

تسلیم مبیع و آثار آن در حقوق ایران، سوریه، فقه و کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد (۱۹۸۰)

محسن رسوق *

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۲۶

چکیده

تسلیم مبیع و آثار آن از موضوعات مهم حقوقی است که در عقد بیع مورد بررسی قرار گرفته است. تسلیم به صورت واقعی یا حکمی باعث می‌گردد تا مبیع تحت تصرف و اختیار مشتری قرار گیرد و وی را قادر بر اعمال حقوق مالکانه خویش بر مبیع نماید. در این مقاله بر ماهیت مشترک تسلیم در قانون مدنی ایران و سوریه و نیز فقه و کنوانسیون وین تأکید گردیده است. از آثار تسلیم مبیع می‌توان به انتقال مالکیت در مبیع کلی (انتقال ضمان معاوضی) سقوط حق حبس اشاره کرد.

مفاهیم مذکور علی‌رغم تفاوت‌های جزئی در نظام‌های حقوقی مزبور به‌طور مشابهی مطرح می‌باشند. شناسایی احکام مشترک تسلیم مبیع و آثار آن مسیر ایجاد همگرایی میان نظام‌های حقوقی از طریق الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی یا تدوین قوانین نمونه را هموار می‌نماید.

واژگان کلیدی

تسلیم - ضمان معاوضی - مالکیت - حق حبس - حقوق سوریه - حقوق ایران - کنوانسیون وین - بیع بین‌المللی - فقه.

مقدمه

تسلیم مرحله مهمی در قراردادهای بیع است، زیرا مشتری زمانی می‌تواند بیشتر جنبه‌های حقوق مالکانه خود بر مبیع اعمال نماید که با تسلیم مبیع در اختیار و کنترل او قرار گرفته باشد.

همچنین تسلیم مبیع دارای آثار مهمی در عقد بیع می‌باشد، از جمله انتقال مالکیت در مبیع کلی است. انتقال مالکیت هدف اصلی بیع در همه نظام‌های حقوقی است و انتقال مالکیت از سوی بایع به مشتری، بستگی به نوع بیع دارد. اگر مبیع، منقول معین بالذات باشد، التزام به انتقال مالکیت فوراً و به مجرد عقد جاری می‌شود، اما هنگامی که مبیع، کلی باشد، تنفیذ التزام بایع به انتقال مالکیت، منوط به افراز و تعیین مبیع و تسلیم آن از سوی فروشنده می‌باشد.

اما زمان انتقال مالکیت به مشتری در نظام‌های حقوقی متفاوت است. انتقال ضمان معاوضی نیز از آثار مهم عقد بیع است. در نظام‌های مختلف حقوقی، برای انتقال ضمان معاوضی، دو روش متفاوت وجود دارد. اول روشی که به موجب آن ضمان معاوضی به سبب عقد انتقال می‌یابد، که در این صورت، تسلیم مبیع، نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد. دوم روشی که به موجب آن، ضمان معاوضی با تسلیم مبیع منتقل می‌گردد و لذا تسلیم مبیع در انتقال ضمان معاوضی، دارای نقشی اساسی می‌باشد. در انتقال ضمان معاوضی با عقد، ممکن است مالکیت نیز با عقد منتقل شود، و ممکن است با وجود آنکه ضمان با عقد انتقال می‌یابد، مالکیت نه با عقد، بلکه با تسلیم مبیع منتقل شود.

در حالتی که هم ضمان و هم مالکیت، هر دو با عقد، منتقل می‌گردند، تسلیم در مقایسه با عقد، دارای نقشی فرعی می‌باشد. اما در حالتی که انتقال ضمان با عقد صورت می‌پذیرد و مالکیت با تسلیم منتقل می‌شود، از آنجایی که تسلیم ابزار انتقال مالکیت می‌باشد، در اینجا تسلیم در مقایسه با شیوه اول دارای اهمیت بیشتری خواهد بود.

از آثار تسلیم مبیع هم می‌توان به سقوط حق حبس اشاره کرد. علت پذیرش حق حبسی برای طرفین تقابل دو التزامی می‌باشد که از عقد بیع ناشی می‌گردد و باید به صورت همزمان اجرا گردند. در حقیقت اعمال حق حبس در جائی است امکان‌پذیر

است که مبیع تحت تصرف بایع باشد و مبیع همچنان در اختیار وی قرار داشته باشد، و از طرفی مشتری نیز هنگامی امکان‌پذیر می‌باشد که ثمن هنوز پرداخت نگردیده باشد. لذا وقتی که بایع تسلیم مبیع با میل و رضایت وی بوده است، تصرف فعلی وی بر مبیع از دست می‌دهد و مالک (مشتری) کسب تصرف بر ملک خود به‌طور مشروع با استناد به قاعده (الناس مسلطون علی أموالهم) می‌باشد. همچنین لازم به ذکر است که همزمان بودن انجام تعهدات طرفین که ناشی از عقد بیع می‌باشد از شرایط وجودی حق حبس در عقد بیع است. لذا در صورت تسلیم مبیع توسط بایع، علت وجودی حق حبس ثمن که عدم تسلیم مبیع توسط بایع می‌باشد، از بین خواهد رفت و لذا حق مشتری در حبس ثمن دیگر توجیهی ندارد. این مقاله در صدد بیان موضوعات فوق در سه نظام حقوقی مذکور و فقه اسلامی به‌طور مختصر می‌باشد. در نهایت به این سؤال می‌پردازد که آیا زمان تسلیم مبیع می‌تواند زمان انتقال مالکیت و ضمان معاوضی باشد؟ این پرسش در نظام‌های حقوقی مذکور و فقه اسلامی پاسخ داده خواهد شد.

۱. تعریف و ماهیت و مبنای حقوقی تسلیم

۱-۱. تعریف تسلیم

تسلیم واژه‌ای عربی می‌باشد که از لحاظ لغوی به معانی گردن نهادن، رضایت دادن، سلام گفتن، واگذار کردن، سپردن و تحویل دادن می‌باشد. همچنین این واژه به معنای اعطای چیزی به کسی نیز می‌باشد (دهخدا، ۱۳۳۷، ج ۴، ص ۵۸۹۱).

معادل واژه تسلیم در زبان انگلیسی، کلمه (Delievery) می‌باشد. این کلمه در معانی تسلیم، تحویل و واگذاری استعمال گردیده است (رمضانی نوری، ۱۳۷۶، ص ۲۱۲. کورنو، ۱۹۹۸، ص ۴۶۹).

مفهوم اصطلاحی تسلیم چندان از معانی لغوی آن دور نمی‌باشد. در تعریف اصطلاحی بیع، بیان گردیده است که «تسلیم در عقد معوض عبارت است از اینکه یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است، مستولی نماید و به تعبیر دیگر عبارت است از تمکین یک طرف از تصرف یا قرار دادن مورد معامله در اختیار طرف دیگر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۱۵۳).

ماده ۳۶۷ قانون مدنی ایران می‌گوید: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف

مشتری، به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد، و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع». به موجب ماده ۳۶۹ قانون مدنی ایران (تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند).

از مفاد این دو ماده چنین بر می آید که دادن و گرفتن مبیع و یا تسلیم و تسلّم آن فعل واحدی می باشد که به اعتبار فروشنده تسلیم و به اعتبار خریدار قبض یا تسلّم نامیده می شود. بنابراین قبض و تسلیم دو جنبه گوناگون یک حقیقت می باشد. اینجا باید گفت که تسلیم اعم از تسلیم مادی و غیرمادی است، لذا هدف از تسلیم اجرای تعهد ناشی از بیع است و اجرای این تعهد اغلب به وسیله فروشنده است و گاهی خود مشتری از قبل مبیع در اختیار دارد و نیاز به تسلیم مجدد نیست (ماده ۳۷۳ قانون مدنی ایران). در اینجا باید توجه داشت که تسلیم زمانی محقق گردیده است که مبیع به گونه ای در تصرف مشتری قرار گیرد که متمکن از تصرف در آن باشد. در واقع عنصر اصلی تسلیم در اختیار نهادن و مستولی کردن خریدار بر مبیع است، و قبض مادی ابزار عرفی تحقق آن می باشد (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۱، ص ۱۶۶).

تسلیم فروشنده همواره با قبض مشتری ملازمه ندارد زیرا فروشنده ممکن است مبیع را تسلیم کند ولی مشتری آنرا تصرف نکرده باشد (ماده ۳۶۸ قانون مدنی ایران). در فقه امامیه نیز عده ای رفع ید بایع را برای تحقق قبض کافی می دانند هر چند که مشتری هنوز نسبت به مبیع وضع ید نکرده باشد (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، صص ۳۰۹ - ۳۱۴. علامه حلی، شرایع الاسلام، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۲).

بند اول م ۴۰۳ ق. م سوره تسلیم را بدین صورت تعریف نموده است که: «۱- تسلیم با قرارداد مبیع تحت تصرف مشتری می باشد، به طوری که وی را متمکن از حیازت و انتفاع از آن بدون مانع سازد، اگرچه استیلائی مادی بر آن نیافته باشد، مادامی که بایع وی را از آن آگاه سازد، و این تسلیم به شیوه ای که موافق با طبیعت شیء مبیع باشد، محقق می گردد». لذا تسلیم وقتی عملی می باشد که از آن اراده تمکن یافتن مشتری از مبیع می گردد، به طوری که وی بتواند به عنوان مالک استیلائی خود را بر آن داشته باشد بدون اینکه در این مورد مانعی وجود داشته باشد (الشرقاوی، ۱۹۷۵، ص ۱۹۱).

از این تعریف مشخص می گردد که تسلیم مبیع از دو عنصر تشکیل یافته است. عنصر اول قرار دادن مبیع تحت تصرف مشتری به طوری که وی را قادر سازد که

حیازت آن را داشته و از آن بدون مانعی انتفاع یابد، می‌باشد. در اینجا ضرورتی ندارد که حیازت مادی به‌طور فعلی به مشتری منتقل گردد، و تنها کفایت می‌کند که مبیع به نحوی تحت تصرف مشتری درآید که وی امکان حیازت مادی و انتفاع از آن بدون مانعی را داشته باشد. لذا هرگاه مانعی بر سر راه انتفاع مشتری قرار گیرد، این عنصر تسلیم محقق نمی‌گردد، خواه این مانع از جانب بایع باشد، «مثلاً هر گاه مبیع زمین زراعی باشد، بایع همچنان به زراعت در آن بپردازد» و یا از جانب شخصی که ادعای حقی بر مبیع داشته و با تسلیم مبیع به مشتری مخالفت ورزد (حسن قاسم، ۲۰۰۵، ص ۲۶۴).

باید توجه داشت که وجود مستأجر در عین هر گاه که عقد اجاره در حق مشتری نافذ باشد، مانع تلقی نمی‌گردد (حسن فرج، ۱۹۶۸، ص ۲۲۲).

عنصر دوم در تسلیم مبیع آن است که بایع مشتری را از تحت تصرف قرار دادن مبیع آگاه سازد، لذا مجرد علم مشتری به آنکه مبیع تحت تصرفش قرار گرفته است کفایت نمی‌کند، بلکه بایع ملزم به آگاه ساختن وی از آن می‌باشد تا از هرگونه اشتباهی در مورد حقیقت علم مشتری به قرار گرفتن مبیع تحت تصرفش جلوگیری شود. آگاه ساختن مشتری دارای شکل خاصی نمی‌باشد و می‌تواند به‌صورت اخطار (انذار) رسمی و یا به‌صورت شفاهی باشد (لیبب شنب، و صبحی خلیل، ۱۹۶۸، ص ۱۶۹).

ملاحظه می‌گردد که التزام بایع به قرار دادن مبیع در تصرف مشتری متضمن التزام وی به آگاه ساختن مشتری از قرار دادن مبیع در تصرفش به‌صورت فعلی می‌باشد. هر گاه این دو عنصر موجود باشند تسلیم محقق شده و همه آثار قانونی در قانون سوریه بر آن مترتب می‌گردد که از جمله آن‌ها انتقال ضمانت معاوضی از بایع به مشتری می‌باشد و تفاوتی ندارد که مشتری مبیع را تسلیم نموده و دارای حیازت فعلی گردیده باشد و یا آنکه تسلیم تاکنون محقق نگردیده باشد. مطابق بخش پایانی بند ۱ م ۴۰۳ ق. م سوریه، تسلیم به شیوه‌ای که موافق با طبیعت مبیع باشد، انجام می‌پذیرد. اینجا قاعده ثابتی در تسلیم وجود ندارد و داوری عرف در آن پذیرفته است.

تسلیم در فقه عامه به معنای متمکن ساختن مشتری از مبیع توسط بایع به نحوی که بایع از مبیع صرف نظر نموده و اجازه تسلیم آن را به مشتری بدهد، می‌باشد. م ۲۶۳ مجله الأحکام که مبنای آن فقه حنفی می‌باشد در تعریف تسلیم بیان داشته است: «تسلیم مبیع به تخلیه حاصل می‌شود، و تخلیه عبارت است از اینکه بایع مشتری را

مأذون سازد که مبیع را قبض کند و مانعی که او را از تسلیم آن ممنوع سازد نباشد» (رستم باز، ج ۱، ۱۹۲۳، ص ۱۳۷).

کنوانسیون تعریف مشخصی از تسلیم ارائه نکرده است. لذا در اینجا برای تبیین و توضیح مفهوم تسلیم از دیدگاه کنوانسیون ذکر تاریخچه تصویب آن و تغییراتی که در مفاد قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی (ULIS) و نیز پیش‌نویس‌های تنظیمی ایجاد گردیده، لازم به نظر می‌رسد. ماده ۱۸ قانون متحدالشکل بیع بین‌الملل در مورد مفهوم تسلیم مقرر می‌داشت که: «فروشنده باید کالا را تسلیم کند، اسناد مربوط به کالا را تحویل بدهد و مالکیت کالا را واگذار نماید». همچنین م ۱۹ این قانون در تعریف از تسلیم مقرر می‌داشت که تسلیم عبارت است از تسلیم و تقدیم کالایی که مطابق قرارداد باشد. مطابق این تعریف تحقق تسلیم در زمانی صورت می‌گیرد که کالا مطابق قرارداد باشد. این امر باعث بروز مشکلاتی در عمل می‌گردد. به‌طوری که هر گاه کالای معیوبی تحویل می‌شد، تسلیم تحقق یافته تلقی نمی‌شد، اگرچه که خریدار کالا را مصرف و یا آن را به شخصی دیگری فروخته بود.

