



بررسی ساز و کار انتقال مالکیت در اقسام بیع مال کلی

پژمان پیروزی *

چکیده

در حقوق ایران، همانند حقوق بسیاری از کشورها، صرف انعقاد عقد بیع موجب انتقال مالکیت مبیع می‌شود. البته، اگر چه انتقال مالکیت به مجرد وقوع بیع به عنوان یک اصل مسلم و قاعده کلی پذیرفته شده است؛ لیکن تمامی قراردادهای فروش به انتقال فوری مالکیت مبیع منتهی نمی‌گردد. در بسیاری از اقسام بیع انتقال مالکیت در زمانی منفصل از عقد محقق می‌گردد و ما شاهد نوعی انحراف از قاعده انتقال مالکیت در زمان انعقاد عقد هستیم. از جمله مصادیق انحراف از قاعده، انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی‌الذمه و بیع کلی در معین می‌باشد که ما در این مقاله در صدد هستیم به روش تحلیلی- تطبیقی ساز و کار انتقال مالکیت در این دو نوع از بیع را که به زعم نگارنده این سطور ساز و کاری تعلیقی می‌باشد مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

کلید واژه‌ها

بیع، تملیکی، کلی فی‌الذمه، کلی در معین، تعیین مصداق، انتقال مالکیت، سازوکار تعلیقی

*. آزاد عضو هیئت‌علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس

مقدمه

یکی از موضوعات مهم در حوزه عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع است. این موضوع از دیرباز توسط حقوقدانان مورد بررسی و مذاقه قرار گرفته و در حال حاضر نیز بحث پیرامون آن از جهت علمی و عملی حائز اهمیت می‌باشد.

امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا عقد بیع به عنوان عقدی رضایی و تملیکی شناخته شده است و تحقق انتقال مالکیت عوضین به مجرد وقوع بیع به عنوان یک اصل مسلم تلقی می‌گردد. اما اگر چه عقد بیع عقدی تملیکی است و به محض تحقق آن مالکیت مبیع و ثمن به طرفین عقد منتقل می‌شود، اما انتقال فوری مالکیت در زمان قرارداد مقتضای ذات عقد بیع نیست؛ لذا در مواردی ما شاهد انحراف از قاعده انتقال مالکیت در زمان انعقاد عقد هستیم و در میان اقسام عقد بیع مصادیقی یافت می‌شود که انتقال مالکیت با تأخیر محقق می‌گردد. در واقع در این حالت، برای خریدار نوعی مالکیت بالقوه به وجود می‌آید و پس از تحقق امری که اثر عقد منوط به آن گردیده، این مالکیت تبدیل به مالکیت بالفعل می‌شود. گاه این تأخیر در انتقال مالکیت ناشی از موانع مادی است که در این مقاله درصدد هستیم این ساز و کار تعلیقی را در دو قسم از اقسام رایج بیع، یعنی بیعی که مبیع آن کلی فی‌الذمه است و بیعی که مبیع آن کلی در معین می‌باشد، تبیین و مورد بررسی قرار دهیم. بدین منظور، در بخش اول مقاله حاضر، ساز و کار انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه و در بخش دوم ساز و کار انتقال مالکیت در بیع کلی در معین را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

بخش اول: ساز و کار انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه

عقد بیع عقدی است تملیکی و به مجرد انعقاد عقد، انتقال مالکیت عوضین محقق می‌گردد و هیچ‌گونه تشریفات یا عمل دیگری هم برای انتقال مالکیت نیاز نیست.^۱

به دلالت مفاد ماده ۳۵۰ قانون مدنی ایران و در مقام بیان اقسام مبیع، مبیع به مفروز، مشاع، کلی در معین و کلی فی‌الذمه تقسیم‌بندی شده است. حال با عنایت به مراتب فوق، اگر مبیع عین معین باشد تردیدی در خصوص انتقال مالکیت مبیع به مجرد تحقق ایجاب و قبول عقد بیع و در نتیجه تملیکی بودن عقد بیع وجود ندارد، اما در فرضی که مبیع کلی فی‌الذمه است این سؤال مطرح می‌شود که آیا در این نوع از بیع نیز ما می‌توانیم قائل بر تملیکی بودن عقد

۱. به استثنای بیع اموال غیرمنقول که انتقال مالکیت تا زمان تنظیم سند رسمی انتقال به تأخیر می‌افتد.

بیع باشیم؟ و سؤال دیگر آن که در این نوع از بیع انتقال مالکیت در چه زمانی محقق شده و اساساً ساز و کار انتقال مالکیت مبیع در این نوع از بیع به چه شکل می‌باشد. در مقام بررسی و تحلیل سئوالات مطروحه و ارائه پاسخ، در این بخش، ضمن تعریف بیع کلی فی‌الذمه و بررسی صحت آن (فصل اول) ساز و کار انتقال مالکیت در این نوع از بیع را نیز (فصل دوم) مورد بررسی قرار خواهیم داد.

فصل اول: تعریف بیع کلی فی‌الذمه و بررسی صحت آن

با عنایت به این که مساله صحت بیعی که مبیع آن کلی فی‌الذمه است از سوی برخی فقها و حقوقدانان مورد تردید قرار گرفته در این فصل ضمن بیان مفهوم بیع کلی فی‌الذمه در گفتار اول، صحت این نوع از بیع را در گفتار دوم مورد بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول: تعریف

بیع کلی فی‌الذمه یا کلی در ذمه که آنرا بیع عین موصوف فی‌الذمه^(۱) و بیع عین غیر معین بالذات^(۲) نیز نامیده‌اند، بیعی است که در آن مبیع صادق بر افراد عدیده باشد و آن افراد در خارج موجود باشند. مانند گندم، جو و امثال آن.^(۳)

به تعبیر برخی حقوقدانان، بیع کلی فی‌الذمه بیعی است که در آن مبیع کلی در ذمه بایع است و بایع در برابر مشتری تعهد به دادن مالی با اوصاف معین در آینده (= بیع کلی مؤجل) و یا بلافاصله پس از بیع (= بیع کلی حال) دارد.^(۴)

به نظر می‌رسد تعریف اخیر با ایراداتی مواجه باشد. توضیح اینکه، در ابتدای تعریف ما با نوعی دور مواجه هستیم و تعریف بیع کلی فی‌الذمه به بیعی که در آن مبیع کلی در ذمه بایع است مستلزم دور می‌باشد. از طرفی، بخش دوم تعریف این شائبه را به ذهن متبادر می‌کند که بیع کلی فی‌الذمه در زمره عقود عهدی است. در حالی که قبلاً بیان گردید که بیع در همه اقسام خود تملیکی است، با این توضیح که انتقال مالکیت در بیعی که مبیع آن عین معین است در زمان عقد و در برخی از اقسام بیع انتقال با تأخیر و در زمانی منفصل از عقد محقق می‌گردد. بیع کلی فی‌الذمه، دو قسم است: ۱- گاهی اوقات، بیع به کلی ثابت در ذمه قبل از بیع تعلق می‌یابد مانند بیع دین به مدیون یا غیر او ۲- گاهی هم بیع به کلی ثابت در ذمه به واسطه نفس عقد بیع تعلق می‌گیرد بدون اینکه قبل از بیع چیزی در ذمه باشد مانند آنچه که در بیع سلم معمول است.^(۵)

حال ممکن است این سؤال مطرح شود که فرق قسم اول بیع کلی فی‌الذمه با انتقال طلب چیست و آیا اساساً این دو با هم تفاوت دارند یا از یک مقوله هستند؟

در بیان مفهوم انتقال طلب گفته شده است که: «انتقال طلب، چنانکه از نام آن برمی‌آید، به جابه‌جایی طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری گفته می‌شود. در این جابه‌جایی، انتقال گیرنده از هر حیث جانشین انتقال‌دهنده می‌شود و از همان مزایا برخوردار است، چنانکه در انتقال مال نیز تملک‌کننده قائم مقام خاص تملیک‌کننده است. پس، مالک جدید طلب نیز مانند دست پیشین خود می‌تواند آن را از مدیون با همان شرایط مطالبه کند، در اجرای حق از تضمین‌های طلب سود برد و در برابر دیگران به آن استناد نماید...»^(۶)

یکی از طرق انتقال طلب، انتقال قراردادی است و فرد شایع آن «عقد حواله» می‌باشد (ماده ۷۲۴ ق.م). اما نباید چنین پنداشت که حواله تنها طریقه انتقال طلب محسوب می‌شود، بلکه انتقال طلب می‌تواند به طور مستقیم و بدون دخالت شخص مدیون نیز محقق گردد، خواه در قالب یکی از عقود معین (مانند بیع یا هبه طلب) و خواه به موجب قراردادی بی‌نام که بر مبنای آن طلبکار حقی را که در برابر مدیون دارد به غیر انتقال می‌دهد.^(۷) لذا با عنایت به مراتب مطروحه، چنانچه انتقال طلب در قالب معامله و در برابر وجه نقد انجام گیرد، قراردادی که محقق گردیده، بیع است.^(۸)

با عنایت به مراتب فوق، بیع کلی فی‌الذمه نوع اول، یکی از طرق قراردادی انتقال طلب به شمار می‌آید و موجب انتقال طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری می‌گردد، اما قسم دوم کلی فی‌الذمه مورد اشکال واقع شده است که در گفتار بعدی به بررسی آن خواهیم پرداخت.

گفتار دوم: بررسی صحت

همان‌گونه که در گفتار قبلی بیان گردید، بیع کلی فی‌الذمه بر دو قسم است: قسم اول بی‌شک، صحیح است. زیرا، دین به اعتبار تعلقش به ذمه مدیون در زمان عقد، قبل از بیع موجود است و می‌تواند به عنوان طلب فروشنده مبیع قرار گیرد، چنان‌که کسی یکصدکیلو چائی که از دیگری طلب دارد به شخص دیگری بفروشد. اما بیع قسم اخیر کلی فی‌الذمه مورد اشکال واقع شده است که این اشکالات به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اشکال اول

ملکیت داخل در اعراض است و عرض بدون وجود محل تحقق نمی‌یابد. کلی فی‌الذمه نیز قبل

از بیع وجود ندارد تا محل و موضوع مالکیت و معروض آن قرار گیرد.

پاسخ اشکال

حقیقت ملکیت چیزی جز اعتبار عقلا نی است. به عبارت دیگر، ملکیت رابطه‌ای است اعتباری میان شخص و چیزی که در ید اوست و این رابطه واقعیتی و رای جعل نداشته و این نحو از جعل و اعتبار اقتضاء وجود خارجی ندارد. از طرفی، همانطور که ماهیت این رابطه اعتباری است، طرف رابطه نیز می‌تواند اعتباری باشد. عقلاً برای کلی، نوعی وجود اعتبار می‌کنند که می‌تواند بدان ملکیت تعلق گیرد؛^(۹) لذا کلی فی الذمه معدوم مطلق نیست بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری، گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف و داشتن موجودیتی اعتباری، عقلاً، آن را ملک و مملوک لحاظ می‌کنند.^(۱۰)

اشکال دوم

حقیقت بیع، مبادله دو مال با یکدیگر است و کلی، پیش از عقد، مال نمی‌باشد تا موضوع مبادله قرار گیرد.

پاسخ اشکال

مالکیت امری است اعتباری که متوقف بر وجود موضوع خود در عالم خارج نمی‌باشد، بلکه مشمول ملک حکمی نیز می‌گردد.^(۱۱) بنابراین، گرچه قبل از اضافه شدنش به ذمه، از مفاهیم خیالی باشد که نمی‌تواند به تنهایی موضوع بیع واقع شود، اما بعد از اضافه شدنش به ذمه، از اموال به شمار می‌آید و مورد رغبت عقلاً قرار می‌گیرد. گندم فی نفسه مالیات دارد، هر چند اکنون هنوز موجود نیست و جزء اموال فروشنده به حساب نمی‌آید.^(۱۲)

برخی از فقها هم در رد این اشکال قائل بر این عقیده هستند که هیچ دلیل عرفی یا شرعی در این مورد که مبیع، قبل از عقد بیع، مال باشد، وجود ندارد بلکه شرعاً و عرفاً لازم است که مبیع قابلیت معاوضه و مبادله را داشته باشد که کلی در ذمه چنین است.^(۱۳)

اشکال سوم

حتی اگر کلی بتواند متعلق رابطه مالکیت قرار گیرد و مالیت آن نیز ثابت شود، در هنگام عقد، ملک بایع نیست. پس، چگونه ممکن است کسی چیزی را بفروشد که خود مالک آن نیست

(فاقد الشيء لا يعطى الشيء).

پاسخ اشکال

پاسخی که فقها به این سؤال داده اند، این است که تملیک ممکن است به معنی ایجاد مالکیت باشد و همیشه به معنی نقل ملک نیست و در حقیقت مالکیت فعلی مبیع، شرط صحت بیع نیست، به عنوان مثال در موردی که ماهی دریا را با قدرت بر تسلیم به کسی می‌فروشند تا اینکه بعد از مدتی به خریدار تحویل گردد، در اینجا اگرچه موضوع بیع، هنوز ملک بایع نگردیده اما این بیع، صحیح است.^(۱۴) تملیک در این موارد بصورت تعلیقی شکل می‌گیرد و به محض تعیین مصداق انتقال مالکیت محقق می‌گردد.^(۱۵)

از آنچه گفته شد به این نتیجه دست می‌یابیم که بیع کلی فی الذمه، اعم از اینکه بیع به کلی ثابت در ذمه قبل از بیع تعلق یابد یا بدون اینکه قبل از بیع چیزی در ذمه باشد، صحیح می‌باشد.

