

اثر تسلیم در انتقال مالکیت مبیع کلی فی الذمه

(مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فقه اسلامی، حقوق مصر، حقوق انگلستان و کنوانسیون بیع بین المللی کالا)

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۲/۱۴

تاریخ تأیید: ۹۱/۰۹/۰۶

سید مصطفی محقق داماد^۱

استاد حقوق دانشگاه شهید بهشتی

رسول احمدی فر^۲

استادیار حقوق دانشگاه ملایر

چکیده

در قانون مدنی ایران، تسلیم اثری در انتقال مالکیت ندارد و تنها اثر آن انتقال ضمان معاوضی است (ماده ۳۸۷ ق.م). بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م عقد بیع را مطلقاً ناقل مالکیت می‌داند. در بیع کلی فی الذمه به لحاظ فقدان مبیع خارجی در زمان انعقاد قرارداد، مالکیت هیچ کالای خارجی به مشتری منتقل نمی‌شود و مشتری صرفاً مالک مبیع به شکل کلی و در ذمه باع می‌شود. به این خاطر ممکن است فرض انتقال مالکیت مبیع کلی فی الذمه با تسلیم مطرح شود. در حالی که طرفین می‌توانند به شکل توافقی قبل از تسلیم، کالای موضوع قرارداد را در خارج معین نمایند. در این صورت کالایی که تخصیص خورده متعلق به مشتری است و می‌تواند بدون اجازه باع در آن تصرف نماید. در نتیجه آنچه ناقل مالکیت است، مشخص کردن کالا در رابطه قراردادی طرفین (تخصیص و تعیین) است و نه تسلیم. اگر تا زمان تسلیم، کالا تعیین نشده و به قرارداد اختصاص نخورده باشد و با تسلیم این تخصیص و تعیین اتفاق افتد، تسلیم کاشف از نقل ملکیت کالایی است که به قرارداد اختصاص داده می‌شود. به این خاطر اثر تسلیم در این نوع بیع، انتقال ضمان معاوضی و کاشفیتی است که در انتقال مالکیت دارد. در حقوق مصر در کنار انتقال ضمان معاوضی، اگر تسلیم ناظر به تسلیم مبیع کلی فی الذمه باشد و قبل از تسلیم، مبیع برای مشتری افراز نشده باشد، در این صورت تسلیم به خاطر اینکه باعث افراز می‌شود ناقل مالکیت است. در حقوق انگلستان، تسلیم ناقل ریسک نیست. تسلیم ناقل مالکیت هم نیست، مگر اینکه تسلیم مخصص مبیع کلی فی الذمه باشد. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مسئله انتقال مالکیت به حقوق ملی ارجاع شده است.

واژگان کلیدی: بیع کلی فی الذمه، تسلیم، اثر تسلیم، اثر تسلیم در بیع کلی فی الذمه، انتقال مالکیت مبیع کلی فی الذمه

مقدمه

تسلیم مبیع مقتضای عقد بیع است و جدای از اینکه بر اساس مبنای قراردادی لازم است و مشتری می‌تواند فروشنده مستنکف را ملزم به آن نماید، شرعاً به خاطر عموم آیه «أوفوا بالعقود»^۳ واجب و «بیع کالایی که باع قدرت بر تسلیم آن را ندارد باطل است» (نراقی، ۱۴۰۸: ۳۲) و

1. Email: mdamad@ias.ac.ir
2. Email: r_ahmadifar@yahoo.com

(نویسنده مسئول)

۳. سوره مائده آیه ۱

(بهیانی، ۱۴۱۷: ۸۲). خطر عدم تسلیم مبیع، «به این خاطر که اطمینان به تحقق بیع نیست» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۰۱) بیع را غرری می‌کند (نراقی، پیشین: ۳۲). تسلیم «بعد از عقد، بایستی فوراً محقق شود» (نجفی، ۱۳۷۴: ۱۴۴/۲۳). در عقود دیگر هم این اهمیت برای تسلیم وجود دارد، چنانچه «امتناع موجد از تسلیم عین مستأجره و عدم امکان اجبار او را باعث فسخ اجاره دانسته‌اند» (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۴: ۴۶/۵).

در قانون مدنی ایران تسلیم صرفاً ناقل ضمان معاوضی و عقد بیع به تنهایی برای انتقال مالکیت کافی است. در حقوق کشورهای مصر و انگلستان، قانونگذار برای تسلیم در بیع کلی فی‌الذمه در مواردی اثر انتقال مالکیت شناسایی کرده است. ایرادی که بر قانون مدنی ایران در حوزه بیع کلی فی‌الذمه وارد است این است که چگونه عقد می‌تواند مالکیت کالایی را که هنوز وجود خارجی (در رابطه قراردادی طرفین) ندارد (نه عین کلی فی‌الذمه)، منتقل نماید؟ در حقوق مصر و انگلستان قانونگذار صراحتاً مشخص کرده مالکیت این نوع مبیع با افزای یا تخصیص منتقل می‌شود (قبل یا با تسلیم) و نه با عقد. به خاطر این ایراد ممکن است در حقوق ایران برای تسلیم اثر انتقال مالکیتی شناخته شود و در بیع کلی فی‌الذمه تسلیم ناقل مالکیت کالایی دانسته شود که تسلیم مشتری می‌شود. برای بررسی این مسئله ابتدا بایستی تسلیم تعریف و چگونگی انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه مشخص شود. در نهایت نتیجه‌گیری لازم در خصوص اثر تسلیم صورت گیرد. بر این اساس مطالب این تحقیق در دو قسمت: ۱- تعریف تسلیم ۲- انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه، به این موضوعات خواهند پرداخت.

۱- تعریف تسلیم

ماده ۳۶۷ قانون مدنی ایران در تعریف تسلیم مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد». قسمت اول ماده ۴۳۵ قانون مدنی مصر در تعریف تسلیم مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از اینکه مبیع تحت تصرف مشتری قرار گرفته شود به گونه‌ای که مشتری متمکن از حیات و انتفاع از آن شود بدون اینکه مانعی داشته باشد. اگر چه استیلاء مادی بر آن نداشته باشد، مشروط بر اینکه فروشنده مشتری را بر آن آگاه کند». قسمت d از بند (۱) ماده (۲) قانون فروش کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹ در تعریف تسلیم مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از انتقال اختیاری تصرف از شخصی (فروشنده یا کسی که از جانب او متصرف بوده است) به دیگری (خریدار یا نماینده او)». در متون حقوقی ایران به‌رغم اینکه نویسندگان به مسئله تسلیم پرداخته‌اند ولی آن را تعریف نکرده‌اند. در فقه اسلامی، حقوق مصر و انگلستان تعاریف ذیل از تسلیم ارائه شده است:

الف- بنا بر ارتباط «أوفوا بالعقود» به باب معاملات، تسلیم عبارت است از ایجاد آنچه که (بایع) به موجب انشاء عقد به آن ملتزم شده است در خارج، و وفا عبارت است از تسلیم خارجی مشتری بر مبیع، نه مجرد نیت قلبی (اراکي، ۱۴۱۵: ۲/۱۳۷۰):

ب- تسلیم به معنای دادن مبیع به تصرف مشتری است به گونه‌ای که بر آن استیلا داشته باشد، یا به عبارتی آن را قبض کرده باشد. لذا بین مفهوم قبض با تسلیم تناسب وجود دارد. ماهیت قبض استیلا و تمکن از تصرف است، لغتاً و عرفاً (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۳):

ج- بنا بر وجود تناسب بین مفهوم تسلیم با قبض، قبض عبارت است از گرفتن و در تصرف داشتن، و تخلیه کفایت از آن می‌کند (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱/۱۱۹):

د- از تصرف به «ید» تعبیر شده است. بر این اساس «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلاي او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷/۱):

ه- تسلیم عبارت است از اجرایی که هدف از آن تمکن مشتری از مبیع است به گونه‌ای که مثل مالک بتواند بدون مانع مباشرتی سلطه وار بر مبیع داشته باشد (الشرقاوی، ۱۹۷۵: ۱۹۱):

و- تعریف عرفی تسلیم در حقوق انگلستان عبارت است از عمل انتقال مبیع به خریدار. این معنای مرسوم تسلیم در حقوق انگلستان نیست (Bridge, 1977: 202):

ز- مهیا کردن کالا برای تحویل به مشتری در محل تجارت فروشنده، هر معنی سمبلیک یا استنباطی که به موجب آن فروشنده حق کنترل خود بر مبیع را به خریدار منتقل می‌کند» (Clarke, 2001: 202):

ک- انتقال فیزیکی تصرف بر کالای واقعی:

ل- تحویل به موجب تحویل اسناد کالا:

م- طرفین ممکن است توافق کنند که فروشنده به نمایندگی از خریدار کالا را تصرف کند (Atiyah, 2010: 124&118): مطابق قسمت d از بند یک ماده ۲ قانون بیع انگلستان، تسلیم عملی است که به موجب آن تصرف منتقل می‌شود و در انتقال مالکیت نقشی ندارد. در تأیید این موضوع ماده ۱۸ قانون بیع انگلستان مقرر می‌دارد: «اگر موضوع قرارداد فروش کالایی غیر معین باشد، مالکیت کالا با تعیین کردن منتقل می‌شود» نه با تسلیم. تحویل یا تسلیم مبیع مطابق با صدر ماده ۲۷ قانون بیع انگلستان وظیفه فروشنده است. تحویل مبیع انجام تعهد و وظیفه‌ای است که به موجب قرارداد بایع بر عهده گرفته است. تسلیم مطابق حقوق انگلستان «صرفاً انتقال تصرف کالا است» (Jain). «وظیفه فروشنده مبنی بر تحویل کالا ممکن است وظیفه‌ای مبنی بر تحصیل و تهیه کالاهای خریدار مطابق با قرارداد باشد. بدون اینکه کالای خاصی به این منظور اختصاص یافته باشد» (Atiyah, 2010: 118).

- ن- در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تسلیم تعریف نشده، ولی بعضی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «دادن مبیع به تصرف مشتری یا گذاشتن مبیع در اختیار مشتری» (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۲۴).
- در سیستم‌های مورد مطالعه، به شکل مستقل تعریفی از تسلیم مبیع کلی فی الذمه ارائه نشده است. تعریف مناسب برای این نوع بیع، بایستی با شرایط آن، از جمله عدم وجود مبیع در زمان عقد و تعیین آن با تعیین نمونه، توصیف یا مناسب بودن برای هدفی خاص، تناسب داشته باشد. بر این اساس می‌توان تسلیم را این گونه تعریف نمود: «فروشنده کالایی را مطابق با نمونه، اوصاف توافقی یا مناسب برای هدف مندرج در قرارداد، تهیه و به مشتری تسلیم نماید. در صورت تعیین قراردادی کیفیت تسلیم، بایع بایستی به همان شکل مبیع را تسلیم نماید. در غیر این صورت بایستی عرفاً مبیع را تحت اختیار مشتری قرار دهد، به گونه‌ای که بتواند بدون مانع تصرفات متعارف و مجاز قانونی را در آن بنماید».
- مسئله دیگری که در تسلیم نقش دارد، کیفیت تسلیم است. قانون مدنی ایران کیفیت تسلیم را عرفی می‌داند. ماده ۳۶۹ ق.م در این باره مقرر می‌دارد: «تسلیم مبیع به کیفیات مختله است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند». راجع به کیفیت تسلیم در فقه اسلامی اقوال مختلفی ذکر شده است، که در ذیل به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود.
- ۱- در منقول و غیرمنقول مطلقاً تخلیه کفایت می‌کند. منظور از تخلیه رفع ید و تمام موانع برای تسلط قابض و استیلاهی او است، مانند وجود کلید خانه یا مغازه در دست فرد حتی اگر در آن استقرار نیافته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۹/۱؛ محقق حلی، پیشین: ۲۸۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۹/۱؛ محقق حلی، ۱۳۷۷: ۱ و ۲۸۳/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۴ و آبی، ۱۴۱۰: ۴۷۰/۱).
 - ۲- در غیرمنقول تخلیه و در منقول نقل مبیع به مشتری است. زیرا نقل کاشف از سلطه و استیلاهی مشتری بر مبیع است و معلوم می‌شود فقط مشتری مبیع را در تصرف دارد (طوسی، ۱۴۱۱: ۹۸/۳).
 - ۳- در منقول قبض با نقل محقق می‌شود، به خاطر اینکه عرفاً صدق قبض می‌کند. به خصوص در مکیل و موزون که قبض با کیل یا وزن کردن آن است. مستند این مورد صحیحه معاویه بن وهب از ابا عبدالله (ع) است: از مردی که کالایی را قبل از قبض فروخته بود سؤال شد؟ امام (ع) فرمودند: تا زمانی که کیل و وزن نشده است بیع آن صحیح نیست (این قول به مشهور نسبت داده شده است) (طوسی، ۱۳۷۸: ۱۲۰/۴).
 - ۴- اگر کالایی باشد که منتقل می‌شود، مثل درهم و دینار که با دست تصرف می‌شوند، قبض آن‌ها به همان شکل مرسوم واقع می‌شود. اگر حیوان باشد با انتقال به محل دیگر و اگر پیمان‌های یا وزن کردنی باشد با پیمان‌ها و یا وزن کردن (طوسی، ۱۳۷۸: ۱۰۰/۲).
 - ۵- قبض در غیرمنقول تخلیه بعد از رفع ید است. در حیوان نقل، در اموال پیمان‌های یا وزنی، با پیمان‌ها یا وزن. ولی در هر مورد انتقال معنای عرفی دارد.

