



The Necessity of Adherence to Liability Benefits: An Analysis of Articles 387 and 558 of the Civil Code

Mohammad Salehi Mazandarani*, Mohammadhossein khalili**,
Ali keshavarz***, Ali Nakhjavani****

Abstract

In the realm of financial transactions, the customary exchange of money serves as the foundation, aiming to satisfy the needs and requirements of each party involved. In this context, the mastery of rights by both buyers and sellers becomes imperative. However, situations may arise where, before the property is handed over to the buyer, it is destroyed due to unforeseeable events beyond the seller's control. In such cases, the transaction deviates from the parties' intentions and customary practices. If, during this transaction, the seller has already received payment, Article 387 of the Civil Code mandates the return of the funds to the buyer. This reimbursement is contingent on the non-transfer of the property that was originally part of the sale.

Moreover, the goods being traded might possess inherent interests separate from the primary property, complicating the status of these

How to Cite: Salehi Mazandarani, M., khalili, M., keshavarz, A., Nakhjavani. A (2024). The Necessity of Adherence to Liability Benefits: An Analysis of Articles 387 and 558 of the Civil Code, *Journal of Legal Studies*, 15(4), 135-168.

* Associate Professor of Private Law Department, faculty of law, University of Qom, Qom, Iran. Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir

** Assistant professor of law and jurisprudent, Department of law, University of osouldin, qom, Iran. Email: dr.mh.khalili20@gmail.com

*** MA in document and commercial contracts law, Faculty of Judicial Law, university of judicial science and administrative services, Tehran, Iran. (Corresponding author)

Email: ali.keshavarzghaza26@gmail.com

**** PhD student in private law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: ehsannkhjvni@gmail.com

additional interests. Article 387 of the Civil Code only addresses the seller's obligation to refund the transaction funds to the buyer, revolving around the concept of the "destruction of the object of sale before delivery." Nevertheless, this legal provision does not explicitly delineate the consequences of such annulment. As a result, a degree of ambiguity emerges when dealing with this scenario. Jurists, recognizing this gap in the law, have delved into this issue, seeking clarity and resolution.

This matter has spurred extensive debates in both Imamiyyah and Sunni jurisprudence, leading to varying interpretations. Some scholars, in their attempt to explain the effects of annulment, have created an alternative rule known as "advantages and interests of an object follows the risk." This rule aims to mitigate the ambiguity surrounding the annulment of pledge agreements.

Additionally, some scholars have posited that property ownership temporarily reverts to the seller, highlighting that during this brief period, the seller is obligated to refund the transaction amount. However, all these perspectives converge on the idea that the property ultimately belongs to the buyer, with the benefits and interests inextricably tied to the buyer's claim. This viewpoint contradicts the Shariah rule of "advantages and interests of an object follows the risk," a principle upheld by the Prophet of Islam, which places the responsibility for benefits and interests on both the buyer and the seller.

It is important to note that the rule of "advantages and interests of an object follows the risk" is divinely ordained, whereas the rule of the "destruction of the object of sale before delivery" stems from scholarly interpretation. This stark contrast highlights a fundamental conflict in unassigned law: the ownership status of benefits. The preference for the sharia rule of "advantages and interests of an object follows the risk" over the rule of "destruction of the object of sale before delivery" dictates that the benefits continue to belong to the seller, aligned with the remaining property's ownership status.

Furthermore, the acceptance of the rule of "advantages and interests of an object follows the risk" in relation to "commandite" has been acknowledged in civil law through extensive jurisprudential studies. Consequently, it has been established that adhering to the benefits guaranteed to each party in a properly executed agreement, where both parties maintain control over the property involved, is considered legally valid and representative.

In conclusion, this research underscores the necessity of upholding the benefits guaranteed by the law, as clarified in articles 387 and 558 of the Civil Code. It establishes that the determination of benefits for each party in a contract hinges on the guarantee bestowed upon them, as defined by the

explicit language of the law and jurisprudence. This theory posits that one benefits from the guarantee and bears the responsibility for any loss incurred in connection with the property. This novel theory, developed through extensive analysis of the Civil Code's articles, provides a unique perspective that has not been explored in previous legal studies.

Keywords: advantages and interests of an object follows the risk, destruction of the object of sale before delivery, profit guarantee condition, commandite, automatic cancellation.

Article Type: Research Article.

لزوم تبعیت منفعت از ضمان؛ اقتضای مواد ۳۸۷ و ۵۵۸ قانون مدنی

محمد صالحی مازندرانی*، محمد حسین خلیلی،** علی کشاورز***، علی نخجوانی****

چکیده

اصول کلی بهره‌برداری از منفعت مال، اصولاً پیرو مالکیت آن مال است؛ اما در جایی که مالکیت متزلزل است یا اولویت ندارد، نیازمند قاعده‌سازی جهت تعیین منفعت برای یکی از طرفین توافق است. هدف این پژوهش، رسیدن به یک معیار کلی تعیین منفعت برای جایی است که سکوت مقنن در خصوص ماهیت‌های ذکر شده یا مخالفت با نظریه آن در شرع وجود دارد. از این رو سؤال محوری این است که منفعت مبیع قبل از قبض در عقد بیع و مضاربه در حالت عدم کسب سود یا از بین رفتن سود به دست آمده، به چه کسی تعلق می‌گیرد؟ با جستار در یافته‌های فقیهان اسلامی، به روش تحلیلی-توصیفی ورود محتوای قاعده الخراج بالضمان در قانون مدنی ایران به عنوان یک قاعده عمومی شرعی در تعیین منفعت مزبور معرفی و در پس آن، مجالی برای اعتبارسنجی بیش از مدلول تلف مبیع قبل از قبض به عنوان قاعده متشرعه که فرض اولیه مبحث جاری است، باقی نمی‌ماند. لذا علاوه بر استظهار مؤیدات معانی ذکر شده، در مواد ۴۸۳، ۵۵۱، ۵۵۸ و ۳۸۷ قانون مدنی ایران و ماده ۱۴۲۷ قانون مدنی عثمانی، اثر فقه‌رایی

* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده اصول دین، قم، ایران.

Email: dr.mh.khalili20@gmail.com

*** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم

قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) Email: ali.keshavarzghaza26@gmail.com

**** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران،

Email: ehsannkhjvni@gmail.com

ایران.

انفساخ در ماده ۳۸۷ ق.م. و لزوم تعیین منفعت در مضاربه برای طرفی که شرعاً و قانوناً زیان حادث بر او فرض شده، به عنوان دستاوردهای نوآورانه پژوهش معرفی می‌شوند.

واژگان کلیدی: الخراج بالضمنان، تلف مبیع قبل از قبض، شرط تضمین سود، مضاربه، انفساخ.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی.

سرآغاز

بهره‌برداری از مال، از لوازم ملکیت و امتیازی است که برای مالک در نظر گرفته شده است. گاهی منفعت جدای از ملکیت عین، مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد؛ اما اینکه نفس ملکیت و انتقال عین سبب چنین مجوزی شده یا آنکه پذیرش مخاطره‌ای که مالک مال بر عهده می‌گیرد، چنین مجوزی را به وی می‌دهد، جواب مشخصی ندارد و هر یک از نظرات فوق به سبب ظهوری که دارند موجب ترتب احکام و آثار خاص خود می‌شوند. اگرچه ملکیت و احترام به آن مورد حمایت شارع و مقنن است، اما این اصل اولیه بهره‌برداری از هر مالی است. درحالی‌که ممکن است با توافق و یا با اراده شارع به منظور انتظام اقتصادی و اجتماعی، میزان بهره‌برداری منافع از این اصل اولیه گذر کند و نوع دیگری از آن را مقرر دارد. در این میان معاوضه و مورد خاص و مبتلابه آن، یعنی بیع، وضعیت به‌ظاهر متفاوتی را تجربه می‌کند. در این میان به سبب روایت معتبری که در کتب شیعه و اهل سنت با عنوان قاعده «الخراج بالضمنان»^۱ نقل شده است، مسئله بهره‌برداری از منفعت در خصوص مال تلف‌شده قبل از قبض، نیازمند کاوشی متناسب است که پاسخگوی رفع تناقض قواعد مذکور باشد. پس از مفهوم‌یابی و رویکرد خاص به نص روایت، ضمن پرهیز از معانی دوری که برخی فقیهان برای قاعده فوق در نظر گرفته‌اند (Khomeini, 1972, vol. 1: 468)^۲، با تکیه بر

۱. مصادر روایت بعداً بیان می‌شود.

۲. لازم به ذکر است که مرحوم امام خمینی (ره) در معنی الخراج بالضمنان بیان می‌دارد: مقصود از خراج یعنی مالیاتی که حکومت اسلامی از شهروندان می‌گیرد، در مقابل تعهدی است که نسبت به ملت در اداره مملکت و ایجاد امنیت

پیوند مفاهیم لغوی و اصطلاحی قاعده مذکور، منفعت یا همان بهره‌برداری از مال در معاوضه، در مقابل ضمانی است که برای مالک مستقر آن مال یا ملک در نظر گرفته شده است. مضمون روایت چنین است: فردی برده‌ای خریده بود و بعد از یک هفته استفاده از منافع او، به جهت عیب پنهانی که برده داشت، آن را برگرداند و فروشنده نزد رسول‌الله (ص) درخواست التزام خریدار به عوض منافع استیفاشده کرد. پیامبر (ص) با بیان الخراج بالضمن، بهره‌برداری خریدار را مشروع و درخواست فروشنده را رد کردند. این روایت و بیان رسول اکرم (ص) متضمن قاعده‌ای عام و طریقی جهت استنباط و استقرار صحیح آثار فقهی و حقوقی بر احکام معاوضه شده است. در فقه اهل سنت تا آنجا پیش رفته‌اند که به سبب ضمان غاصب، منافع استیفاشده توسط او را نافذ قلمداد کرده‌اند که البته توسط اهل‌البیت علیهم‌السلام به شدت با چنین فتاوی‌یی برخورد شده است (Ansari, 1990, vol. 7: 187). از طرفی این مسئله نباید سبب بی‌توجهی به این قاعده و عدم بهره‌برداری صحیح از آن شود، زیرا فقیهان امامیه اصل این قاعده را تلقی به قبول و احکام مترتب بر معاوضه را با آن مورد استنباط قرار داده‌اند (Tousi 1987, Vol 2: 126; Mamaqani, 1905, Vol 2: 288; Bahrul Uloom, 1943. Vol 2: 118; Khomeini, 1972, Vol. 1: 468; Milani, 2008, Vol 2: 279; Makarem Shirazi 2001, Vol 1: 161). موضع اختلاف تعارض ظاهری مفاد عام این قاعده با قاعده تلف مبیع قبل از قبض مذکور در ماده ۳۸۷ قانون مدنی است. طبق قاعده خراج، منفعت برای کسی است که مال در ضمان او و خسارت وارد بر مال بر ذمه او فرض شده است؛ در حالی است که

در جامعه و تشکیل ارتش و تهیه مراکز آموزش و پژوهش و ساختن بیمارستان‌ها و مراکز بهداشتی و تنظیم شهرداری‌ها و غیر ذلک دارد. به تعبیر دیگر دولت‌ها در جوامع مرفعی عقلانی در مقابل دریافت مالیات متعهد هستند همه خدمات شهری، فرهنگی و رفاهی را تأمین کنند؛ اما منابع ملی مثل نفت، گاز، معادن و غیر ذلک صرف کارهای اساسی و زیر بنایی می‌شود. در مقابل این معنا اکثریت فقها معنی فرع و منفعت را برای آن در نظر گرفته‌اند که در ادامه متن ذکر خواهد شد. فارغ از مطلب ذکرشده، بنا بر نظر نگارندگان همین‌که امام خمینی سعی در اثبات معنی دیگری کرده‌اند غیر از آنچه در میان شیعه و اهل سنت شهرت دارد، نشان از شهرت این قاعده نزد فقیه نواندیشی مثل ایشان و از طرفی هم تأیید ایشان در عمل اصحاب در جبران ضعف ظاهری سندی این قاعده است.

