

مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع*

دکتر جلیل قنواتی**

چکیده

نظامهای مختلف حقوقی در خصوص زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، نظر واحدی ندارند و با توجه به نوع مورد معامله زمان انتقال متفاوت می‌باشد. در مورد عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه، نظام حقوقی اسلام زمان انتقال مالکیت را زمان انعقاد قرارداد می‌داند. قانون مدنی ایران نیز با اقتباس این اندیشه از فقه امامیه همین دیدگاه را انتخاب کرده است، این در حالی است که بسیاری از حقوق‌دانان زمان انتقال مالکیت در کلی فی الذمه را زمان اختصاص یا تسلیم کالا دانسته‌اند. در مورد کالای آینده در صورتی که از مصادیق بیع سلف و سلم باشد، در زمان تحقق شرط یعنی قبض ثمن مالکیت منتقل می‌شود و در صورتی که از نوع سلف نباشد، در زمان انعقاد قرارداد، مالکیت منتقل می‌شود. در حقوق انگلیس انتقال مالکیت در مورد عین معین در زمانی صورت می‌گیرد که طرفین قصد انتقال آن را داشته باشند، و در تبیین قصد طرفین شروط قراردادی و اوضاع و احوال مورد رفتار رویه طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد. در مواردی که طرفین در این خصوص توافقی نداشته باشند، قواعد سه گانه ماده ۱۸ قانون بیع کالا اعمال می‌شود. و در مورد کالای غیر معین - که شامل کلی در معین و کلی فی الذمه می‌شود - در زمان اختصاص و تعیین کالا مالکیت منتقل می‌شود و در مورد کالای آینده نیز حقوق انگلیس زمان اختصاص کالا را زمان انتقال مالکیت می‌داند. در حقوق فرانسه در مورد عین معین، مالکیت کالا در زمان انعقاد قرارداد منتقل می‌شود. و در مورد کالای غیرمعین و کالای آینده نیز زمان اختصاص کالا، زمان انتقال مالکیت آن دانسته شده است. بطور کلی قواعد حقوقی با نظریه‌ای هماهنگ است که زمان انتقال مالکیت را زمان انعقاد قرارداد می‌داند. البته در موارد استثنائی که قبض مبیع یا ثمن، شرط صحت عقد است،

* دریافت ۸۲/۹/۳؛ پذیرش ۸۲/۱۰/۱۱

** استادیار مجتمع آموزش عالی قم (دانشگاه تهران).
Email: ghanavati@ut-cq.ac.ir

در زمان تحقق شرط، مالکیت منتقل می‌شود.

واژگان کلیدی: انتقال مالکیت، ضمان معاوضی، عین معین، کالای کلی فی الذمه، کالای کلی درمعین، بیع کالای آینده، تسلیم، انعقاد قرارداد، اختصاص.

مقدمه

واژه انتقال مالکیت به این معنا نظر دارد که: شخصی به موجب عقد یا ایقاع مالکیتی را که خود بار مالی دارد به دیگری انتقال دهد به طوری که مالکیت او به محض این انتقال از بین رفته و مالکیت شخص یا اشخاص دیگری جای مالکیت او را بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ص ۳۳۲).

انتقال مالکیت به معنای بالا در عقد، دیر زمانی است که در سیستمهای حقوقی مختلف مورد توجه قرار گرفته و نظریات گوناگونی درباره آن ابراز شده است. تنوع نظریات به حدی است که کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، موضوع انتقال مالکیت را به قوانین داخلی احاله داده است (ماده ۴ کنوانسیون). به نظر می‌رسد تنها نکته‌ای که از کنوانسیون مزبور به دست می‌آید این است که زمان انتقال مالکیت زمان انعقاد عقد نیست. در ماده ۳۰ مقرر شده است: "بایع مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است کالا را تسلیم کند، هر گونه مدرک مربوط به کالا را تحویل نماید و مالکیت کالا را انتقال دهد". از اینکه در این ماده وظیفه بایع انتقال مالکیت دانسته شده است معلوم می‌شود که با انعقاد عقد، مالکیت منتقل نشده و نیاز به انتقال آن به وسیله بایع دارد.

سؤالات عمده‌ای که باید در بررسی این موضوع پاسخ داده شوند عبارتند از: آیا مالکیت در زمان انعقاد عقد بیع منتقل می‌شود یا با "تسلیم" یا "اختصاص" مورد معامله انتقال مالکیت را به همراه دارد؟ آیا ممکن است مالکیت کالا در زمان دیگری غیر از زمان انعقاد عقد و زمان تسلیم منتقل شود؟ با پذیرش هر بخشی از سؤالهای فوق به عنوان قاعده و اصل، آیا هر گونه شرط خلاف آن از اعتبار حقوقی برخوردار است یا خیر؟ مقاله زیر به این مباحث پرداخته شده و با تطبیق و مقایسه سیستمهای حقوقی مختلف نظریه مورد قبول نگارنده ابراز می‌شود. پیش از ورود به مباحث ماهوی و تطبیق بین سیستمهای حقوقی، تاریخچه مختصری از موضوع "انتقال مالکیت" را بیان می‌کنیم.

تاریخچه

در حقوق روم باستان صرف انعقاد عقد و تراضی طرفین، ناقل مالکیت نبوده و تنها برای طرفین ایجاد تعهد می‌نمود، به عبارت دیگر عقد بیع از جمله عقود عهدی بود که به موجب آن فروشنده متعهد می‌گردید بیع را به تصرف خریدار در آورده و خریدار نیز متعهد می‌شد تصرف بر ثمن را به فروشنده منتقل نماید (امامی، ۱۳۷۱، ص ۴۱۸ و جعفر لنگرودی، همان، ص ۱۰۷۰). به تعبیر دیگر بیع موجب انتقال مالکیت نبوده و تنها فروشنده را ملزم می‌کرد که مبیع را (مال هر کسی باشد)، به تصرف مشتری در آورد و تا زمانی که مالک حقیقی مبیع در مقام استیفای مال خود بر نمی‌آمد، مشتری حق نداشت که به اطلاع شخصی خود از وجود شخص ثالث که مالک حقیقی بیع است، به دادگاه شکایت کند (امامی، همان و جعفری لنگرودی، همان). بنابراین در حقوق روم بیع ایجاد ملکیت نمی‌نمود و حتی فروشنده را متعهد به تملیک مبیع نیز نمی‌کرد بلکه پس از عقد ملکیت برای مشتری بوسیله *manicipatio* یا *injure cessio* و یا *raditio* (امامی، همان؛ جعفری لنگرودی، همان و مارش^۱، ۱۹۷۳، ص ۲۳۸) به عمل می‌آمد.

قواعد حقوق رومی در خصوص انتقال مالکیت نقطه مناسبی هستند که بررسی تطبیقی در مورد قواعد حاکم در سیستمهای انگلیس و فرانسه و آلمان را از آنجا آغاز کنیم زیرا این قواعد بطور مستقیم یا غیر مستقیم تا اندازه‌ای داخل در هر یک از این سه سیستم شده‌اند اگر چه هر یک از این سیستمها برخی قواعد حقوق رومی را در جهت راه حل‌های محلی خود نپذیرفته‌اند (مارش، همان). مثلاً قاعده حقوق رومی در مورد انتقال مالکیت به آسانی در حقوق آلمان وارد گردید. در حقوق قدیمی آلمان لازم بود که انتقال فیزیکی کالا همراه با قصد انتقال مالکیت محقق شود، این مفهوم در قانون مدنی آلمان باقی مانده است. بر اساس مقررات قانونی علاوه بر توافق بین طرفین در مورد انتقال مالکیت باید تسلیم کالا به منظور انتقال مالکیت به خریدار وجود داشته باشد (ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان و مارش، همان). اما حقوق فرانسه، بیع را عقدی تملیکی دانسته که با انعقاد قرارداد مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌گردد. بر اساس اصل رضایی بودن عقد بیع "*solo consensu*"، صرف تقابل دو رضا در بیع و توافق طرفین در انتقال مالکیت عوضین کافی است. بنا به گفته مارو (جعفری لنگرودی، همان، ص ۱۰۷۰)،

1. Marsh.

قاعده رضایی بودن عقد بیع سه اصل را پدید می‌آورد: ۱. بیع ناقل مالکیت است. ۲. بیع بدون فاصله و همزمان با عقد، ناقل مالکیت است. ۳. بیع بلافاصله ناقل ضمان بایع "risque"، است. در حقوق انگلیس نیز عقد بیع سبب انتقال مالکیت می‌شود. بند اول ماده ۲ قانون بیع کالا در تعریف عقد بیع می‌گوید: "عقد بیع عقدی است که به موجب آن فروشنده، مالکیت کالا را در مقابل عوض (مقداری پول)، به خریدار منتقل می‌کند یا موافقت با انتقال آن می‌نماید"، یکی از حقوقدانان انگلیسی در تفسیری از مواد ۲۰-۱۶ قانون بیع کالا می‌گوید: مواد ۲۰-۱۶ قانون بیع کالاها با این عنوان آغاز می‌شود: "انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار" بنابراین موضوع هر قرارداد بیعی انتقال مالکیت از فروشنده به مشتری است و اصطلاح Property در مواد این قانون مترادف Ownership است (بوری^۱، ۱۹۸۸، ص ۶۵ به بعد).

در حقوق اسلام عقد بیع سبب انتقال مالکیت می‌شود و این انتقال در زمان انعقاد قرارداد بیع صورت می‌گیرد. حقوق ایران نیز به پیروی از فقه امامیه انعقاد قرارداد بیع را سبب انتقال مالکیت دانسته و تسلیم در انتقال مالکیت نقشی ندارد.

رابطه موضوع انتقال مالکیت و ضمان معاوضی

دو موضوع انتقال مالکیت و ضمان معاوضی چنان به هم وابسته‌اند که تصور می‌شود ضمان معاوضی تابع مالکیت است. این وابستگی است که در قاعده لاتینی *res perit domino* نشان داده می‌شود. معنای این قاعده این است که تلف مال به زیان مالک آن است (مارش، همان، ص ۲۳۸).

یکی از حقوق‌دانان در این مورد می‌گوید: "یکی از دلایل مهم دانستن زمان خاص انتقال مالکیت این است که بر اساس مواد قانونی در این زمان است که ریسک هر گونه زیان یا خسارت بر کالا به خریدار منتقل می‌شود و تا زمانی که مالکیت کالا برای فروشنده باقی است، کالاها در ریسک او هستند. بعلاوه تنها بعد از زمان انتقال مالکیت به خریدار فروشنده معمولاً می‌تواند از او در خصوص قیمت شکایت کند" (بوری، همان، ص ۲۳۸ به بعد). این ارتباط را زمانی بهتر می‌بینیم که شیوه‌های چهارگانه‌ای را که سیستم‌های مختلف حقوقی در خصوص این موضوع پذیرفته‌اند ملاحظه کنیم. این چهار شیوه عبارتند از:

۱. در اثر عقد بیع، مالکیت و ریسک کالا هر دو به خریدار منتقل می‌شود، یعنی با انعقاد

- قرار داد فروش. خریدار مالک کالا شده و ضمان معاوضی نیز به او منتقل می‌گردد.^۱
۲. انتقال مالکیت و ضمان معاوضی با تسلیم کالا و تحویل آن صورت می‌گیرد. بدین معنا که با انعقاد قرارداد مالکیت کالا به خریدار منتقل نمی‌شود بلکه انتقال مالکیت زمانی است که کالا تسلیم و تحویل خریدار گردد و از آن زمان ریسک تلف کالا به عهده خریدار می‌باشد.
۳. جدا کردن مالکیت از ضمان معاوضی، به این ترتیب که در حین عقد بیع تملیک صورت می‌پذیرد ولی تا لحظه تحویل کالا به خریدار و قبض آن توسط وی، ضمان معاوضی هم چنان بر عهده فروشنده باقی است.
۴. جدا کردن مالکیت از ضمان معاوضی بر عکس شیوه قبلی (ماده ۱۸۵ ق.م. سوئیس)^۲.
- ملاحظه این چهار شیوه نشانگر ارتباط تنگاتنگ این دو موضوع حقوقی است.

