

مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت

و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع

(مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد (۱۹۸۰))*

دکتر حمیدرضا علومی یزدی**

چکیده:

تسلیم، خواه «فیزیکی و واقعی» یا «حکمی و فرضی»، مبیع را تحت کنترل و در اختیار خریدار قرار می‌دهد و وی را قادر می‌سازد تا حقوق مالکانه خود را بر آن اعمال کند.

این ماهیت مشترک در هر سه نظام حقوقی مورد بررسی این مقاله (حقوق ایران، حقوق انگلستان و کنوانسیون بیع بین‌المللی وین) وجود دارد.

از طرف دیگر انتقال مالکیت مبیع به خریدار که هدف اصلی عقد بیع در همه نظامهای حقوقی است، زمانی قابل تحقق است که مبیع در وضعیتی قرار گرفته باشد که اعمال حقوق مالکانه بر آن توسط خریدار ممکن باشد. بنابراین، هر چند با توجه به ماهیت تملیکی بودن عقد بیع، مناسب نیست انتقال مالکیت را منوط به تسلیم مبیع نمود اما می‌توان مدعی شد که انتقال مالکیت زمانی قابل انجام است که بیع به خریدار تسلیم شده یا در وضعیت قابل تسلیم قرار گرفته باشد.

انتقال ریسک (ضمان معاوضی) همزمان با تسلیم به خریدار، یا مصالح و ملاحظات تجاری و قواعد و اصول حقوقی سازگاری کامل دارد، زیرا ریسک را باید بر عهده کسی گذاشت که تصرف و کنترل مبیع در اختیار او است.

در هر سه نظام حقوقی مورد بررسی، مفاهیم فوق به رغم تفاوت‌های اندک، به نحو مشترک و مشابهی مطرح بوده و از منطلق مشابهی پیروی می‌کنند، که شناسایی و عرضه این مشترکات راه را برای ایجاد همگرایی بین نظامهای حقوقی از طریق الحاقی به کنوانسیونهای بین‌المللی (نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد - کنوانسیون وین) یا تدوین قوانین نمونه هموارتر می‌سازد.

واژگان کلیدی: حقوق تطبیقی، بیع بین‌المللی، تسلیم، انتقال مالکیت، انتقال ریسک، حقوق انگلستان، کنوانسیون وین.

* این مقاله در ابتدا به زبان انگلیسی نگارش یافته بود، لذا به توصیه شورای علمی نشریه پژوهش حقوق و سیاست به فارسی بازگردانده و بازتوبسی شد. لازم است از خاتم دکتر ایندیرا کار (Indira M. Carr)، دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل از دانشگاه کنت انگلستان به خاطر راهنمایی‌هایش در تدوین نسخه انگلیسی این مقاله تشکر کنم.

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

انتقال مالکیت، هدف اصلی بیع در همه نظامهای حقوقی است، اما زمان انتقال مالکیت به خریدار در نظامهای مختلف حقوقی متفاوت است، مالکیت ممکن است با انعقاد قرارداد، تسلیم مبیع، کامل شدن قرارداد، یا در هر زمانی که طرفین توافق کنند، به خریدار منتقل شود. ارتباط بین تسلیم و مالکیت در نظام حقوقی رم، از آنجا که در حقوق رم مالکیت با تسلیم بیع به خریدار منتقل می‌شود، بخوبی منعکس شده است.

اما هدف از این مقاله این نیست که این فرضیه‌ها را مطرح کرده و به منظور یافتن بهترین و کاملترین فرضیه، به ارزیابی آنها بپردازد، بلکه بیشتر در پی آن است که از زلویه جدیدی به بررسی ارتباط بین مفاهیم «تسلیم» و «مالکیت» پرداخته و این فرضیه را مطرح نماید که هرچند مالکیت و تسلیم با مفهوم کنترل و اعمال سلطه بر موضوع عقد بیع ارتباط دارد، «تسلیم»، عملی است که بموجب آن، کنترل مبیع از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و داشتن چنین سلطه و کنترلی را «مالکیت» می‌نامند. تسلیم مرحله مهمی در قراردادهای بیع است، چون خریدار زمانی می‌تواند بیشتر جنبه‌های حقوق مالکانه خود بر مبیع اعمال نماید که با تسلیم حقیقی و مادی یا فرضی و غیرمادی^۱ مبیع در اختیار و کنترل او قرار گرفته باشد. به منظور اثبات این فرضیه مفاهیم «تسلیم» و «مالکیت» در نظامهای حقوقی ایران، انگلستان^۲ و کنوانسیون بیع بین‌المللی (کنوانسیون وین)^۳ بدقت بررسی خواهند شد. البته کنوانسیون وین، از آن جهت که مشتمل بر مقرراتی درخصوص انتقال مالکیت نیست، کمتر از حقوق انگلستان و ایران می‌تواند در این مسیر مؤثر باشد.

قسمت دوم این مقاله به ارائه این نظریه خواهد پرداخت که انتقال ضمان معاوضی ریسک، همزمان با انتقال کنترل مبیع، می‌تواند بهترین پاسخ به مسأله مهم و اساسی زمان انتقال ریسک باشد. این مقاله می‌توانست به ارزیابی و مقایسه تئوریهای کلاسیک و مطرح در مورد انتقال ریسک و مالکیت بپردازد، اما به دلایل ذیل روش و

1. Physical delivery and Constructive delivery

2. The sale of Goods Act 1979.

3. The United Nations Convention for International Sale of Goods 1980, (the Vienna Convention)

سبک دیگری انتخاب شد:

اول: از آنجا که هر یک از این تئوریا در هماهنگی کامل با دیگر اصول حقوقی نظام حقوقی متبوع خود هستند و در درون آن نظام بخوبی از عهده ایفای نقش خود برمی آیند به کارگیری هیچ یک از آنها را نمی توان به عنوان مناسب ترین تئوری، به دیگر نظامهای حقوقی توصیه کرد.

دوم: ایجاد هماهنگی حقوقی، که هدف عمده مطالعات تطبیقی است، بدون یافتن پایه های مشترک برای نهادهای مشابه در درون نظامهای حقوقی متفاوت، دست یافتنی نیست. هماهنگ سازی حقوقی نیازمند دو عنصر است: قوانین یکسان و اجرای یکسان قوانین. یافتن ریشه های مشترک برای قواعد حقوقی در تأمین هر دو هدف ایجاد قوانین واحد و دستیابی به اجرای واحد و هماهنگ شدن قوانین، مؤثر است.^۱

این مقاله درصدد است تا اثبات کند «کنترل» عنصر اساسی و مهم در «تسلیم» است. آنگاه، با هدفی مشابه به بررسی مفهوم مالکیت در بیع پرداخته و به اختصار به بررسی فرضیه های مطرح شده در زمینه ارتباط بین تسلیم و مالکیت خواهد پرداخت. سپس ارتباط بین «تسلیم» و «مالکیت» از طریق مفهوم «کنترل» توضیح داده خواهد شد. در پایان، به این سؤال که آیا زمان انتقال کنترل می تواند زمان انتقال ضمان معاوضی باشد؟، در نظامهای حقوقی ایران، انگلستان، و کنوانسیون وین، پاسخ داده خواهد شد.

(۱) ماهیت تسلیم و ارتباط آن با مالکیت

برای توضیح ارتباط تسلیم با مالکیت مناسب است مفهوم حقوقی تسلیم و مالکیت، هر دو بررسی شوند.

I. David Rene, and Briefly John G.C. Major Legal Systems in the World Today, 3rd ed., London Steven & Sons, 1985, P.H.

(این کتاب تحت عنوان نظامهای حقوقی بزرگ سامان توسع آقاییان دکتر حسین صفایی، دکتر آشوری و دکتر عراقی به فارسی برگردانده شده است و توسط مرکز نشر دانشگاهی به چاپ رسیده است)

۱-۱) تسلیم، انتقال تصرف مبیع است

تعریف تسلیم در قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلستان و نیز در قانون مدنی ایران هر دو متضمن مفهوم تصرف و تغییر در متصرف مبیع است. قانون بیع کالا تسلیم را «انتقال ارادی تصرف کالا از یک نفر به دیگری» تعریف کرده است. این تعریف هرچند از جهاتی مبهم است، از این جهت که «تصرف» عنصر اساسی در تسلیم است کاملاً صراحت و وضوح دارد. ماده ۳۶۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«تسلیم عبارتست از دادن مبیع تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد...»

دلاگاه عالی استرالیا در پرونده گامر (*Gamer's Case*)^۱ نظر داد که شواهد و استدلالاتی قوی وجود دارد که در تعریف قانونی تسلیم، که به «تصرف» ارجاع داده شده است، تصرف در معنای مشهور خود، یعنی نگهداری و تصرف واقعی، به کار گرفته نشده است؛ بلکه، معنای حقوقی و تخصصی آن در نظر بوده است. لذا، برای آزمودن هر دو تعریف، بررسی مفهوم تصرف، ویژگیها و علائم آن مفید خواهد بود. از این رو، انتخاب این روش که تصرف برای یافتن وجه مشترک نظامهای حقوقی مختلف درخصوص مفهوم تسلیم آزموده شود، انتخابی نادرست نخواهد بود؛ زیرا، تصرف واژه‌ای آشنا در همه نظامهای حقوقی است که معنای آن «داشتن کنترل بر چیزی با قصد و اراده اینکه متصرف این کنترل را در اختیار داشته و آنرا اعمال کند» است.^۲

۱-۲) تعریف و عناصر تصرف

معنای تصرف، داشتن کنترل مادی و ارادی است. تصرف از دو عنصر تشکیل شده است: مادی (*corpus*)، یعنی داشتن کنترل مادی، و عنصر معنوی (*animus*) یعنی قصد داشتن و اعمال این کنترل.^۳ سرهلمز، در کتاب

1. *Gamer's Motor Centre (Newcastle) Pty Ltd v Natwest Wholespty Ltd*, (1987), 163 CLR, p. 236. (per Mason C.J on p. 244)

2. *Black's Law Dictionary*, p. 1163.

