

تحلیل تطبیقی و اقتصادی نقطه انتقال ریسک در بیع اموال کلی

محسن علیجانی*
علی ساعتچی**
امید محمدی نیا***
ابوالقاسم قربانی****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۸

چکیده

در «پژوهش حاضر، به تحلیل تطبیقی و اقتصادی زمان انتقال ریسک در بیع اموال کلی پرداخته شده است. محققین در این تحقیق درصدد پاسخ به این سؤال بودند که در بیع اموال کلی نقطه انتقال ریسک چه زمانی است؟ در همین راستا موضوع از منظر کنوانسیون وین و همچنین نظام حقوقی ایران و انگلیس بررسی شد. مطالعه سه نظام حقوقی مبین این است که ریسک مفهومی مادی و عینی است؛ یعنی در هر سه نظام حقوقی ملاک انتقال ریسک در اموال کلی، زمان در تصرف بودن کالا است، لذا در نظام‌های حقوقی از جمله حقوق ایران که براساس باوری قابل دفاع (باوجود نظر مخالف) انتقال مالکیت مبیع کلی به محض توافق طرفین در عالم اعتبار محقق می‌شود؛ نقطه انتقال ریسک لزوماً با یک واقعه مادی (تسلیم یا قبض یا شرایط قابل تسلیم) همراه است؛ چراکه طبیعتاً ریسک برعهده شخصی است که مال در تصرف او است یا حداقل نسبت به طرف دیگر شرایط مناسب‌تری دارد. در حقوق انگلیس نیز در تحلیل نقطه انتقال ریسک اموال کلی میان عالم اعتبار و خارج تفکیک شده است. باین‌حال، مسئله اصلی معیار تشخیص زمان و نقطه مذکور است که اغلب براساس اوضاع و احوال قرارداد یا عرف آن تعیین می‌شود؛ موضوعی که در مقررات کنوانسیون وین به‌روشنی در برخی موارد تعیین شده است. از منظر تحلیل اقتصادی نیز اجتناب از مخاطره اخلاقی که حاصل برتری اطلاعاتی بایع است ایجاب می‌نماید ریسک در نقطه تحویل کالا به مشتری، به‌نحوی که متمکن از انحای تصرفات باشد، منتقل گردد. ازسویی محرز گردید به‌لحاظ منطق تحلیل اقتصادی موقعیت بایع در بیع مال کلی برای بیمه کردن مبیع، نسبت به مشتری مناسب‌تر است.

کلید واژگان:

نقطه انتقال ریسک، مال کلی، تسلیم، انتقال مالکیت، تحلیل اقتصادی.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران.

** استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
alisaatchi@um.ac.ir

*** استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ولی عصر (عج)، رفسنجان، ایران.

**** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکدگان فارابی، تهران، ایران.



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

زمان انعقاد قرارداد ابهاماتی از جمله ریسک‌هایی مربوط به آینده مورد معامله را تهدید می‌نماید و از طریق شروط قراردادی یا از طریق دادرس و با تکیه بر قواعد تکمیلی برطرف می‌گردند.^۱ انتقال ریسک یا ضمان معاوضی از جمله مسائل مهم در حقوق مدنی و تخصیص ریسک از پیچیده‌ترین مراحل تنظیم قراردادهاست.^۲ تا آنجا که کنوانسیون وین مواد ۶۶ تا ۷۰ را به آن اختصاص داده است. در حقوق ایران براساس نظر مشهور و ظاهر قانون، مسئولیت تلف مبيع قبل از قبض یا ضمان معاوضی برعهده بايع است. در نتیجه، باوجود اینکه عقد بیع تمليکی است، اگر مبيع قبل از قبض و تسليم به مشتری بر اثر حادثه‌ای تلف شود از دارایی بايع است و او باید ثمنی را که اخذ نموده‌است، مسترد دارد.^۳ در حقوق انگلیس به‌جای ماهیت ریسک، به بررسی نقطه انتقال آن پرداخته شده‌است و این امر منبعث از مواد قانونی و عرف تجاری است. قرارداد از لحاظ تحلیل اقتصادی ابزاری برای توزیع ریسک است، لذا اگر نقطه انتقال ریسک مشخص نشود، اجرای قراردادها با مشکل مواجه می‌گردد.^۴ مضاف بر این، اقتصاد اطلاعات تأثیر منفی بر توانایی خریدار خواهد داشت در حقیقت برتری اطلاعاتی بايع سبب می‌شود خریدار در موضع ضعف قرار گیرد و به‌جای توجه به زمان و مکان انتقال ریسک، بر مسائلی مثل قیمت تمرکز کند.^۵ هدف تحلیل اقتصادی حقوق ارزیابی قواعد حقوقی از منظر کارایی است، در صورتی که قاعده حقوقی با معیار تحلیل اقتصادی کارا تلقی گردد، تقویت می‌شود، والا ممکن است تعدیل، تکمیل یا حذف شود.^۶ در تحلیل اقتصادی مسئله اصلی پیش‌بینی اثر ضمانت اجرا بر رفتار است؛^۱

۱. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲.

2. Mazher KM, **Review of Studies on Risk, Allocation and Sharing in Public-Private Partnership Projects for Infrastructure Delivery**, Front. Built Environ. 2025, p. 9.

۳. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۷.

4. Shavell, Steven, **Economic Analysis of Contract Law**, National Bureau of Economic Research Working Papers 9696, 2003, p.4.

۵. قنوازی، جلیل، یدالله، دادگر و محمدعلی رضاپور آکردی، «نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری؛ با تأکید بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و حقوق ایران»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، بهار و تابستان ۱۴۰۲، شماره ۲۳، ص ۱۰۲.

۶. بلوری‌فر، مینا، بیژن حاجی عزیزی و فیض‌الله جعفری، «تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴۰۲، د ۳۰، ش ۱۴، ص ۳۹.

1. Cooter, Robert & Ulen, Thomas, **Law and Economic**, Prentice Hall Pub, 6 edition, 2011, p. 13.

خصوصاً در تحلیل هنجاری باید گفت قواعد حقوقی چگونه به کارایی ختم می‌گردند،^۱ چون برای کنترل آینده طراحی شده‌است؛^۲ انتقال ریسک، بر تعهدات طرفین قرارداد تأثیر می‌گذارد. موضوع این تحقیق بررسی نقطه انتقال ریسک در اموال کلی در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس و کنوانسیون وین است و تعیین زمان مذکور از این نظر مهم است که اکثر مبادلات صورت گرفته درخصوص اموال کلی است.^۳ لذا نخست مفهوم و معیارهای تخصیص انتقال ریسک در سه نظام حقوقی و سپس نقطه انتقال ریسک و در نهایت ریسک در کالاهای متضمن حمل مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱. مفهوم ریسک و معیار تخصیص آن

۱.۱. ضرورت بحث و مفهوم

تخصیص ریسک به‌طور کلی یا قرارداد است یا قضائی،^۴ هدف از تخصیص ریسک به حداقل رساندن موقعیت‌های خطرناک و کاهش هزینه در صورت بروز ریسک است، یکی از رایج‌ترین این طرق انتقال ریسک از طریق بیمه است.^۵ قبل از بررسی تخصیص ریسک شایسته است ابتدا مفهوم و مصادیق ریسک بررسی شوند. ریسک پنج معنا دارد؛ ۱- عدم اطمینان به یک نتیجه واقعه یا اتفاق یا شانس آسیب، خسارت یا فقدان و خصوصاً وجود و امکان آسیب؛ ۲- مسئولیت آسیب، خسارت یا فقدان اگر به وقوع بپیوندد؛ ۳- شانس یا درجه‌ای از احتمال فقدان یک موضوع در بیمه‌نامه؛ ۴- مقداری که یک بیمه‌گر برای از دست دادن به آن تکیه می‌کند؛ ۵- شخص یا چیزی که بیمه‌گر آن را یک خطر می‌داند.^۱ معانی فوق مفهوم ریسک را نشان می‌دهد؛ چراکه

۱. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۵۴ و ۸۰.

2. Faber, Denial, "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review*, pp 38-50, James, Gordley, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, New York, Oxford University Press INC, 2011, p 152.

۳. در پژوهش‌های پیشین عمده تمرکز نویسندگان در تحلیل‌های حقوقی بر اموال و کالاهای معین معطوف بوده و کمتر به اموال کلی نگریسته شده است. مضافاً بر اینکه تحلیل‌های اقتصادی در این خصوص چندان نبوده است.

۴. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۱۴۴-۱۴۸؛

Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, Cambridge, Harvard University Press, 1945, p 14.

5. Brockett, Patrick L., Golden, Linda L., Betak, John, **Risk Management in Construction Projects**, IntechOpen, 2019, p.1.

1. Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), **Black's Law Dictionary**, Thomson West, United States, 2004, p. 1353

ریسک به معنای مسئولیت تلف و خسارت وارده به کالا است و این خسارات، هنگامی تحت عنوان ریسک مورد مطالعه قرار می‌گیرند که توسط بیمه قابل حمایت و پوشش باشند. ریسک یکی از موضوعات محوری در علم اقتصاد و همراهی آن با قرارداد غیرقابل اجتناب است.^۱

هرجا صحبت از ریسک در کتب حقوقی می‌شود با عباراتی چون ریسک فقدان،^۲ ریسک نابودی^۳ و ریسک خرابی^۴ همراه است و این تقارن بیان‌گر بار منفی ریسک برای شخصی است که آن را تحمل می‌نماید.

لذا این امر که ریسک برعهده بایع یا مشتری باشد دارای آثاری متفاوت خواهد بود، اگر ریسک تلف، بر عهده بایع باقی بماند مشتری تعهدی به پرداخت ثمن نخواهد داشت یا اگر ثمن را پرداخته باشد حق در خواست استرداد آن را دارد بایع نمی‌تواند به‌استناد خودداری مشتری از دریافت کالای معیوب اقامه دعوی خسارت نماید. در مقابل، اگر ریسک برعهده مشتری باشد او نمی‌تواند به‌استناد فقدان و یا خرابی کالا ثمن را نپردازد.^۵

مفهوم ریسک، در نظام حقوقی انگلیس، به تبعیت از مفهوم قانونی آن (ماده ۲۰ از قانون بیع کالا)،^۶ مفهومی مضیق بوده و این امر، مرتبط با ثمن قراردادی و تعهد مشتری به پرداخت ثمن است بنابراین اگر فروشنده قادر به تسلیم کالا نباشد، مشتری تعهدی به پرداخت ثمن نخواهد داشت.^۷ اگر مبیع کلی، قبل از تسلیم تشخیص یابد، منتها پیش از آنکه تسلیم مشتری گردد تلف شود، ریسک کالا برعهده کدام یک از طرفین خواهد بود؟ به نظر می‌رسد صرف تشخیص مبیع کافی است.^۱ بنابراین ضمان تلف برعهده بایع بوده و از کیسه دارایی او محاسبه خواهد شد.^۲

۱. سرمدی، عباس و صبا حقیقت، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادهای با رویکردی برنظر امام خمینی(س)» پژوهشنامه متین، سال هفدهم، ش ۶۷، تابستان ۱۳۹۴، ص ۹۸.