زمان انتقال مالکیت در سیستمهای حقوقی مختلف

از آنجایی که در سیستمهای حقوقی مختلف قواعد مربوط به انتقال مالکیت با توجه به مورد معامله متفاوت می‌شود به گونه‌ای که یکی از حقوقدانان انگلیسی گفته است: قواعد مربوط به زمان انتقال مالکیت کالا مبتنی بر این است که کالاها، معین، غیر معین یا کالای آینده هستند (گردون بوری، همان). این موضوع را در دسته‌های زیر بررسی می‌کنیم:

۱. کالاهای معین
۲. کالاهای غیر معین
۳. کالاهای آینده

۱. کالای معین

منظور از کالای معین کالایی است که وجود مادی و محسوس داشته، قابل اشاره حسی باشد و به طور مستقل مورد داد و ستد قرار گیرد. در این قسمت انتقال مالکیت کالای معین را در حقوق اسلام، ایران، انگلیس، فرانسه و آلمان بررسی می‌کنیم.

۱-۱- حقوق اسلام

بدون شک در فقه اسلام عقد بیع عقدی تملیکی است که با انعقاد عقد مالکیت طرفین

۱. ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه.

۲. ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۰۴.

نسبت به مورد معامله به دیگری منتقل می‌شود. فقهای امامیه بیع را انشای تملیک عین در مقابل عوض می‌دانند (انصاری، ۱۳۷۹ ق، ص ۷۹). این حکم نه تنها در عین معین بلکه در سایر موارد نیز جریان دارد و منظور فقیهانی که بیع را عقدی عهدی دانستند این است که در تقسیم عقد به عقد عهدی و اذنی، بیع عقد عهدی در مقابل اذنی است. همین فقیهان بیع را تملیک عین تعریف می‌کنند. میرزای نائینی در خصوص عقد اجاره می‌گوید: «... کالا جاره فانها تدخل من جهة تملیک المنفعة بالعوض فی العهده (محقق نائینی، بی‌تا، ص ۳۳)، یعنی اجاره از جهت تملیک منفعت در مقابل عوض از عقود عهدی تلقی می‌شود. منظور محقق نائینی عهدی در مقابل اذنی است نه در مقابل تملیکی. بر این اساس عقود بیع و اجاره سبب انتقال مالکیت می‌شوند و در عین حال از عقود عهدی در مقابل عقود اذنی هستند و هیچگونه منافاتی بین عهدی بودن و تملیکی بودن در این عقود وجود ندارد. با این توضیح روشن می‌شود که در قلمرو عقود دو تقسیم مطرح می‌شود؛ تقسیم اول تقسیم عقود به عهدی و تملیکی و تقسیم دوم تقسیم عقود به عهدی و اذنی است. بیع در تقسیم اول عقود تملیکی است و در تقسیم دوم عقود عهدی است. به همین دلیل منافاتی بین تملیکی بودن در تقسیم اول و عهدی بودن در تقسیم دوم وجود ندارد.

با توجه به مطالب بالا عقد بیع عقدی عهدی و تملیکی است که با انعقاد عقد، مالکیت منتقل می‌شود و در انتقال مالکیت تفاوتی بین بیع عین معین، کلی فی الذمه، کلی در معین وجود ندارد. بنابراین در مورد عین معین هیچ تردیدی وجود ندارد که مالکیت در زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود.

۲-۱- حقوق ایران

قانون مدنی ایران در این خصوص بر مبنای فقه امامیه تنظیم شده است. در ماده ۳۳۸ مقرر شده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در ماده ۳۶۲ نیز آمده است: «آثار بیعی که صحیحا واقع شده باشد از قرار ذیل است:

۱. به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود...». همچنین در ماده ۳۶۴ ق.م. مقرر شده است: «در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال که از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.»

از مجموع مواد بالا به ویژه بند اول ماده ۳۶۲ ق.م. استنباط می‌شود عقد بیع در حقوق ایران عقود تملیکی است که به مجرد انعقاد عقد مالکیت منتقل می‌شود و انتقال مالکیت

متوقف بر قبض و یا هر عمل حقوقی دیگر نمی‌باشد. به نظر می‌رسد عدم توقف انتقال مالکیت بر قبض به صورت قاعده در قانون مدنی ایران پذیرفته شده است و این امر مانع وجود مقررات استثنایی نمی‌باشد. از این رو است که ماده ۳۶۴ ق.م. به طور استثنایی زمان قبض را زمان انتقال مالکیت دانسته است. در این ماده مقرر شده است که: "... و در بیعی که قبض شرط صحت آن است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع". ظاهر ماده ۳۶۴ ق.م. این است که استثنا از حکم بند اول ماده ۳۶۲ نه تنها در بیع صرف بلکه در هر بیعی که قبض شرط صحت است صادق است. بنابراین در مورد بیع سلم اگر چه در مواد قانونی تصریح نشده، انتقال مالکیت از زمان قبض ثمن صورت می‌گیرد. از این رو دیدگاه یکی از حقوق‌دانان که گفته است: "از استقراء در قوانین بر می‌آید که بیع صرف تنها موردی است که قانونگذار بطور استثنا تملیک را منوط به قبض کرده است (کاتوزیان، همان، ص ۱۶۱)، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این امر در فقه امامیه (جیلانی قمی، ۱۳۲۴، ص ۱۴۴)، که همانه عمده و از منابع اساسی قانون مدنی ایران است مسلم می‌باشد که شرط صحت عقد بیع سلم، قبض ثمن در مجلس عقد است. روشن است که در موارد سکوت قانون، فقه امامیه مرجع و منبع می‌باشد. در خصوص بیع خیاری نیز مالکیت از زمان انعقاد عقد است و وجود خیار مانع انتقال مالکیت نمی‌باشد. به همین دلیل قانونگذار در ماده ۳۶۴ ق.م. مقرر کرده است که: "در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار" و با این مقررره تردید ناشی از تزلزل مالکیت در بیع، حاوی حق خیار در مورد زمان انتقال مالکیت زایل گردید. چنین مقررهای که در فقه امامیه نیز مطرح شده است در بین فقها مورد اختلاف واقع شده است. محقق در شرایع می‌گوید: "المبیع یملک بالعقد و قبل به و بانقضاء الخیار و الاول اشبه" (محقق حلی، ۱۳۵۰، ص ۱۰ به بعد).

برخی از حقوق‌دانان در تفسیر بند یک ماده ۳۶۲، این بخش از ماده را مختص به بیع عین معین دانسته‌اند. یکی از آنان می‌گوید: "قاعده این است که در اثر عقد بیع، خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود". ولی همانگونه که گفته شد نباید پنداشت که انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع است. تملیک انجام می‌شود اما بدین شرط که موضوع قرارداد قابلیت آن را داشته باشد. چنانکه در بیع کلی تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود خریدار نمی‌تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند" (کاتوزیان، همان، ص ۱۵۷ و شهیدی، جزوه حقوق مدنی، ص ۱۳). این تفسیر قابل انتقاد است و در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس کالاها در صورتی معین هستند که در زمان انعقاد قرارداد مشخص شده و بر آنها توافق شود. در ماده ۶۱ قانون بیع کالاهای انگلیس مقرر شده است که: " کالا های معین کالاهایی هستند که در زمان انعقاد قرارداد بیع بر آنها توافق می‌شود. مالکیت کالای معین در زمانی منتقل می‌شود که طرفین قصد انتقال آن را داشته باشند. در تعیین قصد آنها باید این امور را مورد لحاظ قرارداد: شروط قراردادی، رفتار و رویه طرفین و اوضاع و احوال مورد" ماده ۱۷ قانون مزبور مقرر می‌دارد:

۱- در صورت انعقاد قرارداد بیع کالای معین، مالکیت کالاها در زمانی که طرفین قصد کرده‌اند به خریدار منتقل می‌شود.

۲- به منظور تعیین قصد طرفین باید به شروط قرار داد، رفتار طرفین و اوضاع و احوال مورد، توجه شود."

قاضی لرد دیپلاک در پرونده Reward Ltd v. Bignall می‌گوید: "امروزه ضرورتی ندارد اینگونه استنباط کنیم که در کالاهای معین، مالکیت باید در زمان تحویل یا پرداخت منتقل شود (بوری، همان، ص ۶۶ به بعد). زیرا بر اساس ماده ۱۷ قصد طرفین این امر را مشخص می‌سازد. با توجه به ماده ۱۷ مزبور طرفین قرار داد بیع کالای معین می‌توانند صریحاً توافق کنند که در زمان معینی مالکیت کالا منتقل شود اما چنین کاری متعارف نیست. از این رو ماده ۱۸ قانون بیع کالاها قواعدی برای تعیین قصد طرفین در مورد انتقال مالکیت کالا مقرر کرده است:

قاعده ۱

انتقال مالکیت در قرارداد غیر مشروطی که کالاها در وضعیت قابل تحویلی هستند، در زمان انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد و این امر که پرداخت قیمت یا تحویل کالا یا هر دو با تاخیر صورت می‌گیرد اهمیتی ندارد (مارش، همان، ص ۱۴). در تبیین این قاعده به سه پرونده‌ای که در انگلیس مطرح شده است اشاره می‌کنیم.

الف) در پرونده Tarling v. Baxter قراردادی در مورد فروش یونجه خشک مطرح بوده است و قبل از تحویل مورد معامله بوسیله خریدار، کالا آتش گرفت و از بین رفت. رأی محکمه بر این شد که زیان وارده بر عهده خریدار است و او باید قیمت کالاها را بپردازد، زیرا مالکیت در زمان انعقاد قرارداد به خریدار منتقل شده است و این واقعیت که خریدار هنوز کالا را تحویل نگرفته، اهمیتی ندارد (همان).

ب) در پرونده Dennat v. Skinner and Collom ماشینی در حراج به یک شخص

کلاهبردار بنام " کینگ " فروخته شد. او که نام و آدرس خود را بر خلاف واقع ارائه کرده بود در مقابل دادن چک، تقاضای بردن ماشین را نمود. به کینگ اجازه داده شده ماشین را تنها زمانی می‌تواند ببرد که در سندی که در آن توافق نموده مالکیت کامیون در صورت تامین مبلغ چک منتقل می‌شود، امضاء کند. کینگ ماشین مزبور را به خواننده دعوی فروخت. محکمه رأی داد: از آنجا که توافق مغایری در زمان انعقاد بیع وجود ندارد تا زمان انتقال ماشین از متصدی حراج به کینگ را مخدوش نماید، بر اساس قاعده اول ماده ۱۸، مالکیت ماشین در آنجا و در آن زمان به کینگ منتقل شده است و سندی که متعاقباً امضاء شده هیچ اثری ندارد، بنابراین مالکیت خواننده بر ماشین با خرید آن بطور قانونی بوجود آمده و از نظر حقوقی معتبر است (همان). از این پرونده استفاده می‌شود اگر بعد از انعقاد قرارداد بیع، طرفین توافق کنند که مالکیت تا زمان معینی منتقل نشود، چنین توافقی در موردی که مالکیت به دلیل اعمال قاعده اول قبلاً منتقل شده است، موثر نخواهد بود. این سوال مطرح است که منظور از "حالت قابل تحویل" در قاعده اول چیست؟ بر اساس بند ۵ ماده ۶۱ قانون بیع کالای انگلیس، کالاها وقتی در "حالت قابل تحویل" خواهند بود که در وضعیتی باشند که خریدار به موجب قرارداد ملزم به تحویل گرفتن آنها باشد."

ج) در پرونده *Underwood Ltd v. Burgh Castle Brick and Cements Syndicate* که به مفاد بند ۵ ماده ۶۱ اشاره شده است، ماشین مخلوط کنی به وزن ۳۰ تن که در زمینی سیمانی نصب شده بود به خوانندگان فروخته شد. این ماشین باید از محل استقرارش جدا و توسط خواهان قبل از اینکه خریدار ملزم به تحویل گرفتن آن شود برداشته می‌شد. رای محکمه بر این قرار گرفت که این مال بر اساس قاعده اول منتقل نشده است، زیرا کالا در زمان انعقاد عقد "قابل تحویل" نبوده است.

نکته دیگری که در مورد این قاعده نیازمند توضیح است عبارت "قرارداد غیر مشروط" است. برخی معتقدند مراد از این عبارت هرگونه قراردادی است که شامل هیچگونه شرط مهمی (condition) نباشد. نظر دیگر این است که قرارداد غیر مشروط قراردادی است که هیچگونه شرط متاخر یا متقدمی بر خلاف نوع قراردادی که مشمول قاعده دوم و سوم و چهارم است وجود نداشته باشد.