قانون مدنی، پس از اینکه در ماده ۳۳۸ بیع را عقدی تملیکی معرفی می‌نماید در بند ۱ ماده ۳۶۲ بدون هیچ قیدی می‌گوید: «...۱- به مجرد بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود...». از این حکم کلی ماده ۳۶۴ ق.م^۱ مواردی مانند بیع صرف و احتمالاً بیع سلم مستثنی شده است ولی در ماده ۳۶۲ ق. م قانون‌گذار میان اقسام مبیع، تفاوتی نگذاشته است. این مطلب مبین این واقعیت است که قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه مالکیت مافی‌الذمه را مورد پذیرش قرار داده و بیعی که مبیع آن کلی فی‌الذمه می‌باشد، نیز عقدی تملیکی تلقی گردیده است.^(۱۶)

در حقوق انگلیس نیز طبق ماده ۱۶ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^(۱۷) این نوع از بیع شناخته شده است و حقوقدانان انگلیسی نیز در تقسیم‌بندی خود از اقسام مبیع، مبیع کلی (Unascertained Goods) را در ردیف اقسام مبیع آورده و آن را به سه قسم: ۱- کالای آینده (Future Goods) ۲- کلی فی‌الذمه (Generic Goods) ۳- کلی در معین (The Unascertained Portion Of An Ascertained Whole) تقسیم‌بندی نموده‌اند.^(۱۸)

در حقوق فرانسه نیز این نوع از بیع به رسمیت شناخته شده و شرط آن معلوم بودن و یا قابلیت تعیین مبیع در جنس و مقدار بیان گردیده است.^(۱۹)

۱. ماده ۳۶۴ ق. م مقرر می‌دارد: «در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع».

قانون تعهدات سوئیس در بند ۱ ماده ۷۱ در خصوص مورد اشعار می‌دارد: «۱- اگر موضوع تعهد به طور نوعی مشخص شده باشد، انتخاب آن با بدهکار است، مگر اینکه خلاف آن از طبیعت امور برآید.»^(۲۰)

قانون مدنی مصر ضمن تأیید صحت این نوع از بیع در مواد ۲۰۵ و ۵۳۳ و ماده ۱/۱۳۳ مقرر داشته در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه (المبیع غیر معین بالذات)، باشد باید جنس و نوع و مقدار آن معین شده باشد.^(۲۱)

در حقوق برخی دیگر از کشورهای اسلامی مثل امارات، سوریه و اردن نیز این نوع از بیع مورد شناسایی قرار گرفته با این شرط که مقدار و جنس و وصف مبیع کلی فی‌الذمه معلوم باشد در غیر این صورت بیع صحیح نخواهد بود.^(۲۲)

فقهای عامه نیز ضمن قبول بیع کلی فی‌الذمه، صحت آن را منوط به توصیف جنس و نوع و مقدار مبیع دانسته‌اند.^(۲۳)

فصل دوم: انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه

به طور کلی در خصوص زمان انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه دو نظر وجود دارد:

۱- برخی بر این عقیده هستند که بیع کلی فی‌الذمه عقدی است عهدی و انتقال مالکیت در این نوع از بیع با تأخیر صورت می‌پذیرد. لذا به زعم این گروه، تملیک داخل در مفاد عقد نمی‌باشد و تسلیم، و بنابر نظر برخی صرف تعیین، موجب تحقق انتقال مالکیت می‌گردد.^(۲۴)

استدلال این گروه بر این پایه استوار است که در بیع کلی فی‌الذمه، در زمان انعقاد عقد، مالی وجود ندارد تا انتقال مالکیت در ارتباط با آن مال صورت گیرد. از طرفی حقیقت بیع، مبادله دو مال است و کلی پیش از عقد مال نیست تا موضوع مبادله قرار گیرد.^(۲۵) لذا، «هرگاه مبیع کلی باشد، بیع عقدی عهدی است، یعنی با آن عقد باع تعهد می‌کند مبیع را به مشتری تملیک نماید و عمل تملیک به وسیله قبض حاصل می‌شود.»^(۲۶)

عقیده قائلین این نظریه از آنجا ناشی می‌شود که آنها اشتباه‌ها تملیک را مترادف با انتقال مالکیت گرفته‌اند و به همین جهت آن را در بیع عین خارجی به کار برده‌اند و بیع کلی فی‌الذمه را بیع عهدی شمرده‌اند.

زیرا، به نظر این گروه، در زمان عقد بیع، مالی وجود ندارد تا انتقال مالکیت صورت گیرد، اما اساس این فکر در معنی تملیک خطا می‌باشد.

علامه حلی در کتاب « قواعد الاحکام » در تعریف بیع گفته است: « بیع عبارت است از انتقال عین مملوک از بایع به خریدار در برابر عوض معین از روی تراضی. »^(۲۷) اما شارح کتاب « قواعد الاحکام » علامه که مؤلف کتاب « مفتاح الکرامه » است در تفسیر عبارت علامه گفته است: « عین مملوک اعم است از عین شخصی و کلی. »^(۲۸) به این ترتیب بیع سلم را هم بیع تملیکی می‌دانند.

۲- برخی دیگر عقد را علت تامه انتقال مالکیت دانسته و معتقدند که به صرف انعقاد عقد بیع مالکیت نیز منتقل می‌شود و فرقی نمی‌کند که مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه.^(۲۹) ظاهر کلام برخی از فقهای امامیه نیز حکایت از تملیکی بودن عقد بیع دارد، اعم از اینکه مبیع عین معین باشد یا کلی فی الذمه.^(۳۰)

اما در ارتباط با نظریه دوم دو گونه تأویل در میان حقوقدانان به چشم می‌خورد: الف- در بیع کلی فی الذمه نیز مانند بیع عین شخصی تصور انتقال فوری مالکیت امکان‌پذیر است اما در بیعی که مبیع آن کلی است مشتری مالک ما فی الذمه بایع می‌شود و برای او حق ذمی یا دینی ایجاد می‌شود و همین که فرد مبیع تعیین و تشخیص پیدا کرد این حق دینی تبدیل به حق عینی می‌گردد.^(۳۱)

ب- در بیع کلی فی الذمه نیز سبب تملیک صرفاً عقد بیع است اما مقصود از تملیک در این گونه موارد تملیک تعلیقی است به این معنی که وقتی مبیع تعیین یافت ملک منتقل‌الیه می‌شود. به تعبیر دیگر، مدلول عقود تملیکی نقل ملک است به همان نحوی که برای مالک بوده. پس، منفعت و نما و کلی معدوم همان طوری که بالفعل ملک ناقل نیست ملک بالفعل منتقل‌الیه نیز نخواهد بود؛^(۳۲) فلذا می‌توان گفت، بیع کلی فی الذمه عقدی است معلق که تأثیر آن (تملیک) بر حسب انشاء موقوف است به امر دیگر (تعیین یا تسلیم).

پس، در بیع کلی فی الذمه، موضوع تعهد ناشی از عقد، تعیین (تسلیم) فردی از افراد مبیع است نه تملیک آن زیرا سبب تملیک، که همان عقد بیع می‌باشد، از قبل ایجاد شده است؛ لذا با این اوصاف تسلیم صرفاً ابزاری است برای ابراز اراده، نه شرط صحت بیع یا تحقق تملیک؛^(۳۳) اما قبل از بیان نظریه مختار در خصوص مورد لازم است مقدمه‌ای در ارتباط با امکان انتقال با تأخیر مالکیت در قراردادهای فروش بیان گردد. در واقع نکته‌ای که پاسخ به آن حائز اهمیت می‌باشد آن است که آیا اساساً انتقال با تأخیر مالکیت امری ممکن است یا نه؟ آنگاه در صورت مثبت بودن پاسخ باید به دنبال پاسخ‌دادن به این سؤال باشیم که آیا این عقیده با مفهوم تملیکی بودن عقد بیع منافات دارد یا خیر؟ به تعبیر دیگر، آیا صرفاً تملیک است که مقتضای ذات عقد بیع به شمار می‌رود یا فوریت در انتقال مالکیت نیز مقتضای ذات عقد بیع به شمار

می‌رود؟

از حیث تحلیل فلسفی موضوع، می‌توان گفت که: حقوق عالم اعتباریات است نه حوزه بحث پیرامون وجود طبیعی؛ لذا در پیدایش وجود اعتباری آنچه دخیل است، اندیشه آدمی است و بدین سیاق وجود اعتباری در حوزه موجودات اعتباری از معقولات تلقی می‌گردد، نه از محسوسات.^(۳۴)

به عنوان مثال، یک ورق کاغذ سفید را با یک قطعه اسکناس مقایسه می‌کنیم. هر دو کاغذاند و دارای وجود طبیعی، اما اسکناس علاوه بر وجود طبیعی وجود اعتباری نیز دارد و به پیش‌توانه همین وجود اعتباری است که قدرت خرید برای اشخاص ایجاد می‌کند. ولی یک قطعه کاغذ سفید فی‌نفسه فاقد وجود اعتباری و بالتبع قدرت خرید می‌باشد.

خالق وجود اعتباری انسان است و وجود اعتباری در حیطة قدرت انسان قرار دارد؛ «هرطور که بخواهد می‌آفریند و زمان دست و پاگیر او نیست.»^(۳۵) این در حالی است که وجود طبیعی خارج از حیطة قدرت انسان است؛^(۳۶) لذا ضوابط و چارچوب‌های علت و معلول طبیعی در حوزه وجود اعتباری راه ندارد.^(۳۷)

در نظام علت و معلول طبیعی اولاً معلول همواره و بلافاصله پس از علت پدید می‌آید. ثانیاً معلول، قبل از علت پدید نمی‌آید.^(۳۸)

نتیجه پذیرش این ترتیب در موجودات اعتباری این خواهد بود که به طور مثال بگوئیم نباید میان زمان وقوع عقد بیع (علت) با انتقال مالکیت ناشی از آن (معلول) فاصله زمانی وجود داشته باشد و به محض تحقق عقد باید مالکیت مبیع هم منتقل شود و امکان تأخیر مالکیت متصور نیست، اما همانطور که بیان گردید ضوابط علت و معلول طبیعی در حوزه وجود اعتباری جریان ندارد.

علاوه بر مراتب فوق، امکان تأخیر انتقال مالکیت در فقه نیز امری پذیرفته‌شده است و برخی فقهای عظام^(۳۵) نیز در این خصوص قائل بر این امر هستند که انتقال مالکیت به دو شکل ممکن است محقق گردد: ۱- از حین عقد بیع ۲- از زمانی منفصل از عقد بیع. بر این مبنا، آنچه در بیع لازم است تحقق ملک حین بیع است، نه تحقق نقل ملک هم‌زمان و مقارن با عقد، به دلیل جواز نقل ملک متحقق در روز بعد یا ماه بعد همانطور که در نقل منفعت در اجاره جایز می‌باشد علی‌الخصوص هنگامی که مبدأ اجاره متصل به زمان عقد نباشد. خلاصه آنکه، بیع نقل ملک به غیر به صورت بالفعل است، خواه مالکیت فعلی انتقال یابد یا بسیار مترقب‌الحصول باشد.^(۳۹)

دلیل دیگر بر این مدعا، مصادیق اعمال حقوقی از این دست در حقوق می‌باشد. من باب مثال، عقد اجاره در نظر قانون‌گذار، عقد تملیکی است و اثر آن تملیک منفعت است به مستأجر (ماده ۴۶۶ ق.م). در اثر اجاره منافع عین به مستأجر تملیک می‌شود. این در حالی است که منافع عین مستأجره تدریجی‌الوصول است و در زمان عقد وجود ندارد تا به ملک خریدار در آید، اما با این حال، کسی در تملیکی بودن آن تردید نکرده است.^(۴۰) از طرفی، وفق مفاد ماده ۴۶۸ قانون موصوف، مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده و اگر در عقد اجاره، ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب می‌شود. مستفاد از این ماده اینکه طرفین عقد می‌توانند زمان شروع مدت اجاره را در زمانی غیر از زمان انعقاد عقد تعیین نمایند.

