشهور را ترجیح داده، خریدار را مخیر در مراجعه به شخص ثالث برای مطالبه مثل یا قیمت مال تلف شده یا فسخ بیع به علت تخلف شرط و اخذ ثمن از فروشنده دانسته و مفاد ماده ۴۸۸ را مؤید این نظر اعلام کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۸).

هرچند صاحب این نظر تلاش کرده است با تمهید خیار فسخ، از ضرر احتمالی خریدار در روبه‌رو شدن با اعسار شخص ثالث متلف یا رویارویی با کمی قیمت به نسبت ثمن پرداخت شده از سوی او جلوگیری کند، اما گذشته از ایرادات پیش‌گفته در خصوص مبنای خیار و نیز مخالفت اختیار فسخ با قاعده لزوم قراردادها^۲، در نقد این نظر می‌توان گفت که ماده ۴۸۸ ق.م. منصرف از موضوع بحث ماست. زیرا در این ماده آمده است: «اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستاجر یا منافع آن مزاحم مستاجر گردد، در صورتی که قبل از قبض باشد مستاجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند». در فرض این ماده، عین مستاجر تلف نشده و منافی هم که با مزاحمت شخص ثالث عاید نگردیده، شامل کل منافع نیست و در هر حال امکان

۱. با وجود تحلیل حقوقی خلاف، هنوز هم این نظر متکی به مصلحت اقتصادی را درست می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۹).

۲. نک: نجفی، ۱۳۶۵، ص ۸۴.

دسترسی به موضوع عقد هنوز کاملاً منتفی نشده است؛ درحالی که در فرض تلف مبیع به وسیله شخص ثالث، مبیع کاملاً از بین رفته و به هیچ وجه امکان دسترسی به موضوع عقد وجود ندارد. بنابراین، قیاس آن دو، قیاس مع الفارق است.^۱

ایراد دیگری که متوجه نظریه بقای عقد است، استثنا کردن مصادیقی است که به شخص ثالث متلف دسترسی نباشد؛ مانند سرقتی که سارق شناخته نشود و احتمال به دست آوردن مال در آن نباشد یا مصادره مال از سوی دولت (نائینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۴؛ امامی، ۱۳۶۴، ص ۴۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۸). اگر مبنای نظریه بقای عقد، انصراف قاعده تلف مبیع قبل از قبض از اتلاف باشد، دیگر چه فرقی می کند که شخص ثالث شناخته شده یا شناخته نشده باشد؟ همین سارق نیز ممکن است مال را تلف کرده یا نکرده باشد که در صورت اول، مصداقی از تلف مبیع قبل از قبض به وسیله شخص ثالث است. آیا صرف نداشتن دسترسی به سارق یا متلف می تواند موجب انحلال عقد شود؟ اگر چنین باشد، در فرضی که شخص ثالث در دسترس، اما معسر است، چرا چنین حکمی داده نمی شود؟ البته ممکن است گفته شود که در فرض اخیر امکان خروج از اعسار و دسترسی خریدار به مثل یا قیمت کاملاً منتفی نیست. اما در پاسخ می توان گفت، در سرقت هم امکان شناخته شدن کاملاً منتفی نیست، بلکه عادتاً چنین قضاوت می شود.^۲ خصوصاً در فرضی که امکان عرفی خروج از اعسار با توجه به وضعیت معسر بعید باشد، قضاوت عرف نسبت به هردو یکسان به نظر می رسد.

گفتار دوم: نظریه بقا و انفساخ عقد

برابر این نظریه، وقتی مبیع از سوی شخص ثالث تلف می شود، درواقع دو سبب برای ضمان تحقق می یابد؛ یکی قاعده تلف مبیع قبل از قبض، و دیگری قاعده اتلاف. اولی موجب انفساخ عقد و استحقاق خریدار برای مطالبه ثمن پرداخت شده به فروشنده، و دومی موجب حق مراجعه خریدار به شخص ثالث برای مطالبه مثل یا قیمت بر حسب مورد خواهد شد (انصاری،

۱. البته ممکن است گفته شود که با تلف مبیع از سوی شخص ثالث، بدل آن بر ذمه شخص ثالث قرار می گیرد. بنابراین، مبیع در حکم موجود است. اگر چنین استدلالی پذیرفته شود، در خصوص سرقت مال از جانب سارق ناشناخته نیز باید همین استدلال را پذیرفت و قائل به انفساخ عقد نبود؛ درحالی که طرفداران نظریه بقای عقد در این باره قائل به انفساخ شده اند. مضاف بر این، هدف خریدار از پرداخت ثمن به بایع، سلطه بر عین مبیع است که به وسیله بایع باید فراهم گردد؛ نه دستیابی به بدل آن که منظور او از انعقاد بیع را تأمین نمی کند.