2. Risk of loss.

3. Risk of destroyed.

4. Risk of damage.

5. Bridge, M. G., **Sale of Goods**, Oxford University Press, 1998, p. 112.

6. Sale of Goods Act 1979.

Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not.

7. *Ibid*: p.131-132.

۱. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۸۵.

۲. «ولو كان المبيع کلیاً و تصور تشخصه بغیر القبض لحقه الحکم مع صدق اسم المبيع علیه».

ضمان تلف هنگامی مطرح خواهد شد که تلف به وقوع پیوندد؛ ولی چنانچه اتلاف واقع شود، مشتری اختیار دارد میان رجوع به مختلف براساس ضمان قهری و فسخ عقد و دریافت ثمن المسمی یکی را انتخاب نماید.^۱

با توجه به اینکه رویکرد این مقاله تحلیل اقتصادی است، باید در نظر داشت از حیث تحلیل اقتصادی گاهی ممکن است یکی از طرفین، که درخصوص موضوع قرارداد اطلاعات بیشتری دارد، در انجام تکلیف خود بی احتیاطی نماید و باعث ورود ضرر شود، در موضوع تلف عین کلی نیز چنانچه ریسک تلف را طی بازه زمانی که تسلیم صورت نگرفته برعهده بایع نگذاریم، امکان بروز مخاطره اخلاقی و استفاده از عدم تقارن اطلاعاتی برای زیان رساندن به مشتری افزایش می‌یابد.^۲ مخاطره اخلاقی و عدم تقارن اطلاعاتی^۳ بین طرفین در توزیع ریسک مؤثر است، در وضعیت عدم تقارن اطلاعاتی، قانون‌گذار یا باید تکلیف افشا اطلاعات را برعهده طرف مطلع قرار دهد یا او را در مقابل زیان‌های وارده نسبت به طرف ناآگاه مقابل مسئول بداند.^۴ بر همین مبنا است که مقنن در ماده ۳۸۷ ق. م فرض نموده غالباً اطلاعات بایع درخصوص وضعیت مبیع بیشتر از اطلاعات مشتری است و به‌منظور مقابله با خطر اخلاقی ریسک تلف مبیع قبل از تسلیم را برعهده بایع نهاده است که مطابق اصول تحلیل اقتصادی نیز این امر به کاهش هزینه‌های معاملاتی کمک می‌نماید.^۱ با توجه به اینکه قراردادها مبنای نظم اقتصادی هستند.^۲ برخلاف ضمانت اجرای حقوقی که تنها متکی بر ادله و شواهد است، تحلیل اقتصادی آثار اقتصادی

۱. البته برخی حقوقدانان با این نظر که به استناد خيار تعذر تسلیم می‌توان عقد را فسخ نمود به طور کامل مخالف هستند و بیان می‌دارند تعذر باید عارض بر تسلیم باشد؛ در حالی که در ضمان معاوضی تسلیم به طور کامل منتفی است. ر.ک (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تئوری موازنه**، چ ۱، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱، ص ۷۳).

2. Kontautas, Tomas, **Duty of Disclosure in Insurance Law**, Rotterdam Institute of Law and Economics, Faculty of Law, Master Thesis, Erasmus University Rotterdam in Law and Economics 2001/2002, Rotterdam, July 2002, p. 7.; Sugata, Bag, **Economic Analysis of Contract Law Incomplete Contracts and Asymmetric Information**, Department of Economics Delhi School of Economics Delhi, India, 2018, p.8.

گریگوری منکیو **مبانی علم اقتصاد**، ترجمه حمیدرضا ارباب، نشر نی، ۱۳۹۷، ص ۴۹۰.

3. Asymmetry of information.

4. Veljanovski, Cento G, **Economic Principles of Law**, U.S.A, Cambridge University Press, 2007, pp 125,126.

۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، «تحلیل اقتصادی قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم»، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۶، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، صص ۵۷۳ و ۵۷۷.

2. Ethang, J. Leib, "Contract and Friendships", *Emary Law Journal*, vol. 59, 2010, p. 654; Cimino, Chapin F., "The Relational Economics of Commercial Contract", *Texas A&M Law Review*, vol. 6, 2015, p. 97.

ضمانت اجراها را در نظر دارد؛ چراکه ضمانت اجراها را قیمت ضمنی^۱ و طرفین را از لحاظ اقتصادی آگاه فرض می‌کند که به این قیمت‌ها پاسخ منطقی می‌دهند.^۲

مضاف بر این، از نظر برخی تحلیلگران اقتصادی حقوق، در یک تقسیم‌بندی اشخاص به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ کسانی که تنها در صورت قرار گرفتن در معرض ضمانت اجرایی که به ضرر خودشان است به قانون احترام می‌گذارند^۳ و کسانی که صرف‌نظر از سود یا زیان رعایت قانون را لازم می‌دانند.^۴ با فرض اینکه بایع از دسته اول باشد، تنها محرک او به تحویل مبیع گریز از تحمل ریسک عدم تحویل است و دقیقاً همین ویژگی منفعت‌محوری است که نقض کارآمد را توجیه می‌نماید.^۵ یعنی در این صورت ممکن است با ارزیابی هزینه و فایده قرارداد را نقض نموده و از تحمل ضمانت اجرا استقبال کند، تحلیل‌گران اقتصادی در چنین موقعیتی مسئولیت را متوجه فروشنده می‌دانند.^۶ در واقع منطق تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از اقتصاد در فرایند تصمیم‌گیری حقوقی است و تضمین‌های حقوقی به مثابه قیمت عمل می‌نمایند^۷ و انگیزه‌ها و انتخاب‌های عقلایی اشخاص تأثیر اساسی بر سرنوشت قرارداد دارد^۸ و متعهد براساس سنجش سود و زیان خود بین ابقای قرارداد یا نقض آن و پرداخت خسارت اقدام می‌نماید.^۹

۱.۲. نقش بیمه در تخصیص ریسک

یکی از شیوه‌های کاهش ریسک تلف مورد معامله قبل از تسلیم بیمه نمودن آن است، با توجه به اینکه در حقوق ما قبل از تسلیم، تلف برعهده بایع است ذی‌نفع در بیمه نمودن نیز اصولاً بایع است؛ اما از تحلیل مالکیت کالا و ذی‌نفع بیمه تعارضی حاصل می‌گردد، چراکه مال

1. Posner, Eric A., "A Theory of Contract Law under Conditions of Judicial Law Error", *N.W.L. Law Review*, vol. 94, 2000, pp. 749-751.

2. Sugata. *Ibid*.p.12.

3. Externalizer

4. Internalizer

5. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law from the International Point of View", *Columbia Law Review*, 2016, vol. 116, p. 2027.

6. Akerlof, G., "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty, and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, no. 3, 1970, p. 499.

۷. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۹.

8. Goetz, Charles J., and Scott, Robert E., "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 1263.

1. Barton, John H., "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 277-304; Bagri, Shown J., "False Efficiency and Missed Opportunities in Law and Economics", *Tulane Law Review*, no. 86, 2011, pp. 135-160.

موضوع بیمه که مبیع است، براساس ماده ۳۶۳ قانون مدنی^۱ به محض انعقاد بیع به مشتری تملیک گشته، و خسارتی که بیمه‌گر می‌پردازد نیز جایگزین مال شده و قاعدتاً به خریدار تعلق دارد! برای حل این تعارض یعنی بیمه نمودن مال از طرف بایع و منتفع شدن مشتری از بیمه برخی نویسندگان پیشنهاد نموده‌اند؛ مالکیت مشتری بر مبیع برخلاف نص ماده ۳۶۳ تا زمان تسلیم به تأخیر افتد، راه‌حل دیگر این است که هزینه بیمه نیز به ثمن افزوده شده و برعهده مشتری قرار گیرد.^۲ به نظر می‌رسد برای اجتناب از این پیچیدگی‌ها انتقال مالکیت و انتقال ریسک به صورت هم‌زمان انجام شود. در همین راستا، در توجیه انتقال ریسک به خریدار از زمان تسلیم که در ماده ۶۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قید شده نیز مقرر گردیده با توجه به اینکه متصرف کالا نسبت به انتقال گیرنده وضعیت بهتری برای جلوگیری از خطرات از طریق در نظر گرفتن تمهیدات لازم مانند بیمه دارد، شایسته است ریسک تا زمان تسلیم کالا برعهده انتقال‌دهنده باشد؛^۳ به عبارت دیگر، قاعده کلی در کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا این است که هنگام تسلیم کالا، ریسک به خریدار منتقل می‌گردد و مبنای این امر نیز این است که ریسک باید به کسی تحمیل شود که بر کالا تسلط دارد.^۴ در واقع، اقدام پیشگیرانه و توزیع کارآمد مستلزم این است که قواعد تکمیلی، ریسک را به عهده طرفی قرار دهند که می‌تواند با حداقل هزینه متحمل ریسک گردد.^۵ حتی قوانین نیز طریقت دارند و در مقام اجرا باید به پیامد آنها توجه نمود.^۶ بعضی نویسندگان نیز رویکردهای اجتماعی‌گرا را در مقابل تمرکزگرایی حقوقی قرار می‌دهند تا به آداب و سنن نیز جایگاهی به عنوان ضمانت اجرا بخشند.^۷

۱. «در عقد بیع، وجود خيار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا ثمن، مانع انتقال نمی‌شود؛ بنابراین اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن، احد متعاملین مفلس شود. طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت».

۲. محمدی، پژمان و محبت مظفری، منبع پیشین، ص ۵۸۷.

3. Audit, Bernard, *La Vente Internationale de Merchandises*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 87

به نقل از صفایی، سید حسین و همکاران، *حقوق بیع بین‌المللی*، ۱۳۹۰ انتشارات دانشگاه تهران، ص. ۸۵.

1. Risteski, Filip, "Passing of Risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," *Iustinianus Primus Law Review (Iustinianus Primus L. Rev.)*, 2021, vol. 12, no. 1, p. 9.

۲. کوتر، رابرت و یولن تامس، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگیر و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نورعلم، ۱۳۸۹، ص ۳۹۳.

