

نگرشی تطبیقی به نهاد ضمان معاوضی عقد بیع در حقوق ایران و آلمان

محمدرضا مرندی^۱، جعفر شاهی^۲

^۱ استادیار حقوق، گروه حقوق، واحد گرمی، دانشگاه آزاد اسلامی، گرمی، ایران (نویسنده مسئول)

^۲ دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، واحد گرمی، دانشگاه آزاد اسلامی، گرمی، ایران

چکیده

با عمل تسلیم، مبیع تحت کنترل و در اختیار خریدار قرار می‌گیرد و مشارالیه قادر می‌گردد تا حقوق مالکانه خود را بر آن اعمال کند. این ماهیت مشترک در هر دو مورد نظام حقوقی مورد بررسی این مقاله (حقوق ایران، حقوق آلمان) وجود دارد. از طرف دیگر انتقال مالکیت مبیع به خریدار که هدف اصلی عقد بیع در همه نظام‌های حقوقی است، زمانی قابل تحقق است که مبیع در وضعیتی قرار گرفته باشد که اعمال حقوق مالکانه بر آن توسط خریدار ممکن باشد. نظام‌های مختلف حقوقی در خصوص زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، نظر واحدی ندارند و با توجه به نوع مورد معامله زمان انتقال متفاوت می‌باشد. در مورد عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه، نظام حقوقی اسلام زمان انتقال مالکیت را زمان انعقاد قرارداد می‌داند. قانون مدنی ایران نیز با اقتباس این اندیشه از فقه امامیه همین دیدگاه را انتخاب کرده است. تحقیق حاضر سعی در تبیین و بررسی جایگاه ضمان معاوضی در نظام حقوقی ایران با نگرشی در حقوق کشور آلمان دارد.

واژه‌های کلیدی: ضمان معاوضی، حقوق ایران، فقه امامیه، حقوق آلمان.

مقدمه:

ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص؛ در ضمان عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید. در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می‌باشد. در عقود معوض، تعهد هر یک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در فقه به ضمان معاوضی از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است، «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته‌اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقدان آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می‌دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می‌یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع. در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین برعهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می‌گیرد. به همین جهت به آن ضمان «مثل و قیمت» نیز گفته‌اند. با این دیدگاه و با توجه به اینکه قوانین مدنی ایران در بخش بیع برگرفته از فقه امامیه می‌باشد؛ به عبارتی در این زمینه اقتباس کلی صورت گرفته است، لذا برای مطالعه مفهوم ضمان معاوضی می‌بایستی به منابع فقهی مراجعه و آراء فقها را در خصوص موضوع جویا شد.

۱- مبانی فقهی ضمان معاوضی فروشنده:

با توجه به اینکه قانون مدنی ایران تحت تاثیر مستقیم فقه امامیه قرار دارد بررسی نهادی حقوقی بدون توجه به فقه امری بیهوده و عبث می‌نماید؛ لذا در این پژوهش ناگزیر از مراجعه به منابع فقهی بوده و به تطبیق موارد می‌پردازیم. در فقه امامیه، یکی از انواع ضمان معاوضی، ضمان معاوضی بایع در اثر تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری را مبتنی بر دلایل ذیل دانسته شده است:

۱-۱- روایات:

۱-۱-۱- **روایت نبوی مشهور مبنی بر اینکه هر مبیعی که قبل از تسلیم آن به مشتری تلف شود از مال فروشنده است.** «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» در این روایت به طور مطلق، تلف مبیع قبل از تسلیم به مشتری بر عهده بایع نهاده شده است. اگر چه روایت از حیث سند مورد اطمینان کامل نیست و ضعیف محسوب می‌شود، ولی مشهور فقهاء به آن عمل نموده‌اند و مفاد آن را تحمیل ضمان معاوضی بر فروشنده دانسته‌اند. با وجود ضعف سندی، این روایت به صورت قاعده مشهور تلف مبیع قبل از قبض معروف گشته است و هر چند برخی فقهاء آن را به دلیل ضعف سند نپذیرفته‌اند؛ (خویی، بی‌تا: ج ۷، ص ۶۰۰) ولی اکثریت آنها، همین روایت را از مهمترین ادله ضمان معاوضی فروشنده به حساب آورده و ادله دیگر را مؤید مفاد آن دانسته‌اند.

۱-۱-۲- **در روایتی که عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند، «آن حضرت در پاسخ به سؤالی در مورد شخصی که کالایی را خریداری نمود و آن را نزد او گذاشت و تحویل نگرفت تا روز بعد برای تحویل گرفتن آن نزد فروشنده بیاید و در این فاصله کالای خریداری شده به سرقت رفت، فرمود: مال مسروقه از اموال فروشنده به سرقت رفته و خسارت آن بر او تحمیل می‌شود زیرا تسلیم صورت نپذیرفته است ولی هر گاه فروشنده پس از معامله، مبیع را تسلیم خریدار نماید،**

مسئولیت به او منتقل می شود و در صورت تلف یا سرقت و مانند آن باید ثمن را به فروشنده بپردازد». (حر عاملی، ۱۴۱۲: ج ۱۲، ص ۳۵۸)