3. Lawson, F. H. & Rudden, B., *The Law of Property*, 2nd. ed., Clarendon Law Series, 1988, p. 41.

خود کامن‌لو^۱ از برخی از فلاسفه حقوق، مثل ایرنیک و ساوینی، نقل می‌کند که منظور از داشتن تصرف، داشتن یک رابطه مادی نسبت به شیء و نسبت به بقیه جهان (با هدف جلوگیری از تصرف دیگران در موضوع) و نیز دارا بودن قصد مورد نیاز است. آرای قضایی در حقوق انگلستان، ضرورت هر دو عنصر را برای داشتن تصرف قانونی مورد تأکید قرار داده‌اند. برای مثال، در پرونده معروف *Bridges v Hawkesworth (1851)*^۲ رأی صادره توسط قاضی پاترسون (*Patterson J*)، می‌تواند بر این اساس که کنترل واقعی نسبت به موضوع وجود نداشته تبیین شود، قاضی بصراحت بیان داشت: اگر مالی قاصدانه در خانه من است، قطعاً آن مال در تصرف من است^۳.

هرچند مفهوم عرفی و متداول تصرف با مفهوم حقوقی آن متفاوت است، معنای حقوقی آن نیز مبتنی بر مفهوم عرفی شکل گرفته است. تصرف حقوقی، در هر حال بر پایه تصرف عملی و واقعی شکل می‌گیرد که از اقتدار و اراده متصرف برای جلوگیری از مداخله اشخاص غیرمجاز حکایت دارد.^۴ معمولاً واژه تصرف، به وسیله حقوقدانان استفاده می‌شود تا اثرات حقوقی وضعیتی را که اشخاص عادی به‌عنوان تصرف می‌شناسند، بیان کند. از این رو، تصرف در چهارچوب حقوق و خصوصاً حقوق اموال، یعنی مجموعه حقوق مالکانه که در مجموع به‌عنوان حق تصرف شناسایی می‌شود.^۵

۳-۱) تصرف واقعی و تصرف حکمی یا فرضی

تعریف تصرف، دیگر بر توانایی شخص متصرف بر انتفاع از موضوع تصرف و جلوگیری از تصرف دیگران مبتنی نیست. آنگونه که پروفیسور لوسون (*Lawson*) می‌گوید، تصرف امروزه بیش از آنکه امری فیزیکی باشد، یک واقعیت اجتماعی است؛ بدین معنی که شخص وقتی متصرف تلقی می‌شود، که آن نوع و تا آن حد کنترل

1. Holmes, O. W., *Common Law*, p. 219.

2. [1843-60] All E. R., p. 122.

3. [1840-60] All E. R., p. 124.

4. Goodhart, Arthur L. *Essays on Jurisprudence and the Common Law (Three Cases on possession)*, Cambridge, 1931, p. 89.

5. Lawson & Rudden, *Op. Cit.*, p. 42.

موضوع تصرف را در اختیار داشته باشد که جامعه، او را به طور متعارف و متناسب با موضوع تصرف و شرایط و اوضاع و احوال، متصرف تلقی کند.^۱ این بدان معنی است که شخصی ممکن است متصرف تلقی شود، بدون اینکه کنترل فیزیکی شیء را در اختیار داشته باشد، اما دارای این قدرت و اراده است که در زمان مشخص تسلط و کنترل خود را بر موضوع تصرف اعمال نماید. این نوع تصرف را می‌توان تصرف حکمی (فرضی) در مقابل تصرف واقعی نامید.

بدین ترتیب، تصرف، مفهومی نسبی می‌شود که اعمال آن در شرایط مختلف بنا به اوضاع خاص و طبیعت هر موضوع تغییر می‌یابد.^۲ هر گاه شخصی در زمان معینی کنترل فیزیکی بر شیئی داشته باشد، متصرف واقعی آن تلقی می‌شود. در تصرف حکمی یا فرضی هرچند تصرف واقعی و فیزیکی بر شیء وجود ندارد، هر دو عنصر تصرف، یعنی توان و قصد اعمال سلطه و کنترل بر شیء موجود است. این کنترل می‌تواند مستقیماً توسط متصرف یا بوسیله شخص یا اشخاصی دیگر اعمال شود. از این رو، تسلیم به عنوان وسیله انتقال تصرف نیز، به دو شکل واقعی یا فیزیکی و حکمی یا فرضی منقسم می‌شود. آنگاه که تصرف واقعی با تسلیم متقل شود، تسلیم نیز واقعی است و هرگاه تصرف حکمی و سمبولیک انتقال داده شود تسلیم نیز فرضی و سمبولیک خواهد بود که در این صورت، تصرف بدون هیچگونه تغییری در وضعیت فیزیکی و مادی شیء انتقال می‌یابد.^۳ ویژگی مشترک هر دو نوع تسلیم، انتقال کنترل و سلطه بر مبیع است.

۴-۱) انتقال کنترل و سلطه بر مبیع

معنی داشتن کنترل و سلطه بر مالی این است که شخص بتواند در مورد آن مال حقوق مالکانه‌ای که قانون برای او شناسایی کرده است، اعمال کند، مانند اینکه از مزایای مال استفاده کند، آن را مصرف کند، آن را منتقل یا رها کند و بعلاوه، دارای

1. Lawson, F.H. *The Law of Property*, Second edition, Clarendon Law Series, 1984, p. 41.

2. Bridge, Michael. *Personal Property Law*, Blackstones Press Limited, 1993, p. 12.

3. Mo Jhu, "Physical Possession Versus Constructive Delivery in Section 28 of the Sale of Goods Act 1923 (NSW) ..." *University of New south Wales Law Journal*, 1993, Vol. 16, pp. (513-535), p. 528

اقتداری باشد که بتواند دیگران را از این نوع تصرفات ممنوع نماید. تسلیم در شکل اولیه خود، انتقال مستقیم چنین سلطه‌ای از فروشنده به خریدار بود. از آنجا که تعریف تسلیم در قانون مدنی ایران از متون کهن اسلامی اقتباس شده است، در این تعریف، تسلیم به انتقال کنترل مبیع به خریدار توسط فروشنده تعریف شده است.

ماده ۳۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

”تسلیم عبارتست از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء

تصرفات و انتفاعات باشد...”

در هر حال، در موارد بسیاری تعهد فروشنده با تسلیم مبیع، تسلیم به کسی غیر از خریدار مثلاً به متصدی حمل و نقل، زمانی که قرارداد متضمن حمل و نقل نیز باشد، اجرا می‌شود.

از این رو، تعریف تسلیم نمی‌تواند به انتقال کنترل مبیع از فروشنده به خریدار، منحصر شود، اما انتقال کنترل همچنان دارای نقش اساسی در مفهوم تسلیم است. تسلیم در همه اشکالش وقتی محقق می‌شود که فروشنده از اعمال سلطه و کنترل خود بر مبیع دست بردارد. اعمال سلطه و کنترل فروشنده بر مبیع، زمانی که مال هنوز در تصرف فیزیکی او است، با تغییر وصف و ویژگی تصرف (از تصرفات مالکانه به غیرمالکانه)، یا با پایان یافتن تصرف و کنترل مادی او بر مبیع خاتمه می‌یابد، مثل زمانی که مبیع را به خریدار یا به متصدی حمل و نقل تحویل می‌دهد. بنابراین، در هر شرایطی زمانی تسلیم محقق می‌شود که فروشنده از سلطه و کنترل خود بر مبیع به نفع خریدار صرف‌نظر کرده باشد یا اینکه خریدار را قادر ساخته باشد تا خود کنترل و استیلاء بر مبیع را در اختیار گیرد.

لازم به یادآوری است، زمانی که مبیع در اختیار شخص ثالثی است، کنترل و سلطه بر آن می‌تواند با دادن اعلامیه و یادداشتی به خریدار مبنی بر آنکه از آن پس، وی مبیع را از جانب او نگهداری می‌کند، منتقل شود. زمانی که بین خریدار و فروشنده توافق می‌شود تا پس از بیع، مبیع در اختیار فروشنده به عنوان وکیل یا امین او باقی بماند، فروشنده فقط نقش امین و نگاهدارنده مال را دارد ولی تصرف مالکانه در آن مال ندارد، زیرا وی فاقد چنین قصدی است. از این رو کسی نمی‌تواند در حالی که تصرف

ملای و فیزیکی شی را در اختیار دارد، تصرف حکمی و فرضی آن را بر دیگری انتقال دهد.^۱

تسلیم حکمی یا فرضی زمانی محقق می‌شود که وسیله اعمال کنترل و تسلط بر مبیع به خریدار منتقل شود. تسلیم کلید انبار یا محلی که مبیع در آنجا نگهداری می‌شود، بمنزله تسلیم مبیع تلقی می‌شود، زیرا بدین وسیله، مبیع در اختیار و تصرف خریدار قرار گرفته است. اما باید توجه داشت که تسلیم کلید انبار زمانی تسلیم تلقی می‌شود که به طور واقعی و کامل مبیع را در اختیار خریدار قرار دهد.^۲ تسلیم اسناد معرف مالکیت، مانند بارنامه و قبض انبار، همانند تسلیم کلید انبار، معرف انتقال تصرف و کنترل مبیع هستند. اینگونه اسناد، دارنده را محق می‌سازد تا کالای خریداری‌شده را از متصدی حمل و نقل یا انباردار مطالبه کند.^۳ تا آنجا که به وظایف و تکالیف فروشنده مرتبط می‌شود، اگر موضوع قرارداد، کالای در حال حمل نیست، ولی فروشنده مکلف شده است تا اسناد حمل را به خریدار تسلیم کند، باید مقدمتاً نسبت به حمل کالا و تسلیم واقعی آن به متصدی حمل و نقل است اقدام نماید. اقدامی که بمنزله اجرای تعهد به تسلیم توسط فروشنده تلقی می‌شود (ماده ۳۱ قانون بیع کالا ۱۹۷۹ انگلستان و ماده ۳۱ الف کنوانسیون وین) اما تعهد فروشنده به تسلیم اسناد حمل منطبق بر شرایط قرارداد، تکالیف او را در قبال خریدار خاتمه نمی‌دهد، زیرا فروشنده ممکن است در قبال مطابقت کالا در مقصد نیز مسؤول تلقی شود. البته این بدان معنی نیست که اسناد حمل نمی‌توانند تصرف و کنترل مبیع را به نحو مؤثری به خریدار انتقال دهند.

