



## Mutual Interest Guarantee in Iranian law and Jurisprudence and International Sale of Goods Convention

Maral Rahmanynejad<sup>1</sup>, Ali Chahkandinejad<sup>2\*</sup>, Seyyed Mohammad Razavi<sup>3</sup>

1. PhD Student in the Department of Law, Faculty of Humanities, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.

2. Assistant Professor of Department of Law, Faculty of Humanities, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.

3. Assistant Professor of Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Birjand University, Birjand, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 681-698

**Article history:**

**Received:** 2 Jul 2023

**Edition:** 26 Aug 2023

**Accepted:** 16 Oct 2023

**Published online:** 1 Nov 2023

### Keywords:

Mutual Interest Guarantee, Seller, Customer, Iranian Law, International Sale of Goods Convention.

### Corresponding Author:

Ali Chahkandinejad

### Address:

Iran, Birjand, Islamic Azad University, Birjand Branch, Faculty of Humanities, Department of Law.

### Orchid Code:

0000-0002-1784-0343

### Tel:

09151614920

### Email:

chahkandi@iaubir.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Aim:** An issue that has occupied the minds of the parties of the transaction, i.e., the buyer and the seller, for a long time, is the responsibility for the loss that occurs to the seller after the conclusion of the contract and before the delivery of the goods to the buyer. This issue is interpreted as mutual interest guarantee. The purpose of this article is to examine the mutual interest guarantee in Iranian jurisprudence and law and the Convention on the International Sale of Goods.

**Materials and Methods:** This paper is descriptive and analytical using library method.

**Ethical Considerations:** In this paper, the originality of the text, honesty, and trustworthiness are respected.

**Findings:** Mutual interest guarantee is accepted in Iran's jurisprudence and laws and international sale of goods convention. In Iranian jurisprudence and law, it is an exceptional ruling and does not comply with the rules governing transactions, because although the property of the seller has been transferred, but in case of loss of the seller, the seller must return the cost of the sale to the customer. In the International Sales Convention, the transfer of collateral has been discussed. In the international sale of goods convention, the receipt of the goods by the customer causes the transfer of the guarantee.

**Conclusion:** In the Convention on the International Sale of Goods, mainly the transfer of collateral, its effects, time and place have been discussed in more detail, but in Iranian law, this issue has been discussed in general, and the legal approach is influenced by the jurisprudential rule of loss of the seller before receipt.

### Cite this article as:

Rahmanynejad M, Chahkandinejad A, Razavi SM. Mutual Interest Guarantee in Iranian law and Jurisprudence and International Sale of Goods Convention. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

### ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

مارال رحمانی نژاد<sup>۱</sup>، علی چهکندی نژاد<sup>۲\*</sup>، سیدمحمد رضوی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران.

۳. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران.

#### چکیده

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۶۸۱-۶۹۸

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۱

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۶/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۱۰

#### واژگان کلیدی:

ضمان معاوضی، بایع، مشتری، حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.

#### نویسنده مسئول:

علی چهکندی نژاد

آدرس پستی:

ایران، بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بیرجند، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق.

کد ارکید:

0000-0002-1784-0343

تلفن:

۰۹۱۵۱۶۱۴۹۲۰

پست الکترونیک:

kandi@iaubir.ac.ir

**زمینه و هدف:** مسئله‌ای که از دیرباز ذهن طرفین معامله یعنی خریدار و فروشنده را به خود مشغول کرده است، مسئولیت زبانی است که بعد از انعقاد عقد و قبل از تسلیم مبیع به خریدار به مبیع وارد می‌شود. از این موضوع به ضمان معاوضی تعبیر می‌شود. هدف مقاله حاضر، بررسی ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است.

**مواد و روش‌ها:** مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پذیرفته شده است. در فقه و حقوق ایران، یک حکم استثنایی است و با قواعد حاکم بر معاملات منطبق نیست؛ زیرا با اینکه مالکیت مبیع منتقل شده است؛ اما در صورت تلف مبیع، بایع باید هزینه مبیع را به مشتری عودت دهد. در کنوانسیون بیع بین‌المللی به انتقال ضمان معاوضی توجه شده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز، قبض کالا توسط مشتری موجب انتقال ضمان می‌شود.

**نتیجه:** در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا عمدتاً به انتقال ضمان معاوضی، آثار و زمان و مکان آن با جزئیات بیشتری توجه شده است؛ اما در حقوق ایران به صورت کلی این موضوع بیان شده است و رویکرد حقوقی تحت تأثیر قاعده فقهی تلف مبیع پیش از قبض است.

## ۱. مقدمه

را مورد بررسی قرار داده‌اند. هم‌چنین محسن خاکی‌نهاد، علیرضا مظلوم رهنی و علیرضا رجب‌زاده (۱۴۰۱)، در مقاله‌ای تلف مبیع قبل از قبض و تأثیر آن بر انتقال مالکیت در پرتو قاعده ضمان معاوضی را از منظر فقه و حقوق بررسی کرده‌اند. در مقاله حاضر تلاش شده است پاسخ به این سؤال بررسی شود که رویکرد فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نسبت به ضمان معاوضی چگونه است؟ به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا مفهوم ضمان معاوضی بررسی شده است؛ سپس ضمان معاوضی از منظر فقهی، حقوقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تبیین شده است.

## ۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

## ۴. یافته‌ها

ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پذیرفته شده است. در فقه و حقوق ایران، یک حکم استثنایی است و با قواعد حاکم بر معاملات منطبق نیست؛ زیرا با اینکه مالکیت مبیع منتقل شده است؛ اما در صورت تلف مبیع، باید هزینه مبیع را به مشتری عودت دهد. در کنوانسیون بیع بین‌المللی به انتقال ضمان معاوضی

اجرای تعهدات میان طرفین نیازمند تدابیر حقوقی ویژه‌ای است که مبادلات تجاری و اقتصادی را تسهیل سازد. تعیین دقیق وظایف و تعهدات طرفین معاملات مانع از بروز اختلافات و طرح دعاوی می‌شود. در شرایطی که ابهام و اجمال در قوانین مربوط به تعهدات خریدار و فروشنده وجود نداشته باشد می‌توان شاهد کاهش اختلافات و تسریع در مبادلات تجاری بود. از طرفی توسعه تجارت بین‌الملل باعث ایجاد دشواری‌های ویژه برای کشورهای رو به توسعه شده است. بخشی از این وضع را می‌توان ناشی از وضعیت حقوقی پیچیده تجارت بین‌المللی، محدودهای با ارتباط‌های درونی میان قوانین و مقررات ملی و قوانین مورد قبول بین‌المللی برای روابط تجاری یافت. ایران نیز از این قاعده کلی مستثنی نیست و با رشد جمعیت و فعالیت‌های اقتصادی، روابط گسترده‌تر صنعتی و تجاری با جوامع دیگر ضروری است. روابط بازرگانی در صورتی منافع کشور و مردم را حفظ می‌کند که با اطلاع کامل از شرایط و تسلط بر ضوابط حاکم بر مبادلات صورت پذیرد. در نتیجه آشنایی فعالان تجاری با موازین و مفاهیم حقوقی که جنبه بین‌المللی دارند ضرورت دارند. بر همین اساس بررسی مباحثی چون ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اهمیت زیادی دارد. در خصوص ضمان معاوضی پژوهش‌های متعددی انجام شده است. حسن خدابخشی و اصغر عربیان (۱۳۹۱) در مقاله‌ای، ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض را بررسی کرده‌اند. منصور امینی و حمیدرضا علیکرمی (۱۳۹۲) نیز در مقاله‌ای، ضمان معاوضی یا انتقال ریسک در حقوق ایران و انگلستان

توجه شده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز، قبض کالا توسط مشتری موجب انتقال ضمان می‌شود.

