

## اعمال قاعده‌ی ضمان معاوضی در انحلال عقود معاوضی<sup>۱</sup>

مهدی خادم سربخش<sup>۲</sup>

دانش‌آموخته‌ی دکتری دانشگاه قم، رشته‌ی حقوق خصوصی، قم، ایران.

### چکیده

بر طبق نظر مشهور فقها و به تبع آن قانون مدنی در عقد بیع، هر گاه مورد معامله قبل از انتقال ریسک به منتقل‌الیه تلف گردد بر طبق حکم قانون، قرارداد منفسخ و انتقال دهنده به صورت قانونی مکلف به استرداد آن چیزی است که از منتقل‌الیه گرفته است. در لسان حقوقی به حکم نخست ضمان معاوضی و به حکم دوم ضمان درک می‌گویند.

در این مقاله سعی شده است که تا حد امکان به بررسی اجرای این قاعده، یعنی ضمان معاوضی که تاکنون در مرحله اجرای عقود معاوضی اجرا می‌شد، در انحلال عقود معاوضی، یعنی در اقاله و فسخ، پرداخته شود و اعمال یا عدم اعمال این قاعده در اقاله و فسخ نیز به اثبات رسد و در صورت اثبات عدم اعمال قاعده‌ی ضمان معاوضی در انحلال عقود معاوضی، به بررسی وجود یا عدم وجود ضمان قهری شخص متصرف پرداخته شود.

در این مقاله به اثبات رسید که تلف موضوع اقاله باعث انفساخ اقاله و تلف موضوع فسخ، بدون آن که در صحت فسخ اثر گذار باشد، موجب مسئولیت مدنی شخص متصرف می‌شود.

**واژگان کلیدی:** قراردادهای معاوضی، اقاله، فسخ، ضمان معاوضی، ضمان قهری.

---

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۲/۱؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۹/۱۷.

۲. پست الکترونیک: Mehdi\_khadem20@yahoo.com.

## مقدمه

در کنار اقاله و فسخ که طرق انحلال ارادی قراردادهای می‌باشند، یکی دیگر از طرق انحلال قراردادهای، انفساخ قراردادهای می‌باشد. انفساخ قرارداد موجب می‌شود که عقد بدون این‌که نیازی به عمل حقوقی اضافه‌ای باشد، خودبه‌خود و بدون اراده‌ی طرفین قرارداد از بین برود. در حقوق قراردادهای، سبب انفساخ قرارداد دو چیز است: قانون و اراده‌ی متعاقدين. از این‌رو انفساخ به دو نوع انفساخ قانونی و انفساخ قراردادی تقسیم می‌شود.

در کنار فوت، جنون و سفه هر یک از متعاقدين در عقود جایز، یکی از مصادیق انفساخ قانونی آن است که موضوع قرارداد قبل از آن که ریسک<sup>۱</sup> موضوع قرارداد از انتقال‌دهنده به منتقل‌الیه منتقل شود، تلف گردد.

بر طبق نظر فقها و به تبع آن در حقوق ما، ریسک موضوع معامله در سه صورت به منتقل‌الیه قراردادی منتقل می‌شود:

الف- بعد از آن که موضوع معامله به شخص منتقل‌الیه تسلیم گردد (محقق حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۱۲؛ شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۳۹؛ نجفی، ۱۳۷۴ش، ج ۲۳، ص ۸۳؛ انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۴۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲۲۴؛ فخرالمحققین، ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۵۰۷؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۴۵۴).

ب- در صورتی که انتقال‌دهنده به منتقل‌الیه اجازه‌ی قبض موضوع مورد معامله را بدهد (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۵۰).

ج- بعد از آن که منتقل‌الیه خودسرانه موضوع معامله را به قبض گیرد (همان، ص ۱۵۱).

۱. ریسک یعنی این‌که ضرر ناشی از تلف یا معیوب شدن موضوع قرارداد به حساب چه کسی منظور گردد. از زمانی که ریسک به خریدار منتقل می‌شود، تحمل ضرر ناشی از عیب یا تلف کالا بر دوش وی گذاشته می‌شود و در عین حال وی موظف به پرداخت کل ثمن می‌باشد.

۲. علامه‌ی حلی ضمان معاوضی را نظر مشهور فقها دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۱۲).

۳. ادعا شده است در صورت رضایت منتقل‌الیه به ابقای مال در دست انتقال‌دهنده نیز ریسک به شخص انتقال‌دهنده انتقال می‌یابد (همان؛ علامه حلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۱۲). با این حال برخی باقی‌گذاردن مال در دست انتقال‌دهنده را موجب انتقال ضمان معاوضی نمی‌دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۲۲۴). در پاره‌ای از موارد نیز شاهد آن هستیم که علی‌رغم تسلیم مال به منتقل‌الیه، فقها و قانون، ریسک مورد معامله را به وی منتقل نمی‌دانند و آن در جایی است که در عقد یک خیاری از نوع مجلس، شرط یا حیوان که مختص به منتقل‌الیه یا مشترک مابین او و شخص ثالث می‌باشد، وجود داشته باشد (ماده‌ی ۴۵۳ق.م.).

در صورتی که موضوع مورد معامله قبل از انتقال ریسک به منتقل‌الیه تلف گردد، بر طبق ماده‌ی ۳۸۹ ق.م.ا.ق.م.<sup>۱</sup> قرارداد منفسخ و انتقال‌دهنده به صورت قانونی مکلف به استرداد آن چیزی است که از منتقل‌الیه گرفته است. در لسان حقوقی به حکم نخست، ضمان معاوضی و به حکم دوم ضمان درک می‌گویند.<sup>۲</sup>

با این حال، پذیرفته شده که قرارداد نه از زمان انعقاد، بلکه از زمان تلف مورد معامله منفسخ می‌گردد. بنابراین از آن جایی که منتقل‌الیه بر طبق قاعده‌ی «المبیع یملك بالعقد» با انعقاد عقد بیع، مالک مورد معامله شده است، نمائات حاصله از مورد معامله از زمان عقد تا زمان تلف به شخص منتقل‌الیه تعلق دارد (محقق حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۷؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲۴۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۱۷).

با عنایت به اصول و قواعد فقهی، اعمال یا عدم اعمال ضمان معاوضی در انحلال عقود معاوضی بررسی خواهد شود. دو سؤال اساسی در این زمینه وجود دارد. اول این که در صورتی که بعد از اقاله یا فسخ قرارداد معاوضی، موضوع اقاله یا فسخ در دست متصرف آن به علت سماوی تلف گردد، آیا تلف به صحت عمل حقوقی اقاله یا فسخ خللی وارد می‌آورد یا خیر؟ در صورتی که پاسخ سؤال نخست منفی باشد، سؤال دیگری مطرح می‌شود که آیا ضمانی از نوع ضمان قهری متوجه‌ی شخص متصرف می‌باشد یا خیر؟

متصرف مکلف است که پس از اقاله و فسخ، مال مورد انتقال را بدون درنگ به مالک قبلی آن مسترد دارد؛ در غیر این صورت اگر در این امر کوتاهی نماید و بر مال خسارتی وارد آید، وی ضامن تلف و عیوب می‌باشد؛ زیرا وی مرتکب تفریط گشته و مقصر و ضامن می‌-

---

۱. این قاعده حکم قانون‌گذار است؛ از این رو، از نگاه فقها طرفین قرارداد نمی‌توانند برخلاف آن تراضی کنند «... بل قالوا لو أبرأ المشتري البایع عن ضمان المبیع لم یبرأ» (همان).

