

وضعیت حقوقی انتقال گیرنده در اموال مشمول شرط حفظ مالکیت

مهراب داراب پور*

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

محمد داراب پور

کارشناس ارشد گروه حقوق محیط زیست دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۴/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۳/۴)

چکیده

گاهی حق مالکیت مالکان که در هنگام انتقال اموال برای خود ذخیره کرده‌اند تا در عوض آن به سایر مطالبات و حقوق خود برسند، با حق منتقل‌الیه باحسن‌نیت که تمامی معوض را پرداخت کرده است، در تعارض قرار می‌گیرد. سیستم‌های مختلف حقوقی برای برتری یکی از دو زیان‌دیده در معاملات بر دیگری، فلسفه خاص خود را دارند. در تحلیل این حقوق، بیشتر آثار اجتماعی و اقتصادی آن مورد نظر قرار می‌گیرد. مالک برای حفظ حقوق خود شرط ذخیره مالکیت می‌کند، ثالث عوض را به انتقال‌گیرنده می‌پردازد و مورد معامله را به تصرف خود درمی‌آورد تا از ادعای دیگران در امان باشد. حفظ یکی از این حقوق با بقای دیگری در تعارض آشکار است. در خصوص این موضوع دو دیدگاه متفاوت وجود دارد: دیدگاه نخست از آن اصول‌گرایان سنتی است که به «لا یحل مال امرء الا بطیبه نفس منه» متمسک می‌شوند و پاسخ قاطعی به بی‌حقی ثالث باحسن‌نیت می‌دهند؛ به هر قیمتی که می‌خواهد تمام شود. و دیدگاه دوماز آن عرف‌گرایان طرف‌دار کارآمدی اقتصادی است که تمایل شدیدی به حمایت از ثالث باحسن‌نیت و چرخش خدمات و پول و بهبود نسبی وضعیت معیشتی مردم دارند. هدف این پژوهش، تبیین فلسفی این تمایلات در تجارت بین‌الملل و رفع این سوء برداشت است که حمایت از مالک قلع ماده نزع می‌کند؛ درحالی که درواقع حمایت از مالک اولیه منشأ ایجاد بسیاری از دعاوی و درگیری‌های فراوان میان انتقال‌گیرندگان و دیگران است که نمی‌توان برای آن توجیه اجتماعی و اقتصادی ارائه کرد.

واژگان کلیدی

تأجیل، اصول‌گرایی، تحفظ مالکیت، توسعه، حسن‌نیت ثالث، رشد، شروط تعلیقی، کارایی اقتصادی.

۱. مقدمه

گاهی مالک تحفظ مالکیت می‌کند، ولی منتقل‌الیه آن را نادیده می‌گیرد و مال موردنظر را به ثالث باحسن‌نیت در مقابل عوض منتقل می‌کند؛ در این صورت حقوق مالک و ثالث در تعارض قرار می‌گیرد. سیستم‌های حقوقی دنیا با دیدگاه‌های مختلف این تعارض را تجزیه و تحلیل کرده‌اند.

برای حفظ مالکیت، تشخیص زمان انتقال ضروری است. به یک اعتبار، شاید بتوان ادعا کرد که بیع در تمام دنیا تملیکی است. اقتضای اطلاق عقد بیع، نه همه بیع‌ها، تملیک است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۷۲). تملیک به این معنا که در بیع، صرف نظر از زمان انتقال مالکیت، بالاخره باید مالکیت مبیع به خریدار و مالکیت ثمن به فروشنده منتقل شود. اگر برخلاف عرف حقوق‌دانان قائل شویم که زمان انتقال مالکیت، فی‌نفسه اثری در اصل انتقال مالکیت ندارد (امینی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۵-۱۶۱)، تفکیک بیع عهدی و بیع تملیکی معنا و مفهومی نخواهد داشت و در نهایت باید مالکیت، دیر یا زود، منتقل شود.

سیستم‌های حقوقی جهان راه حل واحدی را برای زمان انتقال مالکیت انتخاب نکرده‌اند. آنچه مهم است زمان انتقال مالکیت و اثر آن است. برخی سیستم‌ها انتقال مالکیت را از آثار عقد دانسته‌اند؛ یعنی این عقد است که باعث انتقال مالکیت می‌شود (حقوق ایران) (قناتی، ۱۳۸۲، ش ۵). گروه دیگری از سیستم‌های حقوقی، اقدامات فراتر و یا وجود شرایط و اوضاع و احوال خاص دیگری را از موجبات انتقال مالکیت می‌دانند (حقوق انگلیس). برای مثال به موجب ماده ۱۷ قانون بیع کالای انگلیس (مصوب ۱۹۷۹م با اصلاحات ۱۹۹۴م): «هرگاه قراردادی برای فروش کالای خاص یا معین وجود داشته باشد، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که طرفین آن را مقرر داشته‌اند». حکم کالای غیرمعین هم همین است؛ یعنی مالکیت در مبیع زمانی منتقل می‌شود که طرفین قصد انتقال مالکیت در آن زمان را داشته باشند. معمولاً طرفین در تجارت بین‌الملل، مثل حقوق داخلی، متعرض این موضوع نمی‌شوند و صرفاً توجه خود را به تصرف معطوف می‌کنند، نه مالکیت. ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس پنج قاعده را برای تعیین قصد و نیت طرفین در انتقال مالکیت وضع می‌نماید. این قواعد بر اساس اقداماتی وضع شده‌اند که از دیدگاه عینی قابل تشخیص و تشخیص هستند. اگر تحفظ مالکیت نشده باشد، مالکیت کالای معین و در وضعیت قابل تحویل در زمان انعقاد قرارداد منتقل می‌شود (قاعده اول). اگر کالا باید در نتیجه انجام کاری در وضعیت تحویل قرار داده شود (قاعده دوم)، یا اندازه‌گیری و توزین و آزمایش گردد (قاعده سوم)، مالکیت تا زمان انجام آن کار و اطلاع خریدار از آن منتقل نمی‌شود. اگر بیع کالا به شرط پذیرش آن از سوی خریدار یا فروشنده منعقد شده باشد، زمانی مالکیت منتقل می‌شود که قبول کالا به فروشنده اطلاع داده شود یا عملی انجام گیرد

(مثل فروش) که حاکی از قبول باشد (قاعده ۴). چنانچه زمانی برای استرداد مبیع مشخص نشود و خریدار آن را نزد خود نگه دارد، این اقدام دلالت بر قبول می‌کند و مالکیت منتقل می‌شود (قاعده ۵). در صورت تعیین نشدن زمان استرداد، گذشت زمان عرفی و متعارف قبول شمرده شده، مالکیت منتقل می‌گردد. البته این موضوع با بیعی که در آن شرط تحفظ مالکیت شده باشد، متفاوت است. هرگاه مالکیت، بدون شرط تحفظ، از نظر قانونی منتقل شود (علمی یزدی، حمیدرضا، ۱۳۸۳، ص ۶)، ولی عدم انتقال آن به واسطه درج شرط یادشده باشد، گفته می‌شود که تحفظ مالکیت صورت گرفته است (امینی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۲؛ قاسمی، ۱۳۸۲، ص ۳۵).

ریسک و مالکیت همیشه ضرورتاً همزاد و همراه نیستند. البته در برخی از سیستم‌های حقوقی انتقال ریسک به مالکیت گره خورده است. گروه دیگری از سیستم‌ها قائل به تفکیک شده‌اند و میان انتقال ضمان معاوضی و مالکیت ارتباطی قرار نداده‌اند و عمل‌گرایی بیشتری دارند. در بیع بین‌المللی معمولاً ارتباطی میان مالکیت و انتقال ضمان معاوضی وجود ندارد (داراب‌پور، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۵۰-۱۳)، اما به‌هرحال، انتقال مالکیت اثر خود را حفظ خواهد کرد. برای مثال در زمان ورشکستگی، انتقال مالکیت تعیین‌کننده تعلق مال به یکی از طرفین است. منافع معمولاً متعلق به مالک است. در صورتی می‌توان مبیع را توقیف کرد که خواننده دعوی مالک باشد. بنابراین، قانون حاکم مشخص می‌کند که چه زمانی مالکیت منتقل می‌شود. شرط تحفظ مالکیت ممکن است بر انتقال ریسک اثر گذارد و ضمان تلف مبیع حسب مورد برعهده ثالث باحسن‌نیت یا کسی که شرط به نفع او شده است قرار داده شود.