مفاد این روایت نیز مؤید نبوی مشهور است که تا زمانی که تسلیم صورت نگرفته، مسئولیت ناشی از تلف یا خسارت بر عهده فروشنده است. این روایت نیز از لحاظ سندی ضعیف شمرده شده ولی مشهور فقهاء آن را به عنوان مؤید مضمون روایت سابق مورد عمل قرار داده اند؛ در صورتی که عمل به آن را موجب تقویت سند آن و جبران کننده این ضعف بدانیم می تواند مورد استناد واقع شود. (خویی، بی تا، ص ۶۰۰) در هر حال، خواه با صرف نظر از ضعف سند، این روایات معتبر تلقی شود و مستند ضمان معاوضی قرار گیرد یا به دلیل عدم وثوق و اطمینان به صدور آنها از ناحیه پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم و امام صادق علیه السلام از آنها چشم پوشی گردد، مفاد آنها که ضمان را بر فروشنده تحمیل می نماید، حکایت از یک رویه عقلایی و متعارف دارد. زیرا همانطور که اشاره خواهد شد، اصولاً در معاملات معوضی، تشکیل عقد به منظور حصول نتیجه و دست یابی هر یک از طرفین به عوض متقابل است. در این صورت شاید بتوان گفت بنای عقلاء در چنین معاملاتی، قرینه ای بر صحت صدور مفاد این روایات باشد یا به بیان دیگر مفاد این روایات، تأکیدی بر رویه عقلایی و متعارف در معاملات معوضی است. (خادم سربخش، ۱۳۹۱، ص ۶۵)

۱-۲- اجماع:

بسیاری از فقهاء علاوه بر روایات مذکور، اجماع را نیز مستند ضمان معاوضی بایع دانسته اند. (خویی، بی تا: ج ۷، ص ۶۰۱) و لیکن اجماع را نمی توان به عنوان دلیل مستقل در این خصوص پذیرفت زیرا ارزش اجماع به کاشف بودن آن از رای معصوم علیه السلام است و چنین انتظاری در جایی است که هیچ دلیل دیگری در مساله وجود نداشته باشد. در حالی که در فرض مورد بحث یعنی ضمان معاوضی، قبل از اجماع استناد به روایات مزبور شده است و این نشان می دهد که اجماع مبتنی بر همان روایات بوده و دلیل مستقلی محسوب نمی شود. به بیان دیگر، استناد به روایات در کنار ادعای اجماع، این ظن قوی را ایجاد می کند که مدرک و منشا اجماع نیز همان روایات باشد. و در این صورت اجماع نمی تواند به عنوان دلیل مستقلی در این موضوع مورد توجه قرار گیرد و ارزش مستقل داشته باشد. ولی با این وجود، صرف نظر از ادعای اجماع، نفس تمایل عمومی یا اکثریت بر چنین ضمانی، حکایت از این واقعیت دارد که در معاملات معوض مبادله دو عوض بطور متقابل مورد خواست مشترک طرفین عقد است. پس وجود این اتفاق نظر یا تمایل اکثریت حقوقدانان و فقهاء بر ضمان معاوضی فروشنده یک امر منطقی است که می تواند نوعی اجماع نیز بر آن حاصل شود.

۱-۳- بنای عقلاء:

یکی از ادله مورد استناد در ضمان معاوضی بایع و شاید مهمترین آن بناء عقلاء است و روایات نیز بر همین رویه عقلایی و معمول بین خردمندان تأکید دارد. منظور از بناء عقلاء آن است که انسان های عاقل بر اساس مصلحت و اندیشه تصمیم می گیرند و به اجرا می گذارند، در معاملات معوض بنای آنها بر این است که به منظور رسیدن به حصول نتیجه و به دست آوردن عوض متقابل اقدام به انعقاد معامله می نمایند و اگر در آغاز چنین امری قابل تحقق نباشد به انشاء عقد مبادرت نمی ورزند. در هنگام عقد این توافق ضمنی و خواست مشترک وجود دارد که انتقال مبیع و یا قبول تعهد منوط به رسیدن به عوض مقابل است و در صورتی که به هر دلیل امکان تسلیم وجود نداشته باشد، چون زمینه اجرای تعهد طرف مقابل از بین می رود، طرف دیگر نیز از انجام تعهد به طور قهری معاف می گردد. زیرا لازمه پیوند و همبستگی دو عوض آن است که هر یک در مقابل آنچه تسلیم می کند معادل آن را به عنوان عوض دریافت دارد و در صورت تلف یکی، عوض مقابل نیز تسلیم نمی شود. البته اگر شرط تشکیل و بقاء عقد وجود موضوع معین و قابلیت تسلیم آن باشد، باید گفت همانگونه که اگر در هنگام عقد موضوع معامله موجود نباشد یا قدرت بر تسلیم آن در هیچ زمان نباشد، عقد تشکیل نمی گردد پس از تشکیل نیز اگر موضوع از بین رود یا تسلیم آن به هر دلیل غیر ممکن گردد، عقد خود به خود از بین می رود و قابلیت بقاء ندارد زیرا بقاء آن به دارا بودن موضوع قابل تسلیم است و اصولاً عقد بدون موضوع معقول و منطقی نیست، در این صورت روایات و اجماع و بناء عقلاء دلیل یا مستند

ضمان معاوضی نیستند بلکه خود حاکی از این واقعیت هستند که چون با از بین رفتن موضوع عقد، امکان بقاء در استمرار آن نیست و به طور قهری منفسخ می گردد. تکلیفی نیز برعهده طرف مقابل عقد نخواهد بود.

۲- ضمان معاوضی در اقاله:

با توجه به آن که فقهای امامیه در فقه مطالعات زیادی را در خصوص قاعده‌ی ضمان معاوضی انجام داده‌اند و قانون‌گذار و حقوق‌دانان تا حد زیادی تحت تأثیر نظر آن‌ها بوده‌اند، بهتر آن است که در این مبحث ابتدا به نظر مشهور فقهای امامیه پرداخته شود و پس از آن مسائل حقوقی آن بحث گردد.