قاعده ۲

در صورتی که برای قراردادن کالا در "وضعیت قابل تحویل" انجام کاری توسط فروشنده ضرورت داشته باشد، انتقال مالکیت در زمانی است که آن کار انجام شده و خریدار

از این امر مطلع شده باشد.

در پرونده Underwood که ذیل قاعده اول مطرح گردید، موتور مزبور در حال بارگیری بر واگن قطار، آسیب دید. دادگاه استیناف رای داد که کالا در وضعیت قابل تحویل نبوده است، یعنی خریدار ملزم به تحویل گرفتن آن نشده است مگر اینکه به طور کامل و بدون حادثه‌ای روی واگن قرار می‌گرفت. خواهان نیز حقی در مورد ادعای قیمت موتور ندارد، زیرا مالکیت کالا طبق قاعده دوم منتقل نشده است و کالا در ریسک اوست. در قرار داد بیعی که فروشنده توافق می‌کند کالا را تعمیر کرده یا تغییر دهد، آن کالا در وضعیت قابل تحویل نخواهد بود مگر اینکه آن تعمیر و تغییر انجام شود. مالکیت این کالا نیز زمانی منتقل می‌شود که چنین تعمیرات و تغییراتی انجام شده و خریدار از این امر مطلع باشد.

قاعده ۳

در صورتی که برای تعیین قیمت کالا به وزن کردن، اندازه گرفتن یا آزمایش نیاز باشد، زمان انتقال مالکیت بعد از انجام این امور و اطلاع خریدار از آنهاست. برای مثال، اگر بیع یک کیسه زعفران به قیمت هر کیلو ۱۰۰ پوند باشد و توافق شود که فروشنده به منظور تعیین کل قیمت قابل پرداخت کیسه زعفران را وزن کند، مالکیت کیسه مزبور زمانی منتقل می‌شود که این کار انجام گیرد و خریدار مطلع شود. اما در صورتی که توافق کنند خریدار وزن کرده یا اندازه بگیرد، مالکیت بر اساس قاعده اول در زمان انعقاد قرارداد منتقل می‌شود.

قاعده ۴

الف) در صورتی که کالاها به شرط تایید یا به شرط "فروش یا برگشت به خریدار" منتقل شود مالکیت در زمانی منتقل می‌شود که خریدار آن معامله را تایید یا قبول کرده یا به هر نحو دیگری بپذیرد و تایید و قبول خود را به فروشنده اعلام کند.

ب) اگر تایید یا قبول خود را به فروشنده اعلام نکند اما کالاها را بدون اطلاع رد معامله نگهدارد در صورتی که زمانی برای بازگرداندن کالا مشخص شده با انقضای آن و در صورتی که زمانی مشخص نشده با انقضای زمان متعارف، مالکیت منتقل می‌شود.

در پرونده Kirsham v. Attenborough، خواهان به آقای الف اجازه داد که زیور آلاتی را به شرط فروش یا بازگرداندن می‌تواند در اختیار داشته باشد. (الف) زیور آلات را به خواننده رهن داد. دادگاه دعوی خواهان برای بازگرداندن زیور آلات را نپذیرفت، زیرا عمل (الف) در رهن زیور آلات نشانه قبول معامله دانسته شده بنابراین کالا به (الف) انتقال یافته و (الف) قادر است آن را به خواننده رهن دهد. نکته قابل توجه این است که تمام قواعد

مذکور در ماده ۱۸ قانون مزبور تنها در جایی قابل اعمال است که قصد مغایر با آن در قرارداد نباشد. به همین جهت پرونده Wein v. Gill قابل ملاحظه است. در این پرونده زیور آلات به شرط تحقق بیع یا بازگرداندن بر اساس سندی که تصریح داشت کالا در مالکیت خواهان باقی می ماند مگر اینکه عوضشان پرداخت شود، منتقل گردید. "الف" زیور آلات را به خواننده رهن داد اما مبلغ آن را پرداخت نکرد. محکمه دعوای بازگرداندن کالا را پذیرفت، زیرا بر اساس شرط صریح بیع یا توافق به بازگرداندن، مالکیت زیور آلات به "الف" منتقل نشده است.

پرونده هایی نیز در مورد مفاد قسمت "ب" قاعده چهارم مطرح شده است. در پرونده Elphick v. Barnes اسبی به شرط تایید و پسند ظرف ۱۰ روز تحویل گردید. اسب مزبور در روز سوم از بین رفت و بنابراین مالکیتش منتقل نگردید، زیرا مدت مزبور منقضی نشده و در نتیجه ریسک بر عهده فروشنده باقی مانده است.

در پرونده Re Ferrer, exp Trustee v. Donald اثاثیه به شرط فروش یا بازگرداندن ظرف یک هفته به خانم "ف" تحویل داده شد. اثاثیه مزبور پس از انقضای دو روز بر اساس اجرائیه توقیف گردیده و به مدت ۴ روز در توقیف ماند. محکمه رای داد که مالکیت کالا بر اساس قاعده ۴ (قسمت ب) به خانم "ف" منتقل نشده است، زیرا کالاها به مدت یک هفته در اختیار او نبوده است.

در پرونده poole v. Smith's Car sales(Balham)Ltd خواهان در اوت ۱۹۶۰ قراردادی منعقد ساخته و ماشین دست دومی را به فروشندگان (خواننده) داد و به آنها اجازه داد که آن را به مبلغی که کمتر از ۳۲۵ پوند نباشد بفروش رسانده و هر گونه اضافه قیمت از آن خواننده باشد. در ۷ نوامبر خواهان تقاضا کرد که یا ماشین را ظرف سه روز برگردانده یا مبلغ ۳۲۵ پوند پرداخت شود ماشین در پایان نوامبر و در وضعیت خسارت دیده و نامطلوبی بازگردانده شد. دلیل خسارت این بود که کارگران خواننده بدون مجوز با آن ماشین رانندگی می کردند و در نتیجه ماشین مزبور دچار تصادف گردید. خواهان از قبول آن خودداری کرد. دادگاه استیناف نظر داد که طرفین، معامله را به شرط فروش یا بازگرداندن تلقی کرده و خاطر نشان ساخت که قرارداد می تواند قرارداد به شرط بیع یا بازگرداندن باشد چه دریافت کننده کالا قصد خرید آن را داشته یا قصد فروش آن را به دیگران داشته باشد. با اعمال قاعده ۴ بند ب ماده ۱۸ و در نظر گرفتن سقوط فوری قیمت ماشین دست دوم در پاییز، محکمه رای داد که مدتی بیش از مدت متعارف منقضی شده و مالکیت ماشین به خوانندگان منتقل شده و آنها باید مبلغ ۳۲۵ پوند را بپردازند.

با توجه به مطالب بالا در حقوق انگلیس زمان انتقال مالکیت در مورد بیع عین معین بر اساس چهار قاعده مذکور متفاوت است و تنها در مورد قاعده اول است که زمان انتقال مالکیت زمان انعقاد عقد بیع است و آن در صورتی است که قرارداد غیر مشروط و کالاها در وضعیت قابل تحویلی باشند.

۴-۱- حقوق فرانسه

در ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه که با عبارات تقریباً یکسانی با قاعده اول مذکور در ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس در مورد تعیین قصد طرفین تنظیم شده مقرر گردیده است: "بیع بین طرفین کامل است و مالکیت به طور قانونی از زمان توافق در مورد کالا و ثمن از فروشنده به مشتری منتقل می‌شود اگر چه کالا و ثمن تسلیم نشده‌اند". بنابراین انتقال مالکیت کالا تعهد فروشنده نیست بلکه به عنوان یک موضوع حقوقی و حکم قانونی نتیجه مستقیم و بدون واسطه توافق بین طرفین است. ماده مزبور از موارد نظم عمومی نبوده و طرفین می‌توانند در توافق خود شرط کنند که انتقال مالکیت تا زمان وقوع حادثه خاصی به تأخیر افتد. توجه به این نکته نیز مهم است که حقوق فرانسه بین بیعهای *en bloc* و بیعهای دیگر تمایزی برقرار کرده است. بیع وقتی به عنوان *en bloc* تلقی می‌شود که کالاها تنها برای تعیین ثمن و نه برای تعیین موضوع معامله باید وزن شده، شمارش گردیده یا اندازه گیری شوند (ماده ۱۵۸۶ قانون مدنی فرانسه). بنابراین بیع محصول ذرت درحالی که هنوز برداشت نشده است بیع *en bloc* است. چنین بیعی در عین حال یک بیع عین معین تلقی می‌شود. بنابراین قرارداد بنفسه برای انتقال مالکیت و ضمان معاوضی به خریدار از زمان انعقاد قرارداد کافی است. از این رو در بیع محصول ذرت مسئولیت زیان ناشی از هوای سرد و طوفانی بر عهده خریدار خواهد بود. مثال دیگری از بیع *en bloc* مثالی است که در مورد خرید یک کیسه زعفران از قرار هر کیلو ۱۰۰ پوند بیان شده است. با ملاحظه این مقرر در ماده ۱۵۸۶ ق.م فرانسه و آرای قضایی و قاعده ۳ ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس آشکار می‌شود که حقوق فرانسه مخالف صریح قانون انگلیس در این قاعده است.

در حقوق فرانسه در صورتی که بیع *en bloc* بوده اما به وزن کردن، شمارش و اندازه گیری نیاز داشته باشد، بیع کامل (*perfect*) نخواهد بود. به این معنا که کالای فروخته شده تا زمانی که وزن نشده، شمارش نگردیده و اندازه گیری نشود، در ریسک فروشنده باقی خواهد بود اما خریدار می‌تواند تسلیم آن را درخواست کرده یا اگر دلیلی دارد در مورد

عدم اجرای قرارداد، ادعای خسارت نماید (ماده ۱۵۸۵ ق.م.فرانسه). در اینجا عمل وزن کردن، شمارش یا اندازه گیری به منظور تعیین موضوع بیع ضرورت دارد. مثل بیع مقدار زیادی مایع خاص که باید از یک خمره، حاوی کمیت زیادتری از آن مایع گرفته شود (مارش، همان، ص ۱۷). ذکر این نکته مفید است که اگر چه در متن ماده ۱۵۸۵ ق.م.فرانسه به "بیعی که کامل نشده" اشاره شده است اما این بدین معناست که انتقال مالکیت و ضمان معاوضی کالاها زمانی صورت می‌گیرد که آن اقدامات انجام گیرد. "گرچه در متن ماده تنها به ضمان معاوضی اشاره شده است اما به طور التزامی انتقال مالکیت را هم در بر می‌گیرد). از این رو در دیوان تمیز در ۱۴ دسامبر ۱۹۸۵ بیعی بیان گردید که: "بر اساس ماده ۱۵۸۵، بیعی که کالاها باید وزن شده، شمارش یا اندازه گیری شوند تنها از جهت انتقال ضمان معاوضی و مالکیت در زمانی که کالا وزن، شمارش و اندازه گیری شده کامل است. اما طرفین از لحظه توافق بر کالا و ثمن، ملزم به تعهداتی هستند که بر آنها توافق کرده‌اند".

۵-۱ - حقوق آلمان

در حقوق آلمان انعقاد قرارداد بیع مالکیت را منتقل نمی‌کند. بر اساس اصل تفکیک مالکیت ممکن است حتی در صورتی که قرارداد بیع صحیح نباشد به درستی منتقل شود. بر اساس این اصل عمل حقوقی که تعهد مربوط به انتقال مالکیت کالا را ایجاد می‌کند (قرارداد بیع با عمل حقوقی که سبب انتقال عملی می‌شود)، جدا، منفک و مستقل است. اثر این جدایی و استقلال این است که صحت انتقال عملی مالکیت تنها به طور استثنایی بواسطه فساد قرارداد بیع مخدوش می‌شود. نتیجه اصل تفکیک این است که شخصی که مالکیت کالایی را به موجب یک انتقال صحیح بدست آورده است در صورتی که متعاقبا قرارداد بیع که منشا این انتقال بوده باطل اعلام شود، معمولاً حق خود را از دست نمی‌دهد. تنها استثناءهای این امر عبارتند از:

۱. بطلان معامله معلول یک عمل غیر اخلاقی عمده‌ای باشد که سبب بطلان انتقال نیز گردد.