آیا طرفین در معاملات خویش می‌توانند انتقال مالکیت را به تعویق اندازند و به اصطلاح آن را حفظ کرده، برای خود ذخیره نمایند؟ با فرض اینکه جواب این پرسش مثبت باشد، که اغلب هست، حقوق مالکانه باید رعایت شود. کسی که مالکیت را برای خود حفظ نموده، مالک است و قانون او را مالک می‌شناسد. اما هنوز آغاز مشکل است. اصل در تجارت بین‌الملل بر این است که کسی نمی‌تواند مالی را که متعلق به خودش نیست، بفروشد. اما در معاملات تجاری بین‌المللی تصرف حرف اوّل را می‌زند تا مالکیت. افزون‌براین بر قاعده عدم امکان فروش مایملک دیگران استثنای فراوان و گسترده‌ای وارد شده است که اصل را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. استثنای یادشده در کامن‌لا، مثل فروش از سوی تاجر، فروش در بازار روز، فروش از سوی خریداری که کالا را بدون داشتن حق مالکیت در تصرف دارد یا فروشنده‌ای که هنوز کالایی را که مالکیتش را منتقل کرده است در اختیار دارد، از مصادیق بارز آن هستند (Darabpour, 1996, p28-38). به عبارت دیگر، حتی صرف نظر از تفاوت سیستم‌های حقوقی، در یک سیستم حقوقی نیز تعارض منافع مالک و منافع منتقل‌الیه باحسن‌نیت مطرح می‌شود (محسنی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۶).

اگر مالکیت به منتقل‌الیه انتقال داده نشده باشد، ولی باوجود عدم حق مالکیت، آن را به شخص ثالث باحسن‌نیتی در مقابل عوض کافی و وافی بفروشد، و سپس عدم مالکیت انتقال‌دهنده برملا شود، با توجه به تعارض حقوق این دو، چه کسی استحقاق بردن کالا و استفاده و بهره‌وری بعدی آن را دارد؟ اگر به مالکی که مالکیت را برای خود حفظ کرده است اولویت داده شود، چه اتفاقی در روند تجاری و بازرگانی پیش می‌آید؟ برعکس، هرگاه اولویت به متصرف باحسن‌نیت داده شود، اثر تحفظ مالکیت مالک چیست؟ مالکی که دیگر مالک شناخته نمی‌شود، چه حق و حقوقی دارد؟ آیا او صرفاً به‌عنوان طلبکار منتقل‌کننده شناخته می‌شود؟ یا حقوق و امتیازات دیگری هم دارد؟

هدف در این نوشتار، بررسی وضعیت حقوقی شرط تحفظ مالکیت و آثار آن نیست (ر.ک. سعیدی، محمدعلی؛ یزدانی، غلامرضا، ۱۳۹۰، ش ۱۴؛ پیرهادی، محمدرضا، ۱۳۸۶، ش ۷-۶). این مقاله درباره انتقال ریسک و تضمین ریسک، مخاطرات احتمالی برای مبیع و الزام به پرداخت، و نیز از فسخ یا انفساخ در صورت تأدیه نشدن ثمن بحث نمی‌کند، بلکه فقط محدود به این مطلب است که اگر مبیعی که در آن شرط تحفظ مالکیت شده است، به ثالث باحسن‌نیت فروخته شود و تعارض میان منافع و مالکیت مالک، و منافع و مالکیت خریدار باحسن‌نیت به‌وجود آید، به کدامیک باید اولویت داده شود؟

در اینکه مالک چه کسی است و انواع مختلف مالکیت چیست، بحث‌های گوناگونی وجود دارد. اما درباره اینکه ثالث باحسن‌نیت کیست، سخن بسیار است. برای روشن شدن این موضوع لازم است در خصوص حسن نیت نکاتی چند طرح شود. هرچند حسن نیت در بیشتر نظام‌های حقوقی شناخته شده، به لزوم رعایت آن حکم شده (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۷۸)، به‌عنوان یک ضابطه حقوقی مطرح شده (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۲) و در اسناد بین‌المللی نیز به آن استناد شده (جعفرزاده و سیمایی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۵؛ داراب پور، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۰)، در حقوق ایران به‌صراحت از آن نامی برده نشده است. از مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۴ قانون مدنی ایران در خصوص وطی به شبهه می‌توان برداشت نمود چون عمل واطی از نمونه‌های بازر حسن نیت است (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ص ۱۱) و شخص از نفس عمل خود آگاه نبوده، اعتقاد به صحت عمل خود دارد، قانون‌گذار از وی حمایت می‌کند. از طرفی در ماده ۶۸۰ قانون مدنی آمده است، تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود اختیارات وکالت خود اقدام نماید، نسبت به موکل نافذ است. گفته شده است این ماده صرفاً ناظر به وضعیت انحلال عقد وکالت نیست، بلکه بیانگر نفوذ مفهوم حسن نیت در سیستم حقوقی ایران است (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۸۲-۸۰). از ماده ۲۶۳ قانون مدنی در رجوع خریدار برای ثمن و غرامات به بایع فصول هم مفهوم حسن نیت قابل برداشت است. در ماده ۶۵ قانون مدنی وقفی که به علت ضرر دیان

واقف باشد، منوط به اجازه آن‌ها شده است. لذا بایستی در این عقد، حسن نیت وجود داشته باشد؛ وگرنه این وقف به عقد غیرنافذ تبدیل می‌شود. در قانون تجارت در ماده ۳۳۷ آمده است، دلال بایستی در نهایت صداقت عمل نماید که یکی از معانی حسن نیت است. حتی در برخی مواد قانونی نداشتن حسن نیت موجب تأثیر بر نفوذ عقد می‌گردد؛ مثل معامله از روی تدلیس (ماده ۴۲۹ ق.م) که حق فسخ را برای فریب‌خورده ایجاد می‌کند و گاهی موجب بطلان عقد می‌شود، مثل عقد بیمه (ماده ۱۲ قانون بیمه) و نیز مواد ۳ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیک که اصطلاح حسن نیت را به‌صراحت به‌کار برده‌اند (عبادی بشیر، ۱۳۸۶، ص ۱۱) که به لزوم حسن نیت در معاملات، مانند برخی دیگر از مواد قانونی (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۸۲) اشاره دارد.

باوجود آنچه مطرح شد، هرچند حسن نیت در حقوق ایران در مقابل دیگران قابل استناد است، ولی نه در این حقوق و نه از دیدگاه تلاشگران فقهی حاکم، هیچ‌گاه خریدار یا منتقل‌الیه باحسن نیت در مقابل مالک حمایت نشده است (صانعی، ۱۳۸۵، ش ۵۰۹). همیشه و در همه‌جا این اولویت با مالک بوده است (صانعی، ۱۳۸۵، ش ۵۱۰)؛ حتی در خصوص خریداران باحسن نیت، از کسی که مالکیت برای طرف مقابلش با شرط تحفظ ذخیره شده است، جایی برای حمایت از آن‌ها وجود ندارد.

با این توضیح، برای فشرده و کوتاه نمودن سخن، نخست انواع شروط تحفظ مالکیت بررسی شده، سپس به بررسی انواع انتقال‌گیرندگان پرداخته می‌شود. تحلیل هرکدام از این دو تحریر رساله‌هایی قطور می‌طلبد ولی در اینجا چاره‌ای جز ارائه چکیده‌ای از مطالب وجود ندارد.

۲. شیوه‌های ذخیره مالکیت

عنوان شده است که توافق متعاقدین برای تعیین زمان انتقال مالکیت معمولاً در قالب تعلیق^۱ (طباطبایی بزدی، ۱۳۷۸، ص ۹۱) یا تأجیل صورت می‌پذیرد. امکان دارد تعلیق به صورت شرط تعلیقی یا شرط فاسخ باشد. این موضوع درباره تأجیل نیز صادق است؛ یعنی ممکن است تأجیل به صورت اجل تعلیقی یا اجل فاسخ ظهور پیدا کند. در اینجا لازم است درباره شروط تعلیق و شروط فاسخ توضیح مختصری داده شود:

هرگاه متبایعین شرط نمایند که انتقال مالکیت موقوف و متوقف به وقوع امر احتمالی آتی شود، به آن شرط تعلیقی یا شرط واقف می‌گویند. این شروط مانع انتقال مالکیت می‌شوند؛

۱. هرگاه انتقال مالکیت منوط و مقید به امر دیگری باشد، چنین عقدی را عقد معلق گویند (ر.ک. مواد ۱۰، ۱۸۴، ۶۹۹، ۷۲۳ و ۱۰۶۸ قانون مدنی، ۳۵۰ قانون تجارت). در فقه حول صحت و بطلان، و امکان تعلیق در انشا یا منشا آن نظریات مختلفی فراوانی وجود دارد.