قاعده خاص تلف مبیع قبل از قبض ضمان تلف شدن مال را بر ذمه بایع قرار داده است که نوعی دوگانگی بر اثر انفساخ در ماده ذکر شده پیش می‌آید. ممکن است گفته شود طبق قاعده اخیر، ملکیت برمی‌گردد، ولی با تعبیر انفساخ بهره‌برداری از منفعت مال به تبعیت از اثر انتقالی آن برای مشتری باقی می‌ماند. در این حالت تعارض بدین صورت مطرح می‌شود که با استقرار ذمه بر عهده فروشنده قبل از قبض، چرا منافع آن نیز بر نمی‌گردد؟ آیا ملکیت برمی‌گردد یا آنکه جبران خسارت بر ذمه فروشنده است و این مسئولیت در مقابل عدم اقباض مال است؟ مشخص است که استقرار خسارت بر فروشنده قبل از قبض به واسطه تلف، امری خلاف موازین عدالت است چه اینکه قوه قاهره از عوامل رافع مسئولیت است. در نهایت فقیهان به برگشت‌پذیری ملکیت به صورت آن‌ما یعنی دفعی و آنی در یک لحظه نظر داده‌اند؛ اما اختلاف بر سر منافع مال در خلال مدت انعقاد کلامی و تلف مال وجود دارد و آن اینکه منفعت در اینجا از ملکیتی که منتقل شده تبعیت می‌کند. در حالی که مفاد قاعده خراج، منفعت را تابع ضمانی می‌داند که طبق این قاعده بر فروشنده فرض شده است. با تحلیل توصیف‌های ذکر شده در این باب نظریه اخیر به عنوان فرض نگارندگان در نظر گرفته شده است. در این میان به منظور تثبیت نظریه از چند معیار استفاده شده؛ که از آن جمله تزلزل لسان مقنن بر اثر انفساخ (که هم ناظر بر اثر انتقالی و هم اثر قهقرایی)؛ استفاده از ملاک ماده ۵۵۸ ق.م. ناظر بر بطلان شرط تضمین سود مضارب یا عدم ورود خسارت به اصل سرمایه مالک و اثر قهقرایی انفساخ در بند ۴ ماده ۵۵۱ ق.م. می‌باشد؛ بنابراین معیارهای فوق، الغای خصوصیت در معاوضه می‌نماید و بهره‌برداری از منفعت را تابع ضمان ید مشروع استقرار یافته می‌داند. علاوه بر آن استدلال مبتنی بر برگشت آنی و دفعی مال بدون منافع آن مردود شناخته می‌شود؛ از این رو فرضیه تبعیت منفعت از ضمان، فرعی از ملکیتی است که برای فروشنده با تلف کالا باقی می‌ماند و انتقال را منتفی می‌سازد.

در زمینه خاص مطلب جاری، پژوهشی انجام نشده و در باب مضاربه نیز به این قاعده و رویکرد شارع بر ضابطه انگاری بهره‌برداری از مال توجهی نشده است اما در مقاله

سعید خردمندی در مجله *فقه مقارن*، تنها در رد استدلال طرفداران برگشت‌پذیری دفعی و لحظه‌ای ملکیت بدون ارائه دلیل معتبر اشاره شده است (Kheradmandi, 2017: 42). بیان کاتوزیان نیز در جلد پنجم *قواعد عمومی*، تأییدی بر تزلزل لسان مقنن در بیان انفساخ و اثر آن است (Katoozian, 2019, vol. 5: 348). همچنین در جای دیگر پیرامون مصادر و مخارج قاعده خراج، به تفصیل بحث شده است (Salehi Mazandarani 2011: 361). از طرفی برخی شرط تضمین سود در مضاربه و مشارکت مدنی را باطل و مبطل معرفی نموده‌اند (Alidosti and Keshavarz 2018: 89) در خصوص شیوه و چینش مطالب این پژوهش، به جهت ارتباط فقه لغت، در رویکردی متمایز، سعی در اثبات نظریه پژوهش بواسطه معانی لغوی در نظر گرفته شد و پس از مفهوم‌شناسی اثباتی آن، به ارتباط میان مفاهیم به جهت اینکه مفاهیم ذکر شده در ارتباط با مبنای فقهی آنها یعنی قاعده الخراج بالضممان محل بحث و بررسی در اندیشه‌های فقهی قرار گرفته‌اند ذکر می‌شود. سپس با تشریح ارتباط مفاهیم ذکر شده با قاعده خراج به ترتیب عقد بیع و نهاد های مرتبط با آن از جمله خیار عیب، انفساخ ناشی از تلف و بیع مصراه و عقد مضاربه پرداخته می‌شود. در نهایت به خاطر تعارض ظاهری مفهوم انفساخ با مفاد قاعده خراج، به تشریح جداگانه فقهی و حقوقی و وضعیت قانون مدنی ایران در پیوند با مفهوم لغوی آن تحلیل می‌شود که دستاورد آن بیان معنایی متفاوت و نوآورانه از انفساخ در قاعده ذکر شده در ماده ۳۸۷ ق.م. می‌باشد. امید است ره‌آورد این پژوهش، هدایتگر تقنین احتمالی آینده در ابهامات ذکر شده قرار گیرد.

۱. مفهوم شناسی

در این مبحث قاعده خراج، معانی انفساخ و عقد مضاربه به جهت ارتباطی که با فرضیات پژوهش دارند به عنوان مفاهیم کلیدی بحث مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی قاعده الخراج بالضمنان

اهل لغت عمدتاً خراج را فرعی از یک شی می‌دانند (Farahidi, 1988, vol. 4: 158; Ibn Manzur, 1993, Vol 1: 327). همچنین خراج و خرج را به مفهوم واحد گرفته‌اند که از تفریعات درآمد ملوک سلطانی است (Sahib Ibn ebad, 2009, Vol 4: 226)؛ اما وجه مشترک خراج، مشتق از خرج با خروجی را همین مفهوم فرع بودن آن یعنی آنچه می‌توان از مال خارج کرد گرفته‌اند (Farahidi, 1988, Vol. 4: 159; Ibn Manzur, 1993, vol. 1: 327; Sahib Ibn ebad, 2009, Vol 4: 226). اگر چنین نباشد با روایت نبوی (الخراج بالضمنان)^۱ مفهومی سازگار ندارد (Fazl Hawamdeh, 2016: 12). قاعده مذکور بر این مطلب دلالت دارد که منفعت عین برای کسی است که متحمل زیان ناشی از آن نیز شده باشد؛ به عبارت دیگر فرض منفعت بردن به تبعیت از تحمل زبانی است که برای منتفع فرض شده است. از این رو در این بیان مفهوم خراج که معیار مفهوم شناسی آن با توجه به روایت مذکور، مورد نظر این پژوهش است در هر دو فرع، خراج یعنی «فیء» با فرع و منفعت خارج شده از یک شی، واحد انگاشته می‌شود. به نظر می‌رسد کلمه خراج ظهور در منفعتی دارد که از یک شی یا مال خارج می‌شود؛ بنابراین مطابق نظر نگارندگان آنچه از مفهوم خراج به معنای غنائم و جزیه و مالیات ذکر شده، منافاتی با منظور از الخراج بالضمنان در حدیث شریف نبوی ندارد؛ چه اینکه مالیات و جزیه هم فرعی از خزانه حکومت است که در کنار سایر فروع یک کل را تشکیل می‌دهد.

۱. مضمون روایت فوق چنین است: «از هشام ابن عروه از عایشه نقل است که مردی برده‌ای خریده بود و از او بهره برد. پس از مدتی متوجه عیبی در او شد و به جهت عیب او را رد کرد. صاحب اولیه او خدمت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم عرض کرد: یا رسول الله، مدتی از او استفاده شده و حالا رد شده است. پیامبر فرمود: الخراج بالضمنان» (منفعت همراه با ضمان است = مؤید این معنی است منفعتی که خریدار استفاده کرده در مقابل مضمونه بودن تسلط او بر آن عبد است چراکه اگر از بین می‌رفت از مال او رفته بود).

۱-۲. مصادر قاعده

قاعده «الخراج بالضمنان» در فقه اسلامی البته با تعابیر متفاوت ذکر شده است (Fazl)
 دارد با همین عبارت است (Hawamdeh, 2016: p. 13, Kheradmandi, 2016: 32
 Tirmidhi, n.d, Vol. 5: p. 228; Nasa'i, 1986, Vol. 7: 254;)
 در (Qazvini, n.d. vol. 7: 93; Nishaburi, 1988, Vol 1: 159; Sarakhsi, 1993, vol11: 71
 میان شیعیان لزوم رعایت مفاد قاعده، با ذکر صریح قاعده یا مفهوم آن از جمله در
 مضاربه و خیار عیب مورد اشاره قرار گرفته است (Tousei, 1967, vol. 3: 127; Hor
 Amoli, 1995, vol. 18, Ehsai, Ibn Abi Jumhur, 1983, vol. 1: 219-220; Tousei, 1987
 AH, vol. 7, 190; Seyyed Ali Tabatabai 1984, Vol: 1 587; Zarei Sabzevari, 2009, Vol
 352: 2). بنا بر مطالب پیش گفته، مستندات قاعده به صورت آشکار نشان از اراده
 تشریحی بر انتظام احکام مبتنی بر تبعیت منفعت از ضمان توسط شارع دارد که مضمون
 آن‌ها را در بخش‌های بعدی از نظر می‌گذرانیم.