3. Trevino, A. J., *Classic Writings in Law and Society*, New Jersey: Transaction Publishers, 2007, p. 204..

4. Teichman, Dovon, "Non-Legal Sanctions and Damages: An Economic Analysis", *European Journal of Legal Studies*, vol. 13, 2009, p. 21.

۲. نقطه انتقال ریسک

از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از اهداف حقوق قراردادهای به حداکثر رساندن رفاه مشترک طرفین است، مقنن برای کاهش هزینه‌های معاملاتی قواعد تکمیلی ارائه می‌دهد، یکی از معیارهای تخصیص ریسک این است که مسئولیت پیامدهای منفی به شخصی تخصیص داده شود که می‌توانست از طریق بیمه یا به‌صورت مستقیم از وقوع حادثه جلوگیری یا خسارت وارده را با هزینه کمتر جبران نماید.^۱ در حقوق ایران درخصوص اثر بیع مال کلی اختلاف است، برخی معتقدند اثر آن تملیک است و فوراً مالکیت به مشتری منتقل می‌گردد؛^۲ اما مشهور حقوق‌دانان بر این باورند اثر بیع مال کلی تملیک نبوده، بلکه تنها موجب تعهد است،^۳ البته گروه اخیر خود دو دسته‌اند: عده‌ای معتقدند مال کلی با تشخیص توسط بایع، تملیک می‌شود^۴ و به زعم گروهی انتقال مالکیت زمان تسلیم صورت می‌پذیرد.^۵ در هر صورت خواه اثر بیع کلی تعهد باشد و خواه تملیک ضمان معاوضی از زمان تسلیم منتقل می‌شود، براساس ماده ۳۸۷ ق.م.۲ ضمان تلف از زمانی که مال، تسلیم مشتری شود، ریسک به او انتقال خواهد یافت و از این زمان مشتری ضامن هرگونه خسارات وارده به کالا خواهد بود، حتی اگر گفته شود، این قاعده مخصوص عین معین است،^۶ نتیجه تفاوتی ندارد. زیرا اگر اثر بیع کلی را تعهد بدانیم که ریسک برعهده مالک است، اگر اثر آن را تملیک بدانیم نیز دو صورت متصور است: نخست اینکه معتقد به انتقال مالکیت زمان تسلیم باشیم و در این صورت نیز انتقال ریسک تا زمان تسلیم برعهده مالک است

۱. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

۲. قبولی درافشان و سید محمد مهدی، «واکاوی عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و فقه موضوعه»، جستارهای فقهی و اصولی، فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، ۱۳۹۴، ص ۸۹.

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۴؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۷۶؛ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۵، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۳، ص ۴۱۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۳۰۵.

۱. امامی، سید حسن، منبع پیشین، ص ۴۴۸؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۴.

۲. ماده‌ای ۳۸۷ ق. م «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری بازگردانده شود ...».

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین.

و دوم اینکه انتقال مالکیت را اثر فوری عقد می‌دانیم؛ حالتی که مشمول حکم ماده ۳۸۷ ق. م قرار است.

مستفاد از مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مدنی تسلیم اعم است از تسلیم مادی یا غیرمادی و در حقیقت هدف از تسلیم آن است که تعهدات ناشی از عقد بیع اجرا شود.^۱ در فقه امامیه نیز نقطه انتقال ضمان لحظه قبض کالا توسط مشتری است و هرگاه خریدار کالا را قبض نماید، ضمان تلف نیز بر عهده او است و مقصود از قبض نیز صرف استیلای مادی بر مال آن‌گونه نیست که در غصب نزد فقها مطرح می‌شود.^۲ زیرا قبض حقیقت شرعیه نیست که از طرف شارع صادر شده باشد، بلکه باید به معنای لغوی و عرفی آن توجه نمود،^۳ معنای عرف قبض آن است که مبیع تحت اختیار و استیلای مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد و به نظر نمی‌رسد در این مفهوم، ابهامی وجود داشته باشد.^۴

در نتیجه به این جهت که اساس معاوضه تسلیم واقعی کالا است و این امر از طریق تسلیم مادی یا غیرمادی (تحت اختیار بودن) مال حاصل می‌شود، هرگاه تسلیم انجام نشود و مبیع در اثر حادثه قهری تلف شود قرارداد منفسخ شده، اما اگر تسلیم واقع شود، ضمان تلف عهده خریدار است، تشخیص آنکه تسلیم واقع شده است یا خیر با عرف خواهد بود.^۱ از دیدگاه تحلیل اقتصادی، تخصیص ریسک ابزاری است که می‌توان از طریق آن طرفین را ملزم نمود تمام سعی خود را

۱. قاسم زاده، سید مرتضی، «تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۹، ۱۳۷۷، ص ۹۰.
۲. برای ملاحظه نظر مخالف در خصوص مفهوم قبض ر.ک (خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، ج ۷، بی تا، ص ۶۰۲) البته ایشان چنین مفهومی را در ضمان معاوضی نپذیرفته‌اند و صرف در تصرف داشتن مبیع را کافی برای انتقال ضمان می‌دانند.

۳. مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی، **العناوین الفقہیة**، ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷، ص ۲۶۱.

۴. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۱.

۱. اینکه برخی تحویل مال به متصدی حمل را در خصوص انتقال ضمان نپذیرفته‌اند ناشی از همین تفکر است که مال با تحویل به متصدی حمل در اختیار خریدار قرار نمی‌گیرد. ر.ک (آقا مشهدی، فخرالدین و مینا مهاجر، «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا» (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین و حقوق ایران)، پژوهشنامه بازرگانی، ش ۳۵، تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۱۸). در حالی که در مقابل، برخی فقها تسلیم مال به متصدی حمل را به منزله‌ای تسلیم مال به خریدار می‌دانند، ر. ک. (حکیم، سید محسن طباطبایی، **منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)**، ج ۲، چ ۱، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه ق، ص ۶۵).

جهت اجرای قرارداد به عمل آورند و با توجه به اینکه فروشنده دارای موقعیت بهتری برای کاهش ریسک قرارداد است، شایسته است تبعات مالی عدم امکان اجرای قرارداد را به او تحمیل نمود و هرگونه تخفیف یا تلاش برای اجتناب از تحمیل ریسک به او انگیزه کاهش ریسک را از بین می‌برد.^۱ براساس اصل هزینه اتکا نیز مسئولیت فروشنده قابل توجیه است، براساس این اصل، زمانی که شخصی در راستای نیل به منافع متعارف و قانونی یک نهاد حقوقی متحمل هزینه می‌گردد باید بتواند از منافع آن نیز بهره‌بردار^۲، با این استدلال مشتری در صورتی باید متحمل ضمان معاوضی گردد که سود احتمالی نیز نصیب او شود و تحمل ضمان بدون انتظار منافع با اصل هزینه اتکا مغایرت دارد.

در مقابل، اصولاً تسلیم کالا باعث می‌گردد اطلاعات مورد نیاز خریدار به او منتقل گردد و دیگر فروشنده در وضعیت برتر از لحاظ اطلاعاتی قرار نداشته‌باشد و پس از تسلیم مبیع خطر اخلاقی نیز وجود ندارد. از این‌رو به نظر می‌رسد در حقوق ایران در مبادلات اموال کلی نقطه انتقال ریسک که زمان تسلیم کالا است از نقطه‌نظر تحلیل اقتصادی موجه است. به عبارت دیگر با اینکه قرارداد حق را ایجاد می‌نماید، ولی نظام حقوقی باید با طرح ضمانت اجرا تدبیر لازم برای اجرای آن را فراهم نماید،^۱ البته با همه تدابیر باز هم امکان فرصت‌طلبی طرفین برای رسیدن به حداکثر منافع خود و سوءاستفاده از قرارداد وجود دارد.^۲

در حقوق کامن‌لا هرگاه اجرای قرارداد به دلیل رخدادی غیرقابل پیش‌بینی مستلزم هزینه‌ای سنگین و غیر منطقی شود، قرارداد غیرقابل اجرا تلقی می‌گردد^۳ و در چنین وضعیتی در فرضی که مبیع از بین رفته باشد ریسک تلف برعهده بایع است، در واقع متعهدله موضوع متعهد را به دست نمی‌آورد و متعهد کالا و سود مورد انتظار را از دست می‌دهد.^۴

1. Ceuini, Marta; Luppi, Barbara; Parisi, Francesco, "The Comparative Law and Economics of Frustration in Contract," *Legal Studies Research Paper*, No. 09-20, 2009, p. 15.

۲. صادقی، محسن، «جزوه حقوق اقتصادی کارشناسی حقوق تجاری و اقتصادی بین‌المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، زمستان، ص ۱۵.

1. Harver, W. B., **Law and Social Change**, Princeton University Press, 1996, p. 343; Hoebel, E. Adam, **The Law of Primitivism**, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 26..

2. Calabresi, G., "Transaction Costs: Resource, Allocation, and Liability Rules," *Journal of Law and Economics*, no. 11, 1968, pp. 67-98; Williamson, Oliver, "Comparative Economic Organization," *Administrative Science*, vol. 36, no. 2, 1991, p. 269.

3. Brow, Charles G., "The Doctrine of Impossibility of Performance and the Foreseeability Test," *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 6, 1975, p. 576.

۴. *Ibid.* p. 592.

در حقوق انگلیس باید میان شرط ایجاد ریسک و نقطه انتقال آن قائل به تفکیک شد؛ زیرا براساس ماده ۲۰ (۱) از قانون بیع کالا، با وقوع عقد، ریسک کالا برعهده بایع قرار می‌گیرد و تا هنگامی که او مالکیت کالا را به مشتری منتقل نماید، عهده‌دار خطر تلف یا نقص کالا خواهد بود. البته طبق ماده هفتم قانون مذکور، اگر توافق برای فروش^۱ صورت گرفته باشد و قبل از انتقال مالکیت کالا در اثر حادثه‌ای که مربوط به مشتری یا بایع نباشد، تلف واقع شود، قرارداد از میان خواهد رفت درحالی‌که در فرض وجود ریسک و باقی بودن آن بر بایع که در قرارداد فروش^۲ محقق شده، قبل از آنکه ریسک به مشتری منتقل شود، کالا در اثر حادثه‌ای از میان رود. قرارداد از میان نرفته است و بایع همچنان مسئول خسارات وارده خواهد بود. اما در خصوص شرط انتقال ریسک ماده بیستم قانون بیع کالا صراحت دارد که این امر با انتقال مالکیت به‌طرف مقابل، محقق خواهد شد.^۳

در نتیجه می‌توان گفت انتقال ریسک با انتقال مالکیت مرتبط شده‌است و برای مشخص نمودن لحظه انتقال ریسک باید لحظه انتقال مالکیت را شناسایی نمود، بر همین اساس در خصوص کالای معین لحظه‌ی انتقال مالکیت به‌وسیله قصد طرفین مشخص می‌شود و برای احراز قصد طرفین شروط مندرج در قرارداد، رفتار طرفین یا اوضاع و احوال قرارداد قابل استفاده است و این نقطه با لحظه انتقال مالکیت مرتبط شده‌است. تعیین زمان انتقال مالکیت به‌خصوص در کالاهای نامعین مشکلاتی دارد، چون انتقال مالکیت امری اعتباری است و برخلاف ریسک که یک امر کاملاً مادی است، قابل جمع نیست. البته همچنان که ملاحظه خواهیم کرد، در نظام حقوقی انگلیس با ارائه راه‌کارهایی، این ایراد را تا اندازه‌ای بر طرف نموده‌اند. این قواعد به‌صورت یک پارچه توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ جهت یکسان‌سازی، با تعیین تعهدات طرفین و لحظه انتقال مالکیت و ریسک ارائه می‌شود.^۲

1. Agreement to sale

2. Sale of goods

3. section 20(1): "Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer. But when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not".