علاوه بر این در صورت تحویل کالای معیوب انتقال ریسک و ضمان معاوضی به خریدار تحقق نمی‌یافت. این تعریف در مواردی با اشکال مواجه می‌گردید. چنانچه اگر خریدار کالا را پذیرفته باشد، منطقی به نظر نمی‌رسد که بگوییم تسلیم محقق نشده است. همچنین هر گاه خریدار به علت عدم نقض اساسی قرارداد، موظف به پذیرش و تسلیم کالا می‌باشد، تعریف تصنعی به نظر می‌رسد. این تعریف در جایی که خریدار موفق به دادن اخطار به موقع در مورد معیوب بودن کالا به فروشنده نگردیده و لذا قادر به رد کالا نمی‌باشد، و همچنین در جایی که فروشنده عیب کالا را بر طرف کرده باشد، غیرقابل دفاع و غیرمنطقی به نظر می‌رسد (جمعی از نویسندگان، ج ۲، ۱۳۷۴، ص ۶۴. Honnold 220 & 222 . 1991, pp).

همان‌طور که اشاره گردید کنوانسیون وین، تعریف خاصی از تسلیم ارائه نکرده است، اما در موارد مختلف بر بیان مقصود از آن اشاره نموده است، به‌طوری که گاهی از تسلیم با عنوان قرار دادن کالا در تحت تصرف مشتری یاد می‌گردد و گاهی نیز از تسلیم با عنوان تحویل یعنی حیات مادری و فعلی (تصرف) یاد می‌گردد. در حقیقت در کنوانسیون تسلیم به معنای فعلی و نیز به معنای حکمی آن مورد پذیرش قرار گرفته

است که در بحث از اقسام تسلیم بدان اشاره خواهد شد. از م ۳۱ کنوانسیون چنین استنباط می‌گردد که تسلیم شامل هر دو مورد تحویل کالا به خریدار (قراردادن کالا در تصرف وی) و در اختیار گذاردن کالا برای وی می‌شود. لذا می‌توان بیان داشت که تسلیم از نظر کنوانسیون عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری و یا قرار دادن مبیع در اختیار وی (حسن موسی، ۲۰۰۱، ص ۱۲۱. هوزیه، ۲۰۰۵، صص ۲۴۷ و ۲۵۱. صفایی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۱۲۳ و ۱۲۴. شفیق، ۱۹۷۴، ص ۳۴۹).

از دیدگاه کنوانسیون در صورتی که کالا عملاً به خریدار تحویل داده شود و یا در اختیار وی قرار داده شود، تسلیم محقق گردیده است، اگرچه که مطابق با قرارداد نبوده و یا آنکه معیوب باشد. در واقع کنوانسیون بیع بین‌المللی وین، با شناخت از مشکلات تعریف تسلیم در مقررات قانون متحدالشکل، در م ۳۱ مقرر داشته است که: «در صورتی که فروشنده ملزم به تسلیم کالا در محل معین دیگری نباشد، تعهد او به تسلیم عبارت است از: الف) چنانچه قرارداد فروش متضمن حمل کالا باشد، تسلیم کالا به اولین حمل و نقل کننده، به منظور حمل برای خریدار. ب) در مواردی که مشمول بند فوق نباشد، چنانچه قرارداد راجع به کالای معین باشد، یا کلی در معین، که باید از انبار معینی استخراج شود، یا کالای کلی که باید ساخته یا تولید شود، طرفین در زمان انعقاد قرارداد می‌دانسته‌اند که کالا در محل معینی واقع است، یا باید در محل معینی تولید یا ساخته شود، قراردادن کالا در همان محل معین در اختیار خریدار. ج) در سایر موارد، قرار دادن کالا در اختیار خریدار، در مکانی که محل تجارت فروشنده در زمان انعقاد قرارداد بوده است».

در اینجا ملاحظه می‌گردد که کنوانسیون از مفهوم تسلیم در بند ۱ م ۱۹ قانون متحدالشکل (ULIS)، فاصله گرفته است، چنانچه م ۳۱ کنوانسیون در مقام بیان وظایف فروشنده برای تحویل کالا، به وظایف وی در تحویل کالا به متصدی حمل و نقل و یا قرار دادن کالا در اختیار خریدار اشاره نموده است، همچنانکه در کنوانسیون ارائه کالای مطابق با قرارداد برای تحقق تسلیم ضروری دانسته نشده است و حتی تحویل بدین شکل (مطابق قرارداد) برای انتقال ضمان معاوضی و ریسک از فروشنده به خریدار (چنانچه بعداً بدان خواهیم پرداخت) ضرورتی ندارد.

۲-۱. ماهیت حقوقی تسلیم

یکی از مباحث مهم در مورد تسلیم بحث از ماهیت تسلیم می‌باشد. در بحث از ماهیت حقوقی تسلیم باید به این سؤال پاسخ داده شود که آیا تسلیم عمل حقوقی مستقل و جداگانه‌ای می‌باشد که سبب تملیک می‌گردد یا خیر؟

تسلیم مورد تعهد در عقد بیع در صورتی که مورد تعهد کلی فی‌الذمه باشد، از جهت تحلیل عقلی معامله جدیدی محسوب شده و به مثابه انتقال عین خارجی می‌باشد، علت این امر آن است که کلی مورد تعهد دارای افراد متعددی در خارج می‌باشد که شخص متعهد، ملزم به تسلیم یکی از آن افراد می‌باشد و می‌تواند هر یک از این افراد کلی را به جهت ایفای تعهد خویش انتخاب نماید. اما باید توجه داشت که انتخاب این فرد از افراد مختلف کلی به تنهایی باعث ایفای تعهد متعهد نمی‌گردد بلکه متعهد باید آن را به متعهدله تسلیم نموده و متعهدله آن را قبض نماید. این عمل که به صورت یک عمل قضائی می‌باشد، در واقع معامله جدیدی تلقی می‌گردد، چرا که تسلیم در اینجا تملیک فرد معینی به متعهدله که کلی آن مورد تعهد بوده، می‌باشد. همچنین باید توجه داشت که عمل تملیک بدون قصد انشاء امکان‌پذیر نمی‌باشد و قبول آن نیز نیاز به قصد انشاء دارد. بدین صورت که تسلیم از طرف متعهد و قبض از سوی متعهدله اعلام قصد انشاء تلقی می‌گردد. لذا بیان گردیده است که مالکیت در بیع کلی از هنگام تسلیم مبیع حاصل می‌گردد و نه از زمان عقد، اما در مورد عین خارجی مالکیت از زمان عقد حاصل می‌شود، بنابراین ایفای تعهد در صورتی که مورد تعهد کلی فی‌الذمه باشد عمل قضایی مستقلی می‌باشد (امامی، ۱۳۷۳، صص ۳۱۸ و ۳۱۹. نجفی، ۱۹۸۱، صص ۵۵-۵۳. طاهری، بی‌تا، ص ۱۰۱).

این عده از حقوق‌دانان و فقها بیان داشته‌اند که هرگاه مبیع عین خارجی باشد تسلیم جنبه استقلالی نداشته و تنها جنبه طریقت دارد، بدین صورت که تنها برای به دست آوردن چیزی که به هر یک از متعاملین به وسیله دیگری منتقل گردیده است تسلیم صورت می‌پذیرد. م ۳۷۲ ق. م ایران نیز بیان داشته است که: «اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن» چرا که در این صورت مقصود و مراد از قبض، محقق گردیده است.

اما در جائی که مبیع در حکم عین خارجی باشد بدین معنی که مقدار معینی به‌طور کلی از شیء متساوی الأجزاء باشد و انتخاب و تعیین آن از میان افراد مختلف با مشتری باشد، وی اجازه دارد بدون اذن بایع مبیع را انتخاب و در آن تصرف نماید. اما هر گاه تعیین و انتخاب مبیع از میان افراد مختلف بر عهده بایع باشد، مشتری بدون اذن بایع اجازه انتخاب و تصرف در مبیع را ندارد. در اینجا هرگاه بایع افرادی از شیء متساوی الأجزاء را به غیر واگذار نماید و یا تلف کند و باقی مانده از افراد شیء متساوی الأجزاء به میزان سهم مشتری باشد، مقدار باقی مانده ملک مشتری به حساب آمده و وی مجاز به تصرف در آن بدون اذن بایع می‌باشد.

در نهایت در جائی که مبیع کلی فی‌الذمه است، چنانچه بیان گردید، تسلیم افراد آن به مشتری که با اراده بایع صورت می‌گیرد، عمل قضائی مستقلی تلقی می‌شود و لذا اگر از جنس مبیع در ملک بایع موجود بوده، مشتری مجاز به تصرف در آن بدون اذن بایع نمی‌باشد، چرا که در این صورت در ملک بایع تصرف نموده است. در اینجا بایع ملزم است که به مقدار معین در عقد، از جنس مبیع را به مشتری تملیک نماید.

گروهی دیگر معتقدند که تسلیم و اقباض که سبب انتقال مالکیت می‌باشد یک عمل حقوقی یک طرفه است که تنها اراده متعهد در تعیین فرد کلی مورد تعهد و انتقال مالکیت آن به متعهدله ضروری می‌باشد و اراده متعهدله در تحقق آن تأثیری ندارد.

لذا به جهت اجرای تعهد و برائت ذمه مدیون، تسلیم مورد تعهد به متعهدله کفایت می‌کند، هر چند که متعهدله عملاً در آن تصرف نکرده باشد (م ۳۶۸ ق. م ایران). منسوب نمودن برخی از آثار حقوقی تسلیم به قبض را باید نوعی تسامح تلقی نمود. چنانچه در مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ ق. م ایران، آثاری که در بحث تلف مبیع قبل از قبض تسامحاً به قبض نسبت داده شده است، در واقع آثار تسلیم مبیع می‌باشند. در اینجا اعتقاد بر این است که هر گاه کلی مورد تعهد بر فردی که تسلیم می‌شود منطبق نباشد، تحقق اجرای تعهد به انشاء جدید طرفین و ظهور قرارداد جدید نیاز خواهد داشت، بدین صورت که با توافق طرفین عقد، تعهد قبلی به تعهد جدیدی از جهت موضوع مبدل گشته و با انجام تسلیم، تعهد انجام یافته تلقی خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۷۵).

باید توجه داشت که منوط ساختن تملیک مبیع به تعیین آن امری موجه و صحیح می‌باشد، اما تعهدی که به علت عقد ایجاد گردیده است، ناظر به تعیین مبیع می‌باشد و

نه تملیک آن، چرا که تملیک عین به وسیله عقد بیع محقق گردیده است و این امر به علت تملیکی بودن عقد بیع می باشد. بنابراین تسلیم مبیع به منزله وقوع عقد جدید در باب تملیک نخواهد بود، چرا که در صورت وجود چنین عقد جدیدی، مشتری در رد یا قبول فردی که فروشنده برای تملیک انتخاب نموده است آزاد می باشد و حال آنکه مشتری دارای چنین اختیاری نمی باشد.

علاوه بر این، نتیجه اعتقاد به مستقل بودن عمل حقوقی مورد ادعا آن است که در صورت بطلان عقد بیع، این سبب بتواند باعث تملیک شود و حال آنکه این نتیجه قابل پذیرش نمی باشد. در واقع، تسلیم مبیع، عملی است که مدیون در مقام وفای به عهد می نماید، چرا که وی باید یکی از مصادیق کلی را انتخاب و به شخص طلبکار بدهد (م ۲۷۹ ق. م ایران).

به هر صورت تملیک مبیع در این حالت اثر عقد بیع و منوط به تعیین مصادیق کلی می باشد. انتخاب و تعیین این مصادیق بر عهده بایع می باشد و در مواردی نیز به صورت خودبه خود صورت می پذیرد. مثلاً هرگاه تمام مصادیق کلی مورد تعهد به جز مقداری که باید به مشتری تسلیم شود از بین برود، در اینجا تملیک بدون نیاز به هرگونه عمل حقوقی دیگری محقق شده است. در مواردی نیز مورد تعهد به علت تهاتر با دین همجنس مشتری، از بین می رود. در این مورد نیز نظریه عمل حقوقی بودن تسلیم و وفای به عهد دچار خدشه می گردد.

در هر حال باید توجه داشت که قبض عمل مستقلاً به حساب نمی آید و نیاز به اذن و اراده بایع ندارد، چنانچه م ۳۷۴ ق. م ایران نیز بدان اشاره دارد. اما به جهت آنکه مشتری قادر به تصرف در مبیع گردد، لازم است که فرد آن در خارج معین باشد. بنابراین هرگاه مبیع عین معین باشد، و مانعی در تصرف مشتری بر مبیع وجود نداشته باشد، وی قادر به در اختیار گرفتن مبیع بدون اذن بایع می باشد و همچنین در صورتی که مبیع کلی باشد و تعیین آن انجام پذیرفته است، مشتری قادر به در اختیار گرفتن مبیع بدون اذن بایع خواهد بود (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۳، ص ۱۶۷).

در جایی که مبیع کلی می باشد، بایع متعهد به تسلیم یکی از مصادیق مبیع خواهد بود. از آنجایی که عقد بیع تملیکی می باشد، به محض آنکه بایع فردی را که باید تسلیم نماید، تعیین کند، این فرد به صورت خودبه خود به مالکیت مشتری در می آید. در

حقیقت تسلیم، ابزار متعارف به جهت تعیین فرد مبیع می‌باشد و نقشی در تملیک مبیع ندارد. در مواردی که مبیع قبل از تسلیم به مشتری، به وسیله بایع و یا حوادث دیگر معین گردد، تملیک پیش از تسلیم تحقق می‌یابد، لذا تسلیم عمل حقوقی مستقلی و عقد جداگانه‌ای که تملیک اثر آن باشد، تلقی نمی‌شود و تا زمانی که مصداق کلی در عالم خارج معین نگردد، مشتری حق عینی بر آن پیدا نمی‌کند. انتخاب و تعیین مصداق کلی بر عهده بایع بوده که به‌طور معمول با تسلیم صورت می‌پذیرد. در حقیقت تسلیم وسیله و ابزار اراده است و نه شرط درستی بیع یا وقوع تملیک.

شایان ذکر است که تعیین در بیع کلی فی‌الذمه یکی از عناوین قصديه به شمار می‌رود که نیاز به اراده (قصد و رضای) متعهد یعنی بایع را دارد، برخلاف تسلیم عین معین که تنها یک عمل مادی بوده و اگر مبیع عین معین به‌طور اتفافی و یا بدون رضایت بایع توسط مشتری تسلیم گردد، تعهد اجرا شده است (م ۳۷۴ ق. م ایران). در واقع تعیین مستلزم تصرف در مال و ملک بایع می‌باشد و بعد از تعیین و تشخیص مبیع، مبیع به مالکیت مشتری در خواهد آمد، و قبل از آن مشتری اجازه تصرف در آن را ندارد، چرا که در غیر این صورت در ملک غیر، بدون اذن وی و یا مجوز قانونی تصرف نموده است. دیوان عالی کشور ایران حکم بدان داده است که: «در قبض مبیع کلی و یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، باید به‌وسیله دادگاه التزام به تعیین شود» (نیک فر، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، ۱۳۷۴، ص ۸۷).