به نظر حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی در اصل اثبات این قاعده مشکلی وجود
 نداشته و اصل این قاعده منافاتی با سایر قواعد ندارد ولی به جهت توسعه بیش‌ازحدی
 که برای آن به‌ویژه در فقه اهل سنت مطرح شده، باید به مقدار یقینی شرعی در
 موضوعات به آن عمل کرد و نمی‌شود در همه‌جا توسعه داد (Makarem Shirazi, 2001,
 Vol 1: 161). به نظر نگارندگان این‌که حدیث را از جهت مفهوم حمل بر صحت
 کرده‌اند (Ibn Hamza 1344: 255)^۱ شاید جابر ضعف سند نباشد، اگرچه وثاقت این
 قاعده و صحت اراده مفاد آن توسط پیامبر صلی‌الله علیه وآله مورد اطمینان است (Milani,
 2008, Vol 2: 270).^۲ این چنین نیست که صرفاً به دلیل وثاقت صدور این قاعده از پیامبر
 پیامبر (ص) به مفاد آن تمسک شده باشد؛ بلکه محتوا و مضمون آن در باب مضاربه و
 مشارکت مدنی نیز آمده است (Ansari, 1990, Vol 7: 185).^۳ همچنین مفاد غیرمستقیم

۱. «عدم ضمان منافع مستوفات لقاعده «الخراج بالضمنان».

۲. «وقال الميرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضية عن النبي صلى الله عليه وآله، ولا ينبغي الخدش في سندها».

۳. «و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة»

قاعده و ذکر آن در کتب فقهی شیعه (Helli, 1987 AH, Vol: 106; Helli, 1991, Vol 2:) (242) در کنار پذیرش محتوی مذکور در قانون مدنی که تفصیل آن‌ها در ادامه می‌آید با همراهی عدالت و منطق حقوقی، می‌تواند این قاعده را به نحو صحیح در تفسیر ماده ۳۸۷ ق.م. یاری کند.

۱-۳. مفهوم انفساخ در لغت و اصطلاح

ریشه انفساخ از کلمه سه حرفی فسخ است که با تعبیر انفسخ در کتب لغوی معنا شده است. فسخ بدون تشدید بر «س»، انحلال از موضع اعمال آن است (Louis Maalouf, 1952: 581)؛ اما اگر با تشدید بر «س» باشد، به معنای تغلیظ و مبالغه آن چیز در فسخ است؛ یعنی با شدت فسخ کرد (Bustani, 1955: 663). از این رو انفساخ که انحلال عقد است از هر دو ریشه فوق می‌تواند مشتق شود. در چنین وضعیتی انفساخ می‌تواند، انحلال عقد از زمان وقوع سبب انحلال باشد یا آنکه به حدوث شدید سبب انحلال منجر شود و از این رو انفساخ به نقص در ارکان توافق و موضع ایجاد آن تعبیر شود. این در حالی است انفساخ نشان از شدت انحلال دارد (Mahna, 1992, Vol. 2: 317; Farahidi, 1988: 202)؛ اگرچه در جای دیگر، مطلق انفساخ به جامع بطلان و انحلال تعبیر شده است (Louis Maalouf, 1952: 1092). در اصطلاح نیز این واژه چند بار در قانون مدنی ایران مورد استعمال قرار گرفته است. از آن جمله در ماده ۳۸۷ ق.م. آمده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود...» همچنین در ماده ۴۸۳ قانون مذکور آمده: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود...» ملاحظه می‌شود که در بیع و اجاره، تلف محل قرارداد سبب

۱. «زَوَالُ الْمَفْصِلِ عَنْ مَوْضِعِهِ»

۲. «وِإِنْفَسَخَ اللَّحْمُ، أَيْ: أَصْلٌ وَ تَفْسَخَ عَنِ الْعِظْمِ» ملاحظه می‌شود که بیان فراهیدی دلالت بر تکه و پاره شدن از بنیاد یعنی استخوان در زیر گوشت دارد.

انفساخ عقد است. حال اینکه انفساخ عقد از چه ویژگی بهره می‌برد یا به عبارتی وجه ممیز آن با سایر اقسام انحلال چیست، محل مناقشه است. ظاهر هریک از مواد فوق به جهت تفاوت بنیادینی که در اجرای عقد بیع و اجاره دارد، نشان از تفاوت آثار آن‌ها نیز است؛ بنابراین انفساخ بیع ناظر به عدم استقرار عقد است ولی انفساخ اجاره ناظر به استقرار ناتمام عقد است. شایان ذکر است که در قانون مدنی گاه از انفساخ بطلان اراده شده است، همانند مواد ۳۸۷ و بند ۴ ماده ۵۵۱ ق.م.ا.ج^۱ چه اینکه ملکیت جز در صورت بطلان بر نمی‌گردد یا انفساخ در مورد غیرممکن شدن تجارت منظور طرفین، جز مفهوم بطلان معنای دیگری تبادر نمی‌کند. همچنین گاه از لفظ بطلان، انفساخ اراده شده است؛ همانند ماده ۴۹۶ قانون مدنی؛ چه اینکه بطلان به سبب تلف عین مورد اجاره از تاریخ تلف ناظر بر اثر انتقالی یا همان انفساخ به معنای اخص است.

۱-۴. مفهوم مضاربه

مضاربه در معنای لغوی از معنای اصطلاحی آن دور نیست و آن این است که فردی مالی را از دیگری بگیرد که با آن تجارت کرده و سود حاصله میان آن‌ها باشد یا آنکه سهم معینی از سود برای او تعیین شود (Farahidi, 1988, Vol 2: 58). همچنین آن عملی از خرید و فروش و تجارت تعریف شده که توسط متخصصان تجارت در امور مختلف صورت می‌گیرد (Louis Maalouf, 1952: 877). چنانکه ملاحظه می‌شود از دیدگاه اهل لغت دو شاخصه در مضاربه ظهور دارد: اول آنکه مضاربه به منظور تجارت و کسب سود توسط فرد متخصص یعنی کسی که عرفاً تخصص در زمینه تجارت داشته باشد

۱. عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می‌شود: ۱. در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین؛ ۲. در صورت مفلس شدن مالک؛ ۳. در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح؛ ۴. در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بوده.

انجام می‌گیرد.^۱ دوم آنکه مضاربه نهادی است برای موازنه اقتصادی و به‌کارگیری سرمایه فرد دارا توسط فرد متخصص و شرکت در سودی که به واسطه در جریان افتادن سرمایه او صورت می‌گیرد. در اصطلاح نیز مضاربه عقدی است که بر اساس آن، یک نفر مالی را در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا فرد با آن تجارت کند و طرفین، در سود حاصل، هر دو با هم شریک باشند (Mirdadashi and Azizi 2019: 5).

۲. ارتباط مفاهیم

در این مبحث مفاهیم خراج و عقود بیع با نهادهای اطراف آن و مضاربه مورد بحث قرار گرفته و به ارتباط مفهوم خراج و قاعده تلف و میزان حکومت هر یک از دو قاعده پرداخته می‌شود.

۱-۲. ارتباط الخراج بالضمنان و مضاربه

اگرچه مفاهیم مذکور هرکدام طریق و فایده مختص به خود را دارند؛ لیکن در بعضی از مجاری خود به هم می‌رسند. از آن جمله مفهوم ضمان است که به معنای استقرار و اشتغال ذمه یکی از طرفین در مضاربه بر پایه تخلف از تعهد یا مسئولیت مبتنی بر فرض تخصص است. چنان‌که گفته شد مفاد قاعده خراج بر تبعیت منفعت از فرض مسئولیت دلالت دارد؛ به‌عبارت‌دیگر منفعت یک مال یا عین برای کسی است که متحمل زیان ناشی از آن نیز باشد. چنین رویکردی علاوه بر صدور از جانب معصوم^(ص)، دو ضابطه محوری را در ارتباط با بحث مضاربه معرفی می‌کند. نخست اینکه مضاربه یکی از مصادیق تجارت در فقه اسلامی است و لذا لازمه تجارت صحیح شرعی، جلوگیری از سوءاستفاده و گسترش دامنه عقود و شرایط تحمیلی است؛ چه اینکه در تشریح لغوی

۱. در تأیید این نظر ماده ۵۴۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «مضاربه عقدی است که به‌موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود».

مضاربه، قید تخصص و خبره بودن مضارب، دنبال چنین رویکردی پیوند زده شده است (Alidosti and Keshavarz 2018: 81). چنانکه دلیل ورود قاعده خراج در تعیین احکام مضاربه در ماده ۱۴۲۷ قانون مدنی عثمانی نیز به خوبی منعکس شده است.^۱ منظور این است که اگر در مضاربه پس از آنکه سودی حاصل شد و سپس در جریان اقتصادی مضاربه، ضرری حاصل شد، آن ضرر بر سود حاصله تحمیل می‌شود و اصل مال در اولویت و برای صاحب‌مال می‌ماند و اگر نقص و ضرر بیش از آن باشد، ابتدا بر سود مضارب وارد می‌شود و در پایان بر اصل مال وارد می‌شود که این نشان می‌دهد منفعت به دنبال فرض تضمینی است که شارع بر مضارب قرار داده است (Samarqandi, 1993, vol. 3: 25). از این رو با وضع تلازم منفعت و ضمان تا حد زیادی از سوءاستفاده در این مورد جلوگیری شده است. دوم اینکه با این التزام، تجارت ضابطه‌مند می‌شود. همچنین تفکیک میان حقوق مصرف‌کننده در بیع مدنی و بیع تجاری یا در مفهوم توسعه‌یافته آن عمده اعمال تجاری که به دنبال کسب منفعت صورت می‌پذیرد، به همین دلیل است. درحالی‌که حمایت از مصرف‌کننده حاکی از عدم پایبندی به قواعد خشک حقوق تجارت و تبعیت از نقل و انتقال مطابق ضوابط تجارتنی است؛ اما حمایت از مصرف‌کننده، حمایتی از نوع انطباق با عدالت را می‌طلبد.^۲ به همین خاطر از نظر شارع نیز

۱. «إِذَا تَلَفَ مَقْدَارٌ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَيُحْسَبُ فِي بَادِي الْأَمْرِ مِنَ الرِّبْحِ وَلَا يَسْرَى إِلَى رَأْسِ الْمَالِ، وَإِذَا تَجَاوَزَ مَقْدَارَ الرِّبْحِ وَ سَرَى إِلَى رَأْسِ الْمَالِ فَلَا يَضْمَنُ الْمُضَارِبُ سِوَاءَ كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ صَحِيحَةً أَوْ فَاسِدَةً.»