۲. انتقال بنفسه به دلیل اشتباه قابل ابطال باشد (مارش، همان، ص ۱۰۰).

بر اساس بند یک ماده ۹۲۹ ق.م. آلمان، مالکیت بوسیله توافق صحیح طرفین بر اینکه آن مالکیت همراه با تسلیم عملی کالا منتقل شود، انتقال پیدا می‌کند مگر در جایی که صرف انتقال کافی بوده و خریدار از قبل کالا را در تصرف داشته باشد. اما در دو مورد شرط

تسلیم عملی ضروت ندارد :

اول : در جایی که توافقی بین طرفین وجود داشته باشد که مالک، کالا را همچنان به عنوان "متصرف بلاواسطه"^۱، در اختیار داشته باشد در حالیکه طرف دیگر "متصرف با واسطه"^۲، باشد (ماده ۹۳۰ ق.م آلمان). این شرط متصرف بدون واسطه را قادر می سازد که از متصرف با واسطه وامی دریافت کرده و تجارت خود را ادامه دهد و این متصرف بدون واسطه به گونه‌ای عمل کند که گویی از هر جهتی مالک کالا می‌باشد اما به مالک با واسطه تضمینی برای این وام می دهد. این امر به متصرف با واسطه در مورد ورشکستگی متصرف بدون واسطه یک موقعیت ترجیحی و ممتاز می دهد به طوری که بتوان ادعای فروش مستقل کالای مربوطه را به منظور تامین وام تصفیه نشده بنماید.

دوم : در صورتی که شخص ثالثی متصرف کالا است و مالک ادعای او را در تصرف به نفع خریدار تایید کند (ماده ۹۳۱ ق.م آلمان).

نتیجه مطالب بالا این است که در حقوق آلمان برای انتقال مالکیت باید علاوه بر توافق بین طرفین در مورد انتقال مالکیت، تسلیم کالا به منظور انتقال مالکیت به خریدار وجود داشته باشد.

۶-۱- مقایسه

همانگونه که بیان شد انتقال مالکیت در مورد کالای عین معین در حقوق اسلام و حقوق ایران در همه موارد و حالات، از زمان انعقاد قرارداد بیع صورت می‌گیرد. استثنا در جایی است که امری غیر از ایجاب و قبول شرط صحت عقد باشد - مانند بیع صرف- که در این صورت زمان انتقال مالکیت زمان تحقق شرط مزبور است نه زمان انعقاد عقد بیع. این در حالی است که در حقوق انگلیس مالکیت کالای معین در زمانی منتقل می‌شود که طرفین قصد انتقال آنرا داشته باشند. اما همانگونه که بعضی از حقوقدانان انگلیسی گفته‌اند (بوری، همان، ص ۶۵)، چنین امری متعارف نیست. از این رو ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس قواعدی برای تبیین قصد طرفین در مورد انتقال مالکیت کالا مقرر کرده است. در مفاد قاعده اول بین حقوق اسلام، ایران و انگلیس هماهنگی و مطابقت مشاهده شده و هیچگونه تغییری ملاحظه نمی‌گردد.

در مورد قاعده دوم، تطابق و هماهنگی بین حقوق اسلام و ایران با حقوق انگلیس وجود

1. direct possessor.

2. indirect possessor.

ندارد، زیرا بر اساس این قاعده زمان انتقال مالکیت بعد از انجام اقدامات خاصی است حال آنکه در حقوق اسلام و ایران به طور مطلق - به جز موارد استثنایی زمان انتقال مالکیت زمان انعقاد قرارداد بیع است. در مورد قاعده سوم نیز همان تغایر و تمایز وجود دارد. همچنین در مورد قاعده چهارم از قواعد مذکور در ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس به نظر می‌رسد حقوق اسلام و ایران با حقوق انگلیس هماهنگ نمی‌باشد، زیرا بر اساس این قاعده نیز زمان انتقال مالکیت زمان انعقاد عقد بیع نیست و این بر خلاف حقوق ایران و اسلام است که با انعقاد قرارداد، مالکیت منتقل می‌شود.

در سیستم حقوقی فرانسه نیز انتقال مالکیت در مورد عین معین وضعیت خاصی دارد. بر اساس ماده ۱۵۸۳ ق. م فرانسه با انعقاد قرارداد بیع مالکیت منتقل می‌شود و این دقیقاً همانند قاعده اول ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس است و بنابراین حقوق اسلام و ایران و حقوق انگلیس و فرانسه در خصوص مفاد ماده ۱۵۸۳ و ماده ۱۸ فوق‌الذکر هماهنگ و موافق هستند. اگر چه بین حقوق انگلیس و فرانسه در مورد بیع *en bloc* تمایزی وجود دارد، اما در حقوق انگلیس بر اساس قاعده سوم ماده ۱۸ در صورتی که برای تعیین قیمت کالا به وزن کردن، اندازه گرفتن یا آزمایش نیاز باشد زمان انتقال مالکیت بعد از انجام این امور و اطلاع خریدار از آنهاست. بنابراین در بیع *en bloc* در حقوق انگلیس انتقال مالکیت با انعقاد قرارداد محقق نمی‌شود در حالیکه در حقوق فرانسه چنین بیعی، بیع عین معین تلقی شده و قرارداد به تنهایی برای انتقال مالکیت و ضمان معاوضی به خریدار از زمان انعقاد قرارداد کافی است. در حقوق اسلام و ایران حتی در بیع *en bloc* انتقال مالکیت در زمان انعقاد عقد بیع صورت می‌پذیرد و بنابراین با حقوق فرانسه هماهنگی و مطابقت دارد.

در حقوق آلمان وضعیت به شکل دیگری است. در این سیستم حقوقی در هیچ حالتی انتقال مالکیت با انعقاد قرارداد محقق نمی‌شود. بر اساس ماده ۹۲۹ ق. م. آلمان برای انتقال مالکیت علاوه بر توافقی بین طرفین در مورد انتقال مالکیت، تسلیم کالا به این منظور به خریدار ضرورت دارد. بنابراین سیستم حقوقی آلمان در مقابل سیستمهای حقوقی فرانسه، انگلیس، ایران و حقوق اسلام قرار دارد. اگر چه در این سیستم از جهت انتقال مالکیت در زمان تسلیم بعضی از قواعد مذکور در ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس یک نوع تطابق و هماهنگی دیده می‌شود.

۲- کالای غیر معین

اصطلاح کالای غیر معین در حقوق غرب برای استعمال در مجموع کالای کلی فی الذمه و کلی در معین به کار می‌رود. در حقوق اسلام و حقوق ایران چنین اصطلاحی در تقسیم مبیع و ثمن وجود ندارد و تقسیم کالا به عین معین، کلی در ذمه و کلی در معین مورد توجه قرار گرفته است.

۲-۱- حقوق اسلام

در حقوق اسلام در تعریف بیع گفته می‌شود بیع انشای تملیک عین در مقابل عوض معلوم است. بنابراین مبیع باید از اعیان باشد و عرف هم مفهوم بیع را تملیک اعیان دانسته و بر تملیک منافع عنوان بیع را صادق نمی‌داند (انصاری، همان، ص ۷۹). صاحب جواهر می‌گوید: "لاخلاف و لاشکال فی اعتبار کون المبیع عینا" (نجفی، بی‌تا، ص ۲۰۳). سید یزدی در حاشیه مکاسب بر این امر ادعای تبادل و نیز صحت سلب از تملیک منفعت در مقابل عوض کرده و عبارت فیومی در مصباح (مبادله مال بمال) را حمل بر مسامحه نموده است. اگر چه از مذهب مالکی و حنبلی نقل شده که بر تملیک منافع نیز بیع اطلاق می‌کنند اما این امر خلاف ارتکاز عرفی است. تحقیق در این مورد نیازمند بحثی مفصل است که از حوصله این مقاله خارج است. بنابراین در حقوق اسلام بیع تملیک عین در مقابل عوض معلوم یا مبادله آن است و عین در این تعریف دارای مصادیق مختلفی به شرح زیر است:

۱. عین معین شخصی

۲. عین کلی که خود اقسامی دارد :

۲-۱- کلی در ذمه

۲-۲- کلی مشاع

۲-۳- کلی در معین

در مورد انتقال مالکیت مبیع کلی فی الذمه و کلی در معین انتقادی مطرح شده است. این انتقاد سبب گردید بعضی از حقوق‌دانان زمان انتقال مالکیت در مورد کلی را زمان انعقاد قرارداد ندانسته و اصولاً بیعی را که مبیع آن کلی است بیع عهدی در مقابل بیع تملیکی بدانند. انتقاد این است که در قرارداد بیع کلی پس از عقد، خریدار مالک هیچ چیزی نمی‌شود و فقط حق دارد از فروشنده درخواست کند که فرد مبیع را تعیین و تسلیم نماید از این رو نمی‌توان این عقد را تملیکی دانست.

در مورد کلی در معین نیز تا فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکند یا حادثه‌ای مبیع

را مشخص نسازد، خریدار بر هیچ مال معینی حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی فی الذمه این است که به اجمال می‌دانیم که مبیع داخل آن توده معین است به همین دلیل هم آن را در حکم معین گفته‌اند (کاتوزیان، همان، ص ۳۲). به تعبیر دیگر گفته می‌شود مفهوم بیع بر معامله‌ای که مورد آن کلی فی الذمه است صادق نمی‌باشد، زیرا اولاً در این معامله ملکیت متصور نیست، ثانیاً مالیت وجود ندارد. توضیح اینکه: اولاً، در این معامله ملکیت متصور نیست زیرا همانگونه که گفته شد بیع انشای تملیک عین در مقابل عوض معلوم است و ملکیت در تعریف از اعراضی است که تحققش وابسته و قائم به یک موجود محقق است مانند سفیدی و سیاهی که وجود آنها به یک معروض موجود و فعلی وابسته است و کلی در ذمه نیز امری معدوم است که قابل اتصاف به مملوکیت نیست و با انتفای ملکیت بیع منتفی می‌شود. به عبارت دیگر مبیع باید ملک باشد تا ملکیت بر آن عارض گردد و کلی فی الذمه وجود ندارد. حال آنکه ملکیت عرضی است که نیازمند به محل است.

این اشکال را با عبارت زیر نیز می‌توان بیان کرد. تصور رابطه مالکیت بین خریدار و مبیع کلی مشکل است، زیرا مبیع، کلی مشخص و مجزا نیست و مالکیت که رابطه‌ای اعتباری است هنگامی بین شخص و شیء قابل تصور است که شیء مشخص باشد. مالکیت نسبت به شیء غیر معین قابل تصور نیست. این اشکال همانگونه که در کلی فی الذمه جریان دارد در کلی در معین و کلی مشاع نیز جاری است زیرا کلی را هر مقدار مقید به قیود کنیم باز هم کلی است و از کلی بودن خارج نمی‌شود و بنابراین اشکال بالا وارد است.

در کلی در معین آنچه در خارج موجود است افراد متعین و مشخص است که قابل صدق بر تعداد زیاد نیست و به تعبیری دیگر، کلی در معین ماهیتی است که به هر یک از افراد موجود در معین صدق می‌کند. یک کیسه گندم از مجموعه کیسه‌ها بر هر کیسه‌ای از آنها صدق می‌کند و به همین جهت است که تعیین آن در هر کیسه‌ای که فروشنده اراده کند صحیح است و چیزی که چنین وضعیتی داشته باشد معقول نیست متشخص و متعین باشد و فرقی بین کلی در ذمه و کلی در معین مگر از جهت تقید نیست. کلی در معین مقید به قیدی است که به واسطه آن تنها بر مصادیق محقق در آن گندمها منطبق است و کلی در ذمه اگر مقید به چیزی شود بر هر فردی از طبیعت صدق می‌کند اما این امر سبب اختلاف و افتراق آن دو در کلی بودن نمی‌شود و کلی را از کلیت به سوی شخصی شدن خارج نمی‌کند. همین مطلب در کلی مشاع نیز جاری است و یک دوم و یک سوم و یک چهارم در خارج متشخص و متعین نیست (خمنی، ۱۳۶۳، ص ۱۷). به عبارت دیگر اشکال ملکیت معدوم در کلی مشاع و کلی در معین جاری است. در کلی مشاع مثل فروش نصف خانه ملکیت وجود ندارد، زیرا وجود، مساوق تعین

است و کسر مشاع قبل از افراز تعیناً ندارد آنچه موجود است منزل است و نصف بعد از تقسیم نیز موجودی مستقل است و دیگر عنوان نصف بر آن صدق نمی‌کند. بنابراین باید گفت کسر مشاع معدوم است و ملکیتی وجود ندارد.