۶- تخلیه برای انتقال ضمان از فروشنده کفایت می‌کند، نه در بر طرف کردن مانع قبض (عاملی، ۱۴۱۴: ۳/۲۱۰).

۷- استقلال در تصرف و استیلاء بر مبیع (سبزواری، بی تا: ۹۴): (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱/۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲).

در حقوق مصر تسلیم فعلی یا حکمی است. صدر ماده ۴۳۵ ق.م.مصر تسلیم فعلی را چنین تعریف کرده است: «مبیع تحت تصرف مشتری قرار داده شود، به گونه‌ای که مشتری بدون مانع متمکن از حيازت و انتفاع از آن شود. هر چند عملاً آن را تصرف نکند، البته در این صورت بایستی مشتری را از اینکه مبیع مهبای تصرف او می‌باشد آگاه نماید». مطابق با این ماده تصرف فعلی شرط نیست و همین که عناصر تسلیم کامل باشد فرض می‌شود تسلیم تمام است (أبوالسعود، ۲۰۱۰: ۲۸۳). تسلیم حکمی در بعضی موارد جایگزین تسلیم فعلی می‌شود. مطابق با قسمت دوم ماده ۴۳۵ قانون مدنی تسلیم حکمی به مجرد تراخی متعاقدين محقق می‌شود. تسلیم حکمی از تسلیم واقعی با توافق یا تصرف قانونی تمیز داده می‌شود و با عمل مادی اتفاق نمی‌افتد. تسلیم حکمی دو شکل دارد: ۱- مبیع قبل از بیع در حيازت مشتری باشد. ۲- مبیع بعد از بیع در حيازت بایع باشد. تسلیم مطابق با ماده ۴۰۲ ق.م.مصر دو عنصر دارد: ۱- قرارداد مبیع تحت تصرف مشتری به گونه‌ای که بتواند بدون مانع از آن منتفع شود. ۲- بایع باید مشتری را از اینکه مبیع تحت تصرفش است آگاه نماید. این آگاهی شکل خاصی ندارد و ممکن است به صورت رسمی باشد (لیب شنب و صبحی خلیل، ۱۹۶۸: ۱۶۹). ملاحظه می‌شود که مجرد التزام بایع به گذاشتن مبیع تحت تصرف مشتری متضمن اعلام به مشتری است مبنی بر اینکه مبیع را بالفعل تحت تصرف او قرار داده است (راجع، ۲۰۰۰: ۱۴۸). اگر این شرایط فراهم شود تسلیم معتبر است و آثار قانونی آن ایجاد می‌شود. در قانون مدنی مصر مهم‌ترین این آثار انتقال نتیجه تلف از بایع به مشتری است (ضمان معاوضی) (قاسم، ۲۰۰۸: ۲۶۴).

در حقوق انگلستان «تسلیم واقعی یا حکمی است». اقسام آن به شرح ذیل می‌باشد: ۱- مطلق؛ ۲- واقعی؛ ۳- مشروط؛ ۴- ضمنی؛ ۵- نمادین.

تحویل مطلق تحویلی است که به موجب یک سند انتقال دهنده مبیع را به خریدار تحویل می‌دهد و کالا را نیز به او تسلیم می‌کند (Garner, 2009: 461). در این نوع از تسلیم، که شامل تسلیم کالا و وسایل تصرف آن است، کالا و اسناد آن به مشتری تسلیم می‌شود، تا زمانی که به شکل

1. [Http://Commercial Law. Sale of goods: passing of property notes. LIA Ting Wai Fontaine](http://Commercial Law. Sale of goods: passing of property notes. LIA Ting Wai Fontaine)

2. Absolute Delivery

3. Actual Delivery

4. Conditional Delivery

5. Contractive Delivery

6. Symbolic Delivery

دیگری توافق نشده باشد تسلیم کالا به این شکل انجام می‌شود (Stone, 1995: 290). در نتیجه این تسلیم هم مالکیت کالا منتقل می‌شود و هم تصرف آن، در این صورت ریسک نیز به خریدار منتقل می‌شود (Atiyah, 2010: 118, 342). تحویل واقعی، عمل واقعی و حقیقی دادن کالا به مشتری است (Garner, 2010: 461). به موجب آن مبیع به مشتری تسلیم می‌شود. این کار با تحویل کالا به مشتری یا نماینده او تمام می‌شود یا با گذاشتن کالا در انبار مشتری یا در کشتی یا گاری و امثال آن. این تحویل، تحویل درست است و دلیل مهمی مبنی بر انتقال مالکیت. این نوع انتقال از بلا تکلیفی ریسک جلوگیری می‌کند زیرا ریسک با آن منتقل می‌شود. این انتقال واقعی عمل انتقال را کامل می‌کند (زیرا اصل انتقال، انتقال رسمی است که از طریق سند می‌باشد). در حقوق انگلستان گفته شده «تحویل سند حق مالکیت را منتقل می‌کند و تحویل کالا فروش را کامل می‌کند و با تسلیم کالا اگر پرداخت نهایی باشد، (قسمتی از ثمن پرداخت نشده باشد) باید پرداخت شود»^۱. در صورتی که انتقال مشروط به شرایط یا حادثه خاصی باشد آن را انتقال مشروط می‌گویند (Garner, 2010: 461). تسلیم، در صورتی حکمی است که بدون هیچ تغییری در متصرف کالایی که تحویل نسبت به آن واقع شده است، مؤثر باشد. مثل تحویل سمبلیک یا تحویل از طریق حواله^۲. در بعضی مواقع که انتقال واقعی غیرممکن یا غیرعملی است قانون عملی را انتقال تلقی می‌کند. برای مثال تحویل کلید جعبه‌ای که امانت بوده است به وسیله کسی که مریض است و قادر به حرکت نیست و مایل‌ها فاصله دارد به عنوان تحویل ضمنی محتویات آن جعبه تلقی می‌شود (Ibid). در حقوق انگلستان، تحویل به معنای مطلق انتقال فیزیکی یک کالا نیست. مواردی وجود دارد که تحویل ممکن است نمادین باشد. مثل موردی که شخصی زمینی را به دیگری منتقل می‌کند، زمین نمی‌تواند به شکل فیزیکی منتقل شود، اما تحویل سند اگر همراه با قصد انتقال زمین باشد باعث انتقال مالکیت آن می‌شود. چنین تحویلی (سمبلیک) می‌تواند جایگزین تحویل شود در مواردی که کالا مرتباً منتقل می‌شود و در این موارد هر کس که در جدول زمانی آن را تصرف می‌کند مورد توجه واقع می‌شود. این تحویل سمبلیک به عنوان تحویل ضمنی شناخته می‌شود. تحویل نمادین به نماینده یا شخص ثالث در صورت توافق طرفین ممکن است^۳. با تحویل سمبلیک یا نمادین خود کالا به شکل واقعی تسلیم نمی‌شود، بلکه چیزی تحویل می‌شود که نشان‌دهنده مالکیت کالا است مانند، کلید انبار یا رسید بار کشتی یا اینکه آن چیز که به جای کالای اصلی تحویل می‌شود امکان دسترسی به مبیع را فراهم می‌کند (Ibid).

