

ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و فرانسه

رضا شکوهی زاده*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱/۱۶)

چکیده

این مقاله تلاشی برای معلوم شدن ماهیت شرط حفظ مالکیت است. برای روشن شدن این موضوع باید اعتبار این شرط در چارچوب مبانی فقهی اعتبار شروط ضمن عقد که در مواد ۲۳۲ تا ۲۳۴ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، بررسی شود. به موجب شرط حفظ مالکیت، مالکیت مبیع، حتی اگر عین معین باشد، تا حلول اجلی معین و یا وقوع امری خاص به تأخیر می‌افتد. بنابراین، طرفین در مهم‌ترین اثر وضعی عقد، دخل و تصرف می‌نمایند. برای ورود به بحث، ماهیت این شرط در حقوق فرانسه مطالعه خواهد شد، اما هدف اصلی این مقاله، تعیین ماهیت و آثار آن در حقوق ایران است. پذیرش اعتبار این شرط، با توجه به مقررات قانونی مربوط به شروط مبطل و باطل دشوار است، اما به نظر می‌رسد که در حقوق ایران راهکارهای قانونی برای توجیه صحت این شرط وجود داشته باشد.

واژگان کلیدی

بطلان عقد، بیع، رهن، شرط حفظ مالکیت، عقد معلق.

۱. مقدمه

شرط حفظ مالکیت^۱ عبارت است از انواع شروطی که به موجب آن، مالکیت مبیع در مواردی که اصولاً بیع اقتضای انتقال بلافاصله مالکیت را دارد، تا زمانی که طرفین تعیین می‌نمایند، به تأخیر می‌افتد. در نظام حقوقی ایران بسیاری از کشورهای دیگر، اصل کلی در بیع، انتقال بلافاصله مالکیت مبیع است. البته در قانون مدنی ایران، انتقال مالکیت همواره بلافاصله نیست، در مواردی مانند بیع کلی، تنها با تسلیم مبیع (امامی، ۱۳۷۸، ص ۴۴۰) یا تشخیص آن، مالکیت آن منتقل می‌شود. اما شرط حفظ مالکیت، از جنس این استثناها نیست؛ چراکه استثنای یادشده، ریشه قانونی دارد و اراده طرفین به طور مستقیم بر آن تعلق نمی‌گیرد؛ درحالی که در شرط حفظ مالکیت، منشأ مستقیم تأخیر در انتقال مالکیت، اراده طرفین قرارداد است.

برخلاف حقوق ایران، شرط حفظ مالکیت در حقوق کشورهای خارجی، به ویژه حقوق کشورهای کامن‌لا، از کمال اهمیت برخوردار بوده، بسیار شایع است. البته تعداد نهادهای حقوقی جهان شمول آن قدر نیست که بتوان اصل را بر آن قرار داد و نهادهای موجود در هر نظام حقوقی را در نظام‌های دیگر قابل استفاده دانست. درمقابل، می‌توان معتقد بود که نهاد حقوقی فقط در نظام حقوقی که آن را پدید آورده است، قابلیت اعمال دارد؛ مگر آنکه نیازی واقعی و عینی، به کارگیری آن را در نظام حقوقی دیگری ضروری نماید. در واقع، دلیل عمده شیوع این شرط، در حقوق کشورهایی مانند انگلیس و ایالات متحده آمریکا، نبود خیاراتی مانند خیار تأخیر ثمن و تفلیس در حقوق این کشورها است. درمقابل، در حقوق ایران با وجود چنین خیاراتی که از فروشنده در مقابل اعسار یا امتناع خریدار از پرداخت ثمن محافظت می‌نماید، نیاز به چنین شرطی در عمل، کاهش یافته است. صرف نظر از بی‌نیازی حقوق ایران از این نهاد حقوقی، از لحاظ منطق حقوقی نیز ماهیت این شرط مناقشه‌برانگیز است. منطق حقوقی در توجیه احکام بیع مشروط به این شرط می‌ماند. با پذیرش عدم انتقال مالکیت مبیع، مبنای انتقال مالکیت ثمن چیست؟ آیا ثمن به بایع هبه می‌شود یا نزد او امانت است؟ آیا می‌توان به آثار هیچ‌یک از این دو تعبیر ملتزم شد؟ وضعیت ضمان معاوضی چه خواهد بود؟ اگر مبیع در ید مشتری تلف شد، آیا باید عوض را بدهد یا ثمن در نزد بایع باقی می‌ماند؟ این‌ها پرسش‌هایی است که طرف‌داران اعتبار این گونه قراردادها پاسخی به آن نداده‌اند.