۲-۱- دیدگاه فقها:

هر چند که فقها پذیرفته‌اند که در بطن اقاله نیز یک تراضی وجود دارد، اما بر طبق نظر آنان اقاله یک عقد و قرارداد جدید نیست؛ بلکه اقاله صرفاً فسخ طرفینی قرارداد سابق است. (حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸: ص ۱۳۱۷) اساساً فقها به این دلیل که اقاله را قرارداد جدیدی نمی‌دانند به لزوم وحدت متعاقدين اقاله با متعاقدين عقد اصلی و یکسان بودن عوضین قرارداد اصلی و اقاله (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۹۳) و عدم امکان فسخ و اقاله‌ی مجدد قرارداد اقاله شده، حکم داده‌اند. (همان) فقها در آثار خود به صراحت در خصوص اعمال یا عدم اعمال ضمان معاوضی در اقاله هیچ صحبتی ننموده‌اند؛ اما از مضمون کلام بعضی از فقها می‌توان گفت که فقها تلف موضوع اقاله را مانع صحت اقاله و باعث انفساخ آن نمی‌دانند؛ به عنوان مثال: فقیهی مانند صاحب‌جواهر، وقتی با فرض تلف موضوع اقاله روبه‌رو می‌شود، بدون هیچ اشاره به انفساخ اقاله صرفاً حکم به مسؤولیت ید متصرف می‌دهد. (نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۴، ص ۳۵۸) فقیهی دیگر در این خصوص می‌گوید: پس از اقاله هر یک از دو عوض نزد طرف دیگر، قرارداد امانت است. بنابراین تلف مبیع پیش از تسلیم به فروشنده ضمانی را برای متصرف در پی نخواهد داشت؛ نهایت آن که اگر تلف به متصرف منتسب باشد، موجب ضمان او می‌شود. (شهیدثانی، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۲۴۶) این‌گونه اظهار نظر در خصوص حکم تلف موضوع اقاله در بر دارنده‌ی این معناست که از نگاه فقها تلف موضوع اقاله سبب انفساخ آن نمی‌شود.

۲-۲- در حقوق موضوعه:

برخلاف نظر فقهای امامیه، اقاله یک تراضی و عقد جدیدی است که موضوع آن چیزی جز انحلال قرارداد پیشین نمی‌باشد. تحقیق و بررسی نظر فقها که اقاله را فسخ می‌دانند را رد می‌کند اقاله را یک قرارداد جدید قلمداد می‌کند، ماهیت اقاله را صرف انحلال عمل حقوقی پیشین نمی‌داند؛ بلکه یک عمل حقوقی جدیدی است که ریشه در معاوضه دارد. دلیل این ادعا که ماهیت اقاله، صرف انحلال عمل حقوقی پیشین نیست، امکان اقاله‌ی آن دسته از قراردادهایی است که موضوع آن تلف گردیده است. به عبارت بهتر، اگر ماهیت اقاله صرفاً رفع اثر از قرارداد پیشین بود با تلف موضوع قرارداد، دیگر امکان اقاله قرارداد وجود نمی‌داشت و قانون مدنی و حقوق‌دانان نیز به پذیرش این اقاله نظر داده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۴۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۱۱؛ افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۳) ماده‌ی ۲۸۶ ق.م. در این‌باره اشعار می‌دارد: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست، در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود». مضافاً اینکه اگر پذیرفته شود که ماهیت اقاله صرفاً انحلال عقد پیشین است، باید پذیرفت که میان عوضین اقاله و عوضین عقد اصلی از لحاظ کمیت نباید هیچ تفاوتی وجود داشته باشد؛ در حالی که مقنن رعایت این شرط را لازم ندانسته و اقاله جزء قرارداد اصلی را نیز پذیرفته است و حقوق‌دانان نیز بر صحت آن حکم داده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۴۷؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۱۲) ماده‌ی ۲۸۵ ق.م. نیز در این‌باره اشعار دارد: «موضوع اقاله ممکن است نسبت به تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن». اگر بنا باشد که ماهیت اقاله را صرفاً انحلال قرارداد پیشین دانست، بایستی پذیرفت که موضوع اقاله نیز باید صرفاً همان موضوع عقد پیشین باشد. یعنی موضوع اقاله چیزی جز موضوع قرارداد پیشین نباشد؛ در غیر این‌صورت نمی‌توان اقاله را انحلال عقد پیشین دانست. اگر قبول شود که اقاله‌ی جزء قرارداد پیشین قابل پذیرش است یا در صورت تلف موضوع عقد اصلی، می‌توان بدل آن را پرداخت نمود و قرارداد پیشین را اقاله کرد، باید گفت که ماهیت اقاله دیگر انحلال عقد پیشین نیست؛ بلکه معاوضه‌ی جدیدی است که دو آشنا نسبت به آن تراضی کرده‌اند. به نظر می‌رسد چون اقاله خود یک معاوضه و عقد جدید است، در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی نیز ما

