

## شرط حفظ مالکیت و مبانی امکان حمایت از ثالث باحسن نیت در حقوق ایران و انگلیس

✉ mh.taghipour@umz.ac.ir

محمدحسین تقی‌پور درزی نقیعی

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

مجید عارفعلی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

چکیده: عقد بیع عقدی تملیکی است، اما نگرانی از وصول ثمن، بایع را به درج شروطی از جمله شرط حفظ مالکیت یا تأخیر در آن متمایل ساخته است. مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد هر چند با توجه به قانون بیع کالای انگلستان ۱۹۷۹ در اعتبار این شرط در حقوق این کشور تردیدی نیست، و در مواردی از ثالث ناآگاه و باحسن نیت، حمایت نیز شده، اما در حقوق ایران، پذیرش امکان درج چنین شرطی علی‌الخصوص هنگامی که چنین مبیعی به ثالث باحسن نیت انتقال یافته باشد، با مخالفت‌هایی همراه است. در این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی، بر آنیم که نظر به ماهیت شرط مزبور چه در حقوق ایران و چه در حقوق انگلیس و مبانی متعددی همچون اصل حسن نیت و یا ضرورت کارایی اقتصادی قواعد و احکام، چنانکه رویه قضایی هم به کرات بدان تمایل یافته، می‌توان در فرض وجود حسن نیت ثالث منتقل‌الیه، از وی حمایت نموده و مالک اولیه (ناقل مشروط له) را صرفاً محق در مطالبه مثل یا قیمت مال از منتقل‌الیه خویش (مشروط‌علیه) دانست.

واژگان کلیدی: شرط حفظ مالکیت، تأخیر انتقال مالکیت، تعلیق انتقال مالکیت، ثالث با حسن نیت، حق حبس

استناد: تقی‌پور درزی نقیعی، محمدحسین و عارفعلی، مجید. (۱۴۰۴). شرط حفظ مالکیت و مبانی امکان حمایت از ثالث باحسن نیت در حقوق ایران و انگلیس. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۳۰ (۱۱۲)، ۲۳-۴۲.

<https://doi.org/10.22034/jlvi.2025.2052369.1326>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.



### مقدمه

مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» و برابر بند ۱ ماده ۳۶۲ آن قانون: «به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود» و «عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.» (بند ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی).

نظر به تملیکی بودن عقد بیع، نگرانی بایع از وصول ثمن از مشتری، دغدغه‌ایست که هر چند تردیدی در اعتبار مشتری و حسن عمل سابق وی نباشد اما از آینده عقد بیع و سرنوشت آن کسی را خبری نیست. لذا بایع به عنوان شخصی که مالکیت مال خویش را به واسطه عقد بیع از دست می‌دهد، سعی در پیش‌بینی طُرُقی جهت تضمین سرعت و امنیت و حتمیت وصول ثمن از مشتری دارد. هر چند برخی از این طرق، به شیوه قانونی، مقرر شده است همچون حق حبس که مربوط به مرحله پیش از تسلیم مبیع به مشتری است و در ماده ۳۷۷ قانون مدنی آمده: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این که مبیع یا ثمن موجب باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.» و یا خیار تفلیس در ماده ۳۸۰ آن قانون که مقرر شده: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد میتواند از تسلیم آن امتناع کند.» و هر چند مربوط به هر دو مرحله پیش و پس از تسلیم مبیع است اما در فرض تسلیم، به شرط موجود بودن عین مبیع نزد مشتری قابلیت اعمال را دارد که بدیهی است در صورت انتقال مال به ثالث توسط مشتری، این خیار نیز محل اعمال خویش را از دست خواهد داد.

با این وصف، نهادهای قانونی دچار خلأند و پیش‌بینی و توافقات قراردادی همچون شرط انفساخ یا شرط خیار، در معاملات روزمره متعاملین و در عرف جامعه مرسوم گردیده‌اند. در خصوص موضوع حاضر، مقاله‌ای پیش از این با عنوان «ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و فرانسه» توسط آقای رضا شکوهی‌زاده در فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵ به چاپ رسیده که در آن صرفاً به بررسی تطبیقی موضوع در حقوق فرانسه پرداخته شده و ضمناً اثری از بررسی حقوق ثالث باحسن نیت به عنوان اثر مستقیم و مبتلابه بعدی چنین معاملاتی دیده نمی‌شود و در نهایت نیز اعتبار چنین عقود پذیرفته نشده است.

اما مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، ما را با نهاد شرط حفظ مالکیت و تأخیر در زمان انتقال آن که به نظر، امکان بهرمندی از آن در نظام حقوقی ما نیز وجود دارد آشنا می‌سازد. بررسی شرط حفظ مالکیت و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران، هر چند نشانگر وجود نوعی تضمین جهت بایع است، اما ممکن است ما را با چالش حقوقی دیگری، یعنی انتقال مال توسط مشتری به ثالث باحسن نیت و

آثار آن و ضرورت حمایت از چنین اشخاصی مواجه سازد، بحثی که در مطالعات مرتبط و مشابه پیشین دیده نشده و یا صرفاً به جنبه‌هایی از آن پرداخته شده و این پژوهش با نوآوری مزبور، و ضمن استفاده از منابع معتبر در نظام کامن‌لا و راهکارهای ارائه شده در آن، با مراجعه به منابع فقهی معتبر و نیز استفاده از نهادهایی چون حسن نیت، و تحلیل‌های اقتصادی حقوق از منظر کارایی اقتصادی به عنوان زیربنای حفظ نظم حقوقی اقتصادی در جامعه، درصدد بررسی و واکاوی کامل ماهیت و مبانی آن در دو نظام حقوقی است تا از این رهگذر مدد رسان مقنن و رویه قضایی نیز باشد.

لذا مباحث را در دو گفتار به شرح ذیل پی می‌گیریم. در گفتار اول به مفهوم، ماهیت و اقسام شرط حفظ مالکیت پرداخته و گفتار دوم را به بررسی مبانی امکان حمایت از ثالث با حسن نیت اختصاص می‌دهیم.

### ۱. مفهوم، ماهیت و اقسام شرط حفظ مالکیت

در این بند لازم است به تفکیک، مفهوم، ماهیت و اقسام شرط حفظ مالکیت را در حقوق ایران و انگلیس بررسی نماییم.

#### ۱-۱. مفهوم

نظر به اینکه وصول ثمن در عقد بیع به عنوان عقدی معاوضی، هدف اصلی و اولیه بایع از انعقاد عقد بیع است، لذا بدیهی است شرط حفظ مالکیت برای بایع، از گزینه‌های مناسب آن باشد تا بایع را از خطر مواجه شدن با خریدار ورشکسته و ناتوان و معسر از پرداخت ثمن برهاند. شرط حفظ مالکیت را در مفهومی عام باید، توافق به عدم یا تأخیر انتقال مالکیت از بایع به خریدار، برای مدتی معین و تا زمان تحقق شرایط خاص مورد توافق متعاقدین دانست (Furmston, 2022: 182).