به طور خلاصه، تسلیم زمانی انجام می‌شود که فروشنده از کنترل مالکانه خود بر مبیع صرف‌نظر کرده و مبیع را تحت کنترل و تسلط خریدار، یا در وضعیتی که خریدار قادر به اعمال سلطه و کنترل بر آن باشد، قرار دهد. اگر قرارداد بیع متضمن شرط حمل مبیع نیز باشد، تسلیم زمانی انجام می‌شود که فروشنده کنترل مالکانه خود بر مبیع را قطع کرده و با در اختیار متصدی حمل و نقل گذاشتن آن، گام عمده‌ای به سوی انتقال کنترل به خریدار برداشته باشد. در این حالت، با تسلیم مبیع به متصدی حمل و

1. *Mo Jahn, op. Cit., p. 521.*

2. *Hilton v Tucker [1888], 39 Ch.D., pp. 669-677.*

3. *Goode Roy M., Commercial Law, 1985, p. 546.*

نقل، فروشنده می‌تواند بارنامه‌ای تحصیل نماید که به او فرصت انتقال کنترل و سلطه مالکانه را، در زمانی که کالا در حال حمل است (با انتقال آن بارنامه)، بدهد.^۱

۵-۱) انتقال مالکیت در بیع

در حقوق انگلستان بیع ترکیبی از قرارداد و تملیک است ولی انتقال مالکیت جوهر و اساس عقد بیع می‌باشد.^۲ تردیدی نیست که هدف اصلی خریدار این است که مالکیت مبیع را تحصیل نموده و نسبت به آن حقوق مالکانه خود را اعمال نماید. ماده ۲ قانون بیع کالا در انگلستان (مصوب ۱۹۷۹)، در تعریف بیع مقرر می‌دارد:

"قراردادی است که بموجب آن، فروشنده مالکیت مبیع را به خریدار انتقال می‌دهد یا بر چنین انتقالی موافقت می‌کند."

در ادامه، این ماده با تفکیک بین بیع و توافق بر بیع، تأکید می‌کند که اثر مستقیم و بلاواسطه بیع، انتقال مالکیت است. قرارداد زمانی توافق بر بیع دارد که طرفین توافق کنند در زمان آینده نسبت به انتقال مالکیت اقدام نمایند. در بیع عین معین، طرفین قرارداد آزادی کامل دارند تا زمان انتقال مالکیت به خریدار را معین کنند (ماده ۱۷ قانون بیع کالا در انگلستان)، اما در صورتی که مبیع عین معین نباشد، انتقال مالکیت تا زمانی که مبیع مشخص نشود امکانپذیر نخواهد شد (ماده ۱۸ همان قانون). از این رو در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق نکرده باشند، مالکیت در مبیع غیرعین معین، به محض تعیین منتقل می‌شود.

رویه قضایی انگلستان در پرونده *Stapylton Fletcher Ltd. In re. V E Illis son & Vidler Ltd In re* مقرر داشته است که مالکیت مبیع غیر عین معین، می‌تواند با تعیین و قبل از اختصاص آن به قرارداد، انتقال یابد. در این پرونده رأی داده شد که آنگاه که تعدادی شیشه‌های شراب یکسان، به طور جداگانه و منفک از انبار تجاری کارخانه، در محلی برای گروهی از مشتریان نگهداری می‌شوند، این شیشه‌ها و جعبه‌ها معین شده تلقی می‌گردند، هرچند برای مشتری خاصی اختصاص نیافته باشند. از این رو، دادگاه نظر دارد که مالکیت این اموال با توجه به قصد کلی فروشنده

1. *Berge Co U.S.A. v vegoil LTD*, [1984] 1 Lloyd's Rep., p. 440.

2. *Bell. A. P. Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, Butterworth, 1989, p. 236.

(و نه مطابق بند ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالا) به خریداران منتقل شده است. این بدان دلیل است که فروشنده با خریداران خود توافق کرده بود تا علاوه بر فروش شراب به آنها، مبیع را برای ایشان نگهداری نماید.^۱ پس از آنکه «تعیین» انجام شد، انتقال مالکیت با توافق و قصد طرفین، بسته به شرایط و اوضاع و احوال، امکانپذیر می‌شود. اصلاحات قانون بیع کالا در سال ۱۹۹۵ تمایز خاصی را برای بیع کلی در معین ایجاد کرد. مطابق مقررات اصلاحی، در بیع کلی در معین، به محض اینکه خریدار ثمن را پرداخت نماید، سهم مشاعی از کلی را تحصیل کرده و مالک مشاعی بخش فروخته شده از کلی می‌شود. این قاعده حقوق خریدار را در شرایطی که وی ثمن را پرداخته، ولی قبل از جداسازی بیع از کلی، فروشنده ورشکسته می‌شود، حفظ می‌کند. قبل از این اصلاحیه، بموجب ماده ۱۶ قانون، خریدار قبل از تعیین مبیع در بیع کلی در معین حقی نسبت به آن نداشت، ولو اینکه ثمن را پرداخته بود. با این اصلاحیه، هرچند مالکیت بخش معینی از کلی به او انتقال نمی‌یابد، خریدار ملکیت مشاعی مبیع را تحصیل می‌کند. فرض انتقال این مالکیت مشاعی، صرفاً یک اقدام احتیاطی است تا اینکه، سهم هر خریداری در نهایت تعیین و متمایز شود، و از این رو، مانند سایر موارد مالکیت مشاعی، که در حقوق اموال و مالکیت برای اشخاص ایجاد شده، نیست.^۲ خریدار نمی‌تواند این حق را قبل از پرداخت ثمن تحصیل نماید و در هر حال، میزان تأثیر آن منوط به توافق طرفین است. طرفین نمی‌توانند بر انتقال این حق قبل از پرداخت ثمن توافق کنند.

در حقوق ایران نیز انتقال مالکیت مقتضای ذات عقد بیع است. ماده ۳۳۸ قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است. در حقوق ایران، مالکیت مبیع زمانی با قرارداد منتقل می‌شود که مبیع قابلیت پذیرش این نقل و انتقال را داشته باشد. این بدان معنی است که مالکیت قبل از قرارداد و نیز قبل از اختصاص موضوع

1. W. L. R. [1994], p. 1181, per Judge Paul Barker Q. C. p. 1200; See: Campbell, N. R. "British Business Law - Commercial Sales: Passing of Property in Contracts for the Sale of Goods" editor G. Bridge, *The Journal of Business Law*, March 1996, pp. 199-205

2. Burns, Tom, "Better Late than Never: The Reform of the Law on the Sale of Goods Forming Part of a Bulk", *The Modern Law Review*, Vol. 59(2), pp 260-271, p. 269.

عقد بیع به قرارداد، نمی‌تواند انتقال یابد و توافق طرفین تنها در چهارچوب این قواعد می‌تواند معتبر تلقی شود.^۱

از این جهت، طرفین می‌توانند بر انتقال مالکیت در تاریخی مؤخر از بیع تراضی کنند، اما نمی‌توانند تاریخ انتقال مالکیت را مقدم بر بیع یا اختصاص مبیع به قرارداد، تعیین نمایند. در هر حال در بیع عین معین، در صورتی که طرفین به نحو دیگری تراضی نکرده باشند، مالکیت با قرارداد بیع منتقل می‌شود. در بیع کلی در معین، یا کلی فی‌الذمه، مالکیت تا زمانی که مبیع به نحو قطعی مشخص و تعیین نشده و به قرارداد اختصاص نیافته است، انتقال پیدا نمی‌کند. بیع سهمی مشاع از مالی، استثناء بر این قواعد است، زیرا خریدار مالکیت مشاعی را با عقد تحصیل نموده و مالک مشاعی مجموعه می‌شود. لازم به یادآوری است، هرچند توافق بر بیع در حقوق ایران در چارچوب قواعد کلی حاکم بر قراردادها و اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ قانون مدنی) قابل توجیه است، قرارداد معینی که اثر تملیکی داشته باشد، تلقی نمی‌شود.^۲

با توجه به قانون بیع انگلستان و قانون مدنی ایران، می‌توان گفت در بیع کلی در معین و کلی فی‌الذمه، مالکیت نمی‌تواند با قرارداد منتقل شود، چون مبیع قابلیت این نقل و انتقال را ندارد. مالکیت به محض اینکه مبیع تعیین شد و به قرارداد تخصیص یافت، منتقل می‌شود. بنابراین، حتی در اینگونه قراردادها، قرارداد نشاندنده عزم و اراده جدی طرفین برای انتقال مالکیت است، اما انتقال مالکیت به این دلیل، که موضوع قرارداد (مبیع)، از نظر فیزیکی و مادی در وضعیتی نیست که بتواند این انتقال را بپذیرا باشد، ناممکن است. صرف‌نظر از برخی از تفاوت‌های جزئی، می‌توان نتیجه گرفت که چنانچه طرفین به نحو دیگری توافق نکرده باشند و مبیع پذیرای نقل و انتقال باشد، مالکیت همزمان با قرارداد انتقال می‌یابد زمانی مبیع قابلیت این نقل و انتقال را دارد که خریدار بتواند خود، کنترل بر مبیع را به دست آورد. ممکن است ایراد گرفته شود که بیع کلی در معین در حقوق انگلستان، از این قاعده خارج شده است، زیرا مالکیت در اینگونه قراردادها با پرداخت ثمن منتقل می‌شود، اما همان‌گونه که قبلاً ذکر شد،

۱. ناصر کلوزیان، عقود معین (۱)، حقوق مدنی، معاملات سررض - عقود تملیکی، چاپ چهارم، شرکت انتشار، ۱۳۷۱ ص

۲۵ و ۲۶

۲. همان منبع، شماره‌های ۲۲ تا ۲۴

پرداخت ثمن فقط نوعی مالکیت مشاعی را به خریدار منتقل می‌کند که شباهتی به حق مالکیت به معنای خاص آن ندارد و فقط در صورت ورشکستگی فروشنده می‌تواند تضمین‌کننده حقوق خریدار باشد. ولی مالکیت کامل با اختصاص سهم معینی از کلی به خریدار، به او منتقل می‌شود. بموجب ماده ۱۶ قانون بیع انگلستان، علاوه بر اختصاص سهم معینی از کلی به خریدار، کاهش یافتن و از بین رفتن اجزای کلی، که جزء معینی از آن فروخته شده، به گونه‌ای که فقط جزء فروخته‌شده از آن باقی‌مانده باشد، با شرایطی موجب انتقال مالکیت به خریدار می‌شود که آن شرایط عبارتند از اینکه: جزء باقیمانده در وضعیت قابل تسلیم قرار داشته و خریدار تنها کسی باشد که نسبت به جزء باقیمانده استحقاق دارد. از این رو، انتقال مالکیت در بیع کلی در معین نیز، اگر منظور انتقال مالکیت به گونه‌ای باشد که خریدار را قادر به اعمال حقوق مالکانه بر مبیع نماید، زمانی انجام می‌شود که مبیع قابلیت این نقل و انتقال را داشته باشد.

