

شرط حفظ مالکیت در بیع

دکتر محمدرضا پیرهادی*

چکیده:

«شرط حفظ مالکیت» یکی از انواع شروط تعلیقی است که در قرارداد بیع مورد توافق قرار می‌گیرد. هدف از این شرط، حفظ مالکیت کالا برای مالک تا زمانی است که ثمن به طور کامل به او پرداخت شود، اگر چه کالا، تحویل خریدار شده باشد. از این رو، با پرداخت کامل ثمن، مالکیت به خریدار منتقل می‌گردد. در واقع این شرط، تضمینی برای فروشنده است که اگر خریدار تمام ثمن را به موقع به او نپردازد، مالکیت خود را بر مبیع حفظ کند. بنا بر این شرط حفظ مالکیت، نقشی شبیه به حق رهن دارد. این شرط باید صریحا در عقد ذکر شود و به صورت شرط ضمنی در مقابل خریداری که کالا به او تحویل داده شده است، به صرف عدم پرداخت ثمن، ایجاد نمی‌شود. در برخی نظامهای حقوقی ممکن است شرط حفظ مالکیت به عنوان حق ترهین واقعی، از طریق انتقال قرارداد بیع از سوی فروشنده به شخص دیگری منتقل گردد. در نتیجه، زمانی که انتقال گیرنده به جهت عدم پرداخت ثمن از سوی خریدار به طلب خود نرسد، می‌تواند از حق ترهین ناشی از شرط حفظ مالکیت استفاده کند و مدعی مالکیت کالا به جانشینی فروشنده شود.

واژه های کلیدی: شروط تعلیقی، شرط حفظ مالکیت، تضمین، ترهین، تحویل کالا.

مقدمه:

شرط حفظ مالکیت، به عنوان یکی از شروط تعلیقی^۱، در حقوق انگلیس با عنوان *The Retention of title Clause* [۱، ص ۱۲۱] و *Reservation Of title Clause* یا *Romalpa Clauses* [۲، ص ۴۹۶] نامیده می شود و در ادبیات حقوقی عرب با عنوان شرط الاحتفاظ بالملکيه [۳، ص ۱۹۸] بررسی شده است و در حقوق فرانسه به ذخیره مالکیت، شهرت دارد [۴، ج ۱، ص ۳۱۵]. این شرط یکی از مصادیق رایج توافق طرفین در تعیین زمان انتقال مالکیت در بیع است. در این نوشته، ابتدا تعریف و ماهیت شرط حفظ مالکیت (در گفتار اول)، سپس آثار شرط حفظ مالکیت (در گفتار دوم) و سرانجام تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت (در گفتار سوم)، بررسی شده است.

گفتار اول - تعریف و ماهیت شرط حفظ مالکیت:

در این گفتار در دو قسمت ابتدا تعریف شرط حفظ مالکیت و سپس ماهیت آن مورد بررسی است.

الف - تعریف شرط حفظ مالکیت:

به نظر برخی: «شرط حفظ مالکیت توافقی است بین بایع و مشتری که به موجب آن مالکیت مبیع همچنان برای بایع باقی می ماند هر چند که مبیع کاملاً تسلیم مشتری شده باشد و این شرط تا پرداخت ثمن به طور کامل ادامه دارد و لازم الوفا است» [۳، ص ۱۹۹].

برخی از قانونگذاران چنین توافقی را منصوص کرده اند؛ بند ۱ از ماده ۱۹ قانون بیع کالای انگلیس مصوب ۱۹۷۹ صریحاً مقرر می دارد: «وقتی بیع کالای معین منعقد شده یا کالا متعاقباً به قرارداد تخصیص می یابد، فروشنده می تواند با استفاده از شروط

^۱ - «شروط تعلیقی» *suspention clauses*. عنوانی است که در حقوق فرانسه و تبع آن در حقوق کشورهای عربی وارد شده، حال آن که در حقوق ایران، چنین عنوانی برای شروط مزبور، مورد استفاده قرار نگرفته است.

قراردادی یا تخصیص مشروط، مالکیت کالا را تا تحقق شروط خاصی برای خود حفظ کند و در چنین حالتی علی رغم تحویل کالا به خریدار یا متصدی حمل یا امین دیگری به منظور ارسال برای خریدار، مالکیت کالا تا زمان تحقق شروط مقرر، از سوی فروشنده به خریدار منتقل نمی شود [۵، ص ۱۴۵].

مقرره مذکور به وضوح چنین قیدی را نافذ دانسته و رافع این اماره عام است که مالکیت، زمانی انتقال می یابد که بارنامه توسط فروشنده یا نماینده او به خریدار یا نماینده او منتقل شده باشد [۶، ص ۱۲۱]. بنابراین، با شرط حفظ مالکیت، اماره مالکیت که با در دست داشتن بارنامه به نفع متصرف ایجاد می گردد، منتفی خواهد شد. در تعریف موافقتنامه حفظ مالکیت ماده ۲۵۱ قانون اعسار انگلیس (Insolvency Act) مصوب ۱۹۸۶ مقرر می دارد: « موافقتنامه حفظ مالکیت به معنای موافقتنامه ای برای فروش کالا به یک شرکت است و عبارت است از توافقی که:

- ۱ - موجد حق حبس یا تصرف نسبت به کالا تا تأدیه ثمن نبوده اما
 - ۲- مطابق آن اگر ثمن معامله به فروشنده تأدیه نشود و شرکت (خریدار) ورشکسته گردد فروشنده بر همه طلبکاران شرکت نسبت به کالا یا هر مال دیگری که جانشین آن کالا شده باشد حق تقدم خواهد داشت » [همان]. قانونگذار انگلیس ضمن قبول نفوذ شرط حفظ مالکیت، حق تقدم در حالت ورشکستگی را به صورت خاصی (وقتی طرف معامله یک شرکت است) پذیرفته است.
- برابر ماده ۱/۴۳۰ قانون مدنی (ق.م.) مصر نیز چنین توافقی معتبر و قانونی است. این ماده مقرر می دارد: «هرگاه در بیع، ثمن مؤجل باشد، فروشنده مجاز است شرط کند که انتقال مالکیت مبیع به مشتری، موقوف به پرداخت کامل ثمن است هر چند که مبیع تسلیم مشتری شده باشد» [۳، ص ۱۹۹]. در فرض قبول مفهوم مخالف، برای این جمله شرطیه، ظاهراً اگر ثمن به نقد پرداخت شود، امکان تعلیق در انتقال مالکیت منتفی است. در حقوق آلمان نیز قانونگذار به این نوع بیع در ماده ۴۵۵ ق.م. آن کشور تصریح کرده و آن را معتبر دانسته است: « هرگاه با بیع، مالکیت مال منقولی را تا تأدیه کامل ثمن برای خود حفظ کند، در حالت تردید، چنین توافقی به معنی انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیه تأخیر کند، تلقی خواهد شد » [۷، ص ۵۱].

نکته ای که با توجه به مفاد ماده مذکور قابل ذکر است، این است که وقتی انتقال مالکیت معلق بر تأدیه ثمن می گردد، با عدم پرداخت ثمن، معلق علیه واقع نشده و در مبنایی که عدم وقوع معلق علیه را شرط فاسخ بدانیم، باید چنین قراردادی خودبه خود منفسخ شود. اما وجهی که مطرح است این است که حالت تعلیق به صورتی در نظر گرفته شده که اگر معلق علیه واقع شود، تبعاً مالکیت را منتقل کند. اما اگر معلق علیه که انجام عملی ارادی از سوی خریدارست و مورد تعهد او قرار گرفته، محقق نشود، در این حالت اختیار بقاء یا زوال عقد به دست بایع سپرده شده و او بین فسخ رابطه حقوقی فیما بین یا ابقای آن و مطالبه ثمن، مخیر شده است. قانونگذار آلمان با ابراز چنین تمایلی به عبارت دیگر شرط را شرط فاسخ که خود به خود منجر به زوال عقد گردد، در نظر نگرفته است. چون به گفته برخی، حصول یا عدم حصول شرط (و معلق علیه) می تواند شرط انفساخ (فاسخ) یا شرط فسخ باشد [۸، ص ۱۵۷] و قانونگذار آلمان عدم حصول شرط (و معلق علیه) را شرط فسخ رابطه حقوقی که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، ایجاد شده در نظر گرفته است.

در قانون مدنی ایران نص صریحی در خصوص شرط حفظ مالکیت وجود ندارد. در حقوق فرانسه، در مجموع از نظر حقوقدانان بر می آید که چنین توافقی معتبر است، به این دلیل که نص ماده های ۱۵۸۳ و ۱۱۳۸ ق.م. فرانسه که مربوط به انتقال مالکیت با انعقاد عقد بیع است، از قواعد آمره نیست [۹، ص ۲۴۰]. بعد از این که شرط حفظ مالکیت در عمل رایج شد، قانونگذار فرانسوی ناچار شد با وضع قانونی در ۱۲ می ۱۹۸۰ اقدام به سازماندهی و تنظیم اثر این شرط به صورت خاصی، در حالت ورشکستگی خریدار کند [۳، ص ۱۹۹].

برخی از حقوقدانان ایرانی نیز بند ۱ از ماده ۳۶۲ ق.م. را که مقرر می دارد: « به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود»، ناظر به اقتضای اطلاق عقد بیع دانسته اند [۱۰، ص ۲۶۵] و به عبارت دیگر قیود و شروط وارد بر این اطلاق را صحیح و به بیان دیگر از این حیث آن را آمره تلقی نکرده اند. لذا نظیر استدلال حقوقدانان فرانسوی شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران بر این مبنا صحیح تلقی شده است. با این حال ضمن مباحث بعدی خواهیم دید که رواج این شرط ضرورتاً نیازمند تنظیم و سازماندهی آثار این شرط در رابطه طرفین است و به همان صورت که

قانونگذاران دیگر در این خصوص مقرراتی وضع نموده اند، در حقوق ایران نیز بنا به ضرورت لازم خواهد شد که برای روشن شدن حکم برخی آثار و قلع ریشه نزاعهای احتمالی قانونگذار اقدام به وضع مقررات مناسب نماید.

ب- ماهیت شرط حفظ مالکیت:

در خصوص ماهیت شرط حفظ مالکیت بر خلاف حقوق آلمان که قانونگذار با وضع ماده ۴۵۵ ق.م. حالت انفساخ عقد، در صورت عدم انجام معلق علیه ارادی از سوی خریدار را نپذیرفته و وضعیت حقوقی عقد را روشن ساخته است و با عدم انجام معلق علیه سرنوشت رابطه حقوقی موجود را بدست بایع داده است و او حق فسخ یا الزام را خواهد داشت، در حقوق فرانسه به جهت فقدان چنین نصی حقوقدانان سه دیدگاه مختلف مطرح کرده اند.

دیدگاه اول: شرط حفظ مالکیت به معنی تعلیق انتقال به تأدیه تمام ثمن است و تحقق شرط اثر قهقربایی دارد ولی تا تأدیه ثمن مبیع متعلق به فروشنده است و اگر تأدیه نگردد بایع می تواند در مبیع تصرف کند [۴، ج ۱، ص ۳۱۵].

ظاهراً در این دیدگاه برخلاف دیدگاه دوم، عدم تأدیه ثمن باعث انفساخ و انحلال عقد بصورت خودبخود نیست و بایع اختیار تصرف خواهد داشت. مقصود از چنین اختیاری می تواند تخییر بین فسخ یا ابقای معامله و مطالبه ثمن باشد.

دیدگاه دوم: با شرط حفظ مالکیت، بیع منجزاً همراه با شرط فاسخ معلق، واقع می شود و مالکیت با عقد انتقال می یابد ولی نپرداختن اقساط باعث انحلال بیع از آغاز آن می شود. ضمان تلف بر عهده خریدار است و از لحظه انحلال به فروشنده باز می گردد [۴، ج ۱، ص ۳۶۱].

ظاهراً در این دیدگاه که معتقد است مالکیت با عقد انتقال می یابد، به عنوان «شرط حفظ مالکیت» اهمیتی داده نشده است. معنی حفظ مالکیت در عقد برای بایع با انتقال آن به مشتری و اعاده آن در صورت عدم پرداخت ثمن یکی نیست. اینکه با عدم تحقق معلق علیه مجدداً مالکیت به بایع منتقل شود نیز توجیه مناسبی برای تطبیق با عنوان «شرط حفظ مالکیت» نخواهد بود. شاید این نظر با عنوان «شرط اعاده مالکیت در صورت عدم تحقق معلق علیه» سازگار باشد. به بیان دیگر برای شرط فاسخ می توان دو

معنی در نظر گرفت. یکی عقد بیع معلق به معنایی که در این دیدگاه مطرح است و دیگری عقد بیع معلق با شرط حفظ مالکیت برای بایع که با عدم تحقق معلق علیه، رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، خود به خود منحل گردد؛ یعنی علی رغم حفظ مالکیت برای بایع، با عدم تحقق معلق علیه نیز رابطه حقوقی منسوخ شود.

دیدگاه سوم: با شرط حفظ و ذخیره مالکیت بیع منجزاً واقع اما انتقال مالکیت در آن به تأخیر می افتد چون پرداخت ثمن یکی از ارکان اصلی عقد است و نباید شرط تعلیق وقوع آن به حساب آید. یکی از آثار بیع این است که خریدار باید ثمن را تأدیه کند و عقد را که معلق به چنین شرطی است نباید معلق شمرد. عقد منجز است اما همراه با شرطی که اگر تحقق نیابد آن را از آغاز منحل می سازد. لذا اگر اقساط ثمن تأدیه نشود بیع نیز باطل می شود و فروشنده ناچار است اقساط گذشته را به خریدار بازگرداند. از آنجا که مالکیت بیدرنگ به خریدار انتقال نمی یابد؛ مبیع تا پرداخت کامل ثمن از آن فروشنده است و خریدار مسوولیت تلف آن را برعهده ندارد [۴، ج ۱، ص ۳۶۲].

به نظر برخی نظریه اخیر نقش ارکان و آثار را مخلوط و اشتباه کرده است. پرداخت ثمن التزامی است که هر چند از عقد ناشی می شود؛ در زمره ارکان وقوع آن نیست و بیعی که در آن خریدار از پرداخت ثمن امتناع کند عقدی است نافذ و هیچ چیز از سایر قراردادهای کم ندارد. پس اگر انتقال مالکیت منوط به اجرای تعهد خریدار (پرداخت ثمن) شود باید آن را یک تعلیق واقعی شمرد. در این بیع انتقال مالکیت تنها به تأخیر نمی افتد بلکه وابسته به عمل خریدار است و معلق به حادثه ای خارجی است [۴، ج ۱، صص ۳۱۶-۳۱۷].

انتقاد بر دیدگاه سوم را با عبارت دیگری می توان به این صورت بیان کرد که در این دیدگاه نقش آثار اصلی و آثار فرعی مخلوط و اشتباه شده است. انتقال مالکیت اثر اصلی عقد است و تأدیه ثمن یک اثر فرعی ناشی از عقد است. تعلیق زمانی واقع می شود که توافق طرفین ناظر به انتقال مالکیت باشد و زمانی که قید و شرطی برای انتقال مالکیت در نظر می گیرند به جهت این قید مالکیت منتقل نخواهد شد؛ مگر اینکه آن قید و شرط محقق گردد. حال این قید که نیاز به یک معلق علیه دارد معلق علیه می تواند امری غیر ارادی یا ارادی مربوط به اراده یکی از طرفین و یا اراده یکی از طرفین با ثالث باشد. در این حالت معلق علیه انجام عمل تأدیه ثمن در زمان مقرر است و در واقع تأدیه

ثمن که اثر فرعی عقد است، معلق علیه این عقد معلق است و در صورت عدم تأدیه ثمن، معلق علیه واقع نمی شود و مالکیت معلق هم منتقل نمی گردد. اینکه آیا به صرف تعلیق با یک شرط ساده حفظ مالکیت، جایی که قانون گذار وضعیت حقوقی و آثار آن را بیان نکرده و فرض قانونی وجود ندارد، با عدم وقوع معلق علیه، عقد موجود منفسخ و خود به خود منحل می گردد یا اختیار بقاء یا فسخ و انحلال آن به دست بایع می افتد، در واقع امری است که به تفسیر اراده طرفین عقد مربوط می شود. بر خلاف قانون آلمان که با بیان حکم صریحی اختیار را در صورت عدم تحقق معلق علیه بدست بایع سپرده است تا چنین حکم قانونی مقرر نگردد؛ مسئله تاب تفاسیر مختلف دارد و معرکه آرای صاحب نظران خواهد بود. به نظر با نبود حکم قانونی صریح در این خصوص تفسیر اراده طرفین بر عهده دادرس و بر حسب خصوص مورد است.

قانونگذار ایران در مورد حفظ مالکیت در ق.م. حکمی مقرر نداشته اما بطور مبهمی در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و دستورالعملهای آن و همچنین در تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۸۱/۳/۴ مجتمع تشخیصی مصلحت نظام و آیین نامه اجرایی این قانون مقرراتی وضع نموده است. با وجود این وضعیت حقوقی طرفین از هیچ جهتی به صراحت و روشنی حکم مقرر در ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان نیست.

ماده ۱۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۲/۶/۸ مقرر می دارد: «بانکها می توانند بمنظور ایجاد تسهیلات لازم در گسترش امر مسکن با هماهنگی وزارت مسکن و شهر سازی، واحدهای مسکونی ارزان قیمت بمنظور فروش اقساطی احداث نمایند. برابر ماده ۱۱ این قانون: بانکها می توانند بمنظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور صنعت و معدن، کشاورزی و خدمات، اموال منقول را بنا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر خرید و مصرف و استفاده مستقیم مال و یا اموال مورد درخواست خریداری نموده و با اخذ تأمین بصورت اقساطی به مشتری بفروشند».

ماده ۹ دستور العمل اجرایی فروش اقساطی مسکن مصوب شورای پول و اعتبار (۶۳/۱/۱۹) مقرر می دارد: بانکها مکلفند به منظور اخذ تأمین کافی جهت ایفای تعهدات خریدار شش دانگ واحد مسکونی را تا وصول کلیه مطالبات بانک در این مورد به وثیقه بگیرند.

همچنین برابر ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی مواد اولیه، لوازم یدکی و ابزار کار، بانکها می توانند بمنظور حصول اطمینان از باز پرداخت بهای کالای فروخته شده از متقاضی تأمین اخذ نمایند و برابر ماده ۱۱ این دستورالعمل، این و تأیید می توانند اموال موضوع معامله اقساطی و یا غیر آن باشد.

علاوه بر این، برابر ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی وسایل تولید، ماشین آلات و تأسیسات، بانکها مکلفند بمنظور حصول اطمینان از حسن اجرای قرارداد و وصول مطالبات خود اموال موضوع معاملات این دستورالعمل را به وثیقه خود در آورند و برابر تبصره این ماده اگر موضوع معامله، مصرف انحصاری یا محدود داشته باشد و یا در اثر نصب و بهره برداری استفاده مجدد از آن مقرون به صرفه نباشد، بانک علاوه بر به وثیقه گرفتن اموال موضوع معاملات مبادرت به اخذ وثیقه اضافی نیز خواهد نمود.

صرف نظر از اینکه مکلف و طرف خطاب این احکام ظاهراً فقط بانکهای کشورند و بیش از آنکه مفاد مواد قانونی دلالت بر قبول شرط حفظ مالکیت داشته باشد، در واقع دستورالعمل های اجرایی، آنهاهم بطور اجمالی به این مطلب اشاره نموده است، اولاً: مشخص نیست که وقتی مال موضوع معامله، وثیقه خود معامله قرار می گیرد آیا مالکیت منتقل شده و متعاقباً همان مال در رهن بانک قرار می گیرد و بنا براین، در صورت عدم تأدیه ثمن، بانک اقدام به فروش مال مرهون نموده و از محل فروش آن مال طلب خود را وصول می نماید و در صورتی که حاصل فروش معادل طلب بانک نشود؛ حق مراجعه به مدیون را همچنان خواهد داشت؟ و در نتیجه اگر به جهت افزایش قیمت، حاصل فروش از طلب بانک بیشتر شود مازاد متعلق به خود خریدار خواهد بود یا اینکه مالکیت منتقل نمی شود. ظاهراً عنوان فروش اقساطی با بیع مؤجل و نسیه متفاوت و مانع انتقال مالکیت است. عبارت مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی وسایل تولید و ماشین آلات و تأسیسات که مقرر داشته است "استفاده مجدد از آن مقرون به صرفه نباشد" به نحوی مؤید عدم انتقال مالکیت است چون استفاده مجدد باید از سوی فردی غیر از خریدار متخلف (یعنی بانک مقرون به صرفه) باشد. ثانیاً: در هر صورت با این همه عبارت پردازی در صورت عدم پرداخت ثمن مشخص نیست که آیا رابطه حقوقی فی ما بین منفسخ می گردد یا اختیار فسخ یا ابقای آن و الزام به تأدیه ثمن بدست بانک می افتد. ملاحظه می شود که علی رغم وضع چندین ماده و دستورالعمل وضعیت حقوقی

طرفین در حدی که ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان مشخص کرده است روشن نیست. و این همه عبارت پردازی قانونگذار ایران کارآیی مناسب را ندارد.