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۳۱ تعهد به تسلیم را چنین تعریف کرده است: «در اختیار خریدار گذاشتن کالا». کنوانسیون برای تسلیم سه شکل در نظر گرفته است: ۱- در قرارداد متضمن

1. <http://legal-dictionary.n> the free dictionary. Com / Delive
 2. Magazine, Insite law, Daily online law news and caw blogs, p1193
 3. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/delive>

حمل کالا، تعهد به تسلیم عبارت است از تحویل کالا به اولین مؤسسه حمل و نقل جهت ارسال به مشتری؛ ۲- اگر قرارداد متضمن حمل کالا نباشد و طرفین در زمان انعقاد قرارداد اطلاع داشته باشند که کالا در محل معینی قرار دارد یا باید در محل معینی تولید شود، تعهد به تسلیم عبارت است از قراردادن کالا در اختیار مشتری در همان محل معین؛ ۳- در سایر موارد تعهد به تسلیم عبارت است از اینکه بایع کالا را در محلی که در زمان انعقاد قرارداد محل تجارت او بوده، در اختیار مشتری قرار دهد. بر اساس مطالب فوق کیفیت تسلیم به شرح ذیل می باشد:

۱- تسلیم باید مشتری را به مبیع قراردادی برساند. شرط عمومی وفای به عقد، یگانگی اجرای تعهد و مفاد آن است: متعهد باید آنچه را بر عهده گرفته است انجام دهد. از این اصل دو نتیجه مهم به دست می آید: الف- مشتری را نمی توان مجبور کرد که مال دیگری به جای مبیع بپذیرد. ب- مشتری را نمی توان به پذیرش بخشی از مبیع اجبار کرد.

۲- تسلیم باید به گونه ای باشد که مشتری بتواند بر مبیع سلطه داشته باشد. تسلیم وفای به عهد است. وفای به عهد مستلزم این است که مدیون آنچه را به عهده دارد انجام دهد و طلبکار نیز آن را بپذیرد. در مواردی که موضوع تعهد انتقال مالی به طلبکار باشد، توافقی که درباره اجرای تعهد می شود محسوس تر است. مثلاً در موردی که چند اصله درخت میوه به صورت کلی فروخته می شود، فروشنده باید مصداق های مبیع را انتخاب و به خریدار تسلیم کند و او، هرگاه مصداق های انتخاب شده را با نمونه یا اوصاف شرط شده منطبق یابد، اجرای تعهد را می پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۷/۱).

۳- تسلیم مبیع به حاکم یا نماینده او، در مورد امتناع مشتری از تسلیم یا جایز نبودن تصرف او، در این خصوص نمی توان قائل به این شد که تخلیه و رفع ید برای تحقق تسلیم کافی است. زیرا اگر چنین بود در مواردی که بایع مبیع را برای تسلیم مشتری آماده کرده است و مشتری به رغم مهیا بودن شرایط تسلیم، از تحویل خودداری می نمود، بایع بری می شد. ولی می بینیم که در این موارد بایع با قبض مبیع به حاکم بری می شود (حلی، ۱۴۱۵: ۳۲۱/۱). البته قانون مدنی در ماده ۳۶۸ برای تحقق تسلیم این را کافی می داند که مبیع تحت اختیار مشتری باشد.^۱ راجع به موردی که مشتری از تسلیم خودداری می کند قانون مدنی حکمی ندارد. ولی در ماده ۲۷۳ ق.م. در موضوع وفاء به عهد قانونگذار در موردی که صاحب حق از قبول آن امتناع می کند مقرر کرده است متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام، مسئول خساراتی که ممکن است به موضوع حق، وارد آید نخواهد بود.

۱. ماده ۳۶۸ ق.م: «تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

از تطبیق این دو ماده و تعارض آن‌ها می‌توان دو نظر ارائه کرد: الف- در موردی که مشتری از قبول مبیع و تسلّم آن امتناع می‌کند مقررات ماده ۳۶۸ ق.م که خاصّ است اعمال می‌شود. لذا همین که بایع مبیع را به گونه‌ای تحت اختیار مشتری بگذارد که بتواند آن را قبض کند کافی است. ب- به لحاظ اینکه در مورد مسئله مقررات قانون مدنی راجع به عقد بیع ساکت است و صرفاً شرایط تسلیم را بیان می‌کند، بایستی به عموماً ایفاء، ماده ۲۷۳ ق.م، مراجعه کرد. در نتیجه در فرض مسئله بایستی بایع مبیع را به حاکم تسلیم نماید. مضافاً اینکه تکلیف مراجعه به حاکم را از ذیل ماده ۳۷۸ ق.م هم می‌توان فهمید: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع، منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود». این نظر از این جهت ترجیح دارد که در مواردی که بایع مبیع را برای تسلّم مشتری فراهم می‌کند ولی مشتری از تسلّم امتناع می‌کند هم مصلحت مشتری ایجاب می‌کند که حاکم مبیع را تسلّم کند تا از آن مال مراقبت لازم شود و هم در صورت اختلاف، بایع احتیاج به اثبات اینکه مبیع را تحویل داده است ندارد. مضافاً با توجه به امتناع مشتری مطابق قاعده «الحاکم ولی الممتنع» بایستی قبض به حاکم صورت گیرد. آنچه قانونگذار در ماده ۳۶۸ ق.م مقرر کرده است (در اختیار مشتری بودن مبیع برای کفایت تسلیم) برای تحقق تسلیم است و نه برای برائت بایع. بایع برای برائت بایستی تکالیف مقرر در عموماً ایفاء (دادن به حاکم در صورت امتناع مشتری) را انجام دهد.