حاصل بحث آنکه اگرچه قاعده کلی در خصوص زمان انتقال مالکیت در عقد بیع آن است که انتقال مبیع به مجرد وقوع عقد محقق گردد، اما بنا به مراتب فوق، امکان به تأخیر افتادن انتقال مالکیت امری امکان‌پذیر و قابل قبول است؛ فلذا امکان انحراف از قاعده نیز متصور خواهد بود و انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه از مصادیق همین مورد است؛ لذا در خصوص زمان انتقال مالکیت در عقد بیع کلی فی‌الذمه نظر نگارنده این است که بیع کلی فی‌الذمه عقدی است تملیکی که انتقال مالکیت در آن با تأخیر محقق می‌گردد. البته این تأخیر ناشی از نوعی ساز و کار تعلیقی است. توضیح اینکه در بیع کلی فی‌الذمه، عقد بیع به محض ایجاب و قبول محقق می‌گردد و مقتضای تملیک فراهم می‌شود. به همین دلیل است که قانون‌گذار در بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م بیع کلی فی‌الذمه را عقدی تملیکی تلقی نموده است، اما اثر عقد که همان انتقال مالکیت می‌باشد منوط و معلق است به تعیین مصداق مبیع، در واقع، عدم تعیین و تشخیص مبیع به عنوان مانع مادی موجبات تأخیر انتقال مالکیت را فراهم می‌نماید؛ اما تعلیقی که در این فرض با آن مواجه هستیم تعلیق از نوع قراردادی نیست بلکه ناشی از وجود مانع مادی است؛ توضیح اینکه، عقد معلق در اصطلاح حقوقی عقدی است که به موجب آن طرفین عقد با یکدیگر توافق می‌کنند که اثر ناشی از عقد موکول به وقوع شرط دیگری (معلق علیه) باشد. به تعبیر دیگر، هرگاه طرفین اثر ناشی از آن را بدون قید و شرط بوجود آورند، عقد را منجز گویند و در صورتی که اثر منظور را موکول به وقوع شرط دیگری نمایند، عقد معلق است. لذا می‌بینیم که در عقد معلق، در معنای اصطلاحی، متعاملین در واقع با توافق و تراضی اثر عقد (منشاء) را معلق به وقوع امری نموده‌اند؛ در حالی که در بیع کلی فی‌الذمه تعلیق در انتقال مالکیت مبیع ناشی از توافق اراده طرفین و قرار دادی نمی‌باشد، بلکه ناشی از مانع مادی (معین نبودن مصداق مورد معامله) است. به عبارت دیگر، این قصد مشترک طرفین نبوده که انتقال مالکیت مبیع را منوط و موقوف به تعیین (تسلیم) مصداق مبیع نموده، بلکه معین نبودن مصداق مبیع

همچون مانع و حائلی در راه تحقق اثر عقد که همان انتقال مالکیت می‌باشد قرار گرفته و پس از برداشته شدن این مانع (تعیین مصداق مبیع) اثر عقد محقق می‌گردد؛ لذا در این حالت، اگر متعاملین هم بخواهند نمی‌توانند در خصوص زمان تحقق معلق علیه با یکدیگر توافق کنند، ضمن اینکه نمی‌توانند در خصوص انتقال مالکیت مبیع قبل از تعیین (تسلیم) مصداق آن نیز با یکدیگر به توافق برسند. نتیجه این ترتیب آن خواهد بود که چنانچه در فاصله بین تعیین (تسلیم) مبیع با عین ورشکسته شود و عین مصداق مبیع تعیین شده در ضمن دارایی او موجود باشد چون به مشتری تعلق دارد عیناً به او داده می‌شود و مشتری نباید برای وصول مبیع داخل در غرمت گردد. توضیح اینکه، پس از تعیین یافتن مصداق مبیع، مبیع از حالت کلی فی الذمه خارج گردیده و تبدیل به عین معین می‌شود و بلافاصله مالکیت آن به خریدار منتقل شده و طبق نص صریح ماده ۳۶۳ ق. م «... بنا بر این اگر ثمن یا مبیع عین بوده و قبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود، طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.» منظور از احد متعاملین در این ماده قانونی طرفی است که مبیع یا ثمن شخصی را هنوز به طرف دیگر تسلیم نکرده باشد.

در حقوق فرانسه نیز بیع کلی فی الذمه عقدی معلق شناخته شده که با تعیین مصداق مبیع معلق علیه محقق گردیده و انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد.^(۴۲)

در حقوق مصر^(۴۳) سوریه^(۴۴) هم انتقال مالکیت در فرضی که مبیع کلی فی الذمه (معین بالنوع) است معلق به افراز و جداسازی مبیع شده است و گفته‌اند که با تعیین مصداق مبیع مالکیت به مشتری منتقل می‌شود. ماده ۲۵ قانون مدنی جدید مصر در این خصوص اشعار می‌دارد: «در صورتی که موضوع تعهد انتقال حق عینی نسبت به شیئی باشد که معین بالنوع است، مالکیت منتقل نمی‌شود مگر پس از افراز...»^(۴۱) و ماده ۵۳۳ همین قانون تأکید می‌نماید که: «در مورد مال منقولی که معین بالنوع است مالکیت منتقل نمی‌شود مگر پس از افراز طبق ماده ۲۰۵»^(۴۵) در حقوق انگلیس، بر اساس ماده ۱۶ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، مالکیت مبیع در بیع کلی (Unascertained Goods) زمانی محقق می‌شود که مصداق مبیع تعیین گردد.^(۴۶)

در حقوق اردن نیز، در بیع کلی فی الذمه، مالکیت مبیع کلی زمانی به خریدار منتقل می‌شود که عمل افراز و جداسازی مصداق مبیع صورت گیرد و بنا به طبیعت مبیع، افراز نیز متفاوت است؛ لذا، اگر مبیع کلی از جمله اشیائی باشد که با وزن کردن تشخیص پیدا می‌کند، پس از وزن کردن مالکیت به خریدار منتقل می‌گردد.^(۴۷)

در پایان این بحث شایسته است ضمن بررسی زمان انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه، ماهیت حقوقی تعیین یا تسلیم مبیع در این نوع از بیع را مورد بحث قرار دهیم.

گفتار اول: زمان انتقال مالکیت

همانطور که در خصوص زمان انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه بیان گردید، بیع کلی فی الذمه عقدی معلق است. اما در خصوص چِستی معلق علیه بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. بطوری که برخی معلق علیه را در این نوع از بیع «تسلیم» مصداق مبیع به خریدار می‌دانند و بعضی دیگر صرف «تعیین» مصداق مبیع را برای تحقق معلق علیه و در نهایت انتقال مالکیت مبیع کافی دانسته و برای تسلیم سهمی در این مورد قائل نشده اند که در ذیل به بررسی این دو دیدگاه می‌پردازیم:

- ۱- نظریه تسلیم: برخی حقوقدانان قائل براین عقیده اند که در بیع کلی فی الذمه، مالکیت مبیع، از زمان تعیین مصداق آن از بین افراد کلی و تسلیم به طرف عقد حاصل می‌شود.^(۴۸)
- ۲- نظریه تعیین: گروه دیگر از حقوقدانان برای «تعیین» قائل به اصالت شده و بر این عقیده‌اند که به محض تعیین مصداق مبیع کلی مبیع تعیین و مشخص یافته، بطور خودبخود به مالکیت خریدار درمی‌آید و تسلیم اگر چه وسیله متعارف برای تعیین فرد مبیع است، اما فی نفسه سهمی در تملیک ندارد.^(۴۹)

البته بعضی فقها مانند شیخ مرتضی انصاری نیز حالت اختصاص کالای کلی به مشتری را نه با تعیین و نه با تسلیم، بلکه با تسلّم و قبض محقق دانسته و تا قبض صورت نگیرد از نظر ایشان مبیع معین شده مختص مشتری نخواهد بود.^(۵۰)

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم که برای «تعیین» موضوعیت قائل هستند صائب‌تر است؛ زیرا به محض انعقاد عقد بیعی که مبیع آن کلی فی الذمه می‌باشد، مقتضای انتقال مالکیت مبیع که همانا عقد بیع است به‌وجود می‌آید و آنچه که مانع انتقال مالکیت مبیع به خریدار است عدم تعیین مبیع (معقود علیه) می‌باشد. پس، همین که این مانع مادی برداشته شود اثر عقد که همان انتقال مالکیت است محقق می‌گردد. به بیان دیگر، در بیع کلی فی الذمه، درباره تملیک عین و انتقال مالکیت، از قبل سبب سازی شده و عقد بیع زمینه آنرا فراهم آورده است اما شرط تأثیر سبب (انتقال مالکیت مبیع به مشتری) تعیین مصداق مبیع می‌باشد و به همین اعتبار است که این نوع از بیع نیز در زمره عقود تملیکی قرار گرفته است.

البته این حقیقت نیز نباید مغفول بماند که در غالب موارد انتخاب و تعیین مصداق مبیع در بیع کلی فی الذمه با تسلیم انجام می‌شود. به عبارتی غالباً تعیین و تسلیم هم‌زمان صورت می‌پذیرد؛ لذا انتقال مالکیت نیز با تسلیم محقق می‌گردد، ولی این امر نباید ما را به این اشتباه بیندازد که پس این تسلیم است که باعث انتقال مالکیت می‌شود، خیر؛ در واقع در این حالت تسلیم صرفاً وسیله بیان اراده فروشنده در خصوص تعیین مصداق مبیع است نه شرط درستی بیع یا

وقوع تملیک؛ لذا چنانچه ثابت شود که تعیین مبیع قبل از تسلیم و یا با فاصله صورت گرفته در این صورت زمان انتقال مالکیت زمان وقوع تعیین است نه تحقق تسلیم.^(۵۱)

در حقوق مصر نیز، در بیع کلی فی الذمه یا بیع بالتقدیر، مالکیت مبیع به محض افراز و جداسازی مصداق مبیع محقق می‌شود و بدین طریق مبیعی که قبل از افراز معین بالنوع تلقی می‌شد به محض تحقق افراز به مبیع معین بالذات تبدیل می‌گردد، حتی اگر افراز قبل از تسلیم صورت گیرد؛ یعنی، در حقوق مصر نیز تعیین مبیع است که باعث انتقال مالکیت می‌شود نه تسلیم آن.^(۵۲)

در حقوق انگلیس هم طبق ماده ۱۶ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، در بیع کلی تا هنگامی که مصداق مبیع تعیین نشده هیچ‌گونه مالکیتی به خریدار منتقل نمی‌شود و به محض تعیین مبیع مالکیت آن به مشتری منتقل می‌شود. به‌عنوان مثال، در دعوی Healy V Howlett & Sons (1917) خواننده تعداد ۲۰۰ جعبه ماهی ماکرل به خواهان که صادر کننده ماهی در ایرلند بود سفارش داد. خواهان ۱۹۰ جعبه فرستاد و طی دستور العملی به ماموران راه‌آهن متذکر شد که ۲۰ جعبه از آن‌ها را برای خواننده و بقیه را برای دو نفر مرسل الیه دیگر مشخص و علامت‌گذاری کنند. قبل از مشخص نمودن و علامت‌گذاری جعبه‌های خوانندگان، قطار تأخیر کرد و ماهی‌ها فاسد شدند. دادگاه رسیدگی کننده چنین رای داد که مالکیت ماهی‌ها در زمانی که فاسد شده‌اند برعهده فروشنده بوده است، بدین دلیل که تا علامت‌گذاری جعبه‌ها صورت نگیرد مشخص نمی‌شود که کدام جعبه‌ها متعلق به خریدار بوده؛ لذا کالای معین و مشخص هنوز به هیچ‌یک از خریداران تخصیص نیافته بوده است.^(۵۳)

اگرچه طبق مفاد ماده ۱۶ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلیس، در بیع کلی تا هنگامی که مصداق مبیع تعیین نشده هیچ‌گونه مالکیتی به خریدار منتقل نمی‌شود؛ مع‌الوصف، این امر مانع از آن نیست که طرفین با توافق، انتقال مالکیت مبیع کلی را حتی بعد از تعیین هم به تأخیر انداخته و منوط به تحقق امری نمایند؛ لذا توافق طرفین عقد در خصوص انتقال مالکیت در کالای کلی از لحظه تعیین به بعد با مانع قانونی مواجه نیست.

بند ۲ قاعده ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلیس مقرر می‌دارد: «جایی که در اجرای قرارداد بیع مال کلی یا بیع مال آینده فروشنده مصداقی از کالا را به خریدار یا متصدی حمل و نقل یا امین دیگری، خواه توسط خریدار معرفی شده و خواه نشده باشد، به منظور ارسال برای خریدار تحویل دهد و حق واگذاری را برای خود حفظ نکنند در این صورت چنین تلقی می‌شود که وی به طور غیر مشروط کالا را به قرارداد تخصیص داده است.»^(۵۴)

مستنبط از این ماده آن‌که مالکیت کالا در این فرض در صورتی بلافاصله پس از تخصیص مبیع

به خریدار منتقل می‌شود که این تخصیص غیر مشروط «Unconditional Appropriation» باشد؛ لذا چنانچه طرفین قرارداد توافق نمایند که مالکیت مبیع نه با تعیین بلکه پس از رسیدن به دست خریدار و بازرسی و تأیید وی و یا پس از پرداخت ثمن و یا هر امر مشروط دیگری محقق گردد انتقال مالکیت تا زمان تحقق امر مشروط به تأخیر خواهد افتاد و تا انجام آن عمل مالکیت به خریدار منتقل نخواهد شد.

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز مانعی برای قبول این مطلب وجود نداشته باشد و انتقال مالکیت مبیع کلی فی‌الذمه حتی پس از تعیین هم، البته با توافق طرفین، ممکن است منوط و معلق به امر دیگری شده و به تأخیر افتد.