در این تعبیر، هر دو نوع «عدم» یا «تأخیر» انتقال مالکیت مدنظر است. مبنای قانونی این شرط در حقوق انگلستان را می‌توان ماده ۱۷ و بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۲۳ قانون بیع کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹ دانست. ماده ۱۷ قانون بیع کالای انگلیس (مصوب ۱۹۷۹ م با اصلاحات ۱۹۹۴ م) مقرر داشته: «هرگاه قراردادی برای فروش کالای خاص یا معین موجود وجود داشته باشد، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که طرفین آنرا مقرر داشته‌اند». بند ۱ ماده ۱۹ قانون مزبور بیان می‌دارد: «وقتی بیع کالای معین، منعقد شده یا کالا متعاقباً به قرارداد تخصیص می‌یابد، فروشنده می‌تواند با استفاده از شروط قراردادی یا تخصیص مشروط، مالکیت کالا را تا تحقق شرط خاصی برای خود حفظ کند و در چنین حالتی علیرغم 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 نمی‌شود.» و برابر ماده ۲۳ قانون مورد اشاره: «در صورتی که فروشنده کالا مالکیت قابل ابطالی نسبت به آن

داشته باشد، اما در زمان فروش، مالکیت وی ابطال نشده باشد، خریدار مالکیت معتبری را نسبت به کالا کسب می‌کند، مشروط به این که وی کالا را با حسن نیت و بدون اطلاع از معیوب بودن مالکیت فروشنده خریداری کند».

در حقوق ایران نیز چنانکه گفتیم، مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» و برابر بند ۱ ماده ۳۶۲ آن قانون: «به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود» و «عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.» (بند ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی).

نظر به تملیکی بودن عقد بیع، نگرانی بایع از وصول ثمن از مشتری، دغدغه‌ایست که هرچند تردیدی در اعتبار مشتری و حسن عمل سابق وی نباشد اما از آینده عقد بیع و سرنوشت آن کسی را خبری نیست. لذا بایع، به عنوان شخصی که مالکیت مال خویش را به واسطه عقد بیع از دست می‌دهد، سعی در پیش‌بینی طرقی جهت تضمین سرعت و امنیت و حتمیت وصول ثمن از مشتری دارد. هرچند برخی از این طرق، به شیوه قانونی، مقرر شده است. همچون حق حبس در ماده ۳۷۷ قانون مدنی یا خیار تفلیس در ماده ۳۸۰ آن قانون که بدیهی است در صورت انتقال مال به ثالث توسط مشتری، این خیار نیز محل اعمال خویش را از دست خواهد داد.

با این وصف، نهادهای قانونی دچار خلأند و پیش‌بینی و توافقات قراردادی همچون شرط انفساخ یا شرط خیار، در معاملات روزمره متعاملین و در عرف جامعه مرسوم گردیده‌اند و باید دید ماهیت عقد بیع چگونه با شرط حفظ مالکیت هم‌خوانی دارد.

### ۲-۱. ماهیت

در مقام ارائه تحلیل نسبت به ماهیت شرط مزبور در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس ناچار به تفکیک هر یک هستیم.

#### ۱-۲-۱. نظام حقوقی انگلیس

در حقوق انگلیس، شرط حفظ مالکیت با عنوان Reservation of title و Retention of title شناخته می‌شود. در حقوق این کشور، مطابق ماده ۱۷ قانون بیع کالاها و پذیرش توافق و اراده طرفین در تعیین زمان انتقال مالکیت، شرط مزبور مورد تأیید قرار گرفته است و امری نو و بدیع است که در کنار قرارداد اجاره به شرط تملیک سابق، مالکیت بایع را نسبت به کالا حفظ می‌کند (Davies, 1). در حقوق انگلیس، در فرض فقدان توافق مزبور، قاعده بر انتقال آتی مالکیت با انعقاد قرارداد است. در خصوص ماهیت چنین شرطی در حقوق این کشور، دو دیدگاه عمده توسط رویه قضایی و حقوق دانان ارائه شده است.

دیدگاه نخست مبتنی بر ماهیت وثیقه‌ای شرط ذخیره مالکیت بوده و آن را نوعی وثیقه تلقی

می‌نمایند که در رویه قضایی نیز مشاهده می‌شود (Re Bond Worth LTd 1980). در واقع این گروه صرفاً حق تقدم ناشی از عقد و وثیقه را برای بایع قائلند و نه بیشتر؛ لذا گرایش به نهاد سنتی رهن و وثیقه و حق تقدم دائن نسبت به مال مرهون جهت استیفای دین از مدیون، در آن دیده می‌شود؛ تقدم در وصول ثمن از مال مورد معامله.

در مقابل نظر مزبور، دیدگاه دیگر، آن را شرطی به قصد معلق نمودن زمان انتقال مالکیت و تعلیق در آن می‌شمرند (Romalpa aluminium LTd, 1976). در واقع به عقیده این گروه، ماهیت شرط حفظ مالکیت را باید تعلیق انتقال مالکیت بر مبنای توافق طرفین قرارداد دانست و آن را ادامه حق حبس (lien) و حق منع حمل کالا (stoppage in transit) شمرد (Adams and Roger, 2004: 237). در رویه قضایی نیز در سال ۱۹۸۵ و در پرونده‌ای، دادگاه به بیان دیدگاه‌ها در تأیید و رد هر یک از دو نظر مزبور پرداخته است. در مقام داوری میان این دو دیدگاه، تأکید شده که هرچند قصد حقیقی و هدف غایی طرفین به نوعی وثیقه وصول ثمن و تضمین حق فروشنده بوده، اما این امر نه با حق عینی تبعی (رهن) بلکه با حق عینی اصلی (مالکیت) تضمین شده و تضادی نیز با اصول حقوقی ندارد تا نیازمند تفسیری خلاف ظاهر باشد؛ لذا در قانون بیع کالای انگلستان هم پذیرفته شده است (Atiyah, 2010: 400).

## ۲-۲-۱. نظام حقوقی ایران

نظر به فقدان نص صریح در قانون مدنی در خصوص ماهیت شرط مزبور، مانند هر مسئله اینچنینی، اختلاف نظرانی میان حقوق دانان شکل گرفته است. آنان که شروط مزبور را مخالف ذات عقد بیع می‌دانند معتقدند اولاً انتقال مالکیت عوضین در عقد بیع، مقتضای ذات عقد بیع است (ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و در نتیجه، شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است (انصاری، ۱۳۷۹: ۱۸) و ثانیاً جمع دو امر متناقض نیز محال است چرا که بر اثر چنین توافقی، با عدم پرداخت ثمن، مالکیت منتقل نشده و بیع منحل می‌شود یعنی تحقق شرط، مستلزم معدوم شدن عقد و شرط تبعی آن است و از وجود آن شرط، عدم آن عقد و شرط حاصل می‌شود (خویی، ۱۴۱۵: ۱۴۴). گروهی دیگر جهل نسبت به عوضین را موجب بطلان شرط دانسته و چون عدم پرداخت ثمن در مدت معین، به موجب شرط، موجب عدم انتقال مالکیت می‌شود، لذا شرط باطل است (کرکی، ۱۴۱۱: ۴۳۱). در پاسخ به این ایرادات، به نظر باید با توجه به ماهیت تعلیقی چنین شرطی، همان دلایل صحت عقد معلق در حقوق ایران را مورد استناد قرار داد:

اولاً مطابق ماده ۲۲۳ قانون مدنی، اصل بر صحت عقد معلق است و حکم صریح مبنی بر بطلان آن نیست، بلکه برعکس، مقنن در ماده ۱۸۴ قانون مدنی، عقد معلق را به عنوان نمونه‌ای از

