

بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت*

- دکتر محمدعلی سعیدی^۱ (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
- غلامرضا یزدانی (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

چکیده

هر چند در فقه امامیه و حقوق ایران، اصل انتقال فوری مالکیت پذیرفته شده، از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد، لذا طرفین می‌توانند با درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، زمان انتقال مالکیت را معلق به تحقق شرطی نمایند. ماهیت این شروط، تعلیق انتقال مالکیت است نه تعلیق قرارداد. در اثر این شرط، تا زمانی که شرط، محقق نشده است، مالکیت برای فروشنده باقی می‌ماند و به خریدار منتقل نمی‌شود ولی خریدار نوعی حق عینی نسبت به مبیع به دست می‌آورد. بعد از انعقاد قرارداد بیع، اگر مبیع به خریدار تحویل داده شود، ید خریدار نسبت به مبیع، امانی خواهد بود. پرداخت ثمن به خریدار، اثر قهقرایی در انتقال مالکیت ندارد و طرفین می‌توانند در خصوص اثر آن نیز توافق نمایند و اگر چنانچه خریدار قبل از پرداخت ثمن، ورشکسته شود و

عین مبیع نزد او باشد، فروشنده می‌تواند تقاضای استرداد آن را بنماید.
واژگان کلیدی: شرط، ذخیره، مالکیت، تعلیق، حق عینی.

مقدمه

یکی از ویژگی‌های قرارداد فروش، طرفینی بودن تعهدات طرفین قرارداد است که به موجب آن، فروشنده، تعهد به انتقال مبیع و خریدار نیز تعهد به پرداخت ثمن می‌کند. در عمل، غالباً خریدار قادر به پرداخت فوری و یک‌باره ثمن نیست مگر اینکه به او فرصتی داده شود تا مبیع را بفروشد یا در فرایند تولید به کار ببندد و از منفعتی که از تولید به دست می‌آورد، ثمن را بپردازد. در نتیجه، خریدار نیازمند فرصت مناسبی است تا بتواند با فراهم کردن ثمن، آن را به فروشنده پرداخت نماید. از طرفی، همواره این خطر وجود دارد که قبل از اینکه خریدار، ثمن کالا را بپردازد، ورشکست شده و یا اساساً از پرداخت ثمن امتناع کند؛ در نتیجه، فروشنده‌ای که اقدام به فروش نسبی‌ای کالاهای خود می‌نماید، نیازمند تأمین است تا از بازپرداخت ثمن کالا اطمینان حاصل کند. در عمل همیشه برای فروشندگان این امکان وجود ندارد که از تک‌تک مشتریان خود، وثیقه‌های عینی دریافت نمایند؛ زیرا از طرفی نگهداری وثیقه‌های عینی، نیازمند مکان مناسبی است - علاوه بر اینکه نگهداری این گونه وثیقه‌ها هزینه زیادی بر عهده فروشنده می‌گذارد - از طرف دیگر، در تجارت کنونی، آنچه بسیار مهم بوده و حرف اول را می‌زند، سرعت بالای مبادلات تجاری است. اخذ وثیقه‌های عینی، باعث کند شدن جریان مبادلات بازرگانی می‌شود؛ در نتیجه این فکر و ایده در معاملات و تجارت‌های کلان پیشنهاد شده است که به جای دریافت وثیقه عینی از مشتریان، که هم دارای هزینه بوده و هم باعث کند شدن جریان مبادلات می‌شود، فروشنده از مکانیسمی استفاده نماید که بدون اخذ وثیقه عینی، از بازپرداخت ثمن اطمینان حاصل کند. این مکانیسم معاملاتی که از سوی حقوق‌دانان کشورهای اروپای قاره‌ای پیشنهاد شده و در معاملات این کشورها رواج یافته، «شرط ذخیره مالکیت» است. به موجب این شرط، فروشنده در عقد، شرط می‌نماید تا زمانی که ثمن به طور کامل، پرداخت نشده (یا هر شرط دیگری)، مالکیت مبیع، برای او حفظ و ذخیره گردد. با این مکانیسم،

انتقال مالکیت تا زمانی که شرط مورد نظر محقق نشده، به تأخیر می‌افتد. این شرط را «شرط ذخیره مالکیت» یا «شرط حفظ مالکیت» نام‌گذاری کرده‌اند. در حقوق فرانسه این شرط با عنوان «la reserve de propriete» و در حقوق انگلیس با عنوان «retention of title» و «reservation of title» معروف است.

در این مقاله، ابتدا به پیشینه قانون‌گذاری درباره شرط ذخیره مالکیت اشاره خواهد شد و در همین راستا، با توجه به اینکه ذخیره مالکیت از جهت تحلیلی باعث تأخیر در انتقال مالکیت می‌شود، به زمان انتقال مالکیت در نظامهای حقوقی مختلف دنیا توجه نموده و در ادامه، ماهیت حقوقی، انواع و آثار آن مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

پیشینه قانون‌گذاری

در حقوق ایران، هیچ مستند و دلیلی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد. هرچند ادعا شده (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۷۶) که قانون‌گذار ایران در برخی مقررات خاص به طور مبهم به آن اشاره نموده است؛ مانند قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و دستورالعملهای آن و همچنین در تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام و آیین‌نامه اجرایی این قانون.

ماده ۱۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ مقرر می‌دارد:
 بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم در گسترش امر مسکن، با هماهنگی وزارت مسکن و شهرسازی، واحدهای مسکونی ارزان‌قیمت به منظور فروش اقساطی و یا اجاره به شرط تملیک احداث نمایند.

برابر ماده ۹ همین قانون:

بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چهارچوب سیاستهای بازرگانی دولت، منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونیهای قانونی قرار دهند.

ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی مسکن مصوب شورای پول و اعتبار

۱۳۶۳/۱/۱۹ مقرر می‌دارد:

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.

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

به نظر نگارنده، از هیچ یک از قوانین و مواد پیش گفته نمی‌توان درباره شرط ذخیره مالکیت مطلبی استنباط کرد؛ چرا که مواد فوق به ویژه ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی، مربوط به «رهن المبیع» است نه «شرط ذخیره مالکیت». در رهن المبیع، فروشنده بعد از فروش مبیع به خریدار، برای اینکه از وصول ثمن و طلب خود، اطمینان حاصل نماید، مبیع را نزد خود به رهن می‌گذارد. در «رهن المبیع» عقد بیع به طور صحیح و معتبر واقع شده و مالکیت مبیع نیز به خریدار منتقل می‌گردد، گرچه بعد از آنکه مبیع، ملک خریدار شد، فروشنده آن را به عنوان وثیقه، نزد خود نگه می‌دارد. اما در شرط ذخیره مالکیت، بعد از انعقاد قرارداد بیع، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌شود بلکه هنوز کماکان، بایع مالک مبیع باقی می‌ماند و زمانی مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود که ثمن پرداخت شود. ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی مقرر نموده: «بانکها مکلفند... شش دانگ واحد مسکونی را... به وثیقه بگیرند»؛ عنوان «وثیقه» زمانی صحیح است که خود بانک (بایع) دیگر مالک مبیع نباشد، بلکه مال دیگری را در دست خود نگه دارد.

به هر حال، در حقوق ایران، هیچ دلیل و منبعی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد؛ البته این به معنای عدم پذیرش و بطلان چنین شروطی در قرارداد بیع نیست. در حقوق آلمان، قانون‌گذار شرط ذخیره مالکیت را مورد توجه قرار داده و در خصوص آن مقرراتی وضع نموده است. ویژگی قانون‌گذاری آلمانی در خصوص

شرط ذخیره مالکیت در این است که علاوه بر تبیین دقیق ماهیت شرط ذخیره مالکیت، آثار آن را به طور مشخص معین نموده است؛ بر خلاف حقوق فرانسه که به آثار شرط ذخیره مالکیت اشاره ننموده و در نتیجه، در دکترین حقوقی این کشور، در خصوص آثار آن، نظریه‌های مختلفی بیان شده است.

ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان مقرر نموده است:

هرگاه با بیع مالکیت مال منقولی را تا تأدیة کامل ثمن برای خود حفظ کند، در حالت تردید، چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیة تأخیر نماید، تلقی خواهد شد.

در توضیح این ماده گفته شده: وقتی انتقال مالکیت معلق بر تأدیة ثمن می‌گردد، با عدم پرداخت ثمن معلق‌علیه واقع نشده و بر مبنایی که عدم وقوع معلق‌علیه را شرط فاسخ بدانیم، باید چنین قراردادی خودبه‌خود منفسخ گردد. اما وجهی که مطرح است این است که حالت تعلیق به صورتی که در نظر گرفته شده است که اگر معلق‌علیه واقع شود تبعاً مالکیت را منتقل کند. اما اگر معلق‌علیه که انجام عملی ارادی از سوی خریدار است و مورد تعهد او قرار گرفته است، محقق نگردد؛ در این حالت اختیار بقا یا زوال عقد به دست بایع سپرده شده و او بین فسخ رابطه حقوقی بین آنها یا ابقای آن و مطالبه ثمن مخیر شده است.^۱

قانون‌گذار آلمان با ابراز چنین تمایلی، شرط را شرط فاسخ که خودبه‌خود منجر به زوال عقد گردد در نظر نگرفته است. چون حصول یا عدم حصول شرط (و معلق‌علیه) می‌تواند شرط انفساخ (فاسخ) یا شرط فسخ باشد و قانون‌گذار آلمان عدم حصول شرط و معلق‌علیه را شرط فسخ رابطه حقوقی‌ای که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ایجاد شده، در نظر گرفته است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۷۲).