## ۵. بحث

در این قسمت ابتدا مفهوم ضمان، سپس مباحث ضمان معاوضی و انتقال مالکیت در ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۵-۱. مفهوم ضمان معاوضی

ضمان بر وزن زمان واژه‌ای، عربی، مصدر و به معنای قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری و التزام اینکه هرگاه چیزی از میان رفت مثل یا قیمت آن را بدهد (عمید، ۱۳۶۷، ج ۱، ۶۱۵۰). معاوضه هم کلمه‌ای عربی و مصدر است به معنای «باهم دو چیز را عوض کردن چیزی گرفتن و عوض آن را دادن» (دهخدا، ۱۳۷۶، ج ۷، ۶۶۵۱) و «ضمان معاوضی که به معنای ضمان معاوضه است و از آن به ضمان به عوض ضمان به عوض المسمی ضمان مسمی ضمان العقود، ضمان معاوضه، ضمان معامله، ضمان به مسمی، ضمان به ثمن هم اسم برده شده است» (امامی، ۱۳۷۶، ۶۵۱). «اصطلاحاً یعنی تلف یا اتلاف موضوع معامله به حکم قانون موجب ضمان گردد و ضمان، ضامن از همان مال تلف‌شده حساب‌شده، این ضمان را ضمان معاوضی گویند» (امامی، ۱۳۷۶، ۶۵۵).

بر اساس آنچه گفته شد، موارد ضمان، قهری یعنی موارد مندرج در ماده ۳۰۷ قانون مدنی از بحث ما خارج می‌شود؛ زیرا منظور ما از ضمان معاوضی در عقود معوض است که تلف قهری باعث منفسخ شدن خودبه‌خودی قرارداد خواهد شد و در این حالت تعهد فروشنده ساقط می‌شود؛ زیرا عمل به انجام تعهد منتفی می‌شود و انتقال‌دهنده مال تلف‌شده باید عوض را به خریدار مسترد کند. به بیان روشن‌تر، هرگاه مبیع قبل از تسلیم به خریدار بدون تقصیر و اهمال فروشنده بر اثر حادثه‌ای تلف شود ضمانتش برعهده بایع است و وی باید ثمنی را که بابت مال تلف‌شده از خریدار گرفته است به او بازگرداند. یعنی مفهومی که در قسمت اول ماده ۳۳۷ قانون مدنی از آن اسم برده شده است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ضمان را تعریف نمی‌کند و فقط به تأثیر انتقال ضمان اشاره دارد. با اینکه ضمان معاوضی (ریسک) یا مخاطره می‌تواند معنای وسیعی داشته باشد، کنوانسیون کلمه ریسک را در معنای مضیق و سنتی آن به‌کار برده است. به عبارت دیگر، ضمان معاوضی در کنوانسیون وین به معنای زیان و صدمه‌ای که بر اثر فعل یا ترک فعل طرف دیگر قرارداد باشد بیان شده است. در این معنی ضمان در یک لحظه معین به خریدار منتقل می‌شود؛ یعنی در آن لحظه است که خریدار باید عواقب زیان‌های احتمالی (تلف یا خسارت) را به‌عهده بگیرد. آثار عملی این گفته آن است که: (۱) مشتری باید به‌موجب قرارداد تعهدات خود را ایفا نماید حتی اگر کالایی که در قرارداد به‌دست آورده است صدمه دیده باشد. (۲) مشتری حقی بر فروشنده که منتج از عدم ایفا تعهد وی یا ناشی از چنان تلف یا خسارتی باشد

## ۵-۲. ضمان معاوضی در فقه

در این قسمت موارد ضمان معاوضی در فقه بررسی می‌شود.

### ۵-۲-۱. انتقال ضمان معاوضی در فقه

در اثر بیع برای طرفین تعهدی ایجاد می‌شود که به‌موجب آن فروشنده و مشتری در مقابل یکدیگر ضامن و مسئول شناخته می‌شوند بایع متعهد بر تسلیم مثنی به مشتری و مشتری متعهد به پرداخت ثمن یا قیمت به فروشنده خواهد شد که این نوع تعهد مشهور به ضمان معاوضی است که با تسلیم و تحویل مثنی به مشتری، این ضمان از فروشنده به مشتری منتقل می‌شود و مشتری حق هرگونه تصرف در مال خود را دارد و احياناً اگر تلف هم کرد از آن خودش است و برای دیگری هیچ ضمانتی نیست دلیل هم از بدیهیات است؛ چون بعد از تسلیم مثنی به مشتری و تسلیم ثمن به فروشنده، مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار و مالکیت ثمن از مشتری به فروشنده منتقل خواهد شد، اما چنانچه مبیع قبل از تسلیم به مشتری درید بایع تلف شود اینکه ضمان معاوضی مبیع به مشتری منتقل شده یا نه دیدگاه‌هایی وجود دارد که بعضاً باهم اختلاف دارند که به آن اشاره می‌شود:

مطابق یک دیدگاه، «انعقاد عقد به‌تنهایی موجب انتقال مال نمی‌شود، بلکه نقل و انتقال منوط به تسلیم کالا به خریدار و ثمن به فروشنده است که تا قبل از آن، انتقال مال و ضمان معاوضی مبیع به خریدار صورت نمی‌گیرد مطابق بیان برخی از فقها ملکیت حاصل در اثر عقد بیع و دیگر معاوضات از دو جزء

ندارد؛ لذا او باید ثمن را تأدیه کند و کالای قراردادی را تا حدی که باقی مانده است قبض کند (مواد ۵۴ تا ۶۰ ک وین) به‌علاوه او نمی‌تواند به طرق جبران خسارتی نیز که در ماده ۴۵ کنوانسیون آمده است متوسل شود. هرچند خسارت ناشی از صدمات مذکور باشد، قادر است که به طرق جبران خسارتی متوسل شود که از صدمات مذکور ناشی نشده باشد.

از طرف دیگر اگر تلف یا خسارت وارده به کالا بعد از انتقال ضمان معاوضی بر اثر فعل یا ترک فعل فروشنده باشد باینکه بر اساس قاعده اولیه مسئول بودن خریدار محرز است؛ ولی چون فعل یا ترک فعل فروشنده باعث ایجاد تلف یا خسارت شده است خریدار ملزم به پرداخت ثمنی که بر اساس قرارداد ملزم به پرداخت آن بوده است نمی‌باشد. اگرچه فعل یا ترک فعل فروشنده ناقض قرارداد نباشد؛ مثلاً در قرارداد بیع به سیستم F.O.B مقرر شده است که ضمان معاوضی از زمان بارگیری کالا منتقل شود. حال اگر کالای فروشنده در کانتینرهایی از اموال خود او بارگیری شود و بعد از بارگیری کالا فروشنده کانتینرهایی خود را به‌جای دیگری ببرد و با این کار صدماتی به کالا وارد آورد، اگرچه او به‌خاطر نقض قرارداد مسئول تلف یا خسارت وارده بر کالاها نیست؛ ولی چون قصد مغرضانه و مجرمانه‌ای برای تلف یا وارد آوردن خسارت داشته است یا به‌عبارت دیگر تلف یا تأدیه خسارت وارده بر کالا از فعل یا ترک فعل او ناشی شده است خریدار تعهدی مبنی بر ثمنی که بر طبق قرارداد یا قانون حاکم مسئول پرداخت آن بوده است ندارد یا حداقل این تعهد تا میزان خسارت وارده بر کالا تقلیل داده می‌شود.



