

نقش قبض در انتقال مالکیت انواع مبیع در حقوق ایران و انگلیس

حمید ابهری*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

عباس جغتایی

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۹/۱۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۲۰)

چکیده:

در حقوق ایران، مبیع ممکن است عین معین، کلی در معین، یا کلی فی الذمه باشد. در جایی که مبیع عین معین است، اصولاً انتقال مالکیت با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض تاثیری در انتقال مالکیت ندارد، به استثنای بیع صرف که قبض، شرط صحت آن است (ماده ۳۶۴ قانون مدنی). در موردی که مبیع کلی است، بین حقوقدانان در باره زمان انتقال مالکیت و نقش قبض در آن اختلاف نظر وجود دارد: برخی، زمان تعیین مصداق مبیع را زمان انتقال مالکیت می‌دانند و بعضی، زمان تسلیم (قبض) را زمان انتقال دانسته‌اند. قانون مدنی، در مورد اختیار طرفین، برای تعیین زمان انتقال مالکیت ساکت است. در حقوق انگلیس، ممکن است مبیع، عین معین یا نامعین باشد. در این نظام حقوقی، اگر مبیع در وضعیت قابل تسلیم باشد با انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، ولی اگر مبیع در وضعیت قابل تسلیم نباشد، وقتی که فروشنده یا خریدار، حسب مورد، مبیع را در وضعیت تسلیم قرار دهد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، لذا قبض تاثیری در انتقال مالکیت ندارد. البته قانون بیع کالا، صراحتاً به طرفین اختیار تعیین زمان انتقال مالکیت را داده است. در این تحقیق، نقش قبض در انتقال مالکیت در انواع مبیع در حقوق ایران و انگلیس مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلید واژه‌ها: قبض، مالکیت، مبیع، انتقال، بیع.

Email: hamid.abhary@gmail.com

* نویسنده مسئول

مقدمه:

ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». عین بر سه قسم است: عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه (ماده ۳۵۰ قانون مذکور). عین معین، مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال، مشخص و قابل اشاره باشد، مانند یک جلد کتاب مشخص. کلی در معین: هر گاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی باشد که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است، به اصطلاح قانون مدنی، آن موضوع در حکم عین خارجی یا کلی در معین است؛ مانند صد کیلو از هزار کیلو برنج معین. کلی فی الذمه، مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج، صادق بر افراد عدیده باشد، مانند یک تن گندم ورامین (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۵).

در حقوق انگلیس، مبیع ممکن است عین معین یا کلی (نامعین) باشد. عین معین، کالایی است که هنگام قرارداد بیع، مشخص شده باشد و کالای کلی، کالایی است که هنگام انعقاد قرارداد به‌طور مشخص شناسایی نشده باشد (Bryan, 2004: 312). در این تحقیق، ابتدا نقش قبض در انواع مبیع در حقوق ایران بیان می‌شود و سپس موضوع در حقوق انگلیس، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: نقش قبض در عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه در حقوق ایران:

در این مبحث، نقش قبض در انتقال مالکیت در عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه، به تفکیک بیان می‌شود.

بند اول: نقش قبض در عین معین

طبق ماده ۳۵۰ قانون مدنی، در عقد بیع، مبیع ممکن است سه حالت داشته باشد: عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه. این ماده مقرر می‌دارد: «مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع، یا مقدار معین. به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد». عین معین که آن را عین شخصی یا عین خارجی نیز گویند، به چیزی گفته می‌شود که در عالم خارج موجود است و می‌توان به آن اشاره نمود، مانند خانه مشخص (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۵). در صورتی که مبیع، عین معین باشد؛ مالکیت آن پس از تشکیل عقد، بلافاصله به طرف دیگر معامله انتقال پیدا می‌کند. بدین جهت عقد بیع را در این وضعیت، تملیکی می‌گویند و در صورتی که مبیع عین معین باشد، قبض صرفاً یک ایفای تعهد است، زیرا با تشکیل عقد بیع، مبیع عین معین به ملکیت خریدار در آمده است. قبض و تسلیم، اثر این عقد محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۵؛ امامی، ۱۳۷۷: ۴۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۵۷).

بنابراین، بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی، که مقرر داشته است که به مجرد عقد بیع، مبیع به ملکیت مشتری و ثمن به ملکیت بایع در می آید، ناظر به موردی است که مبیع یا ثمن عین معین باشد. این قاعده با استثنائاتی مواجه است: در بیع صرف، به استناد ماده ۳۶۴ قانون مدنی، قبض، شرط صحت عقد است. همچنین، در منابع فقهی، قول مشهور این است که در بیع سلف یا سلم (بیعی که مبیع کلی و مؤجل است ولی ثمن فوراً پرداخت می‌شود) نیز قبض ثمن شرط صحت عقد می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۸۹؛ شهید اول، ۱۴۱۳: ۲۴۷). شاید بر این مبنا است که ماده ۳۶۴ قانون مدنی، بیع صرف را یکی از مصادیق بیعی دانسته که در آن، قبض، شرط صحت است. در این قانون، غیر از بیع صرف، بیع دیگری وجود ندارد که در آن، قبض شرط صحت عقد شناخته شده باشد، ولی با توجه به سکوت قانون و قول مشهور فقها، می‌توان بیع سلف را نیز یکی از بیع‌هایی دانست که در آن، قبض، شرط صحت عقد می‌باشد (ابهری، ۱۳۸۷: ۱۹). در مورد املاک ثبت شده، چه تنظیم سند رسمی را از شرایط صحت عقد بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۸۳)، چه عقد را رضایی بدانیم (شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۷؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۴۲)، قبض، از شرایط صحت عقد نمی‌باشد.

بند دوم: نقش قبض در کلی در معین

در فقه امامیه، بیع کلی در معین در دو صورت صحیح دانسته شده است:

الف) مقدار تمامی شیء متساوی الاجزاء و همچنین مقدار خریداری از آن به طور کلی معلوم است، مثلاً خرمنی دارای ده تن گندم بوده و مورد معامله یک تن از آن باشد، در این صورت بیع صحیح است، زیرا مقدار مورد معامله یک تن است که معلوم و موجود است.

ب) مجموع کلی در معین، معلوم نیست ولی مقدار مورد معامله معلوم است و متبایعین می‌دانند که مقدار مورد معامله در آن موجود است. به عنوان مثال، طرفین مقدار گندم موجود در خرمن را نمی‌دانند، ولی مالک خرمن، یک تن گندم را می‌فروشد طرفین مطمئن هستند که گندم‌های خرمن بیش از یک تن است، این بیع نیز صحیح می‌باشد، زیرا مقدار مبیع معلوم است و متبایعین می‌دانند که مبیع موجود می‌باشد (شهید ثانی، بی تا: ۲۶۷، انصاری، ۱۴۲۰: ۲۵۰).

در مورد بیع کلی در معین، این سوال پیش می‌آید که آیا انتقال مالکیت با عقد واقع می‌شود یا با قبض؟ در این خصوص سه نظر وجود دارد:

۱) برخی از حقوقدانان معتقدند که بیع، عقدی است تملیکی و در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد به نفس عقد به ملکیت مشتری داخل می‌شود، اگر چه هنوز مبیع

تسلیم مشتری و ثمن به قبض بایع داده نشده باشد، این امر را قانون مدنی در ماده ۳۳۸، که می گوید (بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم) بیان می کند (امامی، ۱۳۷۷: ۴۳۴).

۲) گروهی از فقها و حقوقدانان معتقدند که در بیع کلی در معین، به صرف ایجاب و قبول، مالکیت مبیع، منتقل نمی شود، زیرا بعد از عقد، خریدار مالک هیچ عینی نمی شود و بر هیچ عینی حق پیدا نمی کند و فقط می تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد، این تعهد، در مرحله نخست ناظر به تعیین مصداق کلی است. ولی با انجام دادن آن، تملیک تحقق می یابد و به عبارت دیگر تا فروشنده مبیع را از توده معین انتخاب نکند (یا حادثه ای مبیع را مشخص نکند) خریدار بر هیچ مال معینی حق پیدا نمی کند و مالک چیزی نیست و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که به اجمال می دانیم که مبیع در داخل آن توده معین است (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۴). طبق این نظر، همین که مبیع کلی در معین توسط بایع مشخص شد مالکیت منتقل می شود، گرچه مبیع به قبض مشتری داده نشده باشد.

۳) برخی از حقوقدانان معتقدند که در بیع کلی در معین، مبیع کلی در معین مشخص و مجزاست و مالکیت که عبارت از رابطه اعتباری است، هنگامی بین شخص و شیء قابل تصور است که شیء مشخص باشد، مالکیت نسبت به شیء غیر معین قابل تصور نیست، و می توان گفت که با تشکیل عقد، برای خریدار، یک حق عینی که حق مالکیت نیست، نسبت به مجموع معین به وجود می آید که به اعتبار این حق، خواهد توانست، فروشنده را ملزم کند که مقداری از مجموعه معین را تملیک نموده و به خریدار تسلیم نماید و این حق عینی مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارد؛ بر این اساس، بیع کلی در معین در این فرض تملیکی نمی باشد و تسلیم، علاوه بر ایفاء تعهد، سبب انتقال ملکیت به خریدار می شود و این مالکیت زمانی قابل تصور است که فردی از افراد کلی، معین شده و به تصرف خریدار داده شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۷).

با بررسی نظرات فوق، به نظر می رسد نظر دوم منطقی تر باشد، زیرا در کلی در معین، همین که مصداق کلی در عالم خارج توسط بایع مشخص شد، مبیع به عین معین تبدیل می شود و مالکیت آن با تعیین مصداق به خریدار منتقل می شود و نیازی به قبض مبیع نمی باشد؛ بر این اساس، در این فرض، قبض، نقشی در انتقال مالکیت ندارد و قبض، از آثار این عقد می باشد.

بند سوم: نقش قبض در کلی فی الذمه

در مورد کلی فی الذمه نیز در فقه، اقوال مختلفی وجود دارد:

الف) بعضی از فقها گفته اند که کلی نیز در عرف، مالی است موجود که می تواند مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد، همچنان که منفعت آینده را نیز همین عرف، مال موجود می شناسند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۴؛ نائینی و خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۱).

ب) بسیاری دیگر از فقهاء، عین را شامل اعیان مشخصه، کلی مشاع و کلی فی الذمه و کلی ثابت بر ذمه غیر، تقسیم نموده‌اند و عنوان عین بر تمامی این موارد که می‌توانند موضوع بیع واقع شوند صادق است (خوئی، ۱۳۷۱: ۱۶؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۳۵).

قانون مدنی ایران نیز، مالکیت کلی فی الذمه را به گونه‌ای که فقیهان گفته‌اند قبول کرده است، ماده ۳۵۰ ق.م.بیع کلی فی الذمه را صحیح دانسته است. ماده ۳۵۱ این قانون، ضمن تعریف کلی به آنچه که صادق بر افراد عدیده باشد، شرط صحت چنین بیعی را ذکر کردن مقدار و جنس و وصف مبیع می‌داند که هنگام انعقاد بیع باید برای طرفین معلوم باشد. لذا در صحت بیع کلی فی الذمه تردیدی باقی نمی‌ماند.

در مورد نقش قبض در انتقال مالکیت در بیع کلی فی الذمه، دو نظر وجود دارد:

۱- بعضی از حقوقدانان عقیده دارند که در صورتی که مبیع، کلی فی الذمه باشد، تسلیم فرد آن به مشتری، که به اراده بایع انجام می‌گیرد، عمل قضائی مستقل است؛ به عبارت دیگر، این گروه بیع کلی را به دو عمل حقوقی و مستقل تحلیل کرده‌اند. بدین ترتیب که در اثر عقد برای فروشنده دینی ایجاد می‌شود که باید وفا کند، سپس او فردی را که می‌خواهد انتخاب و به وسیله تسلیم به خریدار تملیک می‌کند. تملیک داخل در مفاد عقد نیست، بلکه عمل حقوقی مستقل است که به وسیله قبض انجام می‌شود؛ بنابراین، در بیع کلی از زمان تشکیل عقد، نمی‌توان مالکیتی برای خریدار شناخت، این مالکیت هنگامی قابل تصور است که فردی از افراد کلی، معین شده و به تصرف خریدار داده شود (امامی، ۱۳۷۷: ۴۴۰؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۸۵).

۲- برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که در بیع کلی نیز به صرف ایجاب و قبول مالکیت منتقل نمی‌شود، بلکه عقد (ایجاب و قبول)، مقتضای تملیک را به وجود می‌آورد و همین که مصداق کلی در عالم خارج توسط بایع تعیین شد، مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود، اگر چه توسط مشتری قبض نشده باشد؛ بنابراین، سبب تملیک، عقد می‌باشد و شرط تاثیر آن، تعیین مصداق توسط بایع می‌باشد که بدون هیچ سبب اضافی یا مکمل باعث انتقال مالکیت می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۶، عدل، ۱۳۷۳: ۲۲۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۶۳). طبق این نظر، تعیین مصداق، شرط انتقال مالکیت است و قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد.

در فقه امامیه نیز از ظاهر کلام فقها چنین بر می‌آید که فقط عقد، سبب انتقال مالکیت مبیع به مشتری می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۱۹؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۳۵، طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۴. نائینی، خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۱). بدیهی است که در بیع کلی فی الذمه، تا زمانی که تعیین مصداق صورت نگرفته باشد، مشتری نمی‌تواند مالک مبیع محسوب شود، زیرا ممکن نیست کسی نسبت به چیزی

که در عالم خارج موجود نیست ادعای مالکیت کند؛ بنابراین، باید گفت سبب تملیک در بیع کلی فی الذمه تنها عقد است، اما این اثر فوری و بلا واسطه نیست و منوط به تعیین مبیع است. تعریف بیع در فقه امامیه (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۵، خوئی، ۱۳۷۱: ۱۴) و قانون مدنی (ماده ۳۳۸) به عنوان تملیک عین به عوض معلوم، موید این مدعا است، زیرا عقد بیع را مطلقاً تملیکی دانسته‌اند و در بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز، یکی از آثار بیع به طور مطلق، انتقال مالکیت، به مجرد وقوع عقد، ذکر شده است.

از آنچه گفته شد، می‌توان به این نتیجه رسید که در بیع کلی در معین و کلی فی الذمه، پس از تعیین مصداق توسط بایع، مالکیت منتقل می‌شود و در هر دو مورد فوق، قبض هیچ نقشی در انتقال مالکیت نداشته و طبق ماده ۳۶۲ ق.م.قبض از آثار عقد محسوب می‌شود، نه از ارکان عقد. خواهیم دید که در حقوق انگلیس، یکی از انواع بیع، بیع مال آینده است که پس از تولید کالا مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود. در حقوق ایران، در صورتی که مبیع عین معین باشد وجود آن در زمان انعقاد عقد، شرط صحت معامله است (ماده ۳۶۱ قانون مدنی). برخی از اساتید حقوق، در مورد فروش آپارتمان‌های ساخته نشده معتقدند که چنانچه قصد طرفین از انعقاد عقد آن باشد که سببی را بسازند که تملیک پس از احداث آپارتمان انجام شود، نفوذ عقد با مشکلی مواجه نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و بر معدوم استوار نیست. تملیک زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است، همانند بیع مال کلی که طرفین به عین خارجی موجود نظر ندارند و مقدار، جنس و وصف مبیع را تعیین می‌کنند و با تعیین مصداق مبیع از سوی بایع، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۵). با وجود این، باید دانست که در حقوق ایران، بیع املاک ثبت شده، از عقود تشریفاتی است که تا زمانی که ملک در دفتر املاک به نام خریدار ثبت نشود انتقال مالکیتی واقع نشده و خریدار مالک شناخته نمی‌شود (ماده ۲۲ قانون ثبت). از این رو بر اساس مقررات قانون ثبت، حداقل در مورد املاک ثبت شده، که آپارتمان نیز معمولاً جزء این املاک است، بدون تنظیم سند رسمی، نمی‌توان خریدار را مالک آن شناخت؛ به‌ویژه اگر توجه داشته باشیم که در مورد آپارتمان‌ها تا زمانی که ساخت آنها کامل نشده و پروانه پایان کار از شهرداری صادر نشود، تفکیک آپارتمان و صدور سند تفکیکی و انتقال آن به نام خریدار ممکن نمی‌باشد. لذا با وجود مقررات آمره قانون ثبت برای انتقال املاک، طرفین نمی‌توانند توافق کنند که آپارتمان به محض ساخته شدن به ملکیت خریدار در آید چون به فرض ساخته شدن آپارتمان، تا قبل از صدور سند تفکیکی و انتقال آن به نام خریدار نمی‌توان او را مالک آپارتمان دانست. البته اخیراً با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹، این موضوع (مالکیت تدریجی املاک) پذیرفته شده است. با این توضیح که طبق ماده ۱۳ این قانون، پیش خریدار به

نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده، می‌گردد لیکن باید توجه داشت که طبق ماده ۳ قانون مذکور، قرارداد پیش‌فروش از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل، صورت می‌گیرد. در مورد اموال منقول که از عقود رضایی است و برای انتقال مالکیت، نیاز به تشریفات خاصی نیست، می‌توان به طرفین اختیار داد که با توافق، زمان انتقال مالکیت را تعیین کنند، همانطور که در بیع کلی که ناظر به اموال منقول است، عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد با مانعی مواجه نمی‌شود.

مبحث دوم: نقش قبض در مبیع عین معین (کالای خاص) و مبیع نامعین در حقوق انگلیس

ماده ۲ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، بیع را قراردادی دانسته است که به موجب آن فروشنده، مالکیت را در برابر عوض نقدی، به نام ثمن (بها)، به خریدار منتقل می‌کند یا توافق برای انتقال آن می‌نماید. با دقت در تعریف مذکور ملاحظه می‌گردد که عقد بیع به دو منظور به کار می‌رود: انتقال مالکیت، توافق برای انتقال مالکیت (Guest.A.G. 1989: 1136)، بنابراین عقد بیع در حقوق انگلیس، دو چهره تملیکی و عهدی را داراست. جایی که عقد بیع به منظور انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار منعقد شده، قرارداد با شرایطی که خواهد آمد تملیکی است. در صورتی که هنگام قرارداد، مالکیت مبادله نشود بلکه صرفاً توافقی برای انتقال مالکیت بعمل آید و انتقال مالکیت، به گذشتن مدت زمانی یا تحقق شرطی موکول شود، عقد بیع عهدی خواهد بود. بند ۴ و ۵ ماده ۲ قانون فروش کالا دو نام متفاوت برای این دو معامله مقرر داشته است، در صورت اول که عقد بیع برای انتقال مالکیت بکار می‌رود، قرارداد فروش را بیع نامیده و در صورت دوم که قرارداد فروش صرفاً چهار چوبی است که توافق طرفین برای انتقال مالکیت کالا در آن شکل می‌گیرد، قرارداد را توافق برای بیع نامیده است (Atiyah, 1996: 3). مطابق بند ۶ ماده ۲ قانون فروش کالا، توافق برای بیع هنگامی به بیع تبدیل می‌شود که مدت زمان تعیین شده سپری شده یا شرایط پیش‌بینی شده انجام شود.

در ذیل، نقش قبض در انواع مبیع در حقوق انگلیس بررسی می‌شود:

بند اول: نقش قبض در عین معین

طبق بند یک ماده ۶۱ قانون فروش کالا، مبیع معین کالایی است که هنگام انعقاد قرارداد بیع مشخص شده و روی آن توافق صورت گرفته است. در فرهنگ حقوقی آکسفورد آمده است که کالای معین، کالایی است که به طور مشخص هنگام انعقاد قرارداد بیع، شناسایی و تعیین هویت

شده است؛ مثل یک ماشین مشخص با پلاک ثبت شده معین. اگر موضوع قرار داد به ترتیب مذکور معین نشده باشد قرارداد برای فروش کالای نامعین خواهد بود. در قراردادی که برای فروش کالای معین منعقد شده، فروشنده ملزم به تسلیم همان کالا است نه کالای دیگر (Elizabeth, 1999: 390). در حقوق انگلیس طبق بند یک ماده ۱۷ قانون مذکور، جایی که قرارداد برای فروش کالای معین باشد، مالکیت کالا در زمانی که طرفین قرارداد قصد کرده باشند به خریدار منتقل می شود. انتقال مالکیت کالا یک امری قصدی است، از آنجا که ممکن است پی بردن به اراده طرفین امری مشکل باشد، قانونگذار در ماده ۱۸، امارات قانونی مختلفی را برای احراز قصد مشترک متعاملین در خصوص زمان انتقال ملکیت کالا به دست داده است. صدر ماده مزبور مقرر می دارد که قواعد مذکور در این ماده قواعدی است که جز در صورتی که قصد دیگری ظاهر شود، برای احراز قصد متعاملین در مورد زمان انتقال ملکیت کالا به خریدار به کار می رود. اهمیت قواعد مذکور در این ماده این است که اولاً: در اغلب موارد قصد مشترک طرفین در قرارداد مورد تصریح قرار می گیرد و ثانیاً: در مواردی با وجود آنکه به قصد طرفین در زمان انتقال ملکیت کالا تصریح شده، ولی این تصریح در صورتی که قبل از آن، مالکیت کالا، به موجب این قواعد منتقل شده باشد بی اثر خواهد بود. در دعوی Denant علیه Skinner (1936)، متصدی حراج چند دستگاه اتومبیل را به یک پیشنهاد دهنده فروخت و ثمن معامله را بعداً به وسیله چک دریافت نمود، خریدار خود را تاجر معروف اتومبیل معرفی کرد، فروشنده قبل از آنکه اجازه بردن اتومبیلها را به خریدار بدهد، از خریدار خواست تا سندی را امضا کند که بر اساس آن، مالکیت اتومبیلها تا زمان کارسازی وجه چک به وی منتقل نشود، معلوم گردید که خریدار شخصی کلاهبردار است و چک او برگشت خورد، در حالیکه ماشین را به خواننده این دعوی فروخته بود. قاضی Hellen رای داد که قرارداد، هنگام حراج، کامل بوده و مالکیت همان وقت به خریدار منتقل شده است و سندی که پس از انعقاد قرار داد به منظور تاخیر در انتقال مالکیت تنظیم شده هیچگونه اثری نداشته است؛ پس خواننده دعوی، مالک اتومبیلها شناخته می شود (Guest, 1989: 1189).

در مورد نقش قبض در انتقال مالکیت مبیع عین معین، لازم است فروض مختلف مذکور در ماده ۱۸ قانون فروش کالا مورد بررسی قرار گیرد:

الف) طبق بند اول ماده ۱۸ قانون فروش کالا، هرگاه کالاها در وضعیت قابل تسلیم باشند، مالکیت در زمان انعقاد قرار داد منتقل می شود اگرچه زمان پرداخت و یا تسلیم، تاریخ دیرتری باشد. بنابراین مالکیت مبیع معین طبق این بند زمانی به موجب عقد منتقل می شود که اولاً قرار داد بیع، غیر مشروط باشد؛ یعنی شرط مخالف برای زمان انتقال مالکیت نباشد. ثانیاً کالای موضوع قرارداد کالای معین باشد. ثالثاً کالای معین در وضعیت قابل تسلیم قرار داشته باشد که با جمع این

شرایط مالکیت همزمان و بلافاصله پس از انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می‌شود. تملیکی بودن عقد بیع در این قاعده پیش بینی شده است. فرق نمی‌کند که مبادله مادی ثمن و مبیع هم زمان با تشکیل عقد انجام شده باشد، یا اینکه برای پرداخت ثمن یا تسلیم کالا مهلتی پیش بینی شده باشد. پس انتقال مالکیت بدون تسلیم یا قبض نیز صورت می‌گیرد. قاعده اول مذکور در ماده ۱۸ فقط در صورتی اجرا می‌شود که موضوع قرارداد، کالای معین باشد. در این خصوص نویسندگان حقوقی اغلب پرونده زیر را طرح کرده‌اند:

در دعوی Kursull علیه Timber Operators & Contractors, Ltd (1937)، قراردادی برای فروش الوارهای بخشی از جنگل Latvian در مدت ۱۵ سال منعقد شده بود. بعد از مدتی همه حقوق خصوصی افراد در مورد جنگل مزبور توسط ایالت Latvian ملغی گردید. چنین رای داده شده که مالکیت الوارها به خریدار منتقل نشده بود؛ زیرا قرارداد مذکور قرارداد بیع کالای معین نبوده است و تعریف کالای معین بر مبیع صدق نمی‌کرد، مبیع هر چند قابل تعیین بوده ولی هنگام قرارداد معین نبوده است (Guest, 1989: 1190).

طبق بند اول ماده ۱۸، قرارداد باید غیر مشروط باشد؛ یعنی قراردادی که در آن انتقال مالکیت به انجام شرطی متوقف نشده باشد. در صورت مشروط بودن قرارداد، انتقال مالکیت پس از انجام شرط خواهد بود.

همان‌طور که گفته شد، بند اول مانند دیگر بندهای ماده ۱۸، صرفاً اماره ای است که برای احراز قصد طرفین در مورد زمان انتقال مالکیت به کار می‌رود. بنابراین طبیعی است جایی که طرفین صریحاً یا ضمناً قصد انتقال مالکیت را در زمانی غیر از زمان انعقاد قرارداد نموده باشند، این قاعده حتی اگر شرایط آن جمع باشد اعمال نمی‌شود. این امر از بند یک ماده ۱۷ و صدر ماده ۱۸ قانون فروش کالا به روشنی استفاده می‌شود.

ب) بند دوم ماده ۱۸ قانون فروش کالا مقرر می‌دارد: «هر گاه کالاها در وضعیت قابل تسلیم نباشد و فروشنده مکلف به انجام برخی امور، برای قرار دادن کالاها در وضعیت قابل تسلیم باشد، تا زمانیکه این امور انجام شود و خریدار مطلع گردد، مالکیت منتقل نمی‌شود».

موضوع این بند همچون بند ۳ و ۴ و بر خلاف بند یک، قرارداد مشروط است. همچنین بند ۲ بر خلاف بند یک، به شکل منفی بیان شده است و این قاعده هم صرفاً یک اماره قانونی است. انتقال مالکیت کالا قبل از قرار گرفتن در وضعیت قابل تسلیم، منتقل نمی‌شود؛ این بند در صورتی اجرا می‌شود که موضوع قرارداد، فروش کالای معین باشد و کالا در وضعیت قابل تسلیم نباشد؛ وضعیت قابل تسلیم در بند ۵ ماده ۶۱ تعریف شده و اگر کالا هنگام تشکیل عقد در وضعیت قابل تسلیم نباشد، ولی شرط شود که فروشنده آنرا در وضعیت قابل تسلیم قرار دهد، بند ۲ اجرا می‌-

شود. اگر وظیفه قرار دادن مبیع در وضعیت قابل تسلیم به عهده فروشنده نباشد؛ یعنی به عهده خریدار یا شخص ثالث باشد مشمول ماده ۱۷ قانون فروش کالا خواهد بود. ماده ۱۷ مقرر می‌دارد: «جایی که قرارداد برای فروش کالای معین یا معین شده باشد، مالکیت کالا در زمانی که طرفین قرارداد قصد کرده باشند، به خریدار منتقل می‌شود».

در ذیل بند ۲، برای اجرای قاعده مذکور، این شرط اضافه شده که خریدار باید از اقدام فروشنده در قرار دادن کالا در وضعیت قابل تسلیم مطلع باشد و مالکیت کالا قبل از آن، به وی منتقل نمی‌شود (Atiyah, 1996: 197).

ج) بند سوم ماده ۱۸ مقرر می‌دارد: «هر گاه کالای قابل تسلیم برای تعیین قیمت، نیازمند توزین، اندازه‌گیری، آزمایش یا چیزهای دیگری توسط فروشنده باشد، مالکیت منتقل نمی‌شود تا این امور انجام و خریدار مطلع گردد».

در این مورد، موضوع قرارداد باید کالای معین و در وضعیت قابل تسلیم باشد. در قرارداد فروش، گاهی با آنکه مبیع معین است اما ثمن هنگام تشکیل عقد، مشخص نیست، لذا شرط می‌شود که فروشنده با انجام اقدامات لازم، ثمن معامله را در مدتی پس از عقد معین نماید. در اینصورت، ظاهر از وجود این شرط در قرارداد این است که طرفین قصد تعلیق انتقال مالکیت را تا زمان تعیین ثمن داشته‌اند، لذا مالکیت تا زمان انجام اعمال لازم برای تعیین ثمن، توسط فروشنده به خریدار منتقل نمی‌شود. در مواردی که معامله با یک ثمن مقطوع انجام شده باشد و نیز در مواردی که کالا قبلاً اندازه‌گیری شده و برای تعیین ثمن، به همان اندازه گیری قبلی اکتفا می‌شود قاعده ۳ مصداق ندارد (Atiyah, op.cit, 188). به نظر می‌رسد که در این صورت، بند اول قابل اجرا باشد. بند سوم تنها زمانی اجرا می‌شود که انجام اقدامات لازم برای تعیین ثمن به موجب قرارداد به عهده فروشنده گذاشته شده باشد. اگر این اقدامات بر عهده خریدار یا شخص ثالث باشد، اماره مذکور در این قاعده برای احراز قصد طرفین صادق نیست (Guest, 1989: 1197).

برای اجرای بند ۳؛ مانند بند ۲، اطلاع خریدار از اقدامات فروشنده ضروری است؛ یعنی، قبل از آنکه خریدار در جریان انجام اقدامات لازم برای تعیین ثمن قرار بگیرد، مالکیت کالا منتقل نمی‌شود.

د) بند ۴ ماده ۱۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه کالا به شرط تایید کیفیت و یا به شرط استرداد مازاد یا سایر شرایط مشابه تسلیم شده باشد، مالکیت کالا منتقل نمی‌شود تا:

۱ - خریدار تایید خود را رسانده، یا کالاها را بیش از زمان مورد توافق، یا در صورتی که هیچ مدتی توافق نشده باشد فراتر از یک مدت معقول نگاه دارد.

۲- خریدار عملاً کالا را بپذیرد (مثلاً کالا را بفروشد، یا وثیقه گذاشته، بدین ترتیب مثل یک مالک عمل کند».

برای اجرای بند ۴ ماده ۱۸، لازم است که موضوع قرارداد، کالای معین باشد و کالای موضوع قرارداد بیع، به شرط فروش یا اعاده کالا یا سایر موارد به خریدار تحویل داده شده باشد. این قراردادی است که طی آن کالا به توافق طرفین در اختیار خریدار قرار می‌گیرد. در حقیقت فروشنده، در این قرارداد یک ایجاب غیر قابل برگشت ارائه کرده است و به موجب آن گیرنده کالا این حق را پیدا می‌کند که با اعلام قبول، تشکیل یک عقد بیع داده و مالک کالا گردد (Schmitthoff, 1990: 90)، به نظر برخی از نویسندگان حقوق انگلیس موضوع بند ۴، قرارداد مشروط است، ولی در این بند، نوعی خاص از قرارداد مشروط، موضوع قرار گرفته است، خصوصیت این قرارداد این است که اولاً کالا به خریدار تحویل داده شده و ثانیاً انتقال مالکیت به خریدار، به انجام شرط متوقف شده است (Benjamin's, 1997: 188). بند ۴ ماده ۱۸، برای انتقال مالکیت در قرارداد بیع به شرط فروش یا اعاده کالا، دو وضعیت پیش‌بینی کرده: (۱) خریدار موافقت یا قبول خود را به فروشنده اعلام کند یا عملی که کاشف از قبول باشد انجام دهد (۲) مهلت تعیین شده در قرارداد و یا مهلت معقول بگذرد و خریدار نه اعلام قبول کند و نه کالاها را به فروشنده برگرداند (Ibid, 196).

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که در حقوق انگلیس، اصولاً در بیع عین معین، قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد بلکه طبق ماده ۱۸ قانون فروش کالا، همین که کالا در وضعیت قابل تسلیم باشد مالکیت آن نیز منتقل می‌شود؛ بنابراین در مبیع عین معین، عقد بیع به صرف ایجاب و قبول منعقد می‌شود و در صورتی که مبیع معین در وضعیت قابل تسلیم باشد، مالکیت آن نیز منتقل می‌شود، هر چند که مبیع تسلیم یا قبض نشده باشد. این وضعیت با حقوق ایران که مالکیت مبیع عین معین به صرف ایجاب و قبول (انعقاد عقد) به خریدار منتقل می‌شود تا حدودی مطابقت دارد (بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م).

بند دوم: نقش قبض در مبیع نامعین

قانون فروش کالای انگلیس، اصطلاح مبیع یا کالای نامعین را تعریف نکرده و با توجه به تعریف و مفهوم کالای معین، می‌توان گفت منظور از مبیع نامعین، کالایی است که هنگام انعقاد قرارداد در خارج، مشخص و قابل اشاره نباشد. بعبارت دیگر، مبیع کلی عبارت از کالایی است که در هنگام انعقاد قرارداد، به طور مشخص شناسایی و تعیین هویت نشده باشد؛ مثلاً در یک قرارداد به منظور فروش هزار تن دانه روغنی سویا، فروشنده می‌تواند هر هزار تنی را که با توصیف قراردادی مطابق

باشد، تسلیم خریدار کند (Bryan, 2004: 312)، هنگامی که مقدار لازم برای تحویل به خریدار کنار گذاشته می‌شود، کالا به عنوان معین توصیف می‌شود.

از نظر حقوقدانان انگلیسی (Guest.A.G, 1989: 1187)، کالای نامعین دارای اقسام ذیل است:
الف) کالای کلی: مقدار معلومی از یک کالا به طور کلی را کالای کلی گویند. کالای کلی دارای مصادیق فراوان است و هرچند مقدار و وصف آن معلوم باشد ولی نامعین می‌باشد، مثل یک تن شکر چون در هنگام قرار داد مشخص و قابل اشاره نیست و به قرارداد تخصیص داده نشده، نامعین است. در قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ کالای کلی تعریف نشده و به نظر می‌رسد که مقررات مربوط به کالای آینده، در مورد کالای کلی هم اعمال می‌شود (Benjamin's, 1997: 799).

ب) کالای آینده: کالایی است که هنگام قرارداد در اختیار فروشنده نیست، بلکه باید پس از انعقاد قرارداد به وسیله او تولید یا تحصیل شود (Sale of Goods Act, 1979: 61).

ج) بخش نامعین از یک مجموعه معین: اصطلاح بخش نامعین از یک مجموعه معین، مترادف «کلی در معین» در حقوق ایران است، مانند ۱۰ تن گندم از انباری که حاوی هزار تن گندم است. کالای کلی در معین نیز در قانون فروش کالا تعریف نشده است ولی نویسندگان حقوقی به آن توجه داشته‌اند. حق انتخاب و تفکیک قسمت فروخته شده از انبار ممکن است به خریدار، فروشنده یا شخص ثالث واگذار شود (Guest, op.cit: 1194). تخصیص کالای نامعین در این قسم ممکن است بدون اراده فروشنده و خریدار هم اتفاق بیفتد؛ مثل آنکه، تمام انبار یا مجموعه، به جز مقدار فروخته شده تلف شود. در این فرض، مقدار باقی مانده خود به خود تخصیص یافته به قرارداد محسوب می‌شود و مالکیت آن از آن هنگام به خریدار منتقل می‌شود، همچنین است اگر یک خریدار تمام موجودی انبار را در چند نوبت خریداری کند. در این حالت تمام انبار پس از آخرین قرارداد به تملک او در خواهد آمد.

اقسام سه‌گانه فوق‌الذکر، دارای احکام مشترک ذیل هستند:

۱- در هیچیک از این اقسام، مبیع هنگام قرارداد مشخص و قابل اشاره نیست؛ یعنی، مورد معامله در خارج وجود ممتاز ندارد و با ذکر اوصاف فروخته می‌شود (Benjamin's, op.cit: 200). این امر در مورد کالای آینده نیاز به توضیح ندارد. در موردی که بخشی از یک انبار مورد معامله باشد، آنچه در خارج وجود دارد کل مجموعه است و بخشی از یک مجموعه در خارج، دارای وجود جداگانه‌ای نیست و همینطور است وقتی که کالای دارای مصادیق فراوان، موضوع معامله قرار می‌گیرد در این صورت، مجموعه یا انباری که مبیع بدان مربوط باشد در میان نیست، بلکه مورد معامله از هر آنچه دارای اوصاف ذکر شده باشد، قابل تحویل است و به همین جهت اگر مثلاً یک تن برنج به طور کلی مورد معامله قرار گرفته باشد و فروشنده، انباری مشتمل بر ده تن برنج داشته باشد و به تدریج نه تن از آن برنجهای تلف یا

مصرف شود، یک تن باقی مانده، تخصیص یافته به قرارداد مذکور تلقی نمی‌شود بلکه فروشنده می‌تواند تعهد خود را از غیر آن ایفا کند (Benjamin's, op.cit: 201).

۲- وقتی موضوع قرارداد، بیع کالای آینده است، قرارداد «توافق برای بیع» است نه «بیع»، در نتیجه، چنین قراردادی از نوع قرارداد ناتمام یا موجد است و پس از ساخت و تکمیل مبیع و نیز تخصیص آن به قرارداد، توافق برای فروش به عقد بیع تبدیل می‌شود و در این زمان است که مالکیت آن به خریدار منتقل می‌شود (Guest, op.cit: 216).

۳- مالکیت کالای نامعین هیچ وقت قبل از تعیین و تخصیص به خریدار منتقل نمی‌شود. در حقوق انگلستان این امر مسلم است که نخستین شرط انتقال مالکیت مبیع به خریدار، معین بودن آن است. ماده ۱۶ قانون کالا به این نکته اشاره کرده است: «جایی که قرارداد برای فروش کالای غیر معین است تا زمانی که کالا تعیین نشده هیچ مالکیتی در کالا به خریدار منتقل نمی‌شود». طبق این اصل در کالای غیر معین، به محض تعیین کالا، مالکیت آن به خریدار منتقل می‌شود (Benjamin's, op.cit: 199)، آنچه در این ماده، ذکر شده در مورد همه اقسام کالای غیر معین صادق است؛ بنابراین وقتی بخش نامعینی از یک مجموعه معین بفروش می‌رسد، هر چند مجموعه ای که مبیع باید از آن تحویل داده شود، معین است ولی خود مبیع نامعین است؛ بدین جهت قبل از تفکیک آن از انبار یا مجموعه معین، مالکیت آن به خریدار منتقل نمی‌گردد (Guest, op.cit: 1194). بعد از تعیین کالا زمان انتقال مالکیت تابع قصد طرفین است؛ زیرا طبق ماده ۱۷ قانون فروش کالا جایی که قرارداد برای فروش کالای معین یا معین شده باشد، مالکیت کالا در زمانی که طرفین قرارداد قصد کرده باشند به خریدار منتقل می‌شود. در صورتی که از قرائن، قصد صریح در مورد زمان انتقال مالکیت کالا به ثبوت نرسد، اماره قانونی مذکور در ماده ۱۸ فرض می‌کند که طرفین قصد داشته‌اند که انتقال مالکیت کالای غیر معین پس از معین شدن و قرار گرفتن در وضعیت قابل تسلیم به قرارداد صورت پذیرد.

از آنچه گفته شد، برمی‌آید که در مبیع نامعین «کلی»، انتقال مالکیت با اختصاص (تخصیص) کالا صورت می‌گیرد مشروط بر اینکه بعد از اینکه کالای کلی، معین شد در وضعیت قابل تسلیم باشد و الا انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد. این تخصیص ممکن است به فروشنده، واگذار شده باشد، در این صورت با تعیین مصداق مبیع (تخصیص) انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، لیکن در این تخصیص، اگر کالای اختصاص یافته با آنچه در قرارداد ذکر شده منطبق نباشد (از لحاظ جنس، وصف، ...) انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد. همچنین اگر فروشنده کالای موصوف در قرارداد را با کالای دیگر به صورت آمیخته و مخلوط تعیین کند، انتقال مالکیت واقع نمی‌شود، زیرا مبیع در وضعیت قابل تسلیم نمی‌باشد (Benjamin's, op.cit: 205)، «بند ۱ ماده ۱۸ قانون فروش کالا».

گاهی اوقات تخصیص کالا به یکی از طرفین «فروشنده یا خریدار» واگذار شده منتهی شرط شده است که این تخصیص با رضایت طرف مقابل باشد. بند ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس دو حالت را پیش بینی کرده است:

(۱) تخصیص توسط فروشنده، با رضایت صریح یا ضمنی خریدار، که ممکن است قبل از تخصیص یا بعد از آن به اطلاع فروشنده برسد.

(۲) تخصیص توسط خریدار، با رضایت صریح یا ضمنی فروشنده که ممکن است قبل از تخصیص یا بعد از آن به اطلاع خریدار برسد.

در این خصوص گفته شده است که عمل تخصیص هیچ اثر حقوقی ندارد، مگر آنکه با رضایت قبلی یا بعدی طرف دیگر همراه باشد، اگر رضایت خریدار پس از تخصیص فروشنده داده شود، فروشنده ایجاب می کند و خریدار قبول کننده توافق برای تخصیص خواهد بود (Ibid, 207). چنانکه فروشنده کالایی را برای تخصیص به قرارداد انتخاب کند و به نحوی آن را به قرارداد تخصیص دهد و انجام تخصیص به اطلاع خریدار برسد و خریدار با رفتار یا گفتار آن را تایید نماید، در واقع به تخصیص فروشنده رضایت داده. مالکیت کالا بدون احتیاج به تسلیم آن، به خریدار منتقل می شود؛ بنابراین، رضایت ممکن است صریح باشد یا ضمنی، مثل رضایت از طریق رفتار مندرج در قرارداد تولید و تکمیل شد، مالکیت آن به خریدار انتقال می یابد و قبل از تکمیل شدن کالا، انتقال مالکیت صورت نمی گیرد (Benjamin's, op.cit: 21).

نتیجه گیری:

از آنچه گفته شد، می توان به نتایج زیر رسید:

۱- در حقوق ایران، در صورتی که مبیع عین معین باشد، مالکیت مبیع، به صرف ایجاب و قبول (انعقاد عقد) به خریدار منتقل می شود، اعم از این که مبیع در وضعیت قابل تسلیم باشد یا نباشد؛ زیرا طبق بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. همین که عقد بیع واقع شد، فروشنده مالک ثمن و خریدار مالک مبیع می شود. در حقوق انگلیس چنانچه مبیع عین معین و در وضعیت قابل تسلیم باشد، انتقال مالکیت با انعقاد عقد صورت می گیرد و در غیر این صورت وقتی که مبیع در وضعیت قابل تسلیم در آید (حسب مورد توسط فروشنده یا خریدار)، مبیع به ملکیت خریدار در می آید. در حقوق انگلیس قانون صراحتاً به طرفین اجازه داده است تا در مورد اموال منقول (کالا)، زمان انتقال مالکیت را تعیین کنند. در حقوق ایران، قانون صریحاً چنین اختیاری به طرفین نداده است، با وجود این، برخی از حقوقدانان معتقدند که طرفین می توانند بطور صریح شرط کنند که انتقال مالکیت به

تأخیر بیفتند، در این صورت انتقال مالکیت در زمانی که طرفین معین کرده‌اند صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۵۸). لذا اصولاً قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد.

۲- در حقوق ایران، در مورد مبیع کلی (در معین، ما فی الذمه)، برخی حقوقدانان زمان انتقال مالکیت را زمان تسلیم (قبض) می‌دانند. برخی دیگر زمان انتقال مالکیت را زمان تعیین مصداق مبیع می‌دانند. نظر دوم منطقی تر است زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی، عقد بیع را تملیکی دانسته است و تفاوتی بین عین معین و کلی قائل نشده است. در حقوق انگلیس، در صورتی که مبیع کلی باشد اعم از کلی در معین و کلی فی الذمه، در صورتی مالکیت مبیع منتقل می‌شود که اولاً مصداق مبیع کلی توسط فروشنده یا با رضایت طرفین تعیین شده باشد. ثانیاً، مصداق تعیین شده در وضعیت قابل تسلیم باشد (بند ۵ ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس)؛ به عبارت دیگر، در بیع کلی در صورتی که مصداق تعیین شده در وضعیت قابل تسلیم باشد و طرفین با قصد صریح زمانی برای انتقال مالکیت تعیین نکرده باشند، مالکیت به صرف تعیین مصداق به خریدار منتقل می‌شود و قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد.

۳- در حقوق انگلیس، با تفکیک اموال غیر منقول از منقول، در مورد اموال غیر منقول انتقال مالکیت را با سند رسمی و نسبت به اموال موجود، ممکن می‌دانند ولی در اموال منقول با حذف این تشریفات، بیع کالای آینده (غیر موجود) را صحیح می‌دانند و انتقال مالکیت را پس از تولید و ساخت کالا می‌دانند. در حقوق ایران، طبق ماده ۳۶۱ قانون مدنی، در بیع عین معین، عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد سبب بطلان عقد است. با وجود این، برخی از حقوقدانان در مورد بیع آپارتمان ساخته نشده، معتقدند که چنانچه قصد طرفین از انعقاد عقد، آن باشد که سببی را بسازند که تملیک پس از احداث آپارتمان انجام شود، نفوذ عقد با مشکلی مواجه نمی‌شود زیرا حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و بر معدوم استوار نیست (کاتوزیان، همانجا: ۲۷۵). با وجود این، به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، بیع املاک ثبت شده از عقود تشریفاتی است که تا زمانی که ملک در دفتر املاک به نام خریدار ثبت نشود، انتقال مالکیتی واقع نشده و خریدار مالک شناخته نمی‌شود (ماده ۲۲ قانون ثبت). با وجود این، طبق ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده، می‌گردد لیکن باید توجه داشت که طبق ماده ۳ قانون مذکور، قرارداد پیش فروش، از طریق تنظیم سند رسمی، نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل، صورت می‌گیرد.

در مورد اموال منقول که از عقود رضایی است و برای انتقال مالکیت، نیاز به تشریفات خاصی نیست می‌توان به طرفین اختیار داد که با توافق، زمان انتقال مالکیت را تعیین کنند و در صورت

عدم وجود مبیع، انتقال مالکیت را منوط به ایجاد آن نمایند. همانطور که در بیع کلی که ناظر به اموال منقول است، عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد با مانعی مواجه نمی‌شود. با این وضع، حکم مذکور در ماده ۳۶۱ قانون مدنی، حکمی تکمیلی خواهد بود.

منابع و مأخذ:

الف. فارسی

۱. ابهری، حمید (۱۳۸۷) بیع عینی در حقوق ایران و فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال سوم، شماره ۱۱.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۷) حقوق مدنی، ج ۱، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات اسلامیه.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد (۱۴۲۰) مکاسب، چاپ سوم، تهران: انتشارات باقری.
۳. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰) حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲) دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، تهران: امیر کبیر.
۵. خوئی، ابوالقاسم (۱۳۷۱) مصباح الفقاهه، جلد اول، چاپ سوم، قم: انتشارات وجدانی.
۶. شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی العاملی (۱۴۱۳) الدروس، ج ۳، قم: موسسه نشر اسلامی.
۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، (بی تا) الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، جلد سوم، بیروت: چاپ اول.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳) حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۹. _____ (۱۳۷۷) سقوط تعهدات، چاپ چهارم، تهران: نشر حقوقدان.
۱۰. _____ (۱۳۸۲) مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: نشر حقوقدان.
۱۱. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳) دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۸) حاشیه‌ی مکاسب، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۳. طوسی، ابی جعفر (۱۳۸۷هـ) المبسوط، ج ۲، تهران: مکتب مرتضویه.
۱۴. عدل، مصطفی (۱۳۷۳) حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات بحر العلوم.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) حقوق مدنی، (اموال و مالکیت)، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
۱۶. _____ (۱۳۷۸) حقوق مدنی، (عقود معین ج ۱)، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۷. _____ (۱۳۸۰) حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۸. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷) **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۴، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۹. نائینی، میرزا محمدحسین و خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸) **منیة الطالب فی شرح المکاسب**، جلد اول، چاپ اول، قم: موسسه نشراسلامی.
۲۰. نراقی، احمد (۱۴۰۸) **عوائد الایام**، مکتبه بصیرتی، تهران:

ب. خارجی:

1. Atiyah, P.S. (1996) **The Sale of Goods**, 3d ed., London, Pitman Publisher.
2. Benjamin's (1997) **Sale of Goods**, 2nd ed London, Sweet & Maxwell.
3. Bryan, A. Garner, (2004) **Black's Law Dictionary**, 8th ed., London.
4. Elizabeth, A. Marthin (1999) **Concise Dictionary of Law**, 7th ed., New York, Oxford University Press.
5. Guest.A.G. (1989) **Chitty on Contracts**, v.2, 26th ed., London, Sweet.
6. Schmitthoff (1990) Clive, **The Sale of Goods**, 2nd ed, London, Sterens & Sons Ltd.

Archive of SID