تعیین را باید یک عمل حقوقی به حساب آورد. از طرفی مشتری مطابق عقد بیع قصد و رضایت خود مبنی بر آنکه مبیع در اموالش داخل گردد را اعلام نموده است و لذا از اراده یک‌طرفه پرداخت‌کننده هیچ‌زیانی به وی وارد نمی‌گردد (جعفری لنگرودی، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۳۸۸). همچنین با توجه به اطلاق م ۱۸۹ ق. م ایران معلق علیه در عقود معلق بر حسب مورد می‌تواند عمل مادی و یا حقوقی باشد.

پس تعیین به‌عنوان معلق علیه در عقد بیع کلی فی‌الذمه، ایقاع می‌باشد که فقط نیاز به اراده بایع دارد و قبول مشتری در آن شرط نمی‌باشد. در جایی که مبیع کلی در معین بوده و افراد کلی به استثنای مقدار یا تعدادی که برابر با مقدار و تعداد مبیع است تلف

گردد، آنچه باقی می ماند، تعیین شده به حساب می آید و خود به خود به مالکیت مشتری درآمده و نیاز به قصد انشاء بایع ندارد.

در حقوق سوریه با توجه به صراحت م ۸۹۵ ق. م، انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه، منوط به تعیین مبیع می باشد، و در حقیقت بیع کلی فی الذمه عقدی معلق محسوب می گردد. تعیین و افراز مبیع نیاز به اراده بایع دارد و قبول مشتری تأثیری بر آن نخواهد داشت. اما باید توجه داشت که مجرد اطلاع دادن به مشتری در مورد اینکه مبیع تعیین گردیده، کفایت نمی کند و لازم است که اراده بایع به واسطه یک عمل خارجی تجسم و وجود مادی پیدا نماید. با این وجود تعیین مبیع، واقعه مادی محسوب می گردد و اثبات آن با جمیع وسائل امکان پذیر می باشد (یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، ص ۱۸۷).

عده ای بیان داشته اند که در بیع منقول کلی فی الذمه، تعیین باعث انتقال مالکیت می گردد و نه عقد بیع، چرا که انتقال مالکیت تنها در شیء معین بالذات قابل تصور می باشد. از طرف دیگر از آنجائی که تعیین و افراز مبیع معمولاً در هنگام تسلیم آن تحقق می یابد، دو عمل تعیین و تسلیم مبیع با یکدیگر خلط شده و چنین به نظر می رسد که تسلیم مبیع موجب انتقال مالکیت آن می گردد. اما هرگاه تسلیم مبیع بعد از تعیین آن واقع شود مالکیت به مجرد تحقق تعیین و قبل از تسلیم مبیع انتقال یافته است. در حقیقت باید توجه داشت که ملاک و ضابطه اصلی در اینجا تعیین مبیع می باشد (السنهوری، ۱۹۸۶، صص ۲۴۵ و ۲۴۶).

به نظر می رسد تسلیم واقعه حقوقی است و اراده و اهلیت طرفین در تحقق آن شرط نمی باشد و ایفای تعهد (تسلیم) دارای حکم قانونی و شرعی است و قرارداد باید به حکم قانون و شرع اجرا گردد. چون تسلیم یک نوع اجرا و ایفا می باشد که واقعه حقوقی محسوب می شود. و لزوم داشتن اهلیت فروشنده یا خریدار برای این است که محجور نمی تواند در اموال خود تصرف کند.

۳-۱. مبنای حقوقی تسلیم

در بحث از مبنای حقوقی تسلیم باید به این سؤال پاسخ داده شود که لزوم و ضرورت تسلیم مبیع از کجا نشأت می گیرد، بدین معنی که بایع به چه علتی باید مبیع را به مشتری تسلیم نماید.

و جوب تسلیم ناشی از عقد می‌باشد و به عبارت دیگر وجوب تسلیم ریشه در عقد بیع دارد، بدین معنی که ملزم بودن هر یک از طرفین نسبت به تسلیم عوض و یا معوض ناشی از تعهد و شرط ضمنی در عقد بیع که عقدی معاوضی است، می‌باشد. لذا طرفین علاوه بر آنکه عوضین را به طرف مقابل تملیک می‌نمایند، ضمناً متعهد می‌گردند که مال تملیک شده را به منتقل‌إلیه آن تسلیم نمایند. در حقیقت از نظر ایشان عقد بیع عبارت است از تملیک مورد و تعهد به تسلیم آن (نائینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۸. حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۶۲. حسینی الروححانی، ۱۴۱۴، ج ۶ ص ۵۵. خوئی ۱۴۱۲، ج ۷، صص ۵۳۱ و ۵۳۲).

عده‌ای از فقها نیز بیان داشته‌اند که وجوب تسلیم مبیع از احکام عقلایی مترتب بر عقد بیع می‌باشد. بدین معنی که بنای عقلا در باب معاوضات بر تسلیم و تسلّم می‌باشد و قبض و اقباض از شروط ضمن عقدی است که طرفین در متن عقد ملزم و متعهد به انجام آن گردیده‌اند و خیار هم به علت تخلف از این شرط ضمنی ایجاد گردیده است. بنابراین طرفین باید عوض یا معوض را به طرف دیگر تسلیم نمایند و اگر از این امر امتناع ورزند اجبار به تسلیم می‌گردند. مطابق این نظر بیع عبارت است از اخذ و اعطا و طریقی برای وصول به عوضین. همچنانکه می‌توان گفت بیع دو انشاء برای وصول به مالکیت عقلایی می‌باشد (امام خمینی، ۱۳۶۳، ج ۵، صص ۲-۳۷۱).

به‌طور کلی می‌توان بیان داشت که در فقه امامیه وجوب تسلیم ناشی از آن است که در اثر عقد بیع مبیع به مالکیت مشتری در می‌آید و بایع که ملک دیگری را در تصرف دارد ملزم است آن را به مالک‌اش تسلیم نماید.

در قانون مدنی ایران الزام بایع به تسلیم مبیع به علت ممنوع بودن تصرف در مال غیر نمی‌باشد، بلکه وجوب تسلیم ریشه قراردادی داشته و ناشی از عقد بیع می‌باشد. در توجیه این نظر عنوان گردیده است که هدف نهائی از خریدن مال آن است که مشتری قادر به تصرف در آن باشد، لذا در اثر عقد بیع نه تنها مالکیت مبیع به مشتری انتقال می‌یابد، بلکه بایع نیز ملزم است که آن را در اختیار مشتری قرار دهد. بر مبنای عقد مشتری نیز ملزم به قبول کالای معهود می‌باشد و درخواست الزام او از دادگاه امکان‌پذیر است (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۶۷).

از ظاهر قانون مدنی ایران چنین استنباط می‌گردد که ملزم بودن بایع به تسلیم مبیع

ناشی از آثار خود عقد بیع می‌باشد و نه جزء ماهیت آن. به طوری که بند ۳ م ۳۶۲ ق. م ایران بیان داشته است که: «عقد بیع بائع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید». در توجیه حکم مزبور بیان گردیده است که م ۲۱۹ ق. م ایران که اصل لزوم را بیان داشته است مبتنی بر آیه کریمه (اوفوا بالعقود) می‌باشد. از آنجائی که اوفوا صیغه امر می‌باشد، آیه مزبور ظهور در وجوب دارد. وجوب حکم تکلیفی می‌باشد، که بر آن حکم وضعی مترتب می‌گردد که مطابق آن طرفین ملزم بدان می‌گردند که آثار عقد را ترتیب دهند ترتیب دادن آثار بیع بدان است که بائع مبیع را که مالکیت آن در اثر عقد بیع به مشتری منتقل گردیده است، به وی تسلیم نماید.

در این زمینه عده‌ای بیان داشته‌اند که در عقودی که قبض شرط صحت نبوده و در تمامیت آن و حصول تملک مداخلیتی ندارد، قبض از آثار و لوازم قانونی عقد می‌باشد، چرا که هنگامی که به موجب عقد تملک بدون نیاز به قبض حاصل گردید و مال به طرف مقابل منتقل شد، لازم است که انتقال‌دهنده آن را به منتقل‌إلیه تسلیم نماید، و در عدم جواز وضع ید بر مال غیر بدون اذن صاحب مال، تفاوتی میان حالت بدوی و استمراری نمی‌باشد. عدم وجوب تسلیم مال بدون مطالبه مالک، در صورتی می‌باشد که مال از ابتدا در ید غیر با اذن مالک قرار داشته تا از امانات مالکیت محسوب گردد. اما در صورتی که سابقه اذن وجود نداشته باشد، چنانچه در عقد بیع مفروض است که مالک جدید به واسطه عقد، مال به وی انتقال یافته و وی اذن به بقای آن در ید مالک اول نداده است و مال باید به مالک جدید تسلیم گردد. م ۳۶۲ ق. م ایران بائع را ملزم به تسلیم مبیع و مشتری را ملزم به تأدیه ثمن نموده است (عبده بروجردی، ۱۳۲۹، ج ۱، ص ۲۱۹).

در قانون مدنی سوره التزام به تسلیم مقتضای عقد بیع می‌باشد، به طوری که لزوم تسلیم مبیع ناشی از التزام به انتقال مالکیت مبیع می‌باشد. لذا التزام به تسلیم مبیع به مشتری فرع از التزام وی به انتقال مالکیت مبیع به مشتری می‌باشد. همچنین از التزام به انتقال مالکیت مبیع التزام بائع به نگهداری از آن تا هنگام تسلیم به مشتری ناشی می‌گردد. بدین جهت است که م ۲۰۷ ق. م سوره بیان داشته است که: «التزام به انتقال حق عینی، متضمن التزام به تسلیم شیء و نگهداری از آن تا (هنگام) تسلیم می‌باشد» (وحیدالدین سوار، ۱۹۹۶، ج ۱، ص ۲۷. السنهوری، ۱۹۸۶، ج ۴، صص ۵۵۶ و ۵۵۷. یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، صص ۲۲۶ و ۲۲۷).

بنابراین از التزام بایع به انتقال مالکیت دو التزام دیگر ایجاد می‌گردد، که عبارتند از التزام به نگهداری از مبیع و التزام به تسلیم آن به مشتری اگرچه هر دوی این التزامات از یک التزام ناشی می‌گردند اما التزام به نگهداری از مبیع التزامی متعارف و با بذل عنایت می‌باشد، درحالی‌که التزام به تسلیم مبیع التزام به محقق ساختن غایت و نتیجه (التزام بتحقیق الغایه) است، بدین معنی که در التزام به نگهداری از مبیع، نتیجه مهم نیست و بلکه تلاش و بذل عنایت بایع اهمیت دارد، اما در التزام به تسلیم، حصول نتیجه یعنی تسلیم مبیع به مشتری دارای اهمیت می‌باشد. چنین نتیجه می‌گردد که تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری بر عهده بایع می‌باشد، و از آن نتیجه می‌شود که تبعات تلف مبیع با تسلیم مبیع و نه با انتقال مالکیت آن در ارتباط می‌باشد. در حقیقت التزام به تسلیم، مکمل التزام به انتقال مالکیت می‌باشد، به طوری که التزام به انتقال مالکیت کامل اجرا نمی‌گردد، مگر آنکه اجرای التزام به تسلیم تحقق یافته باشد. در هر حال اگر انتقال مالکیت مبیع متضمن تسلیم مبیع آن به مشتری نباشد، فایده‌ای بر آن مترتب نخواهد بود تا مشتری را متمکن از تصرف و حیازت و انتفاع از آن نماید. بدین منظور م ۳۹۹ ق. م سوریه مطابق با قاعده عامه‌ای که در م ۲۰۷ ق. م سوریه ذکر گردیده است بیان داشته است که: «بایع ملتزم به تسلیم مبیع به مشتری در حالتی که در هنگام وقوع بیع بوده است، می‌باشد». در ماده ۲ مجله احکام عدلیه بیان گردیده است که: «قبض در بیع شرط نمی‌باشد، ولی هنگامی که عقد محقق گردید، لازم است که مشتری در ابتدا ثمن را تسلیم نماید، سپس بایع مبیع را به وی تسلیم نماید».

۲. آثار تسلیم مبیع

از آثار تسلیم مبیع می‌توان به انتقال مالکیت در مبیع کلی و نیز انتقال ضمان معاوضی و سقوط حق حبس اشاره کرد.

۲-۱. انتقال مالکیت در مبیع کلی

انتقال مالکیت از سوی بایع به مشتری، بستگی به نوع مبیع دارد. اگر مبیع، منقول معین بالذات باشد، التزام به انتقال مالکیت فوراً و به مجرد عقد جاری می‌شود، اما هنگامی که مبیع، کلی باشد، تنفیذ التزام بایع به انتقال مالکیت، منوط به افراز و تعیین مبیع و تسلیم

آن از سوی فروشنده می‌باشد. ولی اگر مبیع، عقار (ملک) باشد، انتقال مالکیت جز با ثبت عقد بیع صورت نمی‌پذیرد. لذا هرگاه مبیع عین معین باشد، مالکیت مبیع با انعقاد عقد به مشتری انتقال می‌یابد. اما در بیع کلی سبب انتقال مالکیت عقد بیع می‌باشد اما تحقق این اثر، معلق به تعیین مصداق کلی است، و تا هنگامی که تعیین مصداق صورت نگرفته باشد، مالکیت انتقال نمی‌یابد. لذا تملیک، معلق به تعیین مصداق کلی است و تا قبل از آن هیچ‌گونه حق عینی منتقل نمی‌شود. به نظر می‌رسد که قانون مدنی ایران و فقه امامیه مؤید این دیدگاه می‌باشد چرا که اثر عقد بیع تملیک مال به مشتری است و به محض اینکه بایع فردی را که باید به مشتری تسلیم نماید تعیین کند، این فرد خود به خود به مالکیت مشتری در می‌آید، البته باید توجه داشت که در بیع کلی فی‌الذمه تا هنگامی که تسلیم مبیع تحقق نیافته است، مشتری مالک مبیع تلقی نمی‌گردد، لذا باید بیان داشت که در بیع کلی اثر فوری عقد، انتقال مالکیت است اما آنچه که منتقل می‌گردد، مالکیت ما فی‌الذمه بایع می‌باشد، که ایجاد یک حق دینی می‌نماید و با تسلیم مبیع «تعیین مصداق» این حق دینی تبدیل به یک حق عینی می‌شود. مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ و ۳۶۴ ق. م ایران (عدل، ۱۳۵۴، ص ۲۲۶. طباطبائی یزدی، ج ۱، بی‌تا، ص ۱۱۶. غروی، بی‌تا، ج ۳، ص ۸۸).