۲. مطابق نظر نگارندگان در حقیقت باید برای وضع قواعد معاملات برای خرید و فروش تجاری با وضع قواعد معامله برای خرید و فروش مدنی تفکیک قائل شد. چه اینکه لازمه اصل سرعت و تداوم معاملات تجاری پایبندی بدون قید و شرط طرفین به لوازم معامله تجاری است اما در معاملات مدنی در حوزه حقوق مصرف‌کننده پذیرفتن هر ریسکی که خلاف موازین عدالت باشد صحیح نیست چه اینکه قواعد معاملات بر انتظام روابط تولیدکننده و مصرف‌کننده وضع شده‌اند و پایبندی به قواعد تجاری باعث لطمه زدن به حقوق طرفین می‌شود؛ درحالی‌که عدالت می‌طلبد که در معاملات مدنی، حمایت از فردی که شارع فرض ضمان را بر او قرار داده صورت گیرد تا بتواند نزدیک‌ترین قواعد مرتبط با عدالت را در معامله، اعمال کرد. درحالی‌که ریسک اعمال تجاری این قاعده را مستثنی می‌سازد.

منفعت به دنبال ضمان مفروض بر مضارب استقرار می‌یابد چه اینکه؛ اگر چنین نبود در صورت عدم سود باید اجرت‌المثل عمل مضارب به او داده می‌شد درحالی‌که مطابق پیش گفته ضمان نقص منفعت بر او تحمیل شده است (Tousi, 1970, vol.3: 127).^۱ از این رو در عقد مضاربه همانند بیع پس از قبض منفعت دنباله‌رو ضمان است؛ پس به دلیل فحوی در غیرمقبوضه که ملکیتی هم منتقل نشده، منفعت با رویکرد ذکر شده مورد محاسبه قرار می‌گیرد.

۲-۲. ارتباط الخراج بالضمنان و قاعده تلف المبیع

قاعده الخراج بالضمنان در کتب اهل سنت به صورت یکپارچه درآمده و در غالب امور اعتباری قهری و قراردادی صحبت از آن به میان آمده است. (Fazl Hawamde 2016: 185). مطابق روایت نبوی (ص) که مستند قاعده خراج است، پیامبر صلی‌الله علیه و آله استیفا منفعت خریدار را مشروع تلقی کرده و به جهت مضمونه بودن مال خریداری شده به عهده خریدار، منفعت را تابع ضمان قرار داده است. ممکن است از این روایت تفسیری اشتباه صورت گیرد؛ به این معنا که مطابق این روایت، بهره‌برداری از منفعت به پیروی از تملیک و انتقال در هر مرحله از اقسام عقد جریان یابد؛ اما این برداشت اشتباه است، زیرا نخست مطابق این روایت تملیکی مدنظر قرار گرفته که استقرار تام یافته و قبض کالا انجام شده است (Sheybani, n.d vol. 5: -287; Qoshiri Al-Nishaburi, n.d, vol.5:7).^۲ بنابراین قابل تسری به تملیک پیش از قبض نیست؛ دوم مطابق صریح روایت، فرض مضمونه بودن مال در مقابل بهره‌برداری منفعت از آن، در جایی است که ملکیت به

۱. این معنی از روایت منقول از امام کاظم علیه‌السلام نیز به خوبی برمی‌آید. مطابق روایت فوق: «از امام موسی کاظم علیه‌السلام در مورد مردی پرسیده شد که مال خود را به مضاربه به مرد دیگری داده و برای او مقداری از سود را تعیین کرده و مال را با وضعیه (نقص) برگرداند، امام فرمود: از وضعیه به میزانی که از سود برای او تعیین شده بر عهده مضارب خواهد بود»

۲. «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَبْذُرَهُ». قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ يَمْنَزِلُهُ الطَّعَامِ.

صورت صحیح منتقل شده باشد. حال سؤال این است که آیا مفاد قاعده خراج که منفعت را بیبوست ضمان قرار داده است، تعارضی با قاعده تلف مبیع قبل از قبض (Ibn Abi Jumhor 1403 AH, Volume 3: 212; Muhaddith Nouri, Vol. 13: 303 Ahmadzadeh Bozar, Gubuli) که ضعف سندی قاعده آن به واسطه عمل اصحاب جبران شده است (Ahmadzadeh Bozar, Gubuli 2016: 16 Dorafshan, and Gubuli Dorafshan) و ضمان مال غیر مقبوضه را برای فروشنده می‌داند، دارد یا خیر؟ در حقیقت وضعیت منفعت مال غیر مقبوضه در فرض تلف، با توجه به اینکه ضمان بر عهده بایع فرض شده است، برای مشتری است یا مطابق عموم قاعده خراج برای فروشنده است؟ در این زمینه دو نظریه ارائه شده است:

برخی (Javadi Amoli 2019: 2) تعیین منفعت را برای مشتری تابع ضمان ندانسته؛ بلکه ضمان را تابع منفعت می‌دانند. در حقیقت از نظر ایشان میان قاعده تلف مبیع با قاعده خراج، تعارض نیست بلکه توافق است؛ یعنی مطابق قاعده، ضمان باید تابع منفعت مشتری ولو قبل از قبض باشد ولی با تلف مبیع قبل از قبض چون انفساخ پیش می‌آید، ضمان مال و به تبع ملکیت آن، به صورت آنی و لحظه‌ای به بایع برگشته و منفعت همچنان برای مشتری باقی می‌ماند. برخی دیگر منفعت پیش از قبض را تابع سببیت یا همان ملکیت دانسته‌اند (Rostam Baz 1923: 757; Khrodmandi 2017: 396) مفاد قاعده خراج، ناظر به منفعت در مقابل ضمان است و حال آنکه پیش از قبض، تعیین منفعت به سبب ملکیت است نه ضمان! این نظر هیچ استدلالی را به همراه ندارد بلکه برعکس منفعت به دنبال ملکیت تام استقرار پیدا می‌کند و منفعت قبل از قبض به جهت خلاف قاعده بودن (ناشی از عدم استقرار ملکیت) باید در محدوده عقل و شرع و منطبق با معیارهای عدالت تعیین شود. از این رو به جای استثنا انگاشتن قاعده تلف مبیع ناظر بر قاعده عام خراج (Ansari, 1990, Vol 3: 147)، البته این استثنا شدن دو وجه دارد؛ اول اینکه استثنایی بر قواعد عمومی قراردادها است و در حوزه نص تفسیر شود که می‌گوییم استثنا است و شامل ثمن قبل از قبض نمی‌شود؛ وجه دوم در جایی دیگر ممکن است تعبیر شود که منفعت از ضمان تبعیت می‌کند و قاعده تلف مبیع به‌عنوان

استثنای بر قاعده عمومی این اثر را نفی می‌کند؛ که در این صورت راه توجیه و ترتیب اثر دادن به استدلال غیرمنطقی و تعبدی برگشت لحظه‌ای و دفعی ملکیت باز می‌شود؛ که این استدلال مردود است (Ahmadzadeh Bozar, Gubuli Dorafshan, and Gubuli) (Dorafshan, 2016: 18, Kheradmandi, 2017: 39)؛ باید به مبانی شرعی موضوع توجه و پیرو قواعد عمومی مسئله را حل کرد. همچنین استثنا شدن زمانی صحیح است که مستثنی منه صریحاً مورد اشاره باشد و دلیلی مقابل آن نباشد درحالی که نه تلف مبیع در یافته‌های فقیهان و روایت مستند آن صراحتی در بهره‌برداری از منفعت برای خریدار دارد و نه قانون مدنی صراحتی در این خصوص دارد. در حقیقت این مسئله به جهت دوجبهی بودن مبانی آن در زمره تفسیرهای حقوقی قلمداد شده است؛ چه اینکه اعتبار سندی هر دو قاعده خراج و تلف مبیع با عمل اصحاب جبران شده و مضمون هر دو قاعده وارد قانون مدنی شده است. از طرفی شرعی بودن خراج نسبت به تلف مبیع که متشرعه است و همچنین بهره‌بری از عقل و منطق شرعی، گردن نهادن به سیره قانون مدنی واحد در وضع قواعد و مبانی در کنار توجه به اثر انفساخ در لسان مقنن دارد؛ که در پایان ذکر خواهد شد. پس بهتر است گفته شود منفعت برای کسی است که متحمل زیان‌های قانونی ناشی از ید معتبر نسبت به آن شده است (Bahrul Uloom 1943, vol. 2: 101; Shirazi, 1951, Vol 2: 118).^۱ بنابراین، مناسبت حکم و موضوع، اختصاص به ضمان (پذیرش ریسک و مخاطره) جعلی، اصلی و فعلی که شارع امضاء کرده است، دارد (Naini, 1992: 232)، زیرا پذیرش مخاطره، فرع بر بهره‌برداری از منافع و بازده‌ها به‌عنوان علت غایی هستند. مفهوم فوق از ماده ۶۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز

۱. «من حکمه بأن نماء المبیع المردود بخیار العیب قبل القبض للبائع مستدلاً علیه بحديث الخراج بالضمآن و مفسراً للخراج بالفائدة و الضمان بمن یكون المال یتلف من ملكه و الأصل قبل القبض فی ضمان البائع بالمعنی المذكور فالخراج له. انتهى».