در مورد کلی در معین نیز باید گفت: در فلسفه گفته می‌شود "الشی مالم یوجد لم یتشخص" شیء تا وجود پیدا نکند تشخص پیدا نمی‌کند. بنابراین وجود، مساوق تشخص است و یک کیسه گندم که به وصف کلیتش بر هر واحدی از کیسه‌ها صدق می‌کند موجود بالفعل نیست، زیرا آنچه موجود است افراد کیسه‌های گندم است و واحد شخصی قابل صدق بر کثیر نیست. با اینکه مبیع بر حسب فرض یک کیسه گندم با وصف صدق بر هر واحدی از کیسه‌هاست و کیسه واحد شخصی نیست، از این رو مشتری قبل از تقسیم و افراز، مالک آن نمی‌شود. بنابراین اشکال بر مبیع کلی فی الذمه، در مورد کلی مشاع و کلی در معین نیز وارد است. از این رو دیدگاه سید یزدی در حاشیه مکاسب که اشکال را مختص به کلی فی الذمه دانسته و بیع کلی مشاع و کلی در معین را سالم از اشکال و انتقاد دانسته صحیح به نظر نمی‌رسد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۵۳). وجود چنین اشکال و انتقاداتی است که سبب گردید حقوق دانان انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه و کلی در معین را در زمان انعقاد عقد بیع ندانسته و معامله را عهدی تلقی کنند و بند یک ماده ۳۶۲ ق. م را منحصر به عین معین خارجی بدانند. فقیهان امامیه در پاسخ این اشکال می‌گویند: ملکیت موارد استعمال متفاوتی دارد:

- ۱- ملکیت حقیقی، منظور از ملکیت حقیقی احاطه قیومیه الهی است که از آن به اضافه اشراقی تعبیر می‌کنند. ملکیت به این معنا از مقولات نبوده بلکه خود عین ایجاد است.
- ۲- ملکیت از مقولات عرضی است که در فلسفه به آن جده گفته می‌شود. جده هیئتی است که از احاطه جسمی بر جسم دیگر حاصل می‌شود، مثل پیراهن نسبت به بدن، ملکیت به این معنا یکی از اعراض مقولی است که نیازمند به وجود محیط و محاط خارجی است.
- ۳- ملکیت اعتباری که اضافه خاص بین دو شیء است که یکی از آن دو تابع دیگری است مثل خانه علی. بنابراین ملکیت اعتباری که مدار معاملات است از اعراض مقولی که وجود موضوعشان در خارج لازم است نمی‌باشد. از این رو لازم نیست معروض ملکیت در خارج موجود باشد بلکه صرف اعتبار وجود محلی برای آن به لحاظ توقع حصول آن محل در اعتبار این ملکیت کافی است. بنا بر این ملکیت امری اعتباری است. از این امر روشن است که عقلاً ملکیت را برای کلی فی الذمه اعتبار می‌کنند همانگونه که ملکیت را برای ثمره‌ای که بعداً بوجود می‌آید و نیز برای منفعت معدوم و اعیان شخصی که بالفعل موجودند اعتبار می‌کنند. نتیجه اینکه: ملکیت اعتباری تابع اعتبار عقلاً و شارع است چه مملوک فعلی باشد یا وجود آن متوقع باشد.

شاهد این امر صحت بیع سلف در نزد عقلا و عرف است. فروشنده، مالک صد من گندم در ذمه خود است اگر چه بالفعل گندمی موجود نیست. به عبارت دیگر ملکیت از اعراض خارجی نبوده بلکه از اعتبارات عقلانی است که اعتبار آن در موضوع اعتباری، دیگر مانعی ندارد. کلی فی الذمه بطور مطلق معدوم نیست بلکه در عالم اعتبار وجود داشته و معدوم نمی‌باشد.

در اینجا انتقادی مطرح شده که بین ملکیت در بیع سلم و ملکیت اعتباری در بیع دین بر ذمه غیر تفاوت گذارده شده است، زیرا در بیع دین ملکیت محقق است اما در بیع سلم مملوک نه در خارج و نه در ذمه وجود ندارد. وجود نداشتن مبیع در خارج واضح و روشن است. مبیع در ذمه هم وجود ندارد زیرا فرض این است که قبل از عقد ملکیتی وجود نداشته و تا مالکیت فروشنده بر مبیع اعتبار نشود، بیعی وجود نخواهد داشت. اگر با انشای عقد مالکیت او اعتبار شود، لازم می‌آید موضوع مبادله به موجب محمول متاخر از خود به وجود آید و ایجاد امری که در رتبه متقدم است به وسیله چیزی که متاخر است محال و غیر معقول می‌باشد. برخی فقیهان در پاسخ این ایراد می‌گویند مالکیت مبیع لحظه‌ای قبل از انشا اعتبار می‌شود. چنانچه در مواردی نظیر معاطات بنا بر اباحه و شراء عمودین این پاسخ مطرح می‌شود. در مورد اصل انتقاد در معامله کلی فی الذمه و کلی در معین و کلی مشاع پاسخهای دیگری نیز از طرف فقهای امامیه مطرح شده است. فاضل نراقی در عواید الایام (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۳۸) در تصویر بیع مبیعی که معدوم است، همانند بیع سلم می‌گوید: "آنچه که در بیع ضروری و لازم است تحقق نقل در زمان بیع می‌باشد نه تحقق ملکیت، زیرا می‌توان ملکیتی را که بعد از عقد محقق می‌شود منتقل ساخت مانند آنچه در انتقال منفعت در اجاره خصوصا در مواردی که شروع اجاره متصل به عقد اجاره نیست گفته می‌شود". آنچه که در بیع کلی فی الذمه ایجاد اشکال می‌کند این است که در تحقق بیع، انتقال ملک فعلی را لازم بدانیم. در این صورت اشکال می‌شود که تملیک با نبودن مملوک و مبیع، ممتنع است. اما فاضل نراقی بیع را نقل ملک می‌داند و نه نقل ملک فعلی. از این رو ممکن است نقل و انتقال فعلی باشد ولی مملوک در آینده حاصل شود، زیرا نقل از جمله اعراض نیست تا فعلیت آن متوقف بر فعلیت معروض و موضوع (ملک) باشد.

همانگونه که پیش از این گفتیم اموری مانند ملکیت و زوجیت از احکام وضعی اعتباری هستند که تنها در افق اعتبار، ثبوتی دارند و چنین اعتباری نزد عقلا و شرع دارای مصحح است. بنا بر این فاضل نراقی با وجود چنین استدلالی نیازمند به تحلیل فوق نبوده است زیرا حتی اگر بیع نقل ملکیت فعلی باشد مشکلی وجود نخواهد داشت. علاوه بر این نقل اگر چه عرض اصطلاحی نیست اما از معنایی است که استقلالی در وجود ندارد بلکه به لحاظ امر دیگری وجود دارد. در صورتی که اگر اضافه ملکیت به معدوم معقول نباشد اضافه نقل به معدوم نیز معقول

نخواهد بود. همانگونه که ملکیت، فعلی نیست نقل هم فعلی نیست بلکه متعلق بر امر متأخری است (سید یزدی، همان، ص ۵۴ و محقق اصفهانی، ۱۳۶۳، ص ۳). یکی از فقیهان پاسخ دیگری از اشکال مزبور داده است. به اعتقاد وی لازمه نظریه فاضل نراقی این است که اگر تسلیم کلی بعد از بیع متعذر گردید یا تسلیم ممکن بوده اما برای مالک میسر نباشد، بیع باطل است، زیرا مبییعی را فروخته که در اختیار نداشته است و روشن است که چنین بیعی باطل نبوده بلکه خیار تعذر تسلیم پیدا می‌شود (طباطبایی یزدی، همان، ص ۵۴). سید خود در پاسخ ایراد می‌گوید: ملکیت اگر چه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع است، از این رو ممکن است محل و موضوع آن در ظرف اعتبار موجود باشد مانند کلی فی الذمه، منفعت معدوم و ثمره متجدد. ملکیت همانند وجوب و حرمت است که اگر چه عرض هستند اما به کلی نماز و شرب خمر قبل از اینکه در خارج موجود شوند تعلق می‌گیرند، بطوریکه متعلق امر و نهی "کلی" است و موجود خارجی مصداق آن است. ملکیت هم مانند وجوب و حرمت به کلی تعلق می‌گیرد (همان).

در انتقاد از نظر سید یزدی باید گفت: اگر منظور ایشان از عرض خارجی اصطلاح فلسفی است اشکال آن جمع بین عرض بودن و اعتباری بودن است که ممکن نیست، زیرا این دو تقابل داشته، عرض مقولی امری واقعی است و اعتبار، هیچ ثبوتی جز در افق اعتبار ندارد. بنابراین باید حقیقت آن را عین اعتبار عقلا بدانند و اگر مراد وی عرض به معنای لغوی به مفهوم عروض و لحوق است، گفته وی صحیح بوده و ملکیت، نسبت بین مالک و مملوک خواهد بود. با توجه به مجموع مطالب بالا، بر اساس انتقاد مذکور و پاسخ فقیهان امامیه در تمام اقسام مبیع، انعقاد بیع سبب انتقال مالکیت مبیع شده و این امر متوقف بر هیچ امر دیگری مانند تسلیم و قبض جز در موارد استثنایی نخواهد بود (با توجه به تحلیل بالا عقد بیع در مورد کلی فی الذمه و کلی در معین و کلی مشاع همچنانکه تملیکی است عهدی در مقابل اذنی می‌باشد).

۲-۲ - حقوق ایران

به نظر می‌رسد بر اساس قانون مدنی ایران انتقال مالکیت در مورد مبیع کلی فی الذمه، کلی در معین و کلی مشاع از زمان انعقاد عقد بوده و صراحت بند اول ماده ۳۶۲ ق.م.چنین امری را تایید می‌کند. اختصاص این قسمت از ماده ۳۶۲ ق.م. به عین معین (شهیدی، همان، ص ۱۳؛ کاتوزیان، همان) هیچ دلیل قانونی و حقوقی قابل قبولی ندارد. تنها انتقادی که سبب چنین تفسیری از ماده مزبور شده پیش از پاسخ داده شد. بر همین اساس تقسیم عقد به عهدی و تملیکی در مبیع عین معین و عین کلی به این معنا که بیع عین معین را تملیکی و بیع عین

کلی را عهده‌ی تلقی کنیم صحیح به نظر نمی‌رسد. بنابراین در قانون مدنی ایران بر خلاف نظر حقوق‌دانان، انتقال مالکیت در کلی فی الذمه و کلی در معین و کلی مشاع از زمان تسلیم یا تشخیص و تعیین کالا و اختصاص آن به قرارداد نبوده بلکه همانند انتقال مالکیت در مورد عین معین از زمان انعقاد قرارداد خواهد بود.

بیشتر حقوق‌دانان ایران به دلیل انتقاد پیش گفته، بند ۱ ماده ۳۶۲ را مختص بیع عین معین دانسته و زمان انتقال مالکیت در بیع کلی را زمان تشخیص و تعیین کالا و اختصاص آن به قرارداد و یا زمان تسلیم می‌دانند. یکی از حقوق‌دانان در بیان زمان انتقال مالکیت در عقد بیعی که مورد آن کلی است می‌گوید: "بیع کلی به دو عمل حقوقی مستقل تحلیل می‌گردد. بدین ترتیب که عقد تنها سبب ایجاد دین برای فروشنده می‌شود که باید وفا کند و تسلیم سبب و وسیله‌ای برای تملیک مبیع به خریدار است. به عبارت دیگر تملیک داخل در مفاد عقد نیست بلکه عمل حقوقی مستقلی است که به وسیله قبض انجام می‌شود." (امامی، همان، ص ۴۸۸ و ۴۵۱).