به موجب متن ماده ۸۹۵ قانون مدنی سوریه نیز انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه منوط به تعیین و افراز از مبیع می‌باشد و بیع کلی فی‌الذمه عقدی معلق است. بند ۱ ماده ۲۰۶ قانون مدنی سوریه مؤید این مطلب می‌باشد که بیان داشته است که: «اگر التزام به انتقال حق عینی نسبت به شیء که با نوعش معین گردیده است، باشد، حق جز یا افراز آن شیء انتقال نمی‌یابد». در اینجا تعیین و افراز متوقف بر اراده بایع می‌باشد و قبول مشتری نقشی در آن ندارد، لکن مجرد مطلع کردن مشتری از اینکه مبیع تعیین شده است کفایت نمی‌کند، و اراده بایع باید به واسطه یک عمل خارجی تجسم یافته و وجود مادی پیدا کند. با این وجود، تعیین یک واقعه مادی است که اثبات آن با جمیع وسائل ممکن می‌باشد. همچنین افراز باید در زمان و مکان توافق شده صورت پذیرد و هرگاه توافقی در این مورد وجود نداشته باشد، عمل افراز در زمان و مکان تسلیم صورت خواهد پذیرفت چرا که افراز مقدمه‌ای برای تسلیم مبیع می‌باشد (خضر، ۱۹۸۲، صص ۱۱۸ و ۱۱۹).

عمل افراز مبیع با هر وسیله‌ای ممکن می‌باشد، خواه از راه شمردن، توزین، اندازه‌گیری

و یا به هر روشی دیگر مانند گذاشتن مبیع در مکانی خاص یا علامت‌گذاری بر روی آن باشد (حسون طه، ۱۹۷۰، ص ۲۱۰. العامری، ۱۹۷۴، ص ۹۹).

در فقه عامه نیز در بیع کلی فی‌الذمه، سبب انتقال مالکیت منحصر در عقد دانسته شده است و اعتقاد بر این است که مالکیت مبیع با عقد تحقق می‌یابد. همچنانکه بیان داشته‌اند که: «هر کسی شیء را با کیل وزن، تعداد یا زرع آن خریداری نماید، با عقد مالک آن می‌گردد. همین‌طور مالکیت مبیع معین بالنوع (کلی فی‌الذمه) به مجرد عقد انتقال می‌یابد (ابن یونس البهوتی (الحنبلی)، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۲۹).

در جائی که مبیع کلی است (اعم از کلی در معین و کلی در ذمه) خریدار به مجرد وقوع بیع مالک مبیع نمی‌شود ولی چون مبیع کلی است و کلی جایگاهی غیر از ذمه فروشنده ندارد، خریدار مالک ما فی‌الذمه فروشنده می‌شود و مالک هیچ چیزی در عالم خارج نمی‌گردد. در این وضعیت فروشنده ملزم به تعیین و تسلیم مصداقی از مصادیق کلی است، در واقع پس از تعیین مصداق مبیع مالکیت خریدار از ذمه فروشنده به مال موجود در خارج منتقل می‌شود و صورت یک حق عینی کامل به خود می‌گیرد و تسلیم مبیع در این خصوص نقشی ندارد. برخی فقها نیز همین مطلب را در کتب خود عنوان کرده‌اند (امام خمینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۸۸).

البته باید گفت آنچه باعث شده است تا در بیع کلی فی‌الذمه به مجرد عقد مالکیت منتقل نگردد، معین نبودن مبیع می‌باشد، پس اگر مبیع معین شود علت تامه انتقال مالکیت محقق می‌شود و عقد اثر خود را خواهد گذاشت. اگرچه باید گفت در غالب اوقات تعیین با تسلیم همراه است (قاسمی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۳).

شایان ذکر است که اگر تعیین را ملاک انتقال مالکیت بدانیم در مرحله اثباتی، مواجه با مشکل می‌شویم زیرا که بایع در مواردی که دلیلی نظیر شاهد یا سند وجود ندارد می‌تواند به آسانی منکر تعیین گردد. زیرا تعیین یک امر درونی و به قصد شخص ارتباط دارد و برای تحقق آن باید به قول بایع رجوع کرد که مسئله منافی با دو طرفی بودن عقد است. از طرفی مشتری در غالب موارد دلیلی جهت اثبات ادعای خود مبنی بر وقوع تعیین قبل از تسلیم ندارد. ولی تسلیم امری مادی و محسوس است و در آن هر دو طرف عقد دخالت دارند و امکان تحصیل دلیلی لازم برای اثبات آن بیشتر است. با این همه باید توجه داشت که در اغلب موارد، تعیین به وسیله تسلیم صورت می‌گیرد،

به عبارت دیگر تسلیم طریق غالب تعیین است و حتی برخی مطلقاً شرط تعیین کلی را قبض و تسلیم دانسته‌اند (مراغی، بی تا، ص ۲۵۱).

برخی دیگر طریق تعیین و تشخیص کلی را منحصر در تسلیم به شمار آورده است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۴، ص ۳۴۴).

در کنوانسیون بیع کالا، بر ضرورت مشخص و معین بودن کالاها در هنگام انتقال ریسک تأکید زیادی شده است. در مواد ۶۷ و ۶۹ تصریح شده که تا زمانی که کالاهای موضوع قرارداد مشخص نشده باشند، حتی با وصف ارسال برای خریدار و یا تحویل به متصدی حمل و نقل یا خود مشتری، ضمان معاوضی آن‌ها بر عهده بائع باقی می‌ماند. در بند ۲ ماده ۶۷ که ناظر بر این فرض است که قرارداد بیع، متضمن حمل و نقل کالا است و کالا به متصدی حمل و نقل جهت ارسال برای مشتری، سپرده می‌شود، آمده است که: «با این وصف تا زمانی که کالای موضوع قرارداد خواه از طریق علامت‌گذاری روی آن‌ها، خواه به وسیله بارنامه و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگری کاملاً مشخص نشده باشد، ضمان به مشتری منتقل نخواهد گردید». بند سوم ماده ۶۹ نیز با تعبیری نظیر بند فوق، این حکم را در جایی که قرارداد متضمن حمل و نقل نبوده و باید در اقامتگاه و محل تجاری بائع یا مکان دیگری توسط خریدار قبض گردد، نیز بیان و پیش‌بینی می‌کند: «چنانکه قرارداد راجع به کالائی باشد که در زمان انعقاد قرارداد مشخص نگردیده است، تا زمانی که مشخص نگردیده که کالای تحویلی مربوط به قرارداد می‌باشد، فرض بر این است که آن کالا در اختیار مشتری قرار نگرفته است».

از سوی دیگر موضوع بیع در کنوانسیون وین کلی می‌باشد، مشخص بودن مبیع در وقت تسلیم در بیع کلی امری روشن و آشکار است. در چنین قراردادهائی خریدار تا قبل از جدا کردن و کنار گذاشتن کالاها از بین سایر افراد کلی توسط فروشنده، و اطلاع یافتن از اینکه چنین مجموعه‌ای از کالاها مربوط به قرارداد منعقد شده میان وی و بائع است، نه حق عین بر آن‌ها را کسب می‌نماید، و نه سلطه و استیلا عادی و خارجی بر مبیع که لازمه انتقال ضمان معاوضی است، پیدا می‌کند. لذا می‌توان گفت انتقال مالکیت در کنوانسیون با تعیین و تسلیم حاصل می‌شود (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۲۵۶ تا ۲۵۸. جمعی از نویسندگان، ج ۲، ۱۳۷۴، ص ۸۰ و ج ۳، ص ۲۷).

۲-۲. انتقال ضمان معاوضی

۲-۲-۱. شروط تحقق ضمان معاوضی

الف - انعقاد عقد

در نظام‌های حقوقی که ضمان معاوضی همراه عقد انتقال می‌یابد خواه ملکیت با عقد، انتقال یافته یا با تسلیم، ایجاد و انتقال ضمان به موجب عقد خواهد بود، و همزمان با وقوع عقد تحقق می‌یابد. ولی در بعضی نظام‌های دیگر حقوقی، ضمان با عقد انتقال یافته در حالی که مالکیت با تسلیم انتقال می‌یابد (ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس).

در هر دوی این نظام‌ها ضمان معاوضی همراه با عقد منتقل می‌شود، و مرحله ایجاد ضمان از زمان انتقال آن جدا نمی‌باشد، چرا که ضمان به محض ایجاد انتقال می‌یابد، لذا در این نظام‌ها انعقاد عقد هم شرط ایجاد ضمان بوده و هم شرط انتقال آن. از طرف دیگر در نظام‌های حقوقی مانند آلمان که انتقال ضمان همزمان با تسلیم می‌باشد، اگر انتقال ملکیت با تسلیم انجام شود ایجاد و انتقال ضمان مانند دو نظام فوق‌الذکر به صورت همزمان خواهد بود.

اما زمان تحقق ایجاد ضمان و انتقال آن همان زمان تسلیم می‌باشد، مثلاً به موجب مواد ۴۳۳ و ۴۴۶ و ۹۲۹ قانون مدنی آلمان مبیع عقد عهدی می‌باشد و با بیع متعهد به انتقال ملکیت مبیع و تسلیم آن به مشتری می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، عقود معین، ج ۱، ص ۲۰۴).

در نظام حقوقی که انتقال ضمان با تسلیم صورت می‌پذیرد، اگر مالکیت مبیع با عقد انتقال یابد، ضمان معاوضی به موجب عقد ایجاد می‌گردد ولی انتقال آن زمانی صورت می‌پذیرد که با بیع به تعهد خود درباره تسلیم مبیع عمل نماید. در قانون مدنی ایران و سوریه ضمان همراه با عقد ایجاد می‌گردد و تا زمان تسلیم مبیع بر عهده با بیع می‌باشد، ولی انتقال آن مستلزم تسلیم مبیع می‌باشد. بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران عنوان می‌دارد: «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و با بیع مالک ثمن می‌شود».

از طرفی دیگر در صورت تلف مبیع، با بیع هنگامی ضامن خواهد بود، که عقد منعقد شده باشد، لذا انعقاد عقد شرط ضمان تلف نیز می‌باشد.

در اینجا شایان ذکر است که ماده ۳۶۴ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «در بیع خیار مالکیت از حین عقد مبیع است نه از تاریخ انقضای خیار...». لذا از آنجایی که

در حقوق ایران انتقال مالکیت در بیع خیارى به موجب عقد مى باشد تعهد به تسلیم مبیع نیز با عقد ایجاد گردیده و تفاوت با عقد غیر خیارى ندارد.

در ماده ۳۸۶ قانون مدنى سوریه عنوان گردیده است که: «بیع عقدى است که بایع را ملزم به نقل ملکیت شئى یا حق مالى دیگر به مشتری در مقابل ثمن نقدى مى سازد». بعضى از فقها معتقدند که انتقال مالکیت در بیعى که دارای شرط خیار مى باشد منوط به انقضای خیار مى باشد، لذا ضمان به موجب عقد ایجاد نمى گردد، زیرا مادامی که انتقال مالکیت به خریدار صورت نگرفته، تعهدى به عهده بایع نمى باشد، تا به موجب آن بایع ملزم به تسلیم مبیع گردد و این نظر بیشتر فقهای عامه مى باشد. (ابن نجیم، ۱۹۸۶، ص ۴۱۲. الجزیری، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۶۸).

اکثر فقهای شیعه قائل به انتقال مالکیت به موجب عقد مى باشد اما عده ای نیز قائل به نظر فقهای عامه گردیده اند (محقق حلی، ۱۳۷۳. شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۲).

ب- انتقال مالکیت

انتقال مالکیت شرط دیگری برای ایجاد ضمان مى باشد، و ضمان هنگامی ایجاد مى گردد که انتقال مالکیت صورت پذیرفته باشد. همان طور که اشاره کردیم انتقال مالکیت گاهی اوقات با عقد بوده مانند عین معین و هنگامی نیز منوط به انتخاب و تعیین مبیع و تسلیم مى باشد مثل مبیع کلی در ذمه یا کلی در معین.

ج- عین معین بودن مبیع

هرگاه مبیع کلی در معین یا کلی فی الذمه باشد، عقد بیع تملیکی نمى باشد، و انتقال مالکیت بعد از تسلیم مبیع صورت مى پذیرد. به بیان دیگر تملیکی بودن مبیع منوط به معین بودن موضوع آن است. ولی اگر موضوع عقد عین معین باشد، انتقال مالکیت به مجرد وقوع عقد صورت مى پذیرد. در جایی که مبیع کلی باشد، انتخاب مصداق مبیع بر عهده بایع است، و در صورت تعیین مصداق پیش از تسلیم، مالکیت آن نیز در آن زمان انتقال مى یابد، اما در غیر این صورت مبیع با تسلیم معین گشته و مالکیت نیز در زمان تسلیم انتقال مى یابد. لذا التزام به تسلیم در مبیع کلی، هنگامی به وجود می آید که مبیع پیش از تسلیم معین شود. لذا ایجاد ضمان در مبیع کلی منوط به معین شدن مبیع است، و ضمان همزمان با انتقال مالکیت به وجود می آید، و در موردی که مبیع با تسلیم

معین می‌شود، ایجاد و انتقال ضمان همزمان با هم محقق می‌شوند.

لذا ایجاد ضمان با عقد منوط به آن است که مبیع در هنگام انعقاد عقد، عین معین باشد. اینجا باید توجه داشت که تعهد به تسلیم هر یک از مبیع و ثمن با انعقاد عقد، و همزمان با انتقال مالکیت شروع شده، با ایفای تعهد خاتمه می‌یابد، و گاه پس از تسلیم در زمان خیار نیز باقی می‌ماند. در عقود معوض هر یک از متعاملین در پی سود و منافع خویش هستند، و به منظور دستیابی به عوض متقابل و بهره‌مندی از آثار عقد حاضر به پایبندی به مقتضای عقد و اجرای آن شده‌اند، چون در ایجاد و تشکیل یک عقد دو اراده و تعهد دخالت دارند، که در اثر ترکیب و تلفیق آن‌ها با همدیگر و حصول توافق و تراضی بین طرفین عقد به وجود می‌آید. بقاء و زوال این دو اراده و التزام به هم گره خورده است. این ارتباط و پیوستگی متقابل به حدی است که دو متعهد یکجانبه و جدای از هم محسوب نمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، اعمال حقوقی، صص ۲۳۸ و ۲۵۰). این رابطه متقابل و توازن بین دو موضوع معامله ناشی از اصلی پذیرفته شده در حقوق قراردادهاست که حقوق‌دانان از آن به «اصل همبستگی دو عوض متقابل» تعبیر کرده‌اند (صفائی، ۱۳۵۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۹۱. کاتوزیان، ۱۳۶۸، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۸۳).