مثل اینکه فروش کارخانه‌ای منوط به خرید خانه‌ای در شهر دیگر برای فروشنده باشد. هنگامی که خرید خانه صورت پذیرد، انتقال مالکیت کارخانه محقق می‌شود، نه قبل از آن. اگر خانه در ظرف مدت تعیین شده خریداری نشود، مالکیت هم منتقل نمی‌گردد (پرهادی، محمدرضا، ۱۳۸۶، ش ۶-۷).

هرگاه فروشنده مالکیت مبیع را به شرط فاسخ به خریدار منتقل کند، مثل اینکه معلق‌علیه عبارت از عدم تأدیه ثمن باشد، مالکیت فقط با تأدیه ثمن منتقل می‌شود. پس در صورت تحقق نیافتن معلق‌علیه در موعد مقرر، یعنی تأدیه نشدن ثمن، بیع خودبه‌خود منفسخ و منحل شده، اصولاً مالکیت منتقل نمی‌گردد، که به این شرط، شرط فاسخ می‌گویند. در شرط تعلیقی، معلوم نیست که شرط تحقق می‌یابد یا خیر، مثل اینکه فروشنده بتواند ظرف مدت ۶ ماه برای خود کارخانه‌ای در استان دیگر بخرد. در این شرط انتقال مالکیت امری نیست که در آینده به صورت مسلم اتفاق بیفتد، مالکیت خریدار منوط به وقوع شرط تعلیقی است که ممکن است حادث شود یا خیر.

در اجل تعلیقی که شرط تأجیل نیز نامیده می‌شود، شرط به‌طور مسلم اتفاق می‌افتد، ولی مدتی طول می‌کشد؛ مثل اینکه شرط شود مالکیت عین یا منافع^۱ شش ماه بعد منتقل گردد. در اغلب سیستم‌های حقوقی در اجل فاسخ، با فرارسیدن اجل، معامله خودبه‌خود منحل و منفسخ می‌شود، اما باز هم این انحلال و انفساخ مشروط به استرداد ثمن است. این امر اجل فاسخ را شبیه شرط فاسخ جلوه می‌دهد؛ با این تفاوت که در شرط فاسخ تأدیه نشدن ثمن اولیه موجب انفساخ است و در اجل فاسخ استرداد مجدد ثمن از موجبات انفساخ می‌باشد (داراب‌پور، حقوق بیع داخلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۰). برخلاف دیدگاه بسیاری از بزرگان حقوق، گفته شده است که دائمی بودن مالکیت ویژگی ذاتی آن نیست (داراب‌پور، حقوق اموال و مالکیت، ۱۳۹۱، ص ۷۶)؛ پس در بیع اشکال ندارد که اجل فاسخ گذارده شود. برای مثال، شخصی خانه خود را بفروشد و شرط کند که در صورتی که ظرف یک‌سال ثمن را مسترد دارد، خانه خود را از خریدار تحویل بگیرد (داراب‌پور، حقوق بیع داخلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۰). در این صورت به جای تعهد به بازفروش خانه به فروشنده پیشین، با همان عقد قبلی مالکیت به او مسترد می‌شود. پس شرط به‌عنوان اجل فاسخ صحیح است و مانعی ندارد. سبب این انتقال همان توافق اولیه طرفین در قالب شرط خواهد بود که به صورت قید بر اثر اصلی عقد که انتقال مالکیت است وارد می‌شود و مالکیت خریدار با چنین قیدی برای مدت معین شده از سوی طرفین ایجاد می‌گردد. اگر ثمن در مهلت مقرر مسترد گردد، مالکیت هم مسترد می‌شود که گویا بیع منفسخ شده است. هرگاه ثمن در موعد

۱. برای مثال ماده ۴۶۹ قانون مدنی را ملاحظه فرمایید. «مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد، از وقت عقد محسوب است».

مورد نظر مسترد نشود، گویا طرفین با استمرار مالکیت خریدار توافق کرده‌اند. این یکی از نمونه‌هایی است که بعد از عقد بیع، مالکیت برای بایع، به شرط استرداد ثمن، محفوظ نگهداشته می‌شود. آیا خریداری که مالکیت وی منتفی شده است، می‌تواند مالکیت نداشته خود را به خریدار باحسن نیت منتقل کند. اگر وی به چنین کاری اقدام نماید، در تجارت بین‌المللی چه کسی حق تصرف بی قید و شرط مبیع را دارد. با این توصیف، باید گفت که تأجیل اگر به صورت اجل تعلیقی باشد، انحلال عقد امری نیست که در آینده به صورت حتمی و مسلم اتفاق بیفتد، و انحلال عقد منوط و مقید و مشروط به وقوع معلق علیه است که امری احتمالی است. اما اگر تأجیل به صورت اجل فاسخ باشد، پس از مدتی عقد به‌خودی خود منفسخ و منحل می‌شود.

مطلب اصلی اینجاست که آیا خریداری که کالا را در اختیار دارد ولی مالکیت به وی منتقل نشده است، می‌تواند مالکیت نداشته خود را به خریدار باحسن نیت منتقل کند؟ قبل از پاسخ به این پرسش لازم است انواع شروطی که بین تجار برای تحفظ مالکیت مطرح است به اختصار بیان شود.

۳. نمونه‌ها و انواع مختلف شروط تحفظ مالکیت

توافق طرفین در تعیین زمان انتقال مالکیت در مبیع، محصور و محدود به نوع خاصی نمی‌شود. بیع به شرط بررسی کالا که به نام‌های بیع به آزمون یا بیع به شرط تجربه یا بیع به اختبار شناخته می‌شود و بیع به شرط فروش یا برگشت، دو نمونه از بیع‌های شناخته‌شده در حفظ مالکیت هستند. اما در اینجا صرفاً به انواعی از شروط تحفظ مالکیت اشاره می‌شود که در بازرگانی بین‌المللی برای تضمین پرداخت تمام یا بخشی از ثمن یا بدهی‌های مربوط به معامله موردنظر یا دیگر معاملات، معمول و مرسوم است.

انواع عمده شروط حفظ مالکیت در این‌گونه بازرگانی‌ها عبارت‌اند از:

- شروط ساده حفظ مالکیت (Simple retention clauses)
- شروط پرداخت تمام بدهی (All monies retention clauses)
- شروط تعمیم‌یافته (Extended retention clauses)

الف) شرط ساده حفظ مالکیت

فروشنده در این‌گونه شروط، مالکیت کالا را برای خود تا پرداخت ثمن مبیع حفظ می‌کند. هرچند در برخی از سیستم‌های حقوقی این حفظ مالکیت در مقابل اشخاص ثالث باحسن نیت فاقد اثر است، اما تا مادام یا مقداری که به اشخاص باحسن نیت یادشده منتقل نشده باشد،

مالکیت محفوظ خواهد ماند. در پرونده‌ای انگلیسی (Cloughe Mill v Martine, 1983, p.111)، فروشنده با شرط ساده حفظ مالکیت، مالکیت مبیع (قرقره‌های نخ) را برای خود حفظ کرده بود؛ به این صورت که مالکیت نخ‌هایی را که مطابق شرایط قراردادی از سوی فروشنده واصل گردیده تا هنگام پرداخت کامل ثمن مبیع یادشده، یا تا هنگامی که خریدار نخ‌های خریداری‌شده را به مشتریان باحسن‌نیت خود و به نرخ متعارف نفروخته است، برای فروشنده محفوظ خواهد ماند. دادگاه تجدید نظر انگلیس حکم صادر کرد که مقداری از نخ‌های فروخته‌شده که به ثالث باحسن‌نیت فروخته نشده است، همچنان در مالکیت بایع باقی مانده، قابل استرداد است. در سیستم‌های دیگر هم مخالفت چندانی با این شرط نشده است.