۱-۶) برخی فرضیات دیگر راجع به انتقال مالکیت

فرضیات موجود در مورد انتقال مالکیت می‌توانند به دو دسته تقسیم شوند: فرضیات گروه اول، مبتنی بر انتقال مالکیت همزمان با تسلیم و گروه دوم، مبتنی بر انتقال مالکیت همزمان با اتمام و تکمیل قرارداد است. این دو فرضیه از این جهت که انعقاد قرارداد را برای انتقال مالکیت کافی نمی‌دانند، وجه مشترک دارند. نظریه انتقال مالکیت با تسلیم، متضمن وجود ارتباطی نزدیک بین مالکیت و تصرف است؛ بنابراین، فقط زمانی مالک می‌تواند مالکیت خود را نسبت به یک شیء، به دیگری منتقل کند که آن را به وی تسلیم نماید. اما، همچنان که دانشمندان حقوق مانند پروفیسور اسمیت گفته‌اند، ما دیگر در یک جامعه ساده زندگی نمی‌کنیم، تجارت اقتضاء می‌کند که مالکیت و تصرف در موارد بسیاری از یکدیگر جدا شوند.^۱

انتقال مالکیت با تسلیم یا تکمیل قرارداد، از جهت دیگری نیز ممکن است مورد انتقاد قرار گیرد: اول اینکه، اگر انتقال مالکیت اثر مستقیم و بی‌واسطه عقد بیع است، پس انتقال مالکیت نمی‌تواند از عقد جدا شود یا به تأخیر افتد، آنگاه که موضوع عقد قابل

نقل و انتقال بوده و طرفین نیز به نحو دیگری توافق ننموده باشند. پس این فرضیه قصد طرفین را، از این جهت که تفاوت بین بیع و توافق بر بیع (انتقال مالکیت در زمان بعدی) را منتفی می‌سازد، تحت‌الشعاع قرار می‌دهد؛ زیرا طرفین عقد بیع، در صورتی که به نحو دیگری تراضی نکرده باشند، با انتخاب قالب عقد بیع قصد دارند که با عقد، مالکیت را انتقال دهند، حال آنکه در توافق به فروش، توافق می‌کنند که در زمان آینده این انتقال صورت گیرد.

دوم آنکه در عمل، این فرضیات ممکن است مشکلاتی را در الزام هر یک از طرفین به انجام تکالیفش ایجاد نماید. انتقال مالکیت پیش‌شرطی است که بر اساس آن، فروشنده می‌تواند پرداخت ثمن را تقاضا کند و از طرف دیگر، مالکیت با تسلیم منتقل می‌شود و «تسلیم» و «پرداخت» باید به طور همزمان و متقابل انجام شود؛ بنابراین، فروشنده محق نخواهد بود که پیش از تسلیم به خریدار، برای دریافت ثمن اقامه دعوا کند، زیرا هنوز مالکیت مبیع به خریدار انتقال نیافته است و خریدار نیز نمی‌تواند تقاضای تسلیم نماید؛ زیرا هنوز ثمن را پرداخت نکرده است و در عمل دادگاه نمی‌تواند هیچکدام از طرفین را ملزم به اجرای تعهداتشان کند.

دسته دوم فرضیات، همان‌طور که ذکر شد، شامل نظریه‌های موجود و مبتنی بر انتقال مالکیت همزمان با قرارداد یا با توافق طرفین می‌شود. نظریه انتقال مالکیت با قرارداد، با نظریه انتقال مالکیت در زمان توافق شده توسط طرفین، بسیار نزدیک است؛ زیرا قرارداد نیز محصول اراده و تراضی طرفین است. از آنجا که جوهر بیع انتقال مالکیت است، زمانی که طرفین قراردادی را منعقد می‌نمایند، بدان معنی است که قصد انتقال مالکیت مبیع را داشته‌اند، مشروط بر اینکه به نحو دیگری توافق نکرده باشند و موضوع عقد بیع نیز قابلیت پذیرش این انتقال را داشته باشد. اگر مالکیت با قرارداد منتقل شود، طرفین نمی‌توانند بر انتقال مالکیت مقدم بر زمان قرارداد تراضی کنند، در حالی که انتقال مالکیت بر اساس توافق طرفین، به طرفین این اجازه را می‌دهد که هر زمانی را به‌عنوان زمان انتقال مالکیت (ولو مقدم بر وقوع قرارداد) تعیین نمایند. هر یک از نظریات یادشده پیروانی در بین کشورها و نظامهای حقوقی موجود دارد؛ کشورهای مثل آلمان، هلند، و اسکاتلند از نظریه انتقال مالکیت همزمان با تسلیم

بیروی نموده و برخی از کشورهای اروپایی مثل انگلستان، فرانسه، و ایتالیا زمان انتقال مالکیت را زمان تعیین و توافق شده توسط طرفین دانسته‌اند.^۱

۱-۷) اثرات و نتایج انتقال مالکیت

هدف ما در این مقاله این نیست که اثرات و نتایج انتقال مالکیت را در قراردادهای بیع بتفصیل بررسی نماییم، بلکه برای تحقق این منظور، کافی خواهد بود که به سؤال «داشتن مالکیت مالی چه معنایی دارد» پاسخ گوئیم.

مالکیت عبارتست از داشتن حق انحصاری انتقال، تمتع و بهره‌برداری، و مصرف نمودن مالی،^۲ آنگونه که ماده ۳۰ قانون مدنی ایران بیان می‌کند: "هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد."

هرچند داشتن مالکیت مالی مستلزم تصرف فیزیکی در آن مال نیست، اما جوهر و اساس آن داشتن حق استفاده برای مالک و منع کردن دیگران از تصرف در آن مال است. از این رو، مالکیت یا به عبارت صحیح‌تر، اعمال حقوق مالکانه، مترادف داشتن کنترل بر اموال است.^۳ مسلماً ممکن است برخی از اثرات و نتایج مالکیت، بدون قرار گرفتن مال تحت کنترل مالک، حاصل شود، اما عمده‌ترین نتیجه و اثر بیع زمانی حاصل می‌شود که مبیع تحت کنترل و سلطه خریدار، خواه فیزیکی و واقعی یا حکمی و فرضی، قرار گیرد.

در برخی از نظامهای حقوقی، مثل کامن لوستنی و ایران، نقشی عمده به مفهومی همچون زمان انتقال مالکیت یا تسلیم، برای پاسخگویی به سؤالاتی عمده در مورد قراردادهای بیع مانند: زمان انتقال ریسک، زمان امکان تقاضای پرداخت از خریدار، و طریقه مناسب برای جبران خسارت وارده به طرف دیگر در اثر نقض قرارداد، داده شده است. به این روش شیوه مفهومی (*conceptual approach*) گفته می‌شود؛ زیرا مواردی چون زمان انتقال ریسک و زمان مطالبه ثمن، به مفهومی مثل تسلیم یا انتقال

1. Smith, T. B., *Property Problems in Sale*, London, Sweet and Maxwell, 1978, pp. 53-56

2. *Black's Law Dictionary*, p. 1216.

3. Austin, John., *Austin on Jurisprudence*, Vol. II, London, 1885, pp. 790-793.

مالکیت مرتبط شده است، اما از آنجا که این روش قادر نیست در همه موقعیتها و شرایط، پاسخهای مناسبی ارائه کند، همه نظامهای حقوقی استثنائات فراوانی بر اصول قابل قبول خود وارد نموده‌اند. آنگونه که حقوقدان معروف انگلیسی، پروفیسور آتیا (*Atiyah*)، بدرستی مطرح کرده، در این موارد استثنائات بحدی زیاد است که به نظر می‌رسد استثنائات قواعد را بلعیده‌اند.^۱ ناکارایی روش مفهومی، منجر به پیدایش و ظهور روش دیگری برای حل مسائل مهم و اساسی در قراردادهای بیع شد، که این روش را می‌توان روش کارکردی یا پاسخگویی به موارد خاص (*Functional of Specific Issue approach*) نامید. از این رو، پیشنهاد شده است که روش مفهومی باید به وسیله این شیوه مانند ماده ۲ مقررات متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا، (*UCC*) جایگزین شود.^۲ از این ایده بدین‌گونه دفاع شده است که انتخاب چنین شیوه‌ای می‌تواند به چرخه ابهامات مربوط به انتقال مالکیت خاتمه دهد، در حالی که روشهای مفهومی قادر به تأمین پاسخ یکسانی به همه مسائل مربوط نیستند.^۳ در هر حال، روشهای کارکردی، به رغم مزایایی که دارند، قادر به پاسخگویی به مسائل حادث و موضوعاتی که در قانون راه‌حلی برای آنها ارائه نشده است، نمی‌باشند.^۴ این خلأ می‌تواند با تکیه بر مفهومی مثل تسلیم، به‌عنوان یک متمم پر شود.^۵

ناکارایی روش کارکردی در پاسخگویی به مسائل جدید در تجارت بین‌الملل می‌تواند به مشکلات عمده‌ای منجر شود، زیرا روشها و شیوه‌های تجارت بین‌الملل معمولاً

1. Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, Ninth Edition, 1995, p. 270.

2. Article 2-401 of U.C.C. provides: "Each provision of this Article with regard to the rights, obligations and remedies of the seller, the buyer, purchasers or other third parties applies irrespective of title to the goods...". The purpose of this Article, as is mentioned by "official comment", is "to make it clear that this article deals with the issues between seller and buyer in terms of step by step performance or non-performance under the contract for sale and not in terms whether or not title to the goods has passed". (Commercial Law Handbook, 1993-1994, Gould Publications, INC., p. 98); See also: "Disengaging Sales Law From the Sale Construct: A Proposal to Extend the Scope of Article 2 of the U.C.C.", *Harvard Law Review*, (Vol. 96 1982), pp 470-491, p. 486, and 487.