همبستگی دو عوض، که با انعقاد عقد ایجاد می‌شود تا زمان تسلیم ادامه داشته، و گاه پس از تسلیم نیز باقی می‌ماند، و عدالت معاوضی اقتضا می‌کند که هر دو عوض در کیسه یکی از دو طرف قرار نگیرد، و اگر یکی از دو طرف نتوانست تعهد خود را اجرا کند طرف دیگر نیز از ایفای تعهدی که بر عهده داشته معاف شود. چون علت تعهد هر یک از دو طرف، تعهد طرف دیگر در مقابل اوست. اگرچه بقای ضمان پس از تسلیم و در زمان خیار جنبه استثنائی دارد، با وجود این می‌توان گفت که ضمان تلف مبیع در زمان خیار نیز نتیجه همبستگی دو عوض، و از آثار ضمان معاوضی می‌باشد. چون وقتی که مبیع در زمان خیار مشتری بر حسب اتفاق تلف می‌شود، نه مشتری مقصر است و نه بایع، و مقتضای قاعده این است که تلف آن بر عهده مشتری باشد، چرا که هم ملکیت به او انتقال یافته و هم بایع تعهد خود در مورد تسلیم انجام داده است. ولکن، چون مشتری در زمان خیار بیع حق دارد بیع را فسخ و ثمن را مطالبه کند، تلف مبیع به منزله استفاده از خیار تلقی و ضمان تلف بر عهده بایع تحمل می‌شود. لذا یکی از نتایج و

مقتضای اصل همبستگی دو عوض، مسئله تحقق ضمان معاوضی و تحمیل آن بر یکی از طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۸۵).
به موجب مفاد ماده ۳۸۶ ق.م.سوریه و مفاد ماده ۳۶۲ ق.م.ایران یکی از آثار بیع صحیح، انتقال مالکیت است، که به مجرد وقوع عقد حاصل می‌شود، اثر دیگر عقد بیع، التزام به تسلیم مبیع و تأدیه ثمن، بنابراین مبنای ایجاد ضمان، عقد است. بایع به موجب عقد ملتزم می‌شود مبیع را به خریدار تسلیم کند، و مشتری در مقابل متعهد می‌شود ثمن را به فروشنده پرداخت کند. ولی، انتقال ضمان، اثر تسلیم است. با انعقاد عقد ضمان مبیع بر عهده فروشنده قرار می‌گیرد و با تسلیم آن منتقل می‌شود. حال اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، بایع باید در صورت دریافت ثمن آن را به مشتری برگرداند. اینجا تعهد بایع در مرحله اول، دادن عین مورد تعهدات و اگر دادن آن متعذر شد، باید ثمن را پس بدهد، و پس دادن ثمن تعهدی است که جایگزین تعهد اصلی گردیده است. لذا می‌توان گفت مبنای ضمان معاوضی عقد می‌باشد به طوری که با عقد ایجاد شده و با تسلیم مبیع انتقال می‌یابد.

۲-۲-۲. روش‌های انتقال ضمان معاوضی

در نظام‌های مختلف حقوقی، برای انتقال ضمان معاوضی، دو روش متفاوت وجود دارد. اول روشی که به موجب آن ضمان معاوضی به سبب عقد انتقال می‌یابد که در این صورت، تسلیم مبیع، نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد. دوم روشی که به موجب آن، ضمان معاوضی با تسلیم مبیع منتقل می‌گردد و لذا تسلیم مبیع در انتقال ضمان معاوضی، دارای نقشی اساسی است.

در انتقال ضمان معاوضی با عقد، ممکن است مالکیت نیز با عقد منتقل شود و ممکن است با وجود آنکه ضمان با عقد انتقال می‌یابد، مالکیت نه با عقد بلکه با تسلیم مبیع منتقل شود.

در حالتی که هم ضمان و هم مالکیت، هر دو با عقد، منتقل می‌گردند، تسلیم در مقایسه با عقد، دارای نقشی فرعی می‌باشد. اما در حالتی که انتقال ضمان با عقد صورت می‌پذیرد و مالکیت با تسلیم منتقل می‌شود، از آنجایی که تسلیم ابزار انتقال مالکیت می‌باشد، در اینجا تسلیم در مقایسه با شیوه اول دارای اهمیت بیشتری خواهد بود.

۲-۲-۱. انتقال ضمان با عقد

الف) حالتی که انتقال ضمان و مالکیت هر دو با عقد می‌باشد:

در این حالت، هرگاه مبیع بعد از انعقاد عقد، تلف گردد، ضمان آن بر عهده مشتری خواهد بود، چرا که وی مالک مبیع می‌باشد و لذا فروشنده در قبال تلف مبیع که مالک آن نیست، مسئولیتی ندارد. در نتیجه مشتری باید ثمن را در صورت عدم پرداخت آن، به فروشنده پرداخت نماید، هر چند که نتواند مبیع را دریافت نماید. در حقوق کشورهایمانند فرانسه و انگلیس، ضمان معاوض بر عهده مالک قرار داده شده است (Maxwell & Sweet, 1995, p 763).

این شیوه در فقه مذاهب مالکی و حنبلی مورد قبول و پذیرش می‌باشد (الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴، صص ۴۰۷ و ۴۰۸. شیخ طوسی، الخلاف، بی تا، ج ۳، ص ۶۶). در حقوق انگلیس، انتقال ضمان معاوض در قرارداد فروش کالا، تابع مالکیت بوده و همزمان با انتقال مالکیت به خریدار منتقل می‌گردد، از طرفی انتقال مالکیت نیز اساساً مبتنی بر قصد و اراده طرفین می‌باشد (م ۱۷ قانون فروش کالا ۱۹۷۹). مطابق م ۱۸ قانون فروش کالا هرگاه طرفین صریحاً یا تلویحاً اراده خود را در مورد زمان انتقال مالکیت ابراز نکرده باشند و قرارداد اولاً مطلق و غیر مشروط بوده، ثانیاً جهت فروش کالاهای معین باشد و ثالثاً کالاهای مورد معامله در حالت قابل قبض و اقباض (تسلیم و تسلیم) باشند، مالکیت کالاهای مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد به خریدار، در صورتی که قصد خلاف این امر ظاهر نشود، به خریدار منتقل می‌شود. ملاحظه می‌گردد که در قانون بیع انگلیس، از روش انتقال ضمان معاوضی با انعقاد قرارداد استفاده گردیده است.

ملاحظه می‌گردد در حقوق انگلستان، از اصل حاکمیت اراده برای تعیین زمان انتقال ضمان معاوضی استفاده شده است، به طوری که در صورت عدم توافق طرفین قرارداد، ضمان مبیع تابعی از مالکیت آن خواهد بود و با انتقال مالکیت مبیع، ضمان آن هم منتقل می‌شود، حتی در صورتی که مبیع هنوز تسلیم مشتری نگردیده باشد. بند ۱ ماده ۲۰ قانون SGA انگلستان به این مطلب اشاره دارد (Benjamin's, 1997, p 284).

در اینجا تسلیم نقشی در انتقال ضمان معاوضی، ایفا نمی‌کند و به مجرد وقوع

عقد، مالکیت و ضمان معاوضی هر دو به مشتری، منتقل می‌گردند. البته توافق طرفین بر اینکه زمان انتقال ضمان معاوض به‌گونه‌ای دیگر تعیین شود، جایز شمرده می‌شود. در اینجا به مجرد آنکه مالکیت مبیع به مشتری انتقال یافت، همچنان روی مالک عین و منافع آن می‌گردد و حق هر گونه تصرف مادی یا حقوقی را دارد، در صورت تلف آن نیز (حتی قبل از تسلیم) باید متحمل خسارت آن نیز گردد.

انتقال ضمان با عقد ریشه در حقوق رم دارد. در توجیه این نظریه عنوان می‌گردید که اگر قیمت مبیع، پس از انعقاد عقد، افزایش یابد، بایع قادر به افزایش ثمن نمی‌باشد و قیمت افزوده متعلق به مشتری می‌باشد. لذا انصاف، مقتضی این است که مشتری که از پیشامدهای مطلوب، دارای سود و منفعت می‌گردد، مسئولیت حوادث و پیشامدهای نامطلوب را نیز متحمل گردد. اما در اینجا باید توجه داشت که میان دو احتمال مذکور یعنی شانس افزایش احتمالی قیمت و انتقال ضمان، تعادل برقرار نیست. از طرف دیگر، همچنانکه احتمال افزایش قیمت مبیع پس از وقوع عقد وجود دارد، احتمال کاهش آن نیز وجود دارد (قاسمی، ۱۳۸۲، صص ۴۲ و ۴۱. صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۱۴۳. یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، ص ۱۸۲. السنهوری، ۱۹۸۶، ج ۴، ص ۴۲۴).

علت دیگری که برای انتقال ضمان با عقد بیان گردیده است، استناد به مالکیت می‌باشد. م ۱۱۳۸ ق. م فرانسه بیان داشته است که انتقال مالکیت تعهدی می‌باشد که به صرف تراضی محقق می‌گردد. چون با انتقال مالکیت خریدار مالک مبیع شده، ضمان آن نیز بر عهده وی می‌باشد. در حقیقت انتقال ضمان، نتیجه انتقال مالکیت می‌باشد. به بیان دیگر، انتقال ضمان معاوضی به مشتری بدین علت نیست که او طلبکار نسبت به تعهدی که بر عهده فروشنده قرار دارد، می‌باشد، بلکه بدان علت است که وی (مشتری) به سبب عقد، مالک مبیع گردیده است (قاسمی، ۱۳۸۲، ص ۵۷. یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، ص ۱۸۳).

باید توجه داشت که انتقال مالکیت و ضمان معاوضی، به واسطه عقد، منوط به این است که مبیع عین معین باشد. اما در جایی که مبیع عین کلی می‌باشد، انتقال مالکیت تا زمان تعیین آن به تأخیر می‌افتد و از آنجایی که انتقال ضمان نیز با انتقال مالکیت تحقق می‌یابد، ضمان نیز در همان هنگام (تعیین مبیع عین کلی) منتقل می‌گردد. در عقود مؤجل و مشروط نیز که، مالکیت پس از انقضای مهلت مقرر و یا تحقق شرط منتقل می‌گردد، انتقال ضمان منوط به انتقال مالکیت می‌باشد (یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، ص ۱۸۳).

ب) حالتی که انتقال ضمان با عقد و انتقال مالکیت با تسلیم می‌باشد. در این حالت، هر چند که به مجرد وقوع عقد، مالکیت به مشتری منتقل نمی‌گردد، ولی با وجود آن، انتقال ضمان معاوضی به مشتری با عقد صورت گرفته و لذا مسئولیت تلف مبیع قبل از تسلیم آن توسط بایع، بر عهده مشتری خواهد بود. در بیان علت این امر گفته شده است که به موجب عقد، بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری می‌گردد و لذا بنابر اقتضای عدالت معاوض مشتری که از سود احتمالی آن بهره‌مند خواهد گردید، باید خسارات ناشی از تلف آن را نیز متحمل گردد. در حقیقت مشتری، چون در اثر تسلیم مبیع از منافع آن بهره‌مند می‌گردد، تلف مبیع پیش از تسلیم آن نیز بر عهده وی قرار می‌گیرد و لذا در صورتی که مبیع بعد از عقد و پیش از تسلیم تلف گردد، مشتری ملزم به پرداخت ثمن خواهد بود.

در حقیقت در اینجا ضمان، بر عهده کسی است که هنوز مالک مبیع نگردیده است. قانون تعهدات سوئیس قائل به این نظر می‌باشد و ضمان را به موجب عقد بر عهده مشتری قرار داده است. م ۱۸۴ این قانون در تعریف عقد، مقرر داشته است که: «بیع عقدی است که به موجب آن فروشنده متعهد می‌شود به تسلیم مبیع و انتقال مالکیت آن به خریدار در مقابل ثمنی که خریدار متعهد به پرداخت آن به اوست». همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، در حقوق سوئیس، بیع عقدی، عهدی بوده و انتقال مالکیت، اثر تسلیم می‌باشد. در م ۱۸۵، قانون تعهدات سوئیس مقرر گردیده است که: «۱- از زمان انعقاد عقد، منافع مبیع متعلق به خریدار، و ضمان آن بر عهده اوست، مگر در موارد استثنائی حاصل از اوضاع و احوال و شرایط خاصی. ۲- اگر کالا تنها از نظر نوع مشخص است، باید فرد آن هم معین شده باشد، و اگر بنا است کالا به محل دیگری فرستاده شود، فروشنده باید به این تعهد خود نیز عمل کرده باشد. ۳- در عقد به شرط تعلیق، انتقال منافع و ضمان به خریدار منوط به تحقق شرط است».

همان‌طور که اشاره گردید این حکم ریشه در حقوق رم دارد. از نظر رومیان «بیع مرکب از دو ایقاع مستقل شمرده می‌شد که جداگانه اجرا می‌شد، و تلف مبیع در تعهد خریدار به دادن ثمن با وجود اینکه مالکیت بیع قبل از قبض را از آن فروشنده می‌دانستند، اثری نداشت و قانون تعهدات سوئیس این تقابل را همان‌گونه پذیرفته است» (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۳، ج ۴، صص ۱۱۶-۱۱۵).

۲-۲-۲-۲. انتقال ضمان با تسلیم

هرگاه انتقال ضمان با تسلیم مرتبط دانسته شود، گاهی مالکیت هم با تسلیم مرتبط شده و گاهی نیز مالکیت با عقد منتقل می‌گردد (Smith, T. B, 1978, p 33).

الف- انتقال ضمان و مالکیت با تسلیم

قانون مدنی آلمان، این شیوه را پذیرفته است. بندهای ۱ و ۲ ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان، بدون اینکه عقد بیع را تعریف نماید، اثر آن را، الزام فروشنده به تسلیم شیء مورد معامله به خریدار و انتقال مالکیت آن به وی و نیز الزام خریدار به پرداخت ثمن مورد توافق و قبض شیء مورد معامله، بیان می‌دارد. همچنین در م ۹۲۹ ق. م آلمان مقرر گردیده است که: «برای انتقال مالکیت مال منقول، مالک باید مبیع را به خریدار تسلیم، و دو طرف عقد نسبت به انتقال مالکیت تراضی کنند...». در م ۴۴۶ ق. م آلمان نیز آمده است که: «ضمان تلف یا عیب و نقص اتفاقی مبیع، با تسلیم به خریدار انتقال می‌یابد. منافع و نمانات به مجرد تسلیم متعلق به خریدار، و هزینه بر عهده اوست...».

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد در حقوق مدنی آلمان، با انعقاد عقد میان طرفین دو التزام بر عهده فروشنده قرار می‌گیرد. اول التزام به انتقال مالکیت و دوم التزام به تسلیم مبیع، از آنجایی که در حقوق این کشور عقد بیع، انتقال دهنده مالکیت نمی‌باشد، فروشنده موظف است که از یک طرف موافقت خود برای تراضی در انتقال مالکیت مبیع و تسلیم آن به خریدار را از طرف دیگر اعلام نماید.

در اینجا اگرچه که انتقال مالکیت و ضمان هر دو با تسلیم مبیع، محقق می‌گردند، ولی گاهی امکان دارد که انتقال مالکیت همزمان با تسلیم محقق نگردد. مثلاً ممکن است، انتقال مالکیت، معلق به شرطی شده باشد و یا طرفین قرارداد در هنگام تسلیم مبیع، هنوز نسبت به انتقال مالکیت توافق نکرده باشند.