لازم به ذکر است که تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی که به تاریخ ۸۰/۱۲/۱۹ در مجلس شورای اسلامی تصویب و اصلاح موادی از آن در تاریخ ۸۱/۳/۴ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است، مقرر می دارد: مادام که سرمایه خارجی موضوع روشهای "ساخت"، بهره برداری و واگذاری" مندرج در بند ب این ماده و سود مترتب بر آن استهلاک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر توسط سرمایه گذار خارجی مجاز می باشد. برابر ماده ۹ آیین نامه اجرایی قانون تشویق حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۸۴/۶/۲۴ انتقال حقوق مالکانه به طرف ایرانی تعیین شده در قراردادهای "ساخت، بهره برداری و واگذاری" حسب توافق طرفین قرارداد از طریق واگذاری تدریجی حقوق مالکانه، در طول مدت قرارداد و یا واگذاری یکجای حقوق مکتسبه در پایان دوره قرارداد عملی می شود. (در خصوص این مقررات در بحث تملیک تدریجی مطالبی بررسی شده است.

همان ایرادی که در خصوص مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعملهای اجرایی آن مطرح گردید در مورد این قانون نیز قابل طرح است. (هر چند در بیشتر این قبیل قراردادها طرف ایرانی بخش دولتی است، اما مانعی برای بخش خصوصی وجود ندارد). اگر طرف ایرانی از انجام تعهدات خود در تأدیه ثمن قصور کند، وضعیت انتقال مالکیت بر مبنای عدم تحقق معلق علیه از لحاظ قانونی روشن نیست و بسته به توافق طرفین که معمولاً با استفاده از نمونه قراردادهای رایج در معاملات بین المللی صورت می گیرد، باید حسب مورد اظهار نظر گردد.

در قوانین کشورهای مختلف در خصوص ماهیت شرط حفظ مالکیت مسائلی مطرح و محل بحث است. از جمله این که در تعلیق بر شرط حفظ مالکیت چنین شرطی شرط فاسخ است یا به تعبیر حقوقدانان عرب شرط (واقف) تعلیقی است. به بیان دیگر آیا با وجود چنین شرطی مشتری علی رغم اینکه حق متزلزل او در معرض زوال است، مالک ملکیت تامه بر سنی مبیع به صورت معلق می گردد یا اینکه مشتری چیزی بجز یک حق احتمالی بدست نخواهد آورد.

به عبارت دیگر سؤالی که مطرح است این است که آیا شرط حفظ مالکیت در مقررات موضوعه شرط فاسخ است (مالکیت به خریدار منتقل شده و با محقق نشدن شرط خود به خود اعاده می گردد) یا شرط تعلیقی است (انتقال مالکیت منوط به تحقق معلق علیه است و با محقق نشدن آن منتقل نمی گردد)؟

در قانون مدنی آلمان این مسئله و مشکل با حمل این شرط بر شرط تعلیقی حل شده است و با وجود چنین شرطی مشتری، مالک مبیع نخواهد شد. علاوه بر این نص قانون (ماده ۴۵۵ ق.م) به وجود حق فسخ عقد برای بایع در صورتی که مشتری در پرداخت ثمن بطور کامل تأخیر نماید تصریح کرده است [۳، ص ۲۰۴].

به بیان دیگر انتقال مالکیت منوط و معلق به تأدیه ثمن است. اما اگر ثمن تأدیه نگردد عقد خود بخود و به حکم قانون منحل و منفسخ نمی گردد، بلکه سرنوشت این رابطه حقوقی در اختیار بایع قرار می گیرد. بنا بر این می تواند آن را فسخ کند و یا عقد را ابقاء و اقدام به مطالبه ثمن نماید.

در حقوق فرانسه به جهت اینکه در قانون مدنی نصی در این خصوص نیست، حتی بعد از تصویب قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ در تنظیم و سازماندهی شرط حفظ مالکیت (به جهت اینکه دقیقاً به این مطلب توجه نشده است) همچنان در دکترین این کشور در خصوص ماهیت این شرط این اختلاف نظر وجود دارد که آیا شرط فاسخ است یا شرط تعلیقی [همان]. همانطور که قبلاً اشاره شد در حقوق فرانسه، در مجموع سه دیدگاه مطرح شده است (ر.ک. صص ۳-۴).

به نظر برخی فاسخ یا تعلیقی تلقی کردن چنین شرطی در وضعیت قانونی مشتری تا پرداخت کامل ثمن مؤثر است. در فرضی که چنین شرطی را شرط فاسخ تلقی کنیم مشتری علی رغم اینکه حق او متزلزل و در معرض زوال است، مالک ملکیت تامه شنی مبیع تلقی می شود و در نتیجه می تواند در آن با چنین سلطه ای تصرف نماید [۱۱].

در فرض دوم یعنی حالتی که شرط حفظ مالکیت شرط تعلیقی محسوب شود، مشتری حقی ندارد مگر یک حق احتمالی یا مشروط [۱۲، صص ۷۶۳-۷۶۴] و به این جهت مشکلاتی در مورد تعیین و تحدید حدود سلطه هایی که مشتری بر مبیع تسلیم شده به او دارد، به وجود می آید. در نتیجه در این فرض مشتری از اینکه مالک و حائز آن باشد ممنوع است [۳، ص ۲۰۴].

در تحولات منتهی به تصویب قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ رویه قضایی فرانسه متمایل به تطبیق شرط حفظ مالکیت به شرط تعلیقی بوده است [۱۳، ص ۴۶]. در خصوص نصی که در قانون جدید آمده است و چنین شرطی را "شرطی که نقل ملکیت متوقف به پرداخت کامل ثمن دانسته است و شرطی که قانون جدید آن را در حق بایع و در مقابل جماعت طلبکاران (مشتري) نافذ و معتبر قرار داده است (یعنی مالک در مقابل آنان مورد حمایت قرار گرفته است) در نتیجه این شرط، شرط تعلیقی تلقی شده است نه شرط فاسخ [۱۴، صص ۱۸۵-۱۸۴].

در حقوق مصر، برخی از صاحب نظران در پاسخ به این پرسش که آیا چنین شرطی، شرط فاسخ است یا شرط تعلیقی، با استناد به بند اول ماده ۴۳۰ ق.م. آن کشور که مقرر داشته است: «اگر بیع مؤجل الثمن باشد، بایع می تواند شرط کند که انتقال مالکیت موقوف بر استیفای ثمن به طور کامل باشد، هر چند که تسلیم صورت گیرد»، معتقدند که قانونگذار مسئله را به صورت شرط تعلیقی و شرط فاسخ توأمان، منظور داشته است. به این معنی که مالکیت مبیع به صورت معلق بر شرط تعلیقی به مشتری منتقل می شود و ملکیت مبیع به صورت معلق بر شرط فاسخ برای بایع باقی می ماند و در آرای قضائی مربوط به سالهای ۱۹۱۱ تا ۱۹۱۶، تمایل به این نظر دیده می شود. بنا بر این نظر، شرط تعلیقی و فاسخ هر دو به صورت واحد حادث می شود. اگر مشتری ثمن را مطابق توافق تأدیه کند، شرط تعلیقی (واقف)، محقق می شود و مالکیت به صورت قطعی با اثر رجعی، به او منتقل می شود و همزمان با آن، شرط فاسخ هم محقق می شود و ملکیت با اثر رجعی، از بایع زایل می گردد و مانعی نیست که چنین بیعی در حالی که معلق بر شرط تعلیقی است، معلق بر شرط فاسخ نیز که عبارت از عدم وفای ثمن است، باشد. در نتیجه، ملکیت، معلق بر شرط فاسخ به مشتری منتقل می شود و زمانی که ثمن را تأدیه نکند، شرط فاسخ محقق می شود و بیع با اثر رجعی زایل می گردد، بدون آن که نیاز به صدور حکمی از محکمه باشد [۱۵، ج ۴، صص ۱۷۳-۱۷۴]. از این رو، برخی معتقدند که به کاربردن لفظ فسخ از سوی قانونگذار در بند ۲ این ماده که مقرر می دارد «وقتی ثمن باید به صورت اقساطی پرداخت شود، جایز است که متعاقدين توافق بر این کنند که اگر تمام اقساط تأدیه نشود و بیع فسخ گردد، قسمتی از ثمن به عنوان خسارات متعلق به بایع باشد، با وجود این قاضی می تواند نظر به اوضاع و احوال میزان خسارت متفق علیه را

مطابق قسمت دوم ماده ۲۲۴ تعدیل کنند» با دقت صورت نگرفته است، چون با عدم تأدیه ثمن، ملکیت مشتری که معلق بر شرط تعلیقی بود، زوال می یابد و زوال ملکیت به این سبب، تعبیر درستی است که واژه فسخ جایگزین مناسبی برای آن نیست [۱۵، ج ۴، ص ۱۷۵].

بر خلاف این نظر که با عدم تأدیه ثمن شرط فاسخ را موجب زوال و انحلال عقد دانسته است، با توجه به گزارش توضیحی زمان تصویب این ماده که در آن آمده است: «بایع می تواند به جای اقدام به فسخ، تنفیذ عقد را مطالبه نماید و در نتیجه بقیه اقساط در ذمه مشتری خواهد بود. بعضی در حقوق مصر معتقدند که به جای زوال عقد می توان گفت که با تخلف مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، بایع خیار داشته و اختیار فسخ یا حق مطالبه باقیمانده ثمن از اموال مشتری را دارد. همچنین بایع می تواند نسبت به مبیع حق ممتازه داشته باشد. اگر بایع مطالبه ثمن را اختیار کند، موجب می شود که شرطی که در واقع به نفع و به مصلحت او مقرر شده زایل و ساقط شود. در حقوق مصر آرایی در تأیید این نظر نیز صادر شده است [۱۶، ص ۲۱].

همچنین آرایی نیز در این مورد صادر شده است که اگر اقدام به فسخ گردد بایع نمی تواند آنچه را که از ثمن دریافت کرده است، نگه دارد. اما می تواند اقدام به مطالبه خسارت کند. این خسارت معادل کسر قیمت مبیع در حین استرداد خواهد بود. مضافاً آرایی نیز در این خصوص صادر شده است که در صورت تخلف مشتری، اگر بایع ثمن را مطالبه کند، شرط بقای مالکیت منتفی می شود و با اقدام به مطالبه ثمن، او شرط را زایل و ساقط نموده است. برخی از آرای قضایی نیز حاکی است که صرف مطالبه ثمن لزوماً به معنی اسقاط شرط نیست. در بعضی از آرا آمده است، اگر بایع اقدام به مطالبه ثمن کند، حق فسخ نخواهد داشت و نمی تواند همزمان ایندو را مدعی شود. در برخی از آرا اگر اقدام به فسخ کند، امکان عدول از آن و مطالبه ثمن را نخواهد داشت، اما عکس آن صادق است، یعنی اگر اقدام به مطالبه ثمن نماید می تواند از آن عدول و اقدام به فسخ کند. در برخی آرا آمده است که اقدام بایع به توقیف اموال مشتری بابت ثمن به منزله اسقاط و زوال حق فسخ او تلقی می شود [۱۵، ج ۴، ص ۱۷۶].

بر خلاف نظر مذکور که می گوید قانونگذار شرط حفظ مالکیت را به صورت شرط تعلیقی و شرط فاسخ، توأمان، منظور داشته است، برخی قبول این نظر را مشکل دانسته و معتقدند در این خصوص، نکاتی به شرح ذیل قابل بحث است:

اولاً: در نظر مذکور کاملاً روشن نیست که مقصود از مالکیت معلق چیست و سلطه هایی که به مشتری اعطا می شود، کدام است.

ثانیاً: علی رغم صراحت نص قانونی در این که انتقال مالکیت موقوف بر استیفای ثمن است، چگونه می توان تصور کرد که مشتری مالک باشد.

ثالثاً: چگونه مالکیت معلق بر شرط فاسخ برای مالک باقی می ماند در حالی که قانونگذار به آن تصریح نکرده است و اراده طرفین عقد نیز حاکی از این امر نیست.

رابعاً: در واقع، هر یک از بایع و مشتری، توأمان از خصایص و حقوق مالکیت، چیزی بیش از آن چه که یک مالک عادی دارد، نخواهند داشت و آنها اگر توأماً مالکند یعنی آن که وضعیت قانونی فروشنده با سلطه هایی که برای مشتری ایجاد می شود، ناقص می شود. حال آن که برای توجیه این مبنای یعنی قول به اندیشه توأم بودن حق مالکیت بر نفس یک شیء، نه دلیلی وجود دارد و نه در قانون مستندی برای آن یافت می شود [۳، صص ۲۰۶-۲۰۷]. لذا با نظری که به یک اعتبار، بایع را مالک تلقی و به اعتبار دیگری، مشتری را مالک دانسته است، مخالفت کرده اند.

در حقوق مصر، به نظر برخی، تفسیر صحیح از نص ماده ۴۳۰ ق.م. آن کشور تا حد زیادی به تفسیر آلمانی از نص ماده ۴۵۵ ق.م. آلمان نزدیک است مبنی بر آن که در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت انتقال مالکیت موقوف و منوط به تأدیه ثمن است و پیش از آن انتقالی صورت نمی گیرد و با عدم تأدیه ثمن اختیار فسخ یا ابقای معامله و مطالبه ثمن به دست بایع خواهد بود. این تفسیر بر خلاف چیزی است که دیدگاه حقوقی در مصر بر آن استقرار یافته است. در نتیجه، شرط حفظ مالکیت، بنابراین تفسیر، صرفاً شرط تعلیقی محسوب می شود و با وجود ملکیت موقوف، حق مالکیت به مشتری اعطا نمی شود، بلکه برخی سلطه هایی که موجد سیطره مادی و فعلی بر شئی مبیع، بر اثر تسلیم آن به مشتری است، فراهم می شود. این سلطه ها ممکن است سهمی از حق عینی ناشی از تجزیه حق مالکیت تلقی گردد. با این حال، این حق عینی به صاحب آن چیزی اعطا نمی کند، مگر سلطه در استعمال شئی مبیع به صورت بهره برداری عادی به مشتری، اما

سلطه تصرف حقوقی نسبت به مبیع یا بهره برداری کامل به او اعطا نمی شود. این حق استعمال با حق استعمالی مثل حق عینی متداول ناشی از عقود معین از حیث مضمون مختلف است و این حق عینی به صاحب آن سلطه کامل و ثابت و مستقری نمی بخشد و در واقع چنین سلطه ای با تأدیه ثمن حاصل می شود و بیع متضمن شرط حفظ مالکیت (با توجه به وضعیت قانونی آن) بیعی با ماهیت خاص خود محسوب می گردد [۳، ص ۲۱۳].

همانطور که ملاحظه می گردد با توجه به امتیازات خاصی که گرایش و مبنای قانونگذار آلمان دارد. امروزه تمایل به سمت پذیرش چنین دیدگاهی قوت یافته است. لذا توجه به نقاط قوت این قانون در صورت اقدام قانونگذار ایران به سازماندهی و تنظیم مقررات چنین بیعی امری ضروری است.

در مقررات موضوعه ایران حکمی در قانون مدنی در این خصوص وجود ندارد و در مواد ۱۱۰ و ۱۱۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا و تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری و آئین نامه های این قوانین که پیش تر اشاره شد نیز حکمی مقرر نشده است و اگر بیعی با شرط حفظ مالکیت منعقد گردد وضعیت قانونی آن مشخص نیست که آیا باید بصورت شرط فاسخ تلقی شود و به عبارتی تعلیق در انحلال [۸، ص ۱۵۵] محسوب گردد و در نتیجه قابل شویم که با چنین توافقی مالکیت که معلق بر تأدیه ثمن شده است برای مشتری حاصل می شود، اما با عدم تحقق معلق علیه عقد منحل و منفسخ می گردد یا اینکه به جای تعلیق در انحلال عقد آنرا حمل بر تعلیق در مرحله تشکیل عقد [۸، ص ۱۵۷] و ایجاد اثر اصلی عقد کنیم و قابل شویم که با وقوع عقد مالکیتی منتقل نمی شود و انتقال مالکیت منوط به تحقق معلق علیه است.

چنان چه متعاقدین در عقد به یکی از این حالات تصریح کنند و مثلاً توافق شود اگر ثمن در زمان معینی تأدیه نشود، بیع منفسخ گردد و مقصود شرط فاسخ و تعلیق در انحلال عقد باشد. در این حالت اراده طرفین بصورت صریح وضعیت را مشخص کرده است و چنین شرطی معتبر است. ممکن است حصول شرط (عدم انجام معلق علیه و تأدیه ثمن) شرط انفساخ و یا شرط فسخ باشد و در هیچ یک از دو گونه توافق نمی توان شرط را خلاف مقتضای عقد دانست و سبب انفساخ هم توافق دو طرف به صورت شرط ضمن عقد است [همان].

اگر طرفین به حالت دَوم نیز تصریح نمایند (و توافق بر تعلیق در مرحله تشکیل عقد باشد) این نیز معتبر و انتقال مالکیت صورت نگرفته و مالکیت برای بایع حفظ شده و منوط به انجام معلق علیه است و اگر معلق علیه صورت نگیرد مالکیت از اول منتقل نشده و هیچ گاه منتقل نخواهد شد.

مسئله ای که در حقوق ایران مطرح می گردد این است که اگر اراده طرفین صریح نباشد و به جهت ظهور الفاظ متعاقدین، تاب تفسیر هر دو حالت وجود داشته باشد (یعنی احتمال تعلیق در انحلال یا تعلیق در مرحله تشکیل عقد برود) وضعیت قانونی مسئله مثل قانون فرانسه مبهم است و مشخص نیست و طبعاً محل اجتهاد و نظرات گوناگون فراهم است. بر خلاف قانون آلمان که فرضی قانونی و ظاهراً قاعده ای تکمیلی ارائه نموده است، مستند قانونی در حقوق ایران وجود ندارد. بنابراین، توصیه می گردد قانونگذار ایران نیز اقدام به بیان وضعیت قانونی مسئله نماید.

مطلبی که در حکم قانونگذار آلمان قابل توجه بوده و شایسته است در صورت تقنین مورد توجه قانونگذار ایران قرار گیرد این است که وقتی چنین شرطی راصرفاً شرط تعلیقی دانسته و شرط فاسخ تلقی ننموده است و در صورت تخلف خریدار و عدم تأدیه ثمن، حق فسخ برای بایع قایل شده است. در نتیجه اختیار عقد را در صورت عدم پرداخت ثمن بدست بایع داده است. حال اگر وجه شرط فاسخ بدرستی تصور گردد، عدم پرداخت ثمن موجب زوال رابطه حقوقی است و پس از انعقاد عقد با شرط حفظ مالکیت سرنوشت عقد بدست خریدار سپرده شده است و تعهد به پرداخت ثمن از سوی خریدار امر الزام آوری نیست و همینکه اراده کند که ثمن را نپردازد، در نتیجه عقد منفسخ می گردد. بنابراین، تعهد اولیه او تعهدی الزام آور نخواهد بود و حمل مطلب بر این وجه مخالف اصل لزوم (و ضروریات اقتصادی مبنای آن) است. بنا براین انتخاب شیوه قانونگذار آلمان که انتقال مالکیت را معلق به پرداخت ثمن نموده و با عدم پرداخت ثمن، اختیار فسخ یا مطالبه ثمن به بایع داده شده از این جهت بدون تردید، مرجح است.

گفتار دوم: آثار شرط حفظ مالکیت:

آثار شرط حفظ مالکیت از جهات مختلف قابل بررسی است. من جمله از حیث زمانی که شامل آثار قبل از تحقق شرط و بعد از تحقق آن می شود. همچنین از حیث

وقوع یا عدم وقوع شرط که شامل تحقق شرط و یا عدم تحقق شرط خواهد بود. در این گفتار در دو قسمت ابتدا آثار شرط حفظ مالکیت قبل از تحقق شرط و سپس آثار شرط حفظ مالکیت در حالات بعد از تحقق و عدم تحقق شرط بررسی شده است.

الف- آثار شرط حفظ مالکیت قبل از تحقق شرط:

در بیع با شرط حفظ مالکیت سؤال مهمی که مطرح است این است که وضعیت حقوقی فروشنده و خریدار تا قبل از تحقق شرط و وفای به عهد و پرداخت کامل ثمن چگونه است.

برخی حقوقدانان معتقدند که بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، برخی از خصایص مالکیت را بصورت حق عینی (به مشتری) منتقل می کند. تحلیل چنین نظری به معنی قایل شدن به تجزیه حق مالکیت است. در نتیجه سوالی که مطرح می شود این است که تجزیه حق مالکیت به حقوق عینی دیگری غیر از حقوق عینی معروف و سازماندهی و تنظیم شده در قانون مدنی چگونه ممکن خواهد بود [۳، ص ۱۹۹].