ب) شرط پرداخت تمام بدهی

هرگاه فروشنده شرط کند که مالکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود، تا تمام بدهی‌های مربوطه به معامله حاضر و بدهی‌های پیشین با فروشنده تسویه گردد، به این شرط تحفظ مالکیت، شرط پرداخت تمام بدهی گویند. در این حالت، مالکیت مبیع هنگامی به خریدار منتقل می‌شود که وی تمام بدهی‌های خود را پرداخت کرده یا به همه تعهداتی که خریدار نسبت به فروشنده داشته است عمل کرده باشد. در صحت چنین شروطی و در اینکه آیا مبیع در نقش وثیقه ظاهر می‌شود و مانند تضمین عمل می‌کند، بحث‌های فراوانی وجود دارد (Bradgate, 1991, p.727). اما اصل آزادی قراردادها و اصل صحت شروط معقول و متعارف ایجاب می‌کند که فروشنده بتواند با رضایت خریدار هر شرط یا شروطی را که بخواهد در خصوص انتقال مالکیت به خریدار درج کند و لازم نیست دیونی که انتقال مالکیت مبیع منوط و مشروط یا معلق به آنها شده است، از خود قرارداد ناشی شوند؛ البته این دیون باید مشروعیت داشته باشند. این‌گونه شروط به‌ویژه در خصوص قراردادهای مرتبطی که تفکیک موضوعات آنها از یکدیگر مشکل است نیز کاربرد مناسب دارد (R. Michael Milo, 2003, P.128).

قضات مجلس اعیان انگلیس در دعوی شرکت آلمانی علیه شرکت اسکاتلندی که در آن پرداخت تمام بدهی‌ها از سوی خریدار شرط شده بود، به صحت چنین شرطی رأی دادند (Armour v Thyssen Edelstahwerke, 1990, P.676). در این قرارداد این‌گونه شرط شده بود: «تمامی کالاهای تسلیمی در مالکیت فروشنده باقی خواهد ماند تا زمانی که کلیه بدهی‌هایی که خریدار به فروشنده دارد، از جمله هرگونه باقی‌مانده حساب موجود در معاملات دوره گذشته، تسویه شود». ملاحظه می‌شود که انتقال مالکیت در مبیع خاص منوط به پرداخت کلیه بدهی‌های زمان‌های گذشته گردیده است. در این پرونده، قضات دادگاه عالی انگلیس (مجلس اعیان) در رد وثیقه بودن مبیع بر این نکته تأکید داشتند که به موجب قرارداد میان طرفین،

مالکیت به خریدار منتقل نشده تا خریدار بخواهد یا بتواند به نفع فروشنده مبیع را نزد فروشنده به وثیقه بگذارد و اصولاً کسی می‌تواند مالی را به وثیقه بگذارد که مالک باشد. با شرط تحفظ مالکیت، خریداری که هنوز مالک نشده است، نمی‌تواند مالی را به وثیقه گذارد.

ج) شرط تعمیم‌یافته

گاهی فروشندگان شرط تحفظ مالکیت را به عواید و درآمدهای ناشی از فروش مبیع از سوی خریدار تسری می‌دهند. در معاملات تجاری قصد طرفین بر این است که خریدار مبیع را در جریان تولیدات دیگر به‌کار برده، از آن استفاده تجاری نماید تا بتواند ثمن معامله خود را به فروشنده پرداخت کند. این نوع تعمیم، تعارض مالکیت میان ثالث باحسن‌نیت و مالک (فروشنده اصلی) را به‌وجود نمی‌آورد و محل بحث مقاله حاضر نیست. طرح بحث انتقال دعوی یا فروش امانی هم مشکل چندانی در روابط خریدار باحسن‌نیت و فروشنده اولی ایجاد نمی‌کند تا در اینجا بررسی شود (Spence, 1989, p.228).

باوجوداین، گاهی شرط تحفظ مالکیت به‌صورت تعمیم شرط به محصولات ساخته‌شده از مبیع جلوه می‌کند. در این خصوص، قلمرو شرط افزون‌بر موضوع قرارداد به کالاهای دیگری نیز که در تولید آنان از مبیع استفاده شده است، تسری پیدا می‌کند. یعنی فروشنده شرط می‌کند که هرگاه از مبیع برای ساخت کالاهای دیگری استفاده شود، آن محصولات کلاً یا جزئاً در مالکیت فروشنده قرار گیرد (Bridge, 1998, P.110, . Atiyeh,2001,P.473; Davies,1999, P.111).

در اینکه چه توجیه اقتصادی دارد که فروشندگان مواد اولیه، به‌ویژه اگر تعداد آن‌ها قابل اعتنا باشد، مالک کالای تولیدشده جدید باشند، بحث بسیار است. آیا اصولاً چنین مالکیتی در عالم تجارت ایجاد می‌شود؟ از نظر اصولی مانعی در راه تحصیل مالکیت از این طریق وجود ندارد، آزادی قراردادها آن را تأیید می‌کند. اما چگونه می‌توان مالکیت مبیعی را که ماهیت آن تغییر یافته و به اعتباری از بین رفته است، برای فروشندگان متعدد تأمین‌کننده مواد اولیه کالای جدید محفوظ نگاهداشت؟ ارزش خدمات تولیدی و دانش فنی به‌کار رفته در کالای جدید چگونه محاسبه می‌شود و چه سهمی از مالکیت را دارد؟ آیا در تجارت داخلی و بین‌المللی، از خریداران انتظار می‌رود که تحقیق نمایند در معاملات اولیه که هیچ اطلاعی از آن ندارند و نمی‌توانند داشته باشند، شرط حفظ مالکیت شده است یا خیر؟ آیا در صورت وجود چنین انتظاری، اطمینان در بازار باقی می‌ماند و معاملات روند متعارف خود را خواهد داشت؟

۴. انتقال گیرندگان ثالث

انتقال گیرندگان اموال مشمول تحفظ مالکیت از دو دسته خارج نیستند؛ یا باحسن نیت و بدون اطلاع از حقوق دیگران در مبیع، آن را خریداری می‌کنند یا اینکه از حقوق دیگران در مبیع آگاه هستند و باوجود این مبادرت به خرید مبیع متعلق به دیگری می‌نمایند.

الف) انتقال گیرندگان با حُسن نیت

انتقال گیرندگان باحسن نیت، اشخاصی هستند که در بازار و در روند کار تجاری و طبق رویه و عرف بازار کالایی را خرید و فروش می‌کنند و در مقابل خرید خود عوض مناسبی را می‌پردازند. این گونه افراد نه تنها قابل سرزنش نیستند، بلکه در مواقعی که در جامعه با مشکل روبرو می‌شوند، قابل حمایت نیز شمرده می‌شوند. چنین افرادی نه از مالکیت دیگران خبر دارند و نه عرفاً از آنان انتظار می‌رود که چنین اطلاعی را داشته باشند. در اغلب حقوق کشورها از این گونه افراد حمایت شده است. در حقوق ایران از چنین انتقال گیرنده‌ای در مقابل دیگران تا حدودی حمایت شده، ولی در مقابل مالک هیچ حمایتی از وی به عمل نیامده است. به نظر بیشتر تلاشگران فقهی، مبیع باید ملک فروشنده باشد، وگرنه یکی از شرایط بیع رعایت نشده، مالکیت منتقل نمی‌شود (شهید اول، بی تا، ص ۱۰۵).

تصرف با حسن نیت، تصرف در عین مال (مادی یا آفرینش‌های فکری) غیر است با تصور وقوع یکی از موارد انتقال مالکیت که معمولاً عقد و قرارداد می‌باشد. متصرف باحسن نیت از نظر وجدانی قانع شده است که تصرف وی صحیح است. تصرف متصرف باحسن نیت، با اعتقاد شخصی او بر مشروع و قانونی بودن عمل و اقدام وی همراه می‌باشد؛ هرچند در عالم خارج این اعتقاد برخلاف واقع است. انتقال گیرنده باحسن نیت که مالی را تصرف می‌کند، علم و آگاهی ندارد و زمینه‌ای هم برای وی وجود ندارد که این تردید حاصل شود که این انتقال قانونی نیست. اگر چنین وضعیتی وجود داشته باشد، به نحوی که از دیدگاه نوعی نیز یقین یا حتی تردیدی در وجود حسن نیت وجود داشته باشد، نمی‌توان انتقال گیرنده را باحسن نیت به‌شمار آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۶۰۷۹۰ و ص ۱۶۶۲).