3. Smith T. B., *op.cit.*, p. 80.

4. Atiyah, *op.cit.*, p. 270.

5. Smith T.B., *op.cit.*, p. 80.

توسط تجار و شرکتهای تجاری، تحت تأثیر پیشرفت فناوری جدید، ابداع می‌شوند. برای مثال، این روزها بحث انتقال الکترونیک اطلاعات، سؤالاتی را در زمینه امکان استفاده از این شیوه‌ها در تجارت، در هر دو زمینه انعقاد و اجرای قراردادهای، بوجود آورده است. نظامهای حقوقی، حتی پویاترین آنها، تنها تلاش می‌کنند تا خود را با این تغییرات همراه ساخته و برای آنها توجیهات مناسب ارائه کنند. در هر حال، ابداعات و نوآوریها نمی‌توانند در نظامهای مبتنی بر شیوه کارکردی مورد استقبال قرار گیرند، صرفاً بدین دلیل که در قوانین تصویب شده، آن موارد مورد خطاب قرار نگرفته‌اند، مگر اینکه در کنار آنها مبنای متمم و تکمیلی (برای حل مسائل حادث شده) مورد پذیرش قرار گیرد. از این طریق نظریه متمم و تکمیلی کاربردی وسیع می‌یابد که با هدف اصلی روش کارکردی مغایرت دارد. اما از طرف دیگر، همان‌گونه که قبلاً بحث شد روش کارکردی بدون به کارگیری و دکترین متمم و تکمیلی در برخورد با مسائل و موضوعات حادث شده ناتوان و غیرکارا خواهد بود.

۱-۸) ارتباط بین تسلیم و مالکیت

صرف‌نظر از زمان انتقال مالکیت، کنترل بر مال فروخته‌شده، عنصر مشترک بین دو مفهوم تسلیم و مالکیت است. «مالکیت» داشتن و اعمال چنین کنترلی است که خریدار نمی‌تواند قبل از تسلیم، واقعی یا فرضی، آن را به دست آورد و «تسلیم» انتقال این کنترل است. تسلیم، خریدار را به اعمال جنبه‌هایی از حق مالکیت، که بدون داشتن کنترل فیزیکی امکانپذیر نیست، مثل تغییر در وضعیت و به کارگیری مال در ساخت و ساز، قادر می‌سازد. کنترل و سلطه می‌تواند فیزیکی و مادی یا فرضی و حکمی باشد. مفهوم کنترل فرضی یا حکمی، از طرفی فروشنده را قادر می‌سازد تا مبیع را در حالی که در تصرف مادی و فیزیکی او نیست، تسلیم نماید و از طرف دیگر، برای خریدار نیز امکان اعمال حقوق مالکانه را، در زمانی که بر مبیع تسلط مادی ندارد، فراهم می‌آورد.

قراردادهای بیعی که متضمن حمل و نقل مبیع نیز هستند، بخوبی اهمیت تسلیم را در قادر ساختن خریدار به اعمال حقوق مالکانه نشان می‌دهند. برای مثال، در قراردادهای FOB، در صورت نبودن شرطی مخالف، مالکیت با بارگیری منتقل می‌شود و از طرفی

تحويل و تسليم به متصدی حمل و نقل، بمنزله تسليم به خریدار تلقی می‌شود. با تسليم مبيع به متصدی حمل و نقل که به نمایندگی از خریدار عمل کند، فروشنده کنترل و سلطه خود را بر مبيع رها کرده و آن را تحت تسلط خریدار قرار داده است. از این طریق، خریدار قادر خواهد بود با تحصيل اسناد حمل، مالکیت خود را بر مبيع اعمال نماید. اما اگر تصور نماییم که طرفین بر انتقال مالکیت، همزمان با انعقاد قرارداد یا در زمانی مقدم بر تسليم، توافق کردند، در این صورت نیز اعمال حقوق مالکانه برای خریدار قبل از تسليم مستمع می‌نمود. در قراردادهای *CIF*، این مرحله باید تا زمان تسليم اسناد حمل به تعویق افتد. طرفین می‌توانند بر انتقال مالکیت بعد از تعیین و اختصاص مبيع به قرارداد توافق نمایند، اما چنین مفروض است که قصد انتقال مالکیت قبل از تسليم اسناد حمل به خریدار یا ارسال آن به او وجود ندارد.^۱ زیرا در قراردادهای *CIF* بارگیری نمی‌تواند موجب انتقال کنترل مبيع به خریدار شود، بلکه کنترل، با قرار گرفتن اسناد حمل در اختیار خریدار به او منتقل می‌شود، یا حداقل زمانی این انتقال صورت می‌گیرد که فروشنده از سلطه خود بر مبيع دست برداشته و اسناد حمل را برای خریدار ارسال کند. پروفیسور گست (*A. G. Guest*) مؤلف فصل پنجم از کتاب *Benjamin's Sale of Goods* به این نکته اشاره دارد که:

"روش جدید قوانین تجاری این است که بین دو مفهوم انتقال مالکیت و انتقال ریسک (ضمان معاوضی) قائل به تفکیک شوند و در قراردادهای *Cif* و *Fob* به طور معمول این دو مفهوم از هم جدا شده‌اند. اما انتقال مالکیت از اهمیت خاصی در حقوق انگلستان برخوردار است، هرچند برخی از اثرات آن، آنگاه که تصرف در مبيع و تسليم انتقال نیافته، ممکن است محقق نشود."^۲

از مثالها و مباحث فوق می‌توان نتیجه گرفت که قسمت اخیر این نقل قول می‌تواند به این نحو تعمیم داده شود که بیشتر اثرات انتقال مالکیت آنگاه که مبيع تسليم نشده است، محقق نخواهد شد.

وجود رابطه بین تسليم و مالکیت، که این مقاله مدعی آن است، توسط مواد ۱۶ و ۱۸ قانون بيع کالا، مصوب ۱۹۷۹ انگلستان، تأیید شده است. زیرا در این مواد چنین

1. *Good Roy M., op.cit., P. 592, 593.*

2. *Benjamin's Sale of Goods, p. 178 (5-002).*

مفروض است که مالکیت زمانی به خریدار انتقال می‌یابد که مبیع در وضعیتی قرار داشته که وی بتواند بر آن اعمال کنترل و سلطه نماید. چنانچه نگاه ما به لزوم تعیین و اختصاص کالا به بیع، این باشد که تعیین و اختصاص، ابزار ضروری برای انتقال کنترل و اعمال حقوق مالکانه به منتقل‌الیه می‌باشد. ماده ۱۶، که مقرر می‌دارد مالکیت نمی‌تواند قبل از تعیین و اختصاص کالا به قرارداد بیع انتقال یابد، می‌تواند به‌عنوان مؤید و حمایت‌کننده مباحث فوق تلقی شود. در بندهای ۱ تا ۳ و ۵ از ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلستان، عبارت «وضعیت قابل تسلیم» به کار رفته است. این بدان معنی است که، آنگاه که مبیع در «وضعیت قابل تسلیم» قرار گرفته است، قانونگذار می‌تواند انتقال مالکیت آن را به خریدار مفروض بدارد. در بند ۱، آنگاه که مبیع در زمان انعقاد عقد در وضعیت قابل تسلیم قرارداد و طرفین به نحوی دیگر تراضی نکرده‌اند، همزمان با انعقاد عقد، مالکیت به خریدار منتقل می‌شود. بموجب بند ۲، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که فروشنده همه آنچه که باید انجام دهد تا مبیع را در وضعیت قابل تسلیم قرار دهد، انجام داده است و خریدار این وضعیت را تصدیق کرده است. در بند ۳، اقدام دیگری بعد از اینکه مبیع در وضعیت قابل تسلیم قرار گرفت، برای انتقال مالکیت لازم است، اما قرار گرفتن مبیع در چنین وضعیتی ضروری است. در بند ۵ چنین تصور شده است که مالکیت زمانی به خریدار منتقل شود که مبیع به طور بی‌قید و شرط به قرارداد اختصاص یافته باشد. در بیع کلی در معین، انتقال مالکیت زمانی انجام می‌شود که مقدار کلی به مقدار فروخته‌شده یا کمتر از آن تقلیل یافته باشد و در وضعیت قابل تسلیم باشد.

از این رو، در قانون بیع انگلستان، صرف‌نظر از اینکه به طرفین حق تعیین زمان انتقال مالکیت داده شده است (ماده ۱۷)، نظر بر این است که انتقال مالکیت زمانی مؤثر است که همراه و همزمان با قرار گرفتن مبیع در «وضعیت قابل تسلیم» باشد. زمانی مبیع در وضعیت قابل تسلیم است که برای خریدار ممکن باشد که کنترل و سلطه بر آن داشته و بدین طریق حقوق مالکانه خود را اعمال نماید.

این دیدگاه در حقوق ایران نیز می‌تواند پذیرفته شود. همچنانکه قبلاً بحث شد، در بیع کلی فی‌الذمه، مالکیت نمی‌تواند بموجب قرارداد انتقال یابد، چون مبیع قابلیت این نقل و انتقال را ندارد. با تعیین مبیع و اختصاص آن به قرارداد است که مالکیت به خریدار

منتقل می‌شود، زیرا تنها در این زمان است که خریدار می‌تواند سلطه و کنترل خود بر مبیع را اعمال نماید.