عقود برشمرده و در ماده ۱۸۹ آن را تعریف نموده است و صرفاً در مواردی مانند عقد ضمان معلق (ماده ۶۹۹) و نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸) آن را باطل شمرده است. ثانیاً در ماده ۷۲۳ قانون مدنی، تعهد معلق پذیرفته شده است. ثالثاً باید گفت، هر چند اساساً انتقال مالکیت در زمره مقتضای ذات عقد بیع است و توافق بر عدم انتقال آن در عقد بیع را نمی‌توان صحیح دانست چرا که مطابق بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای ذات عقد، باطل و مبطل عقد محسوب می‌شود اما زمان انتقال مالکیت و تأخیر در آن را باید از اقتضانات اطلاق عقد شمرده و نظر به صحت آن داد. به عبارت دیگر، امکان توافق بر «زمان انتقال مالکیت» منافاتی با مقتضای ذات عقد بیع نداشته و هر گاه عقد، بدون ذکر زمان نقل ملکیت واقع شود، اطلاق عقد اقتضای فوریت و هم‌زمانی نقل مالکیت با تحقق عقد را دارد و این امر منافاتی نیز با مواد ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ندارد. رابعاً در خصوص ایراد به تعلیق در انشاء بر اساس سوابق فقهی و نظریه بطلان چنین عقود، به واسطه عدم انشای تملیک نیز باید گفت، آنچه موضوع توافق دو اراده طرفین عقد بیع دارای شرط حفظ مالکیت قرار گرفته، نه منع تملیک به عنوان مقتضای ذات عقد است، و نه تعلیق در انعقاد و انشاء عقد بیع مملک؛ بلکه طرفین، منجزاً تملیک به عنوان مقتضای عقد بیع را پذیرفته و آن را قصد کرده‌اند و عقد خویش را نیز منعقد شده می‌دانند، لکن چنانکه گفته شد، موعد آن را موعد دیگری قرار داده و در اثر اطلاق عقد، دخل و تصرف می‌نمایند. نه تملیکی را نفی کرده‌اند، چرا که در موعد مقرر حاصل خواهد آمد و نه عقد غیر منعقد شده‌ای دارند، چرا که عقد را فی الحال منعقد نموده‌اند. بر همین مبناست که در فتاوی فقهای معاصر نیز، به صراحت شرط حفظ مالکیت پذیرفته شده و اگر مخالفتی از حیث انشاء مشاهده می‌نمودند، قطعاً و هرگز چنین نظریاتی ارائه نمی‌گردید که در ذیل بدان‌ها اشاره می‌شود:

۱. آیت الله صافی گلپایگانی: «در صورت ذکر شرط ضمن عقد مبنی بر اینکه مالکیت کالا تا پرداخت ثمن باقی بماند، این شرط معتبر است و فروشنده حق دارد در صورت عدم پرداخت، کالای خود را باز پس بگیرد.»
۲. آیت الله سیستانی: «اگر در عقد بیع تصریح شود که مالکیت مال مورد معامله تا زمان پرداخت کامل ثمن، به فروشنده تعلق دارد، این شرط از شروط جایز و معتبر است و با شرع مخالفتی ندارد. فروشنده می‌تواند در صورت عدم پرداخت ثمن، کالا را باز پس بگیرد.»
۳. آیت الله مکارم شیرازی: «شرط حفظ مالکیت تا هنگام پرداخت کامل ثمن، با اصول عقد بیع منافاتی ندارد و شرط صحیح و معتبر است. این شرط از شروط ضمن عقد محسوب می‌شود و با رعایت عدالت بین طرفین و عدم تعارض با مقتضای عقد، مانعی ندارد.»

در نتیجه، باید گفت انتقال فوری مالکیت از لوازم و اقتضائات ذات عقد بیع نیست، بلکه اقتضای اطلاق آن است. چنانکه بنابر نظر مشهور فقهای متأخر نیز، تعلیق در منشأ صحیح است، لذا شرط حفظ مالکیت بایع تا زمان پرداخت کامل ثمن یا سایر مطالبات بایع از خریدار را در حقوق ایران نیز می‌توان صحیح تلقی و از آن بهره برد. لذا شرط حفظ مالکیت، استثنایی بر قاعده انتقال فوری مالکیت است.

از سوی دیگر، به نظر تکیه بر دو مبنا و قاعده کلی و اساسی حسن نیت و کارایی اقتصادی، موجب گشوده شدن افق دید وسیع‌تر و اجتماعی شدن حقوق خواهد شد تا رافع نیازهای حقوقی نیز باشد که در ادامه بدان می‌پردازیم.

### ۲-۳. اقسام

مطابق قاعده کلی قدیمی و لاتین «نمو دت» (nemo dat quod non habet) در نظام حقوقی انگلستان، «هیچکس نمی‌تواند آنچه را که خود ندارد به دیگری دهد» (Oxford, 1990: 271; Keshavarz, 1989: 154).

این قاعده که موضع اولیه حقوق انگلستان محسوب می‌شود، در بند ۱ ماده ۲۱ قانون بیع کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹ این کشور نیز مقرر شده است و به موجب آن «با رعایت مقررات این قانون، در صورتی که کالا به وسیله شخصی فروخته شده باشد که مالک آن نیست و آن را با اجازه یا رضایت مالک نفروخته باشد، خریدار نسبت به کالا مالکیتی بیش از آنچه که فروشنده داشته است کسب نمی‌کند، مگر آنکه مالک کالا به سبب رفتار خود از انکار این که فروشنده اجازه فروش داشته است منع شود.»

لذا اصل بر عدم امکان انتقال مالکیت مال به غیر، بدون اذن یا اجازه مالک است و این انتقال نیز فاقد هرگونه اثر حقوقی است؛ زیرا «فروشنده غیر مالک» (sale by non-owner) هیچ گونه حق یا اختیاری نسبت به انتقال مال به دیگری ندارد (Atiyah, 2010: 368). اما این قاعده، مصون از استثنائات باقی نمانده و از سالیان دور به این سو، با قوانین خاص دیگری، از دامنه حکومت قاعده کاسته شده و حمایت از انتقال گیرندگان با حسن نیت و حفظ استحکام و امنیت معاملات در روابط اقتصادی و حقوقی، زمینه‌ساز گسترش استثنائات نیز بوده است (Baskind, 2014: 86; Brown, 1999: 163) به گونه‌ای که منجر به از دست دادن و انتقال مالکیت مالک بر مال خویش شده است. لذا مفهوم حسن نیت و توابع و آثار آن از جمله مباحث جدی میان حقوق دانان و قضات انگلیسی بوده و یک نظریه منحصر به فرد و خالص دانسته شده است (adams & brownsword, 2008: 172). شایان ذکر است که در بند ۱ ماده ۱۲ قانون مزبور نیز مقرر شده که یک شرط ضمنی اساسی بر

عهده‌بایع وجود دارد مبنی بر آنکه وی باید حق فروش کالا را در زمان عقد داشته باشد. مطابق بند مزبور، نظر به اینکه دارا بودن حق فروش برای فروشنده، یک شرط اساسی محسوب می‌شود، لذا فروش کالا بدون داشتن چنین حقی، نقض شرط اساسی (condition) تلقی و برابر بند ۳ ماده ۱۱ قانون مزبور، مشروطه (خریدار) حق فسخ معامله و مطالبه ثمن و خسارات از بایع را دارد و این ضمانت اجرا نیز ارتباطی با جهل و ناآگاهی مشتری ندارد. و البته در مواردی که علی‌رغم مالکیت بایع، قیودی همچون رهن یا حق انتفاع و... در مبیع وجود داشته و مشتری نسبت به آن جاهل باشد، نظر به اینکه عاری بودن مبیع از قیود، یک شرط غیراساسی (warranty) برای فروشنده است، در صورت جهل به این قیود، صرفاً حق مطالبه خسارت، بدون حق فسخ عقد را دارد.

از سوی دیگر، به موجب بند ۲ ماده ۱۱ و نیز بند ۱ ماده ۵۳ قانون مزبور، خریدار حق دارد موارد نقض شروط اساسی را به عنوان شرط غیر اساسی تلقی و از راهکار مطالبه خسارت به جای فسخ قرارداد بهره‌جوید. شرط موضوع بند ۱ ماده ۱۲ را از جمله شروط ضمنی قانونی شمرده‌اند که نه قصد طرفین و نه دادگاه‌ها دخالتی در اعتبار آن ندارند (Poole, 2001: 175).