۲. برای اجرای این دو حکم که در تمام عقود معاوضی به خصوص عقد بیع، جاری می‌باشد؛ وجود شرایط زیر لازم است: یکی مورد معامله تلف گردد. این تلف باید به علت حوادث سماوی باشد؛ بنابراین در صورت تلف مال توسط متعهد یا شخص ثالث عقد صحیح و منتقل‌الیه می‌تواند یا عقد را ابقا و بنا بر قواعد حاکم بر مسؤولیت مدنی برای جبران خسارت به متعهد یا ثالث رجوع کند یا این که منتقل‌الیه، قرارداد را به دلیل خیار تعذر از تسلیم فسخ نماید (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۵۱). البته بعضی از فقها حکم تلف توسط شخص ثالث را با حکم تلف به علت سماوی را یکی پنداشتند (مراغه‌ای، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۴۵۵). در صورتی که موضوع معامله به واسطه‌ی عمل خود منتقل‌الیه تلف گردد، عقد باقی خواهد بود و منفسخ نمی‌گردد؛ زیرا این تلف در حکم قبض مال خواهد بود. دیگری مورد معامله عین معین یا کلی در معین باشد؛ بنابراین در صورتی که موضوع مورد معامله کلی باشد، این قاعده جاری نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۱۷۹).

باشد. در صورتی که عین انتقال داده شده، مباشرةً یا بالتسبیب و توأم با تعدی و تفریط متصرف توسط وی مورد اتلاف قرار گیرد، وی ضامن است و از این رو باید طبق قواعد عام مسؤولیت مدنی مثل یا قیمت عین مورد اتلاف را به انتقال‌دهنده مسترد دارد.

#### ۱- وجود یا عدم وجود ضمان معاوضی یا ضمان قهری در اقاله

در این گفتار با دو سؤال روبه‌رو هستیم. نخست آن که، اگر بعد از اقاله‌ی یک قرارداد معاوضی، موضوع مورد اقاله در دست متصرف آن تلف گردد، آیا تلف به صحت عمل حقوقی اقاله خللی وارد می‌آورد یا خیر؟ به فرض آن که پاسخ سؤال نخست منفی باشد، سؤال دیگری مطرح است و آن این که آیا در صورت تلف یا معیوب شدن مال مورد اقاله، ضمانی متوجه‌ی شخص متصرف مال می‌باشد یا خیر؟

پاسخ به این دو سؤال در گرو یافتن ماهیت اقاله است. آیا ماهیت اقاله، همان‌طور که مشهور فقهای امامیه گفته‌اند، فسخ است یا این که ماهیت آن بیع یا این که ماهیت آن عقدی به معنای اعم می‌باشد؟

#### ۱-۱- ضمان معاوضی در اقاله

با توجه به آن که فقهای عظام در فقه مطالعات زیادی را در خصوص قاعده‌ی ضمان معاوضی انجام داده‌اند و قانون‌گذار و حقوق‌دانان تا حد زیادی تحت تأثیر نظر آن‌ها بوده‌اند، بهتر آن است که در این مبحث ابتدا به نظر فقهای عظام پرداخته شود و پس از بررسی نظر مقنن در قانون مدنی ایران و نظر حقوق‌دانان، در نهایت نظر مختار محقق با استدلال مربوط به آن ارائه شود.

#### ۱-۱-۱- دیدگاه فقها

هر چند که فقها پذیرفته‌اند که در بطن اقاله نیز یک تراضی وجود دارد، اما بر طبق نظر آنان اقاله یک عقد و قرارداد جدید نیست؛ بلکه اقاله صرفاً فسخ طرفینی قرارداد سابق

است<sup>۱</sup> (حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۳۱۷؛ طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۷؛ محقق‌کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۵۴؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۳۸۴؛ شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۳۹). نسبت به پذیرش این مطلب ادعای اجماع شده است (همان، ص ۱۳۱۸).

اساساً فقها به این دلیل که اقاله را قرارداد جدیدی نمی‌دانند به لزوم وحدت متعاقدین اقاله با متعاقدین عقد اصلی و یکسان بودن عوضین قرارداد اصلی و اقاله (همان، ص ۱۳۱۸؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۹۳) و عدم امکان فسخ و اقاله‌ی مجدد قرارداد اقاله شده، حکم داده‌اند (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۹۳).

فقها در آثار خود به صراحت در خصوص اعمال یا عدم اعمال ضمان معاوضی در اقاله هیچ صحبتی ننموده‌اند؛ اما از فحوای کلام بعضی از فقها می‌توان گفت که فقها تلف موضوع اقاله را مانع صحت اقاله و باعث انفساخ آن نمی‌دانند؛ به عنوان مثال: فقیهی مانند صاحب-جواهر، وقتی با فرض تلف موضوع اقاله روبه‌رو می‌شود، بدون هیچ اشاره به انفساخ اقاله صرفاً حکم به مسؤولیت ید متصرف می‌دهد (نجفی، ۱۳۷۴ش، ج ۲۴، ص ۳۵۸).

فقیهی دیگر در این خصوص می‌گوید: پس از اقاله هر یک از دو عوض نزد طرف دیگر، قرارداد امانت است. بنابراین تلف مبیع پیش از تسلیم به فروشنده ضمانی را برای متصرف در پی نخواهد داشت؛ نهایت آن که اگر تلف به متصرف منتسب باشد، موجب ضمان او می‌شود (شهیدثانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۴۶). این‌گونه اظهار نظر در خصوص حکم تلف موضوع اقاله در بر دارنده‌ی این معناست که از نگاه فقها تلف موضوع اقاله سبب انفساخ آن نمی‌شود.

### ۱-۲- دیدگاه حقوق‌دانان و قانون مدنی

مبحث دوم از فصل ششم کتاب نخست قانون مدنی که مقنن در آن جا در مقام بیان طرق سقوط تعهدات بوده است، اختصاص به مبحث اقاله دارد. قانون‌گذار در این قسمت از ماده‌ی ۲۸۳ الی ۲۸۸ به بیان مقررات پیرامون اقاله پرداخته است. با این حال، قانون‌گذار در خصوص ماهیت اقاله و انفساخ اقاله در صورت تلف یکی از عوضین اقاله نفیاً و اثباتاً صحبتی ننموده است. همین امر باعث شده یافتن نظر مقنن در این خصوص اندکی مشکل شود. اما

---

۱. فقهای اهل سنت در باب ماهیت اقاله اختلاف دارند. بر طبق نظر فقهای مالکی، اقاله بیع است. اما بر طبق نظر فقهای شافعی و حنبلی اقاله صرفاً فسخ عقد است. از نگاه ابوحنیفه اقاله نسبت به طرفین فسخ و نسبت به ثالث، یک بیع جدید است (الزحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۷۸).