در نظریه دیگری گفته شده است که "عقد بیع زمینه را برای تملیک عین فراهم می‌نماید ولی تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست و تملیک با تعیین مبیع انجام می‌شود. فروشنده در واقع تعهد به تادیه یکی از مصداقهای مبیع می‌کند و تعهد ناشی از عقد، ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن و انتقال با تعیین مصداق خارجی آن عین به وسیله بدهکار انجام می‌گردد. آنچه در مالکیت مشتری تاثیر دارد تعیین فرد مبیع از طرف بایع است و تسلیم مبیع سهمی در مالکیت مبیع برای مشتری نداشته و تنها وسیله متعارف برای تعیین فرد، مبیع و بیان اراده است و به خودی خود سهمی در تملیک ندارد و تسلیم عمل مستقل نیست و معامله جداگانه‌ای که تملیک اثر آن باشد به حساب نمی‌آید. به عبارت دیگر به محض اینکه مصداق کلی توسط بایع معین گردید مالکیت برای مشتری حاصل می‌شود و تا این امر انجام نشده خریدار حق عینی بر آن پیدا نمی‌کند" (کاتوزیان، همان، ص ۲۹-۳۰). این دیدگاه پیش از این بررسی و مورد انتقاد قرار گرفت.

۲-۳- حقوق انگلیس

در قانون بیع کالای انگلیس، کالای غیر معین تعریف نشده است. اما به نظر می‌رسد تمام کالاهایی که عین معین خارجی نباشند کالای غیر معین خواهند بود. بنابراین کالای آینده - کالای که باید در آینده ساخته شود - کالای کلی فی الذمه، کلی معین (با توجه به توضیح بالا کلی در معین در حقوق انگلیس از اقسام کالای غیر معین و ملحق به کلی فی الذمه است حال آنکه در حقوق ایران حقوق‌دانان کلی در معین را به عین معین ملحق می‌کنند) و کلی مشاع از

اقسام کالای معین هستند. یکی از حقوق‌دانان انگلیسی با مثالهایی کالای غیر معین را معرفی می‌کند. "بیع یک ماشین دست اول Ford Sierra مدل ۱۹۸۷ بیع کالای غیر معین است و تا زمانی که ماشین خاصی از این مدل مشخص و معین نشود یا در قرارداد مشخص نشده باشد، کالای غیر معین خواهد بود. این بیع کالای کلی است. همچنین فروش بخشی از مقدار چوب موجود در کارخانه فروشنده یا فروش نسبت معینی مایع خاص از مخزن آن، فروش کالای غیر معین می‌باشد.

در پرونده Re Wait فروش ۵۰۰ تن گندم از مقدار ۱۰۰۰ تن روی عرشه کشتی توسط محکمه کالای غیر معین تلقی گردید" (بوری، همان، ص ۶۵ به بعد). قواعد کلی مربوط به زمان انتقال مالکیت در مورد کالای غیر معین عبارتند از:

الف - در مورد کالای غیر معین، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که کالا مشخص و معین گردد.

ب - وقتی کالاها معین و مشخص شدند زمان انتقال مالکیت مبتنی بر قصد طرفین با توجه به قواعد مذکور در ماده ۱۸ خواهد بود (مواد ۱۶-۱۷-۱۸ قانون بیع کالای انگلیس). در ماده ۱۶ قانون مذکور مقرر شده است که در قرارداد بیع کالای غیر معین مالکیت کالا به خریدار در زمانی منتقل می‌شود که کالاها مشخص شوند. یعنی بعد از قرارداد به طوری مشخص شود که مطابق توافقشان باشد.

در پرونده Healy V. Howlet & Sons خواهان _ صادر کننده ماهی که در ایرلند به تجارت اشتغال داشته - با فروش دویست جعبه ماهی به خوانندگان موافقت کرد. خواهان ۱۹۰ جعبه ماهی از طریق راه آهن ارسال کرد و به ماموران راه آهن دستور داد ۲۰۰ جعبه را به خوانندگان تحویل دهند. ماهی‌ها قبل از انجام دستورات او فاسد شدند، یعنی قبل از اینکه مقداری از ۱۹۰ جعبه به خوانندگان برسد. محکمه رای داد که مالکیت همه جعبه‌ها برای خواهان باقی است و جعبه‌ها در ریسک او هستند و خوانندگان مسؤول قیمت آنها نمی‌باشند. بر

خلاف پرونده قبل در پرونده V.w, (wardar's import and export) co ltd , norwood & sons ltd آقای "س" ۱۵۰۰ کارتن قلوه^۱ در سردخانه‌ای در لندن داشت ۶۰۰ کارتن را به آقای "ب" فروخت. آقای "س" به متصدی حمل و نقل آقای "ب" (برگ تحویل) داده و به او اجازه داد که ۶۰۰ کارتن از آنها را دریافت کند. زمانی که متصدی حمل و نقل "ب"

" به سردخانه "س" رسید ۶۰۰ کارتن در پیاده رو قرار داده شده بودند. متصدی حمل و نقل آقای "ب" با نشان دادن (برگ تحویل) کالاها را بار کامیون کرد. زمانی که کامیون به محل "ب" در گلاسکو رسید معلوم گردید کالاها برای مصرف انسانی مناسب نیستند. هیچ مدرکی نیز مبنی بر اینکه قلوها قبل از بارگیری متصدی حمل و نقل فاسد بوده‌اند وجود نداشت. محکمه استیناف رای داد که کالا از زمانی که متصدی آنها را بارگیری نموده مشخص شده و مالکیت آنها به "ب" در همان زمان منتقل شده و دیگر کالاها در ریسک آقای "س" نبوده‌اند. بنابراین "ب" ملزم است که قیمت آنها را پرداخت کند (بوری، همان، ص ۶۶ به بعد).

در فرض دیگری که از مصادیق بیع کالای غیر معین است، قاضی ماستل در پرونده

Karlshamns Oljefabriker V. East Port Navigation رای داد که:

"موضوع معین بودن در ماده ۱۶ قانون بیع کالا را باید به طور موسع تفسیر کرد و در جایی که قرارداد های موازی بین طرفین شامل انتقال کالاهای غیر معین متعددی از فروشنده به خریدار یا از فروشندگان مختلف به خریدار شود کالاها در زمانی معین و مشخص می‌شوند که تمام "محموله‌ها" در همه قراردادهای به طور کلی مشخص باشند بدون اینکه ضرورتی داشته باشد، کالاها بطور خاص بین قراردادهای مشخص شده باشد یا در صورت نیاز برای خریدار معین شود که کدام کالای خاص از کدام محل خاص آمده است (همان). نکته‌ای که در حقوق انگلیس نیازمند توضیح است قاعده ۵ مذکور در ماده ۱۸ قانون بیع کالا است. در این قاعده مقرر شده است:

۱- در صورتی که مورد معامله فروش کالای نامعین یا کالای آینده باشد که با توصیف فروخته می‌شود و کالا مطابق با آن توصیف و "در وضعیت قابل تسلیم" به طور غیر مشروطی برای آن قرارداد معین شده و اختصاص یابد چه بوسیله فروشنده با رضایت مشتری یا به وسیله مشتری با رضایت فروشنده، مالکیت کالاها به خریدار منتقل می‌شود. رضایت مذکور ممکن است صریح یا ضمنی باشد و یا ممکن است رضایت، قبل یا بعد از تعیین و اختصاص آن کالا داده شود.

۲- جایی که در نتیجه قرارداد، فروشنده کالا را به خریدار و یا متصدی حمل و نقل یا مستودع یا امین دیگر (چه بوسیله خریدار معرفی شده باشد یا خیر) برای انتقال به خریدار منتقل کند و حق فروش و واگذاری را نیز برای خود نگهداری نکند. به نظر می‌رسد که او به طور غیر مشروطی کالاها را برای قرارداد اختصاص داده است.

بر اساس قاعده اساسی مذکور در ماده ۱۶ قانون بیع کالای انگلیس که پیش از این بیان شد در قرارداد بیع کالای غیر معین مالکیت کالا به خریدار منتقل نمی‌شود مگر اینکه کالاها

مشخص و معین شوند. قاعده ۵ بیان می‌کند که کالاها زمانی معین و مشخص تلقی می‌شوند که کالای توصیف شده مورد توافق در حالت قابل تحویلی به طور غیر مشروط برای این قرارداد اختصاص داده شود. به عنوان مثال قبلاً گفتیم که در فروش یک ماشین ford sierra مدل ۱۹۸۷ فروش کالای غیر معین است هیچ مالکیتی منتقل نمی‌شود مگر اینکه ماشینی با این وصف معین و در حالت قابل تحویل به طور غیر قابل عدولی کنار گذاشته شود یا برای این قرارداد اختصاص یابد. در اینجاست که گفته می‌شود کالا مشخص و معین شده و برای قرارداد اختصاص یافته است.

این اختصاص به وسیله فروشنده با رضایت خریدار صورت می‌گیرد. همچنین اگر "ب" از طریق پست کالاهایی با وصف معین به آقای "س" سفارش دهد ارسال کالا به وسیله "س" مطابق با آن وصف منجر به اختصاص کالا برای قرارداد به وسیله "س" با رضایت "ب" می‌شود. در بیع نسبتی الکل که در مخزن است تعیین و اختصاص در صورتی است که نسبت فروخته شده از مال فروشنده جدا شود. اما به هر حال تبیین معنای دقیق اختصاص مشکل است و در هر موردی دادگاه باید تمام وقایع و اوضاع و احوال را ملاحظه کند.

قاضی پیرسون در پرونده *carlos federspiel & co sa V. charles twigg & co ltd* می‌گوید: "جدا کردن یا انتخاب کالا توسط فروشنده برای اجرای قرارداد کافی نیست. اگر تنها این را کافی بدانیم، او می‌تواند قصدش را تغییر داده و این کالاها را در اجرای قرارداد دیگری بکار گیرد و کالای دیگری را برای اجرای این قرارداد در نظر بگیرد" (بوری، ص ۶۳).

با وجود این، اگر جدا کردن برخی از کالا بوسیله فروشنده واضح و غیر قابل عدول باشد، منجر به تعیین و اختصاص خواهد شد، اگر چه انتقال کالا به خریدار در زمان بعدی واقع شود. در پرونده *Edwards V. Ddin* دادگاه رای داد زمانی که محافظ گاراژ ماشین شخصی را با بنزین پر می‌کند این بنزین با بنزین موجود در ماشین مخلوط شده و این بنزین به طور غیر مشروط با رضایت طرفین مورد این قرارداد می‌شود. اگر مالک ماشین بدون پرداخت مبلغ بنزین رانندگی کند محکوم به جرم سرقت نخواهد شد، زیرا مال از آن اوست و نمی‌توان گفت که گاراژ حق واگذاری آن را حفظ کرده است. اما ماده ۳ قانون سرقت سال ۱۹۷۸ جرم جدید "... بدون پرداخت قیمت" را که عرفاً به آن *bilking* (فرار از پرداخت وجه) گفته می‌شود، مقرر نمود. بند ۲ قاعده ۵ مثال روشنی از اعمال بند یک ماده ۵ است. اگر فروشنده‌ای که توافق به فروش کالای غیر معینی کرده - مثلاً ۵۰۰ تن گندم از موجودی گندم - و ۵۰۰ تن گندم را طبق توافق به متصدی حمل و نقل برای انتقال به خریدار تحویل دهد. این امر تعیین و اختصاص غیر مشروط کالا به قرارداد مذکور بوده و مالکیت این ۵۰۰ تن به یکباره به خریدار منتقل می‌شود.

اما در صورتی که اختصاص ۵۰۰ تن به قرارداد مشروط باشد، مثلاً مشروط به پرداخت قیمت باشد مالکیت تازمانی که او شرط را اجرا نکند منتقل نمی‌شود. البته قاعده ۵ در صورت قصد مغایر طرفین تابع قصد است. در پرونده Karlishamns محکمه نظر داد که با تخلیه کشتی بعد از تحویل های قبلی کالا به خریداران دیگر در بنادر میانه راه و قبل از رسیدن به بندر مقصد (که خریداران تمام کالاهای باقیمانده را روی عرشه تحویل می‌گیرند) کالاها معین و مشخص شده‌اند و مالکیت قبل از اینکه کالاها مختص به قراردادهای خاص بیع با خریداران باقیمانده گردند، منتقل شدند.