چنانچه پذیرفته شود که در عقد بیع، مالکیت همراه با تسلیم مبیع انتقال می‌یابد، پذیرش نظریات و فرضیات فوق با هیچ مقاومتی رو به رو نخواهد بود، اما این نظریات با فرضیه انتقال مالکیت همراه با انعقاد قرارداد یا با توافق طرفین، سازگاری چندانی ندارد. اگر مالکیت همزمان با انعقاد قرارداد یا با تراضی طرفین و قبل از تسلیم مبیع انتقال یابد، اما خریدار نتواند حقوق مالکانه خود را قبل از تسلیم اعمال نماید، پس اثر قرارداد قبل از تحقق تسلیم چه خواهد بود؟ در حقیقت، عقد بیع به خودی خود و قبل از تسلیم، حقوق متعددی را به خریدار اعطاء می‌کند، اما بیشتر آنها مرتبط با ضمانت اجرای نقض قرارداد توسط فروشنده است. به علاوه حقوق ایران مالکیت مبیع و نمائات و منافع آن را، خواه متصل یا منفصل، به خریدار داده است. این قاعده ممکن است در بیع بین‌المللی بدلیل اینکه مبیع عمدتاً دارای منافع و نمائات منفصل نیست، کاربرد چندانی نداشته باشد، اما در هر حال خریدار، حقوق مالکانه خود بر نمائات و منافع متصل را نیز قبل از تسلیم نمی‌تواند استیفاء کند. خلاصه آنکه، خریدار نمی‌تواند حقوق و منافی را که بموجب عقد بیع تحصیل کرده است، بدون اینکه مبیع در کنترل او قرار گیرد، اعمال نماید. این کنترل و سلطه معمولاً با تسلیم به خریدار حاصل می‌شود.

۲) رابطه بین انتقال ریسک و تسلیم

ریسک (ضمان معاوضی)، حکایت از آن دارد که چه کسی باید مسئولیت تلف یا وارد شدن خسارات بر مبیع را متحمل شود و چنین شخصی نمی‌تواند این مسئولیت را به دیگری منتقل کند. اثر بارز انتقال ریسک این است که خریدار پس از انتقال ریسک به او، ضامن پرداخت ثمن است، صرف‌نظر از اینکه مبیع در هر وضعیتی از آن پس قرار گیرد. چهار نظریه کلاسیک در زمینه زمان انتقال ریسک وجود دارد: انتقال ریسک همزمان با انتقال مالکیت، انتقال ریسک همزمان با انعقاد قرارداد، انتقال ریسک زمانی که فروشنده همه آنچه که می‌بایست بموجب قرارداد انجام دهد، انجام داده باشد؛ و انتقال ریسک همزمان با تسلیم. با توجه به ماهیت و جوهر این چهار نظریه، این

تقسیم‌بندی می‌تواند به دو گروه عمده‌تر انجام شود: انتقال ریسک همزمان با انعقاد قرارداد، مشابه انتقال ریسک همراه با انتقال مالکیت است، چنانچه مالکیت بتواند با صرف‌قرارداد منتقل شود. دو نظریه دیگر بر تسلیم استوار است؛ به عبارت دیگر با انتقال کنترل مبیع، خواه با قرار گرفتن مبیع در تصرف خریدار یا با واگذارن و خاتمه یافتن تصرفات مالکانه فروشنده، ریسک انتقال می‌یابد.^۱

سه نظام حقوقی مورد بحث ما در این مقاله، یعنی نظام حقوقی انگلستان، ایران، و کنوانسیون وین، سه شیوه مختلف را در این زمینه انتخاب کرده‌اند. در حقوق انگلستان انتقال ریسک به انتقال مالکیت پیوند داده شده است، در حقوق ایران انتقال ریسک همزمان با تسلیم انجام می‌شود و در کنوانسیون وین با این موضوع به طور مستقل از سایر موضوعات مرتبط با عقد بیع برخورد شده است. به رغم این مغایرت‌ها، سه نظام مورد بحث، در این نکته مشترکند که انتقال ریسک را با مسأله کنترل و سلطه بر مبیع مرتبط کرده‌اند، بدین معنی که ریسک باید برعهده کسی باشد که مبیع در کنترل و سلطه او است، مگر اینکه طرفین به نحوی دیگر تراضی کرده باشند. اثبات این ادعا در برخی از نظامهای حقوقی مثل ایران، آسانتر از سایر نظامها مثل انگلستان است. در هر حال ضرورت‌های تجارت بین‌المللی اقتضا می‌کند که زمان انتقال ریسک با دقت فراوانی تعیین شود.^۲

۲-۱) انتقال ریسک در حقوق ایران

در حقوق ایران، به پیروی از حقوق اسلام، ریسک یا ضمان معاوضی با تسلیم انتقال می‌یابد. توجه این نظریه در نظام حقوقی، که انتقال مالکیت با قرارداد انجام می‌شود، دشوار است؛ زیرا هنگامی که مالکیت انتقال یافت، نمائات و منافع مبیع از آن خریدار خواهد بود و طبعاً خسارات و تلفات وارد بر مبیع نیز باید توسط خریدار تحمل شود. حقوق اسلامی، با توجه به فرمایش نبی اکرم اسلام (صلی‌الله علیه و آله و سلم)،

1. Smith T. B., *op.cit.*, p. 33.

2. Schmitthoff, Clive M. "The Risk of Loss in Transit in International Sales", in *Unification of the Law Governing International Sales of Goods*, Edited by: John Honnold, Librairie Dalloz, 1966, Paris, pp. 169-189, on p. 172.

اعتقاد به انتقال ریسک همزمان با تسلیم دارد.^۱ این حکم با تحلیلی دقیق و منطقی منبسط از قصد و اراده طرفین در عقد معاوضی بیع است؛ زیرا، آنگاه که مبیع قبل از تسلیم تلف شود، امکان دست یافتن خریدار به عوض مورد انتظار منتفی شده و وجهی برای باقی ماندن تعهد فروشنده به تسلیم ثمن وجود ندارد. اگر تلف مبیع قبل از قبض را نتیجه قصد واقعی طرفین معاوضه بدانیم، قطعاً برای طرفین این امکان وجود دارد که به زمان دیگری برای انتقال ریسک تراضی نمایند، که این زمان می‌تواند زمانی مقدم بر انتقال مالکیت یا مؤخر از آن باشد. اگر طرفین بر انتقال مالکیت قبل از قرارداد تراضی نمایند و سپس معلوم شود که مبیع در آن زمان تلف شده و موجود نبوده است، خریدار تکلیفی به پرداخت ثمن ندارد؛ زیرا، قرارداد به دلیل موجود نبودن موضوع عقد، به هنگام عقد، باطل تلقی می‌شود. انتقال ریسک همزمان با تسلیم، مخاطرات مربوط به تلف یا نقصان مال را برعهده کسی که کنترل مبیع را در اختیار دارد قرار می‌دهد. به علاوه، چون زمانی که تسلیم انجام می‌شود، زمانی است که به طور دقیق مشخص است، زمان انتقال ریسک نیز می‌تواند به طور دقیق مشخص شود.

در قراردادهای فروش کلی فی‌الذمه یا کلی در معین، مالکیت با تعیین و اختصاص مبیع به قرارداد، که عملی یکجانبه توسط فروشنده است، انتقال می‌یابد، اما ریسک قبل از تسلیم انتقال نمی‌یابد.^۲

۲-۲) انتقال ریسک در کنوانسیون وین

از مواد ۶۷ و ۶۹ کنوانسیون وین، که مرتبط با انتقال ریسک است، چنین استفاده می‌شود که ریسک، همزمان با عمل فیزیکی انتقال تصرف، انتقال می‌یابد. آنگاه که قرارداد متضمن حمل و نقل مبیع نیز باشد، ریسک همزمان با تسلیم مبیع به متصدی حمل و نقل انتقال می‌یابد، اما آنگاه که قرارداد متضمن حمل و نقل مبیع نیست، ریسک زمانی به خریدار انتقال می‌یابد که مبیع در اختیار او قرار گرفته باشد. در چنین مواردی زمان انتقال ریسک، زمان تحقق عملی است که فروشنده را از تعهدات خود تحت آن قرارداد، برای تسلیم مبیع بری می‌سازد. در همه این موارد، ریسک زمانی

۱. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ اول - نشر علوم اسلامی - تهران ۱۳۶۳

۲. ناصر کاتوزیان، همان منبع - ص ۲۰۹

منتقل می‌شود که کنترل و تسلط بر مبیع به خریدار انتقال یافته است. یا زمانی که خریدار، در مقایسه با فروشنده، در وضعیت بهتری برای اعمال کنترل بر مبیع قرار گرفته است. بیع کالاهای در حال حمل، استثنائی است که از قواعد کلی پیش‌گفته پیروی نمی‌کند؛ زیرا، وضعیت تصرف در کالای در حال حمل قابل تغییر نیست. در مورد این نوع کالاها، لحظه انتقال مالکیت زمان انعقاد قرارداد است؛ پس از انعقاد قرارداد هرچند مبیع در تصرف فیزیکی خریدار قرار نمی‌گیرد، او می‌تواند تصرف حکمی و فرضی در مبیع را یا در اختیار گرفتن اسناد حمل تحصیل نماید و از این طریق، در وضعیت مناسب‌تری برای اعمال کنترل بر مبیع قرار گیرد. برای مثال، می‌تواند مبیع را پس از ورود به مقصد لژیابی و بازرسی کرده و جبران خسارات احتمالی وارده را درخواست نماید. به علاوه، وقتی که از نظر حقوقی تشخیص متصرف با دشواری همراه باشد، به تصرف کسی که از نظر حقوقی مالک تلقی می‌شود، ترتیب اثر داده می‌شود؛ از این رو، بین خریدار و فروشنده، خریدار کسی است که قانوناً متصرف تلقی می‌شود.

در هر حال، طرفین عقد می‌توانند بر زمان انتقال ریسک تراضی نمایند (ماده ۶ کنوانسیون). اختیار طرفین مطلق بوده و هر زمان، ولو مقدم بر زمان انتقال مالکیت، می‌تواند به‌عنوان زمان انتقال ریسک مورد توافق قرار گیرد.

۲-۳) انتقال ریسک در حقوق انگلستان

انتقال ریسک در قانون بیع انگلستان (۱۹۷۹) با انتقال مالکیت مرتبط شده است. انتقال ریسک همزمان با انتقال مالکیت قاعده مناسبی به نظر نمی‌رسد و بخصوص نمی‌تواند در تجارت بین‌المللی راهگشا باشد؛ زیرا تعیین زمان انتقال مالکیت، بویژه در مواردی که مبیع عین معین نیست، همواره با دشواری همراه است. مع‌الوصف، قانون بیع انگلستان سعی کرده است که معیارهای روشنی را برای انتقال مالکیت و ریسک، از طریق وضع قواعدی ناظر به نحوه تشخیص قصد طرفین به انتقال مالکیت، ارائه نماید. همان‌گونه که قبلاً بررسی شد، بموجب این قواعد، مالکیت به طور معمول همزمان با انتقال کنترل مبیع به خریدار به وی منتقل می‌شود، یا زمانی که فروشنده مبیع را از سلطه و کنترل خود خارج کرده باشد و مبیع را در وضعیتی قرار داده باشد که

خریدار بتواند بر آن اعمال کنترل نماید (وضعیت قابل تسلیم)، مگر اینکه طرفین به نحوی دیگر تراضی نموده باشند.