به طور معمول با چنین بیعی مشتری حق استعمال کالا را بدست می آورد. هر چند که او غالباً از تصرف در کالا به صورت تحویل آن به دیگری و یا انتقال آن ممنوع می شود. در خصوص رویه قضایی کشور فرانسه؛ در پاسخ به این سوال که آیا امکان تجزیه مالکیت وجود دارد یا نه معمولاً به یک حکم قدیمی صادره در ۱۳ فوریه ۱۸۳۴ [۱۷، ص ۶۱] اشاره می شود. در آن حکم به اصلی اشاره شده است که: نصوص مواد ۵۴۴ تا ۵۴۶ قانون مدنی در مورد ماهیت و آثار مالکیت است. اما نصی تحریمی (که حکایت از منع در تجزیه حق مالکیت کند) تلقی نمی شود. این مقررات و مقررات دیگری که بعداً وضع شده است؛ بعید نیست که دخالت در حق مالکیت عادی را از جهت تعدیل یا تجزیه آن ممکن دانسته باشند. در خصوص دکترین حقوقی در این کشور، حقوقدانانی که به تجزیه حق مالکیت به حقوق عینی جدیدی توجه داشته اند به اصل آزادی قراردادهای استناد کرده اند. با این حال، این حقوقدانان گفته اند که این آزادی چه در عمل و چه در رویه قضایی به کار گرفته نشده است [۳، ص ۲۰۰].

در هر حال اصل آزادی قراردادهای در انشای حقوق عینی با دو مانع مواجه است: اولاً: این امر شامل آن حق عینی است که با آزادی کامل و قصد صریح و روشن طرفین

صورت گرفته باشد، بعلاوه با اصل نسبیت اثر عقد برخورد می کند (چون صاحب چنین حقی در مقابل دیگر طلبکاران حق ممتاز و مقدم خواهد یافت) ثانیاً: انشای حقوق عینی که بتواند در مقابل عموم قابل استناد باشد ممکن نیست مگر اینکه آن حقوق بانصوص قانونی تأیید و تجویز شده باشد [همان].

این اختلاف که برخی در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت قابل به تعدیل و تجزیه مالکیت و ایجاد حق عینی (برای مشتری شده) و برخی آن را با موانعی مواجه دیده اند، اثر و نتیجه این سؤال محوری است که چگونه ممکن است که یک عقد حقی را بطور مستقیم بر یک شئی ایجاد نماید که علی رغم نسبیت اثر آن و انحصار آن به طرفین عقد، در مقابل سایر طلبکاران و در مواجهه با آنها قابل استناد و احتجاج باشد [همان].

در حقوق آلمان اجماعی بین حقوقدانان در خصوص حق مشتری و متصرف در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت است که با وجود اینکه بعد از عقد مالک نمی شود؛ اما صاحب حقی موسوم به [Anwartschaftsrecht (آن وارث شافت غشت)]، بر کالای مورد معامله می گردد [۳، ص ۲۰۱]. حال باید دید ویژگیها و ماهیت این حق چیست.

برخی از صاحب نظران معتقدند که ویژگیهای این حق، منحصر در حیات و اجازه تصرف (مادی و حقوقی) و بعضی معتقدند که ذات و جوهره این حق، منحصر در حیات و حق استعمال یا تمتع از مبیع است.

اما در مورد ماهیت این حق نظر غالب بر این است که این حق شبیه حق عینی حقیقی است، هر چند که به تبع بیع باشد، از این حیث که این حق در صورتی که ثمن تأدیه نشود، منتفی می شود [۷، ص ۵۸].

رویه قضائی آلمان، متمایل به نظر اخیر است و متناسباً تعبیراتی در خصوص ذات این حق به کار برده اند، مثل: «حقی که نزدیک به هیأت کامل حق است» یا «مجرد مرحله ای برای ملکیت». این حق نمی تواند حق مالکیت باشد ولی می تواند از لحاظ ماهیت درجه پایین تری از آن محسوب شود. این تفسیر از حق مشتری، با چیزی که در عمل رایج است که تصرف در این حق، طبق شیوه انتقال مالکیت صورت می گیرد و نه وفق روشی که حواله حق - انتقال حق دینی - انجام می شود، انطباق دارد. به عبارت دیگر اگر مشتری که حق انتقال مالکیت کالا را به دیگری ندارد، صرفاً همین حق مکتسب خود (و نه مالکیت کالا) را به دیگری منتقل کند، این انتقال با حالت انتقال مالکیت منطبق

است. بنا بر این، اگر تأدیه ثمن به صورت کامل محقق شود، حق مالکیت از مالک (انتقال دهنده اول) مستقیماً به متصرف ثانی (انتقال گیرنده نهایی) منتقل می‌گردد، بدون این که وارد ملکیت متصرف اول گردد. کما این که توقیفی که توسط یکی از طلبکاران متصرف اول که قبل از تأدیه ثمن صورت گرفته، به عمل می‌آید، به متصرف دوم ضرری وارد نمی‌کند، چون نمی‌تواند علیه او، احتجاج کند [۷، ص ۵۹].

به بیان دیگر وقتی حق خریدار اول را حق عینی بدانیم، هنگامی که به دیگری منتقل می‌گردد انتقال گیرنده نیز حق عینی دارد و رابطه خریدار (اول) با این حق عینی، پس از انتقال آن به خریدار دوم قطع می‌گردد و حق عینی برای انتقال گیرنده دوم ایجاد می‌شود و با تأدیه ثمن این حق عینی به کمال خود یعنی حق مالکیت تبدیل و به وی منتقل می‌گردد. این انتقال بطور مستقیم واقع می‌شود و به جهت این حق عینی، حق تقدم او نسبت به طلبکاران خریدار اول قابل توجیه خواهد بود. لکن سؤال این است که چگونه باید این وضعیت را تفسیر کنیم؟ به این جهت که با شرط حفظ مالکیت، از سوی یک حق عینی برای مالک باقی است و از سوی دیگر با این تفسیر، برای خریدار هم حق عینی قابل شده ایم.

بعضی از صاحب نظران قایل به فکر از دواج حق مالکیت بر نفس شیء مبیع شده اند و جوهره این فکر حول این محور است که خصایص کل حق مشتری متصرف و حق مالک، در حقیقت یک ماهیت واحد تلقی می‌گردد. بنا بر این، احدی از صاحب نظران چنین اظهار داشته است که بایع و متصرف مجموعاً و توأمأ واجد حقوق و خصایصی بیش از آنچه یک مالک عادی دارد نیستند و آندو همراه با هم مالک تلقی می‌شوند. به سخن دیگر وضعیت حقوقی اولی با سلطه‌هایی که برای دومی ایجاد شده ناقص و محدود می‌گردد. در نتیجه او دیگر چنین سلطه‌هایی را نخواهد داشت [۳، صص ۲۰۲-۲۰۱].

در حقوق ایران در این خصوص که آیا حق مشتری متصرف در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت را می‌توان حق عینی تلقی کرد یا خیر؟ مقدمتاً لازم به ذکر است که اولاً همانطور که برخی از صاحب نظران گفته‌اند، حق عینی حقی است که بطرفیت عموم قابل استناد است و به صاحب آن اجازه می‌دهد که اختیارات قانونی خود را روی مال موجود در خارج (اعم از منقول و غیر منقول) بکار برد. مانند حق مالکیت اعیان و مالکیت مباح له در ملک مورد حق انتفاع از نظر حق انتفاعی که دارد و مالکیت حق ارتفاق و حق

تجیر و حق شفعه؛ این حق بر دو قسم است؛ حق عینی اصلی که شامل مثالهای مذکور است و حق عینی تبعی که به عنوان تضمین طلب متعهد له به وی داده می شود؛ مثل رهن ، معاملات با حق استرداد و وثائق حسن انجام خدمات ؛ بموجب این حق عینی متعهد له در استیفای طلب از مال متعهد حق تقدم و حق تعقیب دارد [۱۸، صص ۹۹-۱۰۰].

در ما نحن فیه، در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، که مبیع در تصرف مشتری قرار گرفته است و برابر عقد بیع ، مشتری در حال انجام تعهدات و تأدیه ثمن و تحقق معلق علیه است، بعید نیست که بتوانیم بگوییم که او صاحب حقی است که صرفاً یک حق شخصی و بر ذمه بایع نیست . رابطه او با عین مبیع که در تصرف اوست بر قرار است و تا تعهدات خود را انجام می دهد ، اگر طلبکاران بایع متعاقب این بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، در صدد توقیف مال برآیند، نمی توانند به بهانه مالکیت بایع درخواست رفع تصرف یا خلع ید مشتری را نمایند. به علاوه همانطور که برخی گفته اند ، مالکیت کاملترین حق عینی است و حقوق عینی از شاخه های این حق است و مالک می تواند از مال خود بهره برداری و از ثمره های آن منتفع و آنرا به دیگری منتقل کند. بر پایه همین اختیار حقوقدانان رومی مالکیت را به حق استعمال، حق استثمار و حق اخراج از ملکیت تجزیه کرده اند. در حقوق اسلام نیز ضمن اصل تسلیط، اختیار کامل مالک در تصرف و انتفاع از ملک خود تأیید شده است و مالک حق دارد از مال خود استفاده و نسبت به آن اعمال حقوقی انجام دهد. من جمله اجازه استعمال و انتفاع از مال خود را به دیگری بدهد [۱۹، صص ۱۰۴-۱۰۵]. در ما نحن فیه ، در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، که حق استعمال و استثمار مبیع به مشتری داده شده است ، وضعیت حقوقی با اذن در اباحه و دادن حق انتفاع و یا تملیک منفعت متفاوت است . شاید بتوان گفت قسمتی از حق مالکیت با چنین بیعی حق مشتری شده است و بایع حق دخالت در این قسمت از مالکیت خود را ندارد . حال چنانچه مشتری به تعهدات خود عمل نماید، دخالت بایع نسبت به این قسمت از حق مالکیت برای همیشه منتفی شده و مابقی حق مالکیت نیز متعلق به خریدار خواهد شد . بنا بر این، با چنین عقدی به همان مقدار که بایع از حقوق مالکانه خود را به مشتری داده است از حق مالکانه خود کاسته و بعد از بیع از آن حق برخوردار نخواهد بود. بنابراین، حق استعمال و حق تصرف حقوقی در قسمتی

که حق مشتری شده است را نخواهد داشت و عملاً قسمتی از حقوق مالکانه مربوط به بایع و قسمتی مربوط به مشتری شده است. از این رو، تصور تجزیه مالکیت در حقوق ایران نیز امر نامعقولی به نظر نمی‌رسد و منعی نیز در این خصوص وجود ندارد. مضافاً اینکه وضعیت مشتری بعد از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، در مقایسه با حق عینی مسلمی مثل رهن هم تفاوت دارد و به نظر موقعیت مشتری در رابطه با شیء مبیع مستحکم‌تر از موقعیت مرتهن در رابطه با عین مرهونه است. چون مرتهن در یک رهن ساده هیچ یک از حقوق مالکانه (من جمله حق استعمال و استثمار) را ندارد و حق فروش او نیز معلق بر عدم تأدیه دین در موعد مقرر از جانب غیر است. در حالیکه مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، ضمن اینکه برخی از حقوق مالکانه مثل حق استعمال و استثمار را بدست آورده است و طلبکاران بایع نمی‌توانند مال را از تصرف او خارج نمایند، سرنوشت تأدیه ثمن و سلطه در انجام معلق علیه نیز در دست و اختیار خود اوست.

برخی دیگر از صاحب نظران صحبت از تقسیم حق مالکیت نموده‌اند. به این صورت که آنرا به دو قسم کمی و کیفی تقسیم کرده‌اند؛ قسمت کمی، بر جزیی از این حق اطلاق می‌شود که با پرداخت هر قسط جدید (در حالتی که بایع استحقاق دریافت آن را داشته باشد) موجبات انتقال قسمتی از (حق مالکانه) بر مبیع به خریدار فراهم می‌شود. به سخن دیگر، هر قدر از ثمن پرداخت گردد، به همان میزان بر سلطه مالکانه مشتری افزوده شده و از سلطه فروشنده کاسته می‌شود. مثلاً اگر ۹۹٪ ثمن تأدیه شده باشد نباید وضعیت مشتری را با مشتری که هنوز اولین قسط را هم تأدیه نکرده است یکسان دانست. قسمت کیفی، به خصایص و حقوق ملکی اطلاق می‌شود و مربوط به سلطه مالکانه بر مبیع است. در نتیجه خصایصی که مربوط به ضمان تلف و اختیار تصرف حقوقی در حق مالکانه است برای بایع باقی می‌ماند و خصایصی که مربوط به حیات و استعمال یا تمتع است به مشتری متصرف منتقل می‌شود. در نتیجه حق متصرف داخل در دسته‌ای از حقوق عینی که غالباً در مقررات موضوعه تعریف و تعیین شده است، می‌گردد [۷، ص ۵۹].

به نظر می‌رسد در این خصوص که گفته‌اند در قسمت کیفی اختیار تصرف حقوقی در حق مالکانه برای بایع باقی می‌ماند به این معنی نخواهد بود که بایع حق

انتقال مالکیت مبیع را مجدداً (بدون توجه به معامله قبلی) به غیر داشته باشد. بلکه او اختیار تصرف حقوقی در حقوق مالکانه ای که بعد از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، برای او مانده است را خواهد داشت. این مطلب در مورد مشتری نیز صادق است و او نیز حق انتقال مالکیت مبیع را ندارد و با شرط حفظ مالکیت او مالک نیست تا بتواند آنرا منتقل کند ولی حقوق ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت را (خصوصاً در صورتی که ممنوع از انتقال نشده باشد) خواهد داشت.

پیشنهادی که برخی از حقوقدانان مطرح کرده اند راجع به معیار یا اصلی است که وفق آن، این تقسیم (به کمی و کیفی) کامل می شود. به نظر ایشان شایسته است که نسبت به مسلم شدن چنین حقی و رفع هر اشکالی، قانونگذار مقرره ای وضع نماید تا فی نفسه موجب اعتبار دادن به حق هر یک از طرفین گردد. یعنی وضعیت مالک سابق و مالک لاحق انتقال گیرنده از او کاملاً روشن شود. در نتیجه چنین حقی که از طرفی از جانب مالک قابل انتقال به قایم مقام وی است و از سویی با پرداخت تدریجی ثمن از جانب مشتری متصرف مبیع، به نفع او تقویت می گردد، به صورت مرحله ای انتقالی و در تطور تدریجی مطرح بشود. به این ترتیب با فقدان تدریجی حق از جانب مالک قدیم و اکتساب این حق از جانب مالک جدید، تا جایی این تطور ادامه یابد که به انتهای خود برسد، یعنی با پرداخت کامل ثمن تمام شود [۷، ص ۵۵].

جالب این است که حقوق ایران نه تنها با این مفهوم بیگانه نیست، بلکه نص قانونی در تایید آن نیز وجود دارد. برابر تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی که در ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ به تصویب مجلس و در ۱۳۸۱/۳/۴ اصلاح موادی از آن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است، مقرر می دارد: "مادام که سرمایه خارجی موضوع روشهای" ساخت بهره برداری و واگذاری" مندرج در بند ب این ماده و سود مترتب بر آن استهلاک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر توسط سرمایه گذار خارجی مجاز می باشد." ماده ۹ آیین نامه اجرایی این قانون نیز مقرر می دارد: "انتقال حقوق مالکانه به طرف ایرانی تعیین شده در قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری حسب توافق طرفین قرارداد از طریق واگذاری تدریجی حقوق مالکانه در طول قرارداد و یا واگذاری یکجای حقوق مکتسبه در پایان دوره قرارداد عملی می شود."

برخی دیگر از صاحب نظران فرانسوی کوشیده اند تحلیل جدیدی برای وضعیت متصرف در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ارائه دهند [۷، ص ۶۳]. نقطه آغاز این نظر ارائه تحلیلی است که بطور خلاصه از این قرار است: مالکی که حق مالکیت را حفظ کرده است، در ارتباط با متصرف نمی تواند سلطه ای بر کالای تسلیم شده به او داشته باشد؛ مگر بر مبنای سند تنظیمی و شروط قراردادی آنها بر مبنای حق شخصی. به سخن دیگر، با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت که کالا به تصرف مشتری داده می شود، وقتی مشتری مطابق قرارداد وفای به عهد می کند، تنها حقی که برای فروشنده متصور است همان اخذ ثمن از اوست.

طرفداران این نظر پیشنهاد می کنند که از جهت امکان اعطای سلطه حق استعمال به مشتری که روزگاری مبنای حق عینی بوده است. چنین حقی به اعتبار اینکه جزئی از حقوق مالکیت است، حق عینی در استعمال تلقی شود و این حق استعمال که با بیع ایجاد شده است نباید با حق استعمال ناشی از حق انتفاع و عاریه و اجاره یکی بشمار رود.

این نظر تحلیلی جسورانه محسوب و با اعتراضات زیادی مواجه شده و چندان مقبول نیفتاده است. با این حال، به نظر صاحبان این رأی، در حقوق فرانسه مانعی برای ایجاد دگرگونی و تطوری که منجر به قبول آنچه که قانونگذار آلمان به آن رسیده است، وجود ندارد و معتقدند که این تحلیل مزایای متعددی دارد. از جمله:

۱- واقعیات اقتصادی منطبق با قانون می شود و در اشیایی که به عنوان لوازم مورد استعمال فروخته می شود و ممکن است خریدار (به جهت عدم پرداخت ثمن بطور کامل) نتواند آن را استعمال کند (با قبول چنین تحلیلی) مانع استعمال برطرف می گردد، و

۲- ملاک در دادن اعتبار (به خریدار) طبیعی دینامیکی است نه ثابت و مقصود از آن در کل دوره اجرای عمل حقوقی به یک حالت نیست، و

۳- ملاک در اعتبار، وضعیت مشتری متصرف است. او صرفاً به عنوان واضع یدی که ملتزم به رد مال باشد، محسوب نمی گردد، بلکه مثل مالک تلقی می شود. به این جهت که او تعهداتی مثل انتقال ریسک، تضمین ریسک، مخاطرات احتمالی برای مبیع، التزام به پرداخت و غیره را در قرارداد عهده می گردد، و

۴- وضعیت حقوقی مشتری متصرف از محدوده التزامات ناشی از روابط قراردادی که در حال حاضر صرفاً در آن قرار می‌گیرد؛ خارج و با وضع قانون، سازماندهی و تنظیم می‌شود. به این معنی که قبول این نظر ممکن است سهمی در حل مشکل انتقال استفاده از شرط حفظ مالکیت به غیر، به نحوی که بعداً ملاحظه خواهیم کرد، داشته باشد و با انتقال حقوق ناشی از قرارداد به دیگری انتقال گیرنده نیز از حق ناشی از شرط حفظ مالکیت برخوردار گردد [۱۴، ص ۱۷۴].

در حقوق مصر نص ماده ۱/۴۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "اگر بیع مؤجل الثمن باشد، بایع می‌تواند شرط کند که نقل ملکیت مبیع به مشتری موقوف به پرداخت تمام ثمن باشد؛ هر چند که تسلیم مبیع صورت گیرد."

در گزارش توضیحی مقدماتی در وضع این ماده چنین آمده است که: این ماده اجازه می‌دهد که بایع در صورتی که ثمن مؤجل باشد شرط حفظ مالکیت کند. تا ثمن بطور کامل پرداخت شود، هرچند که مبیع قبل از آن تسلیم شده باشد. بطور معمول شرکتهایی که کالای خود را به اقساط می‌فروشند، مثل فروشندگان وسایط نقلیه و زمینهایی که به ثمن اقساطی فروخته می‌شود چنین شرطی را مقرر می‌دارند [۳، ص ۲۰۴].

از صاحب نظران مصری برخی اظهار داشته‌اند که مشتری وفق شرط تعلیقی مالک مبیع می‌شود و این امر قبل از تأدیه کامل ثمن صورت می‌گیرد؛ و از زمان مالکیت او منعی در اینکه مبیع را تسلّم کند و در اختیار گیرد وجود ندارد. آنچه که با تسلیم مبیع به او منتقل می‌شود حیات مبیع است. اما مالکیت با بیع، موقوف به شرط حفظ مالکیت به او منتقل می‌گردد. لکن این امر مانع از آن نیست که او در این ملکیت موقوف تصرف (حقوقی) نماید و تصرف او ایضاً معلق به شرط تعلیقی است. در نتیجه او مجاز است که در مبیع با بیع و رهن تصرف کند. مشتری دوم نیز از طریق مشتری اول بر اساس شرط واقف تعلیقی مالک می‌گردد و همچنین مرتهن نیز بر مبنای شرط تعلیقی دارای حق رهن خواهد شد [همان].

در حقوق ایران بر خلاف نظر برخی که اظهار داشته‌اند مشتری حق هیچ‌گونه تصرف حقوقی و مادی در مبیع (موضوع بیع متضمن شرط حفظ مالکیت) را ندارد [۲۰، ص ۲۶۳]. می‌توان گفت با چنین بیعی بطور قطع حقی مالی برای مشتری ایجاد نمی‌شود.