موارد و شیوه‌های جبران خسارات ناشی از نقض شرایط اساسی و غیراساسی قرارداد، از جمله مباحث مهم در حقوق قراردادهای انگلستان است (Monahan, 2001: 155).

نکته مهم اینکه در بند ۱ ماده ۱۲ قانون بیع کالای انگلستان ۱۹۷۹، لزوم داشتن حق فروش برای فروشنده، به نحو مطلق، اعم از مال منقول و غیرمنقول عنوان شده است و در بند ۲ ماده ۱۲ مزبور نیز به هنگام ذکر مصادیق حقوق و ادعاهای شخص ثالث نسبت به مورد معامله، از واژه‌های Encumbrance و charge بهره‌برده شده که هر دوی آن‌ها، در اموال غیرمنقول (زمین) است (Curzon, 2008: 89 & 221) و البته تشریفات ثبت و انتقال مالکیت زمین با قوانین خاص این حوزه و ضرورت انجام استعلامات متعدد، با عمل به قانون ثبت املاک ۱۹۹۷ این کشور، مانعی جهت رخداد تعلق مالکیت غیر به مورد معامله و عاملی جهت حفظ حقوق ثالث باحسن نیت در حقوق انگلستان است (Barker & Padfield, 1989: 241-271). امری که ضرورت احیای اعتبار و کارآمدسازی بیش از پیش قانون ثبت املاک و تنظیم اسناد رسمی در نظام حقوقی ما را نیز گوشزد می‌کند.

لذا شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلستان، از جمله استثنائات قاعده «نمودت» تلقی می‌شود. در خصوص اقسام شرط حفظ مالکیت، با ملاحظه قوانین و رویه قضایی در کامن‌لا می‌توان از ۵ قسم اینگونه شروط به شرح ذیل سخن گفت (داراب‌پور، ۱۳۹۴: ۱۹۳):

شرط ساده: در این نوع از شرط، بایع با قید این امر که مالکیت مبیع برای وی تا زمان پرداخت

کامل ثمن توسط خریدار محفوظ است، اقدام به انعقاد عقد بیع می‌نماید. با این حال، در حقوق انگلستان در این نوع از شرط، خریدار از فروش یا تصرف در مبیع منع نمی‌شود و حتی در صورت عدم تصریح به آن در قرارداد به نحو ضمنی با در اختیار گذاردن مبیع در ید خریدار این اذن مفروض دانسته می‌شود.

شرط حساب جاری: هرچند این شرط نیز در اساس و پایه خویشتن همچون شرط ساده است اما تفاوت آن با شرط ساده در این است که در شرط حساب جاری، مالکیت بایع تا زمان پرداخت و ایفای کلیه دیون و تعهدات خریدار، چه ناشی از آن عقد یا سایر روابط قراردادی موجود میان طرفین حفظ می‌گردد.

شرط استمرار حفظ مالکیت: در این نوع از شرط، حفظ مالکیت بایع نه تنها در مقابل خریدار اولیه از او، بلکه هر خریدار بعدی دیگری نیز خواهد بود تا کلیه دیون و تعهدات خریدار اولیه به وی، اعم از آنکه ناشی از همان عقد یا سایر روابط قراردادی میان ایشان باشد، پرداخت و ایفا گردد. فراتر رفتن اثر شرط به روابط آتی، در سلسله نقل و انتقالات، مزیت مهم این نوع از شرط حفظ مالکیت بوده و تضمین بیشتری برای بایع فراهم می‌آورد که در گفتار بعدی در خصوص اثر آن سخن خواهیم گفت.

شرط حاوی حق تعقیب ثمن ناشی از فروش بعدی و مجدد مبیع توسط خریدار اولیه: در این شرط، حفظ مالکیت بایع بر مبیع، هرچند خریدار را مجاز در فروش مجدد مبیع می‌نماید، حتی قبل از پرداخت یا ایفای ثمن عقد بیع مزبور یا سایر دیون و تعهدات فی مابین؛ اما در صورتیکه مبیع، موضوع فروش بعدی توسط خریدار اولیه قرار گیرد، بایع نسبت به وجوه حاصل از این فروش نیز دارای حق بوده و حق مراجعه به خریدار اولیه یا خریداران بعدی را نیز خواهد داشت. در توجیه این حق، ماهیت آن را این گونه تحلیل می‌کنند که این شرط، حاوی این مفهوم است که خریدار نخست، امین و نماینده بایع در حفظ ثمن دریافتی است تا آنکه کلیه دیون تسویه گردد.

شرط مجموعی یا کلی: در این قسم از شرط، مالکیت بایع بر مبیع تا زمان پرداخت ثمن به وی توسط خریدار، حفظ شده اما در صورتی که مبیع، در تولید کالای دیگری مورد بهره‌برداری واقع شود بایع نسبت به کالای ساخته شده نیز به میزان و تناسب ارزش مبیع، دارای مالکیت خواهد شد و چه بسا منجر به اشاعه مالکیت بایع و خریدار در کالای ساخته شده نیز جزئاً شود. مصداق بارز تحقق چنین فرضی، در موارد فروش مواد اولیه توسط بایع به خریدار تولیدکننده محصول است که طی آن بایع به عنوان تأمین‌کننده و فروشنده ماده اولیه تولید یک کالا، جهت تضمین بیشتر امکان وصول ثمن اقدام به تعبیه و جای دادن چنین شرطی در عقد می‌نماید.

## ۲. مبانی امکان حمایت از ثالث باحسن نیت

نظر به اینکه با وجود شرط حفظ مالکیت به مفهوم اعم آن (عدم یا تأخیر در انتقال مالکیت) امکان انتقال مبیع به ثالث وجود دارد، مباحث همیشه در جریان در نظام حقوقی ایران، رخ می‌نماید و آن تفکیک میان ثالث منتقل‌الیه دارای حسن نیت از فاقد حسن نیت است.

با این حال بنا به مبانی متعددی چه در حقوق ایران و چه در حقوق انگلیس، می‌توان امکان حمایت از ثالث باحسن نیت را پذیرفته و عدم رد عین مال را توجیه نمود؛ هر چند راه دشواری تا پذیرش آن توسط مقنن ایرانی وجود دارد اما گام‌های رویه قضایی و تمایزش بدین سوست. لذا ضروری است مبانی مزبور را بررسی نماییم.

### ۱-۲. حسن نیت

#### ۱-۱-۲. مفهوم

حسن نیت مفهومی مذهبی است و ریشه در باورهای اخلاقی دارد و به لحاظ لغوی، ترکیبی از دو واژه «حسن» به معنای «نیکویی، خوبی و صحت»؛ و «نیت» به معنای «اراده، عزم، اندیشه و قصد» است که در مجموع و به عنوان ترکیب واحد، «حسن نیت» به معنای «خوش نیتی، پاک نیتی و در مقابل سوء نیت» آمده است (دهخدا، ۱۳۸۵؛ عمید، ۱۳۶۹: ۵۶۴).

در حقوق انگلیس نیز اصطلاح «good faith» برای بیان این مقصود، استفاده می‌شود (Black, 1983: 353).

نظر به عدم ارائه تعریفی از حسن نیت، اختلاف نظرات بسیاری در خصوص مفهوم و دامنه آن، میان صاحب نظران، چه در حقوق داخلی و چه در حقوق خارجی، به چشم می‌خورد. در حقوق انگلیس، برخی آن را غیر قابل تعریف و حتی پذیرش آن را دشوار دانسته‌اند (Zimmermann, 2003: 39).