اینک سئوالی که مطرح می‌شود این است که اگر پس از تعیین مصداق مبیع، مبیع تلف شود آیا این امر موجب انفساخ عقد خواهد شد؟

این سئوال، به ویژه با وضع کنونی ماده ۳۸۷ ق. م که درباره لزوم شخصی بودن مبیع سکوت اختیار کرده حساس به نظر می‌رسد. در واقع، اشکال در صورتی است که مصداقی از کلی به‌وسیله فروشنده تعیین شده و این مصداق پیش از تسلیم به خریدار از بین برود؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، در فروش مال کلی نباید تسلیم را با تملیک اشتباه کرد: سبب تملیک عقد است، منتها، چون موضوع خارجی آن باید به‌وسیله فروشنده معین شود، تا این کار از طرف بایع محقق نگردیده، حق عینی خریدار بر هیچ مالی تحقق پیدا نمی‌کند. به‌طور کلی تعیین فرد مبیع با تسلیم صورت می‌گیرد اما از آن نباید نتیجه گرفت که تسلیم عمل حقوقی مستقلی است و تملیک آثار آن است. همین که مصداق مبیع کلی از طرف فروشنده بطور قطعی تعیین شد، تملیک نیز محقق می‌شود. پس، می‌توان گفت چون مبیع به مالکیت خریدار در آمده در حکم عین شخصی است و تلف آن پیش از تسلیم سبب انفساخ عقد می‌گردد؛ به تعبیر دیگر همین که مصداق کلی تعیین و تشخیص پیدا کرد، عنوان مبیع از کلی فی‌الذمه به عین معین تغییر خواهد یافت و چنانچه قبل از تسلیم مبیع تعیین یافته تلف گردد، تلف این مبیع به منزله تلف مبیع معین قبل از قبض است و فروشنده را نمی‌توان به تعیین فرد دیگری اجبار کرد.

گفتار دوم: ماهیت حقوقی تعیین یا تسلیم

به‌طور کلی در تبیین ماهیت حقوقی اجرای تعهدات قراردادی میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد: برخی از حقوقدانان اجرای تعهد قراردادی و ادای دین را عمل حقوقی دانسته‌اند.

این گروه در باب تسلیم مورد تعهد چنین اعتقاد دارند که اجرای تعهد قرار دادی یک معامله جدید می‌باشد و همانند انتقال عین خارجی است؛ زیرا مورد معامله کلی دارای مصادیق و افراد عدیده در خارج است و فروشنده ملزم به تسلیم مصادق مورد معامله است، به زعم این گروه، چون تسلیم در این فرض تملیک فرد معینی از مصادیق کلی به خریدار می‌باشد، به‌ناچار نیاز به قصد انشاء دارد و بدون قصد انشاء محقق نخواهد شد.^(۵۵)

بعضی حقوقدانان نیز بر این عقیده هستند که اجرای تعهد قراردادی یک ایقاع است و صرفاً اراده و اهلیت متعهد برای تحقق اجرای تعهد قراردادی کافی می‌باشد.^(۵۶)

دیدگاه اخیر در حقوق فرانسه نیز قائلینی دارد و به ظاهر نظر مشهور در فرانسه آن است که اجرای تعهد قراردادی را توافق یا قراردادی می‌دانند که موضوع آن پایان دادن به تعهد و برائت مدیون است. بر طبق این نظریه، اراده طلبکار نیز در اجرای تعهد قراردادی دخیل است و او نیز باید برای این اقدام اهلیت تصرف داشته باشد.^(۵۷) در حقوق مصر نیز این دیدگاه طرفدارانی دارد.^(۵۸)

در حقوق انگلیس برخی حقوقدانان با عنایت به مفاد قاعده ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، بر این عقیده‌اند که مالکیت کالای کلی به صرف جداسازی یا انتخاب کالا از جانب فروشنده به خریدار منتقل نمی‌شود، زیرا بایع می‌تواند تصمیم خود را عوض کرده و کالای تعیین شده را در اجرای قرارداد دیگری به کار برد و کالای دیگری را در اجرای قرارداد خود با مشتری استفاده نماید. به زعم این گروه، برای تحقق تخصیص کالا به قرارداد طرفین باید قصد چنین امری را داشته باشند (با یکدیگر توافق نمایند) و یا به نحو معقولی فرض شود که قصد داشته‌اند کالا را به نحو تغییر ناپذیری به قرارداد منتسب کنند تا اینکه کالای فوق موضوع قرارداد تلقی و ملک خریدار محسوب گردد. از طرفی، با تراضی طرفین قرارداد است که این تخصیص موجب تغییر مالکیت کالا شده و مالکیت آن به مشتری منتقل می‌شود،^(۵۹) اما برخی از فقها و حقوقدانان نیز بر این عقیده‌اند که اجرای تعهد قرار دادی مطلقاً یک واقعه حقوقی است و اراده و اهلیت طرفین عقد برای تحقق آن به هیچ‌وجه لازم نیست و متعهد علیه به حکم قانون (شرع) مکلف به اجرای تعهد قراردادی خود می‌باشد.^(۶۰) این دیدگاه در حقوق فرانسه و سوئیس نیز طرفدارانی دارد.^(۶۱)

برخی از حقوقدانان نیز بین موردی که موضوع تعهد، کلی است با موردی که عین معین می‌باشد قائل به تمایز شده‌اند. به نظر این گروه اگر موضوع تعهد کلی باشد به طوری که ایفاء آن موجب تملیک یا انتقال حقی به متعهد له گردد، اجرای تعهد عمل حقوقی (ایقاع) است، اما اگر موضوع تعهد، معین باشد، اجرای تعهد، واقعه حقوقی (عمل مادی) است.^(۶۲)

به نظر می‌رسد نظریه ای که فائل بر ایقاع بودن ماهیت حقوقی تعیین در بیع کلی فی الذمه می‌باشد نظریه صائب باشد؛ زیرا، برخلاف تسلیم عین معین که صرفاً یک عمل مادی است و مشتری خود نیز می‌تواند بدون استیذان از بایع آن را تصرف کند و بدین طریق، تعهد اجرا شده تلقی می‌گردد، تعیین از عناوین قصديه می‌باشد و نیاز به اراده متعهد دارد.^(۶۳)

توضیح اینکه، تسلیم مبیع چنانچه عین خارجی باشد جنبه استقلالی ندارد، با عقد بیع تملیک حاصل شده و در اختیار مشتری قرار گرفتن مبیع طریقی است که مشتری آنچه را به او تعلق دارد، به دست آورد، به همین مناسبت ماده ۳۷۳ ق. م اشعار می‌دارد: «اگر مبیع (عین خارجی) قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست»؛ زیرا، آنچه مقصود از قبض بوده حاصل شده است و برابر ماده ۳۷۴ همان قانون در صورتی که مبیع در تصرف مشتری نباشد، در حصول قبض آن، اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن بایع قبض کند، اگر چه بایع یا دیگری مشتری را از تصرف منع نماید؛ زیرا مبیع پس از عقد ملک مشتری است و تصرف مالک در ملک خود احتیاج به اجازه ندارد، و نمی‌توان این ترتیب را به موردی که مبیع در حکم عین خارجی است سرایت داد. هر گاه انتخاب و تعیین آن از بین افراد عدیده با مشتری باشد، او می‌تواند بدون اجازه بایع آن را انتخاب و تصرف نماید، اما چنانچه انتخاب آن از بین افراد عدیده با بایع باشد، چون مبیع از جانب او انتخاب نشده است، مشتری نمی‌تواند بدون اجازه بایع آن را انتخاب کند، زیرا این امر ایجاب می‌کند که مشتری بدون اجازه بایع در مال او تصرف کند. به طریق اولی، چنانچه مبیع کلی فی الذمه باشد، تعیین مصادیق کلی نیاز به اراده بایع دارد و مشتری نمی‌تواند بدون اذن بایع اقدام به تعیین و افراز مصادیق کلی بنماید، زیرا آنچه در خارج موجود می‌باشد ملک بایع است و او باید به مقدار معین که در عقد مقرر شده از آن مال یا غیر آن به وسیله قبض به مشتری تملیک نماید. از طرفی، مشتری طی عقد بیع، قصد و رضای خود مبنی بر داخل شدن مبیع در اموالش را اعلام کرده و بنابراین از اراده یک طرفه پرداخت کننده هیچ ضرری به وی وارد نمی‌شود.^(۶۴)

در رای شماره ۲۶۶۱-۱۳۶۱/۱۲/۴ شعبه یک دیوان عالی کشور آمده است: «در قبض مبیع کلی و یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، باید بوسیله دادگاه الزام به تعیین شود».^(۶۵)

با عنایت به مطالب مطروحه، می‌توان چنین نتیجه گیری کرد که تعیین مصادیق مبیع به عنوان معلق علیه در عقد بیع کلی فی الذمه یک ایقاع است و صرفاً با اراده بایع محقق می‌شود و اذن و اجازه بایع در تحقق آن لازم است بدون اینکه اراده مشتری در آن مداخلیتی داشته باشد. به عبارت دیگر، اگر آنچه را که فروشنده به عنوان مصادیق مبیع کلی فی الذمه تعیین می‌کند، عرفاً

منطبق با قرار داد باشد و به تعبیر ماده ۲۷۹ ق. م از فردی که عرفاً معیوب محسوب است، نباشد، کافی است و حتی اگر خریدار اعلام رضایت نکند و به عکس چنانچه خریدار اعلام عدم رضایت نماید نقشی در وفای به عهد از سوی فروشنده ندارد. در این حالت، و در صورت عدم رضایت خریدار و استنکاف از قبض کالا، بایع می‌تواند به کسی که قانوناً حق قبض دارد، یعنی حاکم، مراجعه و اقدام به تسلیم نماید (ماده ۲۷۳ ق. م) این امر باعث می‌شود فروشنده از خطر ضمان معاوضی موضوع ماده ۳۸۷ ق. م نیز در امان بماند.

حال اگر فروشنده از انجام تکلیف خود مبنی بر تعیین مصداق مبیع سرباز زند چه ضمانت اجرایی در این خصوص وجود دارد؟

در حقوق مصر در چنین فرضی وفق مفاد بند ۲ ماده ۲۰۵ قانون مدنی: «اگر بایع به تکلیف خود مبنی بر افراز (تعیین) مبیع قیام ننماید، خریدار مجاز خواهد بود تا پس از استیذان از قاضی و تحصیل اذن قاضی چیزی را از همان نوع (مبیع) با هزینه فروشنده به دست آورد و همچنین اگر در این راستا و در نتیجه عدم اقدام به موقع بایع خسارتی به خریدار وارد شود او می‌تواند جهت جبران خسارات وارده نیز به بایع رجوع کند.^(۶۶)

در این فرض، اصل آن است که خریدار در این خصوص از قاضی (حاکم) اجازه بگیرد؛ اما اگر اوضاع و احوال چنان بود که تأخیر فروشنده از سوی خریدار قابل تحمل نبوده و او را در مضیقه قرار می‌دهد، خریدار می‌تواند پس از اخطار به فروشنده و بدون کسب اجازه از حاکم اقدام به خرید شیء که ذاتاً از آن نوع است بنماید و برای قیمت آن به بایع رجوع نماید هر چند ثمن پرداختی بیشتر از ثمنی باشد که در قرارداد خود بر آن توافق نموده‌اند؛ ضمن اینکه خریدار می‌تواند خسارات وارده را نیز مطالبه نماید. در نهایت مشتری در صورت لزوم می‌تواند اقدام به فسخ و مطالبه خسارت نماید.^(۶۷)

در حقوق ایران نیز در صورت استنکاف بایع از تعیین مصداق مبیع کلی فی‌الذمه، با عنایت به مفاد مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ و ۲۳۷ ق. م و ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م می‌توان مستنکف را الزام به تعیین نمود و در این حالت شخص مستنکف مسئول جبران خسارات وارده به خریدار نیز می‌باشد، ضمن اینکه خریدار می‌تواند با اجازه حاکم خود عمل را انجام داده و متخلف محکوم به جبران خسارت خواهد شد. البته خریدار بدون اذن حاکم تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند رأساً اقدام به معامله جانشین نماید هر چند این تأخیر از سوی خریدار قابل تحمل نباشد. به عبارتی نظم عمومی در حقوق ایران اقتضاء می‌کند که هیچ شخصی نتواند شخصاً اقدام به احقاق حقوق خود بنماید؛ زیرا این امر موجبات هرج و مرج را فراهم می‌نماید.

بخش دوم: ساز و کار انتقال مالکیت در بیع کلی در معین

یکی دیگر از اقسام مبیع که در ماده ۳۵۰ ق.م به آن اشاره شده است، کلی در معین می‌باشد. بی‌شک منظور مقنن از «مبیع در حکم معین» که در ماده ۴۰۲ قانون مدنی آمده همان کلی در معین است و از آنجا که در این فرض، موضوع تعهد بایستی از مال معین داده شود در حکم عین خارجی (معین) است. تعریف بیع کلی در معین و تفاوت آن با بیع جزء مشاع و بالاخره نحوه انتقال مالکیت در بیع کلی در معین عناوینی است که در این گفتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

فصل اول: تعریف بیع کلی در معین و بررسی صحت آن

گفتار اول: تعریف

کلی در معین که آنرا در حکم عین معین، در حکم عین شخصی یا در حکم عین خارجی نیز می‌نامند در ماده ۳۵۰ ق.م اینگونه تعریف شده: «... مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء...».

پس هرگاه موضوع مورد معامله مقدار معینی از مالی باشد که اجزای آن از هر حیث با هم برابر باشد به آن کلی در معین گفته می‌شود.^(۶۸) به عنوان مثال، هرگاه تاجری ۱۰۰ گونی از ۱۰۰۰ گونی شکر موجود در انبار خود را به طور کلی (بدون جدا کردن این مقدار از کل گونی شکرها) بفروشد، مبیع، کلی در معین یا در حکم عین معین می‌باشد.