در حقوق فرانسه صحت شرط ذخیره مالکیت مورد اختلاف واقع نشده است.^۲

1. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.37.
2. Perochon Françoise, La reserve de propriete dans la vente de meubles corporals, n.28, p.34.

مقرراتی را که در این خصوص در فرانسه وضع شده می‌توان به صورت زیر نظام‌مند کرد:^۱

۱- قانون ۱۲ مه ۱۹۸۰ که مقرر می‌دارد: شرط ذخیره مالکیت بین طرفین صحیح و علیه شخص ثالث لازم الاجراست. ولی اگر دادرسی ورشکستگی در خصوص اموال مشتری بدهکار شروع شده باشد، علیه طلبکاران دیگر خریدار ورشکسته قابلیت اجرا ندارد.

۲- قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ در خصوص تصفیه.

۳- قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ که قانون ۱۹۶۷ را فسخ نموده است و در ماده ۱۲۱ اصولی را برای شروط ذخیره مالکیت بیان کرده است.

۴- قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۹۴: این قانون، قانون ۱۹۶۷ را اصلاح نموده و تأثیر شرط ذخیره مالکیت را توسعه و تقویت کرده است؛ تا جایی که شامل کالاهای فروخته شده که با کالاهای دیگر خریدار ترکیب شده بودند، می‌شود. البته برای اجتناب از فریب کاری می‌باید شرکت نامه مکتوبی در خصوص انتقال وجود داشته باشد.

در حقوق انگلیس، با توجه به پذیرش اصل آزادی اراده و حاکمیت اراده در قراردادها و با توجه به مفاد مدلول ماده ۱۷ قانون بیع کالاها که تعیین زمان انتقال مالکیت را به اراده و خواست طرفین منوط کرده، شرط ذخیره مالکیت پذیرفته شده است.^۲

حقیقت این است که شرط ذخیره مالکیت در اروپای شرقی رشد و تکامل پیدا کرده است؛ ولی با این حال، با حقوق انگلیس بیگانه نیست. در سال ۱۸۹۵ مجلس اعیان، آن را صرفاً مثالی بر عدم مداخله دولت در قراردادهای خصوصی تلقی نموده بود. اگر قراردادی نمایانگر این باشد که طرفین آن اراده نموده‌اند که مالکیت تا زمان معینی منتقل نشود، هیچ قاعده و اصل حقوقی، مانع تأثیر این خواست و اراده

1. Davies Iwan, op. cit., p.24.

2. Davies, William, "Romalpa thirty years on - still an enigma?", Hertfordshire Law Journal 4, p.1.

نمی‌باشد. این مصوبه قضایی ابتدایی در حقوق انگلیس و همین‌طور مقرراتی مانند قانون بیع کالاها زمینه مناسبی برای توسعه شرط ذخیره مالکیت به نظر می‌رسد. لذا این جای تعجب است که قبل از سال ۱۹۷۶، شرط ذخیره مالکیت در حقوق انگلیس کاملاً ناشناخته بوده است. هرچند شروط بیع مانند قرارداد اجاره به شرط تملیک، امور متداول و رایجی است؛ اما تازگی و ویژگی شرط ذخیره مالکیت این است که فروشنده را قادر می‌سازد تا خود را مالک کالاها و فروخته شده محسوب کند.^۱

قاعده انتقال فوری مالکیت

در نظامهای حقوقی دنیا، وضعیت یکسان و هماهنگی درباره انتقال مالکیت، حاکم نیست. در حقوق ایران و فرانسه و بسیاری از کشورها مانند بلژیک، فنلاند و پرتغال، قاعده انتقال فوری مالکیت پذیرفته شده است. در حقوق انگلستان، زمان انتقال مالکیت، بسته به اراده طرفین است؛ ولی در فرض اطلاق (یعنی صورتی که طرفین برای زمان انتقال مالکیت توافق نکرده باشند) قاعده مذکور پذیرفته شده است. در حقوق آلمان وضعیت کاملاً متفاوتی حاکم است و قاعده انتقال فوری مالکیت پذیرفته نشده است. در حقوق این کشور، قرارداد بیع باعث انتقال مالکیت نمی‌شود؛ بلکه بعد از تحقق بیع، برای انتقال مالکیت، باید مجدداً طرفین بر انتقال توافق نمایند. به عبارت دیگر، قرارداد بیع صرفاً برای طرفین قرارداد باعث ایجاد «اباحه تصرف» در کالاها و مورد قرارداد می‌شود و کاری به انتقال مالکیت ندارد. همچنین بین توافق بر ایجاد ماهیت حقوقی بیع و انتقال مالکیت، تمایز ایجاد داده شده است.^۲

توصیف شرط ذخیره مالکیت

در حقوق آلمان، قانون مدنی این کشور در ماده ۴۵۵ وضعیت حقوقی شرط ذخیره

1. Davies, William, op. cit., p.1.
2. Badia Fiesolana, San Domenico (fi), Etude compare sur la ptopriete utilisee come surete, p.17; and also see: Giorgio Monti, Gilles Nejnand and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.870; and: Jarno Tepora, "Reservation of title as secutity and in the adminstration of property", p.3.

مالکیت را به طور روشن تبیین نموده است.^۱

طبق این ماده که مقرر کرده: «چنین توافق به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی» می‌توان گفت: قانون‌گذار آلمان، شرط ذخیره مالکیت را شرط تعلیقی می‌داند، به طوری که درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، باعث تعلیق انتقال مالکیت بر تحقق یک امری که غالباً پرداخت کامل ثمن می‌باشد، می‌شود.

در حقوق انگلیس دو دیدگاه در ماهیت شرط ذخیره مالکیت وجود دارد: برخی شرط ذخیره مالکیت را نوعی وثیقه می‌دانند^۲ و برخی دیگر آن را صرفاً شرطی می‌دانند که فقط به قصد تعلیق و تعیین زمان انتقال مالکیت درج می‌شود.^۳

در حقوق فرانسه، به دلیل عدم تبیین دقیق ماهیت آن در قانون، دکترین حقوقی، نظریات مختلفی را ارائه کرده است؛ برخی معتقدند که با درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، نفس و اساس عقد معلق می‌شود و به اصطلاح، تعلیق در انشا صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، اثر شرط ذخیره مالکیت این است که تا شرط محقق نشود و ثمن به طور کامل پرداخت نگردد، اساساً عقد بیعی واقع نشده است.^۴ برخی دیگر بر این عقیده‌اند که شرط حفظ مالکیت به معنای تعلیق انتقال به تأدیة تمام ثمن است و تحقق شرط، اثر قهقرایی دارد یعنی با تحقق شرط و معلق علیه، مالکیت از لحظه عقد منتقل می‌شود؛ ولی تا شرط (تأدیة ثمن) محقق نشده مبیع متعلق به فروشنده است و اگر شرط واقع نشود او می‌تواند در مبیع تصرف کند.^۵ گروهی دیگر چنین اظهار نموده‌اند که با شرط حفظ مالکیت، بیع منجزاً همراه با شرط فاسخ معلق واقع می‌شود و مالکیت با عقد انتقال می‌یابد؛ ولی با نپرداختن اقساط ثمن، باعث انحلال بیع از آغاز آن می‌شود. در هر حال، خریدار ضامن تلف مبیع است و مبیع از لحظه انحلال به فروشنده برمی‌گردد.^۶

1. M. Pedamon, La reserve de propriete en droit allemand et en droit francais, 1982.

2. In Re Bond Worth. {1980}.

3. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976} - Clough Mill Ltd v. Martin {1985} - Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1991}.

4. Jacques Ghestin, et Bernard Desche, Traite des contrats (La Vente), p.654, N590.

5. Mazeaud (H. L. J.) Lecons de droit civil, Tome 3 (vente et echange), N922.

6. Mazeaud (H. L. J.), op. cit., Tome 3 (vente et echange), N922.

در نهایت، گروهی دیگر بیان داشته‌اند که بیع با شرط ذخیره مالکیت، عقدی است منجز که انتقال مالکیت در آن به تأخیر افتاده است و انتقال مالکیت، معلق نمی‌شود و پرداخت کامل ثمن کاشف از انتقال مبیع از حین عقد به مشتری است.^۱

در حقوق ایران، هیچ دلیل و مدرک قانونی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد، در رویه قضایی نیز از شرط ذخیره مالکیت خبری نیست. دکترین حقوق ایران نیز به این پدیده حقوقی توجه چندانی ننموده است. لذا در مقام تطبیق با نظریاتی که در حقوق اروپایی در این خصوص ایراد شده و با توجه به مفهوم این شرط و اراده طرفین در قراردادی که دارای شرط ذخیره مالکیت بوده و فلسفه و حکمتی که منجر به رواج این شرط در معاملات تجاری شده؛ ظاهراً نظریه ماهیت تعلیقی داشتن شرط ذخیره مالکیت از پشتوانه علمی برخوردار است؛ یعنی شرط ذخیره مالکیت باعث تعلیق انتقال مالکیت می‌شود.