همانطور که برخی از حقوقدانان ایرانی تصریح کرده اند با وقوع عقد معلق حقی مشروط بوجود آمده که قابل نقل و انتقال قراردادی و قهری است [۲۱، ج ۲، ص ۲۹؛ ۲۲، ص ۱۹۹]. انتقال گیرنده این حق قایم مقام مشتری متصرف خواهد شد و اگر صاحب این حق (در قرارداد) ممنوع از انتقال آن نشده باشد، منع قانونی برای انتقال وجود ندارد. اما در خصوص به رهن دادن چنین حقی که از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت برای مشتری متصرف ایجاد شده است. در قانون مدنی ایران مال مرهون برابر ماده ۷۷۴ باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. حال باید دید آیا حق مشتری متصرف نسبت به چنین مبیعی دین و منفعت است تا ممنوع از رهن باشد یا حقی نسبت به عین معین یا به عبارت دیگر نوعی از حق عینی نسبت به عین معینی است. بالاتر دید در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت مشتری متصرف صرفاً مالک منفعت نمی گردد و وضعیت او با صاحب حق انتفاع یا مالک منفعت متفاوت است. از طرفی نمی توان حق او را دین تلقی کرد. حتی اگر گفته شود از این حیث که مالک متعهد انتقال مالکیت به اوست و بنا بر این، رابطه او با مالک تحت عنوان دین قرار می گیرد. این وجه هم محل بحث است. چون اثر چنین بیعی صرفاً تعهد مالک به انتقال مالکیت نیست. علاوه بر آن در واقع انتقال با شرط حفظ مالکیت مطرح است و عملاً مبیع به تصرف مشتری داده می شود و بخشی از حق مالکانه از مالک سلب و به مشتری داده می شود. از این رو، به نظر نمی توان به آسانی گفت که تحت عنوان دین قرار می گیرد و حداقل امر یقینی نیست. از طرفی با دقت در ماده ۷۷۴ منع از رهن دین و منفعت صورت گرفته است و ممنوعیت در این حد محصور شده است. حال سوالی که مطرح می شود این است که آیا می توانیم این ممنوعیت را تفسیر موسع کنیم و به موارد غیر متیقن از دین و منفعت سرایت دهیم یا به عکس باید به قدر متیقن از این دو اکتفا کنیم و بر خلاف این، قسمت اول ماده را تفسیر موسع کنیم و عین معین را شامل حق عینی مشتری متصرفی که با بیع متضمن حفظ مالکیت نسبت به مبیعی که عین معین است (در مقابل فروشنده و حتی طلب کاران او) بدست آورده و آنرا در تصرف و اختیار دارد نیز بدانیم و رهن آن را به صورتی که حق مرتهن موقوف به تأدیه ثمن بطور کامل از سوی مشتری و قطعی شدن مالکیت او باشد صحیح و با تحقق شرط (تأدیه ثمن بطور کامل) مرتهن را در صورت عدم تأدیه دین اصلی مبنای عقد رهن، محق در اجرای حق خود (که ناشی از چنین عقد رهنی است) بدانیم.

به نظر می رسد در حقوق ایران جواز رهن مبیع موضوع بیع متضمن شرط حفظ مالکیت خالی از قوت نباشد. خصوصاً اینکه تعلیق در عقد رهن بر خلاف عقد ضمان (که در ماده ۶۹۹ به عنوان یکی از موارد استثناء در حقوق ایران مطرح است) در قانون مدنی مطرح نیست. به سخن دیگر در این حالت نوعی تعلیق در حق مرتهن صورت می گیرد.

در خصوص وضعیت حقوقی بایع در دو حالت انتقال به خریدار (دوم) با حسن نیت و ورشکستگی مشتری در حقوق مصر گفته شده است که هر گاه مبیع مال منقول باشد - همانطور که غالباً چنین است - و مشتری در آن تصرف حقوقی قطعی کند و آن را به صورت اقساطی به مشتری با حسن نیتی واگذار کند، در حالی که مشتری دوم نمی دانسته است ملکیت مشتری اول معلق بر شرط تعلیقی است، در این صورت تملک او از مشتری اول، تملکی قطعی به موجب حیات است. مشتری (اول) در این حالت، تزییع کننده حق بایع و مالک اولیه محسوب نمی شود. چون تضرر به بایع مقتضی انعقاد عقود معینی غیر از بیع اقساطی است. چنان چه مشتری (در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت) ورشکسته شود؛ شرط حفظ مالکیت منتفی است و بقیه ثمن به صورت دین باقی می ماند و به جهت ورشکستگی او، سایر طلبکاران ورشکسته مزاحم (و مدعی مورد حمایت قانون نسبت به) بایع خواهند بود. چون امتیاز بایع در حالت ورشکستگی ساری در حق دیگران نیست. بنا براین، دو امر ذیل بر خلاف میل و رغبت بایع جریان می یابد:

یکی این که وقتی مشتری اول در مبیع تصرف حقوقی (به صورت بیع اقساطی) می کند تزییع کننده حق بایع محسوب نمی گردد و انتقال او به مشتری دوم با حسن نیت (به صورت بیع قطعی) صحیح تلقی می شود. (چنین تصرفی باعث زوال حق ناشی از شرط حفظ مالکیت بایع می شود) و دیگری این که موجب عدم توانایی بایع در استرداد عین مبیع در حالت ورشکستگی مشتری است [۱۵، ج ۴، ص ۱۷۳].

بنابراین، به نظر برخی رویه قضایی مصر منطق شرط حفظ مالکیت را بطور کامل و تا حد نهایی آن نپذیرفته است، به این جهت که به بایع اجازه نداده است به استناد این شرط علیه طلبکاران مشتری ورشکسته احتجاج و به حق ممتاز وحق تقدم خود استناد کند. در واقع این امر به جهت اصل تساوی طلبکاران به او تحمیل می شود. ضرورت (حمایت از شرط حفظ مالکیت) مقتضی آن است که مقنن مصری وارد این قضیه شود و

به همان روشی که برخی از قانونگذاران عمل کرده اند، این اثر را به این شرط اعطا کند و در نتیجه کارکرد و آثار قانونی مناسب آن شرط را کامل گرداند [۳، ص ۲۰۴].

در حقوق ایران در حالتی که پس از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، مشتری آنرا به دیگری انتقال دهد، به نظر بیش از حقی که داشته است انتقال نمی یابد و اگر چه خریدار بعدی با حسن نیت بوده باشد، حسن نیت او موجب زوال حق ناشی از شرط حفظ مالکیت بایع و مالک اولیه، نخواهد بود.

در حالتی که مبیع درچنین بیعی به تصرف مشتری داده شود و عین نزد او موجود باشد و ورشکسته گردد، با توجه به ماده ۳۸۰ ق.م. که مقرر می دارد: "در صورتی که مشتری مَفْلَس شود و مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد." این حق استرداد وقتی در بیع مطلق و بدون قید و شرط حفظ مالکیت که مالکیت به خریدار منتقل می شود در حالت مَفْلَس و ورشکسته شدن خریدار پذیرفته شده است؛ به طریق اولی در ما نحن فیه که مطابق شرط حفظ مالکیت در واقع مالکیت به خریدار بطور قطع انتقال نیافته است، برای بایع وجود خواهد داشت.

سوالی که مطرح شده است این است که ید خریدار در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت چه یدی است و حدود سلطه هایی که مشتری می تواند نسبت به مبیع اعمال کند به چه میزان است.

در حقوق مصر و فرانسه، به نظر برخی به طبیعت حال، وضع ید بر هر مالی یا ناشی از واقعه ای حقوقی است و به بیان دیگر رابطه قراردادی بین متصرف و مالک نیست یا ناشی از اعمال حقوقی است و از طریق یکی از عقود مثل ودیعه، یا اجاره یا عاریه و غیره وضع ید صورت می گیرد. در ما نحن فیه وضعیت مشتری ناشی از عقدی است که بین او و بایع رابطه ایجاد می کند و در حدی است که صرف عقد بیع با شرط حفظ مالکیت به آن اعتبار می بخشد. مسئله سلطه های مشتری قبل از اینکه با پرداخت کامل ثمن مالک گردد، با توجه به انحای مختلف توافق طرفین نظم مشخصی ندارد. با این حال وضعیت طبیعی از این قرار است که این سلطه ها ناشی از حق مالکیتی است که عقد بیع متکفل نقل آن است. اینکه مشتری از لحاظ قانونی نمی تواند اقدام به تصرفات حقوقی در مبیع کند؛ اما حیات مادی نسبت به مبیع به او اعطا شده تا در واقع آن را استعمال کند سبب تشتت آرا در توصیف و تفسیر وضعیت مشتری است [۳، ص ۲۰۸].

این وضع خاص موجب تردید در رویه قضایی و اختلاف بین حقوقدانان شده است. به عنوان مثال در حقوق فرانسه محکمه استیناف در حکم خود که در ۱۰ ژانویه ۱۹۷۵ اصدار یافته اعلام کرده است که مشتری دارای آزادی کامل در استعمال مبیع است^{۲۳} همچنین تعبیرات مشابهی از سوی برخی از حقوقدانان مطرح و گفته اند که مشتری "حائز و دارنده به حساب غیر می شود" یا اینکه "او حائز و دارنده مرتبط به التزامات قراردادی می شود" یا او "دارنده عرضی است" یا حتی "مال نزد او امانت و او امین است" [۲۳].

در حقوق ایران نیز به نظر برخی مشتری تا پرداخت ثمن تنها دارنده به مفهوم مادی مال دیگری است و از لحاظ نظری وی حق هیچ گونه تصرف حقوقی و مادی در مبیع را ندارد. برعکس وی موظف به حفظ مبیع است و در واقع مبیع را می توان در حکم امانتی نزد وی به شمار آورد. چون در اثر رابطه قراردادی حاصل از عقد بیع به وی تسلیم شده است [۲۰، ص ۲۶۳].

اما در خصوص اینکه بتوان مبیع را در حکم امانتی نزد مشتری محسوب نمود لازم به ذکر است که با چنین برداشتی باید دید مشتری را نسبت به مبیع ید امانی تلقی کنیم. از طرفی در خصوص امانی بودن ید در حقوق ایران چند دیدگاه مطرح است. به نظر برخی با توجه به ماده ۶۳۱ ید شخص بر مال غیر، در صورتی امانی است که قانون ید او را امانی بشمار آورده باشد، مثل ید مستأجر، مستودع و مستعیر؛ در غیر اینصورت اصل بر ضمانتی بودن ید است [۲۱، ص ۱۷۰]. به نظر برخی از مجموع مواد مربوط به اجاره، عاریه، وکالت، رهن و مانند اینها چنین بر می آید که هر جا شخص به رضای مالک و به اذن او بر مالی تسلط پیدا کند امین است و آنچه در قانون آمده است به عنوان مثال است و جنبه حصری ندارد [۴، ش ۵۲]. به نظر برخی دیگر برای اینکه یدی را امانی یا ضمانتی بدانیم باید به قاعده ای کلی توجه نماییم و آن قاعده این است که ید امانی با دو عنصر ایجاد می گردد. اگر مالک اولاً اذن بدهد و ثانیاً اذن او مجانی هم باشد ید گیرنده مال امانی خواهد بود. در غیر این صورت ید گیرنده تحت قاعده اولیه که ضمان ید است قرار خواهد گرفت [۲۴]. بنا بر این، صرف اذن موجب امانی شدن ید نخواهد بود. بر این مبنا در اخذ بالسوم و یا در قبض به بیع فاسد که اذن وجود دارد؛ اما مال بصورت مجانی داده نشده است؛ ید امانی نبوده و ضمانتی است. در ما نحن فیه که در بیع متضمن شرط

حفظ مالکیت، مال در اختیار مشتری قرار می‌گیرد تا زمانی که تخلف در تأدیه ثمن صورت نگیرد؛ حقی در استرداد وجود ندارد و مشتری نمی‌تواند امین تلقی شود. مضافاً اگر چه مال با اذن مالک در اختیار مشتری قرار گرفته است ولی قصد مجانی بودن در بین نبوده است. به همین جهت معمولاً ضمان تلف متوجه خریدار خواهد بود. در فرضی که چنین مبیعی بیمه نشده باشد با تلف مال در ید مشتری او نمی‌تواند با ادعای امانی بودن ید، خود را در جایگاه مستودع قرار دهد و در نتیجه فقط در صورت تعدی و تفریط مسوول قلمداد گردد و بار اثبات آن نیز بر عهدهٔ بائع گذاشته شود. مضافاً اینکه وقتی در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، درصدد امین تلقی کردن مشتری بر می‌آیند؛ مقصود افزودن بر مسوولیت او و ایجاد ضمانت اجرای کیفری برای تخلف از امانت است؛ که در واقع به نحوی موجب نقض غرض (در امین قراردادن شخص که مسوولیت او معمولاً کمتر است) می‌گردد.

با این حال، با توجه به نوع ید مشتری، ضمن اینکه او ضامن تلف است، این سوال مطرح خواهد شد که آیا ضامن تلف ناشی از آفات سماوی نیز خواهد بود یا نه؟ به نظر با توجه به رابطهٔ قراردادی ناشی از چنین عقدی، خصوصاً در حالتی که شامل تعهد به حفظ مال تا تأدیه کامل ثمن هم باشد (با عدم پرداخت ثمن او عهده دار استرداد مبیع می‌شود) مسوولیت او مسوولیت قراردادی خواهد بود و با لحاظ مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.ا. اگر مشتری بتواند ثابت نماید که عدم انجام تعهد به واسطهٔ علت خارجی و خارج از حیطهٔ اقتدار او بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود، ضمان تلف و تحمل خسارت متوجه مالک که با شرط حفظ مالکیت همچنان مالک باقی مانده است خواهد بود، مگر با توافق بصورت تعهد الزام آوری، ضمان تلف ناشی از تلف سماوی، بر عهدهٔ مشتری قرار گرفته باشد.

به نظر برخی از لحاظ نظری، مشتری متصرف مبیع با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، قبل از پرداخت ثمن نمی‌تواند نسبت به مبیع تصرفات حقوقی و مادی خارج از مفاد قرارداد انجام دهد. اما مخالفت با چنین التزامی صرفاً ضمانت اجرای مدنی و در حدود قانون مدنی رابدنبال خواهد داشت که در واقع همان پرداخت مبلغی به عنوان خسارت است. از لحاظ ضمانت اجرای کیفری با توجه به اینکه عقد بیع از عقود امانی

محسوب نمی شود در نتیجه مشمول مجازات جرم خیانت در امانت نخواهد بود [۳، صص ۲۱۰-۲۰۹].

در حقوق مصر، در خصوص نحوه قرارداد با شرط حفظ مالکیت در مواجهه با مشکلاتی که مربوط به وضعیت مشتری قبل از پرداخت ثمن است، بسیاری از اتحادیه های حرفه ای، طرق و وسایلی برای تحدید حقوق و التزامات مشتری در این مرحله پیشنهاد کرده اند. به مقتضای بسیاری از شروط و توافقات ملاحظه می شود که مشتری قبل از تأدیه کامل ثمن بر اساس عقد ودیعه بین او و مالک حائز و دارنده کالا می گردد. این گونه توافق موجب مزایای زیادی برای بایع است. از جمله اینکه تصرف مشتری در کالا (به صورتی که خارج از حدود تعیین شده در قرارداد باشد) عملی مجرمانه و مستلزم مجازات جرم خیانت در امانت می گردد.

اما به طور قطع نمی توان گفت که بسط حمایت جزایی در روابط تجاری امری مفید خواهد بود. ضمانت اجرای جزایی مقرر وقتی کاملاً منطبق با عمل باشد، ممکن است بصورت عاملی بازدارنده مؤثر واقع شود (مانع از تصرف خارج از حدود اختیار خریدار گردد) و زمانی که منطبق با عمل نباشد ممکن است از جهت باز دارندگی که یکی از مقاصد قوانین جزایی است نتیجه عکس ببخشد [۳، صص ۲۱۱].

این مطلب در حقوق ایران نیز صدق می کند، چون برابر ماده ۶۷۴ ق.م.ا خیانت در امانت منحصرأ در صورتی که امین مال را استعمال یا تصاحب یا تلف و یا مفقود نماید مرتکب جرم خواهد بود. از این رو، اگر عمل خریدار متصرف، در ما نحن فیه، تحت این عناوین قرار نگیرد، ضمانت اجرای جزایی مورد نظر بایع منتفی خواهد شد.

علاوه بر این وقتی طرفین عقد بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، به منظور استفاده از ضمانت اجرای جزایی، خریدار را طی شرطی در ضمن عقد امین به شمار آورند، خطر عدم تمایل محاکم در ترتیب اثر دادن به چنین شروطی هم وجود دارد. این امور سبب شده است تا برخی توصیه توقف و عدم توسل به این راهکار را بنمایند [۳، صص ۲۱۲].

مطلب دیگری که قابل تأمل است این است که وقتی بیع متضمن شرط حفظ

مالکیت
منعقد

می گردد، خریدار بر اساس چنین بیعی حقوقی را کسب می نماید و عقد بین بایع و فروشنده عقد معاوضی است. با تلف مال در ید خریدار ضمان تلف علی الاصول متوجه

اوست و بنا به تعبیری با توجه به معاوضی بودن عقد ید خریدار نمی تواند امانی باشد چون دو عنصر لازم برای امانی شدن ید (یعنی اذن و مجانی دادن مال) توأمان وجود ندارد [۲۵]. حال آیا با وجود این می توان ید خریدار را که مسوول پرداخت بهای مال است، ید امانی دانست. به نظر می رسد یکی از علل عدم تمایل محاکم به امین دانستن خریدار و اعمال ضمانت اجرای کیفری علیه او بر همین اساس است که او در واقع با بیع حقوق و تعهداتی از عقد معاوضی کسب می کند و نمی تواند به عنوان امین و در جایگاه او قرار گیرد.

البته شاید بتوان با تکلف در توجیه امانی تلقی کردن چنین یدی گفت که فروشنده پس از عقد بیع متضمن شرط حفظ مالکیت می تواند با توافق مال را در تصرف خود نگه دارد و با حفظ این حق چون می تواند مال را بصورت امانت تحویل هرکسی و من جمله خریدار دهد. با چنین تحویلی به خریدار، ید او ید امانی می شود و به عنوان تصرف مبیع منظور نمی گردد. اما در واقع این تحلیلی تکلفی است و چندان با عرف سازگار نیست. اگر چنین قصدی وجود داشته باشد باید مبرز آن احراز شود. بنابراین در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت اگر تحویلی به خریدار صورت گیرد، حداقل در غالب موارد، مقصود تصرف ناشی از همان معامله بیع است.

مضافاً از نظر حقوقی وقتی فروشنده بعد از بیع بخواهد مال را در تصرف خود نگه دارد، باید در قالبی حقوقی مثل حق حبس جای گیرد؛ در حالیکه در حقوق ایران وقتی ثمن مؤجل باشد حق حبس نیز منتفی است، مگر اینکه در توافق طرفین مبیع و ثمن هر دو مؤجل و با همان تکلف مذکور (و مثلاً در فرضی که هر دو طرف چنین قصدی را آشکارا داشته و با این مفهوم نیز آشنا باشند) امانی بودن را توجیه نمائیم که در هر صورت منطبق با عمل متعارف و جاری طرفین نیست. بنابراین، عدم تمایل محاکم به اعمال مجازات خیانت در امانت با عرف معاملات جاری سازگارتر است.

ب- آثار شرط حفظ مالکیت بعد از تحقق یا عدم تحقق شرط:

پس از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ممکن است تعهدات ناشی از قرارداد بدون کم و کاست ایفاء و در نتیجه شرط محقق گردد. در صورت تحقق شرط مطالبی که قابل تامل است این است که آیا اثر تحقق شرط، رجعی است یا نه؟ از طرف دیگر ممکن است

تعهدات ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت انجام نشود. مثلاً ثمن متفق علیه پرداخت نشده و شرط محقق نگردد. در این حالت دیدگاه‌های مختلفی مطرح است. یکی این که عدم انجام معلق علیه و عدم تحقق شرط را شرط فاسخ و موجب انفساخ عقد تلقی کنیم و دوم آنکه با عدم انجام معلق علیه اختیار رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت را به دست بایع دهیم تا او مخیر در فسخ یا ابقای عقد و مطالبه ثمن گردد. بنا بر این، در صورت انفساخ یا فسخ وضعیت ید مشتری با حالت ابقای عقد متفاوت است. در صورت بقای رابطه حقوقی، ید مشتری ادامه یدی است که با عقد اولیه ایجاد شده است. از این رو، در این قسمت ابتدا آثار شرط بعد از تحقق شرط و سپس آثار شرط حفظ مالکیت در صورت عدم تحقق شرط بررسی شده است.