منظور از متساوی الاجزاء در این تعریف اموال مثلی است که هر مقداری از آن مانند بقیه آن است و قیمت دو مقدار مساوی از آن با هم برابر است، مانند شکر یا گندم.

لذا می‌بینیم که در بیع کلی در معین، مبیع وجود خارجی دارد ولی مشخص نیست، بلکه مقداری است از کل مال موجود خارجی.^(۶۹)

در فقه امامیه، بیع کلی در معین، در ذیل عنوان کلی تری تحت عنوان: «خرید و فروش مقداری از کالائی که دارای اجزای همگون و مساوی است» مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.^(۷۰) مانند یک من از خروار گندمی که بصورت انباشته در یکجا یا پراکنده مورد داد و ستد قرار می‌گیرد و یا مانند یک «ذراع»^۱ از قواره پارچه کرباس.^(۷۱)

۱. «ذراع» واحد قدیم برای طول که به اندازه از آرنج تا سر انگشتان مرد بوده.

گفتار دوم: بررسی صحت

در فقه امامیه بیع کلی در معین تحت عنوان بیع قسمتی از کالای متساوی الاجزاء در سه فرض مورد توجه بوده:

فرض اول: مقصود از مقدار ذکر شده (مثلاً یک من) درصدی از همه کالا است که با این عنوان تعیین گردیده و بر این اساس، یک من از خرواری که مجموع آن ده من می‌باشد، به معنای یک دهم کل خواهد بود.^(۷۲)

اشکالی در صحت این نوع از بیع وجود ندارد و مبیع نسبت به همه کالا به صورت مشاع می‌باشد، چه وی بداند که خروار گندم چند من است یا نداند، فرقی نخواهد داشت، زیرا درصد مورد نظر خریدار با عنوان یک من تعیین گردیده، بنابراین آگاهی از نسبت این مقدار به کل کالا، ضرورتی ندارد.^(۷۳)

فرض دوم: در این فرض مقدار کل مجهول است اما طرفین نسبت به اشتغال این کل بر مقدار فروخته شده علم دارند. این مطلب را می‌توان در یک من از خروار پراکنده (که هر من آن) از هم جدا می‌باشند، راحت‌تر تصور نمود.^(۷۴)

به هر تقدیر، شکی نیست که در صورتی که مصادیق کالا از نظر قیمت مختلف باشند، معامله مزبور باطل است، زیرا؛ مستلزم غرر بوده و مشتری نمی‌داند که کدامیک به دست وی می‌رسد، اما در صورتی که قیمت هر دو مساوی است (مانند خروار گندمی که هر من آن، جدا از دیگری و پراکنده می‌باشد) نیز مشهور معتقد به ممنوعیت داد و ستد بوده و آنرا باطل می‌دانند و ممنوعیت داد و ستد و بطلان آنرا در فرضی که افراد قیمت یکسان داشته باشند را به عموم اصحاب و فقهای شیعه نسبت داده‌اند^(۷۵) و برخی نیز در خصوص بیان دلیل منع این معامله چنین استدلال کرده‌اند که مبیع در این حالت مجهول است و در صورت جهل به مبیع بطلان بیع اجماعی است.^(۷۶) برخی نیز در خصوص بطلان این صورت از معامله گفته‌اند که مالکیت صفت وجودی است و مثل بقیه صفات وجودی در خارج نیازمند یک موضوع معین خارجی است که آنرا قوام بخشد و یکی از دو کالا به طور غیر معین نمی‌تواند مالکیت را تحقق بخشد.^(۷۷)

اما، شیخ انصاری با رد دلایل فوق بدین نتیجه دست می‌یابد که مالکیت، امری اعتباری بوده که عرف یا شرع یا یکی از آن دو آن را اعتبار می‌نماید و وصف وجودی همانند ترشی و سیاهی نیست. بر همین اساس، می‌توان به یکی از دو کالا و حتی برای یکی از دو نفر وصیت نمود. بنابراین، باید قائل بر این نظر شد که هیچ دلیل معتبری بر ممنوعیت داد و ستد مورد بحث وجود ندارد. در نتیجه باید گفت: دلیل این فتوا تنها اجماع فقهاء است، البته اگر اجماع ثابت

گردد.^(۷۸)

فرض سوم: سومین صورت فروش مقداری از کل، این است که: مبیع طبیعی کلی بوده و مصادیق آن در افراد کالای مورد نظر منحصر باشد. به عبارت اخری، مبیع یک عنوان کلی است که بر هر یک از افراد و اجزای یک مجموعه مشخصی از کالا صدق می‌کند؛ مثل اینکه یک تن از صد تن برنج یک انبار فروخته می‌شود. بیع کلی در این معنی صحیح است.^(۷۹) البته صحت این نوع از بیع صریحاً از سوی جماعتی از فقها بیان گردیده است.^(۸۰)

اما سئوالی که در اینجا قابل طرح است اینکه، اگر شخصی خطاب به دیگری اظهار دارد: یک من از خروار گندم را فروختم^۱ و هیچ قرینه‌ای بر تعیین مراد او، و اینکه درصد مشاع مد نظر وی بوده یا فرد مردد و یا کلی در معین، در کار نباشد، جمله یاد شده را چگونه باید تفسیر کرد و با این عقد چه معامله‌ای باید نمود؟

در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد:

برخی از فقها بر این عقیده هستند که در این فرض ما باید بیع را بر مشاع حمل نمائیم نه بیع کلی در معین.^(۸۱)

اما جمعی دیگر از فقها این فرض را بر بیع کلی در معین حمل کرده و چنین عبارتی را دال بر وقوع بیع کلی در معین دانسته‌اند و برای این گفته خود دلایلی را به شرح ذیل بیان نموده‌اند: دلیل اول، تبادل است: توضیح اینکه، جمله «بعتك صاعاً من صبره» را اگر بدون هیچ گونه قرینه‌ای در نظر بگیریم آنچه به ذهن می‌رسد، اراده بیع کلی در معین می‌باشد؛

دلیل دوم، روایت برید بن معاویه از امام صادق (ع) می‌باشد. در این روایت می‌خوانیم: از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی از دیگری ده هزار بسته از یک نوع نی که در انباری بر روی هم انباشته شده بود خریداری نمود، و در این انبار سی هزار بسته وجود داشت. فروشنده خطاب به مشتری گفت: ده هزار بسته از این نی‌ها را به تو می‌فروشم و مشتری نیز با گفتن قبول کردم، خریدم و راضی شدم، موافقت خود را اعلام نموده و ده هزار درهم به‌عنوان بهای کالا به وی پرداخت، نیز شخصی را وکالت داد تا کالا را تحویل بگیرد. چون صبح شد، مشاهده کردند که آتشی در نی‌ها افتاده و بیست هزار بسته را سوزانده و تنها ده هزار بسته را باقی نهاده است.

امام (ع) فرمودند: ده هزار بسته (باقیمانده) از آن مشتری بوده و بیست هزار بسته سوخته شده به حساب فروشنده گذاشته می‌شود.^(۸۲)

شیخ انصاری، پس از اینکه دلایل ارائه شده توسط این گروه را برای اثبات ادعایشان رد می‌نماید

۱. بعتك صاعاً من صبره.

بیان می‌دارد که حق مطلب این است، که عرف این داد و ستد را خرید و فروش کلی به شمار آورده، حتی انتخاب فرد دلخواه را به فروشنده وا می‌گذارد. از طرفی، حکم امام (ع) مبنی بر اینکه معادل اندازه مبیع باقی مانده و متعلق به مشتری می‌باشد، دلالت بر عدم اشاعه می‌نماید و بنابراین که اشاعه مردود گردید، قول دوم (کلی درمعین) خالی از قوت نخواهد بود، حتی باید گفت: هرگز ندیده‌ایم که فقیهی قول اول (اشاعه) را برگزیند.^(۸۳)

با عنایت به مراتب فوق به این نتیجه دست می‌یابیم که چنانچه شخصی خطاب به دیگری بیان نماید که یک من از خروار گندم را فروختم و هیچ قرینه‌ای بر تعیین مراد او و اینکه درصد مشاع مد نظر بوده یا فرد مردد و یا کلی در معین، در کار نباشد، جمله یاد شده را باید حمل بر کلی در معین نمائیم.

سؤال دیگری که در اینجا قابل طرح است اینکه اگر دو معامله به صورت کلی در معین در طول یکدیگر واقع گردد و پس از مدتی، خروار گندم دچار حریق شده و تنها یک من باقی بماند، در چنین حالتی مقدار باقیمانده از آن چه کسی است؟

در این فرض، یک من باقی مانده پس از آتش‌سوزی، متعلق به مشتری اول می‌باشد؛ زیرا که با انجام معامله اول، خریدار مالک یک من از خروار گردیده که این یک من صلاحیت انطباق بر هر یک از صد من را داراست و پس از وقوع معامله بعدی، و فروش یک من دیگر، مشتری دوم نیز مالک یک من از خروار می‌گردد اما این یک من، صلاحیت انطباق بر نود و نه من را داراست، اگرچه یک من از کل خروار متعلق به مشتری اول می‌باشد.^(۸۴)

بنابراین، در صورت نابودی تمام خروار و باقیماندن یک من، باید گفت: ملک فروشنده تلف گردیده و مقدار باقی مانده از آن مشتری اول است، در نتیجه نابودی ملک فروشنده، که مبیع دوم در آن محدوده قرار داشته، بیع دوم نیز به دلیل منتفی شدن موضوع آن (مبیع) منفسخ شده و به استناد ماده ۳۸۷ ق.م.ف. فروشنده موظف به جبران خسارت و باز پرداخت پولی که از مشتری دوم دریافت نموده خواهد بود.

آنچه گفته شد در صورتی است که یک من، به صورت کلی در معین داد و ستد شود، اما اگر این مقدار را در قالب درصد مشاع خرید و فروش نمایند، صورت قضیه چیز دیگری خواهد بود؛ زیرا بر پایه این فرض، یک دهم خروار به مشتری اول، یک دهم دیگر به مشتری دوم و هشت دهم به فروشنده تعلق داشته و پس از نابودی ۹۹ من، و باقیمانده یک من نیز، به همین نسبت، مقدار باقی مانده، تقسیم می‌گردد.^(۸۵)

اما، همانطور که بیع کلی در معین در حقوق ایران و همینطور فقه امامیه پذیرفته شده در سایر نظام‌های حقوقی نیز این نوع از بیع شناسایی شده است:

در حقوق فرانسه بیع کلی در معین تحت عنوان «Vente à mesurer» و در ماده ۱۵۸۵ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است.^(۸۶)

در حقوق انگلیس از بیع کلی در معین تحت عنوان «Sale of Specified Quantity of Unascertained Goods» یاد شده است.^(۸۷)

در حقوق مصر^(۸۹) و سوریه^(۹۰) نیز این نوع از بیع شناخته شده و از آن تحت عنوان (البیع بالتقدير) یاد شده است.

در پایان این مبحث، به جاست اشاره‌ای هم داشته باشیم به وجه تمایز بیع کلی در معین و بیع مال مشاع؛ اما قبل از اینکه به بیان وجوه افتراق این دو نوع از بیع بپردازیم بدو موضوع را در قالب یک مثال مطرح می‌نمائیم.

فرض کنیم آقای «الف» یکصد تن گندم در انبار خود دارد و آقای «ب» قصد دارد مقداری از این گندم‌های را اکتیاع کند. آقای «ب» به دو طریق می‌تواند نسبت به خریداری بخشی از این گندم‌ها اقدام نماید. طریق اول اینکه آقای «ب» اعلام نماید که پنجاه تن از گندم‌های موصوف را به قیمت مشخص از آقای «الف» خریداری می‌نماید و این ایجاب مورد قبول آقای «الف» قرار

گیرد. طریق دوم اینکه آقای «ب» اعلام نماید که $\frac{1}{2}$ از گندم‌های موجود در انبار را خریداری می‌نماید و آقای «الف» با این ایجاب موافقت نماید. تفاوت وجه اول با وجه دوم این است که مبیع در بیع نوع اول به صورت کلی در معین فروخته می‌شود، اما در بیع نوع دوم، در واقع، بیع مشاع محقق می‌گردد. به عبارت آخری، در فرض اول، خریدار فقط مالک پنجاه تن از یکصد تن گندم موجود در انبار می‌باشد، البته بطور نامعین، و بایع باید پنجاه تن را تعیین و تسلیم مشتری نماید.

اما در فرض دوم، خریدار به نسبت $\frac{1}{2}$ سهم خریداری نموده مالک تمام گندم‌های موجود در انبار می‌باشد. به بیان دیگر در این فرض مشتری نسبت به $\frac{1}{2}$ تمامی گندم‌های موجود در انبار با بایع مشاعاً شریک می‌باشد.

از این رو، میان مال مشاع و کلی در معین تفاوت وجود دارد. در مال مشاع حق مشتری در تمام ذرات مال مذکور به نحو اشاعه منتشر است و در کلی در معین، پس از جدا کردن مصداق از کلی، همان مقدار جدا شده به ملکیت مشتری در می‌آید.