با توجه به اصل ۱۴ و ۲۷۲ قانون اساسی که طی آن قانون‌گذار حکم به تبعیت قوانین داخلی با مقررات شرع انور کرده است و ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که دادرس را مکلف نموده که در مقام صدور حکم و در موارد سکوت قانون به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور فقها رجوع نماید و با عنایت به نظر فقها مبنی بر انکار وجود ضمان معاوضی در اقاله، باید نظر مقنن را حمل بر نظر مشهور فقها نمود و پذیرفت که مقنن اقاله را محل اجرای ضمان معاوضی نمی‌داند.

اما در خصوص نظر حقوق‌دانان در این باره باید گفت: برخلاف فقها که در خصوص ماهیت اقاله اجماع کرده‌اند، حقوق‌دانان در ماهیت اقاله با یکدیگر اختلاف نظر دارند. به نحوی که عده‌ایی از آن‌ها قائل بر آنند که ماهیت اقاله چیزی جز توافق بر فسخ نیست (شهیدی، ۱۳۸۸ش، ص ۱۱۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ش، ص ۲۰۹). عده‌ای دیگر اقاله را قراردادی می‌دانند که موضوع آن فسخ یک قرارداد پیشین است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ص ۱۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ش، ج ۵، ص ۱۳؛ افتخاری، ۱۳۸۲ش، ص ۳۱۱). پاره‌ای دیگر از حقوق‌دانان نیز در آثار خود هیچ اشاره‌ای به ماهیت اقاله که آیا عقد است یا فسخ، ننموده‌اند (صفایی، ۱۳۸۷ش، ص ۲۴۸).

از نگاه حقوق‌دانان دسته‌ی نخست اقاله، قراردادی به معنی واقعی کلمه نیست؛ بلکه صرفاً تفاسخ معامله‌ای است که قبلاً انعقاد یافته است (شهیدی، ۱۳۸۸ش، ص ۱۱۹). با این نگاه، اگرچه در اقاله توافق وجود دارد، اما این توافق نمی‌تواند اقاله را در زمره‌ی عقود درآورد. زیرا عقد عبارت است از انشای یک ماهیت حقوقی و حال آن‌که اقاله، انشای یک ماهیت حقوقی نیست (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ش، ص ۲۱۰).

دسته‌ی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که اقاله بی‌گمان با تراضی واقع می‌شود و وجود همین تراضی است که اقاله را از سایر طرق سقوط تعهد جدا می‌سازد. بنابراین از نگاه آنان اقاله، رکن و جوهره‌ی یک عقد که همان تراضی و توافق دو اراده می‌باشد را با خود به همراه دارد؛ هر چند که از نگاه بعضی از آنان نمی‌توان آن را یک معامله‌ی جدید یا عقد جدید دانست (امامی، ۱۳۶۶ش، ج ۱، ص ۳۲۷). از نگاه بعضی از این حقوق‌دانان، منظور فقها

---

۱. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشعار دارد: «کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد ...».

۲. اصل هفتاد دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد ...».

از این سخن که اقاله عقد نیست به این معناست که اقاله معامله‌ی جدیدی نیست؛ نه این که اقاله را نتوان یک توافق و قرارداد دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ش، ج ۵، ص ۱۳). برخی نیز اقاله را یک معامله‌ی جدید می‌دانند که طی آن مالی به شخصی تملیک و در مقابل آن شخصی که مال را به تملیک می‌گیرد، مالی را به تملیک شخص دیگر در می‌آورد. البته ایشان تصریح می‌نمایند که این تملیک نمی‌تواند یک بیع باشد؛ بلکه صرفاً یک اعاده‌ی مالکیت است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱ ش، ص ۱۴۶؛ جعفری، ۱۳۸۲ ش، ص ۹۳).

با این حال، حقوق‌دانان صراحتاً قایل به وجود ضمان معاوضی در اقاله نشده‌اند. بعضی با این استدلال که اقاله، عقد جدید نیست یا در اقاله تملیک جدیدی صورت نمی‌گیرد و به این دلیل پیوستگی بین دو عوض، چنان که در معامله معوض معهود است، ایجاد نمی‌شود، صراحتاً حکم به عدم وجود ضمان معاوضی در اقاله داده‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ ش، ص ۲۱۳؛ افتخاری، ۱۳۸۲ ش، ص ۳۱۵). البته از آرای پاره‌ی از حقوق‌دانان نیز انکار این نوع ضمان و متابعت از نظر مشهور فقها به راحتی قابل برداشت است: «... پس از اقاله، مبیع نزد مشتری و ثمن نزد بایع امانت خواهد بود و آن دو ... ضامن تلف یا نقصان نمی‌باشند، مگر در صورت تعدی و تفریط» (امامی، ۱۳۶۶ ش، ج ۱، ص ۳۳۲ و ۳۳۳). «تعهد هر یک از طرفین اقاله در بازگرداندن مال مورد تصرف یک تعهد به نتیجه است. در صورت تلف یا معیوب شدن مال مورد تصرف وی ضامن است؛ مگر آن که اثبات کند حادثه‌ای قهری و احترازناپذیری مانع وفای به عهد شده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ش، ج ۵، ص ۴۳). با مذاقه در این عبارات می‌توان پذیرفت که از نگاه حقوق‌دانان، تلف موضوع اقاله سبب انفساخ آن نمی‌شود.

#### ۱-۱-۳- نظر مختار

برخلاف نظر فقهای عظام، اقاله یک تراضی و عقد جدیدی است که موضوع آن چیزی جز انحلال قرارداد پیشین نمی‌باشد. محقق با رد نظر فقها که اقاله را فسخ می‌دانند و پذیرش نظر حقوق‌دانان که اقاله را یک قرارداد جدید قلمداد می‌کنند، بر این باور است که ماهیت اقاله صرف انحلال عمل حقوقی پیشین نیست؛ بلکه یک عمل حقوقی جدیدی است که ریشه در معاوضه دارد.