برمی‌آید (Shoariyan Sattari, 2021: 66)^۱ به این تعبیر که مسئولیت خریدار به ازای ضمان او بر مال مستقر یعنی ملکیت تام که قبض و اقباض جزئی از آن است، فرض شده است. با عنایت به مطالب پیش گفته چند نکته ضروری است:

نخست باید میان حکمت‌های تشریح احکام نسبت به آثار مترتب بر آن حکمت‌ها تمایز قائل شد. به‌عنوان مثال بیع تجاری از اصل سرعت و استحکام در تجارت بین‌الملل و اعتمادسازی تجار به سودآور بودن و پذیرش ریسک تجاری تبعیت می‌کند درحالی‌که بیع معاملی در حوزه حقوق مصرف‌کننده^۲ از قواعد منطبق با عدالت تبعیت می‌کند؛

دوم، زمانی که فردی مالی معیوب را برمی‌گرداند از منفعتی که مال دارد صرف‌نظر کرده و عطایش را به لقایش بخشیده و در حقیقت نسبت به منافع استیفا نشده نظری ندارد؛ این امر در حقیقت تغلیب مفاد ضمنی اراده بر فسخ است. درحالی‌که مالی که تلف می‌شود و قهراً استیفا غیرممکن می‌شود، دیگر بحث اراده نیست. بلکه باید از مفاد عمومی قواعد بهره جست. به تعبیر دیگر، می‌بایست میان موردی که مالی تلف شده با استیفا منفعت و اراده ضمنی تفکیک قائل شد؛ یعنی اگر مال مقبوض تلف شود، مستفاد از قاعده این است که از مال خریدار تلف شده است. زمانی که مبیع به قبض یا اقباض مشتری و یا حاکم در فرض امتناع مشتری درنیامده، در حقیقت در این صورت بیع به کمال نرسیده و استقرار پیدا نکرده است. در چنین فرضی باز هم مفاد قاعده جاری است؛ منتها به تعبیری که از فقه اسلامی اعم از (شیعه و سنی) ارائه شده و آن تبعیت منفعت از ضمان است؛ نه تبعیت ضمان از منفعت. در این صورت، منفعت برای کسی است که ضمان بر او فرض شده است. در اینجا به دو دلیل اراده شارع جایگزین اراده

۱. ماده ۶۶: «پس از انتقال ضمان معاوضی به مشتری، تلف یا زیان وارده به کالا، موجب برائت او از تأدیه ثمن نمی‌شود، مگر آنکه تلف یا زیان وارده ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد».

۲. شایان‌ذکر است که حقوق مصرف‌کننده در بیع معاملی از فلسفه حمایتی خود سعه وجودی پیدا می‌کند و می‌تواند حقوق فروشنده را تحت پوشش قرار دهد. در حقیقت صحبت از حقوق مصرف‌کننده در بیع معاملی در مقابل بیع تجاری از باب غلبه است و شامل هر دو خریدار و فروشنده می‌شود.

طرفین است، اول با عدم قبض پس از عقد، ملکیت تمام نیست؛ دوم اراده بر صرف نظر کردن از منافع همانند رد و فسخ نبوده است؛ اما از طرفی هم محور فقه اسلامی باید در جهت صیانت از قاعده عدالت تأویل شود. در اینجا نیز قاعده الخراج بالضمنان ترجیح می‌یابد، زیرا در تقابل مرزهای تعقل و تعبد شرعی، تعقل در اولویت است (Nikoi and Simai Saraf, 2018: 107)؛ بنابراین سخن برخی از فقها که معتقدند مشتری در فرض قبل از تلف، مالک بوده، پس منفعت هم برای اوست؛ از این جهت مردود است که با انفساخ، ملکیت متزلزل برمی‌گردد. البته در اینجا می‌توان با توجه به اطلاق موجود و عدم تفکیک میان قبل و بعد از تلف، اطلاق را حمل بر سیره عقلا و عدالت محوری قواعد فقهی یعنی فرض بعد از قبض دانست، زیرا فقهای عامه در انتهای بیان خود به همسو بودن مقتضای این قاعده با قاعده «الغنم بالغرم» اشاره کرده‌اند (Al-Masri, 1980: 119; Sabki, 1990, vol. 2: 41, Zarkoshi, 1985, vol. 2: 119).

۲-۳. ارتباط قاعده الخراج بالضمنان و خیار عیب

چنان‌که گذشت قاعده خراج ناظر به تبعیت منفعت از ضمان ناشی از صحت ید است و لذا اگر کسی مالی را به صورت صحیح در اختیار داشت تا جایی که مورد استثنا و خاص در میان نباشد، منافع مال نیز در ملک او ایجاد شده است. این مطلب نیاز به تفکیک فرض‌های گوناگون مسئله دارد. در یکجا فرض تدلیس بایع و اهمال او در بیان معايب مبيع، حق فسخی برای مشتری بی‌خبر از آن به وجود می‌آورد. در این فرض تقابل دو ضمان پیش می‌آید، یکی ضمانی که بایع دارد و با فسخ از جانب مشتری مال به او برمی‌گردد و او مکلف به برگرداندن ثمن معامله می‌شود. دیگری ضمانی است که در صورت تلف مال در ید خریدار، بر عهده او وجود دارد و اگر قبل از اراده فسخ و بازگرداندن مال، مبيع از بین برود، از کیسه خریدار تلف شده است (Zoheyli, 2006, vol.1: 474). ملاحظه می‌شود که در اینجا خیار عیب وجود دارد و مالی که برگردانده می‌شود جدای از منافع منفصل آن است؛ بنابراین، منافع به صورت صحیح در ملک

مشتری واقع شده و برگردانده نمی‌شود (Khaki Nihad, Rajabzadeh & Mazloun 190: 2022, Rahani). در خیار عیب، این‌که منافع از ضمان تبعیت کند، به مفهوم مصطلح، محقق نمی‌شود حتی اگر بتوانیم آن را فرض کنیم، باز هم منافع بر نمی‌گردد؛ چه اینکه در اینجا فرض شارع و قانون‌گذار، اطلاع و اهمال فروشنده از بیان عیب کالا است درحالی‌که در تلف موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی تلف قهری و پیش‌بینی نشده است؛ در اینجا بی‌خبری و عدم اهمال و تقصیر از سوی فروشنده و خریدار مدنظر است و در چنین وضعیتی است که از ذمه مسئول حمایت می‌کند. درحالی‌که در خیار عیب فرض اطلاع فروشنده، مانع از این می‌شود که منفعی که در ملک خریدار با حسن نیت ایجاد شده، از او باز پس گرفته شود والا نوعی اعانه به سوءنیت و نیرنگ در معاملات خواهد بود. از این رو، قیاس بدون توجه به گزاره‌های اعتباری هر توافق جهت نفی اثر الخراج بالضمنان با قواعد حقوقی و شرعی و موازین عدالت در تضاد است؛ و بهترین تأویل جانب‌داری از عدالت است.

۲-۴. ارتباط الخراج بالضمنان و بیع مصراه

مصراه مربوط به ترک دوشیدن شیر حیوان به مدت یک یا چند روز است تا شیر در پستان حیوان جمع شود و پربازده تلقی شود (Tousi, 1967, Vol. 2: 124). این عمل از مصادیق تدلیس و به هنگام فروش مال صورت می‌پذیرد. در چنین وضعیتی خریدار با حسن نیت، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. البته سنجش این وضعیت یعنی تدلیس پربازده بودن حیوان از لحاظ دارا بودن شیر، به وسیله دوشیدن در چند روز و مشاهده کم شدن حجم روزانه شیر حیوان مشخص می‌شود. در چنین وضعیتی اگرچه اختلاف در مسئله شیر مصرف شده توسط خریدار ناظر بر استفاده از مال خود یا دیگری وجود دارد ولی به عقیده مشهور فقها باید مثل یا قیمت شیر مصرف‌شده همراه حیوان به فروشنده برگردانده شود (Allameh Helli 1999, Vol 2: 375; Tousi 1967, Vol 2: 125; Allameh Helli 1954, Vol 5: 176; Ibn Fahd Helli 1950: 176; Mohagheq Karki, 1993, Vol 4: 347). حال سؤال این است که در بیع مصراه مفاد قاعده خراج که منفعت را تابع

ضمان می‌داند، با کدام یک از اصول بیع، هماهنگ است؟ در بیع مصراه خریدار، حیوان را خریده و مغبون تدلیس فروشنده شده است. در این حالت، خریدار اختیار فسخ معامله را دارد. ولی مال در ملکیت و قبض اوست و اگر حادثه‌ای سبب تلف حیوان شود از جیب خریدار رفته است. پس چگونه می‌شود که شیر ذخیره شده در پستان حیوان را با مثل یا قیمت بازمی‌گرداند؟! از فقهای شیعه کمتر کسی متعرض این موضوع شده است اما از متقدمین، شیخ طوسی به مقتضای قاعده خراج، منفعت را برای خریدار فرض کرده ولی شیر حیوان و متولد از آن را که قبل از فروش، نطفه آن بسته شده استثنای حکم می‌داند چه اینکه قیمت مال بر اساس شیر بیشتر و یا حامل بودن حیوان در نظر گرفته شده و از این رو با برگرداندن حیوان و باز پس گرفتن ثمن آن، دیگر توجیهی بابت استیفای بدون جهت خریدار باقی نمی‌ماند. البته حمل ایجاد شده بعد از فروش به دلیل اینکه در زمان ملکیت خریدار ایجاد شده و در مقابل آن ثمنی قرار نگرفته است؛ بازگردانده نمی‌شود (Tousi 1967, Vol 2: 126). پس تعارضی میان قاعده خراج و بیع مصراه وجود ندارد و باز پس دادن عوض شیر به جهت ثمنی است که در مقابل آن قرار گرفته است. این مسئله منافاتی با تبعیت منفعت از ضمان ندارد. مؤید آن این است که اگر در این مدت از حیوان برای امور زراعت و غیره استفاده شود، اجرتی بر عهده خریدار با حسن نیت نیست و این فعل و عدم حسن نیت مفروض بایع که متناظر با قاعده اقدام است، حق گرفتن اجرت را از او سلب می‌کند.

۳. استقراء قاعده الخراج بالضمن در مضاربه

در این گفتار با بررسی موضوع شرط تضمین سود در مضاربه سعی در احراز نظر مقنن در خصوص بهره‌برداری از منفعت به دنبال فرض ضرری است که برای یکی از طرفین می‌شود، زیرا فرض فوق، تأییدی بر ورود مفاد قاعده الخراج بالضمن در قانون و استفاده از ملاک آن در موارد مشابه است؛ بنابراین موضوع مزبور در قانون مدنی بررسی می‌شود.