شاهد وجود یک ضمان معاوضی باشیم؛ زیرا به مانند انعقاد عقود معاوضی، معاوضی موجود در اقاله نیز یک معاوضه مبتنی بر اراده ی طرفین است؛ نه یک معاضه‌ای قهری. زیرا در معاوضه‌ی قهری حق حبسی وجود ندارد و حال آن‌که در اقاله نیز حق حبس وجود دارد. رکن اساسی یک عقد و قرارداد که همان تراضی می‌باشد در اقاله نیز وجود دارد. اگر طرفین قرارداد در صورت بقای مورد معامله بر اقاله تراضی نمایند، فرض آن است که طرفین اقاله چون موضوع معامله‌ی اصلی هم‌چنان وجود دارد به تراضی بر اقاله راضی گشته‌اند؛ بنابراین بقای موضوع معامله قید تراضی طرفین اقاله محسوب می‌شود و در نتیجه در صورتی که بعد از اقاله و قبل از تسلیم، مورد اقاله تلف گردد تراضی بر اقاله نیز مخدوش می‌شود. زیرا بر طبق قاعده‌ی «إذا انتفی القید ینتفی المقید» هرگاه چیزی مقید به چیز دیگر شد با عدم تحقق آن قید، مقید آن قید نیز از بین خواهد رفت. بنابراین باید بپذیریم با تلف موضوع اقاله، اقاله نیز منفسخ می‌شود؛ زیرا از یک طرف دستیابی اقاله‌کنندگان به آن چیزی که مورد خواست و اراده‌ی آنان بوده متعذر شده است و از طرف دیگر حکم به پرداخت چیزی به غیر از موضوع اقاله خلاف خواست و اراده‌ی متعاقدين اقاله می‌باشد. از آن‌چه گفته شد به دست می‌آید که مانند انعقاد و اجرای عقود معاوضی، تلف موضوع اقاله نیز باعث انفساخ اقاله‌ی قرارداد معاوضی می‌شود. اما اتلاف مال توسط متصرف آن، باعث انفساخ اقاله نمی‌شود؛ بلکه باعث ایجاد مسؤلیت مدنی برای وی یا ایجاد خیار فسخ برای مالک مال می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۱۵) بنابراین در این گونه موارد، مالک یا می‌تواند اقاله را به جهت خیار تعذر تسلیم فسخ نماید یا آن‌که اقاله را فسخ نکرده، مثل یا قیمت مال مورد اتلاف را از متلف بگیرد. به فرض آن‌که پذیرفته شود با تلف موضوع اقاله، اقاله منفسخ می‌شود، در این‌جا این سؤال قابل طرح است که آیا طرفین قرارداد اقاله می‌توانند با تراضی خود ریسک ناشی از تلف موضوع اقاله را از متصرف مال به طرف دیگر اقاله انتقال دهند یا خیر؟ میان فقها و حقوق‌دانان در خصوص تراضی طرفین در عدم اعمال ضمان معاوضی در انعقاد عقد بیع اختلاف افتاده است. پاره‌ای از فقها با حکم دانستن انفساخ بیع با تلف مبیع، تراضی خلاف آن را نامشروع و باطل انگاشته‌اند. (الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۵، ص ۵۸۳) عده‌ای از حقوق‌دانان نیز این تراضی را خلاف حکم قانون‌گذار دانسته‌اند. (امامی، ۱۳۶۶: ج ۱، ص ۴۶۳) عده‌ای دیگر آن را خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی قلمداد نموده و هر دو حکم به بطلان آن داده‌اند. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۴۶) اما عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان این تراضی را نه شرط نامشروع و نه خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی دانسته و بر صحت آن نظر داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۱۴) به نظر می‌رسد، پذیرش نظر سوم به صواب نزدیک‌تر باشد؛ زیرا هیچ اشکالی وجود ندارد حال که بر طبق قاعده‌ی «المبیع یملک بالعقد» از لحظه‌ی وقوع عقد، تمام نمائات مبیع به خریدار تعلق می‌گیرد، ریسک ناشی از تلف مبیع نیز بنا بر تراضی متعاملین بر عهده‌ی خریدار قرار گیرد. این نظر نه بر خلاف حکم قانون‌گذار است و نه خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی. بنابراین طرفین اقاله می‌توانند به این شکل توافق کنند که ریسک ناشی از تلف موضوع اقاله یا ضمان ناشی از تلف موضوع اقاله از دوش متصرف برداشته و به دوش طرف مقابل انتقال یابد (امامی، ۱۳۶۶: ج ۱، ص ۴۶۳)

۳- قبض و تسلیم و ضمان معاوضی:

برخی فقها تسلیم از سوی بایع را برای انتقال ضمان کافی می‌دانند و برخی دیگر به استناد روایات، ملاک انتقال ضمان را قبض می‌دانند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۶) ذیلاً به تشریح موارد پیش گفته پرداخته می‌شود:

۳-۱- ماهیت تسلیم (اقباض):

با انعقاد هر یک از عقود معاوضی، نخستین التزامی که بر عهده‌ی طرفین قرار می‌گیرد، تسلیم و تحویل عوضین است. تسلیم یا اقباض، عملی است که از سوی ناقل صورت می‌گیرد و از ریشه‌ی «سلم» بر وزن تفعل است. این واژه در لغت به معنای سپردن، دادن چیزی، واگذار کردن و گردن نهادن آمده است (تحریر الوسیله، ۱۴۲۵هق: ج ۲، ص ۴۱۷) و در فقه و حقوق نیز بسیار به کار می‌رود. فقها و حقوق‌دانان تعریف یکسانی از آن بیان ننموده‌اند؛ اما این تعاریف نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. در کتب فقهی و در بیان فقها، تسلیم به «رفع ید از مبیع و اذن بایع در قبض همراه با عدم مانع؛ به گونه‌ای که عرفاً قبض مبیع بر مشتری آسان گردد» تعریف شده است. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هق، ص ۱۱۰) اگرچه فقها در بیان آثار بیع و وجوب تقابض، اغلب از قبض و احکام آن سخن گفته‌اند و کمتر از واژه‌ی تسلیم استفاده نموده‌اند، اما در معنا و