1. ICC, International Chamber of Commerce.

۲. این قواعد در قالب اصطلاحات تجاری با نام اینکوئترمز {International Commercial Terms} Incoterms تدوین می‌شود.

بنابراین در برخی موارد که شروط قراردادی مالکیت را تحت شعاع قرار می‌دهد ریسک نیز از این شروط قراردادی متأثر خواهد شد؛ به‌عنوان نمونه، طرفین ممکن است توافق نمایند که مالکیت سریعاً انتقال یابد یا آنکه شرط نمایند در صورت وقوع اتفاق خاص مالکیت به بایع بازگردد. حال اگر در این مدت، یعنی در زمانی که مالکیت به مشتری منتقل شده‌است و قبل از آنکه آن شرط محقق شود کالا معیوب شود، اصولاً طبق قاعده کلی مشتری ضامن ریسک و خسارات وارده است، اما قاضی «Cleasby» در پرونده «هد در برابر ترسال»^۱ این نظر را نپذیرفت، شرح پرونده به این صورت است که اسبی به خواهان فروخته شده بود، با این شرط که اگر صفات مورد توافق را نداشته‌باشد، خواهان بتواند قرارداد را فسخ نماید؛ اما اگر ظرف مدت معین مبیع (اسب) بازگردانده نشود قرارداد قابل فسخ نخواهد بود که در این حین، اسب شرایط مربوط را نداشتند؛ اما قبل از آنکه خواهان اسب را بازگرداند، اسب دچار آسیب و نقص شد، قاضی برای رد نظریه فوق بیان نمود: «به‌عنوان قاعده‌ای عمومی، ریسک کالا باید برعهده صاحب مال باشد، اما به نظر می‌رسد در مواردی مثل پرونده حاضر که بازگشت مالکیت به بایع، مشروط به واقعه‌ای خاص شده‌است، خریدار نهایتاً حق بازگرداندن مالکیت را داراست و ریسک فقدان کالا نیز باید برعهده فروشنده نهاده شود؛ منتها این حالت نباید تعمیم داده شود و در وضعیتی که مشتری اجازه می‌یابد کالا را به بایع بازگرداند، باید ریسک کالا باید بر عهده مشتری باقی بماند».^۲ طبق این رأی، هرگاه مشتری حق فسخ عقد را داشته‌باشد ریسک برعهده بایع خواهد بود که این موضوع در حقیقت به توافق و قواعد موجود قبولی^۳ در قراردادها بازمی‌گردد؛ چراکه چنین موضوعی (باقی بودن ریسک برعهده فروشنده با وجود انتقال مالکیت) مستند قانونی ندارد.^۴ اما نکته مهم این است که انتقال مالکیت تنها با قصد طرفین ممکن نخواهد شد، بلکه علاوه بر قصد طرفین، باید کالا در شرایط قابل تسلیم^۵ (آن‌گونه که در ماده ۱۷ قانون بیع کالا منعکس شده‌است) نیز قرار بگیرد.^۵

1. Head v Tattersall (1871) L.R. 7 Ex. 7

1. Benjamin's, **Sale of Goods**, Sweet and Maxwell, London, 1997, Guest, A. G., pp. 289-290.

2. Acceptance

3. Atiyah, P S, **The sale of goods**, Longman, Tenth Edition, 2001, p.352.

4. Deliverable state.

5. Marsh, P. D. V, **Comparative contract law England**. France. Germany, 1996, p.240.

بنابراین اگر طرفین قصد نمایند که مالکیت در زمان معین منتقل شود، اما کالا در شرایط قابل تسلیم قرار نگرفته باشد، ممکن است عقد مشمول تئوری عدم امکان اجرا شود. برای نمونه، در پرونده «کرسل علیه شرکت تیمبر»^۱ خواننده درختان موجود در جنگل لتویان^۲ را با ابعاد بیان شده به خواهان واگذار نمود، اما به دلیل ملی شدن آن جنگل، امکان واگذاری به مشتری از میان رفت. دادگاه این گونه رأی داد که در چنین موردی به جهت آنکه کالا در وضعیت قابل تسلیم قرار نگرفته است، انتقال مالکیت و به تبع انتقال ریسک وجود ندارد. بنابراین خواننده در برابر خواهان مسئولیتی نخواهد داشت.^۳ در نتیجه برای انتقال مالکیت، علاوه بر قصد طرفین باید کالا در شرایط قابل تسلیم^۴ نیز قرار گیرد و این دو شرط برای انتقال مالکیت و به تبع، انتقال ریسک ضروری است.

در حقوق انگلیس کالای نامعین^۵ ممکن است به دو گونه باشد: یک حالت، درمورد بیع کالاهای آینده است و حالت دیگر، زمانی است که کالا، مال کلی یا جزئی معین از یک مجموعه‌ای مشخص باشد،^۱ در کالاهای نامعین، طبق بند پنجم از ماده ۱۸ قانون بیع کالا انتقال مالکیت در بیع کلی منوط به تعیین مبیع و اختصاص آن به قرارداد شده است^۲ که البته قصد طرفین در این مورد نیز انکارناپذیر است، انتقال مالکیت در کالاهای نامعین همچون کالاهای

1. Kursell v Timber Operators [1927] 1 KB 298

2. Latvian

3. Bridge, *op.cit.* p.132.

۴. شرایط قابل تسلیم در حقوق انگلیس مساوی با زمانی است که کنترل کالا از سلطه و حیطه‌ای اختیار فروشنده خارج شود کالا در وضعیتی قرار بگیرد که خریدار بتواند بر آن اعمال کنترل نماید. برای ملاحظه توضیح بیشتر ر.ک. (علوم یزدی، حمید رضا، «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع»، پژوهش حقوق عمومی، د ۳، ش ۵، ۱۳۸۰، صص ۶۶-۹۷.

5. Unascertained goods

1. Marsh, *op.cit.* p 242.

۲. البته طبق قانون اصلاحی 1995 Sale of Goods (Amendment) این نظر را تقویت می‌کند. در مواردی که مال کلی در معین باشد و فروخته شود، مالکیت و به تبع ریسک در همان لحظه‌ای انعقاد عقد، به صورت مشاع انتقال یابد. اگرچه برخی حقوقدانان در این زمینه معتقدند با وجود قانون اصلاحی، انتقال مالکیت در مال کلی همچنان براساس ماده‌ای ۱۸ سابق خواهد بود، علاوه بر آنکه طبق قانون اصلاحی ریسک کالا نیز مشخص نیست که دقیقاً این ریسک برعهده چه شخصی است و در این خصوص نیز اختلاف نظر به چشم می‌خورد، برای ملاحظه این اختلافات ر.ک. (Atiyah, *op. cit.*, 2001, pp 350-351) همچنین آن گونه که بیان شده است فرض انتقال مالکیت مشاعی صرفاً یک اقدام تأمینی و احتیاطی محسوب می‌شود که براساس حقوق خریدار را در فرض ورشکستگی فروشنده نسبت به مبیع حفظ می‌نماید نه آنکه همچون سایر مواردی باشد که در حقوق اموال و مالکیت برای شخص ایجاد می‌شود.

معین است؛ چراکه علاوه بر آنکه قصد طرفین در این رابطه وجود دارد، مبیع نیز باید تعیین شود. البته شرط اخیر، در حقیقت احراز قابلیت تسلیم بودن مبیع می‌باشد که در مورد کالاهای معین نیز صادق و محرز است.

اما نکته مهم این است که در انتقال مالکیت دو عنصر قصد طرفین و قابل تسلیم بودن کالا وجود دارد و باوجود یک عنصر نمی‌توان موضوع دیگر را نادیده پنداشت، اگر قصد طرفین در انتقال مالکیت وجود داشته، اما مال تعیین نشده و یا قابل تسلیم نباشد انتقال مالکیت میسر نخواهد بود همچنین عکس قضیه نیز کاملاً واضح می‌باشد یعنی در مواردی که کالا قابل تسلیم است اما قصد طرفین مبنی بر انتقال مالکیت تعلق نگرفته باشد انتقال مالکیت بی‌معنا است.

باین‌حال، مسئله مهم انتقال ریسک در کالاهای نامعین این است که امکان دارد طرفین توافق نمایند انتقال ریسک قبل از انتقال مالکیت محقق شود؛ اما به شرط اینکه مال، به گونه‌ای معین شده باشد در حقیقت شرط اخیر این استدلال را تقویت می‌کند، همان‌طور که اراده طرفین در انتقال مالکیت به وسیله عنصر دیگر (که همانا قابلیت تسلیم بودن کالا است) محدود شده است در انتقال ریسک نیز صرف اراده طرفین به تنهایی کافی نیست، بلکه باید مبیع در وضعیت قابل تسلیمی قرار گرفته باشد که این وضعیت عموماً با تعیین مبیع میسر می‌شود؛ اما تنها راه حل نخواهد بود. به عنوان نمونه، در پرونده «شرکت استرن در برابر شرکت ویکرز»^۱ که در آن خواهان ۱۲۰۰ گالن نوشیدنی از ۲۰۰۰۰ گالن را بدون آنکه به ظاهر تعیین و جداسازی شده باشد خریداری نمود، اما خریدار سند قبض انبار را دریافت نمود که به وسیله آن بتواند کالا را هر زمان که بخواهد تقاضا نماید. اما در اثر حادثه نوشیدنی‌ها فاسد شدند؛ در این رابطه قاضی Scrutton معتقد بود که ریسک کالا باید برعهده مشتری قرار گیرد؛ چون می‌توانست با سند قبض انباری که در دست دارد کالا را تقاضا نماید و بنابراین نوعی تسلط بر کالا داشته است و همچنین لازمه این نظر آن است که بایع نیز این حق را نخواهد داشت که به انبار رجوع کرده و تقاضا نماید که از تسلیم کالا به مشتری خودداری شود.^۱ رأی صادره در این پرونده هماهنگ با نظر ارائه شده است؛ زیرا در این حالت با دریافت نمودن سند قبض، کالاها در وضعیت قابل تسلیمی قرار گرفته‌اند؛ چراکه به وسیله سند مذکور خریدار می‌تواند آن را به دیگران منتقل یا تسلیم کالا را

1. *Sterns v Vickers* [1923] 1 KB 78
1. Benjamin, *op.cit.*, p. 285.