۱- آثار شرط حفظ مالکیت بعد از تحقق شرط :

در صورتی که تعهدات ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت بدون کم و کاست ایفا و به سخن دیگر معلق علیه و شرط محقق شود؛ مشتری مالک مبیع می‌گردد. مطلبی که قابل تامل است این است که آیا اثر تحقق شرط رجعی است یا نه؟ و به عبارت دیگر مشتری از زمان عقد مالک مبیع تلقی می‌گردد یا با وقوع معلق علیه مالک محسوب خواهد شد.

حقوقدانان عرب این سوال را به این صورت مطرح کرده اند که شرط حفظ مالکیت شرط واقف است یا اجل واقف؟ و اظهار داشته اند اگر شرط حفظ مالکیت شرط واقف تلقی شود با دفع کامل ثمن مشتری از زمان وقوع عقد مالک تلقی می‌شود و تأدیه ثمن اثر رجعی دارد. برعکس اگر شرط حفظ مالکیت را بصورت اجل واقف در نظر بگیریم با حلول این اجل به نقل ملکیت می‌رسیم بدون آنکه اثر رجعی داشته باشد [۳، ص ۲۰۷].

برابر ماده ۲۷۰ ق.م. مصر: «تحقق شرط خواه شرط تعلیقی باشد یا شرط فاسخ اثر رجعی دارد و با تحقق شرط اثر آن به وقت انشای تعهد بر می‌گردد. مگر اینکه از اراده متعاقدين یا از طبیعت عقد معلوم شود که وجود التزام یا زوال آن از وقتی که شرط محقق می‌گردد مؤثر واقع می‌شود». به بیان دیگر چنین شرطی علی‌الاصول اثر رجعی دارد مگر با توجه به اراده متعاقدين یا طبیعت عقد خلاف آن احراز شود.

برخی قوانین مثل قانون آلمان و سوئیس عکس این حالت را مقرر داشته اند و بر مبنای متخذه از سوی آنها چنین شرطی اثر رجعی ندارد؛ مگر متعاقدين خلاف آنرا اراده نمایند (مواد ۱۵۸، ۱۶۱ و ۱۶۹ ق.م.آلمان و مواد ۱۷۱ و ۱۷۴ قانون تمهیدات سوئیس) این دو شیوه قانونگذاری که هر یک اقدام به تعیین فرض و اصلی بر مبنای نیت احتمالی (اراده ضمنی) متعاقدين نموده اند و سپس استثنائاتی را بنا به نیازهای معاملاتی جامعه پذیرفته اند؛ در نهایت و در عمل تفاوت چندانی ندارد [۱۵، ج ۳، صص ۶۳ و ۶۵] به طور معمول بار اثبات خلاف فرض قانونی بر عهده مدعی است. از طرفی تفکیک و تمایزی که بین دو اصطلاح شرط واقف و اجل واقف مطرح است؛ به بیان دیگر اینکه آیا در صورت تحقق یا عدم تحقق شرط؛ اثر آن در خصوص انتقال مالکیت یا زوال رابطه حقوقی رجعی است یا نه، به نظر برخی مبنای اندیشه اثر رجعی برای تحقق شرط در اکثر حالات ناشی از اوضاع و احوال حاکم بر عقد و نیت احتمالی (اراده ضمنی) متعاقدين است. به این معنی که غالباً متعاقدين در زمان عقد نمی دانند که آیا شرط محقق می گردد یا نه و اگر این را می دانستند عقد را معلق بر شرط نمی نمودند بلکه آن را بصورت عقدی بسیط و منجز منعقد می کردند. بر این اساس تا حدی با اطمینان می توان قصد آنها را به این صورت تفسیر کرد که اراده داشته اند اثر تحقق شرط از زمان انعقاد عقد ظاهر شود نه از وقت تحقق شرط و به همین جهت (و با توجه به چنین مبنایی) قانونگذار حق توافق مخالف با این فرض را به متعاقدين داده است و با چنین توافقی اثر رجعی منتفی خواهد شد. اگر قصد حقیقی متعاقدين احراز شود و با نیت محتمله و مفروض از سوی قانونگذار در تعارض باشد، بلا تردید اولی، مرجح و موجب نادیده گرفتن دومی یعنی حکم مفروض قانونگذار خواهد شد [۱۵، ج ۳، صص ۶۵-۶۶].

در حقوق مصر در حال حاضر نظر غالب این است که با توجه به نوع عباراتی که در غالب موارد در امر قضا و در عمل بین متعاقدين به کار می رود؛ تطبیق شرط حفظ مالکیت به اینکه شرط واقف است (و اثر رجعی دارد) خطا است. چون در واقع قضیه مربوط به اجل و زمانی است که شرط مترتب بر آن است و نقل ملکیت موقوف به دفع کامل ثمن است و از این زمان مالکیت منتقل می گردد نه قبل از آن [۳، ص ۲۰۷].

در حقوق ایران نیز در پاسخ به این سوال که آیا تحقق معلق علیه اثر رجعی و قهقراپی دارد یا نه، و موجب تأثیر کامل عقد از زمان وقوع آن می گردد یا فقط ناظر به

آینده است و اثر کامل عقد از زمان تحقق شرط ظاهر می شود، و در مانحن فیه یعنی در بیع معلق آیا مشتری پس از تحقق شرط از تاریخ وقوع عقد مالک مبیع می شود یا از تاریخ تحقق شرط، لازم به ذکر است که قانون مدنی در این زمینه ساکت است.

به نظر برخی با توجه به اینکه اولاً: اراده طرفین ظاهراً بر این است که قبل از تحقق شرط، قرارداد اثری نداشته باشد. ثانیاً: تأثیر شرط نسبت به گذشته امری استثنایی و خلاف قاعده است که نیاز به نص دارد، می توان گفت که وقوع شرط نسبت به گذشته تأثیر ندارد و عقد معلق از تاریخ تحقق شرط اثر کامل خود را به بار می آورد با وجود این، چون عدم تأثیر شرط نسبت به گذشته یک قاعده امری نیست متعاملین می توانند بر خلاف آن توافق کنند و اثر قهقرایی برای شرط قایل شوند. توافق اراده طرفین در این باره معتبر و نافذ است [۲۱، ج ۲، ص ۳۰].

با قبول این نظر باید توجه داشت که توافق طرفین بر خلاف این ظهور می تواند صریح یا ضمنی و حتی از طبیعت عقد احراز گردد.

به نظر برخی در این مبنا (که تأثیر تعهد از زمان پیدایش معلق علیه است مگر آنکه متعاملین بر خلاف آن شرط نموده باشند) در این امر فرق نمی نماید که پیدایش تعهد معلق باشد یا انحلال آن، و تعهد وقتی معلق است که فعل منوط به یک واقعه آینده و غیر محقق باشد و معلق علیه که پیدایش عقد متوقف بر آن شده است، همچنانکه ممکن است امر آینده و محتمل الوقوع باشد، ممکن است امری باشد که در حین عقد موجود شده ولی طرفین نسبت به آن جاهل باشند. در صورت اول (که معلق علیه امر آینده و محتمل الوقوع است) تعهد اجرا نمی شود؛ مگر پس از پیدایش معلق علیه و در صورت دوم اثر تعهد از زمان انعقاد عقد می باشد [۲۴، ج ۱، ص ۱۷۱].

بر این مبنا، در مانحن فیه که اثر اصلی عقد، یعنی انتقال مالکیت، معلق شده و معلق علیه غالباً تأدیه ثمن است؛ ممکن است با تأدیه بموقع ثمن، مالکیت از زمان تأدیه منتقل گردد. یا عدم تأدیه ثمن موجب انحلال عقد و رابطه حقوقی از ابتدا شود. حال اگر معلق علیه مثلاً قبولی براتی باشد که فروشنده قبلاً برای خریدار ارسال نموده است و در حین بیع متضمن شرط حفظ مالکیت (تا قبولی آن برات) که با نماینده خریدار و برای خریدار منعقد می شود، خود خریدار هم برات را قبول نموده باشد و در حین عقد معلق علیه محقق و موجود باشد، اثر عقد از زمان انعقاد آن ایجاد می گردد.

۲- آثار شرط حفظ مالکیت در صورت عدم تحقق:

پس از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ممکن است شرط محقق نگردد و مثلاً ثمن متفق علیه پرداخت نشود. در چنین حالتی دو دیدگاه مطرح است. یکی این که عدم انجام معلق علیه و عدم تحقق شرط را شرط فاسخ و موجب انفساخ عقد تلقی کنیم. دیگری این که با عدم انجام معلق علیه اختیار رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت را به دست بایع دهیم تا او مخیر در فسخ یا ابقای عقد و مطالبه ثمن گردد. در صورت انحلال رابطه حقوقی وضعیت ید مشتری با حالت ابقای عقد متفاوت است. این مطالب در این قسمت بررسی شده اند.

در صورت عدم تحقق شرط با توجه به اختیاری که مشتری در استعمال مبیع داشته است. بحث استرداد مبیع استعمال شده مطرح می گردد. در مورد استعمال مال از طرف مشتری که در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت کالا را در تصرف دارد، این سوال مطرح است که آیا اذن فروشنده به معنی تصرف بلا عوض و استفاده مجانی از منافع است یا اذن او منوط و مقید به تأدیه ثمن است؟ آیا اگر ثمن تأدیه نگردد و در نتیجه مالکیت که به خریدار انتقال نیافته بود با عدم تحقق شرط از ابتدا انتقال نیابد، بایع قصد تبرع و اذن به صورت تصرف بلا عوض رانداشته و ندارد؟ به نظر می رسد اذن فروشنده مقید است. بنابراین اگر مشتری به تعهدات خود عمل نماید و در نتیجه مالکیت به او منتقل گردد، این اذن مقید، موجب می گردد که تصرفات مشتری در گذشته بلاعوض گردد و در صورتی که ثمن را تأدیه ننماید و رابطه حقوقی منحل گردد، این اذن مقید موجب ضمان می شود و بلا تردید نمی توان قصد فروشنده را به ایجاد اباحه در تصرف تفسیر نمود. لذا در صورت انحلال عقد باید مشتری را ضامن منافع بدانیم.

از لحاظ عملی اینکه مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت تا چه حدودی حق استعمال مبیع را دارد، در تمام معاملات یکسان نیست. گاه مبیع چیزی است که بنا به طبیعت آن یا مقصود از معامله مستلزم تصرفات مادی و گاه حقوقی از سوی مشتری است. به عنوان مثال گاه مبیع مواد اولیه مربوط به خط تولید متعلق به مشتری است؛ یا از ادوات و تجهیزات مربوط به مشاغل و حرفه است و مقصود از معامله و تسلیم کالا به مشتری این است که او به عنوان صاحب حرفه از مبیع به عنوان وسیله و ابزار کار استفاده نماید؛ یا مبیع به قصد فروش مجدد به مشتری تسلیم می شود یا مبیع به خریدار به

عنوان مصرف کننده تحویل داده می گردد و در عین حال شرط حفظ مالکیت در بیع می شود.

همچنین استعمال مبیع گاه موجب آمیختن با اموال دیگری از مشتری است یا موجب تغییر و دگرگونی مبیع می شود. طرفین ممکن است به یک شرط ساده حفظ مالکیت اکتفا کنند و یا اقدام به توافق و شروطی نمایند که حتی در حالت آمیختن مبیع با اموال دیگر مشتری یا تغییر و دگرگونی مبیع نیز در صورت عدم تأدیه ثمن، حق استرداد کالای تغییر یافته از سوی بایع وجود داشته باشد.

قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ فرانسه صرفاً بر شروط بسیط و ساده حفظ مالکیت منطبق است. در نتیجه در مورد شرط مربوط به حفظ مالکیت در حالت تغییر و دگرگونی کالای مورد معامله؛ حکمی مقرر نشده است. از این رو بایع در صورت عدم تحقق شرط (مثلاً پرداخت ثمن) حق ندارد وفق این قانون اقدام به مطالبه کالای تغییر یافته و دگرگون شده نماید. این نقیصه با نص ماده ۲/۲۱ قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ (در اصلاح ماده ۶۵ قانون ۱۹۶۷) هم جبران نشده است. خصوصاً این که در رسیدگی های قضایی برای استرداد کالا لازم دانسته اند که کالا در حالت عینی خود باشد. به طوری که رویه قضایی متمایل به این است که وقتی کالا علی الاطلاق دگرگونی و تغییر یافته است در حالت عینی خود نیست [۱۳، ص ۲۹۲].

در مقابل کسانی که معتقدند بایع مالک کالایی که دگرگون شده و تغییر یافته است، نخواهد بود؛ برخی از حقوقدانان تلاش کرده اند احکام مربوط به اشیاء منقول را بر این حالت تطبیق دهند. یعنی احکامی را که مقتضی این است که مالک مواد اولیه حق مطالبه شنی که از مواد مربوط به او ساخته شده است را به شرط پرداخت اجرت المثل ید عامل و سازنده را دارد (ماده ۵۷۰ ق.م. فرانسه) علی رغم اهمیت این استدلال در این خصوص دیدگاههای دیگری نیز مطرح شده است که قایل به عدم حق استرداد کالای دگرگون شده هستند [همان].

علاوه بر این، مطلب دیگری که مطرح شده است این است که وقتی در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، منظور مشتری انجام تصرفات حقوقی بعدی است و مثلاً او اقدام به فروش چنین مبیعی می نماید. اگر ثمن به مالک اولیه تأدیه نگردد؛ آیا به استناد چنین شرطی، بایع حق استرداد کالا را (از مشتری دوم) خواهد داشت یا نه؟ به عبارت

دیگر از مسائل مربوط به حفظ مالکیت مشکلاتی هم از تصرف حقوقی مشتری که ثمن را نپرداخته است بوجود می آید. مشتری که به جهت چنین شرطی مالک کالا نشده اما آنرا به شخص دیگری منتقل می کند [۳، ص ۲۱۱].

در پاسخ به این سوال دو حالت تصور شده است: یکی اینکه مشتری دوم با حسن نیت و در مورد عدم مالکیت مشتری اول نسبت به مبیع بی اطلاع بوده باشد. در این حالت به نظر برخی در حقوق مصر به استناد ماده ۱/۹۷۶ ق.م. مصر و در حقوق فرانسه به استناد ماده ۲۲۶۹ ق.م. این کشور مشتری دوم که مبیع را از مشتری اول با حسن نیت ابتیاع کرده است؛ می تواند اقدام به پرداخت مطالبات مالک یعنی بایع اول به او کند، این امر به قاعده حیات و تصرف با حسن نیت در مال منقول است که به استناد مواد مذکور دلیل مالکیت محسوب می گردد.

حالت دوم این است که مشتری دوم حسن نیت نداشته باشد. در این حالت بار اثبات سوء نیت متصرف الیه بر عهده بایع خواهد بود. به این معنی که باید ثابت کند او (مشتری دوم) بالفعل نسبت به شرط حفظ مالکیت اطلاع داشته تا به این ترتیب وفق قواعد عمومی بتواند مبیع را مسترد نماید [همان].

در این استدلال به مورد خاصی توجه شده است که مشتری دوم ثمن را تأدیه نکرده و امکان پرداخت آن به بایع اول و مالک مبیع وجود دارد. از این رو، با تأدیه ثمن به وی جایی برای استرداد مبیع با استناد به شرط حفظ مالکیت نخواهد بود. (هر چند اینکه چگونه مشتری دوم حق تأدیه ثمن را به بایع اول جهت جلوگیری از استرداد خواهد داشت علی الاصول محملی ندارد) اما در صورتی که مشتری دوم با حسن نیت هنگام عقد دوم ثمن را به مشتری اول تأدیه کرده باشد، ولی ثمنی از سوی مشتری اول به بایع و مالک اولیه تأدیه نشده باشد، وضعیت استرداد مال از سوی مالک اولیه و اینکه آیا می تواند به استناد شرط حفظ مالکیت مدعی استرداد گردد؛ معلوم نیست. ولی حسب ظاهر وقتی حمایت از خریدار با حسن نیت مطرح است، او مالک شناخته می شود و ادعای مالک اولیه مورد حمایت قانون نخواهد بود.

ظاهراً به همین جهت در حقوق مصر گفته شده است که در زمینه تطبیق قواعد بیع ملک غیر (با ما نحن فیه که مشتری اول، بیع اول را به منظور فروش مجدد منعقد کرده است و بدون آنکه مالک باشد اقدام به فروش می نماید) حق درخواست ابطال

معامله مال غیر (در ماده ۴۶۶ ق.مدنی مصر و ماده ۱۵۹۹ ق.م. فرانسه) درچنین حالاتی صرفاً برای مصلحت متصرف الیه (مشری دوّم) مقرر شده است و او تنها کسی است که می تواند از این حق استفاده کند (خواه ثمن را تأدیه کرده باشد خواه نکرده باشد). بنابراین، وقتی (به جهت حمایت از خریدار با حسن نیت) مشتری دوّم مالک شئی مبیع می شود؛ دلیلی بر (در خواست) ابطال وجود ندارد. اما همین نویسنده در نتیجه گیری باز هم به مورد خاص مذکور (یعنی حالتی که مشتری دوّم ثمن را تأدیه نکرده) بازگشته است و می افزاید بنابراین کافی است که این مشتری اقدام به تأدیه ثمن به طور کامل به بایع نماید تا بیع مشتری (دوّم) متصرف الیه صحیح گردد. ولیکن امکان رد آن (از جانب مالک اولیه) وجود ندارد [همان] ^۱. با این نتیجه گیری حالتی که مشتری دوّم ثمن را به مشتری اول تأدیه کرده است و امکان پرداخت مجدد از سوی او به مالک اولیه وجود ندارد و از طرفی مشتری اول هم ثمن معامله اول را تأدیه نکرده است وضعیت نامشخصی دارد. ظاهراً حمایت قانونگذار از خریدار با حسن نیت موجب می گردد او مالک محسوب شود و ادعای مالک اولیه علیه او مبنی بر استرداد مبیع و جاهت قانونی نداشته باشد .

برخی برای توجیه این مسئله قایل به فرض عدول قهقرایی بایع از شرط ذخیره مالکیت شده اند [۲۶، ش ۱۰۷]. و ظاهراً بر این باورند که علی رغم چنین شرطی (شرط حفظ مالکیت) اجازه ضمنی استفاده از مبیع و تصرفات مادی موجد تغییر و دگرگونی در آن و تصرفات حقوقی ناقله نسبت به آن، موجب می شود که عمل مشتری عملی توأم با اجازه و صحیح تلقی گردد. چنین اجازه ضمنی مبنای نادیده گرفتن شرط حفظ مالکیت و عدم حمایت از بایع محسوب شده است. این نظر را برخی از حقوقدانان انگلیس نیز مطرح کرده اند [۲، ص ۳۴۰].

این توجیه که بر مبنای اجازه ضمنی مطرح شده است. درواقع اراده ضمنی را همزمان با اراده صریح مبنی بر حفظ مالکیت تصور نموده و در تعارض ایندو اراده ، اراده ضمنی را مرجح و مسقط اراده صریح طرفین فرض نموده است. از طرفی چون این دو اراده همزمان در یک عقد مطرح می شود، در واقع تقدم و تأخر زمانی بین آن دو وجود ندارد و برای وجه ترجیح اراده ضمنی مورد نظر بر اراده صریح طرفین دلیلی ارائه نشده است .

در حالت انتقال مشتری اول به ثالث، در سیستم هایی که قانونگذار از ثالث با حسن نیت حمایت کرده است، می توان گفت که قاعده حمایت از ثالث با حسن نیت با مقاصد حمایت از نظم اقتصادی و کاهش اختلافات حقوقی دلیل گرایش قانونگذار به ترجیح حق ثالث با حسن نیت بر بایع اولیه است و اگر چنین حکمی از سوی قانونگذار اعلام نگردد به سادگی نمی توان حق مالک اولیه و شرط حفظ مالکیت را نادیده گرفت. معامله مشتری اول با مشتری دوم فی نفسه نمی تواند حقی بیش از آنچه را که در معامله اول کسب کرده است به مشتری دوم منتقل کند. اطلاع مالک اولیه از انتقال به غیر و اراده ضمنی او را بر این امر، باید حمل بر رضایت به انتقال حق مکتسب از بیع اول (و به معنی رضایت به انتقال قرارداد و نه رضایت به انتقال مالکیت مبیع که با شرط حفظ مالکیت مورد معامله بوده است) تلقی کرد. بنا بر این، با توجه به قصد واقعی و صریح بایع، تعارضی مطرح نیست و در نبود حمایت قانونی از ثالث با حسن نیت، شرط حفظ مالکیت، علی رغم انتقال، به قوت خود باقی خواهد بود و در صورت عدم تحقق شرط، مالک اولیه حق استرداد مبیع (که مجدداً ملک اوشده است در دست هر شخصی باشد) را خواهد داشت.