۴-۲ - حقوق فرانسه

در صورتی که قرارداد در مورد کالایی از نوع خاصی باشد بدون تعیین منبعی که آن کالا از آن گرفته می‌شود مالکیت و ضمان معاوضی زمانی به خریدار منتقل می‌شود که کالا مشخص و معین شود. اگر خریدار وظیفه داشته باشد که خود کالا را تحویل بگیرد انتقال مالکیت وقتی است که کالا به او تحویل داده شود و زمانی که فروشنده متعهد به تسلیم کالا است انتقال مالکیت وقتی است که کالا جهت تسلیم به متصدی حمل و نقل از کارخانه فروشنده یا از انبار خارج شده باشد. مازو حقوق دان معروف فرانسوی (به نقل از بوری، همان، ص ۶۵)، در مثالی می‌گوید: اگر کالاها بطور کلی ارسال شوند یعنی ۳۰۰ گونی گندم با هم با قطاری برای سه خریدار مختلف (برای هر یک صد گونی) ارسال گردد و همه کالاها نیز به یک ایستگاه مقصد فرستاده شوند تعیین و اختصاص در زمانی واقع می‌شود که هر یک از خریداران در آن ایستگاه ۱۰۰ گونی گندم را تحویل بگیرند. بنابراین مالکیت و ضمان معاوضی در این مثال با دریافت کالا منتقل می‌شود. بیان این نکته مفید است که اگر چه تعیین و تشخیص اغلب با تسلیم صورت می‌گیرد اما این امر اساسی نیست. ممکن است قبل از تسلیم نیز با عملی از فروشنده که به وضوح نشان دهد کالاها مشخص شده‌اند تعیین واقع شود. مثلاً با قراردادن آنها در یک انباری که بر در آن نام خریدار نوشته شود.

۴-۵ - مقایسه

همانگونه که بیان شد در حقوق اسلام مالکیت مبیع کلی در عقد بیع با انعقاد عقد منتقل می‌شود و به جز موارد استثنایی همانند بیع صرف و بیع سلم که انتقال مالکیت در زمان تحقق شرط است در سایر موارد انتقال مالکیت از زمان تشکیل عقد بیع صورت می‌گیرد. در حقوق ایران نیز براساس مواد قانونی مدنی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع در تمام مواد (مبیع عین

معین، کلی فی الذمه، کلی در معین، کلی مشاع)، زمان انعقاد عقد بیع خواهد بود (بند اول، ماده ۳۶۲ ق. م) و اگر چه حقوق دانان در بیع کلی زمان تسلیم یا تعیین مبیع را زمان انتقال مالکیت دانسته‌اند، اما تحلیل آنان با مواد قانونی مدنی سازگار نیست.

این در حالی است که در حقوق انگلیس مالکیت کالای کلی در عقد بیع در زمانی منتقل می‌شود که کالاها مشخص و معین می‌گردند (ماده ۱۶ قانون بیع کالای انگلیس). از طرف دیگر بر اساس قاعده ۵ ماده ۱۸ قانون بیع شرطی مقرر شده است و آن اینکه خریدار به تعیین و اختصاص کالا به طور ضمنی یا صریح رضایت داشته باشد. در حقوق فرانسه نیز مالکیت کالای کلی و ضمان معاوضی آن در زمانی به خریدار منتقل می‌شود که کالاها مشخص و معین شوند و تسلیم و تعیین اگر چه اغلب با تسلیم صورت می‌گیرد اما ممکن است قبل از تسلیم نیز با عملی از فروشنده که به وضوح نشان دهد کالاها مشخص شده‌اند، تشخیص و تعیین محقق شود. بنابراین قواعد حقوق انگلیس در مورد اختصاص و تعیین کالا بطور غیر مشروط یکسان است اما افتراقی نیز بین این دو سیستم مشاهده می‌شود. در حقوق انگلیس لازم است خریدار با اختصاص و تعیین کالا بطور صریح و یا ضمنی موافق باشد در حالی که در حقوق فرانسه چنین شرطی وجود ندارد. در این سیستم حقوقی اختصاص و تعیین، عملی است که فروشنده انجام می‌دهد بدون اینکه خریدار در این امر شرکت کرده و یا حتی بطور ضمنی موافقت کرده باشد، اما این وظیفه فروشنده است که اقدام اختصاص و تعیین را اثبات نماید و به نظر می‌رسد در صورتی که تعیین قبل از تسلیم صورت بگیرد ساده‌ترین راه برای چنین کاری حضور خریدار در زمانی است که کالاها از مقدار زیادتر جدا شده و اختصاص به قرارداد پیدا بکند. براین اساس حقوق اسلام و حقوق ایران (قانون مدنی)، هیچگونه هماهنگی با دو سیستم حقوقی فرانسه و انگلیس ندارد اگر چه تحلیل حقوق دانان ایران از انتقال مالکیت در مورد مبیع کلی همانند دیدگاه حقوق فرانسه است.

۳- بیع کالای آینده

۳-۱- حقوق اسلام

در آثار فقهی دیدگاههایی در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت بیع کالای آینده مطرح شده است. شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌گوید: "سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرفهایی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می‌شود روا نیست. دلیل ما بر باطل بودن این قرارداد این است که اولاً ما اجماع داریم که تحویل دادن این کالاها واجب نیست و او مخیر است که

کالاهای مورد قرارداد را تحویل دهد و یا قیمت را به خریدار بازگرداند و خریدار هم ملزم نیست که آن را تحویل بگیرد و اگر قرارداد درست می‌بود برهم زدن آن جایز نبود، ثانیاً کالای مورد قرارداد مجهول است" (طوسی، بی‌تا، ص ۲۱۵). سرخسی در المبسوط می‌گوید: اگر برای این سفارش ساخت، مدتی را تعیین کنند و آن صنعت هم شناخته شده باشد، این قرارداد بر طبق نظریه ابوحنفیه از نوع معامله سلم خواهد بود که باید شرایط سلم را داشته باشد مثل قبض ثمن در مجلس. ابوحنفیه می‌گوید: "این قرارداد، فروش کالایی است که حاضر نیست و این جز معامله سلم چیز دیگری نخواهد بود و مانند آن است که واژه سلم در قرارداد ذکر شود" (سرخسی، ۱۴۱۱، ص ۱۳۹).

به نظر می‌رسد بیع کالای آینده براساس دیدگاههای فقهی به این نحو حاصل می‌شود که پس از مذاکرات لازم میان طرفین قرارداد، سازنده کالا مقداری از مصنوعات خود را در برابر قیمت آنها به ملکیت سفارش دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده هم این ملکیت را می‌پذیرد به گونه‌ای که در انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی‌ماند. این نوع قرارداد بیع محسوب می‌شود و تفاوتی بین این عقد و سایر اقسام بیع وجود ندارد، جز اینکه در اینجا هنوز کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده که فروشنده آن را ساخته و تحویل دهد و انضمام این شرط باعث خارج شدن قرارداد از ماهیت آن یعنی بیع نمی‌شود. در این حالت اگر مورد سفارش یک امر شخصی باشد مثلاً سفارش ساختن یک کشتی بزرگ که سازنده بخشی از آن را ساخته است، از آنجا که هنوز کار ساخت این کشتی به اتمام نرسیده، سازنده آن را بدین شرط در مقابل قیمت به سفارش دهنده تملیک می‌کند که ساخت آن را تکمیل کند. بنابراین مفهوم حقیقی سفارش ساخت کشتی آن است که سفارش دهنده همین کشتی نیم ساخته موجود را می‌خرد و شرط می‌کند که سازنده کار ساخت باقیمانده را هم تکمیل کند. بر این اساس کالای مورد فروش عبارتست از همین کالای موجود، مشروط به اینکه سازنده آن را تکمیل کند. اگر مورد سفارش امری کلی باشد از آنجا که فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالا است و ساختن هم نیاز به گذشت مدت دارد به ناچار تحویل کالا در زمان آینده خواهد بود. از سوی دیگر بیعی که کالای فروشی در آن کلی است و تحویل کالا در زمان آینده انجام می‌شود همان بیع سلف و سلم است که در این صورت باید تمام شرایط بیع سلم فراهم باشد. براساس دیدگاه مشهور فقیهان امامیه از جمله شرایط بیع سلم تسلیم ثمن در مجلس عقد است. بنابراین اگر مورد سفارش امری کلی باشد و ثمن در مجلس عقد پرداخت شود، بیع سلم خواهد بود. اما اگر ثمن پرداخت نشود، درست است که بیع سلف نیست ولی عنوان بیع را به طور کلی داراست و مشمول "احل الله البیع" خواهد بود و ظاهر حدیث

پیامبر (ص) که لایب‌الدین بالدین در خصوص موردی است که کالا قبل از بیع به صورت دین باشد و حدیث مزبور شامل موردی که مبیع پس از بیع تبدیل به دین می‌شود نمی‌گردد (مؤمن، ص ۱۲۰ به بعد).

بنابر آنچه گفته شد، بیع کالای آینده یا به صورت بیع عین معین است که بدون تردید با انعقاد قرارداد، مالکیت مبیع منتقل می‌شود و یا به صورت کلی فی الذمه است که در این صورت یا در قالب بیع سلم است که انتقال مالکیت با قبض ثمن در مجلس عقد محقق می‌شود و یا بطور کلی مشمول دلیل احل الله البیع است که انتقال مالکیت زمان انعقاد قرارداد خواهد بود. نتیجه اینکه قاعده کلی در حقوق اسلام این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت از زمان انعقاد عقد صورت می‌پذیرد، اما در موارد استثنائی در جایی که برای صحت عقد شرط خاصی مقرر شده است، انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط خواهد بود. بیع کالای سلم از جمله موارد استثنائی است که انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط ویژه یعنی قبض ثمن محقق می‌شود (محقق حلّی، همان، ص ۵۷: الشرط الثالث [القبض قبل التفرق] قبض رأس المال قبل التفرق شرط فی صحت العقد). بنابراین انتساب نظریه انتقال مالکیت در زمان تشخیص مبیع که یکی از حقوق دانان به فقه اسلام داده‌اند، صحیح به نظر نمی‌رسد. این حقوق دان می‌گوید: "همانطور که در حقوق فرانسه گفته می‌شود که در بیع کلی در ذمه، انتقال مالکیت در زمان تشخیص مبیع صورت می‌گیرد، در فقه امامیه نیز همین نظر پذیرفته شده است."

اولاً همانگونه که پیش از این گفتیم در معامله کلی فی الذمه انتقال مالکیت از زمان انعقاد عقد بیع صورت می‌پذیرد. ثانیاً در بیع سلم که یکی از مصادیق بیع کلی فی الذمه است انتقال مالکیت از زمان وجود شرط ویژه آن یعنی قبض ثمن محقق می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۴۰۲؛ طباطبائی، همان، ص ۱۶۰ و قرافی، بی‌تا، ص ۲۸۹). نویسنده مزبور این نسبت به فقه امامیه را با ارجاع به عبارات نویسنده کتاب جامع الشتات مطرح می‌کند، حال آنکه عبارت فقیه مذکور چنین نسبتی را موجه نمی‌سازد. عبارت وی چنین است: "سؤال: کسی سلف گندم یا روغن یا مویز به وعده معین بخرد قدری از ملک و خانه در عوض همان سلف بیع شرط نهاده و در سر موعد سلف را رد ننماید بیع لازم شود می‌توان چنین بیع لازم را تصرف نمود یا نه؟

جواب: مشهور میان علما بلکه جمعی دعوی اجماع کرده‌اند که فروختن آن چیزی که به عنوان سلف خریده قبل از حلول مدت صحیح نیست خواه بگوییم که سبب این است که هنوز ملک مشتری نشده و خواه بگوییم که ملک شده و لکن ممنوعست از تصرف در آن... " (جیلانی‌قمی، همان، ص ۱۴۴).