مفهوم به بیان ماهیت و حقیقت اقباض یا تسلیم پرداخته‌اند. ظاهر کلام فقها این است که از نگاه شرع، هیچ اختلافی در ماهیت تسلیم نیست؛ بلکه اختلاف در آن چیزی است که تسلیم به‌وسیله‌ی آن در خارج محقق می‌شود. تمامی فقها در این مسأله اتفاق نظر دارند که منظور از تسلیم موضوع معامله، متمکن ساختن مشتری از تصرف در شیء است (خوانساری، ۱۴۰۵هـ.ق: ج ۳، ص ۱۹۴) که این مهم در مال غیرمنقول با تخلیه و در مال منقول یا با تخلیه یا با نقل و تحویل دادن یا با وضع ید بر آن و غیره محقق می‌شود. گفته شده بعید نیست که این اختلافات ناشی از اختلاف در عبارت و از روی مسامحه باشد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶هـ.ق: ص ۲۷۳). در مورد معنی اصطلاحی تسلیم در ترمینولوژی حقوق چنین آمده: «تسلیم در عقد معوض عبارت است از این که یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است، مستولی سازد و به عبارت دیگر، تسلیم عبارت است از تمکین بایع از تصرف مشتری یا قرار دادن مورد معامله تحت اختیار وی و مرادف آن اقباض است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۳). در تعریفی واضح‌تر گفته شده: تسلیم عبارت است از این که مبیع به گونه‌ای در اختیار مشتری گذارده شود که او قادر به هر نوع تصرفی در آن باشد. پس اگر از طرفی مبیع به تصرف مشتری داده شود و از طرف دیگر، کسی یا چیزی مزاحم تصرفات او گردد، تسلیم حاصل نشده است. در مقابل نیز اگر مبیع در اختیار او گذارده شود ولو مشتری هنوز در آن تصرفی نکرده باشد، عنوان تسلیم بر آن صادق است. می‌توان گفت که تسلیم مبیع به صرف دادن آن به تصرف مشتری حاصل نمی‌شود؛ بلکه باید به گونه‌ای باشد که مشاراًلیه متمکن از انحصار تصرفات باشد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۷۲). نتیجتاً، آن چه از تمامی این تعاریف به دست می‌آید، این است که منظور و هدف اصلی از تسلیم، تسلط واقعی یا حکمی منتقل‌الیه (چه به‌طور فیزیکی و حسی یا به‌صورت سلطه و استیلای عرفی) بر مال است. در برخی تعاریف تسلیم، عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم یا اقباض و به اعتبار گیرنده، تسلیم یا قبض نامیده می‌شود. (امامی، ۱۳۸۷: ج ۱، ص ۴۴۹)

۳-۲- حقیقت تسلیم در اجرای تعهد:

بنا به اعتقادی، تسلیم در حقوق، دو اصطلاح دارد و یکی نسبت به دیگری اعم محسوب می‌شود. آن چه با کاربرد عرفی و روزمره‌ی تسلیم هم‌خوانی دارد، به معنای تحویل و به تصرف دادن عین به دیگری است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۲، ص ۱۲۱۹). قانون مدنی در ماده‌ی ۲۱۴ که از تسلیم مال در کنار ایفای عمل سخن گفته، به این کاربرد عرفی از تسلیم نظر داشته است. برخلاف این معنای عرفی و مضیق از مفهوم «تسلیم» که صرفاً تحویل و اعطای عین خارجی را به ذهن متبادر می‌سازد، تسلیم در اصطلاح فقها را می‌توان معادل اجرای تعهد ناشی از عقد در حقوق امروزی دانست. اعتبار مالکیت عین یا منفعتی که هیچ‌گاه به تصرف و انتفاع خارجی از عین و منفعت منجر نشود، جز بازی با الفاظ نیست و جز در موارد اندکی هم‌چون تملیک دین به خود مدیون - که غرض متعاقدین به صرف انشای برآورده می‌شود - در قریب به اتفاق موارد تحقق مقصود متعاقدین، متوقف بر انجام اموری در خارج است. هر کجا که به ثمر نشستن امر اعتباری منوط به انجام اعمال مادی است، پای نهاد تسلیم که چیزی جز انجام این امور مادی نیست، به میان می‌آید.

۳-۳- ماهیت قبض:

واژه‌ی قبض در لغت، به معانی مختلفی مانند: گرفتن، به‌دست گرفتن، گرفتن با تمام کف دست، تملیک، تملک، تصرف و جمع شدن آمده است. قبض در حقوق ایران بسته به نقشی که در معاملات بازی می‌کند، ماهیت متفاوتی می‌یابد. آن چه در این مبحث، محل طرح دارد ماهیت قبض در عقود معاوضی است. لذا ضرورت دارد مشخص شود، اساساً قبض چیست و چگونه محقق می‌شود و آیا معیار و ملاک واحدی برای احراز و تحقق آن وجود دارد؟ نتیجه این که تکلیفی را که فقها متوجه بایع می‌دانند و از آن تعبیر به تخلیه می‌کنند، قبض به معنای حقیقی نیست و اگر تخلیه را به رفع تمامی موانع و اذن تصرف برای مشتری تفسیر کنیم؛ در این صورت به قول برخی از فقها (یوسفی، ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۴۷۱) قبض مصدری است به معنای تقبیض و آن تخلیه از سوی بایع است.