انواع شروط ذخیره مالکیت

ذخیره مالکیت ممکن است به شکل‌های مختلفی انجام گیرد. اقسام و انواع ذخیره مالکیت بی‌شمار است؛ اما آنچه که در بازارهای مختلف دنیا کاربرد بیشتری دارد، چند شیوه مشهور است که حقوق دانان مختلف آنها را مورد توجه قرار داده‌اند.

در حقوق فرانسه، انواع شرط ذخیره مالکیت را سه قسم،^۲ در حقوق انگلیس گاه دو،^۳ گاه سه^۴ و گاه چهار^۵ قسم دانسته‌اند.

1. Mazeaud (H. L. J.), op. cit., Tome 3 (vente et exchange), N922.
2. Davies Iwan, op. cit., Article 5, by Marc Saint - Cene. p.27.
3. Larry Coltman, Hill Hofstertter LLP, ... , "A practical guide to retention of title claims": "Although there are numerous version of R. O. T. clause in a variety of contractual documentation, there are broadly two types of such clauses".
4. Davies Iwan, op. cit., p.106: "Typically, there are three parts to the reservation of title or "Romalpa" clause".
5. Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.874; and also see: Davies, William, "Romalpa thirty years on - still an enigma?", p.4.

شروط معروف و متداول ذخیره مالکیت را می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد: شرط ساده ذخیره مالکیت؛ که به دنبال آن فروشنده، مالک کالاهای انتقال داده شده، باقی می‌ماند. شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، به دنبال توسعه ادعای فروشنده برای کالاهایی که خریدار از مبیع تولید کرده است، می‌باشد. شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع، توسعه دهنده حق فروشنده به هر فعالیت خریدار که ممکن است نسبت به کالاها انجام داده باشد، می‌باشد. در نهایت، شرط پرداخت تمام بدهی، به دنبال اعطای حق نسبت به همه کالاهای انتقال داده شده به خریدار به منظور تسویه همه بدهیهای که خریدار به فروشنده دارد، می‌باشد.

۱. شرط ساده^۱.

۲. شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع.^۲

۳. شرط شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع.^۳

۴. شرط پرداخت تمام بدهی.^۴

در ادامه به توضیح بیشتر هر یک از شروط چهارگانه یادشده می‌پردازیم:

مبحث اول: شرط ساده ذخیره مالکیت

اشاره شد شرط ذخیره مالکیت توضیح می‌دهد که فروشنده صرفاً مالک مبیع باقی می‌ماند.^۵ به عبارت دیگر، طبق شرط ساده ذخیره مالکیت، تا زمانی که ثمن به طور کامل پرداخت گردد مالکیت کالاها (مبیع) در دارایی فروشنده باقی می‌ماند.^۶ در این نوع شرط، خریدار از فروش یا استفاده از مبیع، ممنوع نبوده و حتی بدون وجود شرط صریح در این خصوص در قرارداد، این حق برای مشتری به طور ضمنی ایجاد می‌شود؛ زیرا وقتی فروشنده، قبل از آنکه مشتری، ثمن را بپردازد، مبیع را در اختیار

1. Simple Clause (Einfacher Eigentumsvorbehalt).

2. Manufacturing Clause.

3. Proceeds Clause.

4. All Debts Clause.

5. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

6. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.106.

او قرار می‌دهد، این به معنای اذن و اجازه تصرف در مبیع است.

حقوق آلمان و انگلیس

در حقوق آلمان، برای صحت و لازم الاجرا بودن این شرط، اشکالی وجود ندارد. همچنین، در محاکم انگلیس نیز به همین ترتیب عمل می‌شود.^۱ با این وجود، اخیراً (سال ۱۹۸۵) در پرونده «مارتین»^۲ دادگاه بدوی از پذیرش این امر امتناع کرده و بیان داشت که صرفاً برای فروشنده یک وثیقه ایجاد شده است؛ نه اینکه مالکیت برای او حفظ و ذخیره شده باشد. در این پرونده، در جریان فروش مقداری نخ، فروشنده برای خود شرط ذخیره مالکیت را درج کرده بود، قاضی «گاف»^۳ رأی داد: «از آنجایی که خریدار مالکیتی نسبت به نخهای استفاده‌نشده به دست نیاورده است، نمی‌تواند نخها را از خواهان (فروشنده) مطالبه کند؛ بنابراین کاملاً ساده است که خواهان مالک نخهاست». هرچند برخی از نویسندگان (دریافت‌کنندگان پرونده) این‌گونه استدلال را قبول نکردند. آنها مدعی شدند که حقوق اعطاشده به خریدار توسط فروشنده، مقدار زیادی است و حقوقی که برای فروشنده باقی می‌ماند، در آن حد نیست که او را مالک مبیع بدانیم.^۴

البته، طبق حقوق انگلیس، که قائل به تجزیه‌پذیر بودن مالکیتند، فروشنده می‌تواند مالکیت حقوقی را برای خودش حفظ کند ولی مالکیت ذی‌نفعی را به خریدار منتقل نماید. متأسفانه در حقوق انگلیس مفهومی دقیق از «مالکیت» ارائه نشده و این مفهوم تقریباً مبهم است. پروفیسور «هنر» پیشنهاد داده است: مالکیت یک خاصیت ابقایی دارد و مالکیت، نهایت ابقاست، حتی اگر برخی از مشخصه‌های مالکیت به دیگران اعطا شود.^۵

در حقیقت سؤالی که برای دادگاه باید مطرح می‌شده این است که آیا حقوقی که

1. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

2. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.

3. Goff LJ.

4. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

5. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

برای فروشنده باقی می‌ماند به اندازه‌ای هست که او را مالک تلقی کنیم؟ دادگاه بدوی به دنبال این سؤال و تجزیه مفهوم مالکیت نرفته و از این مطلب غفلت نموده است. اما در مقابل، به خواست و اراده طرفین توجه کرده است (چیزی که ماده ۱۹ قانون بیع کالاها به آن اشاره کرده است). دادگاه بدوی به جای اینکه بپرسد: «فروشنده چه جزء از مالکیت را برای خود حفظ کرده است؟» این سؤال را طرح کرده است که: «طرفین چه چیز را اراده کرده‌اند؟ آیا طرفین اراده کرده‌اند که تا زمانی که شرط معنا حاصل شود (ثمن مثلاً پرداخت گردد) فروشنده، مالک مبیع باقی خواهد ماند؟»^۱

قاضی «گاف» اظهار داشته است: «این موضوع بستگی به تصمیم طرفین دارد. اگر «الف» مبیع را به «ب» تحویل دهد و به او اجازه دهد که در مبیع تصرف حقیقی یا حقوقی کند و نیز قرار بگذارند تا زمانی که مبیع توسط خریدار فروخته نشود یا به کار گرفته نشود، فروشنده «الف» مالک باقی بماند، هیچ دلیلی برای اینکه قانون اثری بر این قرارداد و توافق ارادی بار نکند، وجود ندارد».^۲

البته خریداران در این پرونده این استدلال را هم مطرح کرده‌اند: هدف از اشتراط این بوده است که برای فروشنده یک تأمین و وثیقه‌ای به وجود بیاید، لذا باید به شرط ذخیره مالکیت، صرفاً به عنوان یک وثیقه نگاه کرد و از طرفی چون این وثیقه به ثبت نرسیده، باطل خواهد بود.

قاضی «گاف» به این استدلال هم پاسخ داده و اظهار داشته است: «صرفاً زمانی می‌تواند یک وثیقه ایجاد شود که ابتدا خریدار مالک مبیع گردد (و بعد آن را به عنوان وثیقه در اختیار فروشنده قرار دهد) و چون هیچ ملکیتی به خریدار منتقل نشده است و فروشنده، مالک باقی مانده است، وثیقه نمی‌تواند ایجاد شود».^۳

تصمیمات قضایی بعدی، در محاکم انگلستان، صحت و اعتبار شرط ذخیره مالکیت را مورد تأیید قرار داده‌اند که خود یادآور تداوم حمایت قضایی روشنی از شرط ذخیره مالکیت می‌باشد.

1. Ibid.

2. Ibid.

3. Ibid., p.878.

حقوق فرانسه و بلژیک

در حقوق فرانسه، در صحت این شرط جای تردید نیست، ولی با این وجود باید بین دو موضوع، تمایز قائل شد:

۱. صحت شرط ساده ذخیره مالکیت (تأثیر قراردادی بین طرفین).
۲. قابل اجرا بودن آن علیه شخص ثالث.

در حقیقت این نوع شرط در حقوق فرانسه و بلژیک، بین طرفین عقد، صحیح است؛ ولی نمی‌تواند علیه شخص ثالث لازم الاجرا باشد. در حالی که اگر شرطی بین فروشنده و خریدار باطل باشد، هیچ وقت علیه ثالث، قابل استناد نخواهد بود. موضوع قابل استناد بودن عموماً در پرونده‌های ورشکستگی یا پرونده‌های مشابه آن مطرح می‌شود.