دلیل این ادعای محقق که ماهیت اقاله، صرف انحلال عمل حقوقی پیشین نیست، امکان اقاله‌ی آن دسته از قراردادهایی است که موضوع آن تلف گردیده است.<sup>۱</sup> به عبارت بهتر، اگر ماهیت اقاله صرفاً رفع اثر از قرارداد پیشین بود با تلف موضوع قرارداد، دیگر امکان اقاله قرارداد وجود نمی‌داشت و حال آن‌که قانون مدنی و حقوق‌دانان به پذیرش این اقاله حکم داده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸ش، ص ۱۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ش، ج ۵، ص ۴۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ش، ص ۲۱۱؛ افتخاری، ۱۳۸۲ش، ص ۳۱۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶ش، ص ۲۵۰). ماده‌ی ۲۸۶ ق.م. نیز در این‌باره اشعار می‌دارد: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست، در این‌صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود».

هم‌چنین اگر بپذیریم که ماهیت اقاله صرفاً انحلال عقد پیشین است، باید بپذیریم که میان عوضین اقاله و عوضین عقد اصلی از لحاظ کمیت نباید هیچ تفاوتی وجود داشته باشد؛ در حالی که مقنن رعایت این شرط را لازم ندانسته و اقاله جزء قرارداد اصلی را نیز پذیرفته است و حقوق‌دانان نیز بر صحت آن حکم داده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸ش، ص ۱۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳ش، ج ۵، ص ۴۷؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ش، ص ۲۱۲). ماده‌ی ۲۸۵ ق.م. نیز در این‌باره اشعار دارد: «موضوع اقاله ممکن است نسبت به تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن».

اگر بنا باشد که ماهیت اقاله را صرفاً انحلال قرارداد پیشین بدانیم، بایستی بپذیریم که موضوع اقاله نیز باید صرفاً همان موضوع عقد پیشین باشد. یعنی موضوع اقاله چیزی جز موضوع قرارداد پیشین نباشد؛ در غیر این‌صورت نمی‌توان اقاله را انحلال عقد پیشین دانست. اگر بپذیریم که اقاله‌ی جزء قرارداد پیشین قابل پذیرش است یا بگوییم در صورت تلف موضوع عقد اصلی، می‌توان بدل آن را پرداخت کرد و قرارداد پیشین را اقاله نمود، باید پذیرفت که ماهیت اقاله دیگر انحلال عقد پیشین نیست؛ بلکه معاوضه‌ی جدیدی است که دو آشنا نسبت به آن تراضی کرده‌اند.

به نظر می‌رسد چون اقاله خود یک معاوضه و عقد جدید است، در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی نیز ما شاهد وجود یک ضمان معاوضی باشیم؛ زیرا به مانند انعقاد عقود معاوضی،

۱. معاوضه‌ی موجود در اقاله نیز یک معاوضه مبتنی بر اراده‌ی طرفین است؛ نه یک معاوضه‌ای قهری. زیرا در معاوضه‌ی قهری حق حبسی وجود ندارد و حال آن‌که بر طبق مختار ما در اقاله نیز حق حبس وجود دارد.



رکن اساسی یک عقد و قرارداد که همان تراضی می‌باشد در اقاله نیز وجود دارد. اگر طرفین قرارداد در صورت بقای مورد معامله بر اقاله تراضی نمایند، فرض آن است که طرفین اقاله چون موضوع معامله‌ی اصلی هم‌چنان وجود دارد به تراضی بر اقاله راضی گشته‌اند؛ بنابراین بقای موضوع معامله قید تراضی طرفین اقاله محسوب می‌شود و در نتیجه در صورتی که بعد از اقاله و قبل از تسلیم، مورد اقاله تلف گردد تراضی بر اقاله نیز مخدوش می‌شود. زیرا بر طبق قاعده‌ی «إذا انتفی القید ینتفی المقید» هرگاه چیزی مقید به چیز دیگر شد با عدم تحقق آن قید، مقید آن قید نیز از بین خواهد رفت. بنابراین باید بپذیریم با تلف موضوع اقاله، اقاله نیز منفسخ می‌شود؛ زیرا از یک طرف دست‌یابی اقاله‌کنندگان به آن چیزی که مورد خواست و اراده‌ی آنان بوده متعذر شده است و از طرف دیگر حکم به پرداخت چیزی به غیر از موضوع اقاله خلاف خواست و اراده‌ی متعاقدين اقاله می‌باشد.

از آن‌چه گفته شد به دست می‌آید که مانند انعقاد و اجرای عقود معاوضی، تلف موضوع اقاله نیز باعث انفساخ اقاله‌ی قرارداد معاوضی می‌شود. اما اتلاف مال توسط متصرف آن، باعث انفساخ اقاله نمی‌شود؛ بلکه باعث ایجاد مسؤولیت مدنی برای وی یا ایجاد خیار فسخ برای مالک مال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴ش، ص ۳۱۵). بنابراین در این گونه موارد، مالک یا می‌تواند اقاله را به جهت خیار تعذر تسلیم فسخ نماید یا آن‌که اقاله را فسخ نکرده، مثل یا قیمت مال مورد اتلاف را از متلف بگیرد.

به فرض آن‌که بپذیریم با تلف موضوع اقاله، اقاله منفسخ می‌شود، در این‌جا این سؤال قابل طرح است که آیا طرفین قرارداد اقاله می‌توانند با تراضی خود ریسک ناشی از تلف موضوع اقاله را از متصرف مال به طرف دیگر اقاله انتقال دهند یا خیر؟

میان فقها و حقوق‌دانان در خصوص تراضی طرفین در عدم اعمال ضمان معاوضی در انعقاد عقد بیع اختلاف افتاده است. پاره‌ای از فقها با حکم دانستن انفساخ بیع با تلف مبیع، تراضی خلاف آن را نامشروع و باطل انگاشته‌اند (الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۸۳؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۲۲۴؛ انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۴۹). عده‌ای از حقوق‌دانان نیز این تراضی را خلاف حکم قانون‌گذار دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۶ش، ج ۱، ص ۴۶۳). عده‌ای دیگر آن را خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی قلمداد نموده و هر دو حکم به بطلان آن داده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ص ۴۶). اما عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان این تراضی را نه شرط نامشروع و نه خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی دانسته و بر صحت آن نظر داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴ش، ص ۳۱۴).

به نظر می‌رسد، پذیرش نظر سوم به صواب نزدیک‌تر باشد؛ زیرا هیچ اشکالی وجود ندارد حال که بر طبق قاعده‌ی «المبیع یملک بالعقد» از لحظه‌ی وقوع عقد، تمام نمائات مبیع به خریدار تعلق می‌گیرد، ریسک ناشی از تلف مبیع نیز بنا بر تراضی متعاملین بر عهده‌ی خریدار قرار گیرد. این نظر نه بر خلاف حکم قانون‌گذار است و نه خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی. بنابراین طرفین اقاله می‌توانند به این شکل توافق کنند که ریسک ناشی از تلف موضوع اقاله یا ضمان ناشی از تلف موضوع اقاله از دوش متصرف برداشته و به دوش طرف مقابل انتقال یابد (امامی، ۱۳۶۶ش، ج ۱، ص ۴۶۳).