فایده عملی بحث پیرامون موضوع فوق این است که، به طور مثال، اگر نیمی از گندم‌های موجود در انبار بدلیل رطوبت از بین برود، چنانچه بیع به صورت کلی در معین باشد، از بین رفتن آن

نیم تأثیری در مقدار تعهد فروشنده نخواهد داشت و او موظف است تمام مبیع را از باقی مانده گندم موجود در انبار به خریدار تسلیم کند، اما چنانچه در فرض موصوف، بیع به صورت بیع مشاع محقق شود، چنانچه نیمی از گندم‌های موجود در انبار در اثر رطوبت از بین برود، در واقع نیمی از $\frac{1}{2}$ نیز از بین رفته و بایع صرفاً نیمی از $\frac{1}{2}$ را باید به خریدار تحویل بدهد.^(۹۱)

فصل دوم: انتقال مالکیت در بیع کلی در معین

در خصوص زمان انتقال مالکیت در بیعی که مبیع آن کلی در معین باشد دیدگاه‌های متفاوتی مطرح گردیده است. برخی بر این عقیده اند که در صورتی که مبیع عین خارجی (عین معین) و یا در حکم آن (کلی در معین) باشد به محض وقوع عقد، مبیع به مالکیت مشتری در می‌آید، حتی اگر مبیع به قبض مشتری و ثمن به قبض بایع داده نشده باشد.^(۹۲) به نظر این گروه، کلی در معین از هر حیث و از جمله چگونگی انتقال مالکیت آن در حکم عین خارجی است و بنابراین به مجرد عقد، مالکیت مبیع کلی در معین به مشتری منتقل می‌شود. فقیهان نیز بی‌آنکه نسبت به حالات مختلف مبیع، قائل به تفصیل شوند به صورت مطلق، اثر فوری عقد بیع را در هر سه فرض معین بودن مبیع، کلی در معین بودن و کلی در ذمه بودن آن، تملیک دانسته‌اند.^(۹۳)

بعضی دیگر از حقوقدانان، ضمن مخالفت با نظر گروه اول بیان داشته اند که تصور رابطه مالکیت بین خریدار و مبیع کلی در معین با توجه به ماهیت مالکیت و آثار آن و وضعیت مورد معامله خالی از اشکال نیست؛ زیرا فرض این است که مبیع کلی در معین، مشخص و مجزا نیست و مالکیت که عبارت از رابطه اعتباری است هنگامی بین شخص و شیء قابل تصور است که شیء مشخص باشد.^(۹۴) به نظر این گروه مالکیت نسبت به شیء غیر معین قابل تصور نبوده و با تشکیل عقد صرفاً برای خریدار یک حق عینی که هیچ‌گونه شباهتی به حق مالکیت ندارد به وجود می‌آید که شخص خریدار به اعتبار این حق می‌تواند فروشنده را ملزم نماید که پنج تن از آن ده تن گندم معین را تفکیک نموده و به خریدار تسلیم نماید؛^(۹۵) لذا به زعم این گروه، انتقال مالکیت در بیعی که مبیع آن کلی در معین است نه به صرف انعقاد بیع بلکه پس از تسلیم مصداق معین شده مبیع به خریدار به وی منتقل می‌شود.^(۹۶)

اما گروهی دیگر انتقال مالکیت مبیع را در فرض کلی در معین اثر فوری عقد بیع ندانسته و بر این باورند که با انتخاب و تعیین مبیع به وسیله فروشنده یا تعیین آن بر اثر یک حادثه مانند زمانی که همه مجموعه افراد کلی به جز یک فرد آن تلف شود، ملکیت آن به خریدار منتقل

می‌شود، حتی اگر تسلیم هم صورت نگرفته باشد.^(۹۷) به تعبیر دیگر، به نظر این گروه، صرف تعیین و تشخیص مبیع کلی در معین برای تحقق انتقال مالکیت آن کافی است. به نظر می‌رسد نظر سوم صائب تر است. توضیح اینکه، در بیعی که مبیع آن کلی در معین است، گر چه مبیع معلوم است اما نامعین و مردد است و روشن است که تا تعیین و تشخیص صورت نگیرد، مالکیت که یک حق عینی است بر چیزی استقرار نخواهد یافت و لذا انتقال آن ممکن نخواهد بود.

تشخیص کلی در معین همانند کلی فی الذمه نامعین است و تنها فرقی که با آن دارد در این است که بایع در انتخاب و تعیین و تسلیم مبیع آزادی تام ندارد و باید از کالای موجود در فلان انبار یا مغازه معین انتخاب نماید.

بنابراین در بیع کلی فی الذمه، عقد سبب تملیک است، اما تأثیر آن معلق بر تعیین مبیع می‌باشد و لذا ساز و کار انتقال مالکیت در بیع کلی در معین نیز همانند همان چیزی است که در بیع کلی فی الذمه بیان گردید؛ یعنی بیع کلی در معین نیز عقدی است معلق، البته نه معلق به معنای اصطلاحی زیرا همانطور که در بحث مربوط به کلی فی الذمه بیان گردید، تعلیق در معنای اصطلاحی از اراده طرفین ناشی می‌شود و به عبارت دیگر، اراده طرفین باعث تعلیق است اما تعلیق در انتقال مالکیت در بیع کلی در معین ناشی از اراده و توافق طرفین نبوده بلکه ناشی از مانع مادی می‌باشد که به محض برداشته شدن مانع، که همان تعیین و تشخیص مبیع است، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد.

در حقوق مصر^(۹۸) و سوریه^(۹۹) نیز ضمن شناسایی این نوع از بیع تصریح گردیده که انتقال مالکیت در بیع کلی در معین، که تحت عنوان «البيع بالتقدير» از آن نام برده شده، به مجرد عقد صورت نمی‌پذیرد و منوط به تعیین مبیع به واسطه توزین، شمارش یا اندازه گیری است. در حقوق انگلیس نیز طبق، ماده ۱۶ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، هنگامی که قرار داد، مربوط به فروش کالاهای نامعین (Unascertained Goods) است، مالکیت به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر هنگامی که کالاها مشخص شوند.^(۱۰۰) بدین ترتیب، در دعوی Re Wait که به یک معامله واردات کالا مربوط می‌شد، یک تاجر بریتانیایی هزار تن گندم به شرط Cost, Insurance And Freight - قیمت کالا، بیمه و کرایه تا بندر مقصد^(۱۰۱) را از عرضه کنندگان آمریکایی خرید و مقدار ۵۰۰ تن آن را به یک شریک بریتانیایی که قیمت کالاها را نقداً پرداخت، باز فروش کرد. سپس گندم خریداری شده به صورت فله برای تاجر مزبور که قبل از رسیدن محموله ورشکست شده بود، حمل گردید. مدیر تصفیه ورشکستگی بخوبی در مقابل ادعاهای خریدار دست دوم مبنی بر تحویل ۵۰۰ تن از محموله فله مقاومت کرد و دادگاه رای

داد که سهم وی از کالا، شامل کالای غیر معین است و مالکیت آن هرگز به خریداران دست دوم منتقل نشده است؛ زیرا هرگز تخصیص یا تعیین ۵۰۰ تن از گندم ها که نمایانگر کالای متعلق به خریداران دست دوم باشد به عمل نیامده بود.^(۱۰۲)

سئوالی که ممکن است در اینجا قابل طرح و بررسی باشد این است که چنانچه، به طور مثال، از یکصد گونی برنج موجود در انباری ۵۰ گونی آن به صورت کلی در معین به شخصی فروخته شود، آیا برای خریدار در این فرض حق عینی ایجاد می‌شود؟ در این فرض، چنانچه کل گونی‌های موجود در انبار بنا به دلایلی مانند آتش‌سوزی یا سیل تلف شود آیا تلف از مال خریدار است یا فروشنده؟

به نظر می‌رسد در این فرض برای خریدار حق عینی ایجاد می‌شود، زیرا خریدار در این حالت به ظرف معین که کالا در آن قرار دارد حق دارد ولی حق مالکیت محسوب نمی‌شود، چرا که تا مبیع تعیین نیابد، انتقال مالکیت محقق نشده؛ لذا حق مالکیت ایجاد نمی‌شود.^(۱۰۳) توضیح اینکه، در این فرض برای خریدار نوعی حق آلی یعنی حقی که آلت و وسیله برای پیدایش حق نهایی است یا ملک‌الملک (ملکان یملک) ایجاد می‌شود و در صورت تحقق معلق علیه (تعیین مصداق مبیع) آن حق آلی تبدیل به حق اصلی (مقصود بالاصاله) می‌گردد.^(۱۰۴)

اما در خصوص بخش دوم سئوال، قاعده ۲ ماده ۲۰ قانون فروش کالاها مصوب ۱۹۷۹ انگلیس اشعار می‌دارد: «در قراردادهای فروش، تا زمانی که مالکیت مبیع به خریدار منتقل نشده ریسک و ضمان معاوضی متوجه فروشنده است، اما همین که انتقال مالکیت محقق گردید، ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود حتی اگر مبیع به خریدار تسلیم هم نشده باشد. این در صورتی است که ترتیب دیگری بین طرفین قرارداد مقرر نشده باشد.»^(۱۰۵) همانطور که می‌دانیم وفق ماده ۱۶ قانون بیع کالاها مصوب ۱۹۷۹ انگلیس انتقال مالکیت در مورد مبیع کلی در معین زمانی محقق می‌گردد که مصداق مبیع تعیین شود.^(۱۰۶)

لذا با عنایت به مراتب فوق، در حقوق انگلیس چنانچه در بیعی که مبیع آن کلی در معین است عمل تعیین انجام شود، همراه با مالکیت کالا، ضمان معاوضی هم به خریدار منتقل می‌شود؛ فلذا چنانچه در فاصله بین عقد و تعیین مصداق مبیع، کل مال تلف شود، تلف از مال فروشنده است، اما اگر عمل تعیین صورت گیرد ولی قبل از تسلیم مبیع تلف شود، اینجا تلف از مال خریدار است؛ زیرا طبق قاعده مطروحه به محض تعیین انتقال مالکیت محقق می‌گردد، حتی اگر تسلیم صورت نگرفته باشد.

بنابراین، در دعوای Aldridge V. Johnson (1857) که خواهان توافق کرد ۲۸۰ پوند جو از محموله معین ۴۸۰ پوندی که آن را رؤیت نموده بود بخرد و تعدادی گونی برای فروشنده

ارسال کند؛ چنین رأی داده شد که به محض اینکه فروشنده گونی‌هایی را که از سوی خریدار فرستاده شده با جو پر کرده مالکیت منتقل شده است؛ اگرچه گونی‌ها هنوز در تصرف فروشنده بوده باشد.

به نظر نمی‌رسد چنین قاعده‌ای در حقوق ایران قابل پذیرش باشد؛ زیرا به موجب ماده ۳۸۷ ق.م.تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است، البته اگرچه این قاعده در فرضی که مبیع عین معین است مورد استناد قرار می‌گیرد؛ اما در فرضی هم که مبیع کلی در معین است پس از تعیین مصداق، مبیع از حالت کلی در معین خارج شده و تبدیل به عین معین می‌شود؛ لذا چنانچه پس از تعیین و قبل از تسلیم مبیع تلف شود بیع منفسخ شده و طبق قاعده مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م.تلف از مال بایع خواهد بود. همچنان‌که اگر قبل از تعیین مبیع کل مال موجود در انبار به دلیل آتش‌سوزی یا سیل به طور کلی تلف شود همین ترتیب رعایت خواهد شد.

شایان ذکر است در فرض طرح شده چنانچه قبل از تعیین مصداق مبیع کلی در معین بایع ورشکسته شود، خریدار وارد در غرما خواهد شد، اما اگر بعد از تعیین ورشکسته شود دیگر مبیع مالکیتش به خریدار منتقل شده و لازم نیست خریدار در این حالت وارد غرما شود؛ بلکه می‌تواند مصداق تعیین یافته را تصرف کند.

اما تعیین مصداق کالای کلی در معین ممکن است به دو صورت محقق گردد، یا به صورت ارادی و یا به‌طور غیرارادی؛ لذا در ادامه این مبحث طریق تعیین مصداق کالای کلی در معین را در دو قسمت مورد بررسی قرار خواهیم داد:

گفتار اول: تعیین ارادی مصداق کلی در معین

یکی از طرق انتقال مالکیت مبیع در بیعی که مبیع آن کلی در معین است تعیین ارادی مصداق کالای کلی در معین می‌باشد.

اما در این خصوص که تعیین و تشخیص مصداق مبیع کلی در معین صرفاً با اراده بایع محقق می‌شود یا اراده خریدار نیز در آن موثر است، دیدگاه‌های متفاوتی مطرح گردیده است. بعضی از فقها بر این عقیده هستند که در بیع کلی در معین مشتری نیز به میزانی که ابتیاع نموده نسبت به کل مبیع مالکیت دارد، پس تعیین باید با اراده بایع و مشتری محقق شود؛^(۱۰۷) لذا به زعم این گروه تعیین مصداق کلی در بیع کلی در معین ماهیتاً عقد است و باید با اراده هر دو طرف عقد محقق گردد؛ لیکن مشهور فقها بر این باورند که در بیع کلی در معین این فروشنده است که به‌طور انحصاری حق تعیین فرد دلخواه را دارد و مشتری نمی‌تواند از پذیرش آن سرباز زده و فرد بخصوصی را مطالبه نماید، اگر چه یک کلی عاری و پیراسته از هر گونه تشخص و

ویژگی، مورد معامله قرار گرفته؛ فلذا مطالبه فردی خاص از محدوده اختیار و تملک وی خارج است.^(۱۰۸)

به نظر می‌رسد نظر گروه دوم صائب باشد؛ زیرا همانطور که گفته شد تا مصداق مبیع تعیین و تشخیص پیدا نکند، مالکیت آن به خریدار منتقل نمی‌شود؛ فلذا تا قبل از آن خریدار نسبت به مبیع بیگانه است و بدون اذن بایع حق تصرف در آن را نخواهد داشت.^(۱۰۷) به تعبیر دیگر، در بیع کلی در معین هر فرد از افراد کالا، قابلیت آن را دارد که ملک مشتری گردد و این قابلیت با تعیین فرد مورد نظر از سوی فروشنده مبدل به فعلیت می‌گردد (در حالیکه بر مبنای اشاعه، هیچ یک از طرفین چنین اختیاری نداشته، باید با توافق و جلب رضایت یکدیگر، کالا را تقسیم نمایند).