۳-۲ - حقوق ایران

در قانون مدنی ایران ماده صریحی که وضعیت سلف را بیان کرده باشد وجود ندارد و به عبارتی بیع سلفی در قانون مدنی مطرح نشده است. اگرچه از مواد ۳۴۱ و ۳۶۴ ق.م. صحت چنین عقدی استنباط می‌شود. ذیل ماده ۳۴۱ ق.م. مقرر شده است: "... و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود". همچنین در ماده ۳۶۴ ق.م. مقرر شده است: "... و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع". عقد سلف نیز عقدی است که قبض شرط صحت آن بوده و مانند بیع صرف است. بنابراین زمان انتقال مالکیت در بیع سلم همانند بیع صرف زمان تحقق شرط یعنی تأدیه ثمن در مجلس عقد است و این حکمی است که مبتنی بر فقه امامیه است. اما در صورتی که معامله کالای آینده عنوان سلف و سلم را پیدا نکند، به نظر می‌رسد طبق قاعده کلی احل الله البیع عمل حقوقی مزبور صحیح بوده و مالکیت طبق قواعد کلی از زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود. هیچ مقررهای در قانون مدنی با این نظریه منافات ندارد.

۳-۳ - حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس قواعد خاصی در مورد انتقال مالکیت کالای آینده‌ای که باید ساخته شود وجود ندارد و قواعد مربوط به کالاهای غیرمعین نسبت به این کالاها اعمال می‌شود. منظور از کالای آینده براساس آنچه که در بند ۱ ماده ۵ قانون بیع کالای انگلیس مقرر شده، کالایی است که بوسیله فروشنده بعد از انعقاد قرارداد ساخته یا تحصیل می‌شود. در مثالی که پیش از این در مورد بیع کلی در حقوق انگلیس گفته شد یعنی فروش یک ماشین Ford serria جدید مدل ۱۹۸۷ در زمانی که فروشنده هنوز ماشین را تحصیل نکرده است مصداقی از بیع کالای آینده مطرح گردید. بنابراین بیع کالای آینده نوعی بیع کالای غیرمعین است. اما توافق در مورد بیع کالایی که هنوز توسط فروشنده بدست نیامده، ممکن است توافق به فروش کالاهای معین و مشخص باشد، این وضعیت در جایی صادق است که کالا قبلاً به وسیله فروشنده با توافق ضمنی خریدار مشخص شده باشد، این نیز یکی از مصادیق بیع کالای آینده است که در واقع بیع عین معین می‌باشد نه بیع کالای غیرمعین. یکی از حقوق‌دانان انگلیسی مثالی در این مورد ارائه می‌دهد: فرض کنید آقای "ب" تمایل به خرید میزی از نوع مخصوص از آقای "س" (فروشنده عتیقه جات) دارد. آقای "س" هیچ میزی از این نوع در اختیار ندارد اما می‌داند که آقای "ت" - فروشنده دیگر - تنها یک میز از این نوع دارد. آقای "س" در مورد فروش آن میز

ویژه توافقی با آقای "ب" منعقد می‌کند. این بیع از طرفی بیع کالای آینده است، زیرا خود "س" هنوز مالکیت آن را بدست نیاورده است؛ همچنین بیع کالای معین و مشخص است، زیرا موضوع بیع قبلاً به وسیله "س" با توافق "ب" مشخص و معین شده است. اگر "س" در خصوص تمایل به فروش میز اطمینان نداشته باشد، توافق بین "ب" و "س" می‌تواند به صراحت مبتنی بر فروش میز توسط "ت" به "س" باشد. چنین قراردادی بین "ب" و "س" قرارداد بیع کالا است. از این روست که در بند ۲ ماده ۵ قانون بیع کالای انگلیس مقرر شده است: "در صورتی که تحصیل کالا به وسیله فروشنده مبتنی بر احتمالی است که ممکن است محقق شود یا نشود، قرارداد بیع کالا بوجود می‌آید." در صورتی که این احتمال به وقوع نپیوندد، قرارداد زایل یافته تلقی می‌شود (بوری، همان، ص ۶۵).

سؤالی که در مورد بیع کالای آینده در حقوق انگلیس مطرح است زمان انتقال مالکیت این کالا است. براساس بند ۳ ماده ۵ "در صورتی که به موجب قرارداد بیع، فروشنده قصد واقع ساختن بیعی در مورد کالای آینده داشته باشد قرارداد مذکور به عنوان توافق فروش کالا مؤثر خواهد بود." مفهوم این بند از ماده ۵ این است که اگر "س" توافق کند برای "ب" یک کشتی بسازد، به عنوان یک قاعده کلی مالکیت کشتی تنها زمانی که ساخت آن پایان یابد به "ب" منتقل می‌شود و کشتی به "ب" اختصاص می‌یابد. اما "س" و "ب" ممکن است توافق نمایند که قیمت کالا به طور اقساط پرداخته شود. با پرداخت اولین قسط، کشتی و تمام وسایلی که برای ساخت آن خریداری شده ملک مطلق "ب" است. بنابراین براساس مقررات ماده ۵ در زمانی که کالاها اختصاص به قرارداد پیدا کرده، مالکیت منتقل می‌شود و معمولاً اختصاص در زمانی است که ساخت کالا کامل شده باشد. البته این در صورتی است که شرط خلافی نشده باشد.

۳-۴ - حقوق فرانسه

در فرانسه حقوق مالکیت کالاها در قرارداد ساخت کالا در زمانی منتقل می‌شود که به طور مؤثر در وضعیتی قرار داشته باشد که توسط فروشنده قابل تسلیم و توسط خریدار قابل دریافت باشد مگر اینکه طرفین در قرارداد غیر از این شرط کنند. اما در جایی که ثمن باید همراه با پیشرفت کار به خریدار پرداخت شود، معمولاً در قرارداد مقرر می‌شود که مالکیت کالاها در اینجا هم بر طبق جریان کار منتقل گردد. مثالی که مازو در این خصوص گفته است ساخت کشتی است که با پرداخت ثمن همگام با پیشرفت ساخت، خریدار به طور طبیعی تمایل دارد که در مقابل ناتوانی مالی فروشنده حمایت شود و مالکیت به او منتقل شود. در مورد تولیدات

طبیعی به نظر می‌رسد رویه عمومی این است که مالکیت زمانی منتقل می‌شود که محصول جمع آوری شده یا به حالت رسیده‌ای در آمده که برای تحقق موضوع قرارداد ضروری است.

۵-۳- مقایسه

در حقوق اسلام و ایران در بیع کالای آینده در نوع سلف آن، مالکیت در زمان تحقق شرط خاص که قبض ثمن در مجلس عقد است منتقل می‌شود. در مورد بیع کالای آینده‌ای که از نوع سلم نمی‌باشد مالکیت با انعقاد قرارداد منتقل می‌گردد. در حالی که در سیستم حقوقی انگلیس انتقال مالکیت کالای آینده در زمانی است که ساخته می‌شود. در بند ۳ ماده ۵ قانون بیع کالای انگلیس، مالکیت کالا در زمان اختصاص یافتن کالا به قرارداد منتقل می‌شود و این اختصاص در زمان ساخت کالا تحقق پیدا می‌کند. در سیستم حقوق فرانسه نیز زمان تشخیص و ساخت کالا، زمان انتقال مالکیت کالای آینده خواهد بود و بنابراین سیستم حقوقی انگلیس و فرانسه در این امر با هم منطبق می‌باشند. حال آنکه این دو سیستم با حقوق اسلام و ایران هماهنگ نیستند. دو سیستم حقوقی انگلیس و فرانسه در این امر با هم منافات دارند که در سیستم حقوقی انگلیس رضایت خریدار به تشخیص و اختصاص کالا به قرارداد شرط است و حال آنکه در سیستم حقوقی فرانسه چنین شرطی وجود ندارد.

نتیجه

همانطور که بیان شد در سیستم‌های مختلف حقوقی، زمان انتقال مالکیت با توجه به نوع کالا متفاوت است. در صورتی که کالا عین معین باشد، در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران در زمان انعقاد قرارداد بیع، مالکیت منتقل می‌شود. در مواردی که به جز ایجاب و قبول امر دیگری از شرایط صحت عقد تلقی گردد، بطور استثنایی از زمان تحقق شرط مالکیت منتقل می‌شود. در حقوق انگلیس مالکیت کالای معین در زمانی منتقل می‌شود که طرفین قصد انتقال آن را داشته باشند. ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس قواعدی را برای تبیین قصد طرفین مقرر کرده است. در حقوق فرانسه در مورد عین معین، مالکیت از زمان انعقاد قرار منتقل می‌شود. در حقوق آلمان علاوه بر انعقاد قرارداد، تسلیم کالا برای انتقال مالکیت ضرورت دارد.

در مورد بیع کالای کلی فی الذمه دیدگاه فقیهان اسلامی این است که انتقال مالکیت همانند عین معین در زمان انعقاد قرار داد صورت می‌گیرد. قانون مدنی ایران نیز با اقتباس از فقه امامیه همین دیدگاه را پذیرفته است؛ با وجود این، حقوق‌دانان ایران بر این باورند که زمان

انتقال مالکیت کلی فی الذمه زمان تسلیم یا اختصاص می‌باشد. در حقوق انگلیس نیز زمان اختصاص کالا و تعیین کالا برای قرارداد مالکیت منتقل می‌گردد. حقوق فرانسه نیز همین دیدگاه را پذیرفته است. در خصوص بیع کالای آینده فقیهان اسلامی بر این باورند که این بیع یا از قبیل بیع سلم است یا بطور کلی مصداق بیع بوده و مشمول آیه اهل ... البیع می‌باشد یا که بنحو بیع سلم باشد، زمان تحقق شرط یعنی قبض ثمن در مجلس عقد، مالکیت کالا منتقل می‌شود، اما در صورتی که این نوع قرارداد را بیع بطور کلی تلقی کنیم طبق قاعده کلی، در زمان انعقاد قرارداد مالکیت کالا منتقل می‌شود. قانون ملت ایران نیز با دیدگاه فقیهان امامیه هماهنگ است. در حقوق انگلیس انتقال مالکیت کالای آینده در زمانی است که کالا ساخته می‌شود در حقوق فرانسه نیز در زمان تعیین و اختصاص حقوق کالا مالکیت منتقل می‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به مفهوم اعتباری مالکیت و با تحلیل صحیح این مفهوم، این دیدگاه که عقد بیع مالکیت کالا از زمان انعقاد قرارداد منتقل می‌شود با هیچ دلیل فنی و منطقی منافات ندارد.

مأخذ

- ۱- اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیه المکاسب (قم، منشورات الذخایر الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش).
 - ۲- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۱ (چاپ سوم: تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۱).
 - ۳- انصاری، مرتضی؛ المکاسب (تبریز، چاپ سنگی، ۱۳۷۵ قمری).
 - ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت (تهران، نشر بنیاد، ۱۳۵۶).
 - ۵- محقق حلی؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (قم، نشر دارالهدی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۰).
 - ۶- خمینی، روح الله؛ البیع، ج ۱ (قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۳).
 - ۷- خویی، ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه (بیروت، دار الهادی، ۱۳۸۲).
 - ۸- سرخسی، محمد بن احمد بن سهل ابی بکر؛ المبسوط (بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۱).
 - ۹- شهیدی، مهدی؛ جزوه حقوق مدنی ۶، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
 - ۱۰- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم؛ حاشیه المکاسب (قم، چاپ مهر، ۱۳۷۸).
 - ۱۱- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم؛ سؤال و جواب (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶).
 - ۱۲- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن؛ الخلاف (بیروت، دارالتعارف، بی تا).
 - ۱۳- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، ج ۱ (تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۸).
 - ۱۴- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها (تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۲).
 - ۱۵- قرافی، احمد بن ابی العلاء؛ الفروق (مصر، بی تا).
 - ۱۶- جیلانی قمی، ابوالقاسم؛ جامع الشتات (تبریز، چاپ سنگی، ۱۳۲۴).
 - ۱۷- مکی العاملی، محمدبی جمال الدین؛ اللمعه دمشقیه (نجف، مطبه آداب، ۱۴۰۷).
 - ۱۸- مؤمن قمی، محمد؛ مجله فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۱۱ و ۱۲.
 - ۱۹- نراقی؛ عواید الایام (قم، مرکز الدراسات الاسلامیه، مطبعه المکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵).
 - ۲۰- نائینی، محمدحسین؛ منیه الطالب (تبریز، چاپ سنگی، بی تا).
 - ۲۱- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام (بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا).
- 22- Borrie, Gordon; Commercial Law (6th/ed: London, Butterworths, 1988).
- 23- Marsh, P.D.V. Comparative Contract Law England, France, Germany (Gower, 1973).