۲- انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه

قانون مدنی ایران انتقال مالکیت مبیع را با عقد می‌داند. بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م مقرر می‌دارد: «به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع می‌شود». قانونگذار در این خصوص تفاوتی بین اقسام مختلف مبیع قائل نشده است. قانون مدنی مصر در این قسم از مبیع انتقال مالکیت را با افراز دانسته است. بند ۱ ماده ۲۰۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «در صورتی که موضوع تعهد ذاتاً معین نباشد، ملکیت با افراز منتقل می‌شود». قانون بیع انگلستان نیز انتقال مالکیت در این نوع از قراردادها را با تخصیص مبیع دانسته است. قسمت ۱ از قاعده ۷ ماده ۲۰ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۸ مقرر می‌دارد: «در صورتی که قرارداد فروش، مربوط به فروش کالای غیرمعین یا کالای آینده با وسیله توصیف است و کالایی با توصیف مذکور در قرارداد و در مرحله تحویل به منظور قرارداد و در جهت اجرای آن و بدون قید و شرط به قرارداد اختصاص داده می‌شود، خواه توسط فروشنده و با رضایت خریدار یا توسط خریدار و با رضایت فروشنده، مالکیت کالا بیدرنگ به خریدار منتقل می‌شود». قسمت ۲ این قاعده هم مقرر می‌دارد: «زمانی که پیرو یک قرارداد فروش، بایع کالای

موضوع قرارداد را به خریدار یا حمل کننده دیگری می دهد، اعم از اینکه کالای مذکور را به منظور انتقال به خریدار به او اختصاص داده باشد یا نه و حق انتقال را هم برای خود حفظ نکرده باشد، فرض می شود که او بدون قید و شرط کالا را به قرارداد اختصاص داده است.»

در بیع کلی فی الذمه به لحاظ عدم وجود مصداق خارجی کالا در رابطه قراردادی طرفین، که قرار است به عنوان مبیع تسلیم مشتری شود، تعلق انتقال مالکیت به آن (مانند قانون مدنی ایران) محال است زیرا مالکیت هر چند اعتباری بر امر غیر موجود تعلق نمی گیرد. برای مثال اگر موضوع عقد بیع کلی فی الذمه خودروی بنز باشد هر چند خریدار مالک یک خودرو بنز در ذمه بایع می شود ولی اگر به هر علت (ممنوعیت تجارت خارجی، تحریم بین المللی یا تعطیلی کارخانه سازنده امکان تسلیم خودرو بنز از بین برود) آیا می توان برای این مالکیت در ذمه از جهت تعلق به مصداق خارجی ارزشی قائل شد؟ یقیناً پاسخ منفی است.

انتقال مالکیت مصداق خارجی کالای موضوع قرارداد و نه عین کلی فی الذمه با عقد، موانعی به شرح ذیل دارد:

الف- هر چند مشتری با عقد مالک عین کلی می شود ولی آنچه ذهن را از دادن این اثر به بیع کلی فی الذمه نسبت به مصداق خاصی از کالای مورد معامله دور می کند این است که این مصداق خاص در زمان عقد موجود نیست لذا ذهن در پذیرش امکان انتقال مالکیت به شیء غیر موجود، مشکوک است. در نتیجه این سؤال مطرح می شود: در غیاب شیء موضوع عقد، مالکیت به چه چیزی تعلق می گیرد؟

ب- عرف، مالکیت بعد از تسلیم را معتبرتر از قبل از آن می داند. قبل از تسلیم مبیع، مالکیت مشتری کم رنگ است، حتی در خصوص بیع عین شخصی. پس چگونه می توان برای تسلیم در انتقال مالکیت اثری قائل نشد؟ قبل از تسلیم، مشتری مالک هیچ مصداق خارجی از مبیع نیست و حتی اگر بایع اقسام مختلفی از کالای موضوع قرارداد کلی فی الذمه را داشته باشد مشتری نمی تواند ادعایی نسبت به هیچ کدام داشته باشد و باید منتظر ایفای عهد بایع باشد در غیر این صورت تنها می تواند درخواست الزام او را به تحویل مبیع قراردادی بخواهد.

در پاسخ به ایراد نخست گفته شده است، «سبب تملیک عین عقد بیع است و تسلیم شرط تحقق آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۵/۴). این دیدگاه مخالف صریح قانون است. زیرا قانون انتقال مالکیت عین کلی فی الذمه را با عقد دانسته است و برای تسلیم اثری در این باره قائل نشده است. مضافاً اینکه قبول این نظر باعث می شود، مشتری با عقد مالک چیزی نشود و بایستی تا تعیین و تخصیص منتظر بماند.

در خصوص ایراد دوم هم بایستی گفت (به رغم قوت آن) هر چند عرف برای مالکیت بعد از تسلیم مبیع ارزش بیشتری قائل است لیکن برای مالکیت قبل از تسلیم هم ارزش قائل است. به خاطر همین است که بایع ملزم به تسلیم مبیع است. زیرا بیع ناقل مالکیت است و بعد از بیع، مبیع

ملک مشتری است و به خاطر اینکه مبیع ملک مشتری شده است و مطابق با قرارداد نیز بایع ملزم به تسلیم آن شده، پس بایستی مبیع را تسلیم کند. به خاطر ایرادهای موجود برای انتقال مالکیت مصداق خارجی مبیع با عقد، بعضی انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه را با تسلیم دانسته‌اند: «در صورتی که مبیع کلی باشد عقد بیع عبارت است از تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی به مشتری خواهد بود» (امامی، ۱۳۶۴: ۱/۴۵۱). تسلیم را نمی‌توان ناقل مالکیت دانست، زیرا:

۱- این استدلال مخالف با اثر عرفی و قانونی عقد بیع است. ماده ۳۳۸ ق.م مقرر داشته است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در این ماده قانونگذار اثر بیع را بدون توجه به اینکه مبیع معین یا کلی باشد انتقال مالکیت مبیع به مشتری دانسته است. بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی در تأیید انتقال ملکیت به صرف عقد مقرر می‌دارد: «۱- به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود». لذا بنا بر منطوق این ماده معیار انتقال مالکیت در عقد بیع اعم از اینکه مبیع معین یا کلی باشد، عقد است و نه تسلیم. در حقوق مصر به استناد بند ۱ ماده ۲۰۵ قانون مدنی گفته شده است: «اشیائی که نوعاً معین می‌باشند، ملکیت با افراز به مشتری منتقل می‌شود. هر چند که تسلیم بعد از افراز باشد. ولی افراز ممکن است با تسلیم واقع شود، یا از طریق گذاشتن علامت ملکیت مشتری بر روی آن، و یا از طریق وضع ید مشتری بر آن» (السنهوری، ۲۰۰۹: ۴/۴۲۸؛ ابوالسعود، ۲۰۱۰: ۱۹۸). ماده ۹۳۳ ق.م مصر هم در این باره مقرر می‌دارد: «مال منقولی که نوعاً معین است، مطابق با ماده ۲۰۵ قانون مدنی ملکیت آن با افراز منتقل می‌شود». در حقوق انگلستان، دو واژه «مالکیت» و «تصرف فیزیکی» کاملاً متمایز هستند. ممکن است کالایی هنوز مال فروشنده باشد در حالی که در تصرف خریدار است یا بر عکس» (Stone, 2009: 282). عبارت «انتقال مالکیت» بیان‌کننده لحظه‌ای است که خریدار مالک می‌شود. تعیین این لحظه خیلی مهم است. اگر خریدار تقلب کند یا کالا معیوب شود یا به شخص ثالث صدمه بزند، همه مواردی هستند که تعیین زمان انتقال مالکیت کالا در مورد آن‌ها مهم است (Stone, 2009: 282). برای انتقال مالکیت کالاهای نامعین دو شرط لازم است: الف- مشخص شدن کالا؛ ب- تخصیص کالا به قرارداد^۱. گفته شده «در انتقال مالکیت این نوع کالا، تصرف نقشی ندارد»^۲. به این ظاهر نباید اکتفا کرد زیرا مطابق ماده ۲۰ قانون فروش کالا، در مواردی که بایع قبل از تسلیم مبیع، آن را به قرارداد اختصاص نداده باشد و با تسلیم این کار را انجام دهد، تسلیم ناقل مالکیت است هر چند تعیین و تخصیص است که نقش اصلی را در انتقال ملکیت ایفاء می‌کند. برای