دیوان عالی بلژیک رأی داد: شرط ذخیره مالکیت بعد از شروع رسیدگی ورشکستگی، علیه طلبکاران خریدار، قابل استناد نیست.^۱ به عبارت دیگر، بعد از شروع به رسیدگی ورشکستگی خریداری که مبیع را به همراه شرط ذخیره مالکیت خریداری نموده است، دیگر فروشنده نمی‌تواند به شرط خود در قرارداد با خریدار استناد کند. در نتیجه، فروشنده اگر بخواهد از شرط ذخیره مالکیت استفاده کرده و درخواست استرداد مبیع را بنماید، باید قبل از شروع رسیدگی ورشکستگی خریدار، به درخواست استرداد اقدام کند. این شرط و قید که «فروشنده باید قبل از شروع رسیدگی ورشکستگی، حق خود را اعمال کند»، برای شرط ذخیره مالکیت، وضعیت نامناسبی را ایجاد کرده است؛ زیرا فروشنده باید دائماً بر وضعیت خریدارانش نظارت داشته باشد تا اینکه بتواند حقی که توسط ذخیره مالکیت برای او ایجاد می‌شود قبل از اینکه آنها ورشکسته شوند، اعمال نماید. این کار و اینکه فروشنده دائماً وضعیت تمامی خریدارانش را مورد بررسی و نظارت قرار دهد، در عمل غیر ممکن است؛ به ویژه در جایی که فروشنده در حجم انبوهی اقدام به فروش کالاهای خود می‌نماید و با خریداران زیادی مواجه است.

1. Decisions of 7 Feb. 1933, Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.876.

این نظریه و رویکرد دیوان عالی بلژیک، مبتنی بر «تئوری عمل به ظاهر»^۱ است. مطابق این تئوری، انتظارات قراردادی طرف قرارداد نمی‌تواند نادیده گرفته شود. یعنی اگر خریدار کالایی را در اختیار دارد، ظاهر این است که مالک آن کالا است. به عبارت دیگر، دیگران او را مالک کالا می‌دانند. برخی این عقیده را توجیهی منسوخ می‌دانند و معتقدند که چون این تئوری بر روابط اقتصادی و اجتماعی مبتنی است، می‌باید در مواقع تغییرات اقتصادی و اجتماعی تغییر نماید.^۲

در اصلاحات بعدی قانون بلژیک، به این نقیصه این قاعده توجه شده و در نتیجه قانون‌گذار به فروشنده، از تاریخ شروع به رسیدگی ورشکستگی خریدار، ۵۰ روز فرصت داده است تا اگر تمایل داشته باشد، دعوای استرداد مبیع را اقامه نماید.

در حقوق فرانسه، قبل از سال ۱۹۸۰ وضعیت حقوقی حاکم بر شرط ساده ذخیره مالکیت، نظیر حقوق بلژیک بود؛ یعنی شرط ذخیره مالکیت، صحیح تلقی می‌شد ولی علیه طلبکاران خریدار بعد از شروع به رسیدگی ورشکستگی، قابل استناد نبود.

در سال ۱۹۸۰ ماده ۶۵ قانون ورشکستگی سال ۱۹۶۷ توسط قانون ۱۲ مه اصلاح شد. این ماده اصلاحی به فروشنده اجازه اعمال حق استرداد مبیع را حتی بعد از صدور حکم ورشکستگی خریدار اعطا نمود؛ البته در صورتی که شرط ذخیره مالکیت، به طور مکتوب بین طرفین قرارداد، مورد توافق قرار گیرد.

حقوق ایران

در حقوق ایران همان طور که مکرر بیان شد، درباره شرط ذخیره مالکیت، قانونی وجود ندارد. از طرفی در رویه قضایی ایران نیز اثری از این شرط نمی‌توان یافت. همچنین در فقه اسلامی این شرط مورد توجه قرار نگرفته است. در نتیجه با توجه به فقدان مقررات قانونی در مورد شرط ذخیره مالکیت، باید سراغ قواعد عمومی قراردادها رفت. با توجه به پذیرش اصل آزادی اراده در حقوق ایران، می‌توان این شرط را صحیح تلقی نمود. خصوصاً اینکه در قرارداد بیع، طرفین می‌توانند زمان

1. Theory of appearance.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

انتقال مالکیت را از زمان انعقاد قرارداد، متمایز نمایند؛ و اصل انتقال فوری مالکیت، از قواعد آمره نبوده و صرفاً در فرض اطلاق، اعمال می‌شود.

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

طبق این ماده، قراردادهای خصوصی در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

ادله شرعی و فقهی نیز می‌تواند اثبات‌کننده صحت این نوع از شروط باشد؛ زیرا قواعد «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» طرفین را به توافقات و قراردادهای خود ملزم می‌نمایند.

در باره اثر این شرط و اینکه آیا فروشنده به استناد این شرط می‌تواند اقدام به اقامه دعوی استرداد میبند نماید و اینکه آیا این شرط در مقابل سایر طلبکاران خریدار، قابل استناد است، در مباحث بخش دوم به آن خواهیم پرداخت.

مبحث دوم: شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از میبند^۱

شرط تعمیم به عواید آن است که فروشنده شرط نماید میبند و هر کالایی که از میبند ساخته می‌شود، مادام که خریدار ثمن را نپرداخته است، در ملکیت او باشد. در حقیقت، این شرط علاوه بر میبند، کالاهایی را که در ساخت آنها از میبند استفاده شده است، شامل می‌شود. در این نوع از شرط، هرگاه از میبند برای ساخت کالای دیگری استفاده شود، کالای ساخته شده در ملکیت فروشنده خواهد بود.

تأسیس این نوع از شروط به این خاطر است که در عمل، خریداری که میبند را دریافت می‌کند، غالباً در میبند، تصرف حقوقی یا مادی می‌نماید. یا از میبند در کار تولید استفاده کرده و یا آن را به غیر منتقل می‌کند. در این موارد، وضعیت تضمین و تأمین که برای فروشنده وجود دارد، چه حالتی پیدا می‌کند؟ فروشنندگان برای اینکه تضمینی که با شرط ذخیره مالکیت، برای آنها به وجود می‌آید، (ذخیره

1. Manufacturing clause.

مالکیت تا زمان پرداخت ثمن) دچار تغییر و دگرگونی به نفع خریدار نگردد، گاهی از شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، در قرارداد استفاده می‌نمایند؛ اما درج این شروط با دو اشکال عمده مواجه است:

اولاً: کالایی که در ساخت آن از مبیع استفاده شده است، توسط خریدار و با دسترنج و کار او ساخته شده است، با چه توجیه حقوقی و اخلاقی، این کالا به ملک فروشنده وارد شود؟ ثانیاً در فرض ترکیب و اختلاط اموال، مسئله چه حکمی پیدا می‌نماید؟ برای مثال فرض کنید خریدار چند کالا از چند فروشنده، خریداری نموده است و تمام فروشندگان در قرارداد خود با خریدار، اقدام به درج شرط ذخیره مالکیت، به صورت تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع نموده‌اند؛ در این صورت، محصول نهایی در ملک کدام یک از فروشندگان وارد شده است؟ در ادامه به بررسی این نوع شرط در حقوق کشورهای مختلف می‌پردازیم:

حقوق آلمان

حقوق این کشور روشن‌ترین مفهوم را از این نوع شروط ارائه نموده است. قانون مدنی آلمان، قواعد شکلی فوق‌العاده‌ای را وضع نموده که در نهایت به تمایل محاکم به حمایت از دارندگان شرط ذخیره مالکیت منتهی شد.^۱ در حقیقت، این قانون بین دو فرض، یعنی جایی که مبیع از مواد خامی است که با مواد دیگر مخلوط می‌شود و جایی که مبیع از موادی است که با مواد دیگر مونتاژ می‌شود، تفکیک نموده است:

۱. مبیع از موادی است که با مواد دیگر مونتاژ می‌گردد:

در جایی که مبیع از موادی است که با مواد دیگر صرفاً مونتاژ شده و با آنها مخلوط نمی‌گردد به نحوی که در آنها حل شود، ماده ۹۴۷ قانون مدنی اعمال می‌گردد.

طبق این ماده (در صورت فقدان هرگونه شرط قراردادی بر خلاف) اگر کالای نهایی از چند کالا تشکیل شود که متعلق به چند نفر باشند، همه مالکان اولیه، صاحب کالای جدید خواهند شد مگر اینکه فقط یک جزء، جزء اساسی باشد که در این صورت، مالک همان جزء، مالک محصول نهایی خواهد شد (مشروط بر

1. Davies Iwan, op. cit., p.37.

اینکه غرامت سایر شرکا را بدهد).