مبیع را قبض نکرده باشد. در مثال قبلی اگر خریدار در طول ماه مهر در موعد مقرر برای تحویل کالا اقدام به قبض کالا نکند و کالا در دوم آبان ماه خسارت ببیند او خود ضامن خواهد بود؛ زیرا کالا در اختیارش قرار داشته است و او قادر بوده است که آن را قبض کند؛ اما به دلیل قصور در قبض و نقض قرارداد کالا را تحویل نگرفته است.

### ۵-۲-۲. مستندات فقهی

فقه‌ها فلسفه وجودی تلف مبیع قبل از قبض را حدیث مشهور نبوی کل (کل مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ) بایعه می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱۹۰). «یعنی اینکه حضرت فرموده‌اند: هرگاه چیزی فروخته شد پیش از تحویل آن به خریدار تلف شود از آن بایع است. این روایت نبوی جزو روایات مرسله بوده و حتی با مذاقه در کتب احادیث می‌بینیم که نصی از این روایت موجود نیست اما باین حال اکثریت فقه‌های امامیه روایت را از اهم‌ترین ادله قاعده مزبور دانسته و ضعف آن را به عمل مشهور نادیده گرفته‌اند و با عبارت مشهور، ضعف سند روایت فوق با عمل مشهور جبران شده است، این روایت را قبول دارند» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱، ۳۱۳). دومین روایت، روایت عقبه بن خالد به نقل از امام جعفر صادق (ع) است. «عقبه بن خالد از امام می‌پرسد که کسی کالایی را می‌خرد؛ ولی آن را تحویل نمی‌گیرد، بلکه نزد فروشنده به جا می‌گذارد و می‌گوید فردا می‌آیم و انشاءالله آن را می‌برم. کالا را دزد می‌برد، اکنون آنچه را که دزد برده است از مال کی است؟ امام جواب می‌فرماید از اموال صاحب کالا است که نزدش بوده

تشکیل یافته است: عقد و قبض به عبارت دیگر ملکیتی که در معاوضات انتقال می‌یابد به محض وقوع عقد ناقص و متزلزل است و زمانی کامل و مستقر می‌شود که قبض و تسلیم هم صورت خارجی پیدا کند و مبیع به تصرف مشتری درآید» (بجنوردی، ۱۳۷۵، ج ۷، ۳۵). با دقت در این نظر می‌توان گفت که به موجب این نظریه هرگاه مبیع قبل از تسلیم به مشتری، بر اثر فورس ماژور تلف شود در ملکیت فروشنده تلف شده است و مشتری هیچ‌گونه مسئولیتی در برابر بایع نسبت به پرداخت ثمن معامله ندارد؛ چون مضمن یا مبیع با وجود انعقاد عقد همچنان در ملک بایع است و در اثر عدم تسلیم به مشتری انتقال صورت نگرفته است.

بر اساس دیدگاه دیگر، «مالکیت به صرف انعقاد عقد بیع به خریدار منتقل نمی‌شود؛ ولی با وجود این ضمان معاوضی یا مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض با خریدار است؛ زیرا به موجب عقد بیع فروشنده باید مبیع را تسلیم خریدار کند و مشتری هم از سود و منافع احتمالی آن بهره‌مند می‌شود باید زیان و ضرر ناشی از تلف را نیز تحمل کند در این نظریه اگرچه تا قبض و اقباض انجام نگیرد مالکیت خریدار به طور قطعی محقق نمی‌شود؛ ولی به لحاظ اینکه در صورت قبض، خریدار از منافع مبیع بهره‌مند می‌شود تلف قبل از قبض نیز برعهده او قرار می‌گیرد و باید ثمن معامله را به فروشنده تحویل دهد» (حرعاملی، ۱۱۱۴، ج ۱۲، ۴۰۳). این دیدگاه، به عنوان دیدگاه غالب فقه‌ها پذیرفته شده است. در موردی که خریدار در موعد مقرر مبیع را قبض نکند ضمان از تاریخی که مبیع در اختیار مشتری قرار داده می‌شود و او امکان قبض را پیدا می‌کند به او منتقل می‌شود؛ اگرچه او عملاً

حکم به مسئولیت ید متصرف می‌دهد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۱۴، ۷۵۳). فقیهی دیگر در این خصوص می‌گوید: پس از اقاله هر یک از دو عوض نزد طرف دیگر، قرارداد امانت است؛ بنابراین تلف مبیع پیش از تسلیم به فروشنده ضمانی را برای متصرف در پی نخواهد داشت. نهایت آنکه اگر تلف به متصرف منتسب باشد، موجب ضمان او می‌شود (جبعی عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱، ۱۴۱). این‌گونه اظهار نظر در خصوص حکم تلف موضوع اقاله در بردارنده این معناست که از نگاه فقها تلف موضوع اقاله سبب انفساخ آن نمی‌شود.

است تا هنگامی که آن را به خریدار تحویل دهد و از خانه خود خارج نماید، وقتی که این کار را انجام داد خریدار ضامن حق او است تا مالش را به او برساند (نوری، ۱۲۹۵، ج ۱۳). بسیاری از فقها اجماع را هم از ادله ضمان معاوضی دانسته‌اند، برای مثال علامه حلی می‌فرماید: «اختلافی در نزد ما شیعه نیست که ضمان کالا مطلقاً قبل از قبض به‌عهد فروشنده است» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ۶۷). بنابراین چنانچه قبل از تسلیم مبیع تلف شود عقد منسوخ و تعهد پرداخت ثمن هم منتفی می‌شود.

### ۵-۲-۳. ضمان معاوضی اقاله در فقه

#### ۵-۳. ضمان معاوضی در حقوق ایران

در حقوق ایران ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به‌عوض معلوم» با اینکه عقد بیع تملیکی است مبیع قبل از تسلیم به خریدار در اثر حادثه‌ای تلف شود برعهده فروشنده است و او باید ثمنی را که در برابر مال تلف‌شده گرفته است به خریدار بازگرداند. ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران در این خصوص اشعار می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منسوخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده باشد که در صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». اثر مهم تسلیم انتقال ضمان معاوضی از عهده فروشنده به‌عهد خریدار است؛ زیرا پس از تسلیم، بیع تمام‌شده محسوب می‌شود و تلف مبیع دیگر ارتباطی به فروشنده ندارد. در حقوق ایران ضمان معاوضی با تسلیم مبیع، به مشتری می‌شود.