#### ۱-۲-۲- ضمان یا عدم ضمان شخص متصرف در اقاله

سؤال دیگری که مطرح است، آیا متصرف ضامن تلف عین می‌باشد در صورتی که تلف موضوع اقاله در دست متصرف آن و با فرض این‌که تلف پیش از تسلیم موضوع اقاله باعث انفساخ آن نمی‌گردد؟ بدیهی است که اهمیت پاسخ به این سؤال در صورتی است که فائل به آن شویم که در اقاله، ضمانی از نوع ضمان معاوضی وجود ندارد. در صورت پذیرش ضمان معاوضی در اقاله، صحبت از ضمان قهری نیز بی‌مورد خواهد بود؛ زیرا با پذیرش ضمان معاوضی در اقاله، ما حکم به نابودی اقاله داده‌ایم، در حالی‌که وجود ضمان قهری برای شخص متصرف موضوع اقاله، منوط به بقای حیات حقوقی اقاله می‌باشد. در این مبحث نیز ابتدا به بررسی نظر فقها پرداخته و سپس نظر قانون مدنی و حقوق دانان و نظر مختار بیان خواهد شد.

#### ۱-۲-۱- دیدگاه فقها

در خصوص ضمان ید متصرف موضوع اقاله در فقه صحبت زیادی نشده است؛ اما با تتبع زیادی که محقق در منابع زیاد فقهی انجام داده می‌توان گفت در این خصوص میان فقها دو نظر وجود دارد:

اول - عده‌ای از فقها برآنند که پس از اقاله هر یک از دو عوض نزد طرف دیگر قرارداد امانت است. تلف مبیع پیش از تسلیم به فروشنده، نه تنها موجب انفساخ اقاله نمی‌شود؛ بلکه ضمانی را نیز برای متصرف در پی نخواهد داشت. نهایت آن‌که اگر تلف به متصرف منتسب باشد، به نحوی که وی مال را مباشرتاً اتلاف نماید یا به جهت تقصیر خود سبب تلف آن گردد، موجب ضمان او می‌شود؛ به نحوی که وی ضامن استرداد مثل یا قیمت آن

می‌باشد و اگر تلف نتیجه‌ی عوامل خارجی باشد، وی ضامن پرداخت چیزی نخواهد بود (شهیدثانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۶).

دوم - عده‌ای دیگر از فقها، این نظر را نپذیرفته و به طور مطلق حکم به مسؤولیت ید متصرف داده‌اند (نجفی، ۱۳۷۴ ش، ج ۲۴، ص ۳۵۸).

### ۱-۲-۲- دیدگاه قانون مدنی و حقوق دانان

قانون‌گذار در قانون مدنی و در میان قواعد پیرامون اقاله، صحبتی از وضعیت حقوقی ید اقاله کننده نکرده است. با این حال، بعضی از اساتید حقوق بیان داشتند که ید هر یک از دو طرف اقاله نسبت به مال موضوع اقاله یک ید امانی بوده و از این رو متصرف ضامن تلف یا نقصان مال مورد اقاله نمی‌باشد؛ مگر آن که متصرف مرتکب تعدی و تفریط شده باشد یا آن - که مباشرتاً مال را تلف کرده باشد (امامی، ۱۳۶۶ ش، ج ۱، ص ۳۳۲ و ۳۳۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸ ش، ص ۲۱۳؛ افتخاری، ۱۳۸۲ ش، ص ۳۱۵).

برخی دیگر از حقوق‌دانان از امانی تلقی کردن ید متصرف مال موضوع اقاله، استقبال نکرده و بیان داشته‌اند: «از آن جایی که در اقاله، هدف اعاده‌ی وضع پیشین است و از این رو طرفین در اقاله، تراضی بر بازگرداندن دو عوض موجود می‌کنند، هر یک از دو طرف در برابر دیگری تعهد می‌کند آن چه را که بر مبنای عقد نخستین به دست آورده باز گرداند. این تعهد که یک تعهد قراردادی بوده و ریشه در اقاله دارد، از نوع تعهدات به نتیجه بوده و از این رو اگر متصرف متعهد نتواند به این تعهد خود عمل نماید ضامن می‌باشد؛ مگر این که وی ثابت کند حادثه‌ی قهری و احترازناپذیری مانع از وفای به عهد شده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ش، ج ۵، ص ۴۳). با اندک تأملی آشکار می‌شود که این دو نظر در عمل یکسان بوده و تنها در بار اثبات مسؤولیت متصرف با یکدیگر متفاوت می‌باشند. به این شکل که برطبق نظر نخست اثبات تقصیر متصرف بر عهده‌ی مالک مال است و برطبق نظر دوم، اثبات عدم تقصیر متصرف و تلف مال به دلایل غیرمنتسب به متصرف، بر عهده‌ی متصرف می‌باشد.

### ۱-۲-۳- نظر مختار

نظر گروه نخست فقها و دو نظر ارائه شده از سوی حقوق‌دانان کامل نیست. استدلال گروه نخست فقها و حقوق‌دانان به این دلیل مردود است که امین تلقی کردن ید متصرف در این فرض نیاز به دلیل دارد و حال آن که دلیلی برای امین تلقی کردن متصرف وجود ندارد.

بنابراین در صورتی که قایل به عدم اجرای ضمان معاوضی در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی باشیم، باید قایل به وجود ضمان قهری ید متصرف گردیم؛ زیرا اصل بر ضمان آور بودن تصرفات غیر بر مال دیگری می‌باشد؛ مگر آن‌که وی امین شخص مالک قرار گیرد و با نص «لیس علی الیمین الا الیمین» از تحت شمول قاعده‌ی «علی الید ما أخذت حتی تودیه» خارج گردد. بنابراین هر جا در امین بودن یا نبودن ید متصرف شک حاصل شود، باید به اصل که ضمانی بودن ید می‌باشد، مراجعه شود.

در این جا شاید اشکال شود، در این فرض مالک با باقی‌گذارندن مال در دست متصرف به او اذن در تصرف می‌دهد؛ این اذن خود مفید امانت است و در جایی که امانت وجود دارد نیز صحبت از ضمان بی‌معنا می‌باشد. در جواب این اشکال می‌گوییم به فرض آن‌که در این جا اذنی از سوی مالک داده شده باشد، اما باید توجه داشت که هر اذنی مفید امانت نیست. همان‌طور که بعضی از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند اذن فی‌ذاته تنها بر اباحه دلالت دارد و نه بر امانت (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ص ۶۰). برای ایجاد امانت، علاوه بر اذن رعایت شرایط دیگری نیز وجود دارد. مگر نه این است که متصرف مأخوذ بالسوم و مقبوض به عقد فاسد ضامن مالی است که تحویل می‌گیرد؛ در حالی که مالک آن مال، به متصرف آن اذن در تصرف می‌دهد. علت آن است که هر اذنی مفید امانت نیست. اذن تنها مفید اباحه است. برای امانت باید دنبال چیزی علاوه بر اذن گشت (مراغه‌ای، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۵۱۳).