۲. «أما ألتلف فهو ظاهر فی التلف السماوی أو مایلتحق به... کما إذا سرق المتاع و لا يعرف السارق أو غصبه سلطان لا یرجی عوده»

۳. به همین دلیل فقها سرقت در خبر عقبه بن خالد را حمل به موضوعی کرده اند که عادتاً امکان بازگشت نباشد؛ «... لذا قلنا بلزوم حمل السرقة فی خبر عقبه بن خالد علی ما لایرجی عوده عادة.» (اصفهانی، ۱۴۲۵، ص ۳۹۴).

۱۳۸۲، ص ۱۱۰؛ شهید ثانی، بی تا (الف)، ص ۵۲۶^۱. از آنجایی که در این حالت، نه اهمال هر دو ممکن است و نه اعمال هر دو، چاره‌ای نیست جز اینکه خریدار را مخیر در عمل به یکی از آن دو بدانیم (انصاری، همان^۲ - اصفهانی، ۱۴۲۵، ص ۳۹۳). برخی از حقوق دانان نیز در فرض نقص یا عیب قبل از قبض مبیع از سوی شخص ثالث، قائل به وجود دو سبب ضمان به سود مشتری شده‌اند؛ یکی ضمان اتلاف علیه شخص ثالث و دومی ضمان معاوضی علیه بائع (جعفری ننگرودی، ۱۳۸۱، ص ۲۴).

اشکال نظریه پیش گفته، گذشته از بی‌اعتنایی اکثریت قاطع فقها و حقوق دانان نسبت به آن، ناسازگاری درونی آن است؛ زیرا اگر تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع باشد، فروپاشی عقد به طور قهری اتفاق می‌افتد. در این صورت، دیگر محلی برای جریان قاعده اتلاف به نفع خریدار باقی نخواهد ماند. بنابراین، پذیرش تحقق هر دو سبب و اختیار خریدار در اعمال هریک از آن‌ها، عقلاً مردود است.

گفتار سوم: نظریه انفساخ عقد

طرف داران این نظریه بر این باورند که تلف مبیع به وسیله شخص ثالث موجب انفساخ بیع و رجوع خریدار به فروشنده برای مطالبه ثمن پرداخت شده می‌گردد که البته در این صورت، فروشنده مطابق قاعده اتلاف برای اخذ مثل یا قیمت مبیع، حق مراجعه به شخص ثالث متلف را خواهد داشت (طوسی، ۱۴۲۵، ص ۱۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۲۷۸). برخی تلف مبیع قبل از قبض را مطلقاً موجب انفساخ دانسته و این نظر را به مشهور نسبت داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۵، ص ۲۹۰).

۱. «هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من الأجنبي، أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن كما لو تلف من الله تعالى و بين مطالبه المتلف بالمثل، أو القيمة». هر چند نظر شهید ثانی حمل بر قیاس موضوع اتلاف شخص ثالث با اتلاف بائع و خروج موضوع از شمول قاعده تلف مبیع قبل از قبض شده است (نک: کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۷)، ولی از بخش آخر نظر شهید ثانی استنباط می‌شود که تلف به وسیله شخص ثالث می‌تواند موجب انفساخ عقد باشد، چون گفته است مثل تلف قهری خریدار می‌تواند به ثمن مراجعه کند؛ ثمن در دست فروشنده است نه شخص ثالث. پس مراجعه به ثمن بدون انفساخ عقد ممکن نیست؛ مگر اینکه حمل بر اختیار فسخ شود، چنان‌که شیخ انصاری به مسالک نسبت داده است (همان، ص ۱۱۰). افزون بر آن، وی در شرح لمعه می‌گوید: اگر مبیع در ید غاصب تلف شود، از مصادیق تلف مبیع قبل از قبض است که بیع را باطل می‌کند «ثم أن تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع» (شهید ثانی، همان، ص ۵۲۷). با توجه به اینکه تلف در ید غاصب در هر حال به عهده غاصب است، در حکم اتلاف بوده، پذیرش انحلال بیع در این فرض، معنایی جز انفساخ بیع در فرض تلف مبیع از سوی شخص ثالث نمی‌تواند داشته باشد.

۲. «التخيير بين مطالبته بالقيمة او بالثمن. اما لتحقق سبب انفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك في العمل باحدهما».

۳. «المشهور أن المبيع اذا تلف قبل قبضه كان من مال البائع مطلقاً».