بنابراین در اینجا انتقال و یا عدم انتقال مالکیت، اثری در انتقال ضمان نداشته، اما در هر حال انتقال ضمان، همراه با تسلیم مبیع صورت می‌گیرد. استثنائی نیز در قانون مدنی آلمان ذکر گردیده و آن در موردی است که عقد میان غائبین واقع گردیده است که در آنجا ضمان با ارسال کالا انتقال می‌یابد. م ۴۴۷ ق. م آلمان ناظر بدین مطلب می‌باشد. در قانون مدنی اتریش (مواد ۱۰۲۱ و ۱۰۵۱) و نیز قانون مدنی لهستان ۱۹۶۵

(م ۵۶۸)، از جمله قوانینی هستند که از این روش پیروی نموده‌اند (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۰۴).

امتیاز این روش از انتقال ضمناً نسبت به روش‌های دیگر این است که مالکیت و ضمان، همزمان منتقل گردیده و میان این دو فاصله‌ای نمی‌افتد. در اینجا تسلیم هم موجب انتقال مالکیت شده و هم موجب انتقال ضمان. اگر مبیع پیش از تسلیم تلف گردد، مسئولیت آن بر عهده فروشنده که هنوز مالک آن می‌باشد، قرار دارد. اما اگر مبیع، پس از تسلیم تلف گردد، از آنجایی که مشتری مالک آن می‌باشد، مسئولیت تلف متوجه وی خواهد بود.

اشکالی که به این روش وارد است، این است که عقد را عهده‌ی فرض نموده است که فروشنده به موجب آن ملتزم می‌گردد که مالکیت مبیع را به خریدار انتقال دهد، اما این انتقال مالکیت خود مستلزم عمل حقوقی دیگری می‌باشد، به طوری که فروشنده پس از انعقاد عقد باید درباره‌ی انتقال مالکیت با خریدار تراضی نماید. این قرارداد جدید را، قرارداد عینی و یا قرارداد انتقال محض می‌نامند. باید توجه داشت که بطلان قرارداد اولیه (عقد بیع) موجب بطلان قرارداد دوم (قرارداد یمنی) که با تسلیم مبیع و یا ثبت در دفتر اسناد محقق می‌گردد، نمی‌شود.

اما عقد تملیکی دارای چنین اشکالی نیست، چرا که در عقد تملیکی، اراده‌ی طرفین که ایجاد تعهد می‌نماید، باید توانایی انتقال مالکیت را نیز داشته باشند.

ب- انتقال ضمان با تسلیم و انتقال مالکیت با عقد

در این شیوه، انتقال مالکیت به مشتری به محض وقوع عقد، صورت می‌گیرد ولی، ضمان معاوضی با وجود انتقال مالکیت هنگام عقد، تا قبل از تسلیم مبیع بر عهده‌ی بایع بوده و هنگام تسلیم به مشتری منتقل می‌گردد. لذا هرگاه مبیع قبل از تسلیم به مشتری تلف گردد، وی در قبال آن مسئول نمی‌باشد و در صورتی که ثمن را پرداخت کرده باشد، حق استرداد آن را از بایع دارد و اگر آن را پرداخت ننموده است، تعهدی برای پرداخت آن نخواهد داشت.

در فقه اسلامی، بر خلاف حقوق رم، انتقال مالکیت به موجب عقد صورت می‌پذیرد و غالب فقهای اسلامی قائل به این مسئله می‌باشند و میان مذاهب مختلف،

اختلاف نظری در این باب موجود نمی‌باشد. تنها در مورد بیع خیاری، میان مذاهب مختلف اسلامی اختلاف نظر می‌باشد. حنبلی‌ها و فقهای شیعی معتقدند که شرط خیار مانعی برای انتقال مالکیت با عقد نمی‌باشد. اما فقهای مالکی، شرط خیار را مانع از انتقال مالکیت مبیع به مشتری با عقد بیع می‌دانند. حنفی‌ها و شافعی‌ها نیز با فقهای مالکی دیدگاه مشترکی دارند، اما در صورتی که خیار مختص به مشتری باشد، آن را مانعی برای انتقال مالکیت با عقد نمی‌دانند (ابن نجیم، ۱۹۸۶، ص ۴۱۲. الجزایری، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۰).

در باب انتقال ضمان معاوض میان فقهای اسلامی، اختلاف نظر وجود دارد در فقه عامه، فقط فقهای شافعی و حنفی قائل به انتقال ضمان همراه با قبض مبیع توسط مشتری می‌باشند. در فقه امامیه نیز، انتقال ضمان معاوضی به مشتری به همراه قبض مبیع توسط وی می‌باشد (محقق حلی، ۱۹۸۳، ج ۲، ص ۲۷۸. شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۳. امام خمینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۳۸۰. نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۳، ص ۸۳).

در حقوق مدنی ایران، عقد بیع، عقدی تملیکی شناخته شده است و لذا مالکیت مبیع به مجرد وقوع عقد به مشتری انتقال می‌یابد، اما انتقال ضمان معاوضی به مشتری با تسلیم مبیع توسط بایع به وی، صورت می‌پذیرد. در اینجا، میان انتقال مالکیت و انتقال ضمان به مشتری فاصله و جدایی می‌افتد و این فاصله در جهت معکوس فاصله‌ای است که میان انتقال ضمان و انتقال مالکیت در حقوق سوئیس وجود دارد به طوری که در حقوق سوئیس انتقال ضمان با عقد و انتقال مالکیت با تسلیم می‌باشد. م ۳۸۸ ق مدنی ایران بر تملیکی بودن عقد بیع تصریح نموده است، همچنین بند ۱ م ۳۶۲ ق. م ایران، عقد بیع را به مجرد وقوع، موجب انتقال مالکیت و ثمن مبیع می‌داند. اما ضمان زیان و تلف و نقص، هنگام تسلیم مبیع به مشتری منتقل می‌گردد.

م ۳۸۷ ایران مقرر داشته است که: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون اهما و تقصیر از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...».

مستند ماده ۳۸۷ ق. م. ایران قاعده فقهی تلف مبیع قبل از قبض می‌باشد. فقها در این مورد به چند روایت استناد کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها حدیث نبوی معروف می‌باشد که بیان می‌دارد: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو فی مال بایعه» (حاجی نوری، ۱۳۸۲، ج ۲، حدیث ۱، ص ۴۷۳).

بدین معنی که هر مبیع که قبل از قبض آن به مشتری تلف شود از مال بایع آن تلف می‌گردد. به ظاهر چنین به نظر می‌آید که ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران استثناء بر قاعده است، چون مقتضای انتقال مالکیت این است، که تلف بر عهده مالک «جدید» باشد، نه فروشنده که قبلاً مالک بوده است، و با عقد بیع، مبیع را به مشترک تملیک کرده است، ولی باید گفت با توجه به قصد مشترک دو طرف در می‌یابیم که حکم ماده ۳۸۷ را قاعده می‌باشد و نه استثناء بر قاعده چون مقصود و هدف دو طرف از خرید و فروش این است که خریدار ثمن را بدین منظور به فروشنده می‌دهد که مبیع را به دست بیاورد، لذا هرگاه او به هنگام انعقاد عقد می‌دانست که هیچ وقت بر مبیع دست نمی‌یابد حاضر به انعقاد عقد نمی‌شد، لذا وقتی مبیع تلف شود تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست می‌دهد و اگر ثمن پرداخت کرده باشد به وی بازمی‌گردد، و بازگشتن ثمن به خریدار به انفساخ تعبیر می‌شود و این امری استثنائی و خلاف قاعده نیست.

براساس «قاعده تلف» فقها و حقوق‌دانان اعتقاد دارند که علی‌رغم آنکه مالکیت مبیع بعد از وقوع عقد و تراضی طرفین به مشتری منتقل گردیده است. اما مسئولیت تلف آن تا هنگام قبض آن به وسیله مشتری بر عهده بایع خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۶۱. نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۳، ص ۸۳. انصاری، ۱۹۹۰، ج ۳، ص ۱۰۷. خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۹۵. مکی‌العاملی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۱۰. طوسی، الخلاف، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۳۴. حائری شاه‌باغ، ۱۳۳۸، ج ۳، ص ۱۱۷. شهیدی، سقوط تعهدات، ۱۳۷۳، ص ۷۹).

شروط اجرای ماده ۳۸۷ این است که مبیع باید عین معین و نه کلی، همچنین تلف باید به افت آسمانی یا حادثه خارجی باشد نه اتلاف، همین‌طور تلف پیش از تسلیم باشد مگر در موارد استثنائی، و نیز برای تسلیم مبیع به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد. در بعض موارد پس از تسلیم مسئولیت بر عهده فروشنده باقی می‌ماند. ماده ۴۵۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد که «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود، بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است».

ماده ۴۰۵ قانون مدنی سوریه در مورد تلف مبیع قبل از تسلیم بیان می‌دارد که: «هرگاه مبیع قبل از تسلیم به جهت سببی که در اختیار فروشنده نیست (یعنی در اثر

حادثه خارج) تلف شود، بیع منفسخ و ثمن به مشتری برمی‌گردد، مگر اینکه تلف بعد از خودداری مشتری از اقباض مبیع از طرف فروشنده باشد». از این ماده مشخص می‌گردد که در حقوق سوریه هرگاه مبیع قبل از قبض به سبب قهری و حادثه ناگهانی که در توانایی فروشنده نیست تلف گردد، بیع منفسخ شده و ثمن قابل استرداد به مشتری خواهد بود (وحید الدین سوار، النظریه العامه للإلتزام، ۱۹۹۶ - ۱۹۹۵، صص ۴۱۵ و ۴۱۱. السنهوری، الوسیط، ۱۹۸۶، ج ۴، ص ۶۰۸. حسن قاسم، ۲۰۰۵، ص ۲۹۶. یوسف الحکیم، ۱۹۹۸، ص ۲۶۵ - ۲۶۴. القاضی، میز، ۱۹۴۷، ج ۱، ۱۹۴۷، ص ۲۵۷).

از طرف دیگر در حقوق سوریه با قاعده‌ای تحت عنوان «الهلاک علی المالك» بدین معنی که تلف هر مال در ملک مالک می‌باشد، مواجه هستیم که در تعارض با حکم ماده مذکور می‌باشد. در مقام رفع تعارض این دو عنوان می‌توان گفت که در واقع تعارض میان قاعده «الهلاک علی المالك» و نیز حکم «الهلاک علی البایع قبل التسليم» وجود ندارد، در واقع قاعده «الهلاک علی المالك» اصل می‌باشد و در هر موردی که حقوق عینی منتقل گردد، جاری و ساری می‌باشد، اما تلف مبیع قبل از قبض فقط یک استثناء بوده که در بیع مستعمل می‌باشد و اصل کلی وارد گردیده است. لذا قاعده «الهلاک علی البایع» قاعده کل بدیهی بوده و حکم ماده مزبور (قاعده تلف مبیع قبل از قبض) استثنائی است که به جهت حفظ عدالت مقرر گردیده است (السنهوری، الوسیط، ۱۹۸۶، ج ۴، ص ۶۰۸. حسن قاسم، ۲۰۰۵، ص ۲۹۶).

البته باید اشاره نمود که اینکه قاعده تلف، استثناء بوده و فقط در مورد بیع جاری می‌گردد، مورد مخالفت برخی از حقوق‌دانان قرار گرفته است (حلمی پاشا، بی‌تا، ص ۳۸۷). در فقه عامه برخی تلف قبل از قبض را بر عهده بایع می‌دانند. ابوحنیفه و امام شافعی همانند فقهای شیعه، بیان می‌دارند که چنانچه مبیع قبل از تسلیم تلف گردد، تلف بر عهده بایع خواهد بود و ضمان به مشتری منتقل نمی‌شود، مگر آنکه قبض توسط مشتری صورت پذیرد. ایشان تنها تلف بعد از تسلیم را بر عهده مشتری قرار می‌دهند (ابن عابدین، ۱۳۳۵، ج ۴، ص ۵۶۳. محمصانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۹۹. کاسانی، ۱۹۸۶، ج ۵، ص ۲۳۸).

برخی دیگر از فقهای اهل سنت با استناد به اصل تملیکی بودن بیع و نیز قاعده «الخراج بالضمنان» معتقدند که تلف مبیع قبل از قبض بر عهده مشتری می‌باشد. احمد

بن حنبل بیان می‌دارد که بر طبق حدیث نبوی «الخراج بالضمنان» نمائات و منافع مبیع از آن مشتری می‌باشد، لذا مسئولیت تلف قهری مبیع بر عهده وی خواهد بود (عبدالله بن احمد بن قوامه، فقه الامام احمد بن حنبل، بی‌تا، ج ۴، ص ۸۹).

مالکی‌ها معتقدند که هرگاه مبیع قبل از قبض تلف گردد، عقد بیع منفسخ نمی‌شود و مسئولیت تلف بر عهده مشتری قرار خواهد گرفت و وی ملزم به پرداخت ثمن می‌باشد و حق رجوع به بایع برای ضمان تلف را ندارد. چرا که به مجرد وقوع عقد بیع، مالکیت مبیع به مشتری منتقل گردیده و لذا مشتری حق دارد حتی قبل از قبض مبیع در آن تصرف نماید. در جایی که مشتری درخواست تسلیم مبیع را از بایع نموده است و بایع از تسلیم خودداری نموده و مبیع تلف گردیده است، بایع موظف به پرداخت ثمن مبیع به مشتری می‌باشد (طوسی، الخلاف، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۳۴. السنهوری، الوسیط، ۱۹۸۶، ج ۴، ص ۴۰۹).

در فقه حنبلی و مالکی میان دو حالت تفاوت قائل شده‌اند: اول حالتی که مبیع عین معین است که در این صورت در صورت تلف مبیع بر اثر حادثه قهری، ضمان بر عهده مشتری بوده، علی‌رغم اینکه مبیع قبل از تسلیم تلف گردیده است. دوم حالتی که مبیع از قبیل موزونات، مکیلات و معدودات است (مبیع کلی) که در این صورت تا هنگام معین ساختن مبیع توسط بایع، ضمان بر عهده خودش (بایع) خواهد بود. در توجیه این نظر بیان گردیده است که بایع بعد از عقد بیع به مشتری اجازه قبض مبیع را داده است و نیز بایع هنگام عقد مالکیت مبیع را به مشتری انتقال داده است، لذا خسارات ناشی از تلف بر عهده مشتری خواهد بود، هر چند که قبض توسط مشتری صورت نگرفته باشد (محمصانی، بی‌تا، ص ۴۹۹).

در پاسخ باید عنوان نمود که از آنجایی تسلیم مبیع از تعهدات تکمیلی بایع در عقد بیع می‌باشد و در حقیقت مکمل تعهد بایع به انتقال مالکیت به مشتری است و اذن ضمنی وی بعد از وقوع عقد در قبض مبیع توسط مشتری کفایت نمی‌کند و از طرف دیگر همیشه این اذن وجود ندارد.