برای مثال، در بیع کلی فی‌الذمه انتقال مالکیت به تعیین و اختصاص کالای موضوع قرارداد، به قرارداد موکول شده است. فروشنده‌ای که کالای موضوع قرارداد را برای انتقال به خریدار به متصدی حمل و نقل تسلیم کرده است، چنین تلقی می‌شود که مبیع را، به طور غیرمشروط، به قرارداد اختصاص داده است.

مع‌الوصف در حقوق انگلستان این امکان وجود دارد که ریسک بدون انتقال مالکیت نیز انتقال یابد. لرد نورمند (Lord Normand) در پرونده *The Julia*^۱ از یکی از آرای قدیمی^۲ صادره از دادگاههای انگلستان نقل قولی می‌کند که عبارت فوق را تأیید می‌کند: "در حقوق انگلستان . . . این ضرورت احراز شده که باید انتقال ریسک به خریدار قبل از انتقال مالکیت، اگر طرفین چنین قصد نمایند، امکانپذیر باشد. انتقال ریسک بر اساس توافق طرفین، در قراردادهای تجاری‌ای که طرفین کاملاً حرفه‌ای هستند، صرفاً مصنوعی نیست. در چنین مواردی که نظر داده شده است که ریسک بدون مالکیت به خریدار انتقال می‌یابد، به این دلیل است که خریدار به جای فروشنده منتفع اصلی و بی‌واسطه از مبیع می‌باشد؛ برای مثال، در مواردی که خریدار به موجب حواله انباری که برای تحویل گرفتن بخش معینی از یک کلی فروخته‌شده خطاب به انباردار در اختیار دارد، یا زمانی که خریدار بموجب چند قرارداد جداگانه تمامی اجزای یک مال کلی معین را خریداری نموده است، اما هنوز هریک از فروشندگان به طور جداگانه سهم خریدار را تعیین نکرده‌اند. از این رو، انتقال ریسک همزمان با انتقال مالکیت قاعده‌آمره نیست و این قاعده نه‌تنها می‌تواند با تراضی طرفین تفسیر یابد، بلکه در صورت فقدان چنین توافقی وقتی که خریدار منتفع مستقیم و بلاواسطه از مبیع تلقی می‌گردد، ریسک بر عهده او گذاشته می‌شود. زمانی خریدار واجد این وصف است که مبیع در کنترل او باشد."

1. [1949] A.C., p. 293, on p. 319.

2. *Hausen v Craig & Rose* (1895), 21 Ch. D., p. 432.

علاوه بر مثال فوق، که توسط لرد نورمند ارائه شده، پرونده^۱ *Vickers Limited Stens Limited v Scrutton L. J.* بطور خاص، این ایده را که داشتن کنترل نقشی اساسی در انتقال ریسک حقوق انگلستان ایفاء می‌کند، تأیید کرده است. پرونده مذکور مربوط است به فروش ۱۲۰ هزار گالن شراب سفید، که بخشی از شراب در یک مخزن متعلق به یک بنگاه انبارداری نگهداری می‌شد. خواهان، قبض انباری دریافت کرده بود، که بموجب آن، بنگاه نگهداری‌کننده تعهد کرده بود مقدار معینی از شراب موجود را با دستور خواهان تسلیم نماید. پس از قبول این حواله انبار توسط خواهان، و قبل از اینکه کمیت فروخته‌شده جدا شود، شراب موجود در مخزن کیفیت خود را از دست داد.

مطابق بند ۵ ماده ۱۸ از قانون بیع انگلستان (۱۹۷۹)، مالکیت مبیع قبل از تعیین مبیع کلی و اختصاص آن به قرارداد نمی‌تواند به خریدار منتقل شود؛ از این رو، ریسک باید توسط فروشنده تحمل شود و به خریدار انتقال نیابد. دادگاه پژوهشی، راجع به این که آیا ریسک در بیع کلی در معین، قبل از جداسازی کمیت فروخته‌شده انتقال یافته است یا نه، نظر داد که ریسک با قبول قبض انبار توسط خریدار منتقل شده است و لذا، خسارت وارده باید توسط خریدار تحمل شود. قاضی لرد اسکراتن (*L. J. Scrutton*) در این پرونده به شرح ذیل استدلال می‌نماید:

”من در این پرونده صریحاً به این نتیجه رسیدم که در رابطه بین خواهان و خواننده، ریسک برعهده خواهان، یعنی خریداران است. فروشنده تمام آنچه را که متعهد به انجام آن بوده است، انجام داده است. خریداران می‌توانستند به بنگاه نگهداری‌کننده مراجعه کرده و تقاضای تسلیم مبیع را نمایند و اگر این کار را بموقع انجام داده بودند می‌توانستند تمامی آنچه را که فروشنده متعهد به فروش آن بود، دریافت دارند. آنچه خریداران در اینجا تلاش دلرند انجام دهند، این است که ریسک را پس از قبول حواله انبار برعهده کسی گذارند که هیچ کنترلی بر مبیع ندارد، زیرا کاملاً بدیهی است که پس از قبول حواله انبار، فروشنده هیچ حقی ندارد تا به انباردار مراجعه کرده و از آنان بخواهد که از تسلیم مبیع به خریداران امتناع نماید. ... به نظر می‌رسد تنها نتیجه‌ای

که می‌توان از این شواهد به دست آورد این است که ریسک قطعاً منتقل شده است.^۱ در این پرونده بدون تردید کالا در کنترل و تحت تصرف خریداران قرار داشته و از این جهت دادگاه به نفع فروشندگان رأی داد. به رغم، واقعیات مشابه در پرونده^۲ *Healey v Howlett & Sons* که در آن ۲۰ جعبه ماهی همراه با ۱۹۰ جعبه دیگر، بدون اینکه هیچکدام از آنها برای خریدار معین شده باشد، ارسال شده بود، دادگاه نظر داد ریسک هنوز برعهده فروشنده است، لازم به یادآوری است که داشتن سهم مشاعی از مال معین فروخته‌شده، موجبی برای انتقال ریسک به خریدار نمی‌شود.^۳

ماده ۳۲ قانون بیع کالای انگلستان (۱۹۷۹)، که مقرر می‌دارد آنگاه که فروشنده مجاز یا مکلف به تحویل کالا به متصدی حمل و نقل است (کسی که ظاهراً نماینده خریدار تلقی می‌شود)، با تحویل کالا به متصدی حمل و نقل ریسک و مالکیت هر دو به خریدار منتقل می‌شود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند، در هماهنگی با ایده انتقال ریسک همزمان با انتقال کنترل مبیع است. لازم به یادآوری است که ماده ۳۲ به مواردی که فروشنده موافقت می‌کند تا مبیع را در محل دیگری غیر از محلی که مبیع در زمان قرارداد موجود است با مسئولیت خود تحویل خریدار نماید، ناظر نیست؛ زیرا، در چنین مواردی متصدی حمل و نقل نماینده خریدار نیست بلکه نماینده فروشنده است. با وجود این در اینگونه حالات، بموجب ماده ۳۳، خریدار باید ضمان ناشی از هر گونه خسارات وارد بر مبیع در مورد حمل و نقل را تحمل کند، مگر اینکه بین طرفین به نحوی دیگر توافق شده باشد. این حکم هرچند با نظریه ارتباط بین انتقال ریسک با انتقال کنترل مبیع متفاوت است، در شرایط کنونی کاربردی بسیار اندک دارد و فقط فروشنده را در قبال ریسکهای متعارف مرتبط با حمل و نقل حمایت می‌کند و نمی‌تواند موجب عدم مسئولیت فروشنده در قبال تلف یا نقصانی شود که به دلیل وجود عیوب در مبیع، قبل از حمل و نقل، بوده است.^۴

1. *Sterns Limited v Vickers Limited*, [1923] 1 K.B., p. 78, on p. 83.

2. [1917] 1 K.B. p. 337.

3. *Healey v Howlett & Sons*, [1917] 1 K. B., p. 337;

4. *Bradgate, R.*, *Commercial Law*, pp. 314, and 315; *Atiyah, P. S. The Sale of Goods*, p. 304; *Goode, R.*, *Commercial Law*, p. 212.

تذکر این نکته نیز ضروری است که بند ۲ ماده ۲۰ که مقرر می‌دارد، چنانچه تسلیم به دلیل عملکرد یکی از خریدار یا فروشنده به تعویق افتد، ضمان برعهده کسی است که دلیل این تأخیر بوده است، حکمی است که به عنوان یک جریمه ریسک را به طرف متخلف مرتبط می‌کند و تخلف از قواعد کلی تلقی نمی‌شود.

نتیجه

این مقاله وجود عناصر مشابه و تشابه در مفهوم تسلیم در حقوق انگلستان و ایران را نمودار ساخت، مفهومی که قابل انطباق با کنوانسیون وین نیز هست. تسلیم، خواه فیزیکی و مادی یا فرضی و حکمی، در هر سه نظام حقوقی حاکی از انتقال کنترل مبیع به خریدار است. قبل از تسلیم هرچند خریدار مالکیت مبیع را تحصیل می‌کند، اثرات و نمودهای این مالکیت، بویژه در رابطه با اشخاص ثالث، یا تسلیم آشکار می‌شود. انتقال مالکیت، آنگاه که با تسلیم همراه نباشد، اثر قابل توجهی نخواهد داشت. تسلیم، خواه فیزیکی یا حکمی، خریدار را به اعمال حقوق مالکانه خود بر مبیع قادر می‌سازد. تسلیم آنگاه واقع می‌شود که فروشنده از اعمال کنترل و تصرف خود بر مبیع دست برداشته و مبیع را در وضعیتی قرار دهد که برای خریدار امکان اعمال این کنترل را فراهم نماید. از این جهت تسلیم با قبض و دریافت مبیع متفاوت می‌شود. مسأله زمان و شیوه انتقال مالکیت به خریدار سؤالی اساسی است. کنوانسیون وین پاسخگویی به این دو سؤال را به حقوق داخلی کشوری، که قانون آن به عنوان قانون حکم بر قرارداد قابلیت اعمال را دارد، واگذار شده است.