۲. مبیع از موادی است که با مواد دیگر مخلوط می‌شوند:

اگر مبیع از موادی باشد که با مواد دیگر مخلوط می‌گردد، در این صورت ماده ۹۵۰ قانون مدنی آلمان، درباره آنها اعمال می‌گردد. این ماده مقرر می‌نماید: هرگاه با مونتاز چند کالا، محصول جدیدی به دست آید، مونتازکننده علی‌رغم حقوقی که دیگران ممکن است در این اجزا داشته باشند، مالکیت محصول نهایی را کسب خواهد کرد. در نتیجه اعمال این ماده درباره این نوع کالاها، شرط ذخیره مالکیت هیچ تأثیری نخواهد داشت. به این معنا که اگر فرضاً کسی مالش را به دیگری فروخت و در قرارداد خود شرط ذخیره مالکیت را درج نمود و قبل از اینکه خریدار، ثمن را پردازد و مالکیت مبیع به او منتقل شود، او در مبیع تصرف کرد و با مونتاز مبیع با کالای دیگر، محصول جدیدی تولید نمود، محصول جدید مال او خواهد شد؛ ولو اینکه قبل از به کارگیری مبیع در تولید، مبیع، ملک فروشنده بود. در اینجا تنها چیزی که برای فروشنده به وجود می‌آید یک حق دینی است علیه خریدار که خریدار در مقابل آن مسئول است. با توجه به این نتیجه‌ای که از فروش این نوع کالاها حاصل می‌شود، فروشندگان در عمل تلاش می‌کنند که با درج نمودن یک شرط، قرارداد خود را از نفوذ ماده ۹۵۰ خارج نمایند. به این صورت که در قرارداد شرط می‌کنند خریدار به وکالت از طرف فروشنده، در مبیع تصرف می‌کند؛ نتیجه آن است که کالای نهایی مال فروشنده می‌شود.^۱

البته برخی از حقوق‌دانان معتقدند: ماده ۹۵۰ از قواعد آمره بوده و طرفین قرارداد نمی‌توانند با توافق آن را قبول نکنند. با وجود این، محاکم آلمان (اصولاً دیوان عالی فدرال) معمولاً چنین شرطی را اجازه می‌دهد.^۲

حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان چنین شرطی باطل تلقی می‌شود. یعنی شرطی که مالکیت نسبت

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.

به کالاهای تولیدی از مبيع را برای فروشنده ذخیره کرده و مالکیت فروشنده را بر کالاهای نهایی اثبات نماید، باطل است. مبنای حقوقی‌ای که به موجب آن، این نتیجه به دست می‌آید، این است که حق مالکیت فروشنده، از تعهدی ناشی می‌شود که در پشت حق خریدار است و تعیین می‌کند که تولید و ساخت در غالب موارد، مالکیت را به خریدار منتقل می‌کند. لذا چیزی که به فروشنده می‌رسد، نوعی وثیقه است و از طرفی چون این وثیقه، ثبت نشده است، باطل است. این وضعیتی است که توسط چنین شرط ذخیره مالکیت، ایجاد می‌شود، ادعا شده که این وضعیت، استثنایی است بر این حقیقت که اگر محصول جدید فقط به واسطه کالاهایی که موضوع شرط ذخیره مالکیتند، تولید شده باشد، فروشنده باید بتواند ادعا نماید که محصول جدید، هنوز مال اوست.^۱

از جهت اخلاقی نیز بطلان این نوع شرط ذخیره مالکیت توجیه‌پذیر است؛ زیرا اگر به موجب این نوع شرط ذخیره مالکیت، فروشنده را مالک کالای نهایی تلقی نماییم، در حقیقت یک مال بادآورده را به فروشنده تقدیم کرده‌ایم؛ چرا که مبيع در اختیار خریدار بوده و او با صرف نیروی کار خود، از آن کالای دیگری ساخته است. حال صحت این نوع شرط ذخیره مالکیت به این معناست که مال تولیدشده متعلق به فروشنده است نه خریدار. به علاوه اگر کالای جدید از کالاهایی ساخته شود که از دو یا چند نفر خریداری شده‌اند و هر فروشنده‌ای در قرارداد فروش خود، شرط ذخیره مالکیت را درج نموده باشد، چه حالتی پیدا خواهد شد؟

بر خلاف حقوق آلمان، حقوق انگلیس به این سؤال پاسخی نداده و وضعیت این حالت را پیش‌بینی نکرده است.

در نتیجه چنین شرطی، مشکلات عملی ایجاد شده و از طرفی از نظر اخلاقی نیز این شرط توجیهی ندارد؛ زیرا به مقتضای این شرط، فروشنده مالک ثروتی بادآورده می‌شود که حاصل کار و تلاش و صرف نیروی خریدار است. چرا فروشنده باید از زحمت و کار خریدار، بدون اینکه بخواهد بهای آن را بپردازد، بهره‌مند گردد؟!

1. Ibid.

در دعوی «بردن»^۱ فروشنده مقداری «صمغ»^۲ را به خریدار فروخت و در قرارداد شرط ذخیره مالکیت درج نمود. به دنبال آن، خریدار، صمغها را در تولید به کار بُرد و با استفاده از آنها، اقدام به ساخت «نئوپان» کرد. در این دعوا، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که با به کارگیری صمغها در جریان تولید، ماهیت اصلی آنها تغییر یافته و در نتیجه مالکیت فروشنده نسبت به آنها از بین رفته است، برای فروشنده حقی نسبت به کالاهای ساخته شده قائل نشد.^۳

از این رأی شاید بتوان استنباط کرد که معیار و میزان برای استماع دعوی فروشنده در مورد استرداد مبیع این است که اگر مبیعی که در کار تولید مورد استفاده قرار گرفته، قابل شناسایی بوده و هویتش تغییر نکرده باشد، در این صورت، به استناد شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، قابل استرداد است.

چرمی که بریده شده و شکل داده شده تا از آن کیف دستی ساخته شود، دیگر به عنوان چرم فروشنده، قابل شناسایی نیست. همچنین صمغی که مخلوط گردیده تا از آن نئوپان ساخته شود یا پشمی که به نخ تبدیل شده و سپس از آن قالیچه بافته شده^۴ و یا مقوایی که پرینت و تایپ شده است،^۵ اینها به نحوی تغییر شکل داده‌اند که دیگر قابل شناسایی نباشند، در این موارد، فروشنده، حق عینی خود بر مبیع را از دست می‌دهد و صرفاً یک حق دینی علیه خریدار پیدا می‌کند. اما در موردی که یک موتور موضوع قرارداد بوده و به یک ژنراتور بزرگ‌تر متصل شده است، دادگاه انگلیس رأی داد که: این مبیع، قابل شناسایی است و با اتصال به ژنراتور، تغییر ماهیت نداده است؛ زیرا می‌توان موتور را از ژنراتور جدا کرد. همچنین فولادی که موضوع قرارداد بیع بوده و پس از قرارداد، خریدار آنها را به قطعات باریک‌تر بُرش داده است، هنوز به عنوان مبیع، قابل شناسایی است.^۶

1. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981} .
2. Resin.
3. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981}.
4. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd .
5. Re Bond Worth Ltd {1980} .
6. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.

در یک پرونده قدیمی، الوارها و چوبهایی که از درختان کهنه شده بودند، به عنوان درختان فروشنده، قابل شناسایی اعلام شد.^۱

محاکم در اعمال ملاک قابل شناسایی بودن یا نبودن مبیع، به شدت اختلاف نظر دارند. پیش‌بینی تصمیمات آینده بر مبنای پرونده‌های حقوقی موجود، آن قدر مشکل است که توصیه شده، فروشندگان به دقت مقرر نمایند که با چه عملی، کالاها تغییر یافته تلقی خواهند شد.^۲

تنها راه حل برون‌رفت از این بلا تکلیفی، دکترین حقوقی انگلیس است که باید برای مشخص کردن سرنوشت این شرط راهکاری را ارائه دهند.

دو راه برای حل این مشکل ارائه شده است. به عبارت دیگر دو معیار برای قابل شناسایی بودن کالاها پیشنهاد شده است:

۱- معیار شناخت صنعتی

۲- معیار توجه به نتیجه

اول- معیار شناخت صنعتی^۳

سؤالی که باید به آن پرداخت این است که آیا مالکیت به دلیل به کارگیری مبیع در تولید کالای جدید به خریدار منتقل می‌شود؟ یعنی تصرف مادی خریدار در مبیع، باعث انتقال مالکیت مبیع به او می‌شود؟

کسانی که معیار «شناخت صنعتی» را پذیرفته‌اند، معتقدند: با تصرف خریدار در مبیع، مالکیت مبیع به او منتقل می‌شود. ملاک و معیار، عدم امکان استرداد مبیع توسط فروشنده، تصرف همراه با تغییر خریدار در مبیع است. این نظریه در ابتدا توسط «لرد اردنبری»^۴ و «لرد میفیلد»^۵ در دعوی «تیسان»^۶ مورد قبول قرار گرفت.

1. Pongakawa Sawmill Ltd v. New Zealand Forest Products Ltd {1992}.

2. A. Hicks, "Retention of title: latest development" {1992} J. B. L. 398, 400. Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Industrial recognition.

4. Lord Ordinary.

5. Lord Mayfield.

6. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.

در این دعوی، ایشان به طور دقیق و موشکافانه‌ای به فرایند تولید کالای جدید توسط خریدار پرداختند: «آنها در ابتدا توسط خریدار برش زده شد. سیم پیچها مسطح و بعداً قطع شده‌اند. چون قطعه‌های بریده شده، قابل فروش نبوده و اگر هم قابل فروش باشند، باید در بازار متفاوتی به فروش برسند. چنین شواهدی دلالت می‌کند که آنها (مبیع) تغییر شکل داده است و نمی‌توان آنها را همان آهنهای اولیه قلمداد کرد.^۱ هر چند این نظریه در اکثر موارد کارساز است، به نظر برخی، نمی‌تواند معیار جامع و کاملی تلقی شود؛ چرا که صرف تغییر و تبدیل مبیع، اگر بتواند باعث انتقال ملکیت مبیع به مشتری شود، در مواردی که مبیع به خودی خود و به مرور زمان تغییر یابد و در تغییر آن، خریدار هیچ نقشی نداشته باشد، انتقال مالکیت مبیع به خریدار در این حالت توجیهی ندارد. لذا برای تکمیل این نظریه و معیار، باید بین تصرفاتی که خریدار در کالا انجام داده و باعث تغییر آن می‌گردد و تصرفاتی که همراه با تغییر نیست، تفاوت قائل شد.