موضوع مذکور در مضاربه، در زمره شرط تضمین سود شفاف و احکام آن غالباً در زمره قواعد آمره مورد بررسی و محل آرای فقها قرار گرفته است. در این بحث ضمن بررسی کلی مضاربه، محوریت بحث با وضعیت شرط تضمین سود و سرمایه و همچنین وضعیت ورود ضرر در سرمایه و عهده مضارب است. در زمینه تعیین نرخ سود و زیان روایتی از امام کاظم علیه السلام نقل شده که مقدار ضرر را برای کسی می‌داند که از آن مال به مقدار آن سود برده باشد (تعیین سود کرده باشند). مطابق این روایت: «از امام موسی کاظم علیه السلام در مورد مردی پرسیده شد که مال خود را مضاربه به مرد دیگری داده و برای او مقداری از سود را تعیین کرده است و آن مرد دیگر، مال را با وضعیه (نقص) برگرداند، امام فرمود: از وضعیه به میزانی که از سود برای او تعیین شده بر عهده مضارب خواهد بود» (Tousi, 1970, vol.3: 127).^۱ مطابق فحوی این روایت، بهره‌برداری از منفعت، در مقابل مسئولیتی است که در صورت تلف یا نقص مال مضاربه بر عهده مضارب در نظر گرفته می‌شود.^۲ چنین حکمی منطبق و همسو با قاعده الخراج بالضمان است که منفعت را برای ید مضمونه مشروع قرار داده است.^۳ روایات دیگری مبنی بر عدم تعلق وضعیه بر مال مضاربه در صورت اطلاق توافق بر مضاربه، بیان شده که ظاهراً با روایت فوق در تعارض است؛ متن روایت فوق چنین است: «مالی که به مضاربه داده می‌شود برای مضارب مقداری از سود در نظر

۱. «فَأَمَّا مَا رَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً يَجْعَلُ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ مُسَمًّى فَاتَّبَعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعاً فَوَضِعَ فِيهِ قَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بَقْدَرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ».

۲. در تحلیل این روایت نگارندگان متذکر مطلبی هستند و آن اینکه اگرچه روایت سود را به ازای تعیین ضرر معرفی می‌کند، ولی مفهوم مخالف ندارد و اینگونه نیست که اگر سود برای او تعیین نشود پس ضرر نیز برای او وجود ندارد. در حقیقت این روایت ناظر بر موردی است که سودی از مضاربه عاید شده و مضارب سهم خود را برداشته است، چون سهم او معین شده است. حال شرع و روایت ذکر شده تأکید دارد که از سود به‌دست آمده باید نقص بر مال اصلی را جبران کند. این یک حکم شرعی است.

۳. درس خارج فقه آیت الله جوادی آملی ۱۳۸۹.

می‌گیرند و برای او از نقص مال چیزی نیست مگر آنکه صاحب مال شرط خلافی در آن کرده باشد» (Tousi, 1970, vol.3:128).

چنان‌که ملاحظه می‌شود در این روایات مضمونه بودن سلامت مال و یا کالا در صورت تعیین شرط، بر عهده مضارب است در حالی‌که در روایت قبل در صورت اطلاق بر عهده مضارب است و این دو ظاهراً با هم در تعارض‌اند. در چنین وضعیتی کدام یک از آن دو را باید مقدم داشت؟ برخی روایت قبلی را حمل بر فرضی کرده‌اند که منظور روایت ناظر بر عقد شرکت باشد و اینکه مضاربه در روایت مجازاً بیان شده است؛ اما این نظر مردود است، زیرا روایات وارده به این مضمون بسیار است و همچنین اثر روایت اول گویی مقتضای مضاربه معرفی شده است. از این رو روایت دوم را باید بر موردی حمل کرد که اگرچه سود شرط شده ولی مضاربه سودی در بر نداشته و اصل مال نیز نقص پیدا کرده است. در اینجا به جهت امانی بودن، شرعاً تضمینی بر عهده مضارب نیست و تعارضی میان روایات وجود ندارد (Alidosti and Keshavarz, 2018: 89)؛ اما مطابق فحوی روایات در فرضی که سودی در مضاربه بدست آید و نقص بر اصل مال نیز وارد شود، از سود مضارب تا جایگزین شدن اصل مال برای مالک، کم می‌شود و این همان زیان یا ضمانی است که شارع بر مضارب فرض نموده است؛ و از این جهت است که مفاد قاعده خراج در آن جریان می‌یابد.^۱

روایت دیگری از امام کاظم (ع) نقل شده است مبنی بر تعیین بعضی از مال مضاربه به‌عنوان شرکت تا در وثیقه تضمین مالش قرار گیرد نقل شده که امام (ع) فرمود: بلی اشکالی ندارد (Tousi, 1970, vol.3: 130).^۲ در کتاب سرائر ابن ادریس نقل است که اگر

۱. زمانی که شارع زیان را در صورت نقص بر مال بر سود به‌دست آمده مضارب فرض کرده است، موید این معنی است که منفعت از این جهت برای مضارب در نظر گرفته شده است که زیان وارده بر او فرض شده است. در چنین وضعیتی است که تحت هیچ شرایطی نمی‌توان با تعیین شرط، بهره‌برداری مضارب از سود را از او گرفت.

۲. «عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَبَّيْنَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَ هَلْ يَسْتَقِيمُ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِذَا أَرَادَ الْإِسْتِثْنَاءَ لِنَفْسِهِ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَهُ شِرْكَةً لِيَكُونَ أَوْثَقَ لَهُ فِي مَالِهِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ».

عقد شرکت شرعی منعقد شود، اقتضای آن را دارد که برای هریک از شرکا به نسبت رأس‌المالشان از سود بهره‌مند شود؛ و همچنین است نسبت به وضعه‌ی بر مال (Tousi, 1970, vol.3: 130).

پس اگر به هنگام تساوی در مال، شرط تفاضل در سود کنند و یا در صورت تفاضل در مال شرط تساوی در سهم سود و زیان کنند، این شرط بنا بر قول مشهور لازم الوفا نیست و تنها سید مرتضی علم الهدی چنین شرطی را جایز می‌داند؛ اما باید دانست که چنین شرطی از آن جهت باطل است که نه در زمره اجاره قرار می‌گیرد و نه در زمره مضاربه؛ چه اینکه حقیقت مضاربه، از صاحب مال به موجب مال تحقق می‌یابد و از طرف عامل به موجب عمل تحقق می‌یابد؛ در حالی که در چنین مواردی هیچ‌کدام از مصادیق استحقاق وجود ندارد تا بتوان شرط را جاری دانست؛ مگر آنکه تخلف از منظور طرفین صورت گیرد که در این صورت ضمان رأس المال بر عهده متخلف است. همچنین در فرض اطلاق، سود احتمالی مضاربه به تصیف میان صاحب مال و مضارب خواهد بود. در این زمینه معتبره ابن ابی عمیر مشهور است: «در مورد مردی که مالش را به مضاربه می‌دهد و شرط خلافی در آن قرار دهد، در صورتی که از شرط تخلف شود، مضارب ضامن است! و در صورتی که سودی عاید شود، میان مالک و مضارب مشترک است» (Tousi, 1986, Vol 7: 190).

ماده ۵۵۸ قانون مدنی شرط تضمین مضارب و یا دفع ضرر از مالک را باطل می‌داند و قسمت دوم همین ماده، مقتضای عقد مضاربه را با شرط تملیک به مقدار تلف و خسارت نفی می‌کند که با مبانی عقد مضاربه همخوانی ندارد و تنها یک راه در جهت رفع چنین ایرادی وجود دارد و آن اینکه مطابق روایات پیش گفته، شرط ضمان را حمل بر ربح نماییم و از طرفی جبران خسارت را در صورتی که از تعدی و تفریط ناشی نشده باشد، به میزان برخورداری اضافه از سود مورد انتظار دانست؛ به عنوان مثال، اگر در مضاربه‌ای شرط شود که سود مضارب ۸۰ درصد باشد، می‌توان به مقدار زیاده از نصف به میزان سی درصد از زیان را با شرط بر او تحمیل کرد؛ این در حالی است که

حقوقدانان بزرگی همانند کاتوزیان (۱۳۹۰) حتی شرط تملیک رایگان را جهت رفع نقیصه خلاف قواعد می‌داند و بر صحت شرط تضمین همانند عاریه و ید امانی نظر دارند؛ که با پذیرش چنین نظری عملاً فایده تفکیک مضاربه و شرکت با امانت از بین می‌رود، درحالی‌که تبعیت از رأس المال و میزان العمل و همچنین شرط منصفانه بودن ضرر به میزان سود، از مقتضیات مضاربه است؛ بنابراین بنیاد مطالب مذکور با بیان قاعده‌ای که بر بطلان سود غیر مضمونه^۱ دلالت دارد، چنین شروطی که پذیرش آن اثر اصلی عقود را نفی می‌کند نوعی مصادره به مطلوب است که راه نفوذ ربا را باز کرده و دامنه عقود تحمیلی را گسترش می‌دهد (Hashemi Shahroudi, 2001: 169)، درحالی‌که نظر شارع باید حمل بر عدالت شود^۲ نه بر نفوذ اراده در مقابل اقتضای عقود.

۴. تحلیل اثر انفساخ

انفساخ می‌تواند هم‌تراز بطلان یا هم‌تراز فسخ از جهت اثر باشد. در ماده ۳۸۷ ق.م. انفساخ متناظر با تلف بدون اهمال و تقصیر از طرف بایع فرض شده و در مقابل، بایع مکلف به بازگرداندن ثمن معامله به خریدار شده است. ملاحظه می‌شود که مقنن از بیان این ماده، مفهومی را در ارتباط با منافع مال اراده نکرده و این بیان که ثمن باید به مشتری مسترد شود، به کلیت و تمامیت ظهور دارد. به جرأت می‌توان گفت که نمائات ثمن نیز چنانچه موجود باشد به همراه آن برمی‌گردد. البته، در اینجا ثمن یک تفاوت با مبیع دارد و آن اینکه مبیع در فرض قبل از قبض است ولی ثمن مقبوض فرض شده است. پس حتی اگر ظهور بیان ذکرشده نیز خلاف شأن تصور شود، به طریق اولی نشان از اثر قهقرایی ذکرشده دارد؛ چه اینکه اگر نمائات ثمن برنگردد، این از نقش کلیدی

۱. «(بطلان ربح ما لم یضمن)؛ ... وحرّم جملة من المعاملات المشابهة للربا، کحریم للمنع عن الوقوع فی الربا، ولعلّ تحریم ربا البیع من هذا القبیل»