حال بحث بیع متضمن شرط حفظ مالکیت در صورتی که مبیع به تصرف خریدار داده می شود و او اقدام به دگرگونی و تغییر مبیع نموده یا آنرا به ثالث می فروشد، اما ثمن معامله را به مالک اولیه تادیه ننموده و شرط محقق نمی گردد را در حقوق انگلیس و سپس در حقوق ایران بررسی مینماییم. در حقوق انگلیس در دعوی (۱۹۷۶) *Aluminium Industrie B V V. Romalpa Aluminium Ltd* دادگاه استیناف رأی صادر کرد که بعداً در پرونده های بسیاری مورد استناد قرار گرفته است. در این پرونده خواهان (شرکتی هلندی) مقداری ورق آلومینیوم به خواننده (شرکتی انگلیسی) فروخت. خریدار مقادیری از کالا را جهت استفاده در تولیدات خود بکار برد و قسمتی از ورق ها را به خریداران فرعی دیگری فروخت و خریداران فرعی ثمن آن را به خواننده (مشتری اول) پرداختند.

در بیع اصلی و اولیه شرایط مقرر بین طرفین و به نفع خواهان (فروشنده) عبارت

بودند از :

یک- مالکیت ورق های آلومینیوم فقط هنگامی به خواننده منتقل خواهد شد که او تمام بدهی خود را به خواهان پرداخته باشد .

دو-

سه- کالاهای ساخته شده از ورق های آلومینیوم، برای تضمین پرداخت کامل مبالغ بدهی خواننده در مالکیت خواهان باقی می ماند .

چهار- تا زمان پرداخت کامل ثمن، خواننده کالاها را برای خواهان به عنوان امانت حفظ و اگر لازم باشد خواننده می بایست کالاها را به نحوی انبار کند که خواهان بتواند شناسایی نماید .

پنج- به شرطی که خواهان لازم بداند، خواننده حق خواهد داشت کالاها را به اشخاص ثالث به روش معمول تجاری بفروشد. در این حالت خواننده می توانست به نفع خواهان علیه اشخاص ثالث اقامه دعوا نیز بنماید .

آنچه از این شروط به ما نحن فیه مربوط است . این است که بیع متضمن شرط حفظ مالکیت منعقد و بنا به توافق صریح امکان تغییر و دگرگونی در مبیع با شرط حفظ مالکیت برای فروشنده فراهم و با رعایت شرطی اختیار واگذاری به ثالث نیز به خریدار داده شده است. اینکه خریدار را امین بایع محسوب داشته اند مسئله را قدری پیچیده و متفاوت کرده است.

قبل از پرداخت ثمن، خواننده (خریدار اول) ورشکسته شد (در نتیجه شرط محقق نگردید) . برای خواننده یک مدیر تصفیه تعیین شد . در تاریخ انتصاب مدیر تصفیه خواننده بالغ بر ۱۲۲۰۰۰ پوند به خواهان مدیون بود . مدیر تصفیه بعد از انتصاب گواهی کرد که ورق آلومینیوم تسلیم شده از جانب خواهان به خواننده به ارزش ۵۰۰۰۰۰ پوند بوده است و اظهار داشت که مبلغ ۳۵۰۰۰ پوند توسط خواننده در حساب جداگانه ای به عنوان سود ویژه ورق تولید شده نگهداری شده است. مقداری از ورق تولید شده توسط خواننده به اشخاص ثالث فروخته شده بود. خواهان نسبت به استرداد ورق های آلومینیوم اقامه دعوا کرد . مضافاً خواهان ادعا کرد نسبت به اخذ ثمن فروش قراردادهای بیع فرعی کالاهای خود، در آن حساب محقق است . خواننده نیز تصدیق نمود که او امانت دار ورق های آلومینیوم تولید شده بوده است . اما اظهار داشت که او ورق ها را فروخته و رابطه بین او و

خواهان رابطه ای ساده و بر مبنای بدهکار و بستانکار است. به نحوی که خواهان هیچ گونه حقی در استرداد کالاها را ندارد.

دادگاه استیناف چنین رأی داد: به لحاظ رابطه امانی که صریحاً در شرایط عقد از سوی خواهان مقرر شده است یک ارتباط مبتنی بر امانت بوجود آمده و خواهان حق استرداد کالاها را دارد. و ادعای خواهان نسبت به ثمن بیع های فرعی نیز موجه است [۲۷، صص ۲۲۸-۲۲۷].

در این رأی استرداد کالایی که از سوی مشتری اول به ثالث فروخته شده بود؛ پذیرفته نشده است. اما ظاهراً کالاهای موجود اعم از اینکه تغییر و دگرگونی یافته یا بصورت اولیه نزد خریدار موجود بوده به استناد شرط حفظ مالکیت قابل استرداد دانسته شده است. با وجود این، در آرای متأخر (که متعاقباً ملاحظه خواهد شد) با تغییر و دگرگونی که موجب تغییر ماهیت گردد؛ حق استرداد منتفی تلقی شده است.

با توجه به نتایج حاصل از این رأی بین فروشندگان کالا معمول شد که در قراردادهای بیع خود، شرایط مذکور در این پرونده را به این صورت که حداقل تصریح کنند که با بیع مالکیت کالا را تا زمان پرداخت ثمن حفظ می نماید؛ درج نمایند. در عین حال، قرارداد بیع ممکن است، در بردارنده توافقات وسیع تری باشد. قرارداد بیع موضوع این پرونده دارای شرایط مختلفی از جمله حق استرداد کالا توسط فروشنده در صورت عدم تحقق شرط و حق رزرو مالکیت برای بایع تا زمان پرداخت ثمن بود. ضمناً برابر مقررات مربوط به ورشکستگی اگر کالایی فروخته شود و خریدار ورشکسته یا متوقف گردد، در صورتیکه خریدار ثمن کالا را نپرداخته و عین کالا موجود باشد، بایع حق استرداد و تصرف عین کالا را دارد [۲۷، ص ۲۲۸].

تغییر و دگرگونی در مبیعی که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت در اختیار خریدار قرار گرفته است؛ ممکن است موجب تغییر ماهیت عین کالا شود. در این حالت به نظر حقوقدانان انگلیسی وقتی که کالا با شرط حفظ مالکیت تحویل خریدار می شود و خریدار از سوی فروشنده اختیار استفاده از کالا را حتی قبل از پرداخت ثمن می یابد. چنین استفاده ای اگر موجب از بین رفتن ماهیت کالا شود؛ ممکن است منجر به حالتی گردد که علی رغم شرط حفظ مالکیت ضرورتاً و به ناچار مالکیت را به خریدار منتقل کند. بنابراین برای مثال در خصوص مواد رزینی (نوعی صمغ) که به خریدار تحویل شده و او

آنرا در تولید نئوپان مصرف نموده بود، چنین رأی داده شد که علی رغم شرط حفظ مالکیت، دیگر چیزی به عنوان کالایی مستقل وجود ندارد (و با مصرف رزین در تولید نئوپان ماده مستقلی با این ماهیت به عنوان موضوع شرط مذکور در قرارداد موجود نیست). همچنین نتیجه گیری مشابهی در جایی که چرمی فروخته شد و خریداران قصد داشتند آنرا در ساخت کیف دستی به کار برند اتخاذ گردید و چنین رأی داده شد که به محض اینکه خریدار شروع به کار با چرم کرد، علی رغم شرط حفظ مالکیت کالا به او منتقل شده است [۲، ص ۳۲۴]. بنا براین، در صورت عدم تادیه ثمن امکان استرداد وجود ندارد.

به طور خلاصه در حقوق انگلیس گفته شده است: قید و شرط حفظ مالکیت ممکن است به این صورت باشد که اگر کالای مورد معامله در تولید سایر کالاها چه از طریق افزودن و یا هر فرآیند تولیدی دیگری به کار برود، مالکیت کالایی که به این شکل تولید شده است؛ متعلق به فروشنده باشد (در صورت عدم تادیه ثمن امکان استرداد آن وجود داشته باشد). البته اگر ماهیت تجاری فرآورده جدید با مواد مورد معامله در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت متفاوت باشد، چنین شرطی قابل اجرا نخواهد بود. بنا براین، اگر از تعمیم مفاد شرط (شرط تعمیم یافته)^۲، فرآورده جدیدی استنباط شود که مثلاً در قرارداد فروش صمغ آمده است، این شرط به نئوپانی که صمغ مزبور در ترکیب آن به کار رفته است تعمیم نمی یابد. اگر چنین تعمیمی در قرارداد فروش چرم به کار رود؛ این شرط به کیفهای ساخته شده از چرم تسری نمی یابد. با وجود این و در هر حال در مواردی که قید و شرط حفظ مالکیت نسبت به فرآورده پایانی تعمیم می یابد چنین قیدی ضرورتاً مطابق ماده ۳۹۶ قانون شرکتهای مصوب ۱۹۸۵ به عنوان التزام قانونی باید ثبت گردد [۱، ص ۱۲۴].

به نظر برخی در توضیح این آراء، یعنی جایی که بیع متضمن شرط حفظ مالکیت منعقد شده و از سویی قصد طرفین بر این است که خریدار آنرا در تولید کالای دیگری به کار گیرد. می توان گفت که شرط حفظ مالکیت باید با توجه به قصد نهایی و مرجح طرفین که بنا به توافق، خریدار حق استفاده از کالا را در پروسه کار خود دارد؛ در نظر گرفته شود. همچنین باید توجه داشت که این قصد با هر قصدی که مالکیت پس از آغاز

² - The extended retention of title clause.

پروسة کار تولیدی همچنان برای فروشنده باقی بماند در تعارض بوده و سازگار نیست [۲].
ص ۳۲۴.]

در این نظر نیز قصد ضمنی طرفین که متضمن استفاده از مبیع در تولید کالای دیگر است (با این مبنا که اگر ماهیت کالا دگرگون شود، دیگر مبیع مورد معامله وجود ندارد تا به تبع آن حق استرداد اعمال گردد)، به عنوان قصدی معارض با شرط صریح حفظ مالکیت تلقی و مرجح بر آن قلمداد شده است.

در حقوق ایران اگر بیع متضمن شرط حفظ مالکیت منعقد و مبیع از نوع مواد اولیه، وسایل و ابزار کار مشتری و یا اشیائی که معمولاً برای باز فروش ابتیاع شده است، باشد؛ به نظر برخی فروشنده نیک می داند که بنابر مقتضای نوع کالا اصولاً مشتری هنگامی اقدام به خرید آن می کند که احتیاج مبرم داشته باشد. مثلاً کارخانه اش نیازمند مواد اولیه جهت تولید باشد و قصد نگه داری و انبار کردن آنها را ندارد. علم بایع به این امر اماره ای قضایی به شمار می رود که کاشف از اجازه ضمنی وی به مشتری مبنی بر اعمال تصرفات مادی یا حقوقی در مبیع حسب مورد است. بنابراین تصرف در مال غیر با اذن مالک صورت می گیرد و مطابق قواعد حقوقی خواهد بود (ماده ۲۴۷ ق.م. ایران) و با وجود اماره قضایی مذکور دیگر جایی برای استناد به راه حل‌های فرضی و غیر واقعی (مثل آن چه در حقوق فرانسه تحت عنوان فرض عدول قهقرایی بایع از شرط ذخیره مالکیت و یا مکانیسم جایگزین که در ضمن عقد به صورت ضمنی وجود دارد و بر اساس آن با فروش کالا کشف از مالکیت مشتری نسبت به آن می شود) نمی ماند [۲۰، ص ۲۶۵].

اما این بیان کلی محل تأمل است. به نظر می رسد اولاً باید بین سه حالت که کالا از نوع مواد اولیه است یا کالا از وسایل و ابزار کار مشتری است و برای استعمال به او داده می شود (و حکم این با حالتی که کالا به مصرف کننده ای با حق استعمال داده می شود یکی است) و یا از کالاهایی است که معمولاً برای باز فروش خریداری می شوند؛ از حیث نوع تصرفی که مشتری می نماید و در زمینه استرداد اثر می گذارد و نیز از حیث نوع توافقی که طرفین برای استرداد کالا می نمایند تفاوت قایل شد. (چون ممکن است توافق به شرط حفظ مالکیت به صورت ساده^۳ باشد یا نسبت به کالای تغییر یافته نیز توافق نمایند).

³ - The simple title clause.

در مورد مواد اولیه، گاه تغییر و دگرگونی چنان نیست که ماهیت مبیع را دگرگون کند. مثلاً وقتی کالا پارچه ای است که برای رنگرزی ساده ای با خریدار مورد معامله قرار گرفته یا کار مختصری روی آن صورت می گیرد و موجب تغییر ماهیت نمی گردد، نمی تواند مانع اعمال شرط حفظ مالکیت شود. این مسئله از جهتی امری موضوعی است که بسته به مورد و در صورت امکان با مراجعه به عرف باید تغییر و دگرگونی که باعث تغییر ماهیت است را مشخص کرد.

اگر چه در خصوص تغییر اوصاف مال مقصوب گفته شده است که فقهای امامیه به اجماع مالکیت غاصب را در مورد دگرگونی اوصاف مال مقصوب نپذیرفته اند و از نظر قانون مدنی نیز تردید در وجوب رد عین چنین مالی روا نیست و در دید عرف تا زمانی که ماده اصلی باقی است و مالیت دارد؛ نمی توان آن را تلف شده انگاشت [۲۸، ج ۲، ص ۳۶] و در صورت اختلاط و امتزاج عین مقصوب با مال دیگر نیز نظر به بقای مالکیت مالک و اشتراک مالک و غاصب در مال دارند [۲۸، ج ۲، صص ۴۶-۴۴].

با وجود این در قانون مدنی جایی که رابطه حقوقی طرفین از اعمال حقوقی است؛ ظاهراً تغییر و دگرگونی مانع استرداد می گردد. به عنوان مثال برابر بند ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود؛ علی رغم بقای عین موهوبه حق رجوع و استرداد عین موهوبه منتفی خواهد شد. همچنین برابر بند ۲ ماده ۴۲۹ ق.م. در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود؛ اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه امکان فسخ و مسترد کردن مبیع منتفی می گردد. به عبارت دیگر در مورد غاصب سخت گیری بیشتری در نظر بوده است.

از طرفی در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت که کالا در اختیار مشتری قرار می گیرد و به جهت نوع کالا منتهی به تغییر و دگرگونی می شود. گاه طرفین به صورت ساده فقط شرط حفظ مالکیت را مقرر می دارند و نسبت به وضعیت کالای تغییر یافته سکوت می نمایند. اما ممکن است که طرفین با اراده صریح خود در مورد کالای تغییر یافته نیز توافق نمایند و قصد صریح خود را در ضمن عقد بیان و مشتری با اراده خود بپذیرد که کالای تغییر یافته، همچنان به عنوان ملک مالک اولیه باقی بماند. این اراده و قصد دو جانبه و تعیین تکلیف مالکیت مال تغییر یافته را نمی توان به آسانی نادیده گرفت و توافقی مهمل و خلاف موازین و قواعد حقوقی به شمار آورد. ممکن است در حالت تصریح

و توافق در این خصوص این وجه را تقویت کنیم که بنا به اراده و خواست و قصد طرفین کالای تغییر یافته مثلاً گندمی که آرد می شود، همچنان در مالکیت مالک و فروشنده باقی بماند و در صورت عدم تحقق شرط حفظ مالکیت، به عنوان مال موضوع بیع، قابل استرداد باشد یا طرفین به نسبت ارزش مال تولید شده شریک در آن باشند یا مال تولید شده ملک فروشنده باشد و پس از فروش آن مزاد ارزش آنرا به خریدار مسترد دارد. به هر حال چنین توافقی را نمی توان به سادگی نادیده گرفت. در واقع قبول نفوذ و اعتبار این توافق می تواند موجب ایجاد زمینه اعتبار برای مشتری و اطمینان برای بایع و تشویق او به معامله ای که در کالا تغییر و دگرگونی حادث می گردد، شود.

در مورد مبیعی که از وسایل و ابزار کار مشتری است؛ وضعیت با مواد اولیه متفاوت است و برخلاف نظر مذکور نمی توان حکم ایندو را یکی دانست. چون با استعمال وسایل و ابزار کار معمولاً بحث استهلاک مطرح می گردد. در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، وقتی مشتری وسایل و ابزار کار را مورد استعمال قرار داده اما ثمن را تأدیه نکرده است؛ به صرف استعمال امکان استرداد منتفی نمی گردد. حال اینکه خسارت وارده به کالا در اثر استهلاک به چه صورت جبران گردد و چه توافقی در این خصوص شده باشد مطلب دیگری است. مفهوم ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی وسایل تولید، ماشین آلات و تأسیسات نیز در این خصوص که اگر استرداد موضوع معامله و بهره برداری و استفاده مجدد از آن مقرون به صرفه باشد بانک می تواند برای وصول بخشی از مطالبات خود از محل همان مال موضوع معامله (مبیع)، اقدام کند؛ مؤید همین مطلب است.

در حقوق مصر در صورتی که بیع زایل و منفسخ گردد، بایع می تواند مطالبه خسارت کند (بند ۲ ماده ۴۳۰ ق.م.). گاه با توافق طرفین مقرر می شود در چنین صورتی کل اقساط پرداخت شده یا بخشی از آن را بایع حفظ کند (متعلق به او باشد). اما چنین شرطی شرط جزایی تلقی و مشمول احکام خاص، از جمله بند ۲ ماده ۴۳۰ ق.م. است. بنا بر این، اگر غیر عادلانه باشد قاضی اختیار تعدیل دارد. خصوصاً وقتی تعداد زیادی از اقساط را مشتری تأدیه کرده باشد به صورتی که اگر بایع آنها را نگه دارد؛ بیش از خسارات واقعی وارد به او خواهد بود. در این حالت قاضی حکم به استرداد بعضی از این اقساط تأدیه شده را به مشتری می دهد و بایع بخشی از اقساط را که جبران کننده خسارات او است، حفظ خواهد کرد [۲۸، ج ۲، ص ۱۷۷].

به نظر برخی تعدیل از سوی قاضی تا جایی که معادل ضرر واقعی شود جایز است. در واقع وجود ضرر شرط استحقاق بایع برای نگهداشتن قسمتی از اقساط تأدیه شده به او است و اگر ضرری به او وارد نشده باشد، لازم است که او کل اقساط را به مشتری مسترد کند ۱۶، ص ۱۷۷.

در مورد مبیعی که برای بازفروش خریداری می شود. وقتی بیع اول متضمن شرط حفظ مالکیت است، در حقوق ایران اگر بیع دومی صورت گیرد و به حق مالک اولیه و شرط حفظ مالکیت اشاره ای نشود. علی رغم اینکه خریدار بیع دوم با حسن نیت است، قاعده مسلمی برای حمایت از مالکیت چنین شخص با حسن نیتی وجود ندارد. به عکس می توان گفت در رویه موجود مالک اولیه می تواند مدعی مالکیت خود در مقابل خریدار دوم گردد و مشتری اول اگر ممنوع از نقل و انتقال حقوق مکتسب از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت نشده باشد؛ حداکثر می تواند وضعیت حقوقی خود را و نه بیش از آنچه را که بدست آورده است به دیگری منتقل نماید. بنا براین، وقتی که مالکیت به جهت وجود شرط به او منتقل نشده است، اختیار انتقال آن را ندارد. حال در فرضی که بایع می داند که خریدار آنرا به جهت فروش مجدد اکتیاع می کند و در عین حال چنین شرطی را درج می نماید، باید بنا به تعبیری توجه داشت که یک اختلاف اساسی بین قرارداد با شرط حفظ مالکیت و معامله فروش یا برگشت وجود دارد و آن اختلاف این است که معمولاً خریدار در مورد اول (یعنی قرارداد متضمن شرط حفظ مالکیت) در معامله ملتزم شده است اما در مورد دومی او چنین التزامی ندارد [۲، ص ۳۲۴]. در مورد دومی (یعنی معامله فروش یا برگشت) اگر بحث نمایندگی نباشد معمولاً وقتی خریدار اقدام به فروش می نماید، مالکیت ابتدا به او منتقل و بیع دوم و عواید آن متعلق به خریدار اول خواهد بود و بحث حفظ مالکیت مطرح نیست و بنا بر توافق اولیه، مالکیت تا انجام معامله دوم برای بایع باقی خواهد بود. بنا بر راده طرفین در معامله اول، انتقال مالکیت معلق به انجام معامله دوم است و با وقوع معلق علیه، مشتری اول، مالک شده و مالکیت خود را به مشتری دوم منتقل می نماید و قصد طرفین در معامله فروش یا برگشت چیزی جز این نیست. اما در شرط حفظ مالکیت وضعیت معامله متفاوت است و طرفین می توانند توافق نمایند حتی با انتقال به دیگری، این انتقال با وضعیت موجود یعنی توأم با شرط حفظ مالکیت، که معلق به امری است، صورت گیرد. حال ممکن است که این شبهه مطرح شود که در

معامله دوم که بر مبنای معامله اول و با توجه به شرط حفظ مالکیت صورت می‌گیرد؛ خریدار دوم چگونه در قبال تأدیه ثمن به مالک اول مسئول خواهد بود. در حالیکه تعهدی در قبال او ندارد. به نظر می‌رسد (در نظام حقوقی ایران که قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت امر مسلمی نیست و تمسک به قاعده ای نظیر استوپل هم در رویه قضایی جایگاهی ندارد) وقتی که او مالی را با وجود شرط حفظ مالکیت می‌خرد و چنین ریسکی را بنا به وضعیت حقوقی مبیع متقبل می‌گردد؛ باید در توافق خود ترتیبی برای انجام این شرط و تحقق معلق علیه در نظر گیرد تا ریسک را کاهش دهد. لذا صرف اینکه مالک اولیه اطلاع دارد که خریدار آن را خواهد فروخت و با علم به این قضیه اقدام به درج شرط حفظ مالکیت می‌نماید؛ نمی‌تواند دلیل اسقاط این شرط تلقی گردد. اگر علاوه بر این تصریح کند که در صورت انتقال باید با شرط حفظ مالکیت برای مالک اولیه، منتقل کند و به عبارت دیگر صرفاً حقوق مکتسب خود را منتقل نماید، می‌توان گفت که اطلاع بایع (مالک اول) نافی شرط حفظ مالکیت نبوده و شرط ضمنی که نافی شرط حفظ مالکیت باشد، به اراده طرفین قابل انتساب نیست. در صورتی که به این امر تصریح نکرده باشند و در عین حال اقدام به توافق در شرط حفظ مالکیت نمایند و ضمناً بایع مطلع باشد که خریدار آنرا به دیگری منتقل خواهد کرد، از این مطلب نباید غفلت کرد که مالک اولیه حسب ظاهر قصد دارد که خریدار حق مکتسب خود را منتقل کند نه اینکه مالک بی هیچ جهتی از حق خود صرف نظر می‌نماید. بنا براین، در حقوق ایران به سادگی نمی‌توان با یک عبارت کلی حق استرداد بایع در همه موارد (سه گانه، شرط حفظ مالکیت با تغییر کالا یا استعمال آن توسط خریدار یا انتقال به دیگری) را تحت یک حکم آورد.