دوم- معیار توجه به نتیجه

بر اساس این معیار، به هر میزانی که خریدار در مبیع تصرف نموده است، ملکیت مشتری به او منتقل می‌شود. مزیت این معیار در این است که فروشنده و خریدار با همدیگر، امکان مالکیت مشترک را نسبت به مبیع پیدا می‌کنند. این معیار توسط قانون بیع کالاهای ۱۹۹۵ پذیرفته شده بود. این معیار از جذابیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا انتظارات قراردادی هر دو طرف قرارداد را تأمین می‌نماید.^۲

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، شروط تعمیم یافته، بی‌چون و چرا مورد پذیرش واقع شده و صحیح تلقی گردیده‌اند و در عمل نیز توسط تجار و بازرگانان مورد استفاده قرار می‌گیرند. در حقوق فرانسه، به دنبال مذاکرات پارلمانی که منجر به قانون ۱۲ مه ۱۹۸۰ شد، یک اصلاح پیشنهاد شد که هدف این پیشنهاد، توسعه ماده ۶۵ قانون

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.

ورشکستگی ۱۹۶۷ در مورد شروط تعمیم‌دهنده بود. اما این پیشنهاد توسط کمیسیون قوانین^۱ رد شد. این کمیسیون به طور صریح اظهار نمود که این پیشنهاد فقط باید در مورد شروط ساده ذخیره مالکیت اعمال گردد.^۲

نتیجه‌گیری

به جز در حقوق آلمان که چهارچوب این نوع از شروط نسبتاً روشن مشخص شده است، در سایر نظامهایی که مورد بررسی قرار گرفت، این نوع از شروط، وضعیت مشخصی نداشته و اعتبار و کارکرد آنها تقریباً به میزان شروط ساده ذخیره مالکیت می‌باشد.

مبحث سوم: شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع^۳

غالباً خریدار بعد از خرید کالا (مبیع)، آن را به فروش می‌رساند یا در تولید به کار می‌گیرد. در نتیجه، فروشندگان شرط ذخیره مالکیت را به عواید ناشی از فروش دوباره مبیع توسط خریدار، سرایت می‌دهند.^۴ به این صورت که شرط می‌کنند عواید ناشی از فروش دوباره مبیع، در حساب جاری خاصی سپرده شده و به عنوان امانت به وی واگذار شود.

حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، فقط یک تصمیم وجود دارد که مالکیت فروشنده نسبت به عواید فروش خریدار را تأیید می‌نماید.^۵

در پرونده «رمالپا»، دادگاه رابطه امانی را بین طرفین احراز کرده و فروشنده را سزاوار تعقیب عواید ناشی از فروش مبیع دانست؛ در معامله بین خریدار اصلی و خریداران بعدی، خریدار اصلی به عنوان اصیل تلقی گردید؛ ولی در رابطه بین

1. Commission des lois.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejnand and Wolf J. Reuter. Op. cit.

3. Proceeds clause.

4. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.110.

5. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976}.

فروشنده و خریدار اصلی، خریدار، نماینده فروشنده به حساب آمد؛ در نتیجه، مبیعی که توسط خریدار اصلی به خریداران بعدی فروخته شده بود، متعلق به فروشنده اصلی بود و لذا عواید ناشی از این معاملات بعدی به فروشنده تعلق دارد.^۱

این تنها رأیی است که در حقوق انگلیس، بر صحت این نوع از شروط می‌توان یافت. محاکم این کشور برای اینکه چنین شروطی صحیح تلقی گردند، لازم می‌دانند که یک رابطه امانی بین فروشنده اصلی و خریدار اصلی وجود داشته باشد. پرونده‌های متعددی آشکار کرد که اثبات چنین رابطه امانی چقدر دشوار است. در حقیقت، محاکم انگلستان برای اثبات چنین رابطه‌ای بین فروشنده و خریدار تمایل ندارند؛ چرا که هرگاه خریدار اصلی، حق فروش مبیع را داشته باشد، این فروش به حساب خود اوست نه فروشنده. در نتیجه، در حال حاضر صحت این شروط در حقوق انگلستان به شدت مورد تردید است.

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، مفهومی با عنوان «subrogation re'elle» (نیابت واقعی) مطرح است که به موجب آن وقتی کالایی که موضوع حقی است، ناپدید می‌گردد، کالای جدیدی که جایگزین آن می‌شود موضوع همان حق قرار خواهد گرفت.^۲ در مواردی که کالایی موضوع شرط ذخیره مالکیت است، اگر این کالاها مجدداً توسط خریدار به فروش برسند، کالاهایی که به دست خریدار خواهند رسید، موضوع این حق قرار خواهند گرفت.^۳

سازوکار قائم مقامی را در مواد مختلفی از قوانین مدنی و برخی مقررات موضوعه فرانسه می‌توان پیدا کرد. ماده ۱۲۲ قانون ۲۵ ژانویه مقرر می‌نماید: «...فروشنده می‌تواند در عوض کالاها (مبیع)، عواید آنها را استرداد نماید».^۴

1. Ibid.

2. J. Hansenne, "Les biens", pp.47-75. Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

4. Ibid.

حقوق آلمان

در حقوق آلمان، ماده ۳۹۸ قانون مدنی، اجازه انتقال دعوی را داده است؛ در نتیجه خریدار بعد از فروش مبیع و تحصیل ثمن، می‌تواند این ثمن را به فروشنده واگذار نماید.

نتیجه‌گیری

حقوق انگلیس، به طور کامل، آثار و نتایج این دسته از شروط را بر آنها بار نمی‌کند. به عنوان مثال، محاکم انگلیس خود را در پیچ و خمهای قواعد انصافی مبهم گم کرده‌اند و صرفاً با این توجیه که «شروط تعمیم به عواید» نوعی وثیقه ایجاد می‌کنند، این حقیقت را که فروشندگان بدون پیدا کردن حق تقدّم در دعاوی مربوط به مبیع، اقدام به فروش کالاهای خود نمی‌کنند، نادیده می‌گیرند (ر.ک: ماده ۳۹۸ ق.م. آلمان).

مبحث چهارم: شرط پرداخت تمام بدهی^۱

در این نوع از شروط بر اساس توافق طرفین، انتقال مالکیت مبیع به خریدار، معلق به پرداخت تمام بدهیهای خریدار می‌شود. به عبارت دیگر معلق علیه عبارت است از پرداخت تمام بدهی یا اجرای همه تعهداتی که خریدار به فروشنده مدیون است.^۲

حقوق انگلیس

در حقوق آلمان و انگلیس، این نوع شرط به طور وسیع مورد استفاده قرار گرفته است. البته ادعا شده که دلایل اخلاقی و حقوقی برای باطل دانستن این نوع از شروط وجود دارد.^۳ حتی ادعا شده که این نوع از شرط، بر خلاف نظم عمومی است.^۴ درباره این نوع از ذخیره مالکیت و اثر آن در حقوق انگلیس اختلاف زیادی وجود دارد؛ برخی با اغراق آمیز شمردن این شرط، منکر توانایی این شرط در ذخیره

1. All debts clause.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Ibid.

4. On consequentialist ground, it could be suggested that this clause is against public policy.

مالکیت به این شکل شده‌اند و اثر آن را صرفاً ایجاد وثیقه می‌دانند.^۱ در مقابل، «لرد کیت»^۲ معتقد است: این شروط صحیحند و اثر آنها همان ذخیره مالکیت است. بعد از وضع مواد ۱۷ و ۱۹ قانون بیع کالاها، ایشان اظهار داشته است که این شرط، مشروع و قانونی است.^۳

به هر ترتیب این نوع از شروط ذخیره مالکیت، توسط مجلس اعیان در پرونده Armour مورد پذیرش واقع شده است. این پرونده، مهم‌ترین پرونده در حقوق انگلیس در خصوص این نوع از شروط ذخیره مالکیت می‌باشد.

جریان دعوی از این قرار بود که یک شرکت آلمانی به نام «تی‌سون»^۴ مقداری «فولاد» به یک شرکت اسکاتلندی فروخت و فروشنده در قرارداد فروش برای خود شرط ذخیره مالکیت درج نمود. به این ترتیب که مقرر نمود: «مالکیت کالاهای تسلیمی برای ما (فروشنده) باقی خواهد ماند، تا وقتی که همه دیونی که شما (خریدار) به ما بدهکار هستید از جمله هر گونه باقی مانده حساب موجود در زمانهای گذشته و... تصفیه شوند».