در فقه امامیه، با تأکید شدیدی که بر حرمت مال مردم شده و اینکه کسی جز مالک یا نماینده قانونی وی حق انتقال مال به غیر را ندارد (شیخ طوسی (ره)، ۱۳۴۳، ص ۳۸۹) و حتی معامله فضولی بدون تنفیذ مالک باطل است (آیت الله خویی (ره)، ۱۳۷۷، ص ۱۶۳؛ شیخ انصاری (ره)، ۱۴۲۷، ص ۳۴۹؛ شهید ثانی (ره)، ۱۴۱۴، ص ۴۲)، اصولاً هیچ حمایتی از انتقال گیرنده باحسن نیت در مقابل مالک نمی‌شود. تلاش‌های وسیع تلاشگران فقهی پیرامون بیع فضولی و بیع مالایملک (صانعی، ۱۳۸۹، ش ۸۸۳) نشان از صحت ادعای نویسندگان مقاله حاضر دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۵۷۶).

به‌درستی گفته شده است که فقه، نظر تلاشگران فقهی است که این نظریات می‌تواند با یکدیگر تفاوت و گاه تعارض داشته باشد (صانعی، ۱۳۸۶، ش ۵۸۷؛ صانعی، ۱۳۸۵، ش ۵۲۵). این تعارض حتی در بین تلاشگران فقهی یک مذهب نیز وجود دارد. به‌طور طبیعی این تعارض در میان تلاشگران فقهی مذاهب مختلف بیشتر است. در برخی دیگر از مذاهب اسلامی، منتقل‌الیه باحسن‌نیت حمایت شده است؛ برای نمونه در فقه امام حنبل (ره)، تا حدودی این گونه افراد تحت حمایت قرار گرفته‌اند. برای مثال اگر شخص باحسن‌نیتی زمینی را خریداری کند و در آن باغی احداث کند یا خانه‌ای بسازد، مالک حق ندارد باغ یا ساختمان را ازین ببرد؛ مگر اینکه خسارت وارده به خریدار باحسن‌نیت را جبران کند و سپس به انتقال‌دهنده‌ای که مالک نبوده است مراجعه کند. این نظریه امام حنبل (ره) با تئوری‌های اقتصادی قبال توجیه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ش ۲۱۵). در فقه مالکی^۱ نیز از وراث باحسن‌نیت که خبر از دین مورث خود ندارد و وراث هم مشهور به بدهکاری نبوده، حمایت شده است. اگر میت به بدهکاری شهرت داشته، اقدام وراث با حسن نیت تلقی نشده و طلبکار می‌تواند در هر کجا که مال میت را ملاحظه کرد مطالبه کند و بیع ورثه هم به علت سوء نیت باطل است. البته خریداران می‌توانند ورثه (انتقال دهندگان مال) را برای زیان وارده به خود، تحت تعقیب قرار دهند. اگر مورث به بدهکاری به مردم شهرت نداشته، ورثه مال مورثی را فروخته باشند، رجوع به خریداران باحسن‌نیت جایز نیست؛ ولی طلبکاران می‌تواند برای جبران خسارات به ورثه (فروشنندگان) مراجعه کنند^۲. این دو فقه نسبت به فقه خاصه، باوجود شناسایی حسن نیت، در موارد گوناگون (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۷) عملگراتر بوده‌اند و برای اشخاص باحسن‌نیت اعتبار ویژه‌ای قائل شده‌اند. در فقه خاصه نسبت به قواعد مالکیت تعبد بیشتری صورت گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۸۶).

ب) انتقال‌گیرندگان باسوءنیت

اشخاصی در جامعه حضور دارند که اموال مشکل‌دار را به ثمن کمتر از بهای عوض آن می‌خرند. به این‌گونه افراد شرخر می‌گویند. شرخرها اصولاً به علت سوءنیتی که دارند قابل حمایت نیستند، چون بر علیه خود عمل می‌کنند و خود کرده را تدبیر نیست. افزون‌براین، جامعه هم آن‌ها را مقصر می‌داند و حمایت از آنان را تجویز نمی‌کند و این اشخاص محل بحث مقاله حاضر نیستند. به‌هرحال، تشخیص این اشخاص از انتقال‌گیرندگان باحسن‌نیت

۱. کتاب المدونه الكبرى، جلد ۵، ص ۲۰۸، به نقل از جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، دایرةالمعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد دوم، ۱۳۸۶، ص ۲۸۴ و ۲۸۵

۲. کتاب المدونه الكبرى، همان، ص ۲۰۹، به نقل از جعفری لنگرودی، همان، ص ۲۸۵.

ضروری است. اگر خرید یا انتقال در مقابل معوض نامتعادل باشد و موازنه اقتصادی رعایت نشده باشد (امینی، ۱۳۸۹، ص ۷۵)، معلوم است که انتقال گیرنده حُسن نیت ندارد یا حداقل باید در حُسن نیت وی شک داشت.

چگونه می‌توان از گروه اول که مبیع را با پرداخت عوض مکفی و متعادل تصرف کرده‌اند حمایت کرد؟ این موضوع را باید در عنوان بعدی جستجو نمود.

۵. چگونگی رفع تعارض حقوق مالک دارای شرط ذخیره مالکیت و ثالث باحسب نیت

گفته شد که این نوع شرط تقریباً در همه سیستم‌های حقوقی شناخته شده است. در عربی به‌عنوان «شرط الاحتفاظ بالملک» آمده است (سعد، ۱۹۹۷، ص ۱۹۸). در حقوق انگلیس این شرط اولین بار در پرونده «رومالپا» (Romalpa, 1976, P690) مطرح شد و به‌عنوان «Title Retention Clause» شهرت یافت (Coltman, 2009, p.11). این مفهوم در بند ۱ ماده ۱۹ قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹م با اصلاحات ۱۹۹۴م و در ماده ۲۵۱ قانون ورشکستگی انگلیس (Insolvency Act 1986) نیز آمده است. به موجب این ماده، موافقت‌نامه حفظ مالکیت به معنای موافقت‌نامه برای فروش به یک شرکت است که هرچند حق حبس یا تصرف مبیع را به شرکت فروشنده تا زمان تأدیة ثمن نمی‌دهد، اما اگر ثمن به فروشنده پرداخت نشود و شرکت خریدار ورشکست گردد، فروشنده بر همه طلبکاران شرکت نسبت به مبیع یا هر مال دیگری که جانشین مبیع باشد، حق تقدم خواهد داشت. این شرط در پرونده‌های بعدی تعدیل گردید (Hendy Lenox v. Grahame, 1984, P.152 & Wheeler, 1991).

به‌موجب ماده ۴۳۰ قانون مدنی مصر: «هرگاه در بیع، ثمن موجد باشد، فروشنده مجاز است شرط کند که انتقال مالکیت مبیع به مشتری موقوف به پرداخت کامل ثمن است، هرچند که مبیع تسلیم مشتری شده باشد».

در ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان نیز تصریح شده است: هرگاه با بیع مالکیت مال منقولی را تا پرداخت کامل ثمن برای خود حفظ نماید، در حالت تردید، چنین توافقی به معنای تعلیق انتقال مالکیت بوده و عبارت است از تأدیة کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد، در صورتی که مشتری در پرداخت تأخیر نماید (سعد، ۱۹۷۷، ص ۱۹۹). به‌موجب این ماده، بیع خودبه‌خود منفسخ نمی‌شود، بلکه حق فسخ برای بایع به‌وجود می‌آید. در اینجا هدف رعایت اصل بقای معامله است که در صورتی که خسارات فروشنده به نحوی جبران گردد، از به‌هم خوردن معامله جلوگیری شود. در اینجا، برخلاف برخی از سیستم‌های حقوقی دیگر، شرط تحفظ مالکیت منحل و منفسخ‌کننده نیست، بلکه اعطاکنده حق فسخ است. گاهی با چنین شرطی فقط انتقال مالکیت به تأخیر می‌افتد. در ایران هم نویسندگان به صحت چنین شرطی نظر

داده‌اند (داراب‌پور، ۱۳۹۲، ص ۱۴۴). مقررات وضع شده در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ش و دستورالعمل‌های آن و تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ش مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز ابهام شرط تحفظ مالکیت را رفع نکرده است، بلکه وثیقه و فسخ و انفساخ و تضمین را در یکدیگر مخلوط نموده است.

آیا مبیعی که با حفظ حق مالکیت به مشتری داده می‌شود، صرفاً به وی حق حیات می‌دهد و یا مالکیت را به وی منتقل می‌کند؟ در تجارت بین‌الملل، حق مالکیت منتقل می‌شود و هرگونه اقدامی بر مبیع فروخته شده ممکن است. در حقوق تجارت بین‌الملل تصرف فیزیکی تقریباً معادل مالکیت در حقوق داخلی برخی کشورهاست.