گفتار دوم: تعیین غیر ارادی مصداق کلی در معین

گاهی اوقات تعیین مصداق مبیع در بیع کلی در معین و به تبع آن انتقال مالکیت مبیع به خریدار بر اثر یک حادثه، مانند زمانی که همه مجموعه افراد کلی به‌جز یک فرد آن تلف شود، محقق می‌گردد و آن مقدار باقی مانده منحصراً حق مشتری خواهد بود؛ لذا، به طور مثال، اگر یک من از صد من گندم موجود در انباری فروخته شود و متعاقباً در اثر آتش‌سوزی فقط یک من از صد من باقی بماند، آن یک من متعلق به خریدار خواهد بود؛ زیرا یک من باقی مانده تنها فردی محسوب می‌شود که قابلیت و شأنیت ملک بودن برای مشتری را حفظ کرده و منحصراً حق مشتری بدان تعلق خواهد گرفت.^(۱۰۹)

حال چنانچه فروشنده ای دو من از صد من گندم موجود در انبار خود را به صورت کلی در معین به زید فروخته و سپس دو من دیگر از گندم‌های موجود در انبار خود را در همین قالب به عمرو بفروشد و پس از مدتی گندم‌های موجود در انبار وی در اثر آتش‌سوزی از بین رفته و تنها دو من گندم باقی بماند، سؤال اینجاست که دو من باقی مانده از آن کیست؟ آیا هر یک از زید و عمرو مالک سهم مشاعی از گندم باقی مانده خواهند بود و یا اینکه به طریق دیگری باید عمل شود؟

در پاسخ باید گفت: دو من گندم باقیمانده متعلق به زید خواهد بود؛ زیرا با انجام معامله اول، خریدار، مالک دو من از صد من گندم موجود در انبار شخص فروشنده گردیده که این دو من صلاحیت انطباق بر هر یک از صد من را داراست و پس از وقوع معامله بعدی و فروش دو من دیگر، مشتری دوم نیز مالک دو من از گندم‌های موجود در انبار می‌گردد، اما این دو من، صلاحیت انطباق بر نود و هشت من را داراست چه، دو من از کل یکصد من متعلق به مشتری

اول می‌باشد.^(۱۱۰)

بنابراین در صورت نابودی تمام صد من گندم موجود در انبار و باقیماندن دو من باید گفت: ملک فروشنده تلف گردیده و مقدار باقیمانده از آن مشتری اول است، در نتیجه نابودی ملک فروشنده که مبیع دوم در آن محدوده قرار داشت، بیع دوم نیز به دلیل منتفی شدن موضوع آن (مبیع) منفسخ شده و به استناد ماده ۳۸۷ ق. م فروشنده مکلف به رد وجه دریافتی از عمرو، بابت دو من گندم فروخته شده به ایشان، خواهد بود.

البته در بین نظریات مختلفی که در خصوص مورد از سوی فقها مطرح گردیده، ما با نظرات مخالف با نظر فوق نیز برخورد می‌کنیم. به‌طور مثال، مرحوم آخوند خراسانی در کتاب «حاشیه المکاسب» چنین اظهار نظر کرده اند که آنچه از کالای کلی درمعین پس از تلف قسمتی از آن باقی می‌ماند قابلیت تعیین برای هر یک از خریداران را دارد و با تعیین از سوی فروشنده برای هر یک از آنها مال مختص او خواهد بود.^(۱۱۱)

به نظر می‌رسد نظریه اخیر چندان صائب نباشد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، با بیع قسمتی از مال کلی درمعین دایره ملک بایع محدود می‌شود و الزام در قبال مشتری دوم به معنی تسلیم مابقی زائد بر التزام به دفع به مشتری اول است و به تعبیر شیخ انصاری، مبیع دوم تنها در محدوده ملک فروشنده (پس از کسر میزان فروخته شده در بیع اول) سریان دارد.^(۱۱۲)

در حقوق انگلیس بحث تلف بخشی از کالای کلی در معین تحت عنوان (Exhaustion) یا تقلیل یافتن مطرح گردیده که بر این اساس، مبیع کلی در معین ممکن است به روش «تقلیل یافتن» تبدیل به کالای معین شده و سپس مالکیت آن به خریدار منتقل شود.^(۱۱۳) البته این دکترین در حقوق انگلیس به‌صورت قانون موضوعه نیز به تصویب رسیده است (ماده ۱ قانون بیع کالا اصلاحیه ۱۹۹۵ م).^(۱۱۴) بدین ترتیب، در دعوی (Karlshamns Olje Fabriker V. Eastport Navigation Corporation The Elafi) که کشتی مورد نظر ۲۲ هزار تن مغز نارگیل را به‌طور فله حمل می‌کرد، خواهان، یعنی کارث منز اولج فابریکر، بارنامه مربوط به ۶۰۰۰ تن و سپس طی قرارداد جداگانه‌ای، ۵۰۰ تن اضافی دیگر از محموله فله را به‌دست آورد. کشتی مزبور ابتدا بخشی از محموله خود را در روتردام و سپس در هامبورگ تخلیه کرد و محموله باقیمانده در کشتی، فقط مغز نارگیل‌هایی بود که خریدار طی دو قرارداد جداگانه خرید کرده بود. موقعی که کشتی به «کارث من» رسید، آب به داخل یکی از انبارها راه یافت و به مغز نارگیل‌های موجود در آن آسیب رسید. خواهان‌ها دعوی خود علیه مالکان کشتی را بر اساس مسوولیت مدنی ناشی از تقصیر آنها اقامه کرده، ادعا کردند که آنها مالک کالاهای آسیب دیده بوده اند. قاضی «ماستیل» رأی داد کالاهایی که در کشتی، بعد از تخلیه بخشی از آنها در هامبورگ، باقی

مانده، از طریق تقلیل تبدیل به کالاهای معین شده و خواهان‌ها مالکیت آن را به دست آورده‌اند و بیان این مطلب که کالاها طی دو قرارداد جداگانه تحصیل شده‌اند، موضوعیتی ندارد.^(۱۱۵)

نتیجه‌گیری

انتقال فوری و بی‌قید و شرط مالکیت مبیع مقتضای ذات عقد بیع نیست، بلکه مقتضای اطلاق عقد است؛ لذا در مواردی به دلیل ماهیت موضوع معامله شاهد انحراف از قاعده انتقال مالکیت مبیع در زمان انعقاد عقد بیع هستیم که بیع کلی فی‌الذمه و کلی در معین از جمله مصادیق این انحراف از قاعده هستند. در واقع، در برخی مواقع به دلیل عدم تعیین مبیع در زمان انعقاد عقد انتقال مالکیت بلافاصله پس از تحقق عقد واقع نمی‌گردد؛ بلکه این انتقال تا زمان تعیین مبیع به تاخیر افتاده و به محض تعیین مصداق مبیع اثر عقد، که همان انتقال مالکیت مبیع است، محقق می‌گردد. در این دو نوع از بیع ما شاهد نوعی ساز و کار تعلیقی در انتقال مالکیت هستیم، البته تعلیقی که ناشی از اراده طرفین عقد نیست بلکه ناشی از وجود مانع مادی (عدم تعیین مبیع) است؛ لذا این تعیین مصداق است که موجب انتقال مالکیت می‌شود نه تسلیم مبیع. البته توجه به این نکته نیز حائز اهمیت است که ضمان معاوضی مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م تا زمان تسلیم مبیع بر عهده بایع خواهد بود.

پی‌نوشت‌ها

- ۱- الطوسی، الشیخ ابی‌جعفر محمد بن علی، المبسوط، ص ۷۹.
- ۲- السنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، مجلدات ۱ و ۳، الطبعة الثانية الجديده، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ۱۹۹۸، ص ۶۰.
- ۳- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ یازدهم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۱، ص ۴۳۵-۴۳۵ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۲۲۴.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۹۹۴، ش ۳۷۱۵.
- ۵- الخویی، السید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۲، چاپ دوم، دارالهادی، بیروت - لبنان، ۱۴۱۲ ه. ق، ص ۳۱۲.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)، چاپ اول، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۲۴۸، ش ۱۷۰.
- ۷- همان، ص ۲۴۹، ش ۱۷۱.
- ۸- همان، ص ۲۵۱، ش ۱۷۳.
- ۹- الطباطبائی یزدی، السید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸، ص ۵۴-۵۳.
- ۱۰- «أنّ الملكية ليست من الاعراض الخارجيه، بل من الاعتبارات العقلائيه، ولا مانع من اعتبارها في موضوع اعتباري آخر، والكلّي في الذم وكذا سائر الامثله، ليست معدومه مطلقاً حتى في الاعتبار، بل هي موجودات اعتباريه، مورد اعتبارها قديكون في الذمه، و قد يكون في خارجها و مع موجوديتها يعتبرها العقلا، ملكاً و مملوكاً، فلا اشكال في هذه الجهه...». الموسوی الخمينی، السید روح...، کتاب البیع، الجزء الاول، الطبعة الثاني، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۳۸۴ هـ. ش، ص ۳۴.
- ۱۱- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۳۸.
- ۱۲- الطباطبائی یزدی، السید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ص ۵۴-۵۳ - الخویی، السید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۲، ص ۳۱۵.

- ۱۳- الحسینی الروحانی، السيد محمد صادق، فقه الصادق، ج ۱۵، چاپ سوم، موسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۱۹۷.
- ۱۴- الموسوی الخمينی، السيد روح...، کتاب البيع، الجزء الاول، ص ۳۱.
- ۱۵- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۱۳۷.
- ۱۶- کیانی، عبدا...، التزامات بايع و مشتری قبل و بعد از تسليم مورد معامله، چاپ اول، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۳۲۹.
- 17- “ where there is a contract for the sale of unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained.” M. C. Kuchhal, ‘Business Law’, Third Revised Edition, 1999, p. 238.
- 18- Joseph. D “Chitty on Contracts”, Vol 2, Twenty- Eighth Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, P, 1107.
- ۱۹- قاسم، محمد حسن، القانون المدني (العقود المسماه)، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت - لبنان، ۲۰۰۷ م، ص ۲۶.
- ۲۰- واحدی، جواد، ترجمه قانون تعهدات سوئیس، چاپ اول، انتشارات نشر میزان، ۱۳۷۸، ص ۳۱.
- ۲۱- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، كتاب البيع و المقايضه، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت - لبنان، ۱۹۹۸ م، ص ۴۲۸ و ۲۲۵.
- ۲۲- الزحيلي، وهبه، العقود المسماه في قانون المعاملات المدنيه الاماراتي و القانون المدني الاردني، ج ۱، دارالفكر- دمشق، ۱۹۸۷، م، ص ۵۳.
- ۲۳- به نقل از السنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ۱، ص ۶۳.
- ۲۴- امامی، سيد حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۱۹- شهیدی، مهدي، حقوق مدنی ۶، ص ۳۳.
- ۲۵- مدنی، سيد جلال الدين، حقوق مدنی (عقود معين)، ج ۴، ص ۲۳.
- ۲۶- شهیدی، مهدي، حقوق مدنی ۶، ص ۳۳ و ۱۴.
- ۲۷- مدنی، سيد جلال الدين، حقوق مدنی (عقود معين)، ص ۶۰.
- ۲۸- «البيع انتقال عين مملوکه من شخص الى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي» علامه حلي، قواعد الاحكام، الينايع الفقيهيه، الجزء الاول (المتاجر)، ص ۵۰۱.
- ۲۹- الحسینی العاملي، السيد محمدجواد، مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه، ينبا بيع الفقيه، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دارالتراث، لبنان- بيروت، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۲۵۹ - ۲۵۸.