در جریان تصفیه شرکت خریدار، مقداری فولاد که ثمن آنها پرداخت نشده بود، هنوز موجود بود، در نتیجه فروشنده به استناد شرط ذخیره مالکیت، استرداد آنها را درخواست نمود ولی مدیران تصفیه، به این تقاضا توجهی نکردند و اظهار داشتند که این شرط صرفاً یک نوع وثیقه و رهنی برای مبیع تلقی می‌گردد. دادگاه بدوی این شرط را باطل اعلام نمود؛ زیرا تلقی دادگاه این بود که این شرط، نوعی رهن المبیع می‌باشد و طبق مقررات اسکاتلند شرط رهن المبیع بر ثمن باطل است چون قبض، شرط صحت رهن است. این رأی در دادگاه تجدیدنظر نیز مورد تأیید قرار گرفت.

در نهایت، فروشنده از دادگاه «لردها» درخواست تجدیدنظر کرد و دادگاه نیز به

1. Davies Iwan, op. cit., p.107.

2. Lord Keith.

3. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

4. Thyssen Edelstahlwerke

صحت ادعای فروشنده رأی داد و این نوع از شروط را صحیح اعلام نمود. به این دلیل که به استناد ماده ۱۷ قانون بیع کالاها، طرفین در تعیین زمان و چگونگی انتقال مالکیت آزاد هستند، از سوی دیگر نمی‌توان این نوع شرط را رهن المبیع تلقی نمود؛ زیرا خریدار هنوز مالک مبیع نشده است تا بتواند آن را به رهن نزد فروشنده قرار دهد.

حقوق آلمان

این شروط در حقوق آلمان با عنوان «Kontokorrentvorbehalt» معروف است. ظاهر و چگونگی این شروط در حقوق این کشور، همانند حقوق انگلیس است. ابتدا، خریدار تمام سود و عوایدی را که از فروش مبیع به دست آورده، به فروشنده واگذار می‌کند و تا زمانی که تمامی تعهدات قراردادی خود را با فروشنده به اتمام نرسانده باشد، این عواید به او مسترد نخواهد شد.^۱

از جهت عملی، ادعا شده است که این نوع شروط غیر منصفانه است؛ زیرا مادام که خریدار تمامی تعهدات قراردادی خود را نپرداخته است، از مالک شدن مبیع، ممنوع می‌گردد. برخی دیگر نیز معتقدند که این نوع از شروط، باطل و بلااثر می‌باشد.^۲ در مقابل، محاکم آلمان در صورتی که طرفین قرارداد تاجر باشند، به این نوع شروط ترتیب اثر می‌دهند.^۳

البته، دادگاه مدنی فدرال در صورتی که از این نوع شرط، به نفع فروشنده، سوء استفاده شود آن را باطل تلقی نموده است. مثلاً فرض کنید جایی که قیمت وثیقه‌هایی که نزد فروشنده گذاشته می‌شود، از قیمت دین اصلی تجاوز نماید،^۴ این

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Davies Iwan, op. cit, Article 6, P41

۳. به عنوان مثال، دادگاه فدرال چنین رأی صادر نموده است:

The title in goods is transferred from the seller to the purchaser, so long as the latter has settled all the claims against him at one point in time, notwithstanding the fact that later on new obligations arise from the business relationship between the two persons (BHC, Neue Juristische Wochenschrift 1978, p.632. Cited in: Davies Iwan, op. cit., Article 6, p.41).

4. BGHZ vol. 94, pp.105, 111. Cited in: Davies Iwan, op. cit., Article 6, p.41.

وضعیت باعث می‌شود که فروشنده یک ثروت بادآورده را به دست آورد، در نتیجه، محاکم در این وضعیت، ماده ۱۳۸ قانون مدنی را اعمال می‌نمایند.^۱ طبق این ماده، تمامی توافقاتی که بر اساس نوعی ضعف و محجوریت منعقد شده‌اند، باطل می‌باشند.

حقوق فرانسه

شرط «پرداخت تمامی بدهی» در حقوق فرانسه به صورت خیلی استثنایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. ماده ۶۵ قانون ورشکستگی ۱۹۶۷ اجازه طرح دعوی را برای استرداد «کالاهای موضوع شرط ذخیره مالکیت» می‌دهد. این ماده با زبان همه‌فهمی که دارد می‌تواند این نوع از شروط را هم شامل شود.^۲

اثر شرط ذخیره مالکیت

در قرارداد دارای شرط ذخیره مالکیت، مهلتی برای پرداخت ثمن تعیین می‌شود و تا سررسید موعد مقرر، ملکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود. مشتری مکلف است در سررسید تعیین شده، ثمن را بپردازد. بعد از فرا رسیدن سررسید مقرر، دو حالت ممکن است پیش آید؛ در حالت اول، مشتری اقدام به پرداخت ثمن می‌کند و تعهد خود را انجام می‌دهد و ممکن هم هست که مشتری به هر دلیل در سررسید مقرر، از پرداخت ثمن امتناع نماید.

مبحث اول: پرداخت ثمن در سررسید

با فرا رسیدن سررسید پرداخت ثمن، مهلت خریدار برای پرداخت ثمن به اتمام می‌رسد و اگر در این هنگام، مشتری ثمن را پرداخت نماید، بدون شک، ملکیت مبیع به او منتقل خواهد شد. از این لحظه، تمام وابستگی و روابطی که فروشنده با مبیع داشت از او سلب می‌شود و تمام ویژگیهای مالکیت به خریدار منتقل می‌شود.

سؤالی که در این فرض مطرح می‌شود این است که اثر تحقق شرط چیست و از چه زمانی این شرط تأثیر خواهد کرد؟ آیا با تحقق شرط، مالکیت از زمان انعقاد

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.; Also see: Davies Iwan, op. cit., Article 5, p.27.

عقد به خریدار منتقل می‌شود یا از زمان تحقق شرط؟ همان طور که اشاره شد، تعیین زمان تأثیر شرط در اختیار طرفین بوده و این اراده آنهاست که می‌تواند زمان تأثیر شرط را تعیین کند و در فرض اطلاق و جایی که طرفین ترتیبی را مقرر نکرده‌اند، شرط از زمان تحقق، تأثیر خواهد کرد.

مبحث دوم: عدم پرداخت ثمن در سررسید

در بیعی که دارای شرط ذخیره مالکیت است، اگر مشتری در زمان مقرر، اقدام به پرداخت ثمن ننماید و به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، وضعیت عقد چه خواهد شد؟ آیا عقد به حیات اعتباری خود ادامه خواهد داد یا اینکه منفسخ می‌شود و یا برای فروشنده حق فسخ ایجاد می‌گردد؟

حقوق آلمان

در حقوق آلمان، ماده ۴۵۵ مستند و دلیل این امر است. این ماده می‌گوید: ... چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی تلقی خواهد شد که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیه تأخیر نماید.

همان طور که ملاحظه می‌شود برابر این ماده، عدم تحقق معلق علیه در سررسید، شرط فسخ است؛ به عبارت دیگر، اگر معلق علیه (پرداخت ثمن) انجام نگیرد، در این حالت، اختیار بقا یا زوال عقد در اختیار فروشنده بوده و او مخیر است که عقد را فسخ نماید یا اینکه آن را ابقا کرده و ثمن را مطالبه کند.

این مقرر قانونی درباره شرط ذخیره مالکیت، استثنایی بر قواعد عام که موادی نظیر ماده ۳۲۶ قانون مدنی، عهده‌دار بیان آنها هستند، تلقی شده است؛^۱ چرا که قاعده اولیه در حقوق آلمان، در فرضی که بدهکار در موعد مقرر از ادای دین خود استنکاف نماید، این است که طلبکار مجدداً مدتی برای پرداخت به او بدهد و اگر وی دوباره از پرداخت دین خود سرپیچی کرد، طلبکار حق فسخ پیدا خواهد کرد.

1. Davies Iwan, op. cit., Article 6, by Bernd Waas, p.38.

ولی در شرط ذخیره مالکیت، اگر در سررسید پرداخت ثمن، خریدار، ثمن را نپردازد، برای فروشنده حق فسخ ایجاد می‌شود و لازم نیست که فروشنده مجدداً به خریدار مهلتی جهت پرداخت دین خود بدهد.

حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس در فرض خودداری خریدار از پرداخت ثمن، فروشنده علاوه بر استفاده از حق حبس و استرداد مبیع (که در مباحث بعدی به آنها اشاره خواهد شد) می‌تواند با فروش مجدد مبیع، قرارداد را فسخ نماید.

ماده ۴۸ قانون ۱۹۷۹ به صورت یک قاعده عام مقرر می‌دارد: هرگاه خریدار از پرداخت ثمن استنکاف نماید و کالا فاسدشدنی باشد یا اینکه فروشنده به خریدار اطلاع دهد که قصد فروش مبیع را دارد، و خریدار در ظرف مهلت معقولی، ثمن را نپردازد؛ فروشنده می‌تواند مبیع را به ثالث بفروشد و اگر از این طریق متضرر شد، علیه خریدار دعوای مطالبه خسارت را اقامه نماید. در پرونده «میل» قاضی پرونده اظهار نمود که فروشنده می‌تواند مبیع را مجدداً به عنوان مال خود به فروش برساند؛ ولی باید پولهایی را که قبلاً از خریدار اول دریافت کرده است، به او مسترد دارد.^۱

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، ظاهراً ابتدا برای فروشنده حق فسخ ایجاد نشده و او صرفاً می‌تواند علیه خریدار اقدام به اقامه دعوای استرداد مبیع نماید.