2. Justice is the basic rule.

قبض در تمامیت و استقرار ملکیت حکایت دارد و فرض بر این قرار گرفته که ثمن مقبوض در ملکیت بایع درآمده و نمائات در ملکیت او بوده است و از این رو مفهوم مخالف آن در مورد مبیع غیر مقبوض ملازمه با فرض عکس آن دارد. اگر باور بر این باشد، باز هم اثر فقهقراایی انفساخ در این ماده به عدم استقرار ملکیت به تمامیت و کلیت اشاره دارد. در ماده ۴۹۶ قانون مدنی تلف موضوع اجاره سبب بطلان آن دانسته شده است در حالی که این بطلان مربوط به ناتوانی در تسلیم به سبب عارض شدن عجز ادامه انتفاع ناشی از تلف است؛ ولی موردی که ناتوانی از تسلیم در هنگام انعقاد عقد باشد؛ معامله یکی از شرایط درستی عقد را ندارد و از این جهت باطل است. در چنین وضعیتی برخی حقوقدانان یکی از راه‌های کشف حقیقت را استقراء در قانون و کشف مراد مقنن در موارد مشابه و حکم مختص به موارد این‌چنینی دانسته‌اند (Katoozian, 2019, Vol. 5: 352). علاوه بر ظهور ماده ۳۸۷ ق.م، ماده ۴۸۳ همان قانون که مقرر می‌دارد: «اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف شده منفسخ می‌شود...». دلالت بر زمان یا همان اثر انتقالی انفساخ دارد و گویی مقنن برای انفساخ بیش از اثر انتقالی قائل است و در مواردی آن را با بطلان هم‌تراز می‌داند؛ چه اینکه اگر انفساخ تنها در آینده اثر داشت، نیازی به توضیح و تأکید بر چنین اثری نبود و حال آنکه برای عقل و منطق حقوقی این مسئله حل شده است که استیفا عین مستأجره تدریجی و به مرور زمان است. حکمت مقنن و دوراندیشی او از این که مطلبی را بیهوده بیان کند، به دور است. از طرفی مخارج انفساخ در ماده مزبور ناظر بر تلف کل یا بعض مبیع است، پس انفساخ در بعض از مبیع به واسطه آنچه از قانون فهمیده می‌شود، امکان دارد. همچنین است صحت وضعیت تعیین شرط انفساخ از زمان معین و یا منوط به وضعیت معینی (Qasimzadeh 2013: 280)؛ به نظر نگارنده انفساخ یک تفاوت بنیادین با بطلان دارد؛ و آن اینکه در بطلان اگر منفعت و بهره‌ای از مال برده شده باشد باید عوض استیفا آن به صاحب مال برگردد؛ اما چنانچه در مورد ماده ۳۸۷ ق.م. منفعتی به دست خریدار برسد و به هر نحو استیفا منفعت صورت گرفته باشد، بر مبنای توافق ضمنی

قرار بر انتقال تام و استقرار ملکیت بر مال تمام و کمال بوده است، استیفا منفعت مشتری از مبیع صحیح است؛ اما اگر منفعت نزد مشتری باقی باشد باید بازگردانده شود. این تعبیر به خوبی از استقراء در قواعد رجوع از هبه که فرد می‌تواند در صورتی که مالی را داده از متهب پس بگیرد، مگر آنکه مال مصرف شده یا منتقل شده باشد که در این صورت حقی ندارد که عوض آن را از مستوفی پس بگیرد، زیرا ید او معتبر بوده است، برمی‌آید. پس مطابق این استدلال در انفساخ قرارداد موضوع ماده یاد شده، اثر قهقرایی نسبی است یعنی اگر منفعت به هر نحو در ید خریدار بوده یا قبل از تلف بر آن مستولی شده است، پس باید مادامی که آن منفعت موجود است پس داده شود (Mamaqani, 1905, Vol 2: 288) و اگر قبل از تلف منفعت مورداستفاده قرار گرفته یا منتقل شده یا آنکه منقلب شده باشد در تمامی این موارد حرجی بر خریدار با حسن نیت نیست چه اینکه در ذهن خود از مالی که قرار است مالک مستقر آن باشد، بهره‌برداری کرده است. از این رو ید او بر منافع امانی است؛ ولی در بطلان، ید خریدار ضمانتی است. وقتی به این استدلال توجه شود متوجه می‌شویم که فلسفه رجوع در هبه‌ای که منتقل شده از این دوگانگی بهره می‌برد. از طرفی واهب در جایی که می‌تواند رجوع کند محق در پس گرفتن مال است. پس اگر در همین محدوده‌ای که می‌تواند رجوع کند مال توسط متهب مصرف شده باشد، حرجی بر متهب نیست و نمی‌توان عوض منافع استیفا شده را پس گرفت. همچنین است این وضعیت در خصوص مال منتقل شده. از طرفی در نظر مقنن هم تلف بعض هم تلف کل می‌تواند سبب انفساخ شود. دستاورد این تفکیک می‌تواند در تفسیر ماده ۳۸۷ ق.م. نیز مؤثر باشد با این بیان که اثر قهقرایی انفساخ در ماده ۳۸۷ ق.م. اگر ناظر بر کل مبیع باشد که هیچ مطابق قاعده اگر عین منفعت باقی باشد پس داده می‌شود و اگر باقی نباشد باز هم نمی‌توان آن را از خریدار با حسن نیت که ظاهر در همین است مطالبه کرد. اگر تلف ناظر بر کل مبیع باشد، مطابق قاعده اگر عین منفعت باقی باشد پس داده می‌شود و اگر باقی نباشد باز هم نمی‌توان آن را از خریدار با حسن نیت که ظاهر در همین مسئله است، مطالبه کرد. اگر تلف ناظر بر بعض مبیع

باشد نسبت به منافع مصرف شده اگر اجزای مبیع مقصود بالاصاله باشد نسبت به منافع مصرف شده ضمانی ندارد و نسبت به منافع غیر مستوفات نیز باید برگردانده شود و اگر اجزای مبیع مقصود بالاصاله نباشد، منافع مستوفاه حکم منافع تلف کل را خواهد داشت چه اینکه در مبیع تجزیه‌ناپذیر تلف بخشی از آن حکم تلف کل را دارد.

فرجام سخن

چنان‌که بیان شد قاعده خراج مورد تأیید شارع مقدس و مشهور فقها بر تبعیت منفعت از ضمان است. مورد اختلافی استقرار ضمان به قبل و بعد از تلف مال، برخلاف نظر فقها، به هر دو فرض تسری پیدا می‌کند به دو دلیل نخست، منفعت به دنبال دو مسئله قصد بر تداوم و ثانیاً در فرض سکوت به دنبال تمامیت مستقر می‌شود. از طرفی مطابق ماده ۳۸۷ ق.م. تلف قبل از قبض بر ذمه بایع بوده و بیع منفسخ می‌شود. ممکن است گفته شود اثر الخراج بالضمنان در فرض تلف مبیع قبل از قبض، جاری نیست و در این صورت معیار ملکیت، ضمان است؛ این در حالی است که ضمان قبل از قبض نیز بر طبق قاعده تلف المبیع بر عهده بایع است و تبعیت از ملکیت نمی‌کند بلکه تبعیت آن از ضمانی است که شارع بر ذمه بایع مفروض انگاشته است؛ اما مسئله بغرنج در اینجا تعبیر انفساخ است که فرضیه این پژوهش را در ظاهر نفی می‌کند؛ چه اینکه تلف، ظهور در اثر انتقالی انفساخ دارد درحالی‌که لسان قانون‌گذار در مفهوم شناسی و ارائه معیار جهت شناسایی آن متزلزل است. لذا مفهوم یابی انفساخ مؤید معانی ذیل است:

اولین مسئله از انفساخ این است که اثر انتقالی، مقتضای ذات و از قواعد آمره انفساخ نیست؛ بلکه برخلاف آن می‌توان اثر قهقرایی را با شرط برای انفساخ عقد تراضی کرد؛ بنابراین، تناقض ناشی از شبهه ملکیت منتفی است چه اینکه ملکیت از آغاز متزلزل و ناپایدار است و از این رو است که با تحقق شرط فاسخ و به طریق اولی انفساخ قهری، این وصف ملکیت از بین می‌رود؛ بنابراین، رجعت ملکیت به معنی بازگرداندن و انتقال آثار آن اعم از منافع بین عقد و انحلال با هیچ ایراد منطقی روبه‌رو نیست.

مطابق آنچه بیان شد، انفساخ در ماده ۳۸۷ ق.م. اثر قهقرایی دارد و همان‌طور که ملکیت به بایع برمی‌گردد منافع و نمائات هم در ملکیت بایع باقی می‌ماند. چه اینکه متن ماده ۳۸۷ قانون مدنی به لزوم برگرداندن ثمن به تمامیت و کلیت ظهور پیدا کرده است. منتها در تلف بعض از مبیع، اگر جزئی از مبیع در مقابل جزئی از ثمن باشد، فقط همان میزان از مبیع منافعش برمی‌گردد و اگر مبیع تجزیه‌ناپذیر باشد، منافع کل مبیع برمی‌گردد؛ اما ید خریدار در اینجا امانی است و اگر قبل از تلف منافع را مصرف کرده باشد، ضمانی بر او نیست. در ضمن مطلبی که شایان ذکر است این است که مقنن در ماده مذکور حکم انفساخ و اشتغال ذمه بایع را در فرضی ذکر کرده که ثمن به قبض بایع درآمده باشد؛ با قیاس اولویت و به طریق اولی در موردی که ثمن مال به قبض بایع داده نشده باشد، انفساخ اثر قهقرایی دارد. از طرفی استقراء در احکام مضاربه و مراد مقنن در اینکه معیار بهره بردن از منفعت، فرض ضمانی است که شارع بر عهده مضارب قرار داده است، تأییدی بر اراده مقنن به تبعیت از شارع در بهره‌برداری صحیح از قاعده الخراج بالضمن است؛ بنابراین تفاوت اثر قهقرایی انفساخ در ماده ۳۸۷ و بطلان در اباحه استیفای منفعت مبیع پیش از تلف است. نکته آخری که قابل ذکر است این است که ابطه مدعی و منکر پیرو قبض مبیع بدین نحو است که با توجه به عدم قبض و اقباض مبیع، اصل بر عدم استیفای منفعت قبل از قبض توسط مشتری است مگر آنکه ثابت شود مشتری با حسن نیت، منفعت را قبل از قبض استیفا کرده است و الا ملزم به بازگرداندن منفعت است. با توجه به مطالب ذکر شده، پیشنهاداتی جهت اصلاح و تعدیل قانون مدنی مطرح می‌گردد که از قرار ذیل است:

پیشنهادها می‌شود، در خصوص ماده ۳۸۷ ق.م. اثر انفساخ منطبق با دستاوردهای این پژوهش قهقرایی معرفی شود. همچنین در خصوص منافع مستوفات و غیر مستوفات قائل به تفکیک شد، با این وصف که در ذیل بیان می‌شود:

با تبصره‌ای برای ماده ۳۸۷ ق.م. بیان شود تبصره ۱: «انفساخ در ماده فوق اثر

قهقرایی دارد»

تبصره ۲: «منافع مستوفات مبیع قبل از تلف از هر طرفی که باشد ضمانی در پی ندارد؛ همچنین است انتقال یا انقلاب مال»

تبصره ۳: «اگر جزئی از مبیع در مقابل جزئی از ثمن قرار گرفته باشد، منافع مستوفات قبل از قبض توسط مشتری ضمانی در پی ندارد، اما در خصوص مبیع تجزیه‌ناپذیر، منافع مستوفات قبل از تلف ضمانی در پی ندارد و منافع مستوفات پس از تلف حکم اتلاف منافع و مسئولیت کل منافع بر عهده مشتری است.»