تقاضا نماید؛ بنابراین ریسک کالا به مشتری منتقل شده است.^۱ اما به سبب آنکه طرفین در خصوص انتقال مالکیت با وجود قابل تسلیم بودن کالا تصمیمی اتخاذ نکرده‌اند مالکیت انتقال نیافته است، در حقیقت تلازمی لزوماً میان تبعیت ریسک از انتقال مالکیت وجود ندارد.

البته این موضوع که در حالت کلی، حقوق داخلی کاملاً لا دادن دستور تسلیم کالا را به منزله انتقال ریسک نمی‌دانند بحث دیگری است؛ زیرا این حالت که موردی را به منزله قابل تسلیم بودن کالا بدانیم یا خیر، با عرف است که تعیین نماید؛ درحالی که قاعده مهم و محل بحث آن است که ریسک ممکن است قبل از انتقال مالکیت منتقل شود، اما مشروط بر آنکه کالا تعیین یا قابل تسلیم باشد و شرط اخیر به نظر می‌رسد به وسیله اراده طرفین قابل تخلف نباشد.

در پرونده «هلی در برابر هاولرت و پسران»^۲ که در آن فروشنده، ماهی‌هایی را که از ساحل جنوبی ایرلند گرفته شده بود، با دستور خود برای خریداری در لندن فرستاد. دادگاه حکم نمود که ریسک کالا همچنان برعهده فروشنده خواهد بود و داشتن سهمی مشاع از مالکیت، تأثیری در انتقال ریسک نخواهد داشت؛ چراکه مالکیت هنوز منتقل نشده است.

دعوی فوق از حیث موضوع با پرونده نخست مشابه نیست؛ چراکه در پرونده نخست ریسک با تسلیم سند قبض، منتقل شده است؛ درحالی که چنین واقعیتی در پرونده اخیر وجود ندارد و دادگاه به درستی بیان نموده است داشتن سهم مشاع به تنهایی تأثیری در انتقال ریسک نخواهد داشت؛ اما طبق واقعیات موجود در پرونده از این حیث که این احتمال وجود دارد کالاها در اثر قصور مشتری فاسد شده باشد و به تبع باید ریسک به خریدار منتقل شود، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.^۱

از نقطه نظر تحلیل اقتصادی، همان‌طور که بیان شد براساس اصل تخصیص بهینه ریسک،^۲ اصولاً با رعایت شرایط بهتری برای جلوگیری از ورود خسارت دارد و لذا برای تحمل ریسک و ضمان

۱. با این حال، نظر فوق از این حیث که ریسک کالا را به طور کلی برعهده فروشنده می‌گذارد قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ چراکه کالا به طور کامل تعیین و مشخص نشده است و بنابراین در چنین مثالی که خریدار و فروشنده در کالا به صورت نامعین شریک‌اند، ریسک کالا تا قبل از تفکیک، باید به صورت مشترک و به نسبت سهم هریک تعیین شود.

2. Healy v Howlett [1917] 1 K.B. 337

1. Bridge, *op.cit.*, pp.115-116.

۲. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۱۴۴-۱۴۹ و صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۲۰.

معاوضی مناسب‌تر است.^۱ از طرف دیگر فروشنده اصولاً نسبت به خریدار دارای اطلاعات بیشتری نسبت به موضوع معامله است و از این جهت نیز شایسته است ضمان معاوضی نه تنها تا زمان تسلیم مادی، بلکه تا زمان ارائه اطلاعات کامل برای مشتری جهت استفاده برعهده او قرار گیرد،^۲ در تحلیل اقتصادی حقوق باید اصل ماهیت محوری را که تکیه بر مفاهیم انتزاعی دارد از اصل پیامد محوری که هدف آن بررسی مزایا و مضار یک نهاد حقوقی است تفکیک نمود؛ در بحث ماهیت انتقال مالکیت به عنوان جابجایی عوضین مورد نظر قرار می‌گیرد و از این منظر ممکن است تلف مال به یکی از طرفین تحمیل شود؛ ولی تحلیل اقتصادی با انتخاب راه کارهایی که منجر به کارایی می‌شود ممکن است نتیجه‌ای بگیرد که با قاعده حقوقی حاکم منطبق نباشد.^۳

۳. انتقال ریسک در کالاهای متضمن حمل

انتقال مالکیت و به تبع آن، انتقال ریسک هنگامی صورت خواهد گرفت که طرفین آن را قصد کرده باشند؛ البته با این پیش شرط که کالا در وضعیت قابل تسلیمی واقع شده باشد و تحت اختیار و کنترل و یا تصاحب مشتری قرار گرفته باشد. بنابراین اگر برای خریدار امکان کنترل بر کالا وجود نداشته باشد، تحمیل ریسک بر عهده او غیرمنطقی است. کالاهای متضمن حمل نیز از قاعده فوق مستثنا نیست، بنابراین، انتقال مالکیت و متعاقب آن، انتقال ریسک هنگامی خواهد بود که علاوه بر توافق طرفین، کالا عرفاً تحت ید مشتری باشد که عمل مذکور با تسلیم به متصدی حمل محقق خواهد شد؛ زیرا اصولاً متصدی حمل نماینده مشتری تلقی می‌شود. در حقوق انگلیس به صرف تحویل مال به متصدی حمل، مالکیت و ریسک کالا منتقل نخواهد شد، بلکه محدودیت‌هایی دارد که عدم رعایت موارد آن منجر می‌شود ریسک همچنان برعهده فروشنده باقی بماند.

نخستین محدودیت در پرونده «بیر علیه والکر»^۱ مطرح شده که بیان داشته است در قراردادهای بیعی که متضمن حمل کالا است، این تعهد ضمنی^۲ وجود دارد که کالا باید به گونه‌ای

۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، منبع پیشین، ص ۵۷۴.

۲. نظری، وحید، مرتضی قاسم زاده و عباس کریمی، «تعهد به ارائه اطلاعات و همبستگی قراردادی»، فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، د ۲۷، ش ۹۹، پاییز ۱۴۰۱، ص ۲۰.

۳. صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۶۰.

1. Beer v. Walker (1877)

ارسال شود که قابلیت حمل دریایی داشته، با رسیدن به مقصد قابل استفاده و از نظر کیفی رضایت‌بخش باشد. این شرط ضمنی ناشی از تعهد فروشنده به تسلیم کالا است. البته خساراتی برعهده فروشنده است که در شرایط عادی حاصل می‌شود و خساراتی ناشی از وقایع غیرقابل پیش‌بینی بر عهده خریدار خواهد بود.^۲

مقرر فوق در ماده (۲) ۳۲ قانون بیع کالا منعکس شده است که به موجب آن فروشنده باید قراردادی را با متصدی حمل از جانب خریدار منعقد نماید که به طور معقول و متعارف، طبیعت کالا و دیگر شرایط آن را مورد توجه قرار داده باشد، در غیر این صورت و چنانچه کالا در اثر این قصور مفقود یا فاسد شود خریدار می‌تواند از تسلیم کالا خودداری نماید یا آنکه فروشنده را به جهت عدم توانایی در تسلیم کالا مسئول بداند.^۳

دومین اصلی که قاعده بیان شده را محدود می‌نماید، در ماده (۳) ۳۲ قانون بیع کالا بیان شده که از حقوق اسکا تلند اخذ شده است. در مواردی که کالا در سفر دریایی عموماً بیمه می‌شود باید توسط فروشنده به خریدار اطلاع داده شود^۱ و اگر فروشنده در انجام این وظیفه قصور ورزد ریسک تلف کالا برعهده او خواهد بود.

۱. این تعهد ضمنی در پرونده مشهور به سیب زمینی قبرسی مبنای حکم قرار گرفته است که به موجب آن فروشنده باید کالاها را به گونه‌ای برای خریدار ارسال می‌نمود که تحمل یک سفر معمول دریایی (normal voyage) را داشته باشند. برای مشاهده رای کامل و وقایع پرونده ر.ک:

Read, P A, **Commercial Law Casebook, (Sale of Goods, Consumer Credit Agency)**, Vol. 1, HLT Publication, London, 1992, pp. 180-181
2. Benjamin, *op.cit.* pp. 291-292.

۳. در پرونده‌ای کانادایی که در این خصوص وجود دارد، به موجب آن، به جهت آنکه کاهوها باید در جای گرم نگهداری شود اما به این جهت که فروشنده این موضوع را به متصدی حمل اعلام ننمود و کالاها در اثر سرمازدگی غیرقابل استفاده شدند، خریدار و متصدی هیچ‌گونه مسئولیتی نداشته اند. ر.ک. (Bridge, *op.cit.*, 117)
p. البته ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در اینکوترمزهای اتاق بازرگانی بین‌المللی در برخی موارد تعهدات فروشنده و خریدار متفاوت است؛ به عنوان نمونه، در متون حقوقی کشور انگلیس طبق عرف تجارتی انعقاد قرارداد حمل عموماً بر عهده فروشنده است؛ در حالی که اگر طرفین قرارداد خود را تابع یکی از اینکوترمزها نمایند و در صورت عدم شرط مخالف تابع آن قراردادند و این امکان وجود دارد که فروشنده تعهدی به انعقاد قرارداد با متصدی حمل نداشته و به تبع امکان چنین بحثی وجود نخواهد داشت. به عنوان نمونه، در آخرین اصلاحاتی که توسط اتاق بازرگانی در این زمینه تدوین شده است در قراردادهای که در قالب (f. o. b) انعقاد می‌یابد فروشنده تعهدی به انعقاد قرارداد با متصدی حمل نخواهد داشت. برای دیدن تعهدات خریدار و فروشنده در قواعد اینکوترمز و اصلاحات جدید ر.ک طارم سری، مسعود، **اینکوترمز ۲۰۱۰**، موسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، چ اول، ۱۳۹۰.