هرچند فقها پذیرفته‌اند که در بطن اقاله نیز یک تراضی وجود دارد، اما بر طبق نظر آنان اقاله یک عقد و قرارداد جدید نیست؛ بلکه اقاله صرفاً فسخ طرفینی قرارداد سابق است (طوسی، ۱۴۰۵، ج ۱، ۶۳۳). نسبت به پذیرش این مطلب ادعای اجماع شده است (حسینی‌عاملی، ۱۳۴۶، ج ۳، ۶۷۶۳). اساساً فقها به این دلیل که اقاله را قرارداد جدیدی نمی‌دانند به لزوم وحدت متعاقدين اقاله با متعاقدين عقد اصلی و یکسان بودن عوضین قرارداد اصلی و اقاله و عدم امکان فسخ و اقاله مجدد قرارداد اقاله شده، حکم داده‌اند (سیستانی، ۱۳۶۴، ج ۱، ۱۷). فقها در آثار خود به‌صراحت در خصوص اعمال یا عدم اعمال ضمان معاوضی در اقاله هیچ صحبتی نکرده‌اند؛ اما از فحوای کلام بعضی از فقها می‌توان گفت که فقها تلف موضوع اقاله را مانع صحت اقاله و باعث انفساخ آن نمی‌دانند. به‌عنوان مثال، فقیهی مانند صاحب جواهر، وقتی با فرض تلف موضوع اقاله روبه‌رو می‌شود، بدون هیچ اشاره به انفساخ اقاله صرفاً

### ۵-۳-۱. انتقال ضمان معاوضی در قانون مدنی

هرگاه مبیع در اختیار مشتری قرار داده شود و او از قبض آن خودداری نماید، ضمان به وی منتقل شود، زیرا در واقع تسلیم محقق گردیده است و با تسلیم مبیع ضمان به مشتری منتقل می‌شود. نقض تعهد از ناحیه مشتری به واسطه عدم قبض مبیع، در انتقال ضمان مؤثر است و در این خصوص کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای وین ۱۹۸۰ با حقوق ایران موافقت دارد؛ اما در صورت نقض تعهد از سوی فروشنده، هرگاه در نتیجه آن برای مشتری حق فسخ ایجاد شود، در برخی موارد این امر در انتقال ضمان مؤثر است. برای مثال در خیار تخلف شرط، هرگاه به واسطه تخلف از شرط از ناحیه بایع برای مشتری خیار فسخ ایجاد شده باشد، این امر مانع از انتقال ضمان به مشتری است؛ هرچند مبیع تسلیم مشتری شده باشد. به این ترتیب هرگاه بعد از تسلیم مبیع و قبل از فسخ بیع، مبیع در اثر قوه قاهره تلف یا ناقص شود ضمان و خسارت آن برعهده فروشنده است و مشتری می‌تواند قرارداد را فسخ و ثمن را مسترد کند و اگر مبیع ناقص شده باشد آن را با همان وضعیت به فروشنده برگرداند و اگر تلف شده باشد ملزم به دادن پول آن نیست و تلف از مال بایع است (مستنبط از ماده ۳۵۴ قانون مدنی ایران، قاعده التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، زراعت، ۱۳۹۰). البته در آنجا عیب این حکم کلی پذیرفته نشده است؛ زیرا در آنجا نقض یا تلف مبیع در دست مشتری، مانع اعمال حق فسخ از ناحیه او است و او فقط می‌تواند ارزش بگیرد و ضمان تلف یا نقص مبیع به مشتری تحمیل می‌شود. ماده ۴۲۹ قانون مدنی ایران در این خصوص مقرر داشته است: «در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند

در ماده ۳۶۷ قانون مدنی ایران آمده است: «تسلیم عبارت است دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که وی متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد». حقوق دانان در تفسیر این ماده اظهار داشته‌اند که: «عناصر اصلی تسلیم در اختیار نهادن مبیع و استیلای مشتری بر مبیع است و قبض عادی وسیله عرفی و شایع آن است این نکته را به‌ویژه می‌توان از ماده ۳۶۸ قانون مدنی ایران استنباط نمود» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۸۹).

از منظر حقوقی زمانی که قراردادی بین طرفین ایجاد می‌شود، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و مثنی به مشتری و ثمن به بایع تعلق می‌یابد. در نتیجه قبض کردن شرط صحت عقد بیع نخواهد شد؛ اما تا زمانی که تسلیم مبیع حاصل نشده باشد، خطرات ناشی از نقصان و تلف مبیع ضمان معاوضی برعهده مشتری خواهد بود. پس به‌طریق اولی در زمان تلف قبل از تسلیم اگر فروشنده ثمن را به بایع تحویل داده باشد حق استرداد کل آن را خواهد داشت همچنین اگر مشتری ثمن را پرداخت نکرده باشد، تکلیفی به پرداخت ثمن نخواهد داشت. این نظریه، در بین فقهای امامیه مشهور است و برای همین است که قانون‌گذار در ماده ۷۳۳ قانون مدنی از همین نظر پیروی کرده و مقرر کرده است: «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».



در ماده مذکور به معین بودن مبیع اشاره نشده است؛ ولی از سابقه بحث و قواعد کلی معاملات می‌توان این شرط را استنباط کرد ضمن این‌که به چنین امری در فقه نیز تصریح شده است؛ به این صورت که اگر مبیع کلی باشد خریدار مستحق مبیع خواهد بود. در نتیجه هرگاه فردی از مبیع که در اختیار فروشنده است از بین برود او می‌تواند فرد دیگری را تهیه و تسلیم کند و در صورتی که تمام افراد کلی از بین بروند؛ چون پیش از تسلیم فرد مبیع، تملیک انجام نمی‌شود عقد بیع از ابتدا باطل خواهد شد (بجنوردی، ۱۳۷۵، ج ۶، ۷۰۶). ۲. تلف باید پیش از تسلیم مبیع به مشتری صورت گرفته باشد. این شرط در ماده ۳۷۸ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. به‌طور مسلم پس از تسلیم، ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود؛ مگر در موردی که تنها خریدار حق فسخ عقد را داشته باشد و یا طرفین عقد به‌گونه دیگری توافق کرده باشند. قبل از تسلیم، طبق ادله‌ای که در مباحث گذشته بیان شد، ضمان معاوضی برعهده فروشنده است و این امر در برخی سیستم‌های حقوقی و به‌خصوص در نظام حقوقی ما مسلم و مورد اتفاق است. به این دلیل که در صورت تلف، تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم غیر ممکن می‌شود و عقد منفسخ می‌شود و در این صورت دلیلی بر وجود تعهد طرف مقابل نیست. ۳. تلف باید بر اثر حوادث خارجی یا به تعبیر فقها به آفت سماوی باشد. مقصود این است که تلف به بایع یا مشتری یا شخص ثالثی منتسب نباشد؛ زیرا اگر شخصی اعم از بایع یا غیر بایع آن را تلف کرده باشد، طبق ماده ۷۱۳ و ۷۷۶ ق.م.ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود و بیع منفسخ نمی‌شود. ۴. بایع نسبت به ایفای تعهد در اقباض اقدام نکرده باشد؛ یعنی برای تسلیم مبیع به

بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱. در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر. ۲. در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه. ۳. در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود؛ مگر اینکه در زمان خیار به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست. در حقوق ایران، ضمان معاوضی گاه پس از تسلیم مبیع نیز ادامه می‌یابد که در این مورد ماده ۴۵۳ قانون مدنی بیان داشته است: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف و یا ناقص شود، برعهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد، تلف یا نقص به‌عهده بایع است». ماده فوق و ویژه تلف مبیع و ناظر به ضمان فروشنده در زمان خیار مختص به خریدار است و در مورد تلف ثمن اجرا شود.

### ۵-۳-۲. شرایط تحقق ضمان معاوضی در قانون

#### مدنی

در ماده ۷۳۳ قانون مدنی چنین آمده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ می‌شود و ثمن باید به مشتری برگردد؛ مگر این‌که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود» (قانون مدنی مصوب سال ۱۳۶۷).

با توجه به مفاد این ماده از قانون مدنی برای تحقق و اثبات ضمان معاوضی وجود شرایطی به شرح زیر لازم است: ۱. مبیع هنگام تلف باید عین معین باشد.

و فتاوی مشهور فقها رجوع نماید و با عنایت به نظر فقها مبنی بر انکار وجود ضمان معاوضی در اقاله، باید نظر مقنن را حمل بر نظر مشهور فقها کرد و پذیرفت که مقنن اقاله را محل اجرای ضمان معاوضی نمی‌داند.