مبنای این نظر، عموم قاعده تلف مبیع قبل از قبض اعلام شده است که دربر گیرنده تلف به وسیله شخص ثالث نیز می شود (مکاسب، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰). برخی با استناد به خبر عقبه بن خالد^۱ که در آن درباره آنچه که به منزله اتلاف شخص ثالث بوده، انفساخ پذیرفته شده است، اتلاف به وسیله شخص ثالث را به طریق اولی موجب انفساخ دانسته اند (اصفهان، ۱۴۲۵، ص ۳۹۴)^۲ و ادعای اینکه این روایت ناظر به فرضی است که امکان دسترسی به سارق نباشد، مدفوع اعلام کرده اند؛ چون ظاهر مجموع روایت تعیین انفساخ به خودی خود است، نه به دلیل تعذر دسترسی (همو).

برخی پا را از این هم فراتر گذاشته و در همه معاوضات ضمان را متوجه متصرف دانسته اند و استدلال کرده اند که چون بعد از تحقق معاوضه و تملیک، قبض و اقباض بر طرفین عقد واجب است، به این معنا که دادن هریک از عوضین بدون دادن آن دیگری واجب نیست؛ پس اگر یکی از طرفین تسلیم کند، درحالی که طرف دیگر به علت تلف عوض ناتوان از تسلیم باشد، حق تصرف مال اخذ شده را ندارد و باید آن را به مالک اول برگرداند که این چیزی جز ضمان متصرف نسبت به تلف مال تحت تصرف خود نیست (میرفتاح، ۱۴۱۸، ص ۴۵۵).^۳ از میان حقوق دانان، تنها معدودی از استادان، نظریه انفساخ را قوی دانسته اند؛ هرچند در نهایت نظریه بقای عقد را به تبعیت از مشهور ترجیح داده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۸).

با این حال، در مشهور بودن نظریه بقای عقد می توان تردید داشت، زیرا چنان که در بالا اشاره شد، برخی از بزرگان فقه امامیه، نظریه انفساخ را به مشهور نسبت داده اند (علامه حلی، ۱۴۱۵، ص ۲۹۰) و از خبر عقبه بن خالد اطلاق ضمان بایع را تا زمان تسلیم مبیع به مشتری استنباط کرده اند (نجفی، ۱۳۶۵، ص ۸۴).

در قانون مدنی نیز اطلاق ماده ۳۸۷ دربرگیرنده تلف مبیع به وسیله شخص ثالث و مؤید نظریه انفساخ است. از دیگر مواد قانون مدنی نیز می توان به همین نظریه رسید؛ چنان که ماده ۳۸۸ ق.م. مقرر می دارد: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد

۱. رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، فسرق المتاع، من مال من یكون؟ قال (ع) من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و ینخرجه من بیته، فاذا اخرج من بیته فالمتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۱۰۸)

۲. «أما إذا كان الاتلاف من الاجنبی فنجرى فيه الوجوه المتقدمه، و وجه الانفساخ فيه أظهر، لما فی خبر عقبه بن خالد من الانفساخ بما هو بمنزله اتلاف الاجنبی فاتلافه أولى بأن یكون موجباً للانفساخ».

۳. «كون الضمان على صاحب اليد لا على المالك في المعاوضات كلها ... و السر فيه: أن القبض و الاقباض بعد تحقق المعاوضه و تمليک واجب على المتعاقدين في مقابل العوض الآخر ... بمعنى: أنه لا یجب دفع أحد العوضين إلا بدفع آخر بأزائه... و حيث تعذر بالتلف ففات الشرط فلا یمكنه التصرف فيما أخذه. فيجب أن يدفعه إلى مالک الاول قضاءً لحق المعاوضه ... و ليس معنى الضمان في هذا المقام ألا كون تلف هذا المال من مال صاحب اليد دون مالک، و حيث كان عوضاً عما أخذه ففات العوض فلیرجع المعوض إلى مالک الاول...» (همو، ۱۴۱۸، ص ۴۵۶).

داشت که معامله رافسخ نماید». اگر مبنای ماده ۳۸۸ ق.م. قاعده تلف مبیع قبل از قبض باشد (امامی، ۱۳۶۴، ص ۴۶۵)، اطلاق آن شامل نقص مبیع از سوی شخص ثالث و مؤید دیگری بر نظریه انفساخ در جزء تلف شده است. واضح تر از آن حکم ماده ۳۸۹ ق.م. در مقام بیان استثنای دو ماده پیشین است که می گوید: «اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن راتأدیه کند». از جمع مدلول مواد سه گانه پیش گفته به راحتی می توان استنباط کرد که عموم قاعده تنها در دو زمینه اتلاف از سوی بایع و اتلاف به وسیله خریدار با استثنا روبه رو شده و بقیه مصادیق از جمله تلف مبیع به وسیله شخص ثالث در شمول قاعده باقی است. مفهوم مخالف ماده ۳۸۹ ق.م. نیز مؤید همین ادعاست. افزون بر اینکه قانون گذار در انشای ماده یاد شده در مقام بیان استثنا بوده و با وجود اختلافی بودن موضوع در فقه، از استثنا کردن اتلاف شخص ثالث خودداری کرده است. با این همه، چنانکه گفته اند، در باب عقود معوض مالی، ضمان معاوضی اصل و مدلول ماده ۳۸۷ ق.م. مطابق قاعده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۵ و ۲۲).