در کنوانسیون بیع کالا ۱۹۶۴ لاهه نیز، انتقال ضمان به خریدار، همراه با تسلیم بوده است. م ۹۷ کنوانسیون لاهه بدین حکم اشاره نموده است. حکم این ماده مشابه با حکم م ۳۸۷ ق. م ایران می‌باشد. در کنوانسیون لاهه (م ۸)، تملیکی و یا عهدی بودن

عقد بیع، از قلمرو کنوانسیون خارج گردیده و کنوانسیون آن را در صلاحیت قوانین داخلی کشورها گذارده است. از طرفی در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، نیز در مورد انتقال مالکیت مبیع و ثمن و زمان این انتقال بحثی نگردیده است و این مطلب مسکوت گذاشته شده است و آن را به حقوق داخلی کشورها واگذار نموده است (بند ب ماده ۴ کنوانسیون). اما زمان انتقال ضمان در کنوانسیون وین بیشتر با زمان تسلیم (انتقال مادی کالا) مرتبط گردیده است. مواد (۶۶ تا ۷۰) کنوانسیون به انتقال ضمان معاوضی اختصاص دارد. شایان ذکر است که در کنوانسیون وین زمان انتقال ضمان به صورت یک اصل کلی و مطلق بیان نگردیده است، بلکه بر حسب هر مورد، متفاوت خواهد بود.

درجائی که کالا به صورت مستقیم به خریدار تسلیم می‌گردد، انتقال ضمان، هنگام قبض کالا به وسیله خریدار و یا هنگامی که کالا در اختیار وی قرار می‌گیرد صورت می‌پذیرد (ماده ۶۹ کنوانسیون) لذا در جایی که تحویل کالا از مؤسسه فروشنده باشد مشتری ملزم به تحویل کالا در آن محل خواهد بود. با تحویل کالا توسط مشتری، ضمان معاوضی از فروشنده به وی منتقل می‌گردد (بند ۱ م ۶۹) بیانگر این مطلب می‌باشد (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۳۸۳. صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۱۴۹ و ۱۳۹. جمعی از نویسندگان، ج ۳، ص ۴۰. حسن موسی، ۲۰۰۱، ص ۱۳۹. شفیق، ۱۹۸۸، ص ۲۱۷. کیائی، ۱۳۷۶، ص ۳۲۲).

اما در صورتی که کالا در محل خاصی (غیر از کارخانه فروشنده) تسلیم شود و خریدار نیز اطلاع داشته باشد که کالا در آن محل خاص در اختیار وی قرار دارد، ضمان فوراً به وی منتقل می‌گردد (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۳۸۴. صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۱۴۹. پلانتار، ۱۳۷۰، ص ۳۵۶. کیائی، ۱۳۷۶، ص ۳۲۳. جمعی از نویسندگان، ج ۳، صص ۴۱ و ۴۰ و ۲۷ و ۷۸۷. کاشی، ۱۳۸۰، ص ۴۱).

هنگامی که تسلیم کالا غیر مستقیم باشد و در محل معین نباشد بنابر بند ۱ ماده ۶۷ کنوانسیون تعهد به تسلیم توسط بایع وقتی اجرا می‌گردد که فروشنده کالا را به اولین متصدی حمل و نقل که آن را برای مشتری حمل می‌کند تحویل دهد. (ماده ۳۱ الف) کنوانسیون). منظور از اولین متصدی حمل، شخصی غیر از فروشنده و یا نماینده اوست (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۳۷۷. Honnold, 1991- p 375).

اما وقت که تسلیم کالا در محل معین باشد لازم است که فروشنده، کالا را در

محل معینی، به متصدی حمل و نقل کالا تحویل نماید. در این حالت انتقال ضمان معاوضی از فروشنده به مشتری زمانی صورت می‌گیرد که کالا در محل مورد توافق به متصدی حمل و نقل تحویل گردد (قسمت دوم بند ۱ م ۶۷ کنوانسیون)، (هوزیه، ۲۰۰۵، صص ۳۷۷ و ۳۷۸ و ۳۷۹. صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۱۴۶. کیایی، ۱۳۷۶، صص ۳۱۷). شایان ذکر است که صرف تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل، باعث انتقال ضمان معاوضی به خریدار نمی‌گردد، بلکه لازم است که کالا به خریدار تخصیص (تشخیص) داده شود. بند ۲ ماده ۶۷، مقرر می‌دارد که: «ضمان کالا به خریدار منتقل نمی‌شود مگر اینکه کالا به وضوح، خواه از طریق علامت‌گذاری بر روی آن، یا با اسناد بارنامه یا از طریق اعلام به خریدار و یا از طریق دیگری، برای قرارداد تخصیص داده شده باشد» (صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۱۴۶ و ۱۴۷. کیایی، ۱۳۷۶، ص ۳۱۹. هوزیه، ۲۰۰۵، صص ۳۷۹. کاشی، ۱۳۷۹، ص ۴۰. Honnold, 1991, no 496, p 46).

از طرف دیگر در م ۶۸ کنوانسیون، در بیع کالا، در حال حمل، زمان انتقال ضمان از هنگام انعقاد قرارداد می‌باشد (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۳۸۰. صفائی و دیگران، همان، صص ۱۵۰، ۱۵۱. کیایی، ۱۳۷۶، صص ۳۲۰ و ۳۲۱. کاشی، ۱۳۸۰، صص ۴۱ و ۴۲. جمعی از نویسندگان، ج ۳، ص ۳۴. محسن شفیق، ۱۹۸۸، ص ۱۴۷. احمد عبدالمجید، ۲۰۰۱، صص ۱۳۳-۱۳۴).

این شیوه یعنی انتقال مالکیت با عقد و انتقال ضمان تسلیم، در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق مدنی ایران و سوریه و نیز برخی سیستم‌های حقوقی دیگر مورد پذیرش واقع گردیده است. به نظر می‌رسد که از لحاظ منطق حقوقی و عدالت معاوضی و نیز اراده مشترک طرفین عقد و همچنین بنای عقلا مورد تأیید می‌باشد.

۲-۳. سقوط حق حبس

از آثار تسلیم مبیع می‌توان به سقوط حق حبس اشاره کرد. علت پذیرش حق حبسی برای طرفین تقابل دوازتمی می‌باشد که از عقد بیع ناشی می‌گردد و باید به صورت همزمان اجرا گردند. در حقیقت تساوی در تسلیم و همزمان آن یکی از طرفین و یا هر دو را مستحق حق حبس می‌نماید (صفائی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۳۴۲ و ۳۴۳. کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۵۳، ج ۱، ص ۱۴۷. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۳،

ج ۴، ص ۱۰۶. کیائی، ۱۳۷۶، ص ۳۳۲).

در اینجا باید توجه داشت که امتناع از تسلیم و در حقیقت اعمال حق حبس در جایی است امکان‌پذیر است که مبیع تحت تصرف بایع باشد و مبیع همچنان در اختیار وی قرار داشته باشد، و از طرفی مشتری نیز هنگامی امکان‌پذیر می‌باشد که ثمن هنوز پرداخت نگردیده باشد.

ماده ۳۷۸ قانون مدنی ایران مقرر داشته است که: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار». بسیاری اعتقاد دارند که چنانکه بایع و یا مشتری بعد از وقوع عقد بیع خویش صرف نظر کرده‌اند. لذا در صورتی که طرف مقابل از تسلیم عوضی امتناع نماید حق استرداد شیء تسلیم شده برای طرف دیگر وجود نخواهد داشت. چرا که مال مزبور از آن متصرف آن می‌باشد و هیچ‌گونه مانعی در مسیر انتفاع و تصرف آن بر مالش وجود نخواهد داشت (قنبری، محمدرضا، ۱۳۷۲، ص ۹۳. امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۵۸).

علت عدم استرداد مبیع تسلیم شده به وسیله بایع در صورتی که تسلیم مبیع با میل و رضایت وی بوده است، از دست دادن تصرف فعلی توسط بایع و کسب تصرف مالک (مشتری) بر ملک خود به طور مشروع با استناد به قاعده (الناس مسلطون علی أموالهم) می‌باشد. همچنین لازم به ذکر است که همزمان بودن انجام تعهدات طرفین که ناشی از عقد بیع می‌باشد از شرایط وجودی حق حبس در عقد بیع است، لذا در صورت تسلیم مبیع توسط بایع، علت وجودی حق حبس ثمن که عدم تسلیم مبیع توسط بایع می‌باشد، از بین خواهد رفت و لذا حق مشتری در حبس ثمن دیگر دارای توجیهی نمی‌باشد (م ۳۷۷ قانون مدنی ایران) (کاتوزیان، معاملات معوض، ج ۱، ص ۱۸۱. امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۵۸).

ماده ۲۴۹ ق. م. سوره اشاره نمود که بیان می‌دارد که: «۱- حق حبس با خروج شیء از دست حائز آن و یا کسی که (این حق) برای وی محرز می‌باشد، ساقط می‌گردد. ۲- با وجود آن حبس‌کننده شیء مجاز است که هر گاه شیء از دست‌اش به صورت مخفی و یا علی‌رغم مخالفت وی خارج گردد، در صورتی که این درخواست در خلال ۳۰ روز از وقتی که به خروج شیء از دست‌اش آگاه گردیده است و قبل از سپری شدن یک سال از هنگام خروج آن، درخواست استرداد آن را نماید». لذا هر گاه خروج شیء از

ید حبس‌کننده آن به صورت اختیاری باشد، این امر به منزله تنازل ضمنی وی از حقیقتش در حبس این شیء خواهد بود. و خروج شیء از دست حبس‌کننده آن به صورت مخفی یا با زور و علی‌رغم مخالفت وی به منزله تنازل از حق حبس تلقی نمی‌گردد.

در مجله احکام عدلیه از مواد ۲۷۸ الی ۲۸۴ از حق حبس مبیع و موارد سقوط آن بحث گردیده است. ماده ۲۸۱ المجله بیان می‌دارد که: «هرگاه بایع مبیع را قبل از قبض ثمن تسلیم کند حق حبس خود را ساقط نموده و در این صورت بایع نمی‌تواند مبیع را از ید مشتری اخذ کند و آن را حبس نماید تا ثمن را استیفا کند». در جایی که بایع، مبیع را به عنوان ودیعه در اختیار مشتری قرار دهد و یا اینکه آن را به وی عاریه بدهد. همچنین است هرگاه مشتری در حضور بایع مبیع را قبض کرده باشد و بایع با ملاحظه آن سکوت اختیار نماید. در جایی که بایع مبیع را قبل از قبض ثمن حال، تسلیم نموده باشد (هر چند که بایع شخص صغیر باشد). نیز حق حبس مبیع ساقط می‌گردد. در خرید خانه‌ای توسط شخصی که در آن ساکن می‌باشد نیز حق حبس مبیع ساقط می‌شود. در صورت حواله نمودن ثمن توسط بایع به فرد دیگری و قبول مشتری، حق حبس مبیع توسط بایع از بین خواهد رفت (م ۲۸۲ المجله) (رستم باز، ج ۱، ۱۴۰۹، صص ۱۴۶ و ۱۴۷. احمد الزرقا، ۱۹۹۴، ص ۱۰۶).

در ماده ۲۸۳ المجله اشاره گردیده که حق حبس مبیع توسط بایع در بیع نسبه ساقط می‌شود و وی دارای چنین حقی نخواهد بود. در ماده ۲۸۴ المجله نیز مقرر گردیده است که در جایی که تأدیه ثمن به صورت حال می‌باشد ولی بعد از آن بایع برای پرداخت ثمن، اجلی قرار دهد، دیگر دارای حق حبس مبیع نمی‌باشد و ملزم به تسلیم آن مشتری می‌باشد تا اینکه ثمن را در زمان فرا رسیده اجل آن از مشتری دریافت نماید.

مطابق مواد ۱۶۲، ۲۴۷ و مفهوم مخالف بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۲۵ ق. م. سوریه در صورتی که بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید به طوری که مشتری امکان تصرف و انتفاع کامل از مبیع را داشته باشد، علت وجودی حق حبس ثمن توسط مشتری زائل گردیده و مشتری دیگر بر طبق مفهوم بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۲۵ حق حبس ثمن را نخواهد داشت و این حق ساقط می‌گردد.

در کنوانسیون بیع بین‌الملل برای هر یک از طرفین قرارداد حق حبس پیش‌بینی

گردیده است، لذا هر یک از طرفین قرارداد قادر به موکول نمودن تعهدات قراردادی خویش به ایفای تعهد طرف دیگر می‌باشند. م ۵۸ ک تصریح نموده است که: «۱- در صورتی که خریدار ملزم نباشد ثمن را در یک زمان معین تأدیه نماید، مکلف است آن را در زمانی بپردازد که فروشنده، کالا با اسناد کنترل‌کننده واگذاری مبیع را براساس قرارداد با این کنوانسیون در اختیار وی قرار می‌دهد، فروشنده می‌تواند تسلیم کالا یا اسناد آن را به خریدار منوط به تأدیه ثمن نماید. ۲- هرگاه قرارداد متضمن حمل و نقل کالا باشد فروشنده می‌تواند کالا را با شرایطی ارسال دارد که به موجب آن کالا یا اسناد کنترل‌کننده واگذاری مبیع، تحویل خریدار نگردد مگر با پرداخت ثمن. ۳- خریدار تا زمانی که فرصت بازرسی کالا را داشته باشد ملزم به تأدیه ثمن نیست مگر اینکه رویه‌ای که برای تسلیم کالا یا تأدیه ثمن توسط طرفین بر آن موافقت شده است منافات با داشتن چنین فرضی داشته باشد».

با دقت در ماده ۸۵ کنوانسیون می‌توان دریافت که حق حبس فروشنده تنها در زمانی خواهد بود که کالا در تصرف فیزیکی فروشنده یا دیگری باشد و استیلای وی بر نقل و انتقال کالا همچنان وجود داشته باشد. اما در صورتی که کالا از ید فروشنده خارج گردیده باشد حق حبس کالا توسط وی نیز ساقط می‌گردد و وی وظیفه‌ای در قبال حفاظت از کالا نخواهد داشت. در جایی که کالا از ید فروشنده خارج گردیده ولی هنوز به دست خریدار نرسیده است، فروشنده در قبال محافظت از کالا وظیفه‌ای ندارد، اما می‌تواند به جهت عدم پرداخت ثمن توسط خریدار از تحویل کالا به وی امتناع ورزد. به‌طور کلی می‌توان مطابق مقررات کنوانسیون اسقاط حق حبس کالا توسط فروشنده را در جایی محقق دانست که کالا از دست فروشنده خارج گردیده باشد و به خریدار تحویل گردیده باشد.