آن اذنی می‌تواند مفید امانت باشد که یا تصرف برای تأمین منافع شخص مالک به کار رود (همان، ص ۴۸۴) یا آن‌که مقنن صریحاً مأذون را امین تلقی نماید (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ص ۶۱)؛ مانند تصریح مقنن به امانی بودن ید متصرف در عقد عاریه. باید اذعان کرد که در تصرفات متصرف بعد از اقاله نه این تصرفات به نفع مالک است و نه آن‌که قانون صریحاً تصرفات وی را در قالب امانت قرار داده باشد؛ بنابراین باید آن را ضمانی تلقی نماییم. در این حالت متصرف باید در صورت تلف مال موضوع اقاله مثل یا قیمت مال را به مالکی که در نتیجه‌ی اقاله مال گردیده است، تسلیم نماید.

بنابراین به فرض عدم اجرای قاعده‌ی ضمان معاوضی در اقاله، در صورت تلف یا معیوب شدن مال موضوع اقاله در ید اقاله‌کننده، وی مطلقاً ضامن است؛ چه تلف ناشی از علل سماوی باشد و چه ناشی از تعدی و تفریط شخص متصرف باشد.

## ۲- وجود یا عدم وجود ضمان معاوضی یا ضمان

### یا عدم ضمان شخص متصرف در فسخ

در این گفتار مانند مبحث پیشین، ابتدا به بررسی وجود یا عدم وجود ضمان معاوضی در فسخ و سپس به وجود ضمان یا عدم ضمان شخص متصرف اشاره می‌شود.

## ۲-۱- وجود یا عدم وجود ضمان معاوضی در فسخ

در این مبحث نیز ابتدا آرای فقها و سپس نظر مختار و استدلال پیرامون آن خواهد آمد.

### ۲-۱-۱- نظر فقها

علامه در کتاب *قواعد* می‌فرماید: «خيار فسخ با تلف عين از بين نمی‌رود» (محقق کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۴۳). مرحوم عاملی نیز در *مفتاح الکرامه* ضمن پذیرش این حکم، اجرای آن را چه تلف ناشی از علل سماوی باشد و چه تلف ناشی از علل غیرسماوی باشد، در مطلق خيارات جاری می‌داند (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۰۴۲). علت این حکم، هم‌چنان که گفته شده است، تعلق خيار به عقد است، بیش از آن‌که به عين تعلق داشته باشد. از این‌رو در صورت تلف عين، طرفین عقد بعد از اعمال فسخ به بدل آن عين رجوع می‌کنند.<sup>۱</sup> شیخ انصاری نیز قایل به این نظر است که تلف عين مانع فسخ عقد نمی‌باشد. ایشان پس از نقل و قول نظر متقدمین (محقق حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۷؛ شهیدثانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۱۲) که قایل به سقوط خيار فسخ به سبب مطلق تصرف می‌باشند، در باب منع تصرف از سوی مالک عقدی در زمان خيار به این نتیجه می‌رسد که تصرفات برای مالک عقدی به دلیل عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و نبود دلیل بر تقييد این عموم جایز است؛ مگر

---

۱. فسخ قرارداد یعنی برهم‌زدن قرارداد. فسخ قرارداد حقی است که قانون‌گذار بنا بر مصالحی و به تبع یک حق دیگری به یکی از طرفین قرارداد یا به هر دوی آن‌ها اعطا می‌کند. فسخ عقد دو سبب دارد: خيار و رجوع. باید بین خيار فسخ و رجوع به عقد تفاوت گذاشت. این دو با هم سه تفاوت مهم دارند:  
الف- رجوع قائم به شخص معامله‌کننده است؛ در حالی که فسخ به وراثت معامله‌کننده منتقل می‌شود.  
ب- رجوع حکم است. از این‌رو قابل اسقاط نیست؛ در حالی که خيار فسخ حق است و قابل اسقاط می‌باشد.  
ج- رجوع وابسته به عين مورد معامله است. از این‌رو در صورتی که عين مورد قرارداد از بين برود، حق رجوع نیز از بين می‌رود؛ در حالی که فسخ به عقد مربوط می‌باشد. از این‌رو در صورت تلف مورد معامله کافی است که فسخ‌کننده بدل آن مال را به طرف دیگر بدهد.

در اختیارات غیراصولی یا جعلی، هم‌چون خیار شرط (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۹۸). از نگاه ایشان تلف عین به فسخ عقد خللی وارد نمی‌آورد؛ در صورت تلف عین، فسخ با پرداخت بدل آن امکان‌پذیر خواهد بود.<sup>۱</sup>

سیدکاظم طباطبایی‌یزدی با جایز دانستن هرگونه تصرف از سوی مالک و عدم تفکیک مابین اختیارات جعلی و غیر اختیارات جعلی، قائل بر امکان فسخ عقد حتی در صورت تلف عین می‌باشد. ایشان در تأیید نظر خود این‌گونه استدلال می‌کند: بر طبق قاعده‌ی «المبیع یملک بالعقد» با انعقاد عقد بیع عین در ملکیت مالک عقدی قرار می‌گیرد؛ مالک عقدی نیز می‌تواند بر طبق عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» در مال خود هرگونه تصرفی که می‌خواهد انجام دهد. از نگاه سید این ادعا که خیار حقی وابسته به عین است، یک ادعای باطل می‌باشد. ایشان مانند شیخ مرتضی انصاری در مکاسب، خیار فسخ را حقی می‌داند که هم وابسته به عین و هم وابسته به عقد است؛ به نحوی که با فسخ عقد، اگر عین باقی بود خود عین و در صورت تلف بدل آن عین داده می‌شود» (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۴۴۶).

با توجه به آنچه گفته شد، فقها قائل به وجود ضمان معاوضی در فسخ نشده‌اند؛ زیرا بر طبق نظر آنان تلف عین قبل از فسخ، مانع اعمال فسخ نمی‌شود. پس می‌توان گفت از نظر فقها و به طریق اولی تلف مال بعد از اعمال فسخ نیز مانع صحت فسخ نمی‌شود (الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۴۸۳).

---

۱. در نقطه‌ی مقابل در برخی نظام‌های حقوقی دیگر مانند: فرانسه، آلمان، انگلیس و قوانین بین‌المللی هم-چون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ( ماده‌ی ۸۲)، یکی از شرایط فسخ قرارداد، امکان اعاده‌ی وضع به حالت سابق می‌باشد. بنابراین در این نظام‌ها تلف عین مورد معامله مانع فسخ قرارداد می‌باشد. با این حال در برخی از نظام‌های حقوقی، هم‌چون انگلیس رعایت این شرط در فسخی که ناشی از نقض تعهدات قراردادی صورت می‌گیرد، لازم نیست. در برخی نظام‌های حقوقی دیگر مانند: فرانسه (ماده‌ی ۱۶۶۷ق.م.) و آلمان در فسخی که سبب آن عیب موجود در کالا می‌باشد، اعاده‌ی وضع به حالت سابق شرط نمی‌باشد. در مقررات بین‌المللی، مانند اصول قراردادهای بین‌المللی (ماده‌ی ۶ از قسمت سوم از بخش هفتم) و اصول اروپایی حقوق قراردادهای اعاده‌ی وضع به حالت سابق، شرط اعمال فسخ نمی‌باشد.