نتیجه

اطلاق قاعده تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ ق.م.)، شامل تلف مبیع از سوی شخص ثالث هم می شود؛ از این رو، نظریه بقای عقد، مغایر با این اطلاق است. افزون بر این، پذیرش مطلق نظریه بقای عقد، ضرر را بر کسی تحمیل می کند که هیچ کتتری بر مبیع برای پاسداری از حقوق خود ندارد؛ از این رو، ناعادلانه می نماید. اگرچه طرف داران این نظریه با قائل شدن اختیار فسخ برای خریدار، سعی در کاستن از این بی عدالتی نموده اند، ولی چنان که دیدیم، قول به چنین اختیاری محمل حقوقی ندارد و ناقض اصل لزوم قراردادهاست. جمع میان نظریه انفساخ و بقای عقد نیز به دلیل ناسازگاری درونی، قابل پذیرش نیست. بنابراین، نظریه انفساخ عقد در فرض تلف قبل از قبض مبیع از سوی شخص ثالث، در مواد ۳۸۷، ۳۸۸ و ۳۸۹ نمایان تر و به لحاظ حقوقی منطقی تر به نظر می رسد.

منابع و مأخذ

۱. ابن البراج، قاضی (۱۴۰۶ ه.ق.). المذهب. ج ۱، قم، جامعه المدرسین.
۲. آل بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ه.ق.). بلغة الفقهیه. ج ۱، چ ۴، تهران، مکتبه الصادق.
۳. اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۴۲۵ ه.ق.). حاشیه کتاب المکاسب. ج ۵، چ ۱، قم، پایه دانش.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی. ج ۱، چ ۵، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۲). کتاب المکاسب. ج ۳، چ ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دینی.
۶. ایروانی غروی، میرزا علی (۱۴۲۶ ه.ق.). حاشیه کتاب المکاسب. ج ۳، چ ۱، قم، صبح صادق.
۷. بحرانی، محقق (بی تا). الحدائق الناضره. ج ۱۹، قم، جماعه المدرسین.

۸. تاجمیری، میر تیمور (۱۳۷۷). فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی. ج ۱، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی آفرینه.
۹. جبعی العاملی، زین‌الدین (الشهید الثاني)، (بی‌تا). (الف). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. ج ۳، ج ۱، منشورات جامعه النجف الدینیة.
۱۰. -----، (بی‌تا). (ب). مسالك الافهام. ج ۳، ج ۱، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). فلسفه عمومی حقوق. تنوری موازنه، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۲. -----، (۱۳۵۷). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. ج ۱، ج ۱، تهران، بنیاد راستاد.
۱۳. -----، (۱۳۶۳). حقوق تعهدات. ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۴. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ه.ق). العناوین. ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۵. سبزواری، محقق (بی‌تا). کفایة الاحکام. ج ۱، قم، مدرسه صدر مهدوی.
۱۶. صفای، سید حسین (۱۳۵۱). حقوق مدنی. ج ۲، تهران، مؤسسه عالی حسابداری.
۱۷. طوسی (شیخ)، ابو جعفر (۱۴۲۵ه.ق). المبسوط. ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۸. علامه حلی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی (۱۴۱۵ه.ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۵، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. -----، (۱۴۱۲ه.ق). قواعد الاحکام. ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. -----، (۱۴۲۰ه.ق). (الف). تذکره الفقهاء. ج ۱۰، ج ۱، قم، مؤسسه آل‌البیته (ع) لاحیاء التراث.
۲۱. -----، (۱۴۲۰ه.ق). (ب). تحریر الاحکام. ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه امام الصادق.
۲۲. -----، (۱۴۱۵ه.ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۵، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۳. فیض، علیرضا (۱۳۶۶). مبادی فقه و اصول. ج ۲، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱). عقود معین. ج ۱، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر (۱۴۰۳). ج ۲-۱، تهران، انتشارات استقلال.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲). مباحثی از اصول فقه. ج ۷، تهران، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
۲۷. نائینی، میرزاحمدحسین (۱۴۲۱ه.ق). منیة الطالب. ج ۲ و ۳، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۸. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۶۵). جواهر الکلام. ج ۲۳، ج ۸، دارالکتب الاسلامیه.