اعمال برخی از حقوق، طبیعی است؛ مثل اینکه خریدار می‌تواند در مبیع با بیع و رهن تصرف کند و مشتری دوم نیز از طریق مشتری اول مأخوذ به شرط تحفظ مالکیت است و مرتهن نیز بر مبنای شرط تعلیقی دارای حق رهن خواهد بود (سعد، ۱۳۷۷، ص ۲۰۴). هرچند در برخی از سیستم‌های حقوقی انتقال به خریدار با حسن نیت طبیعی جلوه می‌کند و پس از ورشکستگی شرط حفظ حق مالکیت منتفی می‌گردد (سنهوری، ۱۹۶۹، ص ۱۷۳)، اما در سیستم‌های سنت‌گرا چنین اموری عادی و طبیعی به نظر نمی‌رسد. حقوق دانانی که پیشنهاد کرده‌اند این اثر شرط تحفظ مالکیت همچنان برای فروشنده باقی بماند (سعد، ۱۹۹۷، ص ۲۰۴)، به تحلیل اقتصادی حقوق توجه کافی نداشته‌اند.

الف) سنت‌گرایی و کشف قوانین

قوانین و مقررات ناشی از سنت‌ها ضرورتاً پایگاه اقتصادی و فایده‌گرایی و سود و زیان ندارند، بلکه اغلب از اصول کلی منتج می‌شوند. به هر حال، نوپاهای مذهبی که قرن‌ها از حکومت دور بوده و قصد اعمال مو به موی دیدگاه‌های سنتی و تاریخی خود را دارند، حمایت بی‌دریغی از مالکیت می‌کنند. برخی تلاشگران فقهی حتی بیع ملک خود با ملک دیگری را نیز صحیح نمی‌دانند؛ اعم از اینکه وقف باشد یا قابلیت ملکیت نداشته باشد (صانعی، ۱۳۸۹، ش ۸۷ و ۸۸). آن‌ها اصولاً خود را فارغ از خواسته‌های جامعه و رفاه مردم و پیشرفت اقتصادی می‌دانند و فقط به وظیفه تعیین شده خود پایبند هستند. در این راستا به دلایل بسیاری از جمله «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لایحل مال امرء الا بطیبه نفسه»، و «حرمت مال المومن کحرمة دمه» استناد می‌کنند (الغروی، مازح، ۱۹۹۸، ص ۲۱۳).^۱ حق هم همین است که اگر حرمت‌ها شکسته شود و مال مردم به دیگران فروخته شود و خریداران هم مالک مالی شوند که فروشنده مالک آن نبوده است (المحقق الحلی، ۱۳۸۹، ص ۲۶۹)، مشکلات بسیار زیادی در جامعه رخ می‌دهد؛ امنیت مردم از

۱. فلا ینعقد بیع ما لیس مملوفاً الا فی السلم ... فلا ینعقد بیع المغصوب ... لا یصح ان بیعه الغاصب، لانه لیس مملوفاً له.

بین می‌رود و رقابت برای خوردن و بردن مال دیگران شدت می‌گیرد. ولی به هر حال، گاهی این دیدگاه آن قدر خشک و غیرقابل انعطاف می‌شود که معاملات در بازار را تحت الشعاع قرار می‌دهد؛ به نحوی که باید به اموال در دست تجار با دیده شک و تردید و عدم تعلق مالکیت به متصرف نگاه کرد. در این صورت برای مردم، بازار مناسبی باقی نمی‌ماند و زندگی مردم به جای شادمانی به طرف تلخی و ناکامی پیش می‌رود. خریداری که به بازار می‌رود و کالایش را می‌خرد، باید با آرامش و اطمینان ثمن را به فروشنده بپردازد و نگران نباشد که با وجود پرداخت کامل ثمن، از استفاده از مبیع محروم خواهد شد. در اینجا دو بی‌گناه حضور دارند؛ یکی مالکی که جامعه و مردم و قانون برخی کشورها و مقررات فقهی، مالکیت وی را به رسمیت شناخته، از وی حمایت می‌کنند و دومی خریداران باحسن نیت که باز هم جامعه و مردم و قانون برخی کشورهای دیگر به حمایت از وی برمی‌خیزند. در این تعارض که وزنه هر دو کفه برابر است، باید برای کدام یک اولویت قائل شد؟

در اولین پاسخ به این پرسش گفته می‌شود، کسانی که می‌دانند اموال در معرض فروش متعلق به دیگران است و مالکیت حفظ شده است و فروشنده حقی در فروش ندارد و با وجود این با پرداخت وجوهی مال دیگران را به تصرف خود درمی‌آورند، حسن نیت ندارند. از کسانی که حسن نیت ندارند نباید حمایت شود. هر چند گروهی از حقوق دانان امکان بازپس گیری این ثمن را برای خریدار به دلایل مختلف، از جمله دارا شدن غیرعادلانه، متغی ندانسته‌اند، اما گروهی دیگر همین خریدار را مسئول منافع مستوفات و منافع غیرمستوفات نیز به حساب می‌آورند و او را مسئول پرداخت خسارت‌های وارده به مال اعم از خسارت مادی و خسارت تقلیل بهای مال تصرف شده می‌دانند.

در حقوق ایران، صرف نظر از موارد استثنایی که برخی از آن‌ها برگرفته از حقوق غربی است و شرح آن گذشت (Darabpour, 1996, p8-28)، حقی برای خریدار ثالث باحسن نیت در مقابل مالک شناسایی نشده است. معمولاً با ثالث باحسن نیت مانند غاصب شیاد و عدوانی برخورد می‌شود. برای ثالث باحسن نیت در مقابل مالک هیچ حقی متصور نیست؛ گرچه ثمن کامل و حتی بیش از آن هم به غاصب یا کسی که در حکم غاصب است پرداخت کرده باشد (داراب‌پور، ۱۳۹۰، ص ۲۸۲). منتقل‌الیه و خریدار باحسن نیت از طریق کسی که مالک نیست، کسب مالکیت نمی‌کند و مالکیت جز از طریق موازین سنتی قانونی منتقل نمی‌شود و به‌طور کلی در این سیستم شدیداً از حق مالکیت مالک حمایت می‌شود. به عبارت دیگر، در حقوق ایران، خریدار بیش از حقی که کسب کرده است و محدود به شرط تحفظ مالکیت شده است، نمی‌تواند به خریدار باحسن نیت منتقل کند. بنابراین، حسن نیت موجب زوال حق ناشی از

شرط حفظ مالکیت بائع و مالک اولیه نمی‌شود. شرط تحفظ مالکیت، البته با فرض پذیرش چنین شرطی، به‌طور کلی خریداران باحسن‌نیت را از استفاده از معاملات خود بی‌بهره می‌کند. اما در این حقوق، وضعیت ورشکستگی متفاوت است. به‌موجب ماده ۳۸۰ قانون مدنی ایران «در صورتی که مشتری مفلس شود و مبیع در نزد وی موجود باشد بائع حق استرداد آن را دارد». در این صورت بائع در زمره غرما قرار نمی‌گیرد (داراب پور، ۱۳۹۲، ص ۲۰۱)؛ یعنی در بیع مطلق و بدون قید و شرط، در صورت ورشکسته شدن خریدار و پرداخت نکردن ثمن، مالکیت کالای موجود به فروشنده بازمی‌گردد. حال اگر قرارداد با شرط تحفظ مالکیت محدود و مقید شده باشد، به طریق اولی این شرط کارساز خواهد بود و مالکیت به‌وسیله این شرط برای فروشنده، یعنی همان مالک اول، محفوظ نگهداشته می‌شود.

بر اساس این نظام‌های حقوقی، برای اینکه نداشتن اطمینان در حقوق مالکیت رخ ندهد، باید به حق اولویت او احترام گذاشت. در این سیستم حتی تفاوت میان واگذاری‌های اختیاری و غیراختیاری کالا به فروشنده از سوی مالک وجود ندارد و به حمایت از مالک در هر دو نوع واگذاری اولویت داده شده است، زیرا باور بر این است که در غیر این صورت باید هر کسی نیروی انتظامی شخصی برای حفاظت از مال خود ایجاد کند و امنیت مالکیت از بین می‌رود (Darabpour, 1996, p:47-48). پس برای حفاظت از سنت و آداب مردم، حفظ آثار فرهنگی و امنیت جامعه و نیز احترام به ارزش‌های اخلاقی، باید از مالکیت مالک حمایت شود، (Darabpour, 1996, p:52-54).