در خصوص نظر حقوق‌دانان در این باره باید گفت: برخلاف فقها که در خصوص ماهیت اقاله اجماع کرده‌اند، حقوق‌دانان در ماهیت اقاله با یکدیگر اختلاف نظر دارند. به نحوی که عده‌ای از آن‌ها قائل بر آن هستند که ماهیت اقاله چیزی جز توافق بر فسخ نیست (شهیدی، ۱۳۶۷، ۶۶۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۱۰۱). عده‌ای دیگر اقاله را قراردادی می‌دانند که موضوع آن فسخ یک قرارداد پیشین است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۶۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، ۶۷). پاره‌ای دیگر از حقوق‌دانان نیز در آثار خود هیچ اشاره‌ای به ماهیت اقاله که آیا عقد است یا فسخ، نکرده‌اند (صفایی، ۱۳۷۶، ۱۴۳) از نگاه حقوق‌دانان دسته نخست اقاله، قراردادی به معنی واقعی کلمه نیست؛ بلکه صرفاً تفاسخ معامله‌ای است که قبلاً انعقاد یافته است (شهیدی، ۱۳۷۶، ۶۶۱). با این نگاه، اگرچه در اقاله توافق وجود دارد؛ اما این توافق نمی‌تواند اقاله را در زمره عقود درآورد؛ زیرا عقد عبارت است از انشای یک ماهیت حقوقی و حال آنکه اقاله، انشای یک ماهیت حقوقی نیست (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ۱۶۰). دسته دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که اقاله بی‌گمان با تراضی واقع می‌شود و وجود همین تراضی است که اقاله را از سایر طرق سقوط تعهد جدا می‌سازد. بنابراین از نگاه آنان اقاله، رکن و جوهره یک عقد را که همان تراضی و توافق دو اراده است با خود به

مشتری و در صورت امتناع وی به حاکم یا قائم‌مقام او مراجعه نکرده باشد (بجنوردی، ۱۳۷۵، ج ۶، ۷۰۵). ماده ۷۳۳ قانون مدنی فروشنده‌ای را که در وظیفه خود نسبت به تسلیم مبیع کوتاهی نمی‌کند از مسئولیت مبرا می‌داند و هرگاه مشتری از قبض مبیع امتناع کند و بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع کند، تلف از مال بایع نخواهد بود.

### ۵-۳-۳. ضمان معاوضی اقاله در قانون مدنی

مبحث دوم از فصل ششم کتاب نخست قانون مدنی که مقنن در آنجا در مقام بیان طرق سقوط تعهدات بوده است، اختصاص به مبحث اقاله دارد. قانون‌گذار در این قسمت از ماده ۱۳۷ الی ۱۳۳ مقررات پیرامون اقاله را بیان کرده است. باین حال، قانون‌گذار در خصوص ماهیت اقاله و انفساخ اقاله در صورت تلف یکی از عوضین اقاله نفیاً و اثباتاً صحبتی ننموده است. همین امر باعث شده است یافتن نور مقنن در این خصوص اندکی مشکل شود؛ اما فقهای اهل سنت در باب ماهیت اقاله اختلاف دارند. بر طبق نور فقهای مالکی، اقاله بیع است؛ اما بر طبق نور فقهای شافعی و حنبلی اقاله صرفاً فسخ عقد است. از نگاه ابوحنیفه اقاله نسبت به طرفین فسخ و نسبت به ثالث، یک بیع جدید است (الزحیلی، ۱۳۶۴، ج ۵، ۷۳۳۶).

با توجه به اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی که طی آن قانون حکم به تبعیت قوانین داخلی با مقررات شرع نظر کرده است و ماده ۷ قانون آیین دادرسی مدنی که دادرس را مکلف کرده است در مقام صدور حکم و در موارد سکوت قانون به منابع معتبر فقهی

ماده ۶۶ مقرر می‌دارد که پس از انتقال ضمان، تلف یا زیان وارد به کالا موجب برائت خریدار از تأدیه ثمن نمی‌شود؛ مگر اینکه تلف یا زیان وارده ناشی از فعل یا ترک فعل باشد. اما در صورت نقض اساسی قرارداد از سوی بایع، مشتری می‌تواند به طریق جبران خسارت ناشی از نقض، متوسل شود (ماده ۷۰). در کنوانسیون اول ژوئیه ۱۹۶۴، با آنکه نسبت به زمان انتقال مالکیت بین نویسندگان آن توافقی به عمل نیامد و این موضوع مسکوت ماند، در مورد انتقال ضمان، زمان تسلیم کالا به‌عنوان مبنا پذیرفته شد (ماده ۹۷).

در کنوانسیون سال ۹۸۰، زمان انتقال ضمان، زمان انتقال مالکیت نیست؛ بلکه زمان تسلیم کالا یا انتقال مادی آن است. بنابراین در کنوانسیون ۱۹۸۰، انتقال ضمان به یک واقعه مجرد و غیر مادی، یعنی انعقاد قرارداد که تعیین زمان آن به‌ویژه در عقد بین غایبین دشوار است، موکول نمی‌شود. حال آنکه طبیعی‌تر این است که ضمان به طرفی منتقل شود که بهتر می‌تواند از وقوع صدمات وارده به مبیع در اثنای حمل (خسارت آواری) یا حادثه جلوگیری کند و یا صدمات وارده را جبران کند. طبق ماده ۳۰ کنوانسیون، تعهدات بایع عبارت است از تسلیم کالا، تحویل مدارک مربوط به آن و انتقال مالکیت. با وجود این، کنوانسیون حاوی مقررات خاصی در مورد انتقال مالکیت نیست؛ زیرا طبق بند ب ماده ۴ کنوانسیون، انتقال مالکیت، خارج از شمول مقررات آن است؛ ولی تسلیم کالا و تحویل مدارک (مواد ۳۱ تا ۳۴) عنوان فصل جداگانه‌ای را تشکیل می‌دهد.

کالا در فاصله بین مؤسسه فروشنده و مؤسسه خریدار، با خطرهای مختلفی مواجه می‌شود. این

همراه دارد. هرچند که از نگاه بعضی از آنان نمی‌توان آن را یک معامله جدید یا عقد جدید دانست (امامی، ۱۳۷۶، ۷۱۳). از این سخن که اقاله عقد نیست به این معناست که اقاله معامله جدیدی نیست؛ نه اینکه اقاله را نتوان یک توافق و قرارداد دانست.

#### ۴-۵. ضمان معاوضی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در این قسمت موارد ضمان معاوضی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بیان می‌شود.

#### ۴-۵-۱. انتقال ضمان معاوضی

در بیع‌های تحت مقررات کنوانسیون اگر اراده مشترک طرفین در قرارداد در خصوص زمان انتقال ضمان معاوضی صریحاً بیان شده باشد و یا از قراردادهای نمونه‌ای که مورد استفاده آن‌ها قرار گرفته است، اراده ضمنی آن‌ها مستفاد شود، در درجه اول به این اراده عمل می‌شود و در صورتی که اراده صریح یا ضمنی طرفین در این مورد اعلام نشده باشد، مقررات عرفی نسبت به مقررات تکمیلی - کنوانسیون اولویت دارد (ماده ۹). ولی در صورتی که قرارداد در این خصوص ساکت باشد و عرفی را نیز نتوان در خصوص مورد مالک قرارداد نوبت به مقررات کنوانسیون می‌رسد (پلانتار، ۱۳۸۰). مواد (۶۶ تا ۷۰). کنوانسیون، به انتقال ضمان معاوضی اختصاص دارد؛ ولی در این مواد، انتقال ضمان تعریف نشده است؛ بلکه تنها آثار مترتب بر آن مورد بحث قرار گرفته است.