## ۲-۱-۲- نظر مختار

نظر مختار فقها با استدلالی که گفته خواهد شد مورد متابعت محقق نیز می‌باشد. به عبارت دیگر، منتقل‌الیه می‌تواند علی‌القاعده جز در موارد استثنایی بر طبق قاعده‌ی «المبیع یملک بالعقد» و عموم حدیث نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» در مال مورد انتقال تصرف نماید. به نحوی که خیار فسخ مانع از تقيید و تحدید این تسلط نخواهد شد. هم-چنین، این تصرف حتی منتهی به تلف مال شود به حق فسخ وی خللی وارد نمی‌آورد. زیرا همان‌طور که گفته شد، خیار فسخ به عقد و نه به عین تعلق دارد. بنابراین، همان‌طور که تلف مبیع قبل از فسخ مانع اعمال فسخ نمی‌شود؛ به طریق اولی تلف مبیع بعد از فسخ و قبل از قبض آن به طرف دیگر نیز، مانع نفوذ و صحت فسخ انجام شده نخواهد شد.

اما به چه دلیل در اقاله که فقها نیز تلف مبیع را مانع اعمال اقاله ندانسته‌اند و رجوع به بدل را ممکن دانسته‌اند، بر طبق نظر مختار و برخلاف نظر مشهور فقها، تلف مبیع بعد از اقاله باعث انفساخ اقاله می‌شود؛ ولی در فسخ، تلف عین تأثیری بر فسخ صورت نمی‌گیرد.

در پاسخ باید به تفاوت اساسی مابین اقاله و فسخ که همان وجود تراضی در اقاله می‌باشد، اشاره کرد. اگر تلف هر یک از عوضین مانع صحت اقاله می‌شود، به جهت آن است که اقاله مبتنی بر تراضی طرفین است؛ از این‌رو اگر بعد از اقاله و قبل از تسلیم متعلق اقاله، متعلق اقاله تلف گردد، تراضی موجود در اقاله که فرض بر آن است که مقید بر وجود عین بوده است نیز مخدوش می‌گردد و از این‌رو نفوذ آن به دلیل انتفای قید آن، زیر سؤال می‌رود. در این حالت وجود عوضین برای اقاله قید تراضی بوده است؛ در صورت تلف هر یک از عوضین با توجه به قاعده‌ی «إذا انتفی القید ینتفی المقید» تراضی وابسته به آن نیز مخدوش می‌گردد. بنابراین در صورت تلف مال موضوع اقاله، برای یک اقاله‌ی صحیح نیاز به یک تراضی جدید دیگر می‌باشد. اما در فسخ نیازی به تراضی نیست، پس تلف هر یک از عوضین مانع صحت فسخ نمی‌شود. علت این امر که فقها ضمان معاوضی را در اقاله نفی کرده‌اند نیز همین است؛ یعنی یکی دانستن ماهیت اقاله و فسخ و نادیده انگاشتن عنصر تراضی در اقاله.

## ۲-۲- ضمان یا عدم ضمان شخص متصرف در فسخ

### ۲-۲-۱- دیدگاه فقها

درباره‌ی ضمان یا عدم ضمان شخص متصرف در صورت فسخ عقد و قبل از تسلیم مال به مالک پیشین آن در فقه دو نظر وجود دارد:

اول - بعضی از فقها پذیرفته‌اند در صورتی که فروشنده عقد را فسخ نماید، متصرف ضامن نمی‌باشد؛ زیرا با این اقدام وی مبیع را به‌طور ضمنی نزد خریدار به امانت می‌نهد. پس وی ضامن نمی‌باشد؛ مگر در صورت تعدی و تفریط. ولی در جایی که خریدار عقد را فسخ کند وی ضامن می‌باشد؛ زیرا مال در ضمانت او بوده است، بنابراین ضمانت استصحاب می‌شود و هیچ اذن جدیدی نیز از سوی شخص فروشنده مبنی بر تصرف خریدار وجود ندارد (علامه-حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴۵؛ انصاری، ۱۴۲۵ق، ص ۱۱۷؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۰۴۸).

دوم - در مقابل گروه نخست از فقها، بعضی دیگر از فقها گفته‌اند: از آغاز معامله بنای دو طرف معامله بر این بوده است که خریدار ضامن بدل مورد معامله باشد؛ این بدل در قرارداد ثمن است و در عقد فسخ شده خود مورد معامله و در صورت تلف مثل یا قیمت آن می‌باشد. بنابراین هیچ‌گاه تصرف خریدار بدون عوض و به نیابت از سوی انتقال‌دهنده نمی‌باشد (فخرالمحققین، ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۴۹۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۲۲؛ نجفی، ۱۳۷۴ش، ج ۲۴، ص ۳۵۸).

علامه حلی در قواعد با پذیرش نظر نخست امین دانستن متصرف را در صورتی که فروشنده عقد را فسخ کرده باشد دارای اشکال می‌داند (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴۵) و در تذکره نیز همین مطلب را بیان داشته‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۴۹۱؛ محقق-کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۲۲) که متصرف را چه فاسخ باشد و چه مفسوخ‌علیه ضامن است. بعضی از فقهای دیگر نیز، هم‌چون شیخ انصاری در این‌باره قائل به تفکیک شده است. از نگاه ایشان بین دو فرض ذیل باید قائل به تفکیک شد: برطبق نظر ایشان در صورتی که عین مال در ید فرد فاسخ تلف شود، وی ضامن است. ایشان برای ادعای خود سه دلیل ذیل را ذکر می‌کند:

الف- قبل از فسخ، مال در ضمان‌گیرنده بوده است؛ از آن جایی که اصل بر بقای این ضمانت می‌باشد؛ بنابراین مال مورد تصرف بعد از فسخ نیز هم‌چنان در ضمان‌گیرنده قرار دارد. منتهی از نگاه ایشان، هم‌چون عقد فاسد، ضمان بالثمن المسمی که قبل از فسخ قرارداد وجود داشت به ضمان بالثمن واقعی تبدیل می‌شود.

ب- عموم «علی الید ما أخذت حتی تودیة».

ج- نبود دلیل کافی برای امانی تلقی شدن ید فاسخ و خروج ید وی از تحت عموم علی الید. اما در صورتی که عین در دست مفسوخ‌علیه تلف گردد، از نگاه ایشان در ضمان‌آور بودن یا امانی بودن ید وی تأمل وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۱۷). سیدکاظم



طباطبایی در کنار پذیرش وجود مناقشه در موضوع مورد بحث در نهایت نظر شیخ انصاری را می‌پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۴۵۱).