برخی نیز حسن نیت را وضعیتی درونی و باطنی، شامل دو جنبه ایجابی (باور نیکو) و جنبه سلبی (امتناع از پنهان نمودن واقع و نیرنگ) توصیف نموده‌اند (Black, 1983: 353) و نیز به معنای درستکاری (Honesty) تعبیر کرده‌اند (Oxford, 1990: 182). مجلس اعیان انگلیس نیز، حسن نیت را برابر با رفتاری منصفانه و به دور از پنهانکاری دانسته است (Trietle, 2003: 782).

در حقوق داخلی نیز، برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «حسن نیت، وضع فکری کسی است که اقدام به عمل حقوقی از روی اشتباه می‌کند و تصور می‌نماید که عمل او بر وفق قانون است و حال آنکه موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیان‌آور آن عمل حقوقی، در حدود معینی او را حمایت می‌کند مانند صاحب یدی که تصور می‌کند با مالک واقعی معامله کرده و مالی را از او گرفته و حال آنکه با غاصب معامله کرده است یا کسی که روی زمین غیر، ساختمان می‌کند با اعتقاد اینکه

ملک او است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۱۵).

و در جایی دیگر بیان داشته‌اند: «کسی که اقدام به عمل حقوقی (مانند عقد یا ایقاع) یا عمل مادی که منشأ اثر یا آثار حقوقی است می‌کند و به صحت عمل خود اعتقاد دارد، این اعتقاد او، حسن نیت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۲۰۰) و البته پذیرفته‌اند که این تلقی از حسن نیت، منحصر به عقود نیست (جعفری لنگرودی، همان: ۱۹۵) و در نتیجه، به عنوان یک اصل کلی حقوقی، چه در معاملات و چه در ضمانات قهری همچون غصب، قابل اعمال است (جعفری تبار، ۱۳۸۳: ۱۹۹). و نیز «منظور از اجرای با حسن نیت، اجرای قرارداد با درستی و امانت و شیوه مطلوب در عرف» دانسته شده است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۱۲).

با همه این‌ها، برخی دیگر از حقوق‌دانان، با ارائه تفکیکی دقیق‌تر از حسن نیت و تقسیم آن به حسن نیت «ناشی از رفتار» و حسن نیت «ناشی از جهل»، قسم نخست را به معنای گفتار و رفتار صادقانه متعاملین از زمان شروع مذاکرات پیش قراردادی تا خاتمه آن و قسم دوم را اینگونه دانسته‌اند: «جهل نسبت به یک موضوع یا شرایطی که مانع از دادن اثر کامل به وضع حقوقی می‌شود یا اعتقاد نادرست به وجود وضع حقوقی معتبر... که باعث می‌شود درباره [چنین شخصی] حکم تعدیل اجرا گردد... مانند... تصرف با حسن نیت که به دلیل ناآگاهی شخص به وضع واقعی، خشکی قواعد حقوقی [و احکام غصب]، تعدیل می‌گردد.» (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۶۹).

## ۲-۱-۲. وضعیت ثالث با حسن نیت در فرض وجود شرط حفظ مالکیت

تعبیر مد نظر ما در این پژوهش، جنبه حمایتی اصل حسن نیت و کارکرد آن در حمایت از شخص جاهل از واقع و وجود شرط حفظ مالکیت است که به وضعی ظاهری و عرفی همچون مالکیت ظاهری و یا حتی مالکیت ثبتی اعتماد نموده است که توان مبنایی در توجیه لزوم حمایت از ثالث با حسن نیت را خواهد داشت، چنانکه نشانه‌هایی از آن را نیز در مبحث معاملات فضولی در رابطه خریدار مال غیر و فضول در قانون مدنی ایران می‌توان دید چراکه با کشف مالکیت غیر نسبت به مال مورد معامله و جهل خریدار یا متصرف به آن، مباحثی همچون ضمان عین و منافع یا تکلیف به رد ثمن و غرامات قابل طرحند.

## ۱-۲-۱-۲. حقوق انگلیس

چنانکه دیدیم شرط حفظ مالکیت برای بایع در حقوق انگلستان، انواع متفاوتی دارد و از شرط ساده تا شرط پرداخت تمام بدهی یا تعمیم یافته را در بر می‌گیرد (داراب پور، ۱۳۹۴: ۱۹۳) و عمده هدف آن نیز تدبیر وسیله‌ای برای استرداد مال و منع مواجهه با خریداریست که قبل از پرداخت ثمن ورشکسته می‌شود و به نوعی تضمین پرداخت ثمن است. مفهوم چنین شرطی بطور کلی این است

که در قرارداد منعقد، شرطی گنجانده شود که برابر آن، بایع علی‌رغم فروش مبیع به خریدار به نحو اقساطی، مالکیت خویش را بر مال مزبور، تا پایان پرداخت اقساط ثمن حفظ نماید.

البته این شرط «به طور معمول، منع و محدودیتی برای فروش مجدد مبیع توسط خریدار در جریان تجارت متعارف خود ایجاد نمی‌کند، زیرا هدف از شرط، ایجاد این محدودیت نیست، از این رو بسیار متداول است که در این شرط به حق خریدار برای فروش مجدد تصریح شود، هر چند ممکن است برای فروش نسبه مبیع محدودیت‌هایی ایجاد کند.» (علمی یزدی، ۱۳۸۳: ۱۷).

مطابق ماده ۲۳ قانون بیع کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹: «در صورتی که فروشنده کالا مالکیت قابل ابطالی نسبت به آن داشته باشد، اما در زمان فروش، مالکیت وی ابطال نشده باشد، خریدار مالکیت معتبری را نسبت به کالا کسب می‌کند، مشروط به اینکه وی کالا را با حسن نیت و بدون اطلاع از معیوب بودن مالکیت فروشنده خریداری کند.»

به این گونه قراردادها، قراردادهای با شرط حفظ مالکیت یا مالکیت‌های با حق فسخ گویند که تا زمانی که ممانعتی از سوی فروشنده معمول نشده باشد، انتقال گیرنده نخست، حق انتقال آن به شخص دیگری را دارد و در صورت وجود حسن نیت شخص اخیر، از وی حمایت خواهد شد (Brown, 1999: 163).

در حقوق انگلستان، باز فروش مبیع توسط خریداری که علیه وی شرط حفظ مالکیت شده است، علی‌الخصوص در مواردی که به عنوان شرط، در قرارداد تصریح شده و به خریدار حق فروش مجدد داده شده باشد، امری پذیرفته شده و استثنایی بر قاعده کلی «نمودت» محسوب می‌شود و در رویه قضایی آن کشور نیز، حتی در فرض عدم تصریح در قرارداد، به طور ضمنی آن را مندرج در توافق فی مابین می‌دانند. چنانکه در برخی اقسام شرط حفظ مالکیت نیز چنانکه دیدیم، وجود امکان و حق بازفروش مبیع و شراکت بایع در آن، پذیرفته شده بود.

با اینحال، چنانکه دیدیم، برابر برخی نظریات، ماهیت چنین توافقاتی را به عقود تضمینی و وثیقه‌ای و رهنی، تعبیر و علی‌رغم پذیرش عدم محدودیت در انتقال توسط خریدار، در نهایت، مبیع را در رهن بایع اولیه جهت وصول مطالبات خویش از جمله ثمن، تلقی می‌نمایند.