- ۳۰- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۱۳۸-۱۳۷ - قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۱۴۳.
- ۳۱- «...عقدالبيع هو اللفظ الدال على نقل الملك من المالك الى آخر بعوض معلوم... نعم، لافرق فيها بين كونها مشخصه و كليه مستقره في الذمه كالدين، و مضمونه كالمسلم فيه، و الموصوف المبيع حالاً، والکلی المشاع فان ذلك كله من الاعيان...». النجفی، الشيخ محمدحسن، جواهرالکلام، المجلد الثاني العشرون، ص ۲۰۹ و ۲۰۸ و ۲۰۳.
- ۳۲- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص ۲۲۶.
- ۳۳- بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۱۳۷.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین ۱)، ص ۱۶۲-۱۶۱.
- ۳۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلى در علم حقوق، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۳.
- ۳۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسائل منطق حقوقی و منطق موازنه، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۴۱.
- ۳۷- همان.
- ۳۸- همان، ص ۴۲.
- ۳۹- همان، ص ۵۳-۵۴.
- ۴۰- النراقی، المولی احمدبن مهدی، عوائد الايام، ص ۱۲۲.
- ۴۱- همان، ص ۱۲۲-۱۲۳.
- ۴۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین ۱)، ص ۳۴۹.
- ۴۳- قاسم، محمد حسن، القانون المدني (العقود المسماة)، ص ۲۶.
- ۴۴- همان، ص ۲۳۱.
- ۴۵- حکیم، جاک یوسف، العقود الشائعه او المسماة، عقدالبيع، ۱۹۸۸ م، ص ۱۸۷.
- ۴۶- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ج ۴، ص ۴۲۸.
- ۴۷- همان.
- 48- Joseph. D “Chitty on Contracts”, Op. cit, p.1152.
- ۴۹- وهيب النداوى، آدام، شرح القانون المدني (عقود المسماة فى القانون المدني)، البيع والايجار، مكتبة دارالثقافة، ۱۹۹۹ م، ص ۴۵-۴۴.
- ۵۰- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۸ - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، ص ۱۴ - حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ دوم با ویرایش جدید، کتابخانه

گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۳۵۰-مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق مدنی (عقود معین)، ج ۴، ص ۶۰.

۵۱- «...انه لوتلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعه انحصرحقّ المشتري فيه، لأنّ كل فرد من أفراد الطبيعه و إن كان قابلاً لتعلّق ملكه به بخصوصه، إلّا أنّه يتوقف على تعيين مالك المجموع و اقباضه...». الانصاری، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۰۶.

۵۲- کاتوزیان، ناصر، عقود معین ۱، ص ۱۶۱ - عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص ۲۲۶ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۵۶۳.

۵۳- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط، ج ۴، ص ۴۲۸ - دياب، اسعد، القانون المدنی (العقود المسماة)، الجزء الاول، منشورات زين الحقوقیه، ۲۰۰۷ م، ص ۱۳۸.

۵۴- السنهوری، عبدالرزاق احمد، همان.

55- 1. “where there is a contract for the sale of unascertained of future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract, either by the seller with the assent of the buyer, or by the buyer with the assent of the seller, the property in the goods thereupon passes to the buyer; and the assent may be express or implied, and maybe given either before or after the appropriation is made”. P. S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen.” The Sale of Goods”, 10 the edition, Long Man Perason Education, London, 2001. p.328.

56- Benjamin’s Sale Of Goods , Third Edition , Sweet & Maxwell, London. 1992 , p . 62.

۵۷- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۵۱ و ۳۱۸.

۵۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۳۸۸ و ۹۶.

۵۹- هویه، جیرم، المطول فی القانون المدنی(العقود الرئیسه الخاصه)، المجلد الاول، ترجمه منصور القاضی، الطبعة الاولى، مجدالمؤسسه الجامعه للدراسات و النشر و التوزیع، ۲۰۰۳ م، ص ۱۸۴.

۶۰- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط، ج ۳، ص ۶۳۷.

61- Machenzie Dalzell, Edwin Stewart Chalmers, Michael Mark, “Chalmers Sale Of Goods Act”, 1979, Includng factors act 1889 & 1890 publisher, London butter worths, 1981, p. 75.

۶۲- آل کاشف الغطاء، محمدالحسین، تحریرالمجله، ج ۱، ص ۱۲ به بعد - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چ دوم، شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶، ص ۷ به بعد- علی احمدی،

- حسین، ماهیت حقوقی اجرای تعهد قراردادی، مجله کانون وکلای دادگستری، ش ۹-۸ دوره جدید، ص ۲۳۳.
- ۶۳- به نقل از: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۹.
- ۶۴- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم، ۱۳۷۳، ص ۲۶ - حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۲۵۸.
- ۶۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۹۶.
- ۶۶- همان، ص ۳۸۸.
- ۶۷- حسینی، سید محمد رضا، قانون مدنی در رویه قضایی، انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۷۹، ص ۱۲۵ (ذیل ماده ۳۵۱).
- ۶۸- نوری، محمدعلی، ترجمه قانون مدنی مصر، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۸، ص ۶۵.
- ۶۹- قاسم، محمدحسن، القانوني المدني (العقود المسماة)، ص ۲۳۴.
- ۷۰- امینی، منصور، تقریرات درس حقوق مدنی ۶، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، گردآورنده: احمد خاوهی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۸۵-۱۳۸۴، ص ۴.
- ۷۱- «بیع بعض من جملة متساویه الأجزاء». الانصاری، الشیخ مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۲۴۷.
- ۷۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، ص ۹۹۵، ش ۳۷۱۶.
- ۷۳- الانصاری، الشیخ مرتضی، پیشین.
- ۷۴- فخار طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری (شرح بیع)، ج ۲۲، چ اول، انتشارات دارالحکمه (علامه)، ۱۳۸۲، ص ۱۵۸.
- ۷۵- همان، ص ۱۵۹.
- ۷۶- همان، ص ۱۶۰.
- ۷۷- «ولوباع عبداً من عبدين لم یصح. لجهها لة البیع». الکرکی، الشیخ علی بن الحسین (المحقق الثاني)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، مؤسسه آل‌البتیت لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ هـ ق، ص ۱۰۵.
- ۷۸- بأن الملك صفة وجودية إلى محلّ تقوم به- كسائر الصفات الموجودة في الخارج- واحدهما على سبيل البدل غيرقابل لقيامه به؛ لأنه أمرٌ انتزاعيٌّ من أمرين معيّنين». النراقی، ملااحمدبن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، المطبعة ستاره، مؤسسه آل‌البتیت (ع) لاحیاء التراث، مشهد، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۳۷۵.

- ۷۹- «فالوجه انّ الملكيه امر اعتباريّ يعتبره العرف و الشرع أو احدهما في موارد و ليست صفه وجوديه متاصله كالموضه والسواد. ولذا صرحوا بصحه الوصيه باحد الشّيين بل احد الشّخين و نحو هما. فا الانصاف عدم دليل معتبر على المنع. فالذليل هو الاجماع لو ثبت». الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۵۲-۲۵۱.
- ۸۰- المقدس الاردبيلي، المولى احمد، مجمع الفائده و البرهان في شرح ارشاد الازهان، ج ۸، موسسه النشر الاسلامي، الطبعة الاولى ۱۴۱۱ هـ - ق، ص ۱۸۱.
- ۸۱- الانصاري، الشيخ مرتضى، همان، ص ۲۵۳.
- ۸۲- «ان اقسام بيع الصبره عشرة ذكر الماتن بعضها منطوقاً و بعضها مفهوماً و جملتها انها اما ان تكون معلومه المقدار او مجهوله فان كانت معلومه صحّ بيعها اجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع». الطباطبائي، السيد علي، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدائل (چاپ سنگي)، ج ۱، المطبعه الشهيد، مؤسسه آل البيت، قم ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۵۱۵.
- ۸۳- النجفي، الشيخ محمد حسن، كتاب المكاسب، ج ۲۳، ص ۲۲۲-۲۲۱ - الموسوي الخميني، السيد روح الله، كتاب البيع، ج ۳، ص ۴۲۱ - الانصاري، الشيخ مرتضى، همان - الحسيني العاملي، السيد محمد جواد، مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه (الموسوعات الفقيهيه)، ج ۴، دار التراث، الطبعة الاولى ۱۴۱۸ هـ. ق - ۱۹۹۸ م، ص ۴۷۷ - مكي العاملي، محمد جمال الدين (الشهيد الاول)، الروضه البهييه في الشرح للمعه الدمشقيه، ج ۳، دارالتعارف المطبوعات، بيروت - لبنان، ص ۲۰۶ - الكركي، الشيخ علي بن الحسين (المحقق الثاني)، همان - الشيخ الطوسي، المبسوط، ج ۲، ص ۱۵۲.
- ۸۴- الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۵۸ - ۲۵۷.
- ۸۵- «انه لو فرضنا أنّ البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر، فظاهر أنّه إذا بقي صاع واحد كان لأوّل، لأنّ الكليّ المبيع ثانياً إنّما هو سارٍ في مال البائع و هو ماعدا الصاع من الصبره فإذا تلف ماعدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكليّ فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض و هذا بخلاف ما لوقلنا بالاشاعه». الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۶۰.
- ۸۶- الانصاري، الشيخ مرتضى، همان، ص ۲۵۹ - ۲۵۸ - الموسوي الخميني، السيد روح الله، كتاب البيع، ج ۳، ص ۴۲۹ به بعد.
- ۸۷- همان.
- ۸۸- بينابنت، آلان، القانون المدني (العقود الخاصه)، ترجمه منصور القاضي، مجد المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى ۱۴۲۴ هـ. ق، ص ۳۱.

- 89- Joseph. D “Chitty on Contracts”, V .2. Specific Contracts , Sweet & Maxwell , London ,1999 , P.1106, 1107.
- 90- Sale Of Goods & Consumer Credit In Practice, 5th Edition, Published By Oxford University Press, 2002, P. 42.
- ۹۱- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۴، ص ۲۳۰ و ۲۲۶.
- ۹۲- الحکیم، جاک یوسف، العقودالشائعه او المسماء (عقد البيع)، ص ۱۲۵.
- ۹۳- المکی العاملی، محمد جمال الدین (الشهید الاول)، الروضه البهیه فی الشرح للمعه الدشقیه، ج ۳، ص ۲۰۷ - کاتوزیان، ناصر، حقوق اموال و مالکیت، ص ۳۶ و ۳۷ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۳۳ - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، ص ۲۳.
- ۹۴- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۴۴- الطباطبائی یزدی، السید محمدکاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۱۶.
- ۹۵- شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۷۶.
- ۹۶- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، ص ۳۳.
- ۹۷- همان.
- ۹۸- همان، ص ۳۳ و ۱۴.
- ۹۹- کاتوزیان، ناصر، عقود معین ۱، ص ۳۳ - ۳۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۲۶۹.
- ۱۰۰- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۴، ص ۲۳۰.
- ۱۰۱- الحکیم، جاک یوسف، العقودالشائعه او المسماء (عقد البيع)، ص ۱۲۵.
- 102- P. S. Atiyah , John N. A Dams , Hector Macqueen, The Sale Of Goods , P. 329.
- ۱۰۳- طارم سری، مسعود، اینکوترمز ۲۰۰۰، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۷۱.
- ۱۰۴- اشمیتوف، کلایوام، حقوق تجارت بین الملل، ج ۱، ص ۱۸۴.
- ۱۰۵- امینی، منصور، تقریرات درس حقوق مدنی ۶، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیسمال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۴، گردآورنده: احمد خاویی، ص ۳۸.
- ۱۰۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، ص ۱۶۷۰، ش ۶۰۹۳.
- 107- Sale Of Goods & Consumer Credit In Practice, Op. Cit, P. 44.
- 108- P. S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, Op. Cit.

- ۱۰۹- «... كون التخيير في تعيينه بيد البائع؛ لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلّا الطبيعه المعرّاه عن التشخص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة إذا طالب بخصوصيّة زائده على الطبيعه فقد طالب ما ليس حقّاً له...». الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۵۹ - «منها: كون التخيير في تعيينه بيدالبائع، بخلاف المشاع». الموسوي الخميني، السيد روح ا...، كتاب البيع، ج ۳، ص ۴۲۹.
- ۱۱۰- المحقق الايرواني، حاشيه المكاسب، ج ۱، ص ۲۰۳ به نقل از: الموسوي الخميني، السيدروح ا...، كتاب البيع، ج ۳، ص ۴۳۰.
- ۱۱۱- عابدیان، میرحسین، تقریرات درس مدنی ۲، مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکز، نیمسال دوم ۸۲ - ۸۱.
- ۱۱۲- الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۶۰ - الموسوي الخميني، السيد روح ا...، كتاب البيع، ج ۳، ص ۴۳۱.
- ۱۱۳- الانصاري، الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج ۴، ص ۲۶۰.
- ۱۱۴- الخراساني، ملا محمد كاظم (آخوند خراساني) حاشيه المكاسب، الارشاد الاسلامي، ۱۴۰۶ هـ - ق، ص ۱۲۸ والشيخ محمد حسين الغروي الاصفهاني (كمپاني)، حاشيه المكاسب، ج ۳، المطبعه الاولى، المطبعه العلميه، الناشر محقق، قم ۱۴۱۸ هـ - ق، ص ۳۳۹ و ۱۵۷.
- 115- “(2) In section 18 of the 1979 Act, at the end of rule 5 there shall be added the following- (3) where there is a contract for the sale of a specified quantity of unascertained goods in a deliverable state forming part of bulk which is identified either in the contract or by subsequent agreement between the parties and the bulk is reduced to (or to less than) That quantity, then, if the buyer under that contract is the only buyer to whom goods are then due out of the bulk-(a) The remaining goods shall be taken as appropriation to that contract at the time when the bulk is so reduced, and (b) The property in those goods then passes to the buyer. (4) paragraph (3) above applies also (with the necessary modification) where a bulk is reduced to (or less than) the aggregate of the quantities due to a single buyer under separate contracts relating to that bulk and he is the only buyer to whom