### ۲-۲-۲- نظر مختار و استدلال پیرامون آن

نظر مرحوم فخرالمحققین و محقق کرکی تا حدود زیادی، با استدلال دیگری، قابل پذیرش می‌باشد. ید متصرف پس از فسخ، مطلقاً یک ید ضمانی است؛ چه متصرف فاسخ باشد و چه مفسوخ علیه، زیرا اصل بر ضمان آور بودن تصرفات شخص متصرف بر مال غیر می‌باشد؛ مگر آن که وی امین شخص مالک قرار گیرد و با نص «لیس علی الیمین الا الیمین» از تحت شمول قاعده‌ی «علی الید ما أخذت حتی تودیة» خارج گردد.

هرجا در امین بودن یا نبودن ید متصرف شک حاصل شود، باید به اصل مراجعه شود. بنابراین در صورت تلف یا معیوب شدن مال موضوع فسخ، متصرف ضامن مثل یا قیمت عین در تصرف می‌باشد. در پیش جواب این اشکال که در این جا مالک با باقی گذارندن مال در دست متصرف به او اذن در تصرف می‌دهد و این خود مفید امانت است. بار دیگر و به‌طور خلاصه به فرض آن که مالک در این جا اذن در تصرف داده باشد، باید دانست هر اذنی مفید امانت نیست؛ به عبارت بهتر اذن فی‌ذاته تنها بر اباحه دلالت دارد و نه بر امانت. برای ایجاد امانت، علاوه بر اذن نیاز به رعایت شرایط دیگری نیز هست. آن اذنی می‌تواند مفید امانت باشد که یا تصرف برای تأمین منافع شخص مالک به‌کار رود یا آن که مقنن صریحاً مأذون را امین تلقی نماید؛ مانند تصریح وی در عقد عاریه. در تصرفات متصرف بعد از فسخ شاهد آن هستیم که این تصرفات نه به نفع مالک است و نه آن که قانون صریحاً تصرفات وی را در قالب امانت قرار داده است. بنابراین باید ید فاسخ و مفسوخ‌علیه را ضمانی تلقی نماییم و وی را ضامن هرگونه عیب و تلف بدانیم؛ چه تلف و عیب ناشی از علل سماوی باشد و چه ناشی از تعدی و تفریط شخص متصرف.

### نتیجه

مطالب تبیین شده در این نوشتار را می‌توان در چند فراز دسته‌بندی نمود:

- ۱- به مانند انعقاد و اجرای قراردادهای معاوضی در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی نیز ضمان معاوضی وجود دارد. بنابراین در صورتی که موضوع اقاله تلف شود، اقاله منفسخ می‌گردد. در صورتی که موضوع اقاله توسط متصرف تلف گردد، مالک می‌تواند یا قرارداد را بر

مبنای خیار تعذر تسلیم فسخ نماید یا با ابقای اقاله جهت دریافت مثل یا قیمت مال تلف شده، به متلف رجوع کند.

۲- در صورتی که قایل به عدم اجرای قاعده‌ی ضمان معاوضی در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی باشیم، حداقل باید قایل به مسئولیت مدنی ید متصرف گردیم؛ چه تلف ناشی از تقصیر متصرف باشد و چه ناشی از علل سماوی باشد.

۳- همان‌طور که تلف مبیع قبل از فسخ مانع اعمال فسخ نمی‌شود، به طریق اولی تلف مبیع بعد از فسخ و قبل از قبض آن به طرف دیگر نیز مانع نفوذ و صحت فسخ نخواهد شد.

۴- در صورتی که قبل از تسلیم موضوع فسخ، مال در ید متصرف آن تلف یا معیوب شود، متصرف مطلقاً چه مقصر باشد و چه نباشد، مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت مالک را نماید.

#### منابع

- افتخاری، جواد، کلیات عقود و تعهدات، چ ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۲ ش.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، چ ۳، تهران، انتشارات اسماعیلیه، ۱۳۶۶ ش، ج ۱.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، چ ۲، قم، انتشارات الامام المنتظر، ۱۴۲۵ ق، ج ۳.
- بهرامی احمدی، حمید، چ ۱، کلیات عقود و قراردادهای، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶ ش.
- جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح المعه‌الدمشقیه، چ ۲، قم، انتشارات ارغوان دانش، ۱۴۲۶ ق، ج ۲.
- \_\_\_\_\_، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، بی‌جا، چاپ سنگی، انتشارات مکتبه بصیرتی، بی‌تا، ج ۲.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، تئوری الموازنه، چ ۱، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱ ش.
- \_\_\_\_\_، فرهنگ عناصرشناسی، چ ۱، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
- \_\_\_\_\_، فلسفه حقوق مدنی، چ ۱، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش، ج ۲.
- حسینی سیستانی، علی، منهاج الصالحین، چ ۵، قم، انتشارات دفتر آیة‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲.
- حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه، بی‌جا، بیروت، انتشارات دارالتراث، ۱۴۱۸ ق، ج ۸.
- حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، شرایع الاسلام، چ ۳، قم، انتشارات دارالتفسیر، ۱۴۲۵ ق، ج ۲.
- حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چ ۱، بیروت، انتشارات مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۰.
- \_\_\_\_\_، قواعد الاحکام، بی‌جا، بی‌جا، چاپ سنگی، منشورات الاحکام، بی‌تا.

- الزحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامیه وادلته*، چ ۱، دمشق، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۸ق، ج ۵. شهیدی، مهدی، *تعهدات*، چ ۱۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸ش.
- صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، چ ۶، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷ش.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *حاشیه بر مکاسب*، بی جا، قم، انتشارات الاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق، ج ۳.
- طوسی، محمد، *مبسوط فی فقه الامامیه*، بی جا، بی جا، بی نا، بی تا، ج ۲.
- فخرالمحققین، *ایضاح الفوائد*، چ ۱، تهران، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۳ش، ج ۱.
- قاسم زاده، مرتضی، *مختصر قراردادها و تعهدات*، چ ۱، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸ش.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چ ۴، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ش.
- \_\_\_\_\_، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چ ۱۲، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۴ش.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه بخش مدنی*، چ ۲، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ش، ج ۱.
- محقق کرکی، *جامع المقاصد*، چ ۱، بیروت، انتشارات موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ق، ج ۲.
- المراغه‌ای، میر عبدالفتاح، *العناوین*، چ ۲، قم، انتشارات نشر اسلامی، ۱۴۲۵ق، ج ۲.
- الموسوی الخمینی، روح الله، *کتاب البیع*، چ ۱، تهران، انتشارات موسسه تنظیم و نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۱ق، ج ۵.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، چ ۳، انتشارات دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۷۴ش، ج ۲۳ و ۲۴.