## ۲-۲-۱-۲. حقوق ایران

در حقوق ایران اما مطابق قواعد عمومی حاکم بر قانون مدنی و احترامی که برای مالکیت قائلند، شرط اولیه و حتمی صحت بیع و تملیک پیرو آن، وجود مالکیت بایع است. مطابق ماده ۲۴۷ قانون مدنی: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت

معامله صحیح و نافذ می‌شود.» و به موجب ماده ۳۴۸ قانون مدنی: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع، قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری، خود قادر بر تسلیم باشد.» و نیز برابر ماده ۳۶۵ قانون مدنی: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد.» چنانکه طبق ماده ۳۶۶ قانون مدنی: «هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.»

لذا ثالثی که اقدام به انعقاد عقد بیع با دیگری نسبت به مالی نماید که در آن شرط حفظ مالکیت برای بایع اولیه علیه خریدار اولیه (با بیع فعلی) درج شده، اعم از آنکه با حسن نیت یا فاقد حسن نیت باشد، با فرض پذیرش امکان توافق بر شرط حفظ مالکیت، مالک مال نخواهد شد و همچون غاصب با وی رفتار می‌شود، به ویژه که توصیه به شدیدترین برخورد نیز با غاصب شده است.

مطابق قواعد حاکم بر قانون مدنی ایران، در چنین فرضی، علم یا جهل شخص خریدار یا متصرف در تکلیف به رد عین یا منافع آن در صورت تلف، رد بدل آن (مثل یا قیمت)، فاقد تأثیر است و در رد ثمن، در صورت جهل خریدار به تعلق مال به غیر، برابر آخرین قواعد نظام حقوقی، وی حق مطالبه ثمن و نیز قیمت روز مبیع را خواهد داشت (آرای وحدت رویه شماره ۷۲۳ مورخه ۱۳۹۳/۷/۱۵ و ۸۱۱ مورخه ۱۴۰۰/۴/۱ و مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ و ۳۲۵ و ۳۲۶ قانون مدنی).

حال آنکه با پذیرش قاعده حسن نیت در فرض نخست (ضمان رد عین یا منافع)، همچون فرض دوم (ضمان رد ثمن و غرامات)، از شدت آثار اجرای قاعده کاسته شده و چنانکه گفته‌اند، قاعده «الغاصب یوخذ باسئق الاحوال» نیز در همه موارد، محل اعمال ندارد (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۳۶). به ویژه آنگاه که اعتماد به اسناد رسمی و ثبتی و وضع ظاهری به عنوان امر متعارف، شخص با حسن نیت را با ضرری مشقت بار مواجه نماید.

نشانه‌های پراکنده دیگری نیز در قوانین، از نفوذ و پذیرش اصل حسن نیت در معنای جهل و تصور اشتباه، قابل مشاهده است که می‌توان از آن به وجود و پذیرش اصل مزبور در نظام حقوقی ایران به منظور حفظ نظم اجتماعی و حقوق ثالث، رهنمون شد که عبارتند از وطی به شبهه (مواد ۱۱۶۴ و ۱۱۶۵ قانون مدنی)، اقدامات وکیل پیش از رسیدن خبر عزل (ماده ۶۸۰ قانون مدنی) و ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴.

از سوی دیگر، هر چند در نگاه اول به ماده ۳۲۳ قانون مدنی در غصب حکمی یا شبه غصب که در آن منتقل‌الیه یا متصرف، فاقد سوء نیت است، با مفهوم مزبور همخوانی ندارد. اما مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ قانون مدنی در جهتی عکس، به حسن نیت چنین متصرفی توجه داشته است. چنانکه در مبحث

معاملات فضولی و در ماده ۲۶۳ با چنین وضعیتی مواجهیم.

لذا با استناد به این مفهوم از اصل حسن نیت، شخص ناآگاه از وجود شرط حفظ مالکیت و استحقاق دیگری بر مال تحت تصرف (اعم از آنکه ناشی از مواجهه با بطلان معامله نسبت به مال غیر باشد یا خیر)، تحت شمول دایره حمایتی قرار گرفته و به تبع، بر امنیت نظام حقوقی و ثبتي افزوده می‌شود.

مطابق ماده ۳۲۵ قانون مدنی: «اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.» و برابر ماده ۳۲۶ قانون مدنی: «اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاده بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاده نمی‌تواند رجوع به بایع کند ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد.»

در واقع حسن نیت منتقل الیه یا متصرف و علم یا جهل او به واقع، توان این را دارد که حکم مقنن بر تکلیف به رد عین را نیز به بدل تبدیل نماید، چنانکه برخی صراحتاً بیان داشته‌اند: «مفاهیم علم و جهل به عدم استحقاق در برخی موارد (ماده ۳۰۳ قانون مدنی) و مفاهیم علم و جهل به غصب همان است که در حقوق جدید، به سوءنیت و حسن نیت تعبیر شده است.» (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵: ۱۳۲) و «در قوانین حقوقی ما برای اولین بار ضمن ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی اصطلاح «وسایل مخالف با حسن نیت» به کار رفته که مفهوم آن همان سوءنیت است. به همین دلیل به نظر می‌رسد که به پیروی از حقوق جدید بتوان به عوض اصطلاحات علم و جهل به نقصان معامله و تصرف غیرقانونی متعامل، عناوین سوءنیت و حسن نیت در معامله و تصرف را به کار برد» (امیری قائم مقام، همان: ۱۵۲).

هر چند ماده ۲۴۷ قانون مدنی، اعتباری برای معامله نسبت به مال غیر، بدون اذن پیشین یا اجازهٔ پسین او، قائل نشده است، اما برخی اساتید، با ذکر اعتبار امارهٔ ید و مبنای آن، یعنی روایت «لو لم یجز هذا، لم یقم للمسلمین سوق» (در صورت عدم جواز این موضوع، بازاری برای مسلمین باقی نخواهد ماند) معتقدند: «هدف متعالی این روایت با حمایت از کسی که به مفاد آن عمل می‌کند تحقق می‌یابد. سفارش به عمل به ظاهر تصرف، متضمن حمایت از عمل کننده به این توصیه است، در غیر این صورت، آن هدف متعالی محقق نمی‌شود و هرج و مرج بازار مسلمانان را فرا می‌گیرد. اگر شخصی را به عملی مطابق امری سفارش کنیم، ولی بعد از عمل، آن شخص را نه تنها حمایت نکنیم، بلکه مسئولیت شدیدی بر او تحمیل سازیم، نوعی نقض غرض پیش می‌آید. بنابراین از مفاد

خبر یادشده می‌توان لزوم حمایت از متصرف دارای حسن نیت را، حتی پس از احراز واقع استنباط کرد.» (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۶) چنانکه هر چند در امکان رجوع مالک به غاصب آگاه به غصب، در فقه ادعای اجماع شده اما در مراجعه مالک به ایادی ناآگاه از غصب، اختلاف نظر وجود داشته و چنین فردی را مشمول حدیث علی‌الید نمی‌دانند چرا که اگر غاصب می‌بود می‌بایست نزد شارع گناهکار باشد در حالیکه نیست، لذا ادله ضمان غاصب را منصرف از چنین شخصی می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۵).

در تأیید این سابقه فقهی نیز گفته شده است که سابقاً چنین تفکیکی میان غصب حقیقی و حکمی و شبه‌غصب در نحوه رفتار با هر قسم وجود داشته اما به مرور به دست فراموشی سپرده شده و در نهایت، به شکل فعلی در قانون مدنی تقنین شده است که به موجب آن، تمایزی میان غاصب حقیقی و حکمی قائل نشده است و راه حلی که ارائه نموده‌اند این است که «در عمل برای خلاص از این اشکال بهتر است که ماده ۳۱۱ چنانکه از ظاهرش برمی‌آید اختصاص به «غاصب» {با سوءنیت} داده شود و ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی (که غصب حکمی را همانند غصب حقیقی دانسته است) را وارد مورد اغلب تلقی نموده و بالنتیجه آن مقدار از مسئولیت غاصب که طعم جزائی دارد محصور به غاصب شود و سرایت به غصب حکمی داده نشود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۲۹۶).