1. <http://Mercantile Law, transfer of ownership and delivery of goods>

2. <http://Transfer of ownership and Delivery of goods: prepared by: Dr Vibha Jain>.

مثال، در موردی که نوشیدنی در بطری فروخته می‌شود، زمانی که فروشنده درپوش بطری را بر می‌دارد و آن را تحویل خریدار می‌دهد مالکیت بطری و محتویاتش به خریدار منتقل می‌شود (R v. Environment Agency): (Atiyah, 2010: 323).

۲- تسلیم اثر عقد بیع است و اعم از اینکه مبیع کلی یا معین باشد فروشنده با عقد ملزم به تسلیم مبیع معین (بیع معین و کلی در معین) یا مطابق با اوصاف قراردادی (بیع کلی فی الذمه) به مشتری می‌باشد. بند ۳ ماده ۳۶۲ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «عقد بیع، با بیع را به تسلیم مبیع، ملزم می‌نماید». مطابق با حقوق مصر تسلیم در انتقال مالکیت نقشی ندارد و صرفاً اجرای عقد است. اجرایی که به موجب آن مشتری مانند مالک متمکن از انتفاع و مباشرت بر مبیع می‌شود، بدون اینکه در این خصوص مانعی داشته باشد (الشرفاوی، ۱۹۷۵: ۱۹۱). مطابق ماده ۲۷ قانون بیع انگلستان تسلیم مبیع مطابق با اوصاف قرارداد وظیفه با بیع است. اگر تسلیم ناقل مالکیت بود در بیع عین معین نیز می‌بایست چنین باشد و مالکیت با تسلیم منتقل شود، در حالی که چنین نیست و در بیع عین معین هر چه که بین عقد و تسلیم فاصله باشد، در انتقال مالکیت مبیع به مشتری تأخیر نمی‌افتد و عقد ناقل مالکیت است.

از توجه به مطالب فوق معلوم می‌شود که تسلیم ناقل مالکیت نیست و اثری هم در این انتقال ندارد. آنچه باعث انتقال است عقد است، ولی چون مصداق خاصی که قرار است انتقال مالکیت به آن تعلق بگیرد معلوم نیست تا زمان معلوم شدن آن انتقال به تأخیر می‌افتد. آنچه که معلوم کننده مصداق خارجی است تخصیص و تعیین است و نه تسلیم. لذا هر زمانی که این موضوع صحیحاً انجام شود مالکیت منتقل می‌شود اعم از اینکه تسلیم محقق شود یا نشود و خواه اینکه این تخصیص و تعیین با تسلیم باشد یا قبل از آن. لذا زمانی که مبیع قبل از تسلیم تعیین و به قرارداد تخصیص داده می‌شود مالکیت آن هم به مشتری منتقل می‌شود و مشتری می‌تواند مانند عین معین با آن رفتار کند و در صورت امتناع با بیع از تسلیم کالای تخصیص خورده، الزام او را به تسلیم همان بخواهد. از این رو نقش تسلیم در انتقال مالکیت کم رنگ است. صرفاً می‌توان تسلیم مبیع در بیع کلی فی الذمه را در صورتی که مخصص و تعیین کننده مصداق خاص مبیع باشد کاشف از نقل ملکیت آن نوع خاص کالا دانست که به عنوان مبیع تسلیم می‌شود.

در نتیجه در بیع کلی فی الذمه نمی‌توان صرف تسلیم را نه ناقل مالکیت دانست و نه مانع آن. ناقل مالکیت، عقد است و مانع آن، عدم تعیین و تخصیص. با تسلیم کالایی که قبلاً تعیین شده و به عقد اختصاص یافته در انتقال مالکیت که قبلاً اتفاق افتاده هیچ تحولی ایجاد نمی‌شود و اگر هم تا آن زمان مصداق خاص تعیین نشده باشد و تسلیم مخصص آن باشد، تسلیم به خاطر نقشی که در تعیین و تخصیص دارد در انتقال مالکیت هم نقش دارد و کاشف از آن است.

ایرادی که بر مفسرین قانون در این باره وارد است این است که آن‌ها به انتقال مالکیت عین کلی فی‌الذمه بدون توجه به انتقال مالکیت مصداق خاص مبیع نگریسته‌اند و چون برای انتقال مالکیت آن با مشکل معدوم بودن مواجه شده‌اند بعضی گفته‌اند عقد سبب تملیک است و تعیین و تخصیص و تسلیم شرط آن و بعضی دیگر هم گفته‌اند تسلیم ناقل مالکیت است و برای عقد نقشی قائل نشده‌اند. ولی ما با تفکیک نقل ملکیت مبیع کلی فی‌الذمه از نقل ملکیت مصداق خاصی که به عقد تخصیص داده می‌شود مسئله را چنین حل کردیم که مالکیت عین کلی فی‌الذمه با عقد منتقل می‌شود و مالکیت آن مصداق خاص با تعیین و تخصیص، خواه قبل از تسلیم باشد یا با تسلیم. در نتیجه ایراد معدوم بودن هم وارد نمی‌شود و عقد هم اثر خود را می‌گذارد (نقل ملکیت عین کلی فی‌الذمه).

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در رابطه با زمان و شرایط انتقال مالکیت ساکت است و آن را به قوانین ملی احاله داده است (صفایی، پیشین: ۱۲۱).

نتیجه‌گیری

تسلیم که موضوع آن ایفای عهد بایع مبنی بر دادن مبیع کلی فی‌الذمه است، از آن با عنوان «عمل حقوقی مستقل تعبیر کرده‌اند» (امامی، ۱۳۶۴: ۴۵۱/۱)؛ و اثر آن را انتقال ضمان معاوضی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۷/۱). در بیع کلی فی‌الذمه آثاری به شرح ذیل دارد:

۱- تسلیم کاشف از انتقال مالکیت مصداق خاص مبیع است

در هر قرارداد دو جانبه یا قراردادهای معوض، انعقاد قرارداد برای تحقق اهداف طرفین و ایجاد آثار عرفی و قانونی آن قرارداد است. در بیع کلی فی‌الذمه این هدف عبارت است از انتقال مبیع قرار دادی (مالکیت و تسلیم). در این بیع انتقال مالکیت کالایی که به قرارداد اختصاص داده می‌شود تنها با عقد قابلیت تحقق ندارد و شرط تحقق آن انتخاب فرد کلی از سوی بایع است. زیرا در این نوع از توافقات مصداق خارجی در زمان عقد موجود نیست و بایع تعهد می‌کند آن را در آینده تحویل دهد. به لحاظ معدوم بودن مصداق خاص مبیع در روابط قراردادی طرفین، انتقال مالکیتی نیز نسبت به هیچ مصداق خاصی اتفاق نمی‌افتد و مالکیت مشتری که قرار است به کالایی تعلق گیرد تا زمان تعیین ممکن نیست.

در حقوق مصر مطابق با بند ۱ ماده ۲۰۵ ق.م.تسلیم در صورتی کاشف از نقل ملکیت است که قبل از آن کالای موضوع قرارداد تخصیص نخورده باشد. در غیر این صورت تسلیم کاشف از نقل مالکیت هم نیست.

در حقوق انگلستان گفته شده انتقال مالکیت کالاهای نامعین به تسلیم آنها ارتباطی ندارد (Jain). ولی به این ظاهر نباید اکتفا کرد زیرا مطابق با بند ۱ و ۲ قسمت ۷ ماده ۲۰ قانون فروش کالا، تسلیم در صورتی که مخصص مبیع و تعیین کننده آن باشد ناقل مالکیت است. کنوانسیون در این قسمت به حقوق ملی ارجاع داده است (بند ب ماده ۴).

۲- تسلیم ناقل ضمان معاوضی است

تسلیم مبیع باعث انتقال ضمان معاوضی مبیع است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۷/۱). اگر مبیع بعد از عقد و قبل از تسلیم تلف شود، این تلف در مال بایع است ولی «اگر مبیع به خریدار تسلیم و بعد از آن تلف شد این تلف در مال مشتری است» (المفید، ۱۴۱۰: ۵۹۵). روایه عقبه بن خالد عن الصادق (ع) در این خصوص است: «مردی از دیگری کالایی خرید و آن را قبض نکرد و گفت انشاءالله فردا می‌آیم؛ کالا دزدیده شد. امام (ع) فرمودند: از مال بایع است که مال در منزل او بوده است» (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۲۲/۱ و عاملی، بی تا: ۳۵۸/۱۲).

قانون مدنی ایران برای تسلیم اثر انتقال ضمان معاوضی را شناسایی کرده است. صدر ماده ۳۸۷ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع، منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد». هر چند در نگاه نخست به نظر می‌رسد که این ماده خاص بیع شخصی است و در کلی فی الذمه قابل استناد نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۲۲۶/۱). ولی در بیع کلی فی الذمه هم در سه مورد قابل اعمال است: ۱- مطابق قاعده اصلی تلف هر مال از دارایی مالک، اگر در بیع کلی فی الذمه مبیع به خریدار تسلیم و بعد از آن تلف شد، در این صورت تلف آن از دارایی خریدار است. ۲- اگر قبل از تسلیم، طرفین بر کالای خاصی به عنوان مبیع توافق کردند، با توجه به معین شدن مبیع، قاعده تلف مبیع قبل از قبض در اینجا قابل اعمال است. تلف این کالا که مالکیتش به خریدار منتقل شده از مال فروشنده است. مثل عین شخصی. ۳- اگر بعد از تسلیم و در زمانی که خریدار به علتی حق رد کالا را دارد مبیع تلف شود، تلف از مال فروشنده است. مانند ماده ۳۵۴ ق.م و ماده ۴۱۴ ق.م در صورتی که برای مشتری حق معاينه و آزمایش مبیع را قائل شویم. مفاد این ماده در فقه با عنوان قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» شناسایی می‌شود و مستندات قاعده عبارتند از: «۱- حدیث نبوی «كُلُّ مَبِيعٍ تُلْفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ»». ۲- حدیث امام صادق (ع) که در فوق به آن اشاره شد. با این مضمون که تلف بر عهده صاحب مال است که در منزلش بوده است. این قاعده را مستنداً به این دو حدیث خاص بیع دانسته‌اند. لیکن با استناد به اینکه اگر مستند قاعده سیره مسلمین باشد آن را در سایر عقود نیز جاری دانسته‌اند» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۸۰/۱ و ۱۸۶).

مطابق با حقوق مصر «تعهد به تسلیم مبیع نتیجه تعهد به نقل ملکیت است. این تعهدی است فرع بر تعهد به نقل ملکیت که تعهد اصلی در عقد بیع می‌باشد. تعهد به تسلیم مبیع، تعهد به تحقق نتیجه است. تعهد به تسلیم مبیع برای مشتری اهمیت خاصی دارد چرا که با تسلیم مشتری متمکن از انتفاع از مبیع می‌شود. مضافاً اینکه در صورت تلف مبیع قبل از تسلیم نتیجه تلف بر عهده بایع است (کل مبیع تلف قبل تسلیمه فهو من مال بایع). از اینجا نتیجه می‌شود که آثار تلف در قانون مصر با تسلیم منتقل می‌شود نه با نقل ملکیت» (السنهوری، ۲۰۰۹: ۵۵۶/۴).

در حقوق انگلستان، ماده ۲۲ قانون فروش کالای مصوب ۱۹۷۹ مقرر می‌دارد که ریسک در نگاه اول با مالکیت منتقل می‌شود. بند ۲ این ماده مقرر می‌دارد که اگر تحویل به تأخیر افتد ریسک کالا بر عهده طرفی است که در تأخیر در تحویل تقصیر داشته است و تخلّف کرده است. طرف متخلّف مسئول هر ضرری است حتی اگر از تخلّف ناشی نشده باشد. «در نتیجه تسلیم اجرای تعهد است که با آن ریسک منتقل می‌شود» (Stone, 1995: 246). با این وجود طرفین می‌توانند راجع به انتقال ریسک و شرایط آن توافق نمایند (Atiyah, 2009: 343).

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مانند حقوق ایران، زمان تسلیم کالا را به عنوان قاعده اصلی در انتقال ضمان پذیرفته است (ماده ۶۷ ک) و به طور استثنایی و به عنوان قاعده فرعی در برخی موارد زمان انعقاد عقد را به عنوان زمان انتقال ریسک در نظر گرفته است (ماده ۶۸ ک). در توجیه راه حل کنوانسیون برای انتقال ریسک گفته شده است: «چون تسلیم کالا یک واقعه مادی است، تعیین آن در قرارداد بین غائبین آسان است، به علاوه کسی که کالا تحت تصرف و کنترل او است، برای جلوگیری از خطرات و یا اندیشیدن تمهیداتی برای دفع ضرر، از قبیل مراجعه به کارشناس یا بیمه‌گر، در وضعیت بهتری قرارداد دارد و منصفانه است که ضمان کالا هم بر دوش او باشد. البته طرفین می‌توانند بر این موضوع توافق دیگری داشته باشند» (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۴۳).

منابع

الف - فارسی

۱. قرآن، ترجمه دکتر مهدی الهی قمشه‌ای.
۲. امامی، سیدحسن: حقوق مدنی، جلد ۱، کتاب فروعی اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۶۴.
۳. صفایی، سید حسین، عادل، مرتضی: کاظمی، محمود؛ میرزا نژاد، اکبر: حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۴. کاتوزیان، ناصر: دوره عقود معین (۱)، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع - معاوضه - اجاره - قرض، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.

اثر تسليم در انتقال مالکیت مبيع کلی فی الذمه ۱۰۳

۵. کاتوزیان، ناصر: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ و ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم و سوم، ۱۳۸۰.
۶. محقق داماد، سید مصطفی: نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۷. _____: قواعد فقه ۱، بخش مدنی، (مالکیت - مسئولیت)، تهران، ناشر مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۸.
۸. موسوی بجنوردی، سید محمد: قواعد فقهیه، جداول، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵.

ب- عربی

۹. اراکی، محمدعلی: کتاب البیع، المجلد الثاني، ناشر المطبعة مؤسسة اسماعيليان، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۱۰. أبو السعود، محمد رمضان: شرح احكام قانون مدنی، العقود المسماه، البیع، المقایضه، الايجار، التأمین، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، الطبعة الاولى، ۲۰۱۰ م.
۱۱. الآخوند الخراسانی، المولى محمد كاظم: حاشیه المكاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۱۲. آل بحر العلوم، السيد محمد: بلغة الفقيه، الجزء الأول، منشورات مكتبة الصادق، مكتبة العلمین العامه، النجف الاشرف، شرح و تعليق السيد محمد تقی آل بحر العلوم، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۱۳. حلی، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن: شرايع الاسلام فى مسائل حلال والحرام، جزء الأول، ۱ و ۲، تهران، انتشارات استقلال، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۱۴. راجع، مصطفى الجمال: السعى الى التعاقد، مظاهره و آثاره القانونية، الدار الجامعيه، بيروت، ۲۰۰۰ م.
۱۵. سيزوارى، محمد باقر بن محمد مؤمن: كفاية الاحكام، مركز نشر اصفهان، بازار مدرسه صدر مهدوى، بی تا.
۱۶. السنهورى، عبدالرزاق احمد: الوسيط فى الشرح قانون المدنى الجديد، (۴)، العقود التى تقع على الملكيه، البیع و المقایضه، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقیه، بيروت - لبنان، ۲۰۰۹ م.
۱۷. الشرفاوى، جميل: شرح العقود المدنيه، البیع و المقایضه، القايره، ۱۹۷۵ م.
۱۸. الطباطبایى زدى، السيد محمد كاظم: العروة الوثقى مع تعليقات عدده من الفقهاء العظام، الجزء الخامس، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ هـ.ق.
۱۹. طوسى، أبى جعفر محمد بن الحسن بن على: المبسوط فى فقه الاماميه، الجزء الاول، الثانى و الرابع، چاپ مكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۲۰. طوسى، أبى جعفر محمد بن الحسن بن على: خلاف، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۲۱. عاملی، حر: وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشرعيه، جلد ۱۲، بيروت، دار الاحياء التراث العربی، بی تا.
۲۲. عاملی، شمس الدين محمد بن مكى (شهيد الاول): الدروس الشرعيه فى فقه الاماميه، جلد ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۳. العکبرى البغدادي، أبى عبدالله محمد بن محمد بن النعمان (الشيخ مفيد): المقتنه، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۴. قاسم، محمد حسن: القانون المدنى، العقود المسماه، البیع - التأمین (الضمان) - الايجار - دراسة المقارنه.

- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨م.
٢٥. لبيب شنب، محمد: مجدى صبحى، خليل: شرح احكام العقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٧٥م.
٢٦. محقق حلّى، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلّى: المختصر النافع فى الفقه الاماميه، منشورات قم الدراسات الاسلاميه فى مؤسسة البعثه، الطبعة الثالثة، ١٤١٠هـ.ق.
٢٧. النجفى، محمد حسن: جواهر الكلام فى الشرح الشرايع الاسلام، جلد ٢٣، دار الكتب الاسلاميه، الطبعة عاشر، ١٣٧٤.
٢٨. النراقى، المولى احمد: عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام و مهماه مسائل الحلال و الحرام، منشورات مكتبه البصيرتى، قم، المطبعه القدير قم، ١٤٠٨هـ.ق.
٢٩. الوحيد البهبهاني، محمد باقر: حاشية مجمع الفانده و البرهان، نشر مؤسسة العلامه المجدد الوحيد البهبهاني، المطبعه الامير، الطبعة الاولى، ١٤١٧هـ.ق.
٣٠. يوسفى، زين الدين أبى على الحسن بن أبى طالب بن أبى المجد، معروف به فاضل أبى: كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، الجزء الاول، مؤسسة النشر الاسلامى، الطبعة الاولى، ١٤١٠هـ.ق.

ج - لاتين

31. ATIYAH; 2010, *Sale Of Goods*, 12edition, John N. Adams, Hector Macqueen, Longman Publishing, London.
32. Bridge, Michael; 1977, *the sale of goods*, Oxford university press.
33. Garner, Bryan A; 1388, *black's law dictionary*, second published by Mizan press.
34. Magazine; 2009, *INSITE law*, Daly online law news law blogs.
35. Philip H, Clarke; 2001, *Performance of Commercial Law*, 2edition, first published by Cavendish publishing (Australia).
36. Marsh, P. V. D; 1994, *comparative contract law*, England - France - Germany, printed in Great Britain.
37. Stone, Richard; 2009, *the modern law of contract*, 8 edition, by Rutledge - Cavendish, UK.
38. Stone, Richard; 1995, *contract law*, Great Britain.
39. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/delive>
40. <http://Mercantile Law, transfer of ownership and delivery of goods>
41. [Http://Transfer of Ownership and Delivery of Goods. Prepared By: vibha Jain Mercantile Law.](Http://Transfer of Ownership and Delivery of Goods. Prepared By: vibha Jain Mercantile Law)