با این حال، با عنایت به گسترش روابط تجاری بین‌المللی میان اشخاص خصوصی کشورهای مختلف و تأثیر بسیاری که تأسیسات حقوقی نظام کامن‌لا و به خصوص نظام حقوقی انگلستان بر تجارت بین‌المللی دارد، دیری نخواهد گذشت که استفاده از این شرط در حقوق ایران نیز شایع خواهد شد. به همین دلیل، شایسته است نظام حقوقی یک کشور پیش از

1. réserve de propriété

آنکه یک تأسیس حقوقی بیگانه، خود را به سیستم حقوقی و قضایی آن تحمیل کند، با شناخت کامل و صحیح آن نهاد و روشن نمودن جایگاه آن، ابتکار عمل را در دست گرفته، مانع سردرگمی در برخورد با چنین نهادهایی شود. این نوشته با دو عنوان اصلی ارائه می‌گردد؛ نخست درباره ماهیت این شرط در حقوق فرانسه بحث می‌شود و پس از آن، ماهیت این شرط در حقوق ایران با دیدگاه فقهی بررسی و ارزیابی خواهد شد.

۲. ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق فرانسه

به موجب ماده ۲۳۶۷ قانون مدنی فرانسه، شرط حفظ مالکیت عبارت است از انواع شروطی که در قراردادهای ناقل مالکیت درج شده، انتقال مالکیت موضوع قرارداد را به ایفای کامل تعهدات طرف مقابل وابسته می‌نماید. حقوق دانان فرانسوی، انتقال مالکیت به صرف توافق طرفین قرارداد^۱ را جزء ماهیت^۲ بیع نمی‌دانند^۳ (Simler et Delebecque, 2009, p.639). بر این اساس، ایجاد تأخیر در تعهد بایع نسبت به انتقال مالکیت مبیع، با هیچ قاعده حقوقی مغایرت ندارد. به اعتقاد آنان، برای درک ماهیت شرط حفظ مالکیت و تمیز آن از شروط تعلیقی باید انعقاد قرارداد را از انتقال مالکیت تفکیک نمود. تنها انتقال مالکیت است که تحت تأثیر شرط حفظ مالکیت قرار می‌گیرد، اما شرط حفظ مالکیت، مانع انعقاد بیع نمی‌شود^۴ (Simler et Delebecque, 2009, p.639).

۲.۱. سابقه تاریخی

به موجب ماده ۱۱۳۸ ق.م.ف: «تعهد به تسلیم، به صرف توافق طرفین متعاقدین، کامل می‌گردد». البته منظور از تعهد به تسلیم، تعهد به انتقال مالکیت موضوع قرارداد است^۵. به این ترتیب،

1. *solo consensus*
2. *essence*

۳. اگرچه این شرط اغلب ضمن قرارداد بیع می‌آید، اما درج آن در سایر قراردادهای تملیکی یا قراردادهای عهدی که به تملیک منجر می‌شود، مانند قرارداد پیمانکاری (*contrat d'entreprise*)، نیز ممکن و معتبر است. مطابق نظر دیوان کشور فرانسه، «دعوی استرداد اموالی که مالکیت آن در اجرای یک شرط قراردادی حفظ شده است، قابل طرح می‌باشد؛ صرف نظر از ماهیت حقوقی قراردادی که این شرط ضمن آن درج گردیده است» (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، رأی مورخ ۱۹ نوامبر ۲۰۰۳) (Jeantin, 2007, p.461).

۴. این نظر با دیدگاه برخی از اهل سنت مشابهت دارد که به تبعیت از غزالی بر این باورند که بیع متضمن دو اثر متفاوت است؛ إذن در تصرف، و انتقال مالکیت. حال اگر دومی منتفی شد، اولی همچنان باقی است. این نظر با مفاد قاعده «ما یضمن...» مغایر بوده و در فقه امامیه بر آن ایراد وارد شده است (کرکی، ۱۴۱۱ق، ص ۴۳).

۵. در خصوص تفاوت تعهد به فعل یا ترک فعل (*obligation de faire*)، از یک سو و تعهد به تسلیم (*obligation de donner*) از سوی دیگر، ر.ک. Carbonnier, 1976, p.564 و Mazeaud, Chabas, 1998, p.12. در واقع، تعهد به تسلیم خارجی و مادی مبیع، تعهد به فعل است و با تعهد به تسلیم که اثری مشابه با تعهد به نتیجه دارد، متفاوت می‌باشد.

انتقال مالکیت مبیع، به صرف توافق و بدون نیاز به انجام عمل خاصی محقق می‌گردد. این ماده سبب انتقال مالکیت را نفس عقد دانسته است، نه انجام تعهدی از جانب طرفین. اما در حقوق فرانسه، قانون مصوب ۱۹۹۰م و پیش از آن، رویه قضایی - البته با تعبیر و تفاسیر متفاوت - طرفین عقد را مجاز دانسته است تا به صورت موقتی این اثر عقد بیع را تعطیل نموده، انