

## انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران)

دکتر فخرالدین اصغری آقمشبدی\*      مینا مهاجر\*\*

قرارداد حمل / متصدی حمل / تسلیم / انتقال ضمان

### چکیده

مسئله‌ای که از دیرباز توجه طرفین قرارداد بیع را به خود مشغول کرده است، مسئولیت زیان‌هایی است که به مبیع بعد از انعقاد قرارداد بیع و قبل از تسلیم آن به خریدار وارد می‌شود. مسئله این است که بائع تا چه زمانی نسبت به مبیع مسئولیت دارد و به عبارت دیگر، ضمان در چه لحظه‌ای به خریدار منتقل می‌شود. پاسخ نظام‌های حقوقی مختلف در این خصوص یکسان نیست. مقاله حاضر به بررسی موضوع در خصوص قرارداد بیع متضمن حمل کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و حقوق ایران می‌پردازد. از آنجا که ایران هنوز به کنوانسیون مزبور ملحق نشده است، مقایسه آن دو بسیار مفید و ضروری می‌نماید.

\* عضو هیأت علمی دانشگاه مازندران (استادیار).

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران.

## مقدمه

عقد بیع از رایج‌ترین و مهمترین اعمال حقوقی می‌باشد و از اینرو، قسمت عمده‌ای از قوانین نظام‌های مختلف حقوقی را بخود اختصاص داده است. این گوناگونی نظام‌ها خود منجر به وضع مقررات متفاوتی شده است که در نبود مقررات متحدالشکل بعضاً مشکلاتی را برای طرفین قرارداد در عرصه تجارت بین‌الملل بیار می‌آورد.

کنوانسیون سازمان ملل متحد ۱۹۸۰ وین درباره بیع بین‌المللی کالا بوسیله برداشتن موانع قانونی در معاملات موجب گسترش تجارت بین‌الملل شده و گامی برجسته در راه نزدیک ساختن ملت‌های دارای آداب و رسوم و باورهای متفاوت برداشته است (مندرج در مقدمه کنوانسیون).

مسئله انتقال ضمان معاوضی که یک مبحث کامل از فصل سوم کنوانسیون (مواد ۶۶ تا ۷۰) را به خود اختصاص داده و در قانون مدنی ایران تنها در ماده ۳۸۷ پیش‌بینی شده است از بحث‌های بسیار مهم در کنوانسیون و نظام‌های حقوقی داخلی محسوب می‌گردد. کنوانسیون در بررسی موضوع، حالت‌های مختلفی را مطرح ساخته است. ماده ۶۷ به بررسی انتقال ضمان در قرارداد متضمن حمل کالا، ماده ۶۸ به بررسی انتقال ضمان در کالای فروخته شده در حال حمل و ماده ۶۹ به بررسی انتقال ضمان در قراردادی که متضمن حمل کالا نیست، می‌پردازد. مقاله حاضر تنها به بررسی موضوع در قرارداد متضمن حمل کالا پرداخته و آن را با نظام حقوقی ایران مورد مقایسه قرار می‌دهد که در جریان این بررسی اهمیت کنوانسیون وین ولزوم الحاق ایران به کنوانسیون برای گریز از قاعده کلی مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م. که جوابگوی مقتضیات تجارت جهانی نمی‌باشد روشن می‌گردد.

در این راستا، ابتدا به بیان مفهوم ضمان و آثار انتقال ضمان پرداخته و سپس مواد ۶۶ و ۶۷ کنوانسیون را مورد بررسی قرار داده و در نهایت به مقایسه آنها با حقوق ایران می‌پردازد.

## ۱. مفهوم ضمان

ماده ۶۶ کنوانسیون ضمان را تعریف نمی کند و فقط به تأثیر انتقال ضمان اشاره دارد. در خصوص معنای ضمان می توان گفت ضمان معاوضی یعنی در عقود مالی معوض اگر یکی از عوضین قبل از قبض تلف شود، عوض دیگر را بابت جبران خسارت به مالک بدهند.<sup>۱</sup>

ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: "اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود."

مستند این ماده در بسیاری از کتب فقهی<sup>۲</sup> به قاعده "کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه" می باشد. یعنی، تا قبل از انتقال ضمان به مشتری، مسئولیت خسارت بر عهده بایع خواهد بود.

به عنوان قاعده کلی در نظام های حقوقی، به نظر می رسد وقوع هر حادثه ای نسبت به کالا که موقعیت خریدار را بصورت نامطلوبی جلوه دهد می بایست مشمول قواعد راجع به ضمان قرار بگیرد.<sup>۳</sup> اما از این کلیت نمی توان نتیجه گرفت هر حادثه ای که به نامطلوبی موقعیت خریدار می انجامد مشمول این قاعده قرار می گیرد. برای مثال، تصمیمات دولت ها درباره موانع راجع به واردات یا صادرات کالا (پس از انعقاد قرارداد) مشمول قاعده "عدم امکان اجرای قرارداد"<sup>۴</sup> قرار می گیرد و در مواقع خاصی که هدف اصلی از قرارداد پس از انعقاد آن بخاطر بروز شرایط پیش بینی نشده محقق نخواهد شد کاربرد دارد<sup>۵</sup> و نتیجه اعمال آن آزاد ساختن طرفین قرارداد از انجام تعهد خود می باشد.

۱. جعفری لنگرودی (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، شماره ۹۵۲۸.

۲. نجفی عاملی، جواهرالکلام، جلد ۲۳، ص ۸۳.

3. Dionysios Flambouras (1999), www.CISG.Law , p. 4.

4. Frustration.

5. Black's Law Dictionary (1979), p.603-604.

محدوده اعمال این قاعده بسیار ظریف می‌باشد و در موردی که در قرارداد بیع، ملکیت کالا و ضمان هر دو منتقل شده باشند تلف بعدی کالاها قرارداد را منفسخ نمی‌کند<sup>۱</sup>. یعنی، در این مورد با بیع تعهد خود را انجام داده است و ضمان به خریدار منتقل شده است بنابراین قاعده مزبور کاربرد نخواهد داشت.

اگر مالکیت به خریدار منتقل شود اما ضمان بر عهده فروشنده باشد، فروشنده می‌بایست تمامی تلف را متحمل شود.<sup>۲</sup> زیرا، در محدوده ماده ۶۶ کنوانسیون و ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران قرار می‌گیرد و هنوز ضمان به خریدار منتقل نشده است.

شایان ذکر است که کنوانسیون در خصوص زمان انتقال مالکیت سخنی نگفته و ماده ۴ آن را از شمول خود مستثنی نموده است. اما در حقوق ایران با توجه به بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی "به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و با بیع مالک ثمن می‌شود..." و این مورد نمونه‌ای از حالت اخیر می‌باشد که علی‌رغم انتقال مالکیت، ضمان منتقل نشده است (با استناد به ماده ۳۸۷ ق.م.) در فرضی که خریدار علی‌رغم عدم انتقال مالکیت، مسئول ضمان ناشی از تلف کالا است، باز نمی‌توان از قاعده "عدم امکان اجرای قرارداد" استفاده کرد. زیرا، خریدار بطور واضح ضمان را متحمل شده است و در محدوده توافق او با طرف قرارداد می‌باشد و برای اعمال قاعده، ضمان نمی‌باید به خریدار منتقل شده باشد.

توقیف و مصادره کالاها، به معنی تلف فیزیکی کالا می‌باشد<sup>۳</sup> و امکان بیمه چنین خطراتی وجود دارد<sup>۴</sup> یعنی، مصادره کالا مستلزم عدم امکان تحویل آن به مشتری می‌باشد و از طرف دیگر در مواردی بسته به شرایط سیاسی موجود در زمان انعقاد قرارداد که احتمال وقوع جنگ یا موانع در زمینه صادرات و واردات کالا بخاطر مشکلات اقتصادی وجود دارد، می‌توان با ابزار بیمه به مقابله با خطر چنین زیان‌هایی پرداخت و نتیجه چنین وسعت نظری می‌تواند به مواردی همچون تلف کالا بخاطر دزدی، حوادث اتفاقی، عدم

1. P.S. Atiyah (2001), p. 356.

2. Ibid.

3. Peter Schlechtriem (1998), p. 500.

4. Ibid, p. 500, Sylvain Bollee (1999), Albert H. Kritzer (1998), p. 438.

تخلیه محموله یا مسامحه و کوتاهی متصدی حمل تسری یابد<sup>۱</sup> و این خطرات تحت عنوان «خطر حمل و نقل» تلقی می‌شوند<sup>۲</sup> و امکان پیش‌بینی آنها توسط طرفین قرارداد وجود دارد. اصطلاح قوه قاهره امری مجزا از مفهوم ضمان بوده و عبارت است از آنچه که قابل پیش‌بینی و قابل اجتناب نباشد و متعهد را در حالت عدم قدرت بر اجرای تعهد خویش قرار دهد.<sup>۳</sup> مستند قانونی آن در حقوق ایران ماده ۲۲۹ ق.م. می‌باشد که به موجب آن «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارات نخواهد بود».

اعمال این قاعده بسته به ۲ شرط است:<sup>۴</sup> اول اینکه، متعهد قادر به دفع آن نباشد یعنی دفع حادثه خارج از حیطه اقتدار او باشد مثل اینکه در اثر ریزش برف راننده کامیون قادر به حمل کالا نباشد. دوم اینکه، وجود مانع موقتی نباشد. زیرا، اگر مانع موقت باشد اصل لزوم قراردادها اقتضا دارد پس از رفع مانع تعهد مزبور انجام شود.

پس اعمال این قاعده در جایی است که متعهد برای فرار از مسئولیت باید وجود امری فوق‌العاده را که منجر به عدم اجرای تعهد او شده ثابت کند و قواعد ضمان در این زمینه ساکت است.

در نهایت با توجه به مطالب مذکور در فوق به اختصار می‌توان گفت ضمان عبارت است از تلف کالا (از دست رفتن فیزیکی کالا) که خریدار را از رسیدن به آنچه مقصود وی از انعقاد قرارداد بوده محروم می‌نماید. البته، لازم نیست که این تلف مصادف با از بین رفتن کالا باشد بلکه در هر فرضی که امکان تسلیم مبیع به مشتری فراهم نباشد مثل دزدیده شدن محموله که البته ناشی از قصور متعهد نباشد و همچنین مصادره کالا توسط دولت<sup>۵</sup> مشتری از پرداخت ثمن معاف بوده و عقد مزبور منفسخ خواهد شد و در کنوانسیون و ماده

1. Peter Schlechtriem, Op.cit., p.501

و ناصر کاتوزیان، (۱۳۷۱)، ش ۱۴۵.

2. S.BooLee, Op.cit. /www.CISG.Law.Pace.edu/

۳. جعفری لنگرودی، پیشین، شماره ۴۳۸۴.

۴. همان.

۵. کاتوزیان، پیشین، ش ۱۴۵.

۳۸۷ ق.م. ایران عبارت تلف و زیان به طور کلی آمده‌اند و موارد آن احصاء نشده است. پس، از طرفی در تعیین محدوده ضمان بایست عدالت را اجرا نمود و از طرف دیگر به اصل لزوم قراردادها پایبند بود. در نتیجه، باید گفت قراردادی لازم‌الاجراست که از شرایط تشکیل و بقاء عقد، وجود موضوع معین و قابلیت تسلیم آن برخوردار باشد (ماده ۳۴۸، ۳۶۷، ۳۶۸ ق.م.). زیرا، اگر یکی از ادله مورد استناد در زمینه ضمان معاوضی بنای عقلا باشد چنانکه تعهدات بایع و مشتری را بسان یک پیکره واحد می‌نگرند<sup>۱</sup> و در معاملات معوض بنای طرفین رسیدن به حصول نتیجه و بدست آوردن عوض متقابل است و با تحلیل تراضی و رابطه همبستگی دو عوض و مبانی تاریخی قانون مدنی در فقه جای هیچ تردیدی باقی نمی‌ماند که قاعده تلف مبیع قبل از انتقال ضمان امری موافق با قاعده است<sup>۲</sup> پس عدالت اقتضا دارد در هر جا که این هدف یعنی بدست آوردن عوض قراردادی حاصل نشود موضوع مشمول قواعد مربوط به ضمان قرار گیرد و اجرای اصل لزوم قراردادها در جایی است که عقد، شرایط صحت و پایبندی به مفاد آن را داشته باشد<sup>۳</sup>.

## ۲. آثار انتقال ضمان

در ماده ۶۶ کنوانسیون نتیجه انتقال ضمان از بایع به مشتری بیان شده است و آن نتیجه عبارتست از اینکه پس از انتقال، تلف یا زیان وارده بر کالا موجب براءت مشتری از پرداخت ثمن نمی‌شود و متن ماده ۳۸۷ ق.م. ایران نیز به این مطلب اشاره دارد که تا قبل از تسلیم، تلف و زیان بر عهده فروشنده است و چنانکه گفته خواهد شد تسلیم و قبض مبیع توسط مشتری باعث انتقال ریسک از بایع به وی می‌شود. از مفهوم مخالف این ماده همان نتیجه‌ای که از متن ماده ۶۶ حاصل می‌شود بدست خواهد آمد یعنی «بعد از تسلیم» و در واقع، بعد از انتقال ضمان، تلف و زیان بر عهده مشتری است.

۱. قمی (۱۳۷۱)، ص ۱۸۱.

۲. کاتوزیان، پیشین، ش ۱۳۶-۱۳۷.

۳. شهیدی، (۱۳۸۰)، ص ۲۵۴.

اینکه در ماده ۶۶ کنوانسیون بجای «تسلیم» از عبارت «پس از انتقال ضمان» استفاده شده است به این دلیل است که در یک مورد استثنایی یعنی، فروش مبیع در حال حمل، ضمان از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود و گرنه مانند حقوق ایران در کنوانسیون نیز طبق بند یک ماده ۶۹، اصل در انتقال ضمان، تاریخی است که مشتری کالا را قبض می‌کند زیرا ضمان را باید بر عهده کسی گذاشت که تصرف و کنترل مبیع در اختیار او است.<sup>۱</sup>

لحظه انتقال ضمان مشخص می‌کند که خریدار باید قیمت کالا را پردازد هر چند کالا را اصلاً دریافت نکرده یا در حالت آسیب دیده‌ای دریافت می‌دارد<sup>۲</sup> (ماده ۶۶).

ماده ۶۶ دربردارنده مهمترین نتیجه انتقال ضمان می‌باشد و به محض انتقال ضمان به خریدار، وی مکلف به پرداخت قیمت کالا است و این مفهوم مخالف قاعده بیان شده در بند یک ماده ۳۶ کنوانسیون است که مقرر می‌دارد: «بایع مسئول هر نوع عدم انطباق موجود در زمان انتقال ضمان به خریدار است» و به محض انتقال ضمان به خریدار نتایج عملی قسمت اول ماده ۶۶ به این صورت که خریدار باید تعهدات قراردادی خود را گرچه موضوع معامله تلف شده یا آسیب دیده پردازد و حق اقدام بر علیه فروشنده را که ناشی از عدم اجرای قرارداد توسط وی می‌باشد ندارد (یعنی، در صورتی حق اقدام دارد که تلف یا زیان ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد)، مخصوصاً او باید قیمت را پردازد و کالا را بگیرد (مواد ۵۴ تا ۶۰ کنوانسیون) و نمی‌تواند ادعای خسارت مذکور در ماده ۴۵ را بکند. زیرا، خسارات مذکور در بخش ضمان و ماده ۶۶ خسارات تصادفی‌اند و نه عمدی.<sup>۳</sup>

حکم مندرج در ماده ۶۶ کنوانسیون و مفهوم مخالف ماده ۳۸۷ ق.م. در ابتدا غیر عادلانه و سخت جلوه می‌کند. زیرا، خریداری را که کالایی دریافت نمی‌کند ملزم به پرداخت قیمت قراردادی می‌سازد.

در توجیه مشکل گفته می‌شود که برای تلف ناشی از حمل، وجود بیمه ضروری است و علاوه بر این، تلف یا زیان معمولاً در انتهای حمل مشخص می‌شود و خریدار برای دسترسی به زیان معمولاً در شرایط بهتری نسبت به بایع می‌باشد و می‌تواند در پایان حمل

۱. علوی یزدی، ص ۶۶.

2. Peter Schlechtriem, Op.cit., p. 500.

3. H. Kritzer, Op.cit., p. 439.

خسارات خود را با اقامه دعوا و اثبات ضرر دریافت کند (ماده ۷۰ کنوانسیون)<sup>۱</sup>. همچنین با توجه به بند یک ماده ۷۹ کنوانسیون موارد معافیت از اجرای تعهد اثبات حادثه خارج از اقتدار فرد است (ماده ۲۲۹ ق.م. ایران) اما مانعی که بر سر پرداخت قیمت وجود دارد، همان غیرعادلانه بودن پرداخت است. زیرا، مشتری در ازای آن کالای مورد نظر خود را دریافت نمی کند اما در مقابل، چون برای وی امکان تحمل ضمان حمل و نقل برای غلبه بر نتایج آن توسط بیمه وجود دارد، مشمول بند یک ماده ۷۹ نبوده و امری قابل اجتناب است. توجیه دیگر این است که اگر بخواهیم نتیجه حاصل از انتقال ضمان را ناعادلانه بنامیم حکم مذکور در زمان قبل از انتقال ضمان نیز چندان عادلانه به نظر نمی رسد چنانکه برخی از حقوقدانان ایرانی آن را خلاف قاعده دانسته<sup>۲</sup> و معتقدند با انعقاد عقد، مالکیت کالا به مشتری منتقل می شود و با توجه به قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» هر کس سودی می برد باید زیان را تحمل کند<sup>۳</sup> و وقتی منافع و نمائات مبیع در فاصله انعقاد عقد تا تسلیم مبیع متعلق به مالک یعنی خریدار است تلف تصادفی مبیع نیز باید بر عهده او باشد. برخی فقها<sup>۴</sup> برای توجیه قاعده می گویند که مبیع لحظه ای قبل از تلف به ملکیت فروشنده منتقل می شود و در ملک او تلف می گردد. اما این توجیه غیرمنطقی جلوه می کند. زیرا، به پیروی از قصد طرفین مالکیت مبیع، برای خریدار و مالکیت ثمن، برای فروشنده است پس در توجیه و رفع تعارض قاعده تلف با قاعده «من له الغنم» می توان گفت قاعده مزبور همه اموال را در همه حالات قبل از قبض و پس از آن شامل می شود ولی قاعده تلف تنها اموالی را که به عقود معاوضی منتقل شده و فقط مورد قبض از قبض را شامل می گردد. لذا، قاعده «من له الغنم» عام تر از قاعده دوم است<sup>۵</sup> یعنی نتیجه گرفته شده که قاعده تلف مخصوص قواعدی از جمله من له الغنم فعلیه الغرم و لزوم تلف از مال مالک است و تنها در حالت خاص یعنی

1. Honnold (1991), p. 453.

۲. شهیدی (۱۳۸۱)، ص ۲۱۱.

۳. محمد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ج ۱، ص ۱۷۰-۱۷۱.

۴. طباطبایی (۱۳۰۴)، ص ۵۲۸.

۵. قنبری، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۲۷.



۱- عقود معوض و ۲- مرحله قبل از قبض اختصاص دارد. پس نه حکم مندرج در قاعده انتقال ضمان و نه زمان قبل از آن، ناعادلانه نبوده و هر یک فلسفه خاص خود را دارد. به موجب قسمت اخیر ماده ۶۶ کنوانسیون در صورتی که کالا به مشتری تسلیم شده اما تلف و زیان تصادفی و اتفاقی نباشد و ناشی از تخلف بایع باشد یعنی بایع به تعهد خود عمل نکرده باشد ضمان همچنان بر عهده وی می‌باشد. به عنوان مثال، اگر فروشنده میوه یا کالاهای فاسد شدنی را مطابق قرارداد بارگیری کند ولی تأخیر در بارگیری موجب فاسد شدن کالا شود به موجب ماده ۶۶ مسئول تلف کالا طی حمل است. زیرا، قرارداد را نقض نموده است.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر، با ماده ۲۵ کنوانسیون روبرو هستیم که مقرر می‌دارد: "نقض اساسی قرارداد منجر به ورود چنان خساراتی می‌شود که طرف دیگر را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته محروم می‌کند." از این رو، این سؤال مطرح می‌شود که با وجود این دو ماده و امکان جبران خسارات از طریق مواد ۴۵ تا ۵۲ چه نیازی به پیش‌بینی مطلب در ماده ۶۶ بود؟

اگر گفته شود منظور فعل یا ترک فعلی است که شامل نقض اساسی قرارداد باشد ماده ۶۶ منطبق با ماده ۲۵ می‌شود اما فروضی وجود دارد که فعل یا ترک فعل منجر به نقض اساسی قرارداد نشود به گونه‌ای که اگر ماده ۶۶ پیش‌بینی نشده بود خسارات خریدار جبران نشده باقی می‌ماند. به عنوان مثال، اگر بایع از حق بازداشت در حمل و نقل استفاده کند و یا کالاها را بدلیل مظنون بودن به اینکه معیوب هستند امتحان کند و در این حین کالا تلف شده یا زیان ببینند<sup>۲</sup> بایع مرتکب نقض قرارداد نشده است ولی کالا بطور تصادفی از بین رفته است و ماده ۲۵ کنوانسیون در این مورد جوابگو نخواهد بود.

ماده ۳۸۷ ق.م. ایران تصریح می‌کند که تلف می‌بایست بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع حادث شده باشد.

1. Honnold, Op.cit., p. 453.

2. Schlechtem, Op.cit., p. 502.

بنابراین، یکی از شرایط اعمال قاعده تلف مبیع قبل از قبض وقوع تلف در اثر حادثه خارجی می‌باشد. چنانکه فقها<sup>۱</sup> نیز میان تلف مبیع و اتلاف آن تفاوت نهاده‌اند و معتقدند اتلاف مورد معامله توسط فروشنده، خریدار و حتی شخص ثالث تابع احکام جداگانه می‌باشد<sup>۲</sup> (تلف مال توسط خود مشتری در حکم قبض مبیع است و در نتیجه حکم تلف مبیع بعد از قبض را دارد که به عهده مشتری است و نه بایع و در مورد ثالث نسبت به اینکه حالت قوه قاهره را دارد و موجب انفساخ عقد می‌شود یا باید مثل یا قیمت را به مشتری بپردازد اختلاف نظر وجود دارد).

در واقع، اصل لزوم و پابندی به قراردادهای اقتضا دارد متعهد تا حد امکان از اجرای تعهد معاف نشود و خریدار بی‌جهت از رسیدن به آنچه مقصود وی از انعقاد عقد بوده محروم نگردد و استعمال قاعده در فرض اتلاف باعث سوء استفاده می‌شود به گونه‌ای که اگر بایع مایل به اجرای قرارداد نباشد می‌تواند با اتلاف کالا به خواسته خود برسد. پس، در فرضی که بایع مرتکب نقض قرارداد شده باشد و در چنین حالتی مبیع در اثر حوادث خارجی تلف شود مثل اینکه فروشنده در قبال مطالبه کالا توسط خریدار از تسلیم مبیع امتناع و یا وجود آن را نزد خود انکار کند و در چنین حالتی مبیع در اثر حوادث تلف شود مورد از شمول ماده ۳۸۷ خارج است و مسئولیت بایع به پرداخت مثل یا قیمت مال تلف شده از انفساخ بی‌جهت عقد ممانعت می‌کند<sup>۳</sup> و به موجب قاعده اتلاف ضامن است<sup>۴</sup>.

همچنین به موجب بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. عقد بیع بایع را ملزم به تسلیم مبیع می‌نماید پس اگر بایع ابتدئاً از تسلیم مبیع خودداری کند و سپس مبیع تلف شود این تلف ناشی از نقض تعهد قراردادی بایع خواهد بود. زیرا، اگر بایع به وظیفه خود عمل می‌کرد تلف مورد نظر حادث نمی‌شد و یا حداقل در محدوده مسئولیت خریدار قرار می‌گرفت (کالا در دست خریدار تلف می‌شد). پس قاعده مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م. همانند ماده ۶۶ کنوانسیون در

۱. نجفی، پیشین، ص ۸۳-۸۴.

۲. شهیدی، حقوق مدنی (۱۳۸۰)، ص ۲۱۹.

۳. کاتوزیان، پیشین، ش ۱۴۱.

۴. موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، (۱۳۶۸)، ص ۱۷.

جایی اعمال می‌شود که تلف، تصادفی و اتفاقی باشد و نه ناشی از نقض قرارداد توسط بایع. هم تلفی که مستقیماً ناشی از عمل بایع باشد مثل تلف کالا بدست بایع و هم تلف غیرمستقیم مثل مثال بالا که تلف پس از نقض تعهد بایع بطور تصادفی حادث می‌شود از شمول قواعد راجع به انتقال ضمان خارج می‌شود.

در قسمت اخیر ماده ۳۸۷ نیز مطالبی اضافه‌تر از ماده ۶۶ آمده مبنی بر اینکه «مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». به نظر می‌رسد دلیل عدم ذکر موضوع در کنوانسیون همان جنبه بین‌المللی آن باشد که به علت وجود ماده ۱ کنوانسیون قلمرو مادی اعمال قواعد آن شامل بیش از یک کشور خواهد بود پس کاربرد «تسلیم به حاکم یا قائم مقام او» از نظر حقوق داخلی می‌تواند مؤثر باشد چنانکه منظور از حاکم، قاضی دادگاه و منظور از قائم مقام وی دفتر دادگاه می‌باشد<sup>۱</sup> و اعمال این نظر در حقوق داخلی، هم قابل اجراست و هم مطابق با عدالت. زیرا، باיעی که به وظیفه خود عمل نموده و علی‌القاعده پس از امتناع مشتری از دریافت کالا یا عدم دسترسی به وی، کالا را به حاکم یا قائم مقام او ارائه داده، مسئول دانستن وی نسبت به تلف کالا عادلانه به نظر نمی‌رسد.

ماده ۵۳ کنوانسیون که مشتری را مکلف به قبض کالا و تأدیه ثمن می‌داند و همچنین ماده ۶۱ کنوانسیون که به طرق جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط مشتری اشاره دارد برای پرنمودن خلاء ناشی از فقدان مرجع قانونی برای تسلیم مبیع به وی (همانند قسمت اخیر ماده ۳۸۷ ق.م)، راهکارهایی (مطالبه خسارت به ترتیب مقرر در مواد ۷۴ تا ۷۷، الزام مشتری به قبض مبیع در ماده ۶۲ و فسخ معامله در ماده ۶۴) را ارائه نموده است تا باיעی که به وظیفه خود عمل نموده است بتواند برای رهایی از تحمل ضمان ناشی از تلف کالا نسبت به جبران خسارات خود اقدام نماید، در صورتی که در حقوق ایران یکی از راهکارها تسلیم به حاکم یا قائم مقام اوست، نهایت اینکه بایع می‌تواند پس از طی مراحل مندرج در ماده ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. اقدام به فسخ معامله نماید، چنانکه مشتری بدلیل عدم اجرای تعهد قراردادی در قبض مبیع و پس از آنکه امکان اجبار وی به عمل نسبت به تعهد

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ش ۱۹۴۶.

خود ممکن نباشد، بدلیل تخلف از فعلی که شرط شده است، حق فسخ برای بایع نسبت به رهایی از ضمان اعطاء می شود (۲۴۰ ق.م.). چنانکه شبیه این مورد در ماده ۴۰۲ قانون مدنی ایران در «خیار تأخیر ثمن» پیش بینی شده است.

### ۳. قراردادهای بیع متضمن حمل کالا

#### ۳-۱. بررسی موضوع در کنوانسیون

ماده ۶۷ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در ۲ بند تنظیم شده و در بند ۱ دو حالت را برای انتقال ضمان در قراردادهای بیع متضمن حمل و نقل در نظر می گیرد:

۱- در قرارداد متضمن حمل کالا که بایع ملزم به تسلیم آنها در محل معینی نباشد از زمانی که کالا مطابق قرارداد بیع، جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می شود، ضمان به مشتری منتقل می شود.

۲- هرگاه بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد، تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشده، ضمان به مشتری منتقل نمی شود.

به طور کلی، سه زمان برای انتقال ضمان وجود دارد که عبارتند از ۱- زمان انعقاد قرارداد ۲- زمان انتقال مالکیت ۳- زمان تحویل<sup>۱</sup>.

۱- زمان انعقاد قرارداد: این زمان در ماده ۶۸ کنوانسیون مقرر شده است.

۲- زمان انتقال مالکیت: کنوانسیون به این زمان توجهی نکرده است اما در برخی نظام های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال، قانون مدنی فرانسه از ماده ۱۱۳۸ به بعد به این امر پرداخته است.

۳- زمان تحویل: زمان تحویل می تواند شامل زمان تحویل به مشتری که قاعده اصلی مندرج در ماده ۶۹ است و زمان تحویل به متصدی حمل و نقل مندرج در ماده ۶۷ باشد که در واقع از استثنائات وارد بر قاعده کلی می باشد.

1. Bernard (1999), p. 87.

انتخاب زمان تحویل فیزیکی کالا به مشتری یا متصدی حمل به عنوان وسیله برای انتقال ضمان، به سادگی و بهتر می‌تواند میزان خسارات وارده را مشخص کند و در کنوانسیون تعیین زمان انتقال ضمان بسته به شرایط متفاوت است و تحویل به دو دسته، تحویل مستقیم و تحویل غیرمستقیم تقسیم می‌شود: تحویل مستقیم میان بایع و مشتری در ماده ۶۹ کنوانسیون و تحویل غیرمستقیم در ماده ۶۷ پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup>

تحویل غیرمستقیم یعنی در قرارداد بیعی که قرار است کالا از محلی به محل دیگر حمل شود، به موجب قرارداد حملی که با متصدی حمل و نقل بسته می‌شود، وی واسطه در تحویل کالا از بایع به مشتری قرار می‌گیرد. دادگاه استیناف آلمان در رأی مورخ ۱۳ آوریل ۲۰۰۰ اعلام نمود مطابق ماده ۶۷، بایع مسئول آسیب کالا بعد از انتقال ضمان نمی‌باشد و با تسلیم به اولین متصدی حمل، ضمان به خریدار منتقل می‌شود.<sup>۲</sup> در واقع، ضمان باید بر عهده طرفی باشد که کنترل وی بر مبیع بیشتر است و در وضعیت بهتری نسبت به طرف دیگر در جبران خسارات قرار دارد. بایع با تسلیم مبیع به متصدی حمل و نقل به وظیفه خود عمل نموده (ماده ۳۰ کنوانسیون) و مبیع را از تصرف خود خارج کرده است و در رویه تجارتي زیان وارده به کالا در مدت حمل معمولاً پس از وصول آن به خریدار کشف می‌شود<sup>۳</sup> و وی با کشف شدن زیان می‌تواند برای جبران خسارت بر عیله متصدی حمل و بیمه اقامه دعوی کند. زمانی که فروشنده در ازای پرداخت وجه کالا، بارنامه و بیمه‌نامه‌ای را تسلیم می‌کند که بانک برای خریدار بفرستد و خریدار در زمان امتحان کالا این اسناد را در دست دارد و زیان آن را کشف می‌کند این امر باعث می‌شود که خریدار در شرایط بهتری نسبت به فروشنده قرار بگیرد. یعنی، خریدار با دریافت بیمه‌نامه می‌تواند با استفاده از پوشش بیمه و با ارائه بارنامه که سند مالکیت محسوب می‌شود مالکیت خود بر محموله، بیمه بودن آن و ورود خسارت بر محموله را اثبات نموده و جبران خسارت را تقاضا نماید و این امر در رأی مورخ ۳۰ دسامبر ۱۹۹۸ دیوان داوری تجارت بین‌الملل در فدراسیون روسیه بیان شده است.<sup>۴</sup>

1. Ibid, p. 87-88.

2. www.CISG.Law.pace.edu/ case Law.

3. Honnold, Op.cit., p. 458.

4. www.GISG.Law.Pace.edu/ case Law.

قاعده تحویل به متصدی حمل و نقل از روش‌های جدیدی است که در اینکوترمز ۱۹۹۰ و ۲۰۰۰ نیز پذیرفته شده است. چنانکه در قرارداد CPT<sup>۱</sup>، خریدار بعد از تحویل کالا به اولین متصدی حمل، مسئول ریسک است و در F.O.B<sup>۲</sup>، C&F<sup>۳</sup> و C.I.F<sup>۴</sup> نیز به همین ترتیب می‌باشد<sup>۵</sup> و در کنوانسیون نیز پذیرفته شده است. البته، اگر متصدی قبل از بارگیری کالا در موقعیتی باشد که بخواهد نگهداری از آنها را متقبل شود این سؤال مطرح می‌شود که آیا ضمان در این حالت به خریدار منتقل می‌شود؟

در این مورد با بحث تصرف حکمی یا فرضی روبرو هستیم که هر چند شخص تصرف واقعی و فیزیکی بر کالا ندارد، هر دو عنصر تصرف یعنی توان و قصد اعمال سلطه و کنترل بر شیء موجود است و هرگاه تصرف حکمی و فرضی انتقال داده شود، تسلیم نیز فرضی و غیر فیزیکی خواهد بود که در این صورت تصرف بدون هیچ تغییری در وضعیت فیزیکی و مادی شیء انتقال می‌یابد.<sup>۶</sup> نتیجه اینکه منظور از گفته هانلد که اگر متصدی حمل «در موقعیتی باشد»<sup>۷</sup> همین مطلب است که وی حداقل نوعی تصرف حکمی و فرضی در مبیع دارد (همانند بند ۲ ماده ۶۹) مثل اینکه فروشنده کلید انبار محتوی کالاها را در اختیار متصدی حمل گذاشته باشد و در غیراینصورت به نظر نمی‌رسد بتوان مسئولیت ضمان ناشی از تلف را مطلقاً بر عهده خریدار گذاشت.

محدوده اعمال قسمت اول ماده ۶۷ در مقایسه با ماده ۶۹ کنوانسیون (قسمت دوم) مشخص می‌شود<sup>۸</sup> ۱- قرارداد متضمن حمل باشد ۲- فروشنده ملزم به تسلیم کالا در محل معینی نباشد ۳- شرط نشده که کالا به خریدار تحویل داده شود. جمله دوم بند یک ماده ۶۷

۱. پرداخت کرایه حمل کالا تا مقصد.

۲. تحویل کالا روی عرشه کشتی.

۳. قیمت کالا و کرایه تا بندر مقصد.

۴. قیمت کالا، بیمه و کرایه تا بندر مقصد.

۵. اینکوترمز ۱۹۹۰ و ۲۰۰۰ (۱۳۷۹).

6. Honnold, Op.cit., p. 459.

۷. هیجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، پیشین، ص ۲۷.

۸. همان، ص ۲۴.

شامل تسلیم کالا در محل معین به متصدی حمل و نقل است که انتقال ضمان با تسلیم کالا به متصدی حمل در محل مزبور صورت می‌گیرد.

در این عبارت مسئله بحث برانگیز این است که تسلیم به متصدی حمل می‌بایست رأساً توسط فروشنده انجام شود یا توسط شخص ثالثی و زیر نظر فروشنده نیز می‌توان مال را تسلیم متصدی حمل نمود؟ اگر بتوان تسلیم را به معنی «تسلیم کردن یا ترتیب دادن تسلیم کالا»<sup>۱</sup> بنا مینماید فرقی ندارد که تسلیم توسط بایع یا ثالث باشد.

سؤال دیگر اینکه آیا تسلیم به اولین متصدی حمل و نقل حتماً باید توسط متصدی مستقلی باشد یا بایع شخصاً با وسایل حمل متعلق به خود نیز می‌تواند کالا را به خریدار تحویل دهد؟

به موجب کنوانسیون تنها تحویل کالا به یک متصدی مستقل منجر به انتقال ضمان می‌شود و تحویل کالا به خدمه شخص بایع کافی برای منظور نیست. زیرا، تحویل نشانه انتقال قدرت کنترل کالا است و متصدی حمل یک جوهره مستقل قانونی دارد.<sup>۲</sup>

به همین ترتیب متصدی حمل (Carrier) به معنی هر شخصی است که طبق «قرارداد حمل» متعهد به اجرای حمل شده که البته غیر از حمل کالا توسط وسایل فروشنده است. زیرا، قرارداد حمل توسط بایع را استثناء می‌کند و دخالت بایع با وسایل خود تحت حاکمیت ماده ۶۹ بوده و تا کالا توسط خریدار قبض نشود ضمان منتقل نمی‌شود.<sup>۳</sup>

در واقع، عبارت متصدی حمل و نقل در ماده ۶۷ خود دربردارنده تخصصی بودن حمل کالا است<sup>۴</sup> و فلسفه قاعده همان لزوم انتزاع مالکیت و کنترل بایع از کالا می‌باشد که برای انتقال ضمان ضروری است و اهمیت «تسلیم» در کنوانسیون بیش از پیش نمایان می‌شود.

1. Schlechtriem, Op.cit., p. 506.

۲. هیجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، پیشین، ص ۲۷.

3. Schelechtriem (1998), p. 506.

۴. هیجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، پیشین، ص ۲۷ و

Jhon Honnold, Op.cit., p. 371.

این امر که "اگر بایع مجاز باشد اسناد کالاها را نزد خود نگاه دارد، اثری در انتقال ضمان نخواهد داشت" موجب رفع سوء تفاهمات در رویه تجاری است و در کنوانسیون نه نگهداری اسناد و نه پرداخت ثمن ارتباطی با انتقال ضمان ندارد.<sup>۱</sup>

و اینکه مثلاً بارنامه سند مالکیت کالا است، بودن آن نزد بایع ربطی به انتقال ضمان ندارد زیرا بحث بر سر انتقال ضمان است و کنوانسیون در مسئله مالکیت دخالتی ندارد (ماده ۴). به موجب بند ۲ ماده ۶۷ تا زمانی که کالاهای موضوع قرارداد خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه بوسیله بارنامه و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگر کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد.

یکی از مندرجات بارنامه، مشخصات و تعداد بسته‌های کالا، شرح وزن و ابعاد کالا می‌باشد<sup>۲</sup> و در واقع، ضمان منتقل نمی‌شود مگر به تخصیص کالا و فلسفه لزوم تخصیص کالا را می‌توان در دو مطلب خلاصه کرد: ۱- تضمین اینکه فروشنده نتواند در فرضی که کالا تلف شده یا خسارت دیده متقلبانه مدعی شود که کالاهای تلف شده آنهایی هستند که خریدار آنها را خریده است<sup>۳</sup> - ۲- در فرضی که حجم زیادی از کالاها بدون آنکه مشخص شده باشند، برای انجام قراردادهای متعددی فرستاده شوند<sup>۴</sup> باید کالاهای هر یک از خریداران بطور جداگانه مشخص شوند تا مثلاً اگر قسمتی از کالاها تلف شوند، مشخص شود در سهم کدامیک از آنها تلف واقع شده است. از این رو، هرگاه فروشنده‌ای ۱۰۰۰۰ تن گندم را برای ایفای تعهداتش بار بزند تا به چند مشتری تحویل دهد مادام که اختصاص مقدار معینی از کالا به هریک از مشتریان معلوم نشود ضمان کالا همچنان بر عهده بایع باقی خواهد ماند.<sup>۵</sup> معمولاً شناسایی کالا و تخصیص آن به مشتری با صدور بارنامه توسط متصدی حمل و نقل و بنا به درخواست فروشنده به عمل می‌آید. کنوانسیون برای نحوه شناسایی کالا محدودیتی قائل نشده و شناسایی و تخصیص کالا را به عنوان مبیع با هر وسیله‌ای امکان پذیر می‌داند "خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه با اخطار به

1. Keritzer H. Albert (1998), p. 443.

۲. نقش فورواردر در حمل و نقل بین‌المللی، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۷۰)، ص ۳۷.

3. Schelechtriem, p. 507; Honnold, p. 464.

4. Ibid, p. 464.

5. Case law in [www.cisg.law.pace.edu/](http://www.cisg.law.pace.edu/)



مشتری یا به نحو دیگر". نکته مورد تأکید کنوانسیون این است که کالا باید "به وضوح جهت قرارداد تخصیص یافته باشد".<sup>۱</sup> در مورد مسئله تخصیص کالا دادگاه استیناف کشور آلمان در ۹ ژوئیه ۱۹۹۷ در دعوی که میان خواهان آلمانی (خریدار) و خوانده اسپانیایی (فروشنده) نسبت به تجهیزات و دوربین‌های ویدئویی مطرح شده بود حکم داد بارنامه‌ای که مشخص کننده مقداری کالا با نام مشخص است به متصدی حمل تحویل شده اما نام خریدار بعنوان دریافت کننده مشخص نشده و این امر کافی برای اثبات تحویل [و انتقال ضمان] نمی‌باشد (ماده ۶۷ (۱)).<sup>۲</sup> دیوان داوری تجارت بین‌الملل در کنفدراسیون روسیه نیز در تاریخ ۳ دسامبر ۱۹۹۸ یکی از دلایل براءت فروشنده را در قراردادی که مطابق با شرایط ماده ۶۷ کنوانسیون بود، تعیین نوع و کیفیت کالا توسط بایع مطابق اسناد حمل صادره دانسته و دعوی خریدار را که مطابق ماده ۶۶ کنوانسیون معتقد به ترک فعل بایع بود رد کرده و وی را ملزم به پرداخت می‌داند.<sup>۳</sup>

### ۳-۲. بررسی موضوع در حقوق ایران

در حقوق ایران مسئله انتقال ضمان به صورت کلی در ماده ۳۸۷ قانون مدنی پیش‌بینی شده است و همانند کنوانسیون «قبض» کالا توسط مشتری موجب انتقال ضمان می‌شود. به نظر می‌رسد کالا باید به خود شخص یا وکیل او تسلیم شود و این مسئله ریشه در حقوق اسلامی دارد که فقها نسبت به آن اجماع و توافق نظر دارند.<sup>۴</sup>

اما جزئیات و حالات استثنایی که در کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است به صراحت در حقوق ایران مطرح نشده و برای تعیین لحظه انتقال ضمان در حالات مطرح شده در مواد ۶۷ و ۶۸ کنوانسیون می‌باید به قواعد و اصول کلی مراجعه کرد:

۱- اگر قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و بایع ملزم به تسلیم آنها در محل معین نباشد راه حل پیشنهادی در کنوانسیون مبنی بر اینکه "ضمان از زمان تسلیم کالا به اولین متصدی حمل و نقل به مشتری منتقل می‌شود" قابل پذیرش نیست. چه آنکه به موجب ماده

1. Clearly Identified to the contract.  
2. Case law in [www.cisg.law.pace.edu/](http://www.cisg.law.pace.edu/)  
3. Ibid.

۴. بلغه الفقیه، ص ۱۴۹.

۳۸۷، ضمانت از زمان تسلیم کالا به مشتری به او منتقل می‌شود و به موجب ماده ۳۶۸ تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شود... اولین متصدی حمل و نقل را به منزله وکیل خریدار نیز نمی‌توان تلقی کرد تا تسلیم کالا را به او در واقع تسلیم کالا به موکل (خریدار) دانست. در واقع، وظیفه بایع دادن کالا به دست مشتری است و در قرارداد بیع متضمن حمل کالا، حمل وسیله اجرای تعهد می‌باشد و تا کالا به دست مشتری نرسد ضمانت به وی منتقل نخواهد شد. البته، از آنجا که بایع در فرض تسلیم کالا به متصدی حمل آن را از کنترل خود خارج کرده و همانطور که گفته شد خریدار را در وضع بهتری برای جبران خسارت قرار می‌دهد، اصلاح قانون و پیش‌بینی این امر در قانون مدنی ایران ضروری می‌نماید.

۲- اگر در قرارداد بیع متضمن حمل کالا، بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد در این فرض می‌توان متصدی حمل را به عنوان وکیل خریدار کالا تلقی نموده که تسلیم کالا به او تسلیم کالا به موکل محسوب می‌شود. زیرا، در این حالت بایع با تسلیم کالا به متصدی حمل در محل معین شده تعهد خود را اجرا نموده و از مسئولیت بری می‌شود و در نتیجه، ضمانت به مشتری منتقل می‌شود. در واقع، وقتی بایع متعهد به تسلیم کالا به متصدی حمل در محل معینی است حمل، موضوع تعهد است نه وسیله اجرای آن و بایع با تحویل کالا به متصدی حمل تعهد خود را انجام داده است. البته، شایان ذکر است که حمل با وسایل شخص بایع باعث انتقال ضمانت نمی‌شود زیرا طبق ماده ۳۷۷ قانون تجارت متصدی حمل و نقل کسی است که در مقابل اجرت حمل اشیاء را بر عهده می‌گیرد.

قسمت اخیر ماده ۶۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد "...این امر که بایع مجاز به حفظ اسناد کنترل‌کننده تصرف کالا نزد خود باشد در انتقال ضمانت تأثیری نخواهد داشت". قاعده مزبور یعنی، نگاه داشتن اسناد کالاها نزد بایع و عدم تأثیر آن در انتقال ضمانت که یکی قاعده پذیرفته شده در تجارت بین‌الملل و کنوانسیون است ناشی از این است که انتقال ضمانت به مالکیت وابسته نشده پس هر چند که مثلاً بارنامه بعنوان سند مالکیت در اختیار

بایع باشد، ضمان منتقل شده است و نگهداری اسناد حمل توسط بایع عمدتاً بدلیل این است که وی بتواند در ازای دادن اسناد کالا، وجه آن را مطالبه کند.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران نسبت به این مورد تعیین تکلیف نشده است و در آیین نامه «مجموعه ضوابط حاکم بر حمل و نقل بین‌المللی» مصوب ۷۰/۷/۲۸ شورای عالی هماهنگی ترابری کشور، تعاریفی از حمل و نقل بین‌المللی، شرکت‌های حمل و نقل و وظایف فورواردرها بیان شده که بسیاری از آنها شبیه موارد معمول در تجارت بین‌الملل است که مورد بالا می‌تواند یکی از آنها باشد و در قانون تجارت نیز بحثی در این مورد به میان نیامده است. گرچه در ماده ۳۸۲ ق.ت. به ارسال‌کننده (بایع) حق داده مادام که مال‌التجاره در دست متصدی حمل و نقل است بتواند آن را پس بگیرد اما به موجب بند ۱ ماده ۳۸۳ در صورتی که بارنامه‌ای توسط ارسال‌کننده تهیه و بوسیله متصدی حمل و نقل به مرسل‌الیه تسلیم شده باشد ارسال‌کننده نمی‌تواند از حق استرداد مذکور در ماده ۳۸۳ استفاده کند که به نظر می‌رسد در نظر قانونگذار ایرانی تا قبل از تسلیم بارنامه (سند مالکیت کالا) کالا تحت اختیار و کنترل بایع قرار دارد پس برای قطع این کنترل باید اسناد کالا هم تحویل شود و چون انتقال ضمان با انتقال کنترل مبیع از فروشنده به خریدار همراه است هر امری که مانع این قطع کنترل باشد، می‌بایست رفع نمود. اما از طرف دیگر چون در حقوق ایران انتقال ضمان با انتقال مالکیت خلط نشده و به محض وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن است (ماده ۳۶۲ بند یک) پس نگهداشتن اسناد کالا، مانع انتقال ضمان به خریدار نمی‌شود و موارد مندرج در ماده ۳۸۳ ق.ت. برای کاستن از موارد اعمال ماده ۳۸۲ ق.ت. می‌باشد. زیرا، برگرداندن محموله توسط بایع اغلب نشانه عملی فسخ قرارداد و عدم پایبندی به آن است که این امر خود تزلزل روابط معاملاتی میان افراد را در بر دارد.

در مورد بند ۲ ماده ۶۷ نسبت به تخصیص کالا به نظر می‌رسد قاعده در حقوق ایران نیز قابل اعمال است و در موقع حمل و تحویل به متصدی طبق ماده ۳۷۹ قانون تجارت ارسال‌کننده باید نکاتی مانند تعداد عدل (کالا) یا بسته، وزن و محتوای آنها و... را به متصدی حمل یادآور شود. موضوع تسلیم همان موضوع قرارداد است و تسلیم یعنی اجرای

1. Honnold, Op. cit., p. 370.

عقد. پس، اجرای عقد با دادن مورد معامله به خریدار و یا به متصدی حمل در صورتیکه بایع ملزم به تسلیم کالا به او در محل معینی باشد که می‌بایست مبیع به طور دقیق مشخص شده و در حین حمل نیز احیاناً از سایر کالاهای ارسالی مجزا شود، صورت می‌گیرد و در غیر این صورت، ضمان منتقل نمی‌شود. کما اینکه در پی انعقاد قرارداد حمل، حمل‌کننده یا نماینده وی، بارنامه صادر می‌نمایند و یکی از اطلاعات مندرج در بارنامه مشخصات کالا می‌باشد. پس، در حقوق ایران نیز بند ۲ ماده ۶۷ کنوانسیون قابل اعمال می‌باشد.

### جمع‌بندی و ملاحظات

ضمان عبارت است از خسارت وارده به مبیع که ناشی از حوادث اتفاقی بوده و منجر به فقدان فیزیکی آن شود. قاعده کلی در انتقال چنین ضمانتی در کنوانسیون (ماده ۶۸) و حقوق ایران (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) این است که ضمان با قبض کالا توسط مشتری به او منتقل خواهد شد.

در خصوص قراردادهای متضمن حمل کالا دو حالت مطرح می‌شود: حالت اول این است که بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل در محل معینی نباشد. در چنین صورتی به موجب بند ۱ ماده ۶۷ کنوانسیون از زمانی که کالا مطابق قرارداد بیع جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می‌شود، ضمان به مشتری منتقل می‌گردد. این راه‌حل در حقوق ایران قابل پذیرش نیست و ضمان تنها با تسلیم کالا به مشتری و نه به متصدی حمل منتقل می‌گردد. زیرا، تعهد بایع عبارت است از تحویل کالا به دست مشتری. چون قرارداد متضمن حمل است، حمل وسیله اجرای تعهد می‌باشد و نه موضوع تعهد و از اینرو، مادام که کالا به دست مشتری نرسد تعهد بایع ساقط نمی‌گردد و ضمان به مشتری منتقل نمی‌شود. حالت دوم این است که بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد که در کنوانسیون با تسلیم کالا به متصدی حمل در محل تعیین شده ضمان به خریدار منتقل می‌شود (بند ۱ ماده ۶۸). در حقوق ایران گرچه نص قانونی در این ارتباط وجود ندارد ولی راه حل مزبور قابل پذیرش است. زیرا، متصدی حمل را در این

صورت می‌توان به منزله وکیل خریدار تلقی نموده که تسلیم کالا به او تسلیم به موکل (خریدار) محسوب می‌گردد. در واقع، وقتی بایع متعهد به تسلیم کالا به متصدی حمل در محل معین است حمل، موضوع تعهد است نه وسیله اجرای آن و بایع با انجام تعهد (تحویل کالا به متصدی حمل در محل معین) از مسئولیت برئ می‌شود و منطقی این است که ضمان از همان لحظه به خریدار منتقل گردد.

به موجب قسمت اخیر ماده ۶۷ کنوانسیون، در صورتی که بایع مجاز به حفظ اسناد کنترل‌کننده تصرف کالا نزد خود باشد مانع انتقال ضمان نخواهد بود. در حقوق ایران نیز با توجه به اینکه انتقال ضمان با انتقال مالکیت خلط نشده و به محض وقوع بیع، مشتری مالک میباید و بایع مالک ثمن می‌شود نگهداشتن اسناد کالا مانع انتقال ضمان به خریدار نمی‌شود. همچنین بند ۲ ماده ۶۷ کنوانسیون در لزوم تخصیص میباید برای انتقال ضمان، در حقوق ایران به استناد ماده ۳۷۹ ق.ت. که ارسال‌کننده را مکلف به ارائه مشخصات میباید به متصدی حمل می‌داند و مفهوم تسلیم که اجرای عقد تنها با دادن مورد معامله مشخص و مجزا شده از سایر کالاها انجام می‌شود قابل اعمال خواهد بود.

## منابع

- آل بحر العلوم، سیدمحمد (۱۳۶۲ هـ ش)؛ *بلغه الفقیه*، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق.
- اینکوترمز ۱۹۹۰ و ۲۰۰۰ (۱۳۷۹)؛ مترجم: مسعود طارم سری، انتشارات اتاق بازرگانی بین‌المللی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)؛ *ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، شماره ۹۵۲۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)؛ *حقوق مدنی (تشکیل قرار دادها و تمهیدات)*، انتشارات مجد. طباطبایی، علی (۱۳۰۴)؛ *ریاض المسالك*، جلد ۱، قم.
- علوی یزدی، حمیدرضا؛ *مفهوم ریسک و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک در قرارداد بیع*، مجله پژوهش حقوق و سیاست، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
- قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)؛ *جامع الشتات*، جلد ۲، تهران، رضوان.
- قنبری، محمد رضا (۱۳۷۴)؛ *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)؛ *حقوق مدنی (عقود معین ۱)*، بهنشر.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۶۸)؛ *القواعد الفقهیه*، جلد ۲.
- نقش فورواردر در حمل و نقل بین‌المللی (۱۳۷۷)؛ کمیسیون حمل و نقل کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، چاپ اول.
- هیجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان (۱۳۷۴)؛ *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، مترجم: مه‌راب داراب پور، چاپ اول تهران، گنج دانش.
- Atiyah, PS. (2001); **The Sale of Good**, 10th edn, Longman, Pearson Education, London.
- Audit, Bernard (1999); **la vente Internationale de Marchandies**, Editions Juridiques , Associees (E.J.A), L.G.D.S, Paris.
- Balck's Law Dictionary (1979); **The Publishers Editioal Staff**, Fifth Edition.
- Dionysios Flambouras (1999); **Transfer of Risk in the Contract of Sale Involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English**, Creek Law and the United Nations Convention on Contracts for the Internatioal Sale of Goods, Worchester Colledge, Oxford.
- Honnold, John (1991); **Uniform Law for International Sale under the 1980**

**United Nations Convention**, 2 ed, Boston, Kluwer.

Kritzer, Albert H. (1998); **Guid to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Boston, kluwer law and Taxation publishers.

Schlechriem, Peter (1998); **Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Translated by Geoffrey Thomas, 2ed, Oxford University Press.

[www.CISG.law.pace.edu/\(case law\)](http://www.CISG.law.pace.edu/(case%20law))