ب) توجیه اقتصادی حمایت از خریداران باحسن‌نیت

سیستم‌های حقوقی که به توسعه اقتصادی و اجتماعی می‌اندیشند، در تعارض میان حقوق مالک و خریدار باحسن‌نیت، به ثالث باحسن‌نیت اولویت می‌دهند، زیرا مردم در بازار نمی‌توانند در خصوص مالکیت کالاهای خریداری شده تحقیق کنند. بر اساس این سیستم (مثل حقوق ایتالیا و سوئد) حتی مالکیت کالاهای دزدی شده نیز به خریدار باحسن‌نیت منتقل می‌شود (Darabpour, 1996, p:49). در حقوق آلمان نیز خریدار باحسن‌نیت مالک می‌شود (ماده ۹۳۲ قانون مدنی). ماده (۱) ۴۰۳-۲ قانون متحدالشکل تجاری امریکا^۱ هم همین روند را پذیرفته است (Darabpour, 1996, p:50).

به‌طور کلی برای حمایت از خریداران باحسن‌نیت به دلایلی چند استناد شده است. از مهم‌ترین این دلایل، جلوگیری از طرح دعاوی واهی و مخالفت در طرح دعاوی که مشمول مرور زمان شده، احترام به تصرف حاکی از مالکیت یا تصرف حاکی از وجود حق انتقال و

1.UCC: Uniform Commercial Code of the United States of America

به خصوص رعایت منافع تجاری جامعه و گردش کالا و پول و آرامش مردم از طریق پیگیری نکردن عین اموال مادی و سرانجام، امکان جبران ضرر و زیان‌ها از طریق مطالبه خسارات وارده است (Darabpour, 1996, p:54).

در بسیاری از مواقع، حمایت از خریداران باحسن نیت توجیه اقتصادی برای جامعه و مردم، از جمله تجار دارد. در اینجا پاسخ به پرسش‌های زیر با توجه به فلسفه حمایت‌ها، اقتصادی بودن حمایت از اشخاص باحسن نیت را روشن می‌کند.

- هزینه‌ها و فرصت‌های ازدست رفته که برای بازگرداندن مالکیت به مالک قبلی ضروری بوده، چقدر است؟ آیا اگر کالایی با حسن نیت چند دست گشته باشد باید همه قراردادهای منعقد شده را باطل کرد تا حقوق عینی مالک محفوظ بماند، یا ضرر و زیان‌های وی با پرداخت غرامت جبران می‌شود؟
- آیا باطل کردن معاملات اشخاص باحسن نیت، کارایی فنی یا اختصاصی و در مجموع کارآمدی اقتصادی دارد؟
- آیا ممانعت از گردش کالا، از طریق هزینه‌های گزاف دادگاهی و با زور و فشار دادگاه و ایجاد ناآرامی در معاملات، باعث رشد اقتصادی می‌شود؟ آیا دولت را قیم مردم قرار دادن و هزینه‌های گزاف بر ملت تحمیل کردن مباح است؟
- آیا در ابطال سلسله قراردادهای رشد اقتصادی آسیب نمی‌بیند و اگر رشد اقتصادی نباشد، اصولاً توسعه‌ای در کشور رخ می‌دهد؟ و اگر توسعه‌ای وجود نداشته باشد، بحث از توسعه پایدار و غیر پایدار پیش می‌آید؟
- اگر زنجیره ابطال معاملات بر گردن هر بازرگان در امور تجاری آویخته شود، تراز تجاری را به سوی تعادل یا مثبت سوق می‌دهد یا اینکه این تراز را منفی می‌کند؟ بهترین روش داشتن جامعه بهتر با درگیری کمتر است که به انسانیت احترام بیشتری گذارده شود، ضرر و زیان کمتری به جامعه وارد شود و فرصت‌های ازدست رفته کمتر گردد تا آرامش و امنیت برای جامعه به ارمغان آورده شود.

۶. نتیجه

جهان بینی سیستم‌های حقوقی باعث شده است که شیوه‌های مختلفی در برخورد با حمایت از ثالث باحسن نیت یا مالک ذخیره‌کننده مالکیت درپیش گرفته شود. شیوه‌های سنتی تعدادی اصول و مبانی دارند که مانند اصول و مبانی ریاضی غیرقابل تغییر به نظر می‌رسند. آن‌ها صرف نظر از تبعات زیان‌بار اقتصادی و ایجاد درگیری‌ها و هزینه‌های کلان دادگاهی (اعم از وقت و مال و ریسک) برای استقرار مالکیت، از مالکی که شرط تحفظ مالکیت کرده، حمایت می‌کنند.

در مقابل، طرفداران رعایت شیوه‌های اقتصادی و اجتماعی با توجه به آثار محروم کردن ثالث باحسن‌نیت که معوض را پرداخته و مورد معامله را در اختیار دارد و با امعان نظر به هزینه‌های دادرسی، ضرورت‌های اجبار اشخاص به بازگرداندن مال خاص، دشواری اقدام و زیان‌های اجتماعی و به‌ویژه تأثیرات سوء اقتصادی چنین اموری، از ثالث باحسن‌نیت حمایت می‌کنند. راه حل میانی، یعنی پیشنهاد تقسیم ضرر میان دو زیان‌دیده هم توجیه اجتماعی و اقتصادی ندارد.

تا آنجا که به سنت‌گرایان مربوط می‌شود، قواعد و مقررات فقهی را که حاصل تلاش مدت‌های مدید تلاشگران فقهی است به سختی می‌توان نادیده گرفت. هرچند در فقه عامه حمایت‌هایی از منتقل‌الیه باحسن‌نیت شده، ولی این موضوع در فقه امامیه رواج نیافته است. خلاصه‌دروس خارج فقه علمای بزرگ امامیه در ردّ حمایت از منتقل‌الیه باحسن‌نیت این است که چنین اقدامی و جاهت شرعی ندارد. آن‌ها به آیات «اوفوا بالعقود»، «ألا ان تكون تجاره عن تراضٍ و احادیث «المؤمنون عند شروطهم»، «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لا یحل مال امرء الا بطیبه نفس منه» و قواعد فقهی «انما یحلّ الکلام و یحرّم الکلام» و استصحاب بقای مالکیت مالک استناد می‌کنند و از فحوی کلام آن‌ها برمی‌آید که برای دفاع از خریدار باحسن‌نیت لیس للعقل فیه سبیل و لا للنقل الیه دلیل. ملاحظه می‌شود که آنچه به آن استناد می‌شود، صرفاً نقل است، اما در انتساب این شیوه به عقل باید تأمل و تدبّر بسیار نمود.

مبنای قواعد و مقررات بین‌المللی هم عرف مستمر بوده که بر تجارب عملی استوار است. آن‌ها را بداهه کشف نشده‌اند، بلکه نیازمندی‌های عملی زمانه موجب پیدایش آن‌ها شده و حاصل قرن‌ها ممارست تجار و عملکرد بین‌المللی آن‌ها در جهان است. در مقابل این مقررات نوین، نمی‌توان سرسختی نشان داد و از آن‌ها رویگردان بود. این مقررات انعطاف‌پذیر و فراگیر هستند و در برخی مواقع از گذرگاه‌ها و تنگناهای سخت و نفس‌گیر جان سالم به‌در برده‌اند. تجارب تلخ دیگران را نباید برای رسیدن به این مقررات تکرار کرد که مَن جَرَبَ المَجْرَبَ حَلَّتْ به النِّدَامَه.

فلسفه قوانین و جهان‌بینی حاکمان بر سیستم‌های حقوقی مؤثر در ترجیح یک شخص بر شخص دیگر است. اگر هدف از حمایت از یکی از مالکان یا خریداران باحسن‌نیت، اجرای قانون کشف شده باشد که مردم صرف نظر از عواقب نامطلوب و غیراقتصادی آن باید تعبداً آن را اجرا کنند، بحث حمایت از خریداران باحسن‌نیت نامفهوم خواهد بود، چون انسان برای اجرای قوانین و مقررات آفریده شده است و بی‌چون و چرا باید آن‌ها را اجرا کند؛ هرچند آن مقررات و قوانین نامطلوب، زیان‌بار و غیر عقلایی باشند. در نصوص شرع در این‌گونه مصداق‌ها تعبدی دیده نمی‌شود، بلکه درایت، تعقل، اعتبار و عدالت و انصاف در آن‌ها مشاهده

می‌گردد. تعبّد شتاب‌زده در متون فقهی موجب تضعیف شریعت و دین است. حمایت از تعقل و تدبیر موجب تقویت دین و دین‌داری است. حداقل اینکه در تعارض این دو حقوق هم حمایت از مالک‌ها و هم حمایت از منتقل‌الیهم باحسن‌نیت، امری عرفی است و باید به معروف عمل شود.