۳-۴- تحلیل حقوقی قبض:

در تحلیل حقوقی قبض گفته شده است: «منظور از قبض آن است که مبیع تحت اختیار و استیلا مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد. در این مفهوم ابهامی وجود ندارد؛ ولی تحقق آن به اعتبار اختلاف موارد، کیفیات مختلف دارد؛ به این نحو که تحویل مال غیرمنقول با تحویل مال منقول یکسان نیست. تحویل مال غیرمنقول به آن است که بایع از مال رفع ید کند و آن را در اختیار مشتری قرار دهد؛ مثلاً چنانچه مبیع خانه مسکونی است، آن را تخلیه کند و کلیدش را تحویل مشتری بدهد؛ ولی در اموال منقول، تحویل با سپردن عین مال به دست مشتری محقق می‌گردد» (عربیان، خدابخشی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۰). در یک جمع‌بندی حقیقت قبض را می‌توان امر واحدی دانست که متناسب با موضوع عقد و تعهد، صور آن مختلف است. بنابراین در تمامی مواردی که قبض شرط لزوم یا صحت عقد است، تحقق قبض شرط اعتبار خواهد بود و اختلاف فقها در شکل تحقق آن (مثل این که در خارج و با گرفتن با دست محقق می‌شود یا نقل در آن لازم است؟) مدخلیتی در حقیقت قبض ندارد و اعتبار آن تنها از جهت کاشفیت از حصول آن است. همان‌گونه که در ماده‌ی ۳۶۷ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته، تعیین مصادیق آن به عرف محول شده است. (مهاجر نیا و آقمشهدی، ۱۳۸۴، ص ۱۱۵). در مقابل این نظر مسأله‌ای گفته شده اگر بایع زمام حیوان را از دست خود رها کند و به مشتری بگوید، زمام آن را بگیر و قبل از اقدام مشتری، حیوان بمیرد یا فرار کند، براءت بایع از ضمان، صرفاً منوط به تسلیم است. جداً بعید است علاوه بر تسلیم بایع، تسلّم مشتری نیز شرط باشد؟ یعنی بتوان ضمان شخص (فروشنده) یا عدم آن را به انجام یا عدم انجام عمل از سوی شخص دیگر (مشتری) منوط کرد. به بیان دیگر ثبوت یا رفع ضمان از عهده‌ی بایع نمی‌تواند متوقف بر انجام عملی از سوی مشتری باشد. (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ هـ.ق، صص ۱۴ و ۱۵)

۵- حقوق آلمان:

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

۱. بطلان معامله معلول یک عمل غیر اخلاقی عمده‌ای باشد که سبب بطلان انتقال نیز گردد.
 ۲. انتقال بنفسه به دلیل اشتباه قابل ابطال باشد. (مارش، همان، ص ۱۰۰)
- بر اساس بند یک ماده ۹۲۹ ق.م آلمان، مالکیت بوسیله توافق صحیح طرفین بر اینکه آن مالکیت همراه با تسلیم عملی کالا منتقل شود، انتقال پیدا می‌کند مگر در جایی که صرف انتقال کافی بوده و خریدار از قبل کالا را در تصرف داشته باشد. اما در دو مورد شرط تسلیم عملی ضرورت ندارد:
- اول: در جایی که توافقی بین طرفین وجود داشته باشد که مالک، کالا را همچنان به عنوان «متصرف بلاواسطه»، در اختیار داشته باشد در حالیکه طرف دیگر «متصرف با واسطه»، باشد. (ماده ۹۳۰ ق.م آلمان) این شرط متصرف بدون واسطه را قادر می‌سازد که از متصرف با واسطه وامی دریافت کرده و تجارت خود را ادامه دهد و این متصرف بدون واسطه به گونه‌ای عمل کند که گویی از هر جهتی مالک کالا می‌باشد اما به مالک با واسطه تضمینی برای این وام می‌دهد. این امر به متصرف با واسطه در مورد ورشکستگی متصرف بدون واسطه یک موقعیت ترجیحی و ممتاز می‌دهد به طوری که بتوان ادعای فروش مستقل کالای مربوطه را به منظور تأمین وام تصفیّه نشده بنماید. (قنواتی، ۱۳۸۲، ص ۳۲)

دوم: در صورتی که شخص ثالثی متصرف کالا است و مالک ادعای او را در تصرف به نفع خریدار تایید کند. (ماده ۹۳۱ ق.م.آلمان) نتیجه مطالب بالا این است که در حقوق آلمان برای انتقال مالکیت باید علاوه بر توافق بین طرفین در مورد انتقال مالکیت، تسلیم کالا به منظور انتقال مالکیت به خریدار وجود داشته باشد.