1. Notification of shipment.

البته قاعده مذکور با رویه حقوق انگلیس درخصوص بیع‌های بین‌المللی اسنادی به‌طور کامل منطبق نیست؛ زیرا در قراردادهایی که در قالب (c . i . f) و (Ex ship) انعقاد می‌یابد، این مسئله مطرح نخواهد شد در واقع در قرارداد نخست، بیمه کالا برعهده فروشنده است و چنین موضوعی مطرح نیست؛ البته اگر خطراتی که به‌موجب قرارداد، تحت پوشش بیمه قرار نمی‌گیرند و عموماً چنین خطراتی در سفر دریایی بیمه می‌شوند. وظیفه مذکور همچنان برعهده فروشنده باقی خواهد ماند. همچنین در قرارداد دوم به این جهت که ریسک کالا تا هنگام تحویل کالا در اسکله بندر مقصد برعهده فروشنده است، چنین موضوعی قابلیت طرح را نخواهد داشت. اما در قراردادهایی که در قالب (f. o . b)^۲، (c . f) منعقد می‌گردد، چون بیمه نمودن کالا برعهده خریدار است امکان اعمال مقررات ماده (۳۲۳) وجود دارد.^۳ از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق علاوه بر اینکه هدف طرفین از معامله کاهش ریسک‌های اقتصادی است، قراردادهای نیز ابزار کاهش ریسک و توزیع آن هستند،^۴ یعنی طرفین با لحاظ هزینه و فایده نسبت به سنجش ریسک‌های احتمالی اقدام یا درخصوص آنها سکوت می‌کند و آنها را به قواعد تکمیلی و دادرسی می‌سپارند. فلسفه انتقال ریسک نیز افزایش انگیزه منتقل‌الیه برای جلوگیری از بروز خسارت و قراردادن خسارات در صورت بروز برعهده طرفی است که بتواند آن را بیمه یا تحمل نماید.^۱ از این‌رو خسارت بر طرفی بازمی‌گردد که نفعی در بیمه نمودن داشته‌باشد^۲ و در بحث حاضر بایع ذی‌نفع بیمه تلقی می‌گردد. محدودیت دیگر ناشی از اراده‌ای طرفین و در ماده ۳۳ قانون بیع کالا آمده است که وفق آن در مواردی که بر اساس توافق صریح طرفین ریسک کالا برعهده فروشنده قرار دارد، باید حتی خطراتی را که به‌طور غیرمعمول برای کالا ایجاد می‌شود متحمل شود و به صرف تسلیم کالا به متصدی حمل، ریسک به خریدار منتقل نخواهد شد. همچنین در مواردی که به‌طور ضمنی (همچون قراردادهای (ex ship) چنین ریسکی برعهده فروشنده قرار می‌گیرد مقررات فوق جاری خواهد بود.

1. Cost -insurance and freight

2. Free on board

3. Benjamin, *op.cti.* p. 293.

۴. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

1. Veljanovski, Cento G, *op.cti.* p.126.

۲. بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۴۵۸.

اما در خصوص کالاهایی که متضمن حمل است، مهم‌ترین و رایج‌ترین روش، حمل از طریق دریاست و قواعد نسبتاً مفصلی در این زمینه نگاشته شده‌است تا آنجا که حقوق دریایی در این خصوص، خود به‌عنوان رشته‌ای مجزا ایجاد شده‌است.

در حقوق انگلیس نیز مبحث فوق در قالب فروش‌های صادراتی^۱ مطرح شده‌است، در این نوع از فروش‌ها کالا باید به کشور دیگر صادر شود.^۲ در این موارد عرف تجاری وجود دارد که قراردادهای در قالب آن اصطلاحات تجاری^۳ منعقد شده، تعهدات طرفین مشخص و نقطه انتقال مالکیت و ریسک در این قراردادهای معین شده‌است. در اینجا قراردادهای تجاری مذکور تنها از بُعد انتقال مالکیت و ریسک بررسی می‌گردند.

همچنان که سابقاً بیان شد در حقوق انگلیس انتقال مالکیت با انتقال ریسک همراه شده‌است؛ اما این امکان نیز وجود داشت که در برخی موارد از این قاعده تخلف نمود و لزوماً این دو نقطه بر یکدیگر منطبق نیست و نکته اخیر در قراردادهای حمل دریایی در حقوق انگلیس وجود دارد.

در قراردادهای (f. o. b)، (c. i. f)، نقطه انتقال ریسک لزوماً تابع نقطه انتقال مالکیت نیست و ریسک کالا از زمان حمل برعهده خریدار قرار می‌گیرد؛ اما درخصوص اینکه مقصود از «از زمان حمل» چیست، چند دیدگاه وجود دارد: یکی آن است که ریسک هنگامی منتقل می‌شود که کالا از ریل کشتی به سلامت عبور کرده باشد، اما دیدگاه مرجعی که اغلب حقوق‌دانان انگلیسی با آن موافق‌اند زمانی است که فروشنده وظیفه خود را در قبال تسلیم کالا نسبت به متصدی حمل به‌صورت کامل انجام داده باشند. حتی بیان شده‌است در برخی موارد که قرارداد این اجازه را به طرفین قرارداد می‌دهد که اسناد حمل از زمان قرارداد به خریدار منتقل شود، قبل از آنکه کالا روی عرشه کشتی قرار بگیرد ریسک منتقل خواهد شد.

1. Export sales

۲. البته در اینکوترمز ۲۰۱۰ بیان شده که این قراردادهای تجاری مختص به تجارت بین‌الملل نیست، بلکه در تجارت داخلی نیز می‌تواند کاربرد داشته باشد؛ امری که در اینکوترمزهای ۱۹۹۰، ۱۹۸۰، ۱۹۷۶، ۱۹۶۷، ۱۹۵۳، ۲۰۰۰ دیده نشده است. ر.ک. (طارم سری، مسعود، منبع پیشین).

۳. اصطلاحات تجاری موجود در متون حقوقی کشور انگلیس عموماً (ex ship) (f. o. b) (c. f) (c. i. f) است و سایر شیوه‌های حمل دریایی یا غیردریایی در اینکوترمز وجود دارد.

در قراردادهای (c. i. f) این احتمال وجود دارد که وجود دارد ریسک کالا به‌صورت عطف به‌ماسبق انتقال یابد،^۱ یعنی قبل از انعقاد قرارداد ریسک تلف مال، برعهده خریدار قرار گیرد؛ گرچه این نظر در دعوی^۲ که فروشنده بابت اسناد حملی که (راجع به کالاهایی که قبل از انعقاد قرارداد تلف شده‌بودند) به خریدار تسلیم، و پیرو آن تقاضای ثمن قراردادی را نموده‌بود، مردود اعلام شد.^۳

بنابراین در قراردادهای مذکور، حتی اگر مالکیت کالا همچنان در اختیار فروشنده باشد، ریسک کالا به‌محض سپردن به متصدی حمل، برعهده خریدار قرار می‌گیرد، زیرا در قراردادهای (c. i. f) انتقال مالکیت تنها با تسلیم اسناد حمل محقق می‌شود که این زمان می‌تواند مقارن با نقطه انتقال ریسک یا زمان دیگری باشد و همچنین در قراردادهای (f. o. b) انتقال مالکیت در کالاهای معین می‌تواند به‌هنگام حمل کالا باشد یا آنکه فروشنده انتقال مالکیت را در ازای دریافت ثمن در قبال اسناد حمل قرار دهد. اما در خصوص کالاهای نامعین، انتقال مالکیت منوط به تعیین در قرارداد است.^۴

البته چنانکه در پرونده «Stock v. Inglis» آمده در قراردادهای (f. o. b) کالاهای نامعین (البته از یک کل معین) می‌توان به‌محض حمل، ریسک را انتقال یافته به خریدار تلقی نمود.^۵ در نتیجه رویه عملی تجاری در زمینه حمل دریایی قواعد فوق را ایجاد کرده است و در برخی موارد بدون آنکه اراده‌ای صریح طرفین در خصوص نوع قرارداد حمل در قرارداد ذکر شود، احکام آن نوع خاص از اصطلاحات تجاری اعمال می‌شود و این موضوع از رویه‌های معمول در آن تجارت یا از شرایط قراردادی که در عقد درج می‌شود استنباط می‌شود. بر اساس اصول اقتصادی حقوق، در انتخاب شروط قراردادی و رویه عملی، نباید اجازه بروز مخاطره اخلاقی^۱ داده شود، یعنی نباید امتیازی برای یکی از طرفین در نظر گرفته شود که بتواند از طریق آن احتمال ورود زیان به دیگران را افزایش دهد^۲ و بر اساس رویکرد سنتی تحلیل اقتصادی زمانی که اجرای

1. Retrospective transfer of the risk.

2. Couturier v. Hastie

3. Bridge, *op.cit.* p.121.

4. Guest, G., **Chitty on Contracts**, Sweet and Maxwell Limited, London, 1983, p. 4212.

5. Benjamin, *op.cit.* p. 291.

1. Moral Hazard

۲. صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۳۲.

قرارداد ناممکن می‌شود، ضررهای وارده باید به طرفی تحمیل گردند که بهتر می‌توانست از بروز آن جلوگیری نماید،^۱ برخی نظریه‌پردازان تحلیل اقتصادی حقوق معتقدند، هرگاه حادثه‌ای باعث عدم امکان اجرای قرارداد گردد و قابل انتساب به هیچ‌کدام از طرفین نباشد، کارایی ایجاد می‌نماید ریسک به طرفی تخصیص یابد که برای تحمل آن مناسب‌تر است و برای تشخیص این امر دو معیار ارائه می‌نمایند؛ یکی توانایی برای کاهش احتمال عدم اجرا یا کاهش ضرر و دیگری دارا بودن قابلیت توزیع ریسک از طریق مثل بیمه^۲ و بر اساس هر دو معیار فروشنده نسبت به خریدار وضعیت مناسب‌تری برای پذیرش ریسک دارد. پیش‌فرض تحلیل اقتصادی حقوق این است که رسالت قراردادهای تأمین رفاه اجتماعی است،^۳ تخصیص ریسک به این صورت سبب افزایش رفاه اجتماعی نیز می‌گردد^۴ و به همین جهت معیاری پیشنهادی با این رسالت مطابق است.

نتیجه‌گیری

ضمان معاوضی در مفهوم عام به این معناست که تا قبل از تسلیم مبیع، ریسک کالا برعهده بایع است؛ زیرا علی‌رغم انتقال مالکیت مبیع، شخص بایع نسبت به خریدار از وضعیت مناسب‌تری برخوردار است. در نتیجه نقطه انتقال ضمان تلف در حقوق ایران با تسلیم مبیع مرتبط است و تسلیم طبق مواد قانون مدنی و متون فقهی، مفهومی کاملاً عرفی است که با توجه به هر مورد داوری عرف نیز متفاوت خواهد بود.

در حقوق انگلیس نیز ریسک به معنای خطر تلف و خسارت کالا است (و عموماً ریس کی مدنظر است که به وسیله شرکت‌های بیمه قابل پوشش باشد) و طرفی که ریسک به او انتقال یافته است، باید به تعهدات خود در قبال طرف مقابل عمل نماید. از نهادهای مشابهی، که در برخی موارد به سختی قابل بازشناسی از ریسک است، تئوری عدم اجرای تعهد است که بر اساس

1. Benoliel, Uri, "The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis," *Brook L. Rev.*, vol. 85, 2020, p. 394.

2. Posner, R. A., and A. M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis," *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 90-92.

3. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law From the International Point of View", *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016, p. 2006.

4. Serter, Yusuf Sertaç, "A Brief Survey on Law and Economics of Contract Law," *Juridical Tribune*, vol. 9, 2019, p. 134.

آن، در مواقعی که تعهدات فروشنده غیر قابل اجرا باشد قرارداد منفسخ شده و طرفین تعهدی در قبال یکدیگر نخواهند داشت.

در حقوق این کشور، نقطه انتقال ریسک همزمان با لحظه‌ی انتقال مالکیت است؛ البته طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند اما با دقت در نظام حقوقی انگلیس این نکته حاصل می‌شود که انتقال مالکیت موضوعی اعتباری و انتزاعی نیست؛ زیرا علاوه بر آنکه طرفین باید در خصوص لحظه انتقال مالکیت با یکدیگر توافق نمایند، کالای مورد قرارداد نیز باید در شرایط قابل تسلیمی قرار گرفته باشد؛ یعنی فروشنده کنترل و تسلط خود را از بیع برداشته و کالا را در اختیار خریدار قرار دهد. وضعیت قابل تسلیم در حقوق انگلیس معنای وسیع‌تری نسبت به مفهوم تسلیم در حقوق ایران دارد؛ اما در حقوق انگلیس همچون سایر نظام‌های حقوقی، ریسک مفهومی مادی و محسوس داشته و نمی‌توان به صرف عالم اعتبار آن را انتقال یافته به غیر دانست. همچنین بر اساس عرف موجود در خصوص حمل کالاها ممکن است نقطه انتقال ریسک و سایر تعهدات طرفین از قبل تعیین شده باشد و طرفین تنها با الحاق به آن قرارداد خاص، تابع شرایط آن قرارداد باشند (در خصوص انتقال ریسک نحوه‌ای تسلیم کالا مشخص شده است)؛ موضوعی که در تجارت امروزه مرسوم است.

با مطالعه مواد کنوانسیون و برخی آرای صادره از محاکم خارجی مشخص می‌شود که به‌عنوان قاعده، ریسک کالا برعهده طرفی خواهد بود که در وضعیت بهتری در خصوص نگهداری کالا و بیمه نمودن آن باشد و این مهم با توجه به اوضاع و احوال قرارداد و یا قصد طرفین قابل استنباط است. البته در برخی موارد استثنایی (بیع درحال حمل) این امکان وجود دارد که نقطه انتقال ریسک از هنگام قرارداد باشد که این امر نیز به‌جهت شرایط خاص قابل توجیه است.

همچنین نوآوری که در کنوانسیون در خصوص انتقال ریسک وجود دارد و در حقوق ایران کمتر به آن توجه شده، این است که مواد کنوانسیون مواردی را که عرفاً به منزله تسلیم کالا تلقی شده است، در قالب مواد قانونی به‌صورت قاعده‌مند آورده است و این نیاز احساس می‌شود که در حقوق ما نیز این اقدام صورت گیرد تا از اختلافات مربوط به تشخیص مصادیق جلوگیری شود. مطالعه این سه نظام حقوقی در خصوص انتقال ریسک، نشان داد ریسک مفهومی مادی و عینی است و به همین علت در نظام‌های حقوقی که انتقال مالکیت به‌محض توافق طرفین در

عالم اعتبار محقق می‌شود، نقطه انتقال ریسک باید با یک واقعه مادی (تسلیم یا قبض یا شرایط قابل تسلیم) همراه باشد؛ چراکه طبیعتاً ریسک باید برعهده کسی باشد که مال در تصرف یا اختیار او قرار دارد یا حداقل نسبت به طرف دیگر در شرایط مناسب‌تری واقع شده باشد و در بسیاری از موارد تشخیص این موضوع با عرف است. از نقطه‌نظر تحلیل اقتصادی با توجه نقش قرارداد در توزیع ریسک است و با توجه به اینکه فروشنده نسبت به خریدار دارای اطلاعات بیشتری در خصوص کالا است و چنانچه ریسک زیان را برعهده او قرار ندهیم، ممکن است با ایجاد مخاطره اخلاقی از عدم تقارن اطلاعاتی سوءاستفاده نماید؛ از طرفی تحمیل ریسک به فروشنده تا زمان تسلیم کالا سبب می‌گردد بیشترین احتیاط از جمله بیمه کالا را برای ممانعت از تلف به عمل آورد و از سوی دیگر اصل هزینه اتکا نیز ایجاب می‌نماید شخص ذی‌نفع نسبت به بیمه نمودن کالا اقدام کند و با تحلیل صورت‌گرفته مشخص شد فروشنده در بیع اموال کلی در خصوص بیمه ذی‌نفع است، با این استدلال، فروشنده مناسب‌ترین طرف برای تحمل ریسک تا قبل از تسلیم کالا به خریدار است، مگر اینکه طرفین تشخیص دهند برای کاهش هزینه‌های معاملاتی ضمانت‌بایع را قبل از تسلیم اسقاط نمایند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن **حقوق مدنی**، چ ۵، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۳.
۲. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰.
۳. بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تئوری موازنه**، چ ۱، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۵. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۶**، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۶. صفایی، سیدحسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، نشر میزان، ۱۳۸۵.

۷. صفایی، سیدحسین و جمعی از نویسندگان، **حقوق بیع بین‌الملل**، چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۸. طارم سری، مسعود، **اینکوترمز ۲۰۱۰**، چ ۱، مؤسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، ۱۳۹۰.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، میزان ۱۳۸۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۸۷.
۱۱. کوتر، رابرت ویولن، تامس، **حقوق و اقتصاد**، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نور علم، ۱۳۸۹.
۱۲. گریگوری منکیو، **مبانی علم اقتصاد**، نشر نی، ترجمه حمیدرضا ارباب، ۱۳۹۷.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

مقاله

۱۴. آقا مشهدی، فخرالدین و مینا مهاجر، «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین و حقوق ایران)»، *پژوهش‌نامه بازرگانی*، ش ۳۵، تابستان ۱۳۸۴، صص ۱۱۰-۱۳۵.
۱۵. بلوری فر، مینا، بیژن حاجی عزیزی و فیض‌الله جعفری، «تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۴، ۱۴۰۲، صص ۶۹-۳۷، doi: 10.22034/law.2022.37342.3087.
۱۶. سرمدی، عباس و صبا حقیقت، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادهای با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)»، *پژوهش‌نامه متین*، سال هفدهم، ش ۶۷، تابستان ۱۳۹۴، صص ۹۷-۱۲۴، doi:20.1001.1.24236462.1394.17.67.5.9.
۱۷. علومی یزدی، حمیدرضا، «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع»، *پژوهش حقوق عمومی*، د ۳، ش ۵، ۱۳۸۰، صص ۶۶-۹۷.
۱۸. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، «تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم»، *دیدگاه‌های حقوقی*، ش ۹، ۱۳۷۷، صص ۸۷-۱۱۸.

۱۹. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی، «واکاوی عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و فقه موضوعه، جستارهای فقهی و اصولی»، فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، ۱۳۹۴، صص ۸۹-۱۱۸. doi:10.22081/JRJ.2016.20956
۲۰. قنواتی، جلیل، یدالله دادگر و محمد علی رضاپور آکردی، «نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری»، با تأکید بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و حقوق ایران، دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص ۹۵-۱۱۵. doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167
۲۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، «تحلیل اقتصادی قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د ۴۶، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، صص ۵۹۰-۵۷۳. doi:10.22059/JLQ.2016.60011
۲۲. نظری وحید، مرتضی قاسم‌زاده و عباس کریمی، «تعهد به ارائه اطلاعات و هم‌بستگی قراردادی»، فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، د ۲۷، ش ۹۹، پاییز، ۱۴۰۱، صص ۱-۲۴. RL: doi://jlvviews2.ujssas.ac.ir/article-1-2121-fa.html

جزوه

۲۳. صادقی، محسن، «جزوه حقوق اقتصادی کارشناسی حقوق تجاری و اقتصادی بین‌المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، زمستان ۱۴۰۰.

عربی

۲۴. حکیم، سید محسن طباطبایی، منهج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، چ ۱، بیروت لبنان: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۷، بی تا.
۲۶. مراغی، سیدمیرعبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیه، ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق.
۲۷. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.