حقوق ایران

با توجه به حاکمیت «اصل آزادی اراده‌ها» در حقوق ایران، طرفین می‌توانند نسبت به اثر عدم تحقق معلق علیه توافق کنند. اما در فرض اطلاق، عقد چه حالتی پیدا خواهد کرد؟ در اینجا چند احتمال وجود دارد: ۱. منفسخ شدن عقد؛ ۲. ایجاد حق فسخ برای فروشنده

۱- منفسخ شدن عقد: طبق این احتمال، عدم تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن)،

1. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.

باعث انفساخ عقد می‌شود. در این احتمال، عدم تحقق معلق‌علیه، یک نوع شرط فاسخ معلق در نظر گرفته شده است.

این احتمال با اشکالاتی مواجه است از جمله اینکه با هدف و فلسفه «شرط ذخیره مالکیت» منافات دارد (عسکری، بی‌تا: ۱۴۱)؛ علت اینکه طرفین اقدام به درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد خود می‌نمایند این است که فروشنده مطمئن گردد ثمن را به دست خواهد آورد. حال اگر تأثیر «عدم پرداخت ثمن» را انفساخ (انحلال قهری) عقد بدانیم، داستان برعکس شده و امتیازی برای خریدار ایجاد می‌شود و این شرط هیچ فایده‌ای برای فروشنده نخواهد داشت؛ چرا که تا زمانی که سررسید پرداخت ثمن نرسیده است، خریدار می‌تواند ثمن را نپردازد و بعد از فرا رسیدن اجل، با استنکاف خریدار از پرداخت ثمن، عقد خودبه‌خود منحل و منفسخ می‌شود؛ در نتیجه، فروشنده فرصتی پیدا نمی‌کند که از شرطی که در حقیقت به نفع او در قرارداد درج شده بود، استفاده نماید.

۲- ایجاد حق فسخ برای فروشنده: طبق این احتمال، با استنکاف خریدار از پرداخت ثمن، فروشنده حق فسخ پیدا می‌کند و می‌تواند عقد را فسخ نماید و یا اینکه ابقا نموده و ثمن را مطالبه کند.

اصل اولیه در قراردادها «اصالة اللزوم»^۱ است. این اصل تقریباً در بیشتر نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده است. در حقوق ایران، مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی را از مبانی این اصل می‌دانند و در فقه امامیه، فقها برای اثبات آن به ادله مختلفی اشاره می‌کنند که مهم‌ترین آنها «استصحاب بقای ملک خریدار بر مال خریداری شده است» (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۸/۳).

برابر این اصل هیچ کدام از طرفین نمی‌توانند عقد را بر هم بزنند مگر در صورت وجود خيار یا اقاله (ماده ۲۱۹ ق.م.). حال آیا در مورد بحث می‌توان مبنایی برای حق فسخ خریدار قائل شد یا خیر؟

ماده ۲۳۹ قانون مدنی مقرر نموده است:

هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم

1. Pacta sunt servanda.

از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

این ماده در جایی که یکی از طرفین قرارداد از انجام تکالیف قانونی خود استنکاف نماید، سه ضمانت اجرا مقرر کرده است: ۱. اجرای اجباری قرارداد؛ ۲. اجرای نیابتی؛ ۳. حق فسخ

آیا این سه ضمانت اجرا که در این ماده بیان شده است، در عرض همنند یا در طول هم؟ به عبارت دیگر، آیا باید به ترتیب رفتار شود و ابتدا شخص متخلف را مجبور به انجام تعهدات قراردادی کرد و اگر نشد، در صورتی که تعهد او نیابت بردار بود، با هزینه او تعهدات او را انجام داد و اگر هیچ کدام از این دو میسر نشد، حق فسخ برای طرف پیدا می شود یا اینکه این ضمانت اجراها در عرض همنند و از همان ابتدا متعهدله، هر کدام را که برای او میسر بود، می تواند انجام دهد؟ در حقوق ایران، این مطلب اختلافی است؛ مشهور معتقدند که این ضمانت اجراها در طول همنند ولی در مقابل برخی اعتقاد دارند که اینها در عرض هم بوده و از همان ابتدا برای متعهدله، حق فسخ معامله ایجاد می شود.^۱

در هر صورت، در بیعی که دارای شرط ذخیره مالکیت باشد، التزام به اینکه این ضمانت اجراها در طول همنند، باعث بی فایده کردن شرط ذخیره مالکیت می شود (عسکری، بی تا: ۱۴۳)؛ زیرا هدف فروشنده از اینکه از سازوکار شرط ذخیره مالکیت استفاده می کند این است که اگر با اعسار یا استنکاف مشتری از پرداخت ثمن مواجه شد، به راحتی بتواند با استرداد میع، مانع تحقق ضرر گردد. حال اگر قرار باشد، فروشنده در جایی که با استنکاف خریدار مواجه می شود، اجرای اجباری تعهدات او را از دادگاه مطالبه کند و نتواند ابتدا سراغ فسخ قرارداد و استرداد میع برود، سؤال این است که چه فرقی بین بیع دارای شرط ذخیره مالکیت و بیع فاقد شرط ذخیره مالکیت وجود دارد؟ زیرا در بیعی که فاقد این شرط است، فروشنده ابتدا اجرای اجباری و سپس اجرای نیابتی و در نهایت اگر هیچ کدام مقدور نبود،

1. Mirghasem Jafarzadeh, "Buyer's right to withhold performance and termination of contract".

حق فسخ پیدا کرده و اقدام به فسخ قرارداد می‌نماید؛ حال اگر در بیعی که دارای این شرط است، فروشنده‌ای که با امتناع خریدار از تسلیم ثمن مواجه شده است، نتواند در ابتدا عقد را فسخ کند و مجبور باشد سراغ اجرای اجباری و نیابتی برود و در نهایت سراغ فسخ عقد را بگیرد، چه فرقی بین این دو قسم بیع خواهد بود؟

لذا به نظر می‌رسد اگر در بیعهای معمولی بپذیریم که ضمانت اجراهای مقرر در ماده ۲۳۹ در طول همدند، ولی در بیعی که دارای این شرط است این نظریه قابل پذیرش نیست و باید اینها را در عرض هم دانست.

در نتیجه اگر فروشنده با امتناع و استنکاف خریدار مواجه شد، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت و می‌تواند قرارداد را فسخ و مبیع را استرداد نماید.

درباره اینکه فسخ از چه زمانی اثر می‌کند، در حقوق ما گفته شده که فسخ نسبت به آینده تأثیر می‌کند و ماقبل را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹/۵). البته به عقیده ما، این مطلب در فرض اطلاق است و گرنه در خصوص زمان تأثیر فسخ نیز اراده طرفین نقش فعالی دارد و آنها می‌توانند با توافق خود زمان آن را مشخص کنند.^۱

در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند که فسخ، قرارداد را از ابتدا منحل می‌کند.

در حقوق مصر نیز همین برداشت وجود دارد. قانون مدنی این کشور در ماده ۱۶۰ مقرر می‌دارد:

«إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض»؛ اگر عقد فسخ شود متعاقدین به حالتی که انگار عقدی وجود نداشته برمی‌گردند....

ماده مذکور، قاعده عامی است که نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند در تمامی انواع فسخ (قضایی، اتفاقی و قانونی) نافذ است. بنابراین فسخ بیع، اثر رجعی دارد و این اثر از زمان پیدایش عقد پدیدار می‌شود (سنهوری، بی‌تا: ۸۲۶/۴).

۱. این نظریه در فقه امامیه طرفدارانی هم دارد (ر.ک: خمینی، ۱۴۱۸: ۱۲۸/۲).

کتاب شناسی

۱. پیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶ ش.
 ۲. خمینی، سیدمصطفی، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
 ۳. سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدنی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
 ۴. شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
 ۵. عسکری، حکمت الله، توافق طرفین بر تعیین زمان انتقال مالکیت در حقوق ایران و انگلیس، دانشگاه شهید بهشتی، بی تا.
 ۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
 7. Badia Fiesolana, San Domenico (fi), Etude compare sur la ptopriete utilisee come surete.
 8. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", Ashgate, Dartmouth, 1999.
 9. Davies, William, "Romalpa Thirty years on - still an enigma?", Hertfordshire law Journal 4 (2).
 10. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", International and Comparative Law Quarterly.
 11. Jacques Ghestin, et Bernard Desche, Traite des contrats (La Vente), Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
 12. Larry Coltman, Hill Hofstertter LLP, ..., "A practical guide to retention of title claims", March 2009.
 13. Mazeaud (H. L. J.) Lecons de droit civil, Tome 3 (vente et echange), Editions de Montchrestien, 7e, edition, 1987.
 14. M. Pedamon, La reserve de propriete en droit allemand et en driot francais, 1982.
 15. Perochon Francoise, La reserve de propriete dans la vante de meubles corporels, Paris, LITEC, 1988.
- Cases**
16. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976}.
 17. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.
 18. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981}.
 19. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.
 20. Kursell v. Timber Operators and Contractors Citation Only Provided {1923}.
 21. Pongakawa Sawmill Ltd v. New Zealand Forest Products Ltd {1992} .
 22. Re Bond Worth Ltd {1980}.