گفتار سوم - تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت:

در این گفتار در دو قسمت ابتدا وضعیت تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت و آثار آن و سپس انتقال ثمن و تضمین ناشی از بیع با شرط حفظ مالکیت بررسی شده است.

الف - وضعیت تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت و آثار آن:

در این قسمت ابتدا وضعیت تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت با توجه به نحوه توافق در این خصوص و رضایی یا تشریفاتی بودن آن و این که آیا تضمین ناشی از چنین

شرطی در مقابل حقوق اشخاص ثالث مورد حمایت قانون است یا نه و سپس آثار تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت مورد بررسی است.

۱- وضعیت تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت :

سهولت رواج و گسترش این شرط و تضمین ناشی از آن در این است که مستلزم چیزی بیش از توافق بر آن در ضمن عقد نیست و صرف توافق طرفین در این خصوص کافی بوده و به عبارت دیگر اصل رضایی بودن بر این توافق حاکم است. به همین جهت امروزه این شرط در انواع بیع شایع است و به عنوان وسیله ای برای تضمین مناسب اهمیت زیادی دارد.

با وجود این، در برخی قوانین درمورد این شرط، بنا به جهات خاصی، تشریفاتى شکلی پیش بینی شده است. به عنوان مثال برابر قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ فرانسه در ضرورت اقدام به ثبت و اعلان شرط حفظ مالکیت مقرراتی وضع اما به حداقل ممکن اکتفا شده است. کافی است که این شرط، حداکثر در زمان تسلیم مبیع مکتوب باشد. به نظر برخی ضرورت توافق کتبی از این جهت است که باعث اجتناب از کلیه منازعات و هر گونه حيله و تقلب نسبت به بقیه طلبکاران مشتری که این شرط در مقابل آنها معتبر و نافذ تلقی شده است، می گردد. رأی موجه و غالب در دکترین این است که مکتوب نمودن در اینجا به منظور صحت شرط حفظ مالکیت نبوده است. مضافاً اینکه شرط مکتوب بودن را به جهت حمایت از مشتری هم تلقی نکرده اند. بنابراین کافی است مشتری عقد بیع را قبول نماید. این قبول به هر صورتی که باشد کافی است. در نتیجه مکتوب نمودن توافق برابر این قانون به عنوان امری برای احتجاج و استناد به این شرط در مقابله با گروه طلبکاران تلقی شده است. لزوم مکتوب بودن شرط حفظ مالکیت برای اجتناب از حيله و تقلب در اضرار به حقوق دیگر طلبکاران است. بنابراین برای تحقق این حمایت (از فروشنده) کافی است که قبول شرط به نحو مذکور باشد و قبل از تسلیم کالا صورت گیرد [۱۳، ص ۲۸۵].

به نظر برخی همانطور که چنین حمایتی از بایع در قوانین موضوعه فرانسه و آلمان و دیگر کشورهای متقدم در این امر صورت گرفته است، در حقوق مصر نیز لازم است، قانونگذار برای حمایت از بایع و تحکیم شرط حفظ مالکیت دخالت کند و آنرا در

مقابل بقیه طلبکاران، در حالت ورشکستگی یا اعسار مشتری، نافذ قرار دهد. آنچه لازم است برای بایع تجویز شود؛ این است که بتواند مبیع را مسترد کند؛ بدون آنکه در معرض مزاحمت بقیه طلبکاران قرار گیرد. این مطلب به طبیعت حال مقتضی اشتراط چنین شرطی به صورت مکتوب است [۳، ص ۲۱۸].

در حقوق انگلیس قید ساده حفظ مالکیت به صراحت برابر بند ۱ ماده ۱۹ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ پذیرفته شده و این قید به عنوان یک التزام موضوع ماده ۳۹۶ قانون شرکتها (The Companies Act) مصوب ۱۹۸۵ نیازی به ثبت ندارد [۱، ص ۱۲۲].

اگر چه در دعوی Pfeiffer V. Arbutnot Factors Ltd (1987) رأی داده شده است که قید حفظ مالکیت، به این علت که به عنوان یک التزام قرار دادی به ثبت نرسیده، فاقد اعتبار بوده است. ولی به نظر برخی نظر به قانون شرکتها اگر قید حفظ مالکیت واجد دو شرط ذیل باشد، نیازی به ثبت ندارد. شرط اول این که فروشنده مالکیت قانونی بر مبیع را برای خود حفظ کند و شرط دوم این که خریدار فقط به عنوان نماینده فروشنده بتواند آن را باز فروش نماید و قیمت را به عنوان نماینده فروشنده از جانب او و به حساب او دریافت کند [همان، ص ۱۹۳].

از طرفی قید حفظ مالکیت ممکن است ساده نباشد و چنین مقرر شود که اگر کالای فروخته شده در تولید کالای دیگری چه از طریق افزودن و یا از راه فرایند تولیدی دیگری به کار رود؛ مالکیت کالای تولید شده متعلق به فروشنده باشد. حال اگر هویت تجاری فرآورده جدید با مواد فروخته شده در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت متفاوت نباشد، این قید قابل اجرا است. در مواردی که قید حفظ مالکیت نسبت به فرآورده پایانی تعمیم یافته باشد، این قید به عنوان یک التزام برابر ماده ۳۹۶ قانون شرکتها مصوب ۱۹۸۵ باید ثبت گردد، در غیر این صورت معتبر نخواهد بود [همان، ص ۱۹۴].

در فقه امامیه قول مشهور در میان فقهای معاصر اصل رضایی بودن عقود و عدم ضرورت تشریفات (از جمله ثبت و مکتوب نمودن) است. در حقوق ایران نیز اصولاً عقود رضایی هستند [۲۱، ج ۲، ص ۴۴]. حکم خلاف این اصل مستلزم تصریح و نص است. در ما نحن فیه در خصوص ثبت یا مکتوب نمودن شرط حفظ مالکیت نصی وجود ندارد. بنا

براین، ثبت یا مکتوب نمودن آن الزامی نیست و علی الاصول در اثبات چنین توافقی مدعی می تواند به تمامی ادله اثبات متمسک شود.

شرط حفظ مالکیت موجب انتقال حیات است. در نتیجه هر گاه مشتری اقدام به پرداخت ثمن نکند فروشنده می تواند مبیع را به اعتبار اینکه مالک آن است مسترد کند؛ بدون آنکه با مزاحمت بقیه طلبکاران مشتری مواجه گردد. اما در حقوق مصر این شرط زمانی که بدهکار دچار ورشکستگی گردد، بلا اثر می شود. به نظر برخی مبنای این امر این است که بقیه بستانکاران در دادن اعتبار به مشتری وضع ظاهری او را ملاک دانسته اند؛ به این معنی که آن شئی را داخل در ضمان و مسوولیت عام بدهکار تلقی کرده و آنرا در گروهی تمام دیون محسوب می دارند. خصوصاً اینکه حیات و تصرف مدیون نسبت به مبیع این ظهور را تقویت می کند [۳، ص ۲۱۴].

اما این مبنا و این استدلال مخدوش است. به این دلیل که ممکن است بستانکاران این مشتری قبل از این بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، اقدام به معامله و دادن اعتبار نموده باشند و این بیع نقشی در ترغیب دیگر بستانکاران، در معامله با این مشتری نداشته باشد و در زمان معامله طلبکاران دیگر، چنین ظهوری فراهم نشده باشد. در این صورت با این مبنا نمی توان گفت که بستانکاران وضع ظاهری مشتری را ملاک دانسته اند. به عبارت دیگر این مبنا و این استدلال مصداق دلیل اخص از مدعی است.

بر خلاف حقوق مصر امروزه اغلب قانونگذاران در کشورهای پیشرفته در راستای تحکیم تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت رویکرد دیگری داشته اند و این شرط را از جمله شروط معین با حکم خاص محسوب داشته و آنرا در مقابل باقی طلبکاران مشتری در حالت ورشکستگی او نافذ و معتبر دانسته اند [همان].

به عنوان مثال در فرانسه قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ در اصلاح ماده ۶۵ قانون ۱۳ جولای ۱۹۶۷ یعنی قانونی که مختص حل و فصل قضایی و تصفیه اموال ورشکسته بوده است، تصویب شد و شرط حفظ مالکیت را از شروط معین محسوب نموده و آن را در مقابل بقیه طلبکاران مشتری در حالت ورشکستگی او معتبر و نافذ دانسته است. متعاقباً قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ به عنوان قانونی خاص در ارتباط با تصفیه قضایی مؤسسات، وضع شد. ماده ۱۲۱ آن اساساً از مقررات قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ اخذ گردیده و مقرر داشته است:

: کالای فروخته شده با شرط حفظ مالکیت را در حالت ورشکستگی مشتری مدیون می

توان مطالبه کرد، اما این مطالبه ممکن است که به جهت محدودیت در استرداد از جانب مدیر تصفیه بمنظور ارزیابی تا پایان مدت تصفیه به طول انجامد و به تعویق افتد [همان، ص ۲۱۵].

در حقوق انگلیس نیز اگر کالا با شرط حفظ مالکیت از فروشنده به خریدار تحویل داده شود، چنانچه خریدار ورشکسته گردد فروشنده نسبت به کالا، مالکیت بلامعارضی خواهد داشت و می تواند در برابر مدیر تصفیه به مالکیت بلامعارض خود استناد کند [۲، ص ۳۱۳].

در حقوق ایران نیز نظر به مواد ۳۸۰ قانون مدنی و ۵۲۸، ۵۳۳، ۵۳۵ قانون تجارت؛ وقتی که در بیع قطعی و مطلق ثمن تأدیه نشده باشد؛ در صورت ورشکستگی مشتری امکان استرداد مبیع موجود در نزد او وجود دارد. در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت که بصورت قطعی مالکیتی به خریدار منتقل نشده است به طریق اولی در صورت ورشکستگی خریدار امکان استرداد وجود خواهد داشت و برای اعمال حق استرداد در این حالت نصی در ضرورت مکتوب بودن شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران وجود ندارد.

۲- آثار تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت:

در خصوص آثار تضمین ناشی از این شرط می توان گفت که دائن (فروشنده نسبت به ثمن) می تواند در صورتی که ثمن در موعد مقرر تأدیه نگردد، اقدام به مطالبه مبیع نماید. در حقوق فرانسه (برابر ماده ۱۱۵ قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵) وقتی که بدهکار دچار ورشکستگی شود، این مطالبه باید عملاً در سه ماه که آغاز آن از اعلام حکم شروع ورشکستگی است؛ صورت گیرد. اما این مطالبه متضمن زوال ادعای فسخ یا آثار مترتب بر شرط فاسخ نیست. به این معنی که شروع ورشکستگی؛ منجر به تعطیل و از بین رفتن آن جهات نخواهد شد (اگر قبل از شروع ورشکستگی دعوای فسخ مطرح شده باشد یا به جهت شرط فاسخ، قبل از ورشکستگی رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، منحل شده باشد، ممکن است مطالبه مبیع به آن جهات و آن عناوین هم صورت گیرد) [۳، ص ۲۱۵].

در این مطالبه علی الاصول (در حقوق فرانسه) لازم است که کالا همچنان در حالت عینی خود (بدون تغییر ماهیت) وجود داشته باشد. در دو حالت ذیل به صورت

جانشینی نسبت به عین مبیع از این اصل و قاعده چشم پوشی و اعمال این اصل و قاعده دگرگون می شود.

حالت اول حالت تکرار بیع است: حالتی که مشتری اول اقدام به فروش مجدد مبیع نموده است. برابر ماده ۱۲۲ قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ اگر در بیع دوم ثمن نقداً پرداخت شده یا معادل آن مالی تحویل شده باشد یا بین مشتری اول و خریدار دوم بصورت حساب متقابل محاسبه و تهاتر شده باشد، امکان استرداد عین منتفی است و به جهت حمایت از خریدار ثالث با حسن نیت، در این حالت مطالبه عین به تأدیه ثمن برمی گردد.

حالت دوم حالت تلف کالا است: زمانی که کالا تلف گردد، به جهت اینکه مطالبه عین به معادل تأمینی (اعم از مثل یا قیمت یا مبلغ بیمه حسب مورد) که جانشین آن قرار می گیرد، بر می گردد، استرداد عین منتفی خواهد شد. این وضعیت ضمناً مستند به مواد ۱۲۱-۱۳ قانون تأمین (بیمه) است. این حالت متضمن تشبیه قضیه به رهن رسمی است [همان، ص ۲۱۶]. اگر بپذیریم که مبنای پذیرفته شده در رهن (که بدل مال مرهون جایگزین رهن خواهد بود) در ما نحن فیه قابل اعمال باشد، این امر موجب تحکیم و حمایت از تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت خواهد بود. بنا براین زمانی که بدل مال را تضمین مبیع در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت تلقی کنیم وضعیت این شرط مستحکم خواهد شد [همان].

در حقوق ایران نیز شاید بتوان گفت که در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، مالکیت مبیع به عنوان تضمین تأدیه ثمن، نوعی وثیقه عینی است و احکام وثیقه عینی درحالت تلف موضوع وثیقه بر ما نحن فیه نیز جاری خواهد بود. بر این مبنا نظر به ماده ۷۹۱ ق.م. که مقرر می دارد: «اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود»، چنان چه مبیعی که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت در اختیار مشتری است، توسط مشتری (که موقعیت او در دادن تضمین شبیه راهن است) یا ثالث تلف گردد، بدل آن می تواند موضوع حق ناشی از این شرط قرار گیرد و با قبول چنین مبنایی وضعیت این تضمین درونی عقد بیع مستحکم خواهد شد.

حال اگر تلف، ناشی از قوه قاهره باشد، به نظر برخی در حقوق مصر مسوولیت جایگزینی مثل یا قیمت متوجه مشتری متصرف است و بدل مبیع در هر صورت متعلق حق ناشی از شرط حفظ مالکیت است [همان، ص ۲۱۵].

در حقوق ایران به نظر می رسد تلف مبیع موضوع بیع متضمن شرط حفظ مالکیت که ناشی از قوه قاهره باشد را نمی توان نظیر تلف مال مرهون توسط خود راهن یا ثالث (و در مانحن فیه شبیه تلف توسط خود خریدار یا ثالث) تلقی و ملاک ایندو را یکی و مشتری را موظف به تهیه مثل یا قیمت به عنوان بدل دانست. چون تهیه بدل در اثر تلف ناشی از عمل شخص حکمی منصوص است. اما در صورت تلف ناشی از قوه قاهره چنین حکمی وجود ندارد. به عکس در مسوولیت قراردادی که در مانحن فیه مشتری مسؤل حفظ و نگهداری است، اگر عدم انجام تعهد ناشی از عامل خارجی و خارج از اقتدار متعهد باشد، قاعده این است که مسؤل جبران خسارت نباشد. بنا بر این، تحمیل تلف ناشی از قوه قاهره به خریدار که غالباً در چنین بیعی یا مصرف کننده یا صاحب حرفه است و به جهت عدم تمکن، تن به چنین معاملاتی با چنین تضمینی می دهند و تکلیف به خرید مثل، که احتمالاً برای طلق بودن باید به نقد تهیه کند؛ موجه به نظر نمی رسد. از این رو، بهتر است گفته شود با تصرف مبیع، مسوولیت و ضمان تلف متوجه مشتری است. اما مکلف به تهیه مثل یا قیمت نیست. از طرفی دلیلی بر انفساخ عقد نیز وجود ندارد و خریدار مسؤل پرداخت ثمن (وفق مفاد قرار داد که ممکن است به اقساط باشد) خواهد بود.

به نظر برخی دعوای استرداد مختص بایع بوده به اعتبار اینکه مالک است و بنا به طبیعت آن قابل تجزیه نیست چون محل آن حق مالکیت است. از این رو نسبت به کل مبیع تا زمانی که نسبت به جزیی از ثمن طلبکار باشد قابل اعمال خواهد بود [همان]. بنا بر این نظر مالکیت امری بسیط فرض شده است. از این رو، هر میزانی از ثمن تأدیه شده باشد، با وجود شرط حفظ مالکیت، در صورت عدم تأدیه قسمتی از ثمن، حق مطالبه ی کل مبیع ایجاد می گردد و چیزی از این تضمین درونی عقد بیع کاسته نخواهد شد.

به نظر برخی این اصل و مبنا، در حالتی که نسبت به حق بایع (یعنی ثمنی که بر عهده مشتری است) جزئاً حواله ای صورت گیرد و یا نسبت به آن بطور کلی حواله هایی

به جهت تعدد محال لهم محقق گردد، موجب مشکلاتی خواهد شد و این قضیه وجه ضعف در این وسیله از وسایل تضمین است. چون محل این تضمین همان حق مالکیتی است که به ذات شئی مبیع بر می گردد که بنابراین مینا لایتجزا و غیر قابل تجزیه است. در نتیجه محال له نسبت به جزیی از ثمن و یا محال لهم (نسبت به اجزایی از آن) نمی توانند (در صورت عدم تأدیه آن جزء از ثمن) این تضمین را اعمال کنند. در حالی که این قضیه در حالت رهن رسمی و یا رهن حیازی (تصرف) به عکس است. از این حیث که داین (در صورت عدم تأدیه دین مبنای رهن) می تواند حق خود را به صورت حق تقدم در قبال مبلغ نقدی حاصل از فروش عین مرهونه اعمال کند تا وجه مطابق با مبلغ دین مضمون به را بدست آورد [همان، ص ۲۱۶]. به بیان دیگر در ما نحن فیه (وقتی در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، بایع بخشی از ثمن را به دیگری یا دیگران حواله کند) در صورت عدم تأدیه ثمن به محال له او نمی تواند از تضمین ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت به صورت مطالبه مبیع به نسبت طلب خود استفاده نماید و تجزیه در مطالبه مبیع ممکن نیست. این تضمین بر خلاف تضمین در رهن است. چون در تضمین ناشی از رهن در مبنایی که با انتقال یا حواله طلب، تضمین آنها برای انتقال گیرنده یا محتال باقی بماند، با عدم وصول طلب از سوی انتقال گیرنده، او می تواند از تضمین استفاده نماید و در فرضی که انتقال طلب یا حواله آن به چند نفر صورت گیرد و تضمین رهن برای این طلبها باقی بماند، ممکن است گفته شود در صورت عدم وصول طلب حق استفاده از تضمین با رعایت حق تقدم از مال مرهون وجود خواهد داشت.

ب- انتقال ثمن و تضمین ناشی از بیع با شرط حفظ مالکیت :

این مطلب زمانی مطرح می شود که بایع اقدام به حواله بخشی از ثمن کند و یا اقدام به واگذاری حق ناشی از ذات عقد بیع (یا به بیان دیگر انتقال وضعیت حقوقی و قراردادی ناشی از چنین عقدی را) بنماید.

در این حالت سوال این است که آیا محال له و یا انتقال گیرنده بیع (و قائم مقام بایع در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت) می تواند از شرط حفظ مالکیت به این اعتبار که وسیله ای از وسایل تضمین ثمن است استفاده کند؟

در پاسخ به این سوال، به تبع برخی از صاحب نظران، ذیلاً در دو قسمت، ابتدا انتقال ثمن ناشی از بیع با شرط حفظ مالکیت و سپس انتقال تضمین ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، بررسی شده است [همان].