مشتری نمی‌شود. ماده ۶۶ کنوانسیون وین در این ارتباط اشعار داشته است: «تلف یا خسارت وارده بر کالا بعد از انتقال ضمان معاوضی (ریسک) به خریدار موجب برائت وی از ایفای تعهداتش مبنی بر پرداخت ثمن نمی‌شود؛ مگر اینکه تلف یا خسارات مذکور ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده باشد». «در ماده ۶۶ کنوانسیون نتیجه انتقال ضمان از بایع به مشتری بیان شده است و آن نتیجه عبارت است از اینکه پس از انتقال، تلف با زیان وارده بر کالا موجب برائت مشتری از پرداخت ثمن نمی‌شود. متن ماده ۳۸۷ ق. م ایران نیز به این مطلب اشاره دارد که تا قبل از تسلیم، تلف و زیان برعهده فروشنده است و چنان‌که گفته خواهد شد تسلیم و فیض مبیع توسط مشتری باعث انتقال ریسک از بایع به وی می‌شود. از مفهوم مخالف این ماده همان نتیجه‌ای که از متن ماده ۶۶ حاصل می‌شود به دست خواهد آمد. یعنی بعد از تسلیم و بعد از انتقال ضمان، تلف و زیان برعهده مشتری است. لحظه انتقال ضمان مشخص می‌کند که خریدار باید قیمت کالا را بپردازد؛ هرچند کالا را اصلاً دریافت نکرده است یا در حالت آسیب‌دیده‌ای دریافت می‌دارد. ماده ۶۶ در بردارنده مهم‌ترین نتیجه انتقال ضمان می‌باشد و به محض انتقال ضمان به خریدار، وی مکلف به پرداخت قیمت کالا است» (علوی یزدی، ۱۳۹۵). این مفهوم مخالف قاعده بیان شده در بند یک ماده ۳۶ کنوانسیون است که مقرر می‌دارد که بایع مسئول هر نوع عدم انطباق موجود در زمان انتقال ضمان به خریدار است و به محض انتقال ضمان به خریدار نتایج عملی قسمت اول ماده ۶۶ به این صورت که خریدار باید تعهدات قراردادی خود را گرچه موضوع معامله تلف شده یا آسیب‌دیده بپردازد

خطرها عبارت‌اند از: صدمه دیدن کالا در اثنای حمل (خسارت آواری)، نقصان کالا و از بین رفتن مجموع آن. معمولاً هرچه حمل و نقل کالا طولانی‌تر باشد، این خطرها افزایش می‌یابد. در بیع‌های بین‌المللی، این خطرها بیش از بیع‌های داخلی است؛ مثل خطر ناشی از انتقال کالا از یک کشتی به کشتی دیگر که به طور معمول اختصاص به بیع بین‌المللی دارد. در بیع بین‌المللی، علاوه بر خطرهای مادی، خطرهای سیاسی نیز کالا را تهدید می‌کند؛ مثل توقیف کالا در بندر، یا مصادره آن. طرح مسئله خطر درباره کالا عبارت است از: طرح این موضوع که در صورت پیش آمدن خطر برای کالا، چه کسی باید نتایج آن را تحمل کند؟ فروشنده در صورت مفقود شدن کالا، کالای دیگری ارسال دارد یا خریدار که باید ثمن را پرداخت کند، حتی اگر کالا به دست او نرسیده باشد. بیع بین‌المللی اغلب توأم با حمل و نقلی است که به شخص ثالث واگذار می‌شود و تسلیم کالا به خریدار به صورت غیر مستقیم انجام می‌گیرد (موارد ۶۷ و ۶۸). بعضاً کالا به طور مستقیم توسط فروشنده به خریدار و یا نماینده او تحویل می‌شود. ماده ۶۹ کنوانسیون ناظر به تسلیم مستقیم کالا به خریدار است. پس، حسب اینکه قرارداد بیع حاوی حمل کالا باشد و یا حمل کالا در قرارداد بیع پیش‌بینی نشده باشد، تسلیم غیر مستقیم یا مستقیم کالا مطرح خواهد شد (عبیدی، ۱۳۹۵).

#### ۵-۴-۲. آثار انتقال ضمان

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، خسارات وارده بر کالا بعد از انتقال ضمان معاوضی موجب برائت

با تسلیم به کمال نهایی خود می‌رسد، و بعد از تسلیم چون دیگر بایع مسئولیتی برای حفظ و نگهداری کالای فروخته شده ندارد، در صورت تلف یا خسارت وارده بر کالا نیز نباید مسئولیتی برای بایع وجود داشته باشد و اگر هم مبنای مسئولیت بایع قبل از تسلیم مبیع را استثنای موجود در قانون و نص صریح آن بدانیم نیز چون این مسئولیت مختص قبل از تسلیم است، بعد از تسلیم مسئولیتی برای بایع - نمی‌توان تصور کرد. در بیع بین‌المللی نیز کنوانسیون وین در ماده ۶۶ به صراحت مسئولیت بایع را بعد از تسلیم منتفی داشته است و چنین فرض کرده است که بعد از تسلیم عقد کامل است و اگر تلف یا خسارتی متوجه کالای تسلیم شده باشد، از آن جهت که به مشتری انتقال یافته است این تلف یا خسارت در ملک وی واقع می‌شود و نباید موجب برائت وی از پرداخت ثمن شود. البته ماده ۶۶ کنوانسیون برخلاف حقوق موضوعه ایران که در صورت تلف کالا به وسیله بایع یا دیگران (عمدی یا غیرعمدی) چه قبل از تسلیم و چه بعد از آن مسئولیت مشتری به رد ثمن را باقی می‌داندست و مبنای آن را نیز تلف هر مال در ملک مالک خود، و از طرفی رجوع به بایع متلف یا ثالث متلف را از طریق اعمال قاعده تلف من اتلف مال غیر فیهوله ضامن، برای جبران تلف یا خسارت می‌داندست، تلف یا خسارت ناشی از فعل یا ترک فعل بایع را موجب سقوط تعهد مشتری به پرداخت ثمن دانسته است و بر اساس قاعده اولویت می‌توان گفت که اگر تلف یا خسارت قبل از تسلیم مبیع باشد؛ ولی ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد موجب سقوط تعهد مشتری به پرداخت ثمن می‌شود.

و حق اقدام بر علیه فروشنده را که ناشی از عدم اجرای قرارداد توسط وی می‌باشد ندارد (یعنی، در صورتی حق اقدام دارد که تلف با زبان ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد)، مخصوصاً او باید قیمت را بپردازد و کالا را بگیرد (مواد ۵۴ تا ۶۰ کنوانسیون) و نمی‌تواند ادعای خسارت مذکور در ماده ۴۵ را بکند. زیرا خسارات مذکور در بخش ضمان و ماده ۶۶ خسارات تصادفی‌اند و نه عمدی. حکم مندرج در ماده ۶۶ کنوانسیون و مفهوم مخالف ماده ۳۸۷ ق.م. در ابتدا غیر عادلانه و سخت جلوه می‌کند (اسچلیچتریم، ۱۹۹۸). زیرا خریداری را که کالایی دریافت نمی‌کند ملزم به پرداخت قیمت قراردادی می‌سازد. در توجیه مشکل گفته می‌شود که برای تلف ناشی از حمل، وجود بیمه ضروری است و علاوه بر این، تلف یا زیان معمولاً در انتهای حمل مشخص می‌شود و خریدار برای دسترسی به زیان معمولاً در شرایط بهتری نسبت به بایع می‌باشد و می‌تواند رد پایان حمل خسارات خود را با اقامه دعوا و اثبات ضرر دریافت کند (ماده ۷۰ کنوانسیون). با توجه به بند ۱ ماده ۷۹ کنوانسیون موارد معافیت از اجرای تعهد اثبات حادثه خارج از اقتدار فرد است (ماده ۲۲۹ ق.م. ایران)؛ اما مانعی که بر سر پرداخت وجود دارد، همان غیر عادلانه بودن پرداخت است. به دلیل اینکه مشتری در ازای آن کالای مورد نظر خود را دریافت نمی‌کند؛ اما در مقابل، چون برای وی امکان تحمل ضمان حمل و نقل برای غلبه بر نتایج آن توسط بیمه وجود دارد، مشمول بند ۱ ماده ۷۹ نیست و امری قابل اجتناب است.