فرضیات موجود در مورد انتقال مالکیت می‌توانند به دو دسته تقسیم شوند: فرضیات گروه اول، مبتنی بر انتقال مالکیت همزمان با تسلیم و گروه دوم، مبتنی بر انتقال مالکیت همزمان با اتمام و تکمیل قرارداد است. این دو فرضیه از این جهت که انعقاد قرارداد را برای انتقال مالکیت کافی نمی‌دانند، وجه مشترک دارند. نظریه انتقال مالکیت با تسلیم، متضمن وجود ارتباطی نزدیک بین مالکیت و تصرف است؛ بنابراین، فقط زمانی مالک می‌تواند مالکیت خود را نسبت به یک شیء، به دیگری منتقل کند که آن را به وی تسلیم نماید، اما، همچنان که دانشمندان حقوق مانند پروفیسور اسمیت گفته‌اند، ما دیگر در یک جامعه ساده زندگی نمی‌کنیم، تجارت اقتضاء می‌کند که مالکیت و تصرف در موارد بسیاری از یکدیگر جدا شوند. انتقال مالکیت با تسلیم یا تکمیل قرارداد، از جهت دیگری نیز ممکن است مورد انتقاد قرار گیرد: اول اینکه، اگر انتقال مالکیت اثر مستقیم و بی‌واسطه عقد بیع است، پس انتقال مالکیت نمی‌تواند از عقد جدا شود یا به تأخیر افتد، آنگاه که موضوع نقل و انتقال بوده نیز به نحو دیگری توافق نموده باشند. پس این فرضیه قصد طرفین را، از این جهت که تفاوت بین بیع و توافق بر بیع (انتقال مالکیت در زمان بعدی) را منتفی می‌سازد، تحت الشعاع قرار می‌دهد؛ زیرا طرفین عقد بیع، در صورتی که به نحو دیگری تراضی نکرده باشند، با انتخاب قالب عقد بیع قصد دارند که با عقد، مالکیت را انتقال دهند، حال آنکه در توافق به فروش، توافق می‌کنند که در زمان آینده این انتقال صورت گیرد. دوم آنکه در عمل، این فرضیات ممکن است مشکلاتی را در الزام هریک از طرفین به انجام تکالیفش ایجاد نماید. انتقال مالکیت پیش‌شرطی است که براساس آن، فروشنده می‌تواند پرداخت ثمن را تقاضا کند و از طرف دیگر، مالکیت با تسلیم منتقل می‌شود و «تسلیم» و «پرداخت» باید به‌طور همزمان و متقابل انجام شود؛ بنابراین، فروشنده محق نخواهد بود که پیش از تسلیم به خریدار، برای دریافت ثمن اقدام دعا کند، زیرا هنوز مالکیت مبیع به خریدار انتقال نیافته است و خریدار نیز نمی‌تواند تقاضای تسلیم نماید؛ زیرا هنوز ثمن را پرداخت نکرده است و در عمل دادگاه نمی‌تواند هیچ‌کدام از طرفین را ملزم به اجرای تعهداتشان کند.

فرضیه دوم: زمانی که طرفین قراردادی را منعقد می‌نمایند. بدان معنی است که قصد انتقال مالکیت مبیع را داشته‌اند، مشروط بر اینکه به نحو دیگری توافق نکرده باشند و موضوع عقد بیع نیز قابلیت پذیرش این انتقال را داشته باشد. اگر مالکیت با قرارداد منتقل شود، طرفین نمی‌توانند بر انتقال مالکیت مقدم بر زمان قرارداد تراضی کنند، در حالی که انتقال مالکیت براساس توافق طرفین، به طرفین این اجازه را می‌دهد که هر زمانی را به عنوان زمان انتقال مالکیت (ولو مقدم بر وقوع قرارداد) تعیین نمایند. هر یک از نظریات یاد شده پیروانی در بین کشورهای اروپایی مثل انگلستان، فرانسه، و ایتالیا زمان انتقال مالکیت را زمان تعیین و توافق شده توسط طرفین می‌دانند. (علوم یزدی، ۱۳۸۰، ص ۷۸)

نتیجه گیری:

در پایان به عنوان نتیجه گیری کلی مطالب زیر ارائه می‌گردد:

۱- 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 ضمانی در حقوق ایران (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) این است که ضمان با قبض کالا توسط مشتری به او منتقل خواهد شد.

۲- به مانند انعقاد و اجرای قراردادهای معاوضی در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی نیز ضمان معاوضی وجود دارد. بنابراین در صورتی که موضوع اقاله تلف شود، اقاله منفسخ می‌گردد. در صورتی که موضوع اقاله توسط متصرف تلف گردد، مالک می‌تواند یا قرارداد را بر مبنای خیار تعذر تسلیم فسخ نماید یا با ابقای اقاله جهت دریافت مثل یا قیمت مال تلف شده، به متلف رجوع کند.

- ۳- در صورتی که قایل به عدم اجرای قاعده‌ی ضمان معاوضی در اقاله‌ی قراردادهای معاوضی باشیم، حداقل باید قایل به مسئولیت مدنی ید متصرف گردیم؛ چه تلف ناشی از تقصیر متصرف باشد و چه ناشی از علل سماوی باشد.
- ۴- همان طور که تلف مبیع قبل از فسخ مانع اعمال فسخ نمی‌شود، به طریق اولی تلف مبیع بعد از فسخ و قبل از قبض آن به طرف دیگر نیز مانع نفوذ و صحت فسخ نخواهد شد.
- ۵- در صورتی که قبل از تسلیم موضوع فسخ، مال در ید متصرف آن تلف یا معیوب شود، متصرف مطلقاً چه مقصر باشد و چه نباشد، مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت مالک را نماید.

منابع

۱. افتخاری، جواد (۱۳۸۲) کلیات عقود و تعهدات، ج ۱، تهران: انتشارات میزان.
۲. امامی، حسن (۱۳۶۶) حقوق مدنی ج ۱، ج ۳، تهران: انتشارات اسماعیلیه.
۳. امامی، حسن (۱۳۸۷) حقوق مدنی، بی‌چاپ، تهران: انتشارات اسلامیة.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق) کتاب المکاسب، ج ۱، قم: نرم افزار جامع اهل بیت (ع).
۵. بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۴۱۹ق) القواعد الفقهیة، ج ۲، قم: نشر الهادی.
۶. بروجرودی عبده، محمد (۱۳۸۰) حقوق مدنی، ج ۱، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۷. جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین (۱۴۲۶ق) الروضه البهیة فی شرح اللعنه‌الدمشقیه ج ۲، ج ۲، قم: انتشارات ارغوان دانش.
۸. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰) فلسفه حقوق مدنی ج ۲، ج ۱، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۹. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱) تئوری الموازنه، ج ۱، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۱۰. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳) دوره‌ی حقوق مدنی، حقوق تعهدات، تهران: دانشگاه تهران.
۱۱. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۲. حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن (۱۴۱۲ق) تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱، قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۱۳. حسینی‌سیستانی، علی (۱۴۱۷ق) منهاج الصالحین ج ۲، ج ۵، قم: انتشارات دفتر آیة‌الله سیستانی.
۱۴. حسینی‌عاملی، محمدجواد (۱۴۱۸ق) مفتاح الکرامه ج ۸، بی‌چاپ، بیروت: انتشارات دارالتراث.
۱۵. خادم سربخش، مهدی (۱۳۹۱) اعمال قاعده‌ی ضمان معاوضی در انحلال عقود معاوضی، مجله پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان - شماره ۹ (از صفحه ۵۷ تا ۷۶)
۱۶. خراسانی، آخوند، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶ق) حاشیة المکاسب، چاپ، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد.
۱۷. خمینی، سید روح‌الله موسوی (۱۴۰۹ق) تحریر الوسیلة، ج ۱، قم: دارالعلم.
۱۸. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا) مصباح الفقاهة فی المعاملات، محمد علی توحیدی تبریزی، قم: مؤسسه انصاریان.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸) تعهدات، ج ۱۳، تهران: انتشارات مجد.
۲۱. صفایی، حسین (۱۳۵۱) حقوق مدنی - تعهدات و قراردادهای، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۲۲. عربیان، اصغر، خدابخشی، حسن (۱۳۹۰) تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی، مجله پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی پاییز و زمستان - شماره ۸ (از صفحه ۱۰۳ تا ۱۲۴)
۲۳. علومی یزدی، حمید رضا (مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع، مجله پژوهش حقوق عمومی، پاییز و زمستان ۱۳۸۰ - شماره ۵ (از صفحه ۶۶ تا ۹۶)
۲۴. غروی آشتیانی، شیخ مرتضی (۱۳۴۳) شرح کتاب الاجارة من الشرايع، محمود آشتیانی، بی‌چاپ، تهران: مطبعة‌العلمی.

۲۵. قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۸) مختصر قراردادهای و تعهدات، چ ۱، تهران: انتشارات دادگستر.
۲۶. قنواتی، جلیل (۱۳۸۲) مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع، مجله حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۸۲ - شماره ۵ (از صفحه ۲۹ تا ۶۲)
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادهای، چ ۴، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چ ۱۲، تهران: انتشارات میزان.
۲۹. کاشف الغطاء (۱۴۲۲ق) أنوار الفقاهة، کتاب‌البیع، چ ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۰. کرکی عاملی، محقق ثانی (۱۴۱۴ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد، چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۳۱. المراهی، میرعبدالفتاح (۱۴۲۵ق) العناوین ج ۲، چ ۲، قم: انتشارات نشر اسلامی.
۳۲. الموسوی‌الخیمینی، روح‌الله (۱۴۲۱ق) کتاب‌البیع ج ۵، چ ۱، تهران: انتشارات موسسه تنظیم و نشر علوم اسلامی.
۳۳. مهاجر، مینا، اصغری آق‌مشهدی، فخر‌الدین (۱۳۸۴) انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران)، مجله پژوهش‌نامه بازرگانی، تابستان - شماره ۳۵ (از صفحه ۱۰۱ تا ۱۲۴)
۳۴. نائینی، محمدحسین غروی (۱۳۷۳) منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبۃ المحمدیة، چ ۱، تهران.
۳۵. نجفی، محمدحسن (۱۳۷۴) جواهر الکلام ج ۲۳ و ۲۴، چ ۳، انتشارات دارالکتاب الاسلامیه.
۳۶. یوسفی، فاضل آبی (۱۴۱۷ق) حسن بن ابی‌طالب، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چ ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
37. Marsh, P.D.V. Comparative Contract Law England, France, Germany (Gower, 1973)
38. German Civil Code, Service provided by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection in cooperation with juris GmbH : www.juris.de

Exchange Guarantee comparative approach to the institution of the contract of sale in Iran and Germany

Mohammad Reza Marandi¹, Jafar Shahi²

1. Assistant Professor of Law, Law group, Branch Germei, Islamic Azad University, Germei, Iran (Corresponding Author)
2. Graduate Student, Law group, Branch Germei, Islamic Azad University, Germei, Iran

Abstract

With the surrender of sold goods and the buyer is under control and as aforesaid, to be able to exercise their property rights over it. The collaborative nature of the legal system in both cases examined in this study (Iranian law, German law) there. The transfer of ownership of the sold goods to the buyer that the main purpose of the contract of sale is in all legal systems, when realized that sales have been in a position that the exercise of property rights by the buyer may be. Different legal systems concerning the transfer of ownership in the sale contract, not a single comment and Depending on the type of transaction and transfer time is different. At the same ledger, general ledger and the general corruption of innocence, the Islamic legal system knows the time of transfer of ownership time contract. Iranian Civil Code also borrowed the idea from the perspective of jurisprudence has chosen. This study tries to explain and Exchange Guarantee position in the Iranian legal system with a view in Germany is legal.

Keywords: Exchange Guarantee, Iranian law, jurisprudence, German law.