در حقوق انگلستان طرفین می‌توانند بر زمان انتقال مالکیت از خریدار به فروشنده توافق نمایند، اما چنانچه موضوع قرارداد کلی فی‌الذمه یا کلی در معین باشد قبل از تعیین و اختصاص فردی از افراد کلی به قرارداد، امکان انتقال مالکیت وجود ندارد. در حقوق ایران، مالکیت همزمان با انعقاد بیع منتقل می‌شود، مشروط بر اینکه مبیع قابلیت این نقل و انتقال را داشته باشد. طرفین نیز می‌توانند بر انتقال مالکیت در زمان دیگری توافق کنند، مشروط بر اینکه موضوع عقد بیع بتواند انتقال در آن زمان را بپذیرد. حقوق ایران با حقوق انگلستان مشابه است چون مالکیت مبیع کلی در هیچکدام از دو نظام، نمی‌تواند به خریدار منتقل شود. اما تفاوت حقوق انگلستان و

ایران در این است که در حقوق انگلستان طرفین می‌توانند بر انتقال مالکیت قبل از انعقاد قرارداد هم تراضی نمایند، در حالی که در حقوق ایران، طرفین نمی‌توانند اثر قرارداد را عطف به ماسبق کنند. در هر حال تفاوتها اندک بوده و مقررات متحدالشکل مثل کنوانسیون وین، که زیرکانه از طرح مسأله زمان انتقال مالکیت خودداری کرده، با هر دو نظام سازگار است.

این نتیجه‌گیری می‌تواند با پیشنهاد «تسلیم» به عنوان نقطه عطف در نظامهای حقوقی، که در مورد بیع و مسائل مرتبط با آن از «شیوه مفهومی» استفاده می‌کنند، گامی جلوتر نهد که بر این اساس مالکیت و ریسک هر دو با تسلیم انتقال خواهند یافت. استدلال فوق می‌تواند برای حمایت از نظریه انتقال ریسک همزمان با تسلیم به کار رود. انتقال ریسک همزمان با تسلیم، بر این اساس توجیه می‌شود که ریسک باید توسط کسی که متصرف مبیع است و آن را در اختیار و کنترل خود دارد تحمل شود.^۱ بنابراین، اگر در نظر است تا انتقال مالکیت و انتقال ریسک از یک قاعده تبعیت کنند، مناسب‌ترین معیارها، معیار انتقال ریسک و مالکیت با تسلیم خواهد بود. اما در هر حال، این نظریه، ویژگی تملیکی بودن عقد بیع را که اقتضاء می‌کند آنچه فروخته شده در رابطه بین خریدار و فروشنده، حتی بدون تسلیم، از ملکیت فروشنده خارج و به ملکیت خریدار وارد شود، کم رنگ می‌کند. از این رو، قطعاً در نظر نیست تا فرضیه‌ای را بپذیریم یا تسلیم مصالحی شویم که ویژگی مهم تملیکی بودن بیع را به خطر اندازد. عقد بیع، به خودی خود منعکس‌کننده قصد طرفین و اراده آنها به انتقال مالکیت است و تسلیم، که موجب انتقال فیزیکی یا فرضی مبیع به خریدار می‌شود، او را بر اعمال حقوق مالکانه خود قادر می‌سازد. در هر حال، چنانچه مالکیت مبیع با عقد به خریدار انتقال نیافته باشد، در صورتی که به نحوی دیگر بین طرفین تراضی نشده باشد، مالکیت با تسلیم انتقال خواهد یافت.

در مورد انتقال ریسک، سیاست کلی همانگونه که پروفیسور هانولسد (Prof. Honnold) اشاره کرده است، باید چنین باشد که طرفی مسؤول تلقی شود که در موقعیتی بهتر برای ارزیابی خسارات وارد بر مبیع و طرح دعوی علیه بیمه‌گذار

1. Lawson, F. H. "The Passing of Property and Risk in Sale of Goods-A Comparative Study", *The Law Quarterly Review*, Vol. 65, 1949, pp. 352-366, on p. 361.

قرار داشته و بهتر بتواند از کالا استفاده کرده، آن را از معرض تلف نجات دهد یا به آن خسارت وارد کند.^۱ لذا همچنان که پروفیسور اشمیتف (Prof. Schmitthoff) استدلال کرده است، اگر در قبول انتقال مالکیت همزمان با تسلیم تردیدهایی وجود دارد، بی تردید بهترین معیار برای انتقال ریسک، تسلیم خواهد بود.^۲ تسلیم یا به عبارت دیگر انتقال کنترل مبیع از فروشنده به خریدار، خریدار را در موقعیتی بهتر از فروشنده برای حفاظت از مبیع، بیمه کردن آن، و ضمان تلف یا نقصان آن قرار می دهد. هرچند سه نظام حقوقی ایران، انگلستان، و کنوانسیون وین سه شیوه متفاوت در برخورد با مسأله انتقال ریسک انتخاب کرده اند، وجه اشتراک هر سه این است که انتقال ریسک با انتقال کنترل مرتبط شده است، مگر اینکه طرفین به نحوی دیگر تراضی کرده باشند. در هر سه نظام، طرفین می توانند در مورد زمان انتقال ریسک تراضی نمایند. ظاهراً در این خصوص، محدودیتی برای آزادی اراده طرفین وجود ندارد و آنها می توانند بر هر زمانی تراضی کنند. در هر حال، چنانچه طرفین توافق بر انتقال ریسک قبل از انعقاد قرارداد نموده باشند، ریسک و ضمان ناشی از تلف مبیع، قبل از انعقاد عقد، به خریدار منتقل نمی شود؛ زیرا اعتبار و صحت قراردادی که موضوع آن قبل از انعقاد قرارداد از بین رفته، در هر دو نظام ایران و انگلستان پذیرفته نشده است.

1. Hamold, John, *Uniform Law for International Sales*, p. 379.

2. Schmitthoff, Clive M. "The Risk of Loss in Transit in International Sales", in *Unification of the Law Governing International Sales of Goods*, pp. 169-199, on pp. 186, and 187.

ABSTRACT

This paper confirms the existence of a common thread and a similarity in the nature of delivery in Iranian and English law which is compatible with the Vienna Convention. Delivery, whether physical or constructive, under these three laws is transfer of control of the goods to the buyer, which enables him to exercise his property rights. Before delivery the buyer may have ownership of the goods, but manifestations and consequences of his ownership, particularly with respect to a third party, come into effect by delivery. Transfer to property will not have any significant result when it has not been accompanied by delivery. Delivery, whether physical or constructive, provides the buyer with the possibility of exercising his rights as owner of the object of sale. Delivery takes place when the seller abandons his control over the goods and puts them in a situation in which the buyer can take control of them. In this way delivery is not identical to receipt of the goods by the buyer.

The question of when and how the property transfers to the buyer is controversial. The Vienna Convention left the question to be decided by the national law applicable to the contract. In English law the parties may fix a date as the time when the property transfers from the seller to the buyer, but they may not agree on transfer of property in the contract for the sale of unascertained goods before the goods are ascertained. In Iranian law, the property passes on conclusion of the contract when the object of sale is capable of this transfer. The parties may agree on transfer of property at any time after the conclusion of the contract, provided that the object of sale can accept the conveyance at that time. Iranian law is similar to English law because property in unascertained goods cannot be transferred in either law. English law differs from Iranian law with regard to the extent of the parties' freedom in fixing the time when the property is transferred; under English law the parties may agree on a date prior to the time of the conclusion of the contract, whereas under Iranian law the parties may not give a retrospective effect to the contract. However, the differences are trivial; a uniform law such as the Vienna Convention which cunningly avoids the question of transfer of property is compatible with both laws.

This paper suggests that delivery can be a proper central notion in the legal systems which, as regards the sale contracts, are based on a "conceptual approach"; accordingly, the property and risk shall pass on delivery. The above arguments can be used to support the transfer of property on delivery. Transfer of risk on delivery, as mentioned earlier, is justified on the grounds that risk should be borne by the person who is in the possession of the goods and has control over them. Thus, if it is intended to link the transfer of risk to the passing of property, the most suitable criterion for transfer of property will be delivery. Transfer of property on delivery, however, undermines the alienatory character of a sale, which requires that the thing sold, so far as the relation between the parties is concerned, is regarded as being, even without delivery, severed from the seller's estate and transferred to the buyer's. therefore, it is not intended here to give priority to any doctrine or surrender to any expedience which may jeopardies this character of a sale contract. A contract for sale, by itself, adequately reflects the parties' intent and determination to transfer the property; hence, the property is transferred on the sale or after the sale as soon as the object of sale becomes capable of this transfer. Delivery, which gives the physical or constructive control of the thing to the buyer, enables the buyer to exercise most aspects of his property rights. However, if property in the goods has not passed to the buyer by the contract, in the absence of any contrary agreement, property shall pass on delivery.

As regards transfer of risk, the general policy, by should be determined by questions such as: which party is in a better position to evaluate the loss and press a claim against the insurer and to salvage or dispose of damaged goods? Who can insure the goods at the least cost? Therefore if there are some doubts about accepting delivery as the turning point in the transfer of property, the best criterion for a general clause relating to the passing of risk is delivery. Delivery, or in other words transfer of control of the goods, puts the buyer in a better position than the seller to protect, and insure the goods, puts the buyer in a better position than the seller to protect, and insure the goods and to the responsible for their accidental loss or damage Although Iranian law, English law, and the Vienna Convention have chosen different approaches and rules

concerning the transfer of risk, they are similar in linking transfer of risk to the control of the goods, unless the parties have agreed otherwise. Under these three laws the parties are free to fix the time when the risk passes by their mutual agreement. Apparently, there is no limitation on the parties' autonomy and they may agree on any time as the time when the risk shall pass. However, when the parties agree on transfer of risk at a time prior to the conclusion of the contract, the risk of destruction of the object of sale before conclusion of the contract cannot be borne by the buyer, because the validity and existence of the contract when the object of sale is destroyed before conclusion of the contract are questionable under the both Iranian and English law.