از سوی دیگر، حتی تعبیر «عدوان» در ماده ۳۰۸ قانون مدنی، اگر به معنای علم به اینکه مال از آن دیگری است و اجازه تصرف آن را ندارد دانسته شود، شخص ناآگاه، اساساً در مفهوم غصب، جای نداشته و هر چند در حکم غصب است، اما این تمایز مقتضی تفاوت در احکام می‌باشد (صفایی، ۱۳۹۵: ۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۴۹ و ۱۴۸).

بنا به مراتب فوق، ثالث به مفهوم انتقال‌گیرنده مبیعی که نسبت به آن شرط حفظ مالکیت مقرر شده، ممکن است به دلایل متعدد از جمله ملاحظه و اطلاع از محتوای قرارداد اولیه میان بایع اولیه و خریدار (بایع به ثالث)، اعلام بایع یا خریدار اولیه، قرائن و امارات جانبی همچون ثمن غیر متعارف پایین پیشنهادی بایع و... دارای حسن نیت نبوده و از این جهت تحت حمایت‌های قانونی در نظام‌های حقوقی قرار نگیرد چرا که با آگاهی از وجود شرط حفظ مالکیت، اقدام به انتقال گرفتن آن نموده و در نتیجه، مقصر ضرر وارده به خویش خواهد بود.

اما اگر ثالث، بدون علم و اطلاع از وجود شرط حفظ مالکیت علیه بایع خود (خریدار اولیه)، در مرادده‌ای تجاری و اقتصادی و با رعایت کامل قوانین رسمی و ثبتی و اعتماد به ظاهر مالکیت‌های ناشی از آن، با ثمنی متعارف اقدام به انعقاد عقد بیع با چنین خریداری نماید، چنین ثالثی را باید ثالث با حسن نیت تلقی نمود.

## ۲-۲. کارآیی اقتصادی

در مباحث مرتبط با تحلیل اقتصادی حقوق همواره بر لزوم توجه به هزینه اعمال قواعد حقوقی جهت کارآ شدن آن‌ها تأکید می‌شود. (انصاری، ۱۳۹۳: ۱۴؛ کوتر، رابرت؛ تامس، یولن، ۱۳۹۰: ۱۱؛ حبیبی، ۱۳۸۹: ۱۳) به گونه‌ای که، از جمله، در فرض وجود شرط حفظ مالکیت و در نحوه برخورد با منتقل‌الیه یا متصرف باحسن‌نیت، وضع هیچ یک از مالک، یا منتقل‌الیه و متصرف باحسن‌نیت، بدتر از گذشته نشده و هزینه نامتعارف و نامعقول اقتصادی، بر یکی از ایشان تحمیل نگردد.

بر همین مبناست که رد قیمت به جای عین، در فرضی که مال مورد معامله متعلق به غیر، همچون ملک، با انتقال به ثالث یا احداث اعیانی مواجه و تخریب و اعاده ملک، در مقایسه با قیمت آن، موجب ضرر نامعقول و نامتعارف منتقل‌الیه یا متصرف می‌شود، به لحاظ تحلیل اقتصادی و اقتصاد رفتاری، توجیه می‌گردد (از جمله ر.ک: ایرانپور، ۱۴۰۱: ۸۴ به بعد).

امری که به عنوان نمونه، به صراحت، از جمله شرایط اعمال ماده واحده «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۰۹/۲۷» اعلام شده و به نظر، از جمله مبانی مهم آن تلقی و سعی در جلوگیری از هدررفت سرمایه‌های اقتصادی، با اعمال قواعد حقوقی و تضمین کارآیی آن‌ها شده است.

برخی نیز معتقدند: «محاکم باید به خواسته‌های معقول و متعارف طرفین رسیدگی، و بر حسب سیره عقلا، حکمی صادر نمایند که برای محکوم‌له دارای منفعت و از لحاظ اجتماعی نیز حافظ منافع جامعه یا حداقل، ضرری نسبت به منافع جامعه نداشته باشد. در حالیکه حکم به قلع مصالح ساختمانی که قابل استفاده مجدد نیست، نه تنها سودی برای محکوم‌له ندارد، بلکه علاوه بر زیان بار بودن نسبت به او، نسبت به جامعه نیز زیان بار است زیرا مصالح مذکور، سرمایه جامعه است و نفع هر جامعه‌ای در این است که از سرمایه‌اش به بهترین روش استفاده شود» (باریکلو، ۱۳۹۲: ۱۶۱).

چنانکه گفته‌اند در مقام توجیه اقتصادی لزوم حمایت از انتقال‌گیرندگان و متصرفان باحسن‌نیت، باید پاسخ پرسش‌های ذیل را مدنظر داشت:

«هزینه‌ها و فرصت‌های از دست رفته که برای بازگرداندن مالکیت به مالک قبلی ضروری بوده، چقدر است؟ آیا اگر کالایی باحسن‌نیت، چند دست گشته باشد، باید همه قراردادهای منعقد شده را باطل کرد تا حقوق عینی مالک محفوظ بماند، یا ضرر و زیان‌های وی با پرداخت غرامت جبران می‌شود؟ آیا باطل کردن معاملات اشخاص باحسن‌نیت، کارایی فنی یا اقتصادی و در مجموع کارآمدی اقتصادی دارد؟ آیا ممانعت از گردش کالا، از طریق هزینه‌های گزاف دادگاهی و با زور و

فشار دادگاه و ایجاد ناآرامی در معاملات، باعث رشد اقتصادی می‌شود؟ آیا در ابطال سلسله قراردادهای رشد اقتصادی آسیب نمی‌بیند؟...» (داراب پور، ۱۳۹۴: ۲۰۲).

در واقع، باید پذیرفت که کاهش هزینه اجرای احکام و قواعد حقوقی و کارآمدسازی آن‌ها مبتنی بر فروض و اصول ایمنی و کارایی، عقلانیت و نگاه به آینده، اقتضای گزینش راه حلی کم‌هزینه‌تر به منظور تحقق کارایی اقتصادی را دارد (از جمله ر.ک: بادینی، ۱۳۹۴: ۳۹۶ به بعد). لذا تبدیل حق عینی مالک به حق دینی، و پرداخت قیمت روز مال وی، که جایگزینی و معوض را برای وی فراهم می‌آورد، در راستای چنین تحلیلی بوده و در موارد وجود شرط حفظ مالکیت، ارجح است.

### نتیجه

در پژوهش حاضر دریافتیم که در حقوق انگلیس، شرط حفظ مالکیت مطابق ماده ۱۷ قانون بیع کالاها صراحتاً مورد تأیید قرار گرفته و پذیرش توافق و اراده طرفین در تعیین زمان انتقال مالکیت، امری نو و بدیع محسوب می‌شود که در کنار قرارداد اجاره به شرط تملیک سابق، مالکیت بایع را نسبت به کالا حفظ می‌کند، هر چند در فرض فقدان توافق مزبور، قاعده بر انتقال آتی مالکیت با انعقاد قرارداد است.

در خصوص ماهیت چنین شرطی نیز در حقوق این کشور، دو دیدگاه عمده توسط رویه قضایی و حقوق دانان ارائه شده است، دیدگاه مبتنی بر ماهیت وثیقه‌ای و تضمینی شرط ذخیره مالکیت که صرفاً حق تقدم ناشی از عقد و وثیقه را برای بایع قائلند و نه بیشتر؛ و دیدگاه دیگر، که آن را شرطی به قصد معلق نمودن زمان انتقال مالکیت و تعلیق در آن می‌شمرند، به تعبیری دیگر، تعلیق انتقال مالکیت بر مبنای توافق طرفین قرارداد و ادامه حق حبس (lien) و حق منع حمل کالا (stoppage in transit).