چنانچه فلسفه توسعه اقتصادی پایدار مقبول طبع سیستم‌های حقوقی افتد، قوانین و مقررات برای ایجاد محیط امن و سلامت و امنیت آنان وضع می‌شود و حمایت از خریداران باحسن‌نیت مطلوب جلوه می‌کند. اگر از خریداران باحسن‌نیت حمایت شود، هزینه فرصت‌های ازدست‌رفته کمتر می‌گردد. این حمایت کارایی فنی و اختصاصی و در حقیقت کارایی اقتصادی خواهد داشت. دولت برای حفظ مالکیت مانند ژاندارم به دنبال اموال مالک نیست، بلکه منافع او را حفظ می‌کند. سلسله معاملات به هم نمی‌ریزد و به رشد اقتصادی کمک می‌شود که به‌نوبه خود باعث ایجاد توسعه و نشاط اجتماعی می‌شود و تراز تجاری کشور را به سوی تعادل یا مثبت سوق می‌دهد. احترام به اعمال انسان‌های باحسن‌نیت و معاملات آن‌ها، باعث ایجاد آرامش در بازار می‌شود و آسایش بیشتر مردم را فراهم می‌سازد. درنهایت فلسفه و جهان‌بینی سیستم‌های حقوقی است که تعیین‌کننده انتخاب است و تا ایده و تفکر تحلیل اقتصادی و اجتماعی، جانشین تصور کشف قوانین نگردد، نباید انتظار تغییرات اساسی در روند قانون‌گذاری را داشت.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. امینی، منصور (۱۳۸۲). انتقال مالکیت در قراردادهای فروش. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
۲. امینی، منصور (۱۳۸۹). نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، پاییز و زمستان.
۳. انصاری، علی (۱۳۸۸). مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه. پژوهش‌های حقوقی تطبیقی.
۴. پیرهادی، محمدرضا (۱۳۹۰). انتقال مالکیت در عقد بیع. جنگل جاودانه، چاپ دوم.
۵. پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶). شرط حفظ مالکیت در بیع. مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۶ و ۷، بهار و تابستان.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی. عناصر عمومی عقود، ج ۱ و ۲ کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۹). حقوق اموال. کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷). الفارق: دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). عناصرشناسی حقوق مدنی - حقوق جزا. کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. کتابخانه گنج دانش، جلد سوم.
۱۱. جعفرزاده، میرقاسم و سمایی صراف، حسین (۱۳۸۴). حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنایی. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱، بهار و تابستان.

۱۲. داراب پور، مهرباب (۱۳۷۴). حقوق بیع بین‌المللی. نوشته ۱۸ تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان. ج ۲، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۱۳. داراب پور، مهرباب (۱۳۹۲). حقوق بیع داخلی. جنگل جاودانه، چاپ اول.
۱۴. داراب پور، مهرباب (۱۳۹۱). حقوق اموال و مالکیت. جنگل جاودانه، چاپ اول.
۱۵. داراب پور، مهرباب (۱۳۹۰). خسارات خارج از قرارداد. انتشارات علمی مجد، چاپ دوم.
۱۶. رحیمی، حبیب‌اله، تضمین کالا در تجارت بین‌الملل - بررسی موضع حقوقی آلمان، انگلیس، ایتالیا، فرانسه، ایالت متحده و ایران، بانک قوانین کشور (معاونت آموزش دادگستری استان تهران)، بی‌تا.
۱۷. سعیدی، محمدعلی و یزدانی، غلامرضا (۱۳۸۹). بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت، مجله آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۴، پاییز و زمستان.
۱۸. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، انتشارات فروزش.
۱۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۸۷). حاشیه مکاسب، جلد اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۲۰. عبادی بشیر، مقصود، تأثیر کاهلی زیان‌دیده در جریان خسارت، مجله معرفت، سال بیستم، شماره ۱۶۵.
۲۱. علومی یزدی، حمیدرضا، (۱۳۸۳). شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع (بررسی تطبیقی در حقوق انگلستان و ایران)، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱.
۲۲. قاسمی، محسن (۱۳۸۲). انتقال مالکیت در عقد بیع. انتشارات دانشگاه امام صادق، چاپ اول.
۲۳. فتواتی، جلیل (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع. مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره ۵.
۲۴. صانعی، آیت‌الله العظمی یوسف، دروس خارج فقه. ۱۳۸۴ تا ۱۳۹۰، دی.وی.دی موجود در دست نویسندگان و در دفتر معظم له.
۲۵. محسنی، حسن (۱۳۸۵). اصل حُسن نیت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی. مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، شماره ۱، بهار و تابستان.
۲۶. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۶). نقش حُسن نیت در عقود و قراردادهای در فقه و حقوق. فصلنامه حقوق و علوم سیاسی، ش ۲، بهار.

ب- عربی

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۶۹). الوسط فی شرح القانون المدني، جلد ۴.
۲. السید محمد الغروی، الشیخ یاسر مازح، (۱۴۱۹). کتاب الفقه علی مذهب الاربعه (بتألیف عبدالرحمن الجزیری) و مذهب اهل البیت، الجلد الثانی، منشورات دار الثقلمین، بیروت، لبنان، ۱۹۹۸م.
۳. الشیخ ابی عبداله شمس الدین محمد بن الشیخ جمال الدین مکی العاملی النباطی الجزینی المشتهر بالشهید الاول، (۷۳۴ الی ۷۸۶) اللمه الدمشقیه فی فقه الامامیه، مؤسسه الفقه الشیعیه، بیروت، لبنان، بی تا.
۴. الشیخ مرتضی بن محمد امین الانصاری، (۱۴۲۷). کتاب مکاسب، الجزء الثالث، مجمع الفکر الاسلامی.
۵. زین‌الدین بن علی العاملی الجبعی (شهید الثانی ۹۱۱-۹۶۶ق)، (۱۹۹۳). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، بتصحیح الشیخ حسن محمد آل قبیسی العاملی، مؤسسه الابلاغ، بیروت، لبنان.
۶. ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی، (۱۳۴۳). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، جلد دوم، با ترجمه محمدتقی دانش‌پژوه، چاپخانه دانشگاه تهران.
۷. الشیخ محمد علی التوحیدی التبریزی، (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه: تقریر اباحت سماحه آیه اله العظمی السید ابوالقاسم الموسوی الخویی، الجزء الثانی، المنشورات مکتبه الداوری، قم.
۸. المحقق الحلّی، (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۹. سعد، الدكتور نبیل ابراهیم، (۱۹۹۷). العقود المسماة، الجزء الاول، دار النهضة العربیه، الطبعة الاولى بیروت.

ج- خارجی

- Books & Articles

1. Atiyah P.S., *"The Sale of Goods"*, 12th ed., Longman, 2001.
2. Bradgate, Robert: Cases, *"Retention of Title in the House of Lords: Unanswered Questions"*, *Modern Law Review*, September 1991.
3. Bridge M.G., *"The Sale of Goods"*, Oxford University Press, 1998.
4. Coltman, Larry, Hill Hofstetter LLP, "A practical guide to retention of title claims", March 2009.
5. Darabpour, Mehrab, *Some Aspects of Business Law*, Nashre Dana, 1996, page 7: "The conflict of interests of true owners and bona fide purchasers a comparative survey: with special references to English and Iranian law", part one.
6. Davies Iwan, *"Retention of Title Clause in Sale of Goods Contracts in Europe"*, Ashgate, Dartmouth, 1999.
7. Spence, Julie, *"The Commercial Realities of Retention of Title Clause"*, *Journal of Business Law*, 1989.

- Cases

1. Hendy lenox (industrial Engines) Ltd v Grahame Puttrick Ltd [1984] 2 All ER152.
2. Cloughemill Ltd v Martin [1983]1.W.L.R.
3. Armour and another Respondent v Thyssen Edelstahwerke A.G [1990] 3 W.L.R. 810.
4. Auluminium Industrie Vassen B.V. v. Romalpa Aluminum Ltd. [1976] 1 W.L.R. 67.6.