در تبصره ۱ انفساخ با اثر قهقراپی مبین این معنی است که منافع برای فروشنده باشد و اگر در ید خریدار باشد بازگردانده می‌شود. از طرفی اگر قبل از تلف مال، منافع منفصل در ید خریدار مصرف شده باشد یا منتقل شده باشد یا از بین رفته باشد، ضمانی را در پی ندارد؛ چراکه با این دیدگاه که مال برای او بوده و قرار بر این بوده با استقرار تام، مالک دائمی مال باشد. پس همانند واهبی که مالش را به متهب می‌دهد باینکه حق پس گرفتن اموالش را دارد ولی متهب با این دیدگاه که مال برای او است مال را منتقل کرده است، ضمانی جهت بازگرداندن مال ندارد؛ چه اینکه حسن نیت طرف مقابل، حمایتی از نوع انطباق با عدالت را می‌طلبد.

در ماده ۵۵۸ ق.م. بخش دوم آن به دلیل مخالفت با اقتضای مضاربه و آمره بودن آن و به دلیل اعمال قاعده خراج در فقه و حقوق ایران، اصلاح یا حذف شود به ترتیب ذیل: شرط تملیک مال به‌عنوان خسارت توسط مضارب به جهت تضمین ناشی از مضمونه بودن تشریعی ید مضارب در فرض نقص بر مال که از منافع او کسر می‌شود، خلاف قواعد آمره مضاربه و مطلوب شارع است. چه اینکه این‌گونه شروط شاهراه عقود تحمیلی و وارد شدن در ربا را افزایش می‌دهد.



References

- Ansari, M. (1990). *Al-Makasab (Ansari - Kalantar)*, Qom, Dar al-Kitab. [in Arabic]
- Ahmadzadeh Bazaz, S.A, Gublobi Darafshan, S.M., H. & Gublobi Darafshan, S.M.S. (2016). A comparative discussion on the rule of loss of the sale before receipt in Article 387 of the Civil Code (a comparative study in Imami jurisprudence, (Iranian law and the international sales convention), *Comparative Research of Islamic and Western Law*, 4(2), 1-30, doi: 10.22091/csiw.2018.2452.1253. [in persian]
- Allameh Helli, H. (1954). *Mokhtalaf al-Shi'a*, Qom, Al-Nashar Islamic Publishing House. [in Arabic]
- Allameh Helli, H. (1999). *Tahrir al-Ahkam*, Qom, Imam al-Sadiq Foundation, peace be upon him. [in Arabic]
- Alidosti, N., Keshavarz, A. (2018). Recognizing the basics of the condition of profit guarantee in mudarabah and civil partnership, *Religion and Law Quarterly*, 7 (23): 77-106. [in persian]
- Al-Masri, known to Ibn Najim, Z.D (1980). *Al-Bahr al-Raiq*, Beirut, Al-Islam Times. [in Arabic]
- Al-Talqani, Ismail Ibn ebad, known as Al-Sahib Ibn ebad (2009). *Al-Muhit fi Al-Lughah*, published by Al-Shamila. [in Arabic]
- Ibn Manzur Al-Ansari, Muhammad bin Mokaram, (1993). *Lisan Al-Arab*, Beirut, Dar Sader. [in Arabic]
- Bustani, F.A. (1955). *Farhang Abjadi*, Tehran, Islamic Publishing House. [in Arabic]
- Bahrul-Uloom, M. (1943). *Bilgha al-Faqih*, Tehran, School of Sadiq (peace be upon him). [in Arabic]
- Ehsai, I. A. J. (1983). *Awali Al-Leali Al-Aziziya*, Qom, Seyyed Al-Shohada Institute (AS). [in Arabic]
- Fazl Hawamdeh, S. (2016). Al-Kharaj Basis and Contemporary Applications, *Journal of Scientific Studies of Humanities and Social Sciences*, No. 8. [in Arabic]
- Farahidi, Kh. (1988). *Al-Ain*, Qom, Al-Hijrah Institute. [in Arabic]
- Horr Amoli, M. (1995). *Vasa'el al Shia*, Qom, Ahl-Al-Bayt Institute (peace be upon them). [in Arabic]
- Helli, J. (1987). *Islamic Laws*, Qom, Ismailian Institute. [in Arabic]
- Helli, J. (1991). *The final point*, Qom, Islamic Publications. [in Arabic]

- Hashemi Shahroudi, M. (2001). *Kitab al-Madarabah*, Qom, Ahl al-Bayt Center for Fiqh and Islamic Encyclopaedias. [in Arabic]
- Ibn Fahd Hali, A. (1950). *Al-Mutsaghat Man Sharh*, Mashhad, Islamic Research Council. [in Arabic]
- Katouzian, N. (2019). *General Rules of Contracts*, Tehran, Ganj Danesh. [in persian]
- Khomeini, R. (1972). *Kitab al-Bai (Imam)*, Tehran, Imam Al-Khomeini Works Editing and Publishing Foundation (Quds Sarh). [in Arabic]
- Kheradmandi, S. (2017). The provisions of the rule of al-kharaj with guarantee and similar rules, *Biquarterly Journals of Jurisprudence*, 6(11): 29-58. [in persian]
- Khaki Nihad, M., Rajabzadeh, A. & Mazloun Rahani, A. (2022). Jurisprudential examination of the loss of goods before receipt and its effect on the transfer of ownership, *Scientific Quarterly of Economic Jurisprudence Studies*, 4(2), 181-200. doi: 10.22034/ejs.2022.336483.1216 [in persian]
- Mohagheq Karki, A. (1993). *Al-Maqased Mosque*, Qom, Al-Bayt Foundation (peace be upon him). [in Arabic]
- Maalouf, L. (1952). *Al-Manjad*, Qom, Ismailian. [in Arabic]
- Mahna, A. (1992). *Lasan-ul-San*, Beirut, Dar al-Katb al-Elamiya. [in Arabic]
- Mamaqani, M. (1905). *Ghayat al-Amal fi Sharh al-Makasab wa al-Ba'i*, Qom - Iran, Al-Zakhaer al-Islamiya Majmam. [in Arabic]
- Mirdadashi, S. M. (2019). A look at the concept of trade in mudarabah contract, *Jurisprudential and Philosophical Studies*, 11(42): 1-14. [in Arabic]
- Milani, M. (2008). *Kitab al-Baya (Milani)*, Qom, Islamic Studies Center. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, (2001). *Al Qavaed Al fighhiyah*, Qom, Publication office of Ayatollah Makarem Shirazi. [in Arabic]
- Naini, M. (1992). *Al-Rishah al-Fiqhiyyah, Qom*, Imam Reza Institute of Islamic Studies (peace be upon him). [in Arabic]
- Nasa'i, A. (1986). *Al-Mujtaba Man Al-Sunan*, Aleppo, Islamic Press School. [in Arabic]
- Nishaburi, A. (1988). *Al-Muntaqi Man al-Sunan al-Musnadah*, Beirut, al-Kitab al-Khattura. [in Arabic]
- Nikoi, M. & Simai Saraf, H. (2018). Rereading rational independence in the light of Rawls' argumentative method: a way to develop self-founded



- reason in jurisprudence and principles. *Journal of Comparative Law*, 6(2), 99-122. doi: 10.22096/law.2019.65298.1106 [in persian]
- Qasimzadeh, M. (2013). *Principles of Contracts and Obligations*, Tehran, Justice. [in persian]
- Qazvini, I.M. (n.d). *Sunan Ibn Majah*, Cairo, Ministry of Endowments. [in Arabic]
- Qoshiri Al-Nishabouri, M. (n.d). *Sahih Muslim*; Beirut, Dar Jil + Dar Al Afaq. [in Arabic]
- Rostam Baz Lebanoni, S. (1923). *Sharh al-Majlah*, Al-Beirut Society. [in Arabic]
- Samarqandi, A. (1993). *Tohfat Al-Foqaha*, (Beirut-Lebanon, Dar al-Kitab al-Elamiya). [in Arabic]
- Sarakhsi, M. (1993). *Al-Mabsut, Beirut, Daral-e-Marefa*. [in Arabic]
- Sabki, A. (1990). *Al-Ashbah and Al-Nazar, Beirut, Dar al-Kitab Al-Elamiya*. [in Arabic]
- Shoareyan Sattari, A. (2021). *Description of the International Sale of Goods Convention*, Tehran, Shahr Danesh. [in persian]
- Shirazi, M.t (1951). *Hashiyyah al-Makasab*, Qom, Al-Sharif al-Radi. [in Arabic]
- Sheybani, M. (n.d). *Asl*, Karachi, Department of Al-Qur'an and Islamic Sciences. [in Arabic]
- Salehi Mazandarani, M. (2013). *The book of jurisprudential review of civil liability resulting from judicial decisions with a look at some legal systems*, first, Qom; Islamic Science and Culture Research Institute. [in persian]
- Tirmidhi, M. (n.d). *Sunan al-Tirmidhi*, Cairo, Ministry of Endowments. [in Arabic]
- Tousi, M. (2010). *Al-Istibasar Fima Akhtolf Man Al-Akhbar*, Tehran, Dar al-Kutb al-Islamiyya. [in Arabic]
- Tousi, M. (1987). *Al-Khalaf*, Qom, Al-Nashar al-Islami. [in Arabic]
- Tousi, M. (1967). *Al-Mabssut*, Tehran, Al-Mortazavi School. [in Arabic]
- Tabatabaei, A. (1984). *Riaz al-Masail*, Qom, Al-Al-Bayt (peace be upon him). [in Arabic]
- Zarkoshi, A.B. (1985). *Al-Manthor fi al-Qasa'*, Kuwait, Ministry of Awqaf. [in Arabic]
- Zoheyli. M.M. (2006). *Jurisprudence and its applications in al-Mahabh al-Faqr*, Damascus, Dar al-Fekr. [in Arabic]



Zarei Sabzewari, A.A. (2009). *Al-Qasa'e al-Fiqhiyyah fi fiqh al-Imamiyah*, Qom, Jamaat al-Madrasin fi Hawza al-Ilamiya Baqm. Islamic Publishing House. [in Arabic]