در حقوق ایران هرچند عقد بیع عقدی تملیکی است، اما با توجه به نگرانی و دغدغه بایع از قطعیت وصول کامل ثمن، پیش‌بینی طرقی همچون شرط حفظ مالکیت (جهت عدم یا تأخیر انتقال مالکیت به خریدار تا زمان پایان پرداخت کلیه اقساط ثمن) که در حقوق انگلستان مورد قبول قوانین و رویه قضایی آن کشور قرار گرفته را باید صحیح دانست، با ملاحظه این امر که هرچند اساساً «انتقال مالکیت»، مقتضای ذات عقد بیع است و شرط خلاف آن، باطل و مبطل (بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی)؛ اما «زمان انتقال مالکیت» و تأخیر در آن، از اقتضانات اطلاق عقد بوده و توافق بر آن مشابه شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلستان، صحیح است و منافاتی با مواد ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ندارد.

به بیانی دیگر، هرچند قصد حقیقی و هدف غایی طرفین به نوعی وثیقه وصول ثمن و تضمین

حق فروشنده بوده، اما این امر نه با حق عینی تبعی (رهن) بلکه با حق عینی اصلی (مالکیت) تضمین شده و تضادی نیز با اصول حقوقی ندارد تا نیازمند تفسیری خلاف ظاهر باشد؛ لذا در قانون بیع کالای انگلستان هم پذیرفته شده است.

در خصوص امکان حمایت از حقوق ثالث با حسن نیت، چنانکه در فروضی از اقسام شرط حفظ مالکیت نیز در حقوق انگلستان دیدیم، نظر به مبانی تحلیلی متعددی همچون اصل حسن نیت، ضرورت کارایی اقتصادی قواعد و احکام، که نشانه‌های متعددی از آن‌ها در قوانین و رویه قضایی حقوق داخلی نیز وجود دارد، باید معتقد بود که می‌توان در فرض وجود حسن نیت ثالث منتقل‌الیه، اقدام به حمایت از وی نموده و مالک اولیه (ناقل مشروطه) را صرفاً محق در مطالبه مثل یا قیمت مال از منتقل‌الیه خویش (مشروط‌علیه) دانست.

لذا پیشنهاد می‌شود در اصلاحات قانون مدنی، نه تنها صراحتاً امکان درج اقسام شرط حفظ مالکیت در قراردادها، مقرر گردد، بلکه ضمن حمایت از ثالث با حسن نیت، وضعیت حقوق و تکالیف هر یک از طرفین چنین شروطی نیز مشخص تا از بروز اختلافات دامنه‌دار رویه قضایی جلوگیری شود.

## منابع

## فارسی

- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۹). حقوق مدنی. جلد اول، انتشارات اسلامی، تهران.
- امیری قائم مقام، عبدالمجید. (۱۳۸۵). حقوق تعهدات. جلد اول، انتشارات میزان، تهران.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها. چاپ دوم، انتشارات جاودانه و جنگل، تهران.
- ایرانیپور، فرهاد. (۱۴۰۱). تحلیل اقتصاد رفتاری در حقوق خصوصی. چاپ اول، انتشارات مجد، تهران.
- بادینی، حسن. (۱۳۹۴). فلسفه مسوولیت مدنی. چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۲). مسوولیت مدنی. چاپ چهارم، انتشارات میزان، تهران.
- جعفری تبار، حسن. (۱۳۸۳). مبانی فلسفی تفسیر حقوقی. چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۸). تاریخ حقوق ایران - از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه. چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). ترمینولوژی حقوق. چاپ دهم، انتشارات گنج دانش، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۹). حقوق تعهدات. چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، تهران.
- حبیبی، بهنام. (۱۳۸۹). تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی. چاپ اول، انتشارات مجد، تهران.
- خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۹). الغاصب یوخذ بائشق الاحوال. مجله فقه اهل بیت، سال شانزدهم، شماره شصت و یک.
- داراب پور، مهرباب و داراب پور، محمد. (۱۳۹۴). وضعیت حقوقی انتقال گیرنده در اموال مشمول شرط حفظ مالکیت. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و پنجم، شماره دوم.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). حقوق مدنی - آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران.
- علوم‌ی یزدی، حمیدرضا. (۱۳۸۳). شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱.
- کاتوزیان، ناصر و عباس زاده، محمدهادی. (۱۳۹۲). حسن نیت در حقوق ایران. مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و سوم، شماره سوم، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- کوثر رابرت و یولن، تامس. (۱۳۹۰). حقوق و اقتصاد. ترجمه دادگر، یدالله و اخوان، حامده، چاپ پنجم، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس و نور و علم، تهران.

## عربی

- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۹). مکاسب. جلد سوم، انتشارات مطبوعات دینی، قم.
- خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه. جلد هفتم، تقریر: توحیدی، محمد علی، مکتبه الداوری، قم.
- خوئی، محمدتقی. (۱۴۱۵). الشروط و الالتزامات التبعیه فی العقود. جلد اول، موسسه المنار، قم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴). مسالک الافهام. جلد دوازدهم، موسسه معارف اسلامی، قم.
- کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۱). جامع المقاصد فی شرح القواعد. جلد چهارم، موسسه آل البیت، بیروت.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۸). جواهرالکلام، جلد سی و هفتم، چاپ نهم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، تهران.

## انگلیسی

- Atiyah, p. s; Adams, john; Macqueen, Hector (2010), *Sale of Goods*. twelfth Edition. New York: pearson.
- Adams, John and Roger Brownsword (2004), *Understanding contract law*, 4 th ed, sweet and Maxwell.
- Adams, n. John; Brownsword, Roger (2008), *Understanding contract law*, translated by s.m mousavi, mizan publication.
- Black Henry, (1983), *Law Dictionary*, London, west publishing co.
- Baskind, Eric. (2014), *Commercial Law Concetrate*, (Transfer of ownership by non-owner). oxford university press.
- Burrows, Andew (2015), *Principles of English Commercial Law*. Oxford university press.
- Brown, w. j (1999), *Gcse Law*, seventh edition, sweet & maxwell. majd publication.
- Barker, David; Padfield, Colin (1989), *Law Made Simple*, majd publication.
- Curzon, L.B (2008), *Dictionary of law*, sixth edition, daneshyar publication.
- Davies, William, “Romalpa thirty years on –still an enigma?”, Hertfordshire Law Journal 4.
- Furmston, michael (2022), *sale and supply of goods*, translated by e. nematollahi, majd publications.
- Keshavarz, bahman (1989), *Law Dictionary*, fourth publish, keshavarz publication.
- Monahan, Geoff (2001), *Essential Contract Law*, second edition, cavendish publication, London.
- Mckendric, Ewan, (2000), *Contract Law*. Fourth Edition, London: Palyrave Macmillan.
- Oxford, (1990), *A Concise Dictionary of law*, second edition, oxford university press.
- Poole, Jill (2001), *TextBook on Contract Law*, sixth edition, london, blackstone press.
- Trietle Guenter, (2003), *The law of contract*, third edition, London, Sweet & Maxwel.
- Zimmermann Reinhard, (2003), *Good faith in European contract law*, third edition, Cambridge Press.

## Cases

- Re Bond Worth LTd 1980
- Romalpa aluminium LTd {1976} (Aluminium industrie Vaassen BV V).
- Clough Mill LTd V. Martin1985 Giorgio monti, Gilles Nejnán and wolf J. Reuter.