۱- انتقال ثمن ناشی از بیع با شرط حفظ مالکیت:

انتقال حق (بایع) نسبت به ثمن می تواند از طریق حواله مدنی یا از طریق ظهرنویسی اسناد تجاری یا از طریق قائم مقامی قراردادی (حلول اتفاقی) صورت گیرد [همان]. به بیان دیگر ممکن است بایع به عنوان محیل حواله ای به نفع طلب کار خود بر روی مشتری صادر و او آنرا بابت بدهی ثمن قبول کند. یا مثلاً براتی را که بایع بابت ثمن به نفع دارنده به روی مشتری صادر کرده است به عنوان براتگیر قبول نماید یا اقدام به انتقال طلب مدنی نماید و انتقال گیرنده، جانشین و قائم مقام بایع نسبت به وصول ثمن گردد.

در تمام این طرق انتقال حق نسبت به ثمن، مشکلی که بروز می کند این است که در این حالات چگونه ممکن است انتقال گیرنده حق، نسبت به ثمن، از شرط حفظ مالکیت به عنوان وسیله تضمین وصول ثمن به این اعتبار که از توابع حق محال به است، استفاده کند.

در حقوق مصر به نظر برخی سبب این مشکل به قانون مدنی بر می گردد که در خصوص این توابع و تضمینات مقررات خاصی وضع نموده است. در خصوص حواله حق، ماده ۳۰۷ این قانون مقرر داشته است: «حواله حق شامل و در برگیرنده ضمانات آن مثل کفالت و امتیاز و رهن می شود. کما این که شامل آنچه که مربوط به فوائد و اقساط آن حق است نیز می گردد». (ماده ۱۶۹۲ ق.م. فرانسه نیز چنین حکمی را مقرر داشته است) [همان، ص ۲۱۷]. در نتیجه بر مبنای قانون مدنی مصر در حالت حواله ثمن در ما نحن فیه نیز باید تضمین آن که شرط حفظ مالکیت است به انتقال گیرنده تعلق گیرد و حواله شامل این تضمین نیز گردد.

در خصوص قائم مقامی ماده ۳۲۹ ق.م. مصر مقرر داشته است: «کسی که قانوناً یا بنا بر توافق قائم مقام دائن گردد هر آنچه مربوط به این حق است از خصائص و آنچه از

توابع ملحق به آن است و آنچه از تأمینات (تضمینات) و کفالت و غیره، متعلق به او (قائم مقام) خواهد شد (ماده ۱۲۵۰ ق.م.فرانسه نیز چنین حکمی را مقرر داشته است) [همان].

در حقوق ایران، وضعیت بقای تضمینات دین در صورت انتقال آن با حقوق مصر متفاوت است. ماده ۲۹۳ ق.م. مقرر داشته است: «در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت؛ مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند».

به نظر برخی در مورد وثیقه عینی تضمینات به قوت خود باقی می ماند چون در این موارد طلب همچون ارزشی نوعی با همان وضع دست بدست می شود و ذمه همه کسانی که مالک بوده اند به عنوان مسوول پرداخت باقی می ماند. اما بر خلاف وثیقه عینی، حکم ماده ۲۹۳ (یعنی عدم تعلق تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق) شامل ضمان (نقل ذمه) و حواله و کفالت نمی شود [۲۹، ص ۲۵۵]. بنا بر این نظر با تحقق عقد ضمان، حواله یا کفالت تضمین های تعهد از بین می رود.

در مورد بقای تضمینات در انتقال دین و طلب اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند در صورت انتقال دین یا انتقال طلب، تضمینات دین به قوت خود باقی می ماند [۲۴، ج ۱، ص ۳۴۲؛ ۳۰، صص ۳۸۰-۳۷۹] و در انتقال طلب و نائق و تضمینات تعهد سابق بر اثر انتقال طلب از بین نمی رود [۱۰، ص ۲۳۸]. بعضی دیگر بر خلاف نظر مذکور معتقدند در انتقال دین و طلب هم حکم ماده ۲۹۳ قانون مدنی جاری است. چون از مفاد بند ۳ و ۲ ماده ۲۹۲ ق.م. بر می آید که در قانون مدنی اصطلاح تبدیل تعهد مفهوم رومی خود را ندارد و اعم است از تغییر تعهد به سبب تغییر ارکان آن و همچنین اسقاط و تجدید تعهد. بنابراین در این دو صورت (انتقال دین و طلب) هم وثائق و تضمینات دین با انتقال دین و طلب منتفی خواهد شد [۳۱، ج ۴، ش ۱۹۴؛ ۳۲، ص ۲۶۴].

در حقوق مصر در بحث بقای استفاده از حق (تضمین) ناشی از شرط حفظ مالکیت از سوی انتقال گیرنده ثمن، بعد از اختلاف طولانی، در حال حاضر دیدگاه حقوقدانان بر این مطلب استقرار یافته است که تجویز انتقال استفاده از شرط حفظ مالکیت به غیر (یعنی شخص ثالث انتقال گیرنده ثمن) ضرورتاً مستلزم این که آن را وثیقه عینی به معنی دقیق فنی و حقوقی آن تلقی کنیم نیست [۱۴، صص ۲۱۱-۲۱۰].

تجویز این امر در این حد است که به عنوان یک ضمان تبعی به صورت دعوای فسخ تلقی گردد. به این معنی که اساساً آنرا وسیله ویژه ای برای ضمان وفای به حق (تأدیه ثمن) تلقی می نمایند [۳، ص ۲۱۷].

در حقوق ایران در انتقال طلب (انتقال ثمن در ما نحن فیه) اگر وثیقه عینی داشته باشد دیدیم که اختلاف نظر وجود دارد. بنا بر این، حتی در مبنایی که قائل به بقای تضمین عینی است، لازم به ذکر است که در ما نحن فیه، در فرضی که تمام ثمن از سوی بایع به دیگری منتقل گردد و تبعاً تضمین عینی آن که تضمین ناشی از شرط حفظ مالکیت است باقی بماند در این حالت چنان چه ثمن به انتقال گیرنده تأدیه نشود، راهکاری که برای انتقال گیرنده در استفاده از وثیقه وجود دارد، قابل مقایسه با تأسیس رهن نیست. او نمی تواند مثل مرتهن، تقاضای مزایده و فروش مبیع را کند و طلب خود را از بهای حاصل از فروش مبیع وصول نماید. چون اختیار این انتقال گیرنده چیزی بیش از اختیار انتقال دهنده ثمن (بایع) نیست. به نظر باید گفت او می تواند همان اقدام بایع را به جانشینی انجام دهد. حال اگر شرط حفظ مالکیت را فاسخ تلقی کنیم با عدم تأدیه ثمن باید رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت منحل گردد و در نتیجه مالک اولیه (بایع) همچنان مالک باقی بماند. در این حالت مشکل است بگوییم که انتقال گیرنده ثمن مالک مبیع می گردد. اگر به جای اینکه شرط حفظ مالکیت را شرط فاسخ تلقی کنیم آنرا همانگونه که در ق.م. آلمان مقرر شده است، به این صورت تلقی کنیم که با عدم تأدیه ثمن اختیار فسخ یا ابقای رابطه حقوقی و مطالبه ثمن بدست بایع و تبعاً انتقال گیرنده ثمن می افتد، اگر انتقال گیرنده اقدام به فسخ کند، در این صورت هم با زوال رابطه حقوقی ناشی از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت، مجدداً مالکیت بایع بر مبیع مستقر خواهد شد. از این رو، نمی تواند از این مبیع که ملک بایع است اقدام به تأمین و وصول نماید (مگر گفته شود ملک بایع وثیقه طلب او است). در صورتی که اقدام به فسخ نکند و به دنبال وصول ثمن برود، باید از اموال مشتری طلب خود را وصول کند. از طرفی او (انتقال گیرنده ثمن) نمی تواند از تضمین به صورت تأسیس رهن استفاده و با فروش آن به ثمن خود برسد (چون با انتقال ثمن او قائم مقام بایع میشود نه مرتهن). قبول این مطلب که با انتقال ثمن، انتقال گیرنده به جانشینی همان تضمین بایع را بدست می آورد مشکل است. بعلاوه با انحلال رابطه حقوقی بیع متضمن شرط حفظ مالکیت - در

اثر انفساخ یا فسخ - خریدار، دیگر مدیون نخواهد بود و انتقال گیرنده ثمن نمی تواند به طلب خود (از خریدار) نایل شود و علی الاصول باید حق مراجعه به انتقال دهنده یعنی بایع را برای او قایل شویم .

تجویز انتقال استفاده از شرط حفظ مالکیت به غیر (شخص ثالث انتقال گیرنده) واجد ارزش و آثار عملی است. از این حیث که به بایع اجازه می دهد حق او داد و ستد شود و علی الخصوص نقل آنرا به مؤسسات اعتباری میسر می نماید. این انتقال در برخی قوانین تجویز شده و برخی از صاحب نظران آنرا پذیرفته اند [همان]. این مطلب ذیل عنوان بعدی بررسی شده است.

۲- انتقال تضمین ناشی از بیع با شرط حفظ مالکیت :

واگذاری و انتقال عقد یعنی انتقال وضعیت قراردادی یکی از طرفین به نحوی که متضمن و شامل حقوق و تعهدات واگذار کننده باشد و از این رو در ما نحن فیه انتقال بیع با انتقال مجدد مبیع مفهومی متفاوت دارد.

در خصوص انتقال و واگذاری بیع در مقررات وضعی حقوق مصر، در حال حاضر، مصادیق متعدد وجود دارد. باوجود این، در این نظام حقوقی در خصوص این انتقال و واگذاری

به نحو پیچیده ای اختلاف وجود دارد [همان]. به عنوان مثال انتقال و واگذاری بیع متضمن شرط حفظ مالکیت از جانب بایع به یکی از بانکها الزاماً متضمن انتقال شرط حفظ مالکیت است چون آنچه که انتقال می یابد فقط حق (بایع یعنی طلب او از مشتری) و توابع آن نیست بلکه وضعیت قراردادی بطور کلی منتقل می گردد [همان، صص ۲۱۸-۲۱۷].

ظاهراً جایی که قانونگذار انتقال و واگذاری چنین بیعی را تجویز کند، کلیه حقوق و تعهدات و تضمینات - خصوصاً اگر در ما نحن فیه به انتقال شرط حفظ مالکیت با تمام خصایص آن تصریح نماید - به منتقل الیه انتقال می یابد. بنا بر این، اگر انتقال گیرنده موفق به دریافت ثمن نشود در فرض انتقال شرط حفظ مالکیت او قائم مقام کلیه حقوق بایع و من جمله مالکیت معلق او بر مبیع تلقی و باید بتواند از این شرط استفاده و تبعاً مبیع را مطالبه و به عنوان ملک خود مسترد کند. حال اگر عدم تأدیه ثمن را شرط فاسخ

بدانیم و یا آنرا موجب اختیار فسخ (یا ابقاء رابطه حقوقی) تلقی کنیم، در هر دو صورت رابطه حقوقی موجود بین مشتری و انتقال گیرنده ی حقوق بایع، منتفی و بر این مبنا باید مالکیت مبیع به انتقال گیرنده تعلق یابد. با واگذاری و انتقال بیع گویی مالکیت معلق بایع بر مبیع که در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت وضعیت خاصی یافته است، با تمام حقوق و تکالیف موجود و مربوط به آن که متعلق به بایع است، به انتقال گیرنده منتقل می شود و با عدم تأدیه ثمن، یکی از حقوق انتقال گیرنده آن است که با انتفای معلق علیهی که مانع مالکیت مستقر او به قائم مقامی بایع بود، استقرار یابد و او به قائم مقامی مالک بلامنازع مبیع گردد.

نتیجه:

در بیع، طرفین می توانند توافق در تعیین زمان انتقال مالکیت کنند و انتقال مالکیت را از زمان عقد، منفصل نمایند. این توافق به دو وجه متصور است؛ یکی شرط تقدیم انتقال مالکیت و دیگری شرط تأخیر در انتقال مالکیت. در شرط تأخیر انتقال مالکیت ممکن است صرفاً قصد به تأخیر انداختن زمان انتقال مالکیت باشد، تا در آینده به طور قطع مالکیت منتقل گردد. در فقه امامیه بعضی به صراحت قائل به صحت این توافق شده اند. قانون مدنی ایران نیز آن را در بحث از عقد اجاره، پذیرفته است. همچنین ممکن است طرفین، انتقال مالکیت را معلق بر امری در آینده نمایند. امری که احتمالی است. توافق بر تأخیر انتقال مالکیت در هر صورت قید عقد و با شروط تبعی معمول در ضمن عقد، متفاوت است. از این رو اگر بعد از عقد چنین توافقی صورت گیرد، مؤثر نیست، چون مالکیت با عقد مطلق و بدون قید، انتقال یافته است و فروشنده دیگر مالک نیست تا در چنین مقامی توافق نماید. از مصادیق رایج توافق طرفین در تعیین زمان انتقال مالکیت، شرط حفظ مالکیت است..

شرط حفظ مالکیت را برخی از قانونگذاران منصوص نموده و نافذ دانسته اند. در برخی از این مقررات وقتی انتقال مالکیت معلق بر تأدیه ثمن می گردد، با پرداخت ثمن، معلق علیه واقع شده و مالکیت منتقل می گردد. اما با عدم پرداخت ثمن معلق علیه واقع نشده و اختیار بقاء یا زوال عقد به دست بایع سپرده شده و او بین فسخ رابطه حقوقی فی ما بین یا ابقای آن و مطالبه ثمن مخیر شده است. در این دیدگاه

شرط را شرط فاسخ که خودبخود منجر به زوال عقد گردد؛ در نظر نگرفته اند. به بیان دیگر عدم حصول شرط (و معلق علیه) می تواند شرط انفساخ (فاسخ) یا شرط فسخ باشد، درحالیکه در این دیدگاه عدم حصول شرط و معلق علیه را شرط فسخ رابطه حقوقی که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ایجاد شده در نظر گرفته اند.

در قانون مدنی ایران نص صریحی در خصوص شرط حفظ مالکیت وجود ندارد. اما قانونگذار به طور مبهمی در قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعملهای آن و همچنین قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن مقرراتی وضع نموده است. با وجود این، چون ممکن است شرط حفظ مالکیت شرط فاسخ یا شرط تعلیقی باشد؛ وضعیت حقوقی طرفین در صورت عدم تصریح به یکی از این حالات روشن نیست. چنانچه متعاقبین در عقد به یکی از این حالات تصریح کنند؛ چنین شرطی معتبر است و در هیچ یک از دو گونه توافق نمی توان شرط را خلاف مقتضای عقد دانست

در مورد آثار شرط حفظ مالکیت قبل از تحقق معلق علیه شرط حفظ مالکیت برخی از حقوقدانان معتقدند که این بیع برخی از خصایص مالکیت را بصورت حق عینی (به مشتری) منتقل می کند. در این بیع معمولاً مبیع در تصرف مشتری قرار می گیرد و او صاحب حقی است که صرفاً یک حق شخصی و بر ذمه بایع نیست و رابطه او با عین مبیع که در تصرف اوست بر قرار می شود و تا تعهدات خود را انجام می دهد بایع بیش از مطالبه ثمن حقی بر مبیع ندارد و اگر طلبکاران بایع متعاقب بیع متضمن شرط حفظ مالکیت در صدد توقیف مال برآیند نمی توانند به بهانه حفظ مالکیت بایع درخواست رفع تصرف یا خلع ید مشتری را نمایند.

برخی دیگر از صاحب نظران صحبت از تقسیم حق مالکیت نموده اند. به این صورت که آن را به دو قسم کمی و کیفی تقسیم کرده اند. حقوق ایران نه تنها با این مفهوم بیگانه نیست، بلکه نص قانونی در تایید آن نیز وجود دارد.

بایع پس از بیع متضمن شرط حفظ مالکیت نمی تواند مبیع را به دیگری انتقال دهد اما حقوق ناشی از بیع (ثمن و تضمین ناشی از شرط) قابل انتقال قهری و قراردادی است. این اصل و مبنا در حالتی که نسبت به حق بایع (یعنی ثمنی که بر عهده مشتری است) جزئاً یا بطور کلی انتقال صورت گیرد؛ موجب مشکلاتی است من

جمله این که در این حالات ممکن نیست انتقال گیرنده ثمن از شرط حفظ مالکیت به عنوان وسیله تضمین وصول ثمن به این اعتبار که از توابع حق منتقل شده است؛ استفاده نماید. این قضیه وجه ضعف در این وسیله از وسایل تضمین است. چون محل این تضمین حق مالکیتی است که بنابر یک مینا لایتجزا و غیر قابل تجزیه است

مفهوم انتقال بیع با انتقال مجدد مبیع متفاوت است. در خصوص انتقال و واگذاری بیع در مقررات موضوعه برخی کشورها مقررات خاصی وضع شده است. جایی که قانونگذار انتقال و واگذاری چنین بیعی را تجویز کند کلیه حقوق و تعهدات و تضمینات به منتقل الیه انتقال می یابد. لذا اگر انتقال گیرنده موفق به دریافت ثمن نشود و در فرض انتقال شرط حفظ مالکیت او قائم مقام کلیه حقوق بایع و من جمله مالکیت معلق او بر مبیع تلقی گردد؛ باید بتواند از این شرط استفاده و تبعاً مبیع را مطالبه و به عنوان ملک خود مسترد کند. حال اگر عدم تأدیه ثمن را شرط فاسخ بدانیم و یا آنرا موجب اختیار فسخ (یا ابقاء رابطه حقوقی) تلقی کنیم، در هر دو صورت رابطه حقوقی موجود بین مشتری و انتقال گیرنده (حقوق بایع) منتفی و بر این مینا باید مالکیت مبیع به انتقال گیرنده تعلق یابد.

منابع:

1. Clive M. Schmitthoff, Schmitthoffs Export Trade The Law and Practice of International Trade, Stevens & Sons, London, 1990.
2. P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, The Sale of Goods, Longman Pearson Education, London, 2001.
۳. دکتر نبیل ابراهیم سعد، العقود المسماه، الجزء الاول، البيع، الناشر دارا النهضة العربيه، بيروت، ۱۹۹۷.
۴. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی (عقود معین)، ج ۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۸.
5. Indira Carr and Richard Kidner, Statutes and Conventions on International Trade Law, Covendish Publishing Limited, 2003.
6. Clive M. Schmitthoff, Schmitthoffs Export Trade The Law and Practice of International Trade.
7. M. Pedamon, La Reserve de Propriete en Droit Allemand et en Droit Francais, in Rev De Juris. Comp. numero Special Fev. 1982.
۸. جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹.
9. Ph. Malaurie, L. Aynes, Droit Civil, Les Suretes, Droit du Credit, Zed. 1988 Cujas no 754.
۱۰. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی)، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
11. J.M. Verdier, les droit eventual, contribution a l etude de la formation successive des droits, These Paris 1955.
12. G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, les obligations, T. I, vol. I, no7.
13. J. Ghestin, la clause de reserve de propriete, Rapport de droit civil in actualite de droit de l enterprise t. 12.
۱۴. دکتر نبیل ابراهیم سعد، الضمانات غیر المسماه، منشاه المعارف، الاسکندریه، ۱۹۹۰.
۱۵. دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط فی شرح القاتون المدنی، ج ۴، البيع و المقایضه، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
۱۶. مصطفی منصور، مذاکره فی القاتون المدنی، العقود المسماه، البيع و المقایضه و الايجار، دار المعارف، بیروت، ۱۹۵۷.
17. CF. Chr. Atias, Droit Civil, Les Biens, Vol. I., 1980.
۱۸. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ناشر کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۶۸.
۱۹. دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، مؤسسه نشر یلدا، تهران، تابستان ۱۳۷۴.

۲۰. محسن قاسمی، انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ۱۳۸۲.
۲۱. دکتر حسین صفایی دوره مقدماتی حقوقی مدنی، ج دوم، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲.
۲۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، حقوق مدنی، حقوق جزا، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.
23. Garcin et Thieffry, la clause de reserve de propriete serait - elle deja pleinement valable en France ou le sera - t - elle bientot. 2 Gaz. Pal. 1980.I. 193.
۲۴. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۱.
۲۵. دکتر مصطفی محقق داماد، تقریرات درس فقه استدلالی دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۳.
26. Perochon, Françoise, La Reserve de Propriete Dans la Vente Des meubles Corporels, N.107.
27. Benjamin's .sale of goods, sweet & Maxwell, London, 1992.
۲۸. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۲، غصب و استیفاء، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۲۹. دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۷.
۳۰. محمد عبده پروجردی، حقوق مدنی (با اضافات و ویرایش جدید)، انتشارات طه، تهران، ۱۳۸۰.
۳۱. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین (۴) حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۸.
۳۲. دکتر ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تمهیدات، مؤسسه نشر یلدا، تهران، ۱۳۷۴.