در حقوق موضوعه ایران اگر عقد بیع را قبل از تسلیم مبیع یک عقد ناقص و به کمال نهایی نرسیده بدانیم



مقرر تلف مبیع در ضمان بایع است؛ اما در بند ۲ چون مبیع تحت تسلط شخص ثالث است، به محض اطلاع به مشتری مبنی بر آماده بودن مبیع برای تحویل، حتی قبل از انقضای موعد مقرر در قرارداد (مثل اینکه گفته شده باشد بایع در ماه مهر ملزم به تحویل مبیع است و او مبیع را در ۱۰ مهرماه آماده تحویل کند)، ضمان به خریدار منتقل می‌شود و بایعی که به وظیفه خود عمل کرده است از تحمل ضمان مبیعی که در تحت تسلطش نیست رها می‌شود. دوماً اینکه در بند ۱ ماده ۶۹ لزوم اطلاع به مشتری مبنی بر آماده بودن مبیع وجود ندارد؛ در صورتی که در بند ۲ بایع مکلف به ارسال اطلاعیه به مشتری است و دلیل این تفاوت نیز واضح است. زیرا در بند ۱ تا انقضای مدت تعیین شده در قرارداد خریدار می‌تواند از قبض مبیع خودداری کند و پس از گذشت این موعد مسئول ضمان تلقی می‌شود اما در بند ۲ ماده ۶۹ برخلاف عدم انقضای مدت مقرر شده به صرف فرارسیدن موعد تسلیم نسلی مبیع توسط بایع ضمان منتقل می‌شود؛ لذا برای حمایت از خریدار ارسال اطلاعیه به وی ضروری است.

#### ۵-۴-۲-۲. زمان و مکان انتقال ضمان معاوضی

کالای مورد بیع واقع شده که دارای وصف بین‌المللی باشد از دو حالت خارج نیست: الف) باید بعد از عقد از محل قبلی خود به محل جدیدی انتقال یابد. ب) بعد از انعقاد عقد بیع از وی به انتقال کالا از محل قبلی خود وجود ندارد. در فرضی که بیع متضمن حمل کالا است یا: ۱) بایع ملزم به تسلیم کالای

#### ۵-۴-۲-۱. تحویل کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع

بند ۲ ماده ۶۹ اشعار می‌دارد: «مع‌هذا، چنانچه خریدار ملزم به قبض کالا در مکانی غیر از محل تجارت فروشنده باشد ضمان هنگامی منتقل موعده تسلیم فرارسیده و خریدار هم به این امر که کالا در آن محل در اختیارش قرار داده شده، وقوف داشته باشد». از این رو ضمان با حصول شرایط یعنی فرارسیدن موعد تسلیم گذاشتن مبیع در اختیار مشتری و همچنین آگاهی مشتری اینکه مبیع تحت تسلطش هست منتقل می‌شود. برای مثال اگر فروشنده قبول کند که کالا را از انبار الف، در مهرماه در اختیار خریدار قرار دهد و فروشنده این کار را در اول مهرماه انجام دهد، ضمان به محض اینکه خریدار از این امر مطلع شود به او منتقل می‌شود.

بند ۲ مربوط به مواردی است که در قرارداد مقرر شده است که خریدار باید کالا را از شخص ثالثی (که غالباً یک انباردار است) تسلیم کند. در اینجا بایع نسبت به مشتری در موضع بهتری نیست که از کالا محافظت به عمل آورد یا آن را بیمه کند یا دعوی ناشی از تلف یا خسارت بر کالا را تعقیب کند. بنابراین سیاست این اصل این است که ضمان باید به محض اینکه خریدار در موقعیتی است که می‌تواند کالا را قبض کند منتقل شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۱، ۵۶).

تفاوت بند ۲ ماده ۶۹ با بند ۱ در این است که اولاً چون در بند ۱ کالا در محل تجارت بایع است و کنترل وی بر مبیع وجود دارد تا قبل از انقضای مهلت

مبیع‌های کلی است. گاه اتفاق می‌افتد که مبیع در حال حمل و نقل برای مشتری خاص یا مقصد خاص، مورد معامله قرار می‌گیرد، حال سؤال این است که در این فرض ضمان معاوضی چه زمانی به مشتری جدید منتقل می‌شود؟

ماده ۶۸ کنوانسیون در این باره اشعار داشته است که ضمان معاوضی از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود. البته نکته مهمی که در این ماده وجود دارد این است که آیا ضمان معاوضی از اول تاریخ همان روز تا آخر همان روز هنوز برعهده بایع است؟ یا اینکه به محض وقوع عقد ضمان معاوضی نیز از عهده مشتری انتقال می‌یابد؟ جواب این است که اگرچه ماده مذکور به تاریخ انعقاد عقد اشاره کرده است، این امر بدان معنی نیست که تا پایان همان روز ضمان معاوضی برعهده فروشنده باقی بماند و باید تاریخ انعقاد عقد را موسع‌تر از آنچه متبادر به ذهن است، تفسیر کرد تا شامل لحظه عقد نیز بشود. یعنی به نحوی تفسیر شود که ضمان معاوضی از لحظه وقوع عقد انتقال یافته فرض شود.

#### ۶. نتیجه

یکی از این قواعد عرفی ضمان معاوضی است که نسبت به طرفین معامله مسئولیتی از بابت تسلیم مال موضوع معامله (مبیع یا کالا) و وجه پرداختی از بابت مال موضوع معامله برعهده آن‌ها گذاشته است؛ حتی اگر به این مسئولیت در قرارداد خود تصریح نکرده باشند. منظور از ضمان معاوضی این است که در عقد بیع یا هر عقد معاوضی، تا پیش از تسلیم مبیع توسط فروشنده به خریدار، اگر مبیع از بین رود یا نقص یا

فروخته شده در مکان یعنی به متصدی حمل و نقل است. ۲) بایع ملزم به تسلیم کالای فروخته شده در مکان معینی (خاص) به متصدی حمل و نقل نیست.