لازم به ذکر می‌نماید که هرگاه کالا و اسناد مربوطه به آن توسط فروشنده در زمان و مکان مقرر در قرارداد به خریدار تحویل و تسلیم گردد توجیهی برای حق خریدار در حبس ثمن باقی نمی‌ماند (مواد ۳۱، ۵۷، ۵۸ کنوانسیون) و حق مشتری در حبس ثمن مواد ساقط می‌گردد (مواد ۵۷، ۵۸ و ۷۱ کنوانسیون). چرا که در این صورت دستیابی و استیلای کامل بر مبیع برای خریدار میسر گردیده است. تنها خریدار به جهت بازرسی کالا می‌تواند مطابق بند ۳ م ۵۸ ک از تأدیه ثمن تا زمانی که امکان بازرسی برایش میسر

گردد خودداری نماید (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۳۱۴ و ۳۱۲ و صص ۳۳۵ - ۳۳۴). همچنین هرگاه تأدیه ثمن در قرارداد به صورت موجد باشد (کالا به صورت نسبه فروخته شده باشد)، خریدار تا زمان فرا رسیدن اجل می‌تواند امر تأدیه ثمن را انجام ندهد (جمعی از نویسندگان، ج ۳، ص ۲۸۶).

نتیجه‌گیری

این مقاله وجود عناصر مشابه در مفهوم تسلیم در م ۳۶۷ ق.م ایران و بند ۱ م ۴۰۳ ق.م سوریه و م ۳۱ کنوانسیون وین و نیز فقه اسلامی را نمودار ساخت و آن عبارت است از قرار دادن مبیع تحت تصرف مشتری به نحوی که مشتری متمکن از تصرف و انتفاع از آن بدون هیچ‌گونه مانعی باشد و تحقق تسلیم، مطابق با طبیعت مبیع صورت می‌پذیرد. موضوع زمان و روش انتقال مالکیت و ضمان معاوضی به خریدار سؤال مهمی بوده که در قانون سوریه و ایران و فقه اسلامی به آن پاسخ داده شده که انتقال مالکیت از سوی بایع به مشتری، بستگی به نوع مبیع دارد. اگر مبیع، منقول معین بالذات باشد، التزام به انتقال مالکیت فوراً و به مجرد عقد جاری می‌شود، اما هنگامی که مبیع، کلی باشد، تنفیذ التزام بایع به انتقال مالکیت، منوط به افراز و تعیین مبیع و تسلیم آن از سوی فروشنده می‌باشد. درحالی‌که کنوانسیون وین زمان و شیوه انتقال مالکیت را به حقوق داخلی کشورها که قانون آن‌ها به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد قابلیت اعمال را دارد واگذاشته است، البته چون مبیع در کنوانسیون غالباً کلی می‌باشد، می‌توان گفت که انتقال مالکیت هنگام تعیین و تشخیص و علامت‌گذاری و تسلیم محقق می‌شود. اگر تعیین را ملاک انتقال مالکیت بدانیم در مرحله اثباتی، مواجهه با مشکل می‌شویم زیرا که بایع در مواردی که دلیلی نظیر شاهد یا سند وجود ندارد می‌تواند به آسانی منکر تعیین گردد. زیرا تعیین یک امر درونی و به قصد شخص ارتباط دارد و برای تحقق آن باید به قول بایع رجوع کرد که مسئله منافی با دو طرفی بودن عقد است. از طرفی مشتری در غالب موارد دلیلی جهت اثبات ادعای خود مبنی بر وقوع تعیین قبل از تسلیم ندارد. ولی تسلیم امری مادی و محسوس است و در آن هر دو طرف عقد دخالت دارند و امکان تحویل دلیلی لازم برای اثبات آن بیشتر است. با این همه باید توجه داشت که در اغلب موارد، تعیین به‌وسیله تسلیم صورت می‌گیرد، به عبارت دیگر تسلیم طریق

غالب تعیین است.

انتقال ضمان معاوضی در هر سه نظام حقوقی ایران و سوریه و کنوانسیون با تسلیم محقق می‌شود. البته در کنوانسیون وین زمان انتقال ضمان به صورت یک اصل کلی و مطلق بیان نگردیده است، بلکه بر حسب هر مورد، متفاوت خواهد بود. در جایی که کالا به صورت مستقیم به خریدار تسلیم می‌گردد، انتقال ضمان، هنگام قبض کالا به وسیله خریدار و یا هنگامی که کالا در اختیار وی قرار می‌گیرد صورت می‌پذیرد (ماده ۶۹ کنوانسیون). هنگامی که تسلیم کالا غیرمستقیم باشد و در محل معین نباشد بنا بر بند ۱ ماده ۶۷ کنوانسیون تعهد به تسلیم توسط بایع وقتی اجرا می‌گردد که فروشنده کالا را به اولین متصدی حمل و نقل که آن را برای مشتری حمل می‌کند تحویل دهد. از طرف دیگر در م ۶۸ کنوانسیون، در بیع کالا، در حال حمل، زمان انتقال ضمان، از هنگام انعقاد قرارداد می‌باشد.

در مورد سقوط حق حبس با تسلیم می‌توان گفت که فروشنده در سه نظام حقوقی مذکور و فقه زمانی می‌تواند از حق حبس استفاده نماید که کالا در تصرف فیزیکی وی یا دیگری باشد و استیلا وی بر نقل و انتقال کالا همچنان وجود داشته باشد. اما در صورتی که کالا از ید فروشنده خارج گردیده باشد حق حبس کالا توسط وی نیز ساقط می‌گردد. همچنین در صورت تسلیم مبیع توسط بایع، علت وجودی حق حبس ثمن که عدم تسلیم مبیع توسط بایع می‌باشد، از بین خواهد رفت و لذا حق مشتری در حبس ثمن دیگر دارای توجیهی نمی‌باشد.

کتابنامه

- ابن الحسن حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر، (محقق حلی) (۱۳۷۳)، *شرائع الاسلام*، ج ۳، تهران: انتشارات استقلال، چاپ دوم.
- ابن عابدین، محمد امین (۱۳۳۵ ه.ق)، *الدر المختار (شرح تنویر الابصار علی رد المحتار)*، ج ۴، مصر: المطبعة الكبرى الاميرية بولاق، الطبعة الثالثة.
- ابن نجیم، شیخ زین العابدین (۱۹۸۶)، *الاشباه والنظائر*، در یک مجلد، دمشق: دار الفکر.
- ابن یونس البهوتی (الحنبلی)، منصور (۱۳۸۶)، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، ج ۳، بیروت.
- احمد عبدالحمید، خالد (۲۰۰۱)، *فسخ عقد البیع الدولی للبضائع وفقا لاتفاقیه فینا لعام ۱۹۸۰*،

الطبعة الثالثة

الجراح، شفيق (۱۹۹۲)، القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع)، منشورات جامعه دمشق، الطبعة الخامسة.

الجزيري، عبدالرحمن (۱۴۰۶)، الفقه على المذاهب الاربعه، ج ۲، بيروت: دار احياء التراث العربي، الطبعة التاسعه.

الجعبي العاملي زين الدين (شهيد ثاني) (۱۴۱۴)، مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام، ج ۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.

الحلي، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (محقق حلي) (بي تا)، شرايع الاسلام، في مسائل الحلال و الحرام، ترجمه ابن احمد يزدي، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.

الزحيلي، و هبه، الفقه الاسلامي و ادلته، (۱۹۸۹)، ج ۴ (النظريات الفقيهيه و العقود) دمشق: دارالفكر، چاپ دوم.

الزرقا، مصطفى (۱۹۹۹)، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دمشق: دارالقلم، الطبعة الاولى.

السنهوري، عبدالرزاق (۱۹۸۶)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ۹ و ۴، بيروت: دار احياء التراث العربي.

الشرقاوي، جميل (۱۹۷۵)، شرح العقود المدنيه (البيع و المقايضه)، انتشارات القايره.

العامري، سعدون (۱۹۷۴)، الوجيز في العقود المسماة، (عقدى البيع و الايجار)، بغداد.

الفضلي، جعفر (۱۹۹۷)، الوجيز في العقود المدنيه (البيع، الايجار، المقاوله)، عمان: مكتبه دار الثقافه للنشر و التوزيع.

القاضي، منير (۱۹۷۴)، شرح المجلة، ج ۱ (بي جا).

المكي العاملي، ابو عبدالله محمد (شهيد اول) (۱۳۹۸ ه.ق)، الدروس الشرعيه في فقه الاماميه، ج ۳، قم: انتشارات صادقي.

امامى، سيد حسن (۱۳۷۳)، حقوق مدني، ج ۱، ناشر، كتابفروشي اسلاميه.

انصاري، شيخ مرتضى (۱۳۷۰)، مكاسب، چاپ سنگي، قم: افست.

بن قدامه، عبدالله بن احمد (بن قدامه)، (بي تا) المعنى في فقه الامام احمد بن حنبل، ج ۴، دار الفكر.

پلاتنار، ژان پي، (۱۳۷۰)، مقاله شرح بر کنوانسیون بيع بين المللی کالا، ترجمه دكتور ايرج صديقي، مجله حقوقی، ۱۵ و ۱۴، دفتر خدمات حقوقی بين المللی.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ ششم، انتشارات

- گنج دانش، چاپ ششم.
- جمعی از نویسندگان (۱۳۷۴)، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، ترجمه مهراب داراب پور، ج ۳ و ۲، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حائری شاه‌باغ، حسن (۱۳۷۶)، *شرح قانون مدنی ایران*، ج ۱، انتشارات گنج دانش.
- حاجی نوری (۱۳۸۲)، *مستدرک الوسائل*، ج ۲، چاپ تهران.
- حسن فرج، توفیق (۱۹۶۸)، *عقدالبیع و المقایضه فی القانون اللبنانی و المقارن، القاهرة: دارالنهضة العربیه.*
- حسن قاسم، محمد (۲۰۰۵)، *القانون المدنی العقود المسماه (البیع، التأمین، الضمان، الإيجار)*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- حسن موسی، طالب (۲۰۰۱)، *الموجز فی قانون التجاره الدولیه، عمان، الدارالعلمیه الدولیه و مکتبه دارالثقافه للنشر و التوزیع، عمان: الطبعة الثانية.*
- حسون طه (۱۹۷۰)، *عقد البیع.*
- حسینی الروحانی، سید محمد (۱۴۱۴)، *فقه الصادق*، ج ۶، قم: دار الکتاب، چاپ سوم.
- حلمی پاشا، عیسی (بی‌تا)، *شرح عقد البیع، مصر.*
- خضر، خمیس (۱۹۸۲)، *عقد البیع فی القانون المدنی، القاهرة: دار الفکر العربی.*
- خوانساری، سید احمد (۱۳۶۴)، *جامع المدارک*، ج ۳، مکتبه الصدوق، چاپ دوم.
- دهخدا، علی (۱۳۳۷)، *لغت‌نامه*، ج ۴، انتشارات دانشگاه تهران.
- رستم باز، سلیم (۱۹۲۳)، *شرح مجله الاحکام العادلیه*، ج ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، الطبعة الثالثة.
- رمضانی نوری (۱۳۷۶)، محمود، *فرهنگ حقوقی مدین (انگلیسی فارسی)*، انتشارات مدین، قم: چاپ سوم.
- شفیق، محسن (۱۹۸۸)، *اتفاقية الامم المتحدة بشأن البیع الدولي، دراسة فی قانون التجاره الدولي، دار النهضة العربیه.*
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، *سقوط تعهدات، انتشارات کانون وکلا، چاپ سوم.*
- صفایی و دیگران (۱۳۸۴)، *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- صفائی، سید حسین (۱۳۵۱)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲، تعهدات و قراردادها، تهران.
- طاهری، حبیب الله (بی‌تا)، *حقوق مدنی*، ج ۷، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (بی‌تا)، *حاشیه بر مکاسب*، ج ۱، قم، مکتبه الشمس.

- طوسی، ابو جعفر، (شیخ طوسی) (بی‌تا)، *الخلاص*، ج ۳، قم: انتشارات دار المعارف اسلامی. عبده بروجردی، محمد (۱۳۲۹)، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: ناشر علمی.
- عدل، مصطفی، (منصور السلطنه) (۱۳۵۴)، *حقوق مدنی*، انتشارات امیر کبیر، چاپ هشتم. علامه حائری، علی (۱۳۷۹)، *آثار قبض*، انتشارات تابان، چاپ دوم.
- غروی، میرزا محمد حسین (بی‌تا)، *حاشیه مکاسب*، ج ۳، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه. قاسمی، محسن (۱۳۸۲)، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- قنبری، محمد رضا (۱۳۷۲)، *مجموعه مقالات حقوقی*، انتشارات گنج دانش، چاپ اول. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها* (۱۳۷۳)، ج ۱ و ۳ و ۴، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی*، دوره عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت انتشار، چاپ چهارم.
- کاسانی، علاء‌الدین ابی بکر (۱۹۸۶)، *بدائع الصائغ فی ترتیب الشرائع*، ج ۵، بیروت، دار الکتب العلمیه، الطبعة الثانية.
- کاشی، رضا کریم (۱۳۸۰)، *انتقال ضمان در بیع بین‌المللی کالا، ماهنامه دادرسی*، شماره ۲۵، فروردین و اردیبهشت.
- کورنو، چیراز (۱۹۹۸)، *معجم المعطلحات القانونیه*، ترجمه منصور القاضی، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، بیروت، الطبعة الاولى.
- کیائی، عبدالله (۱۳۷۶)، *التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله*، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ اول.
- لبیب شنب، محمد و صبحی خلیل، مجدی، (۱۹۶۸)، *شرح احکام عقد البیع*، القاهرة. محمصانی، صبحی (بی‌تا)، *الموجبات والعقود*، ج ۲، بیروت.
- مراغی، میر عبدالفتاح (بی‌تا)، *عناوین الاصول*، چاپ سنگی.
- موسوی خمینی، روح الله، (امام خمینی) (۱۳۶۳)، *کتاب البیع*، ج ۳ و ۵، قم: مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲)، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، ج ۷، بیروت: دار الهادی. نائینی، میرزا حسن (بی‌تا)، *منیه الطالب فی شرح مکاسب*، ج ۲، چاپخانه حیدری.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱)، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، بیروت: دار احیاء التراث. نیک فر، مهدی (۱۳۷۴)، *قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور*، انتشارات کیهان.

هوزیه، فانسان (٢٠٠٥)، *المطول في العقود، بيع السلع الدولي*، ترجمه منصور القاضي، بيروت،
المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى.

وحيدالدين سوار، محمد (١٩٩٦)، *شرح قانون المدني، النظرية العامة للالتزام*، ج ١، منشورات
جامعه دمشق، الطبعة الثامنة.

يوسف الحكيم، جاك (١٩٩٨)، *العقود الشائعه أوالمسماه (عقد البيع)*، منشورات جامعه دمشق.

Benjamin's, sale of Goods, Sweet & Maxwell, London, 1997

Honnold, John. O, Uniform Law for international Sales under the 1980.

United Nations Convention, Kluwer law and Taxation Publishers,
Philadelphia, second edition, 1991

Maxwell & Sweet, G.H, Trietl low of contract , London, 1995