References

Books

1. Ansari, Mehdi, **Economic Analysis of Contract Law**, 2019. (in Persian)
2. Atiyah, P S, **The Sale of Goods**, Longman, 10th edition, 2001.
3. Audit, Bernard, **La Vente Internationale de Merchandises**, L.G.D.J., Paris, 1990.
4. Badini, Hassan, **Philosophy of Civil Responsibility**, Tehran, 2013. (in Persian)
5. Bag Sugata, **Economic Analysis of Contract Law Incomplete Contracts and Asymmetric Information**, Palgrave Macmillan, London, 2018.
6. Benjamin's Sale of goods, **Sweet and Maxwell**, London, Guest A G, 1997.
7. Benoliel, Uri, **The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis**, 85 Brook. L.Rev. 2020.
8. Bridge, M.G, **Sale of Goods**, Oxford university press, 1998.
9. Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), **Black's Law Dictionary**, Thomson West, United States, 2004,
10. Cooter, Robert, Ulen, Thomas, **Law and Economic**, Prentice Hall Pub, 6th edition, 2011.
11. Emami, Seyyed Hassan, **Civil Law**, Vol. 5, Islamia Publications, 1994 (in Persian)
12. Guest. G., **Chitty on Contracts**, Sweet and Maxwell Limited, London, 1983.
13. Hakim, Seyyed Mohsen Tabatabayi, **Minhaj al-Salehin** (Al-Mahshi Lal-Hakim), vol. 2, 1st edition, Lebanon, 1410 AH. (in Arabic)
14. Harver, w.B, **Law and Social Change**, Princeton University Press .1996.
15. Hoebel, E .Adam . **The Law of Primitive Man : Study In Comparative Legal Dynamics**, Cambridge, Harvard university press . 1997.
16. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Equilibrium Theory**, Tehran, 1st edition, 2002. (in Persian)
17. James, Gordley, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, New York Clarendon Press. 2011.
18. Katouzian, Nasser, **Civil Law in the Current Legal System**, May 2006 (in Persian)

19. Katouzian, Nasser, **Specific Contracts**, Vol. 1, Tehran, 2008. (in Persian)
20. Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, The Lawbook Exchange, Ltd.1945.
21. Khoi, Seyyed Abu al-Qasim Mousavi, **Misbah al-Fiqahah** (Al-Makasab), vol. 7, no.d. (in Arabic)
22. Mankiw, Gregory, **Fundamentals of Economics**, Translated by Hamid Reza Arbab , 2017. (in Persian)
23. Maraghi, Seyyed Mir Abdul Fattah bin Ali Hosseini, **Al-Tawheel al-Fiqhiyyah**, Vol. 2, Qom, 1st edition, 1417 AH. (in Arabic)
24. Marsh, P. D. V, **Comparative Contract Law**, England, France, Germany, Gower, Michigan,1996.
25. Mazher, KM, **Review of Studies on Risk Allocation and Sharing In Public-Private Partnership Projects for Infrastructure Delivery**, Frontiers Media S.A. Switzerland.2025.
26. Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, **General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law**, Tehran,1st edition, 2009. (in Persian)
27. Najafi, Sahib Al-Jawahar, Mohammad Hassan, **Jawaher Kalam in the Explanation of Islamic Laws**, Vol. 23, Dar Ihya Al-Trath al-Arabi, Beirut, 7th Edition, 1404 A.H. (in Arabic)
28. Patrick L. Brockett, Linda L. Golden and John Betak, **Risk Management in Construction Projects**, intechopen. 2019.
29. Read, P A, **Commercial Law Casebook, (Sale of Goods, Consumer Credit Agency)**, Vol. 1, HLT Publication, London, 1992.
30. Sadeghi, Mohsen, **Economic Law Text Books: Bachelor's Degree in International Commercial and Economic Law**, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Winter 2022, (in Persian)
31. Safaei, Seyyed Hossein, **Introductory Course in Civil Law (General Rules of Contracts)**, Mizan Publishing, 2006, (in Persian)
32. Safaie, Seyyed Hossein & A Group of Authors, **International Sales Law**, Tehran University Press, Tehran, 3rd edition, March 2013. (in Persian)
33. Shahidi, Mehdi, **Civil Law**, 6th edition, Majd Publications, 2003. (in Persian)
34. Tarem Seri, Massoud, **Incoterms 2010**, Business Studies and Research Institute, 1st edition, 2010. (in Persian)

35. Trevino.A.j. **Classic Writings In Law and Society**, New jersey: Transaction Publishers. 2007.
36. Veljanovski, Cento G, **Economic Principles of Law**, U. S.A,Cambridge University Pres, 2007.
37. Williamson, Oliver, **Comparative Economic Organization**, administrative science, 1991.

Articles

38. Agha Mashhadi, Fakhreddin, Mohajer, Mina, "Transfer of Exchange Guarantee in Sales Contracts Involving the Carriage of Goods (Comparative Study on the Vienna Convention and Iranian law) ", *Commercial Research*, No. 35, Summer 2014, PP.110-135. (in Persian)
39. Akerlof, G. "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism" , *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No.3, 1970, PP.488-500.
40. Bagrn, Shown. J., "False Efficiency and Missed Opportunities in Law and Economic", *Tul.Law Review* , No.86, 2011, PP.135 -160.
41. Barton, John. H., "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, Vol.1, 1972, PP 277-304.
42. Bolurifar, Mina, Haji Azizi, Bijan, Jafari, Feizollah, "An Economic Analysis of Law from a Jurisprudential Perspective in Iran's Legal System", *Contemporary Comparative Legal Studies*, Vol. 14, Issue 14, 2023, PP 37-69. (in Persian) doi: 10.22034/law.2022.37342.3087
43. Calabresi, G., "Transaction Costs: Resource, Allocation and Liability Rules ", *Comment Journal of Law and Economics*, No .11, 1968, PP 67-98.
44. Ceuini, Marta, Luppi, Barbara, Parisi, Francesco, "The Comparative Law and Economics of Frustration in Contract," *Legal Studies Research Paper*, No. 09-20, 2009, PP. 1-22.
45. Charles G.Brow,"The Doctrine of Impossibility of Performance and the Foreseeability Test", *Loyola University Chicago Law Journal*.Vol. 6, 1975, PP 575-585.
46. Cimino, Chapin F, "The Relational Economic of Commercial Contract", *Texas Andm Law Review*, Vol.6, 2015, PP 91-130.
47. Ethan J. Leib, "Contract and Friendships", *Emary law Journal*, Vol. 59, 2010, PP.649-726.

48. Faber, Denial, "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review*. 1983, PP.303-339.
49. Filip Risteski," Passing of Risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Iustinianus Primus Law Review* (Iustinianus Primus L. Rev.) Vol. 12, No. 1, 2021, PP 1–11.
50. Ghabooli Dorafshan, Sayyed Mohammad Hadi, "An Analysis of General Sale in Imamiyeh Jurisprudence and Substansive Law: Is It Promissory or Possessory?", *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*, Vol.1, No. 1, 2016, PP 89-118. (in Persian) doi:10.22081/JRJ.2016.20956
51. Ghanavati, Jalil, Dadgar, Yadollah, Rezapoor Akerdi, Mohammad Ali, "A New Insight into the Standard Terms of Consumer Contracts from the "Behavioral Law and Economics" perspective; Emphasizing EU Directions and Iranian law", *Encyclopedian of Economic Law Journal*, Vol. 30, No. 23, 2023, PP 95-115. (in Persian) doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167
52. Goets, Charles.J and Scott , Robert.E. "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale Law Journal*.Vol. 89, 1980, PP.1261-1322.
53. Mohammadi, Pejman and Mozafary, Mohabbat, "Economic Analysis of the Transaction Loss Rule Before Delivery", *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 46, No. 4, Winter 2015, PP 573-590. (in Persian) doi:10.22059/JLQ.2016.60011
54. Nazari,Vahid,Ghasemzadeh, Morteza, Karimi, Abbas, "Obligation to Provide Information and Contractual Solidarity", *Scientific Quarterly of Judicial Law Perspectives*, No. 27, 2022, PP 1-24. (in Persian) RL: doi://jlvviews2.ujssas.ac.ir/article-1-2121-fa.html
55. Olomi Yazdi, Hamid Reza, "The Concept of Submission and Its Relationship with the Transfer of Ownership and Risk in the Contract of Sale", *Law and Politics Research Journal*, Allameh Tabatabai University Press,2000, PP.66-97. (in Persian)
56. Posner, Eric .A. "A Theory of Contract Law under Condition of Judicial Law Error" , *N.W.L Law Review*, Vol. 94, 2000, PP.749-774.
57. Posner, R. A., and A. M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis," *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, PP. 90–92.

58. Qasemzadeh, Seyyed Morteza, "The Mutual Effect of Contract", *Contract and Delivery, Legal Views*, No. 9, 2017, PP 87-118. (in Persian)
59. Sarmadi, Abbas and Saba Haqirat, "Legal Analysis of Risk in the System of Contracts with an Approach According to Imam Khomeini (PBUH)", *Matin Research Journal*, Vol. 17, No. 67, Summer 2014, PP. 97-124. (in Persian) :20.1001.1.24236462.1394.17.67.5.9
60. Serter, Yusuf Sertaç, "A Brief Survey on Law and Economics of Contract Law", *Juridical Tribune*, Vol. 9, 2019, PP.126-136.
61. Shavell, Steven, "Economic Analysis of Contract Law", *National Bureau of Economic Research*., NBER Working Paper No. 9696 Cambridge, 2003.
62. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law From the International Point of View", *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016, PP. 2006-2055.
63. Teichman, Dovon, "Non –Legal Sanctions and Damages: as Economic Analysis ", *European journal of legal studies*, Vol. 13, 2009, PP 18-35.

Thesisi

64. Kontautas Tomas. "Duty of Disclosure in Insurance Law. Rotterdam Institute of Law and Economics", Faculty of Law, Erasmus University Rotterdam in Law and Economics 2001/2002 Rotterdam, JULY 2002.

Websites

65. Case Law in www.cisg.law.pace.edu., Institute of International Commercial Law, <https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>

Cases

66. Beer v. Walker
67. Couturier v. Hastie
68. Healy v Howlett [1917] 1 K.B. 337
69. Kursell v Timber Operators
70. Sterns v Vickers

Comparative and Economic Analysis of Risk Transfer Point in General Property

Mohsen Alijani*

Ali Saatchi**

Omid Mohammadinia***

Abolghasem Ghorbani****

Received: 2024.10.09

Accepted: 2025.06.07

Abstract

This research is about comparative and economic analysis of risk transfer point in general property sale. Authors sought to answer this question: “what is the time of risk transfer point in general property sale”? This question is addressed through examination of the Vienna Convention, Iranian and English legal systems. Studying these three legal systems shows that the risk is a material and objective concept; meaning that in each of these three legal systems, the criterion of risk transfer in general property is the time during which the goods are in possession. Therefore, in legal systems, including Iranian law, based on a defensible belief (despite contrary opinions), the transfer of ownership of general property is effected as soon as the parties agree; the point at which risk transfers is not necessarily linked to a material event (delivery, possession, or other deliverable conditions). Because the party who possess the property is naturally responsible for risk, or at least has more suitable condition than the other party. In English law as well, the analysis of risk transfer point in general property, distinguishes between abstract and external realm. However the main issue is the required criterion to assess the time and point that is often determined in accordance with the circumstances of the contract or its customary practice, which is clearly addressed in Vienna Convention in some cases. From the economic analysis perspective, avoidance of moral risk, resulted by the information superiority of the seller, necessitate transfer of risk at the point of delivery to the customer, in such a way that the he is capable of various forms of disposal. In other hand, it is concluded that according to the logic of economic analysis, the seller’s position in a sale of a general property is more suitable for insuring the subject matter than the buyer.

Keywords:

Risk Transfer Point, General Property, Delivery, Transfer of Ownership, Economic Analysis

* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran.

** Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Corresponding Author Email: alisaatchi@um.ac.ir.

*** Assistant Professor, Faculty of Literature & Humanities, Vali-e-Asr University of Rafsanjan, Kerman, Iran.

**** LLM Student, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi College, Tehran, Iran.