اگر بایع ملزم به تسلیم در محل معینی نباشد زمان انتقال ضمان معاوضی زمانی است که کالای مطابق با قرارداد بیع جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می‌شود. اگر بایع ملزم باشد که کالا را در محل معینی به متصدی حمل و نقل تحویل دهد، تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل تعیین شده نشود، ضمان معاوضی به مشتری منتقل نخواهد شد. ولی بعد از اینکه کالای فروخته شده در محل مذکور در قرارداد مطابق با نوعی که در قرارداد ذکر شده است به متصدی حمل و نقل تحویل داده می‌شود، ضمان معاوضی نیز به مشتری منتقل می‌شود و دیگر هیچ مسئولیتی برعهده وی نخواهد بود. اگر کالاهایی که به محل مزبور تحویل حمل شده باشد یا به متصدی حمل و نقل تحویل داده شده باشد؛ ولی با علامت‌گذاری یا نشان روی آن‌ها خواه از طریق بارنامه یا از طریق اخطار مشخص نشده باشند، به مشتری منتقل نخواهند شد؛ زیرا معلوم نیست که آیا این کالاها دقیقاً برای ارسال به مشتری حمل شده‌اند یا برای انجام امر دیگری سپرده شده‌اند. البته این امر در مورد بیع‌های کلی کاملاً صادق است. اگر بیع روی عین معین واقع شده باشد چون در حین عقد کاملاً مشخص می‌شود، به عبارت دیگر آنچه عقد بر روی آن واقع می‌شود همین عین است نه عین دیگری، در نتیجه دیگر لزومی به رعایت موارد فوق‌الذکر نخواهد بود. ماده ۶۷ کنوانسیون در بند دوم به این امر اشاره نکرده است و عدم اشاره این ماده نیز حاکی از این است که قریب به اتفاق بیع‌های بین‌المللی در مورد

قاعده اصلی (زمان تسلیم کالا) و دیگری به‌عنوان قاعده فرعی (زمان انعقاد عقد) به‌کار می‌رود.

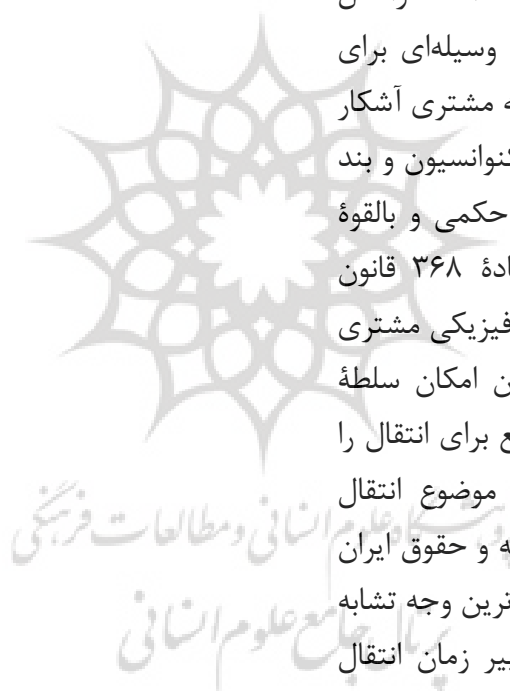
#### ۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به‌طور یکسان در نوشتن پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در نگارش و چاپ این مقاله تضاد منافع وجود ندارد.

کاستی در آن ایجاد شود، مسئولیت این تلف، نقص یا کاستی برعهده فروشنده است. ضمان معاوضی بخش مهمی از مباحث قرارداد بیع را به خود اختصاص داده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا سازمان ملل متحد ۱۹۸۰ وین به این امر توجه شده است و در فقه و حقوق ایران هم انتقال ضمان معاوضی در مواد ۳۸۷، ۳۸۸ و ۳۸۹ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. قاعده کلی در انتقال ضمان معاوضی در ماده ۶۹ کنوانسیون و ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران به این صورت که ضمان از قبض کالا توسط مشتری منتقل می‌شود، نشانه اتخاذ راه‌حل واحد است و اهمیت قبض به‌عنوان وسیله‌ای برای انتقال ضمان و کنترل مبیع از بایع به مشتری آشکار می‌شود. جمله دوم بند ۱ ماده ۶۹ کنوانسیون و بند دوم آن که انتقال ضمان با تصرف حکمی و بالقوه مشتری صورت می‌گیرد همانند ماده ۳۶۸ قانون مدنی ایران است که تصرف عملی و فیزیکی مشتری را لازم نداشته است و فراهم آوردن امکان سلطه مشتری و تحت اختیار گذاشتن مبیع برای انتقال را ضمان کافی تلقی کرده است. در موضوع انتقال ضمان معاوضی بین کنوانسیون و فقه و حقوق ایران تشابهات و افتراقاتی وجود دارد. مهم‌ترین وجه تشابه آن‌ها امکان توافق اراده‌ها برای تغییر زمان انتقال ضمان معاوضی و در مقابل، وحدت و تعدد ضوابط تعیین مبنا برای انتقال ضمان معاوضی از مهم‌ترین تفاوت آن‌ها است. به این صورت که اغلب در حقوق داخلی کشورها زمان واحدی را برای انتقال ضمان در نظر گرفته‌اند؛ ولی در کنوانسیون دو ضابطه در خصوص انتقال ضمان وجود دارد که یکی به‌عنوان



## منابع

### فارسی

- زراعت، عباس، قواعد فقه مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- شهیدی، مهدی، تعهدات، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۶۷.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، نشرکانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۶.
- صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۷۶.
- عبدی، مسلم، «ضمان معاوضی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین»، مجله علمی خبری و تحلیلی کانون وکلای دادگستری اردبیل، شماره دوم، ۱۳۹۵.
- علوی یزدی، حمیدرضا، «مفهوم ریسک و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک در قرارداد بیع»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره پنجم، ۱۳۹۵.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد اول، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۷.
- قاسم‌زاده، مرتضی، مختصر قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، چاپ اول، تهران، انتشارات به‌نشر، ۱۳۷۸.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ چهارم، تهران، ناشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ چهارم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۶.
- امینی، منصور؛ علیکرمی، حمیدرضا، «ضمان معاوضی یا انتقال ریسک در حقوق ایران و انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره چهاردهم، ۱۳۹۲.
- بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، جلد ششم و هفتم، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه عروج، ۱۳۷۵.
- پلانتار، ژان پی یر، «بیع بین‌المللی کالا»، مجله حقوقی، شماره چهاردهم و پانزدهم، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری الموازنه، گنج دانش، چاپ دوم، تهران، انتشارات کتاب‌خانه، ۱۳۷۶.
- جمعی از نویسندگان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
- خاکی‌نهاد، محسن؛ مظلوم رهنی، علیرضا؛ رجب‌زاده، علیرضا، «بررسی فقهی حقوقی تلف مبیع قبل از قبض و تأثیر آن بر انتقال مالکیت»، فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، شماره دوم، ۱۴۰۱.
- خدابخشی، حسن؛ عربیان، اصغر، «ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره دهم، ۱۳۹۱.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، جلد هفتم، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.

## عربي

- انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، جلد اول، بیروت، مؤسسه النور، ١٤١٠.

- جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن محمد، الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد اول، قم، انتشارات ارغوان دانش، ١٤١٣.

- حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعہ الی تحصیل المسائل الشریعہ، جلد دوازدهم، بیروت، احیاء دارالتراث، ١١١٤.

- حسینی سیستانی، علی، منهاج الصالحین، جلد اول، قم، انتشارات دفتر آیہ الله سیستانی، ١٣٦٤.

- حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه، جلد سوم، بیروت، انتشارات دارالتراث، ١٣٤٦.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، جلد اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ١٤١٤.

- الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامیه و ادلتہ، جلد پنجم، دمشق، انتشارات دارالفکر، ١٣٦٤.

- طوسی، محمد، مبسوط فی فقه الامامیه، جلد اول، بیروت، الاحیاء التراث، ١٤٠٥.

- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهاردهم، نجف، چاپ افست بیروت، ١٣٦٧.

- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد سیزدهم، بیروت-لبنان، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ١٢٩٥.

## لاتین

-Schlechriem, Peter, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), Translated by Geoffrey Thomas, 2ed, Oxford University Press. www.CISG.law.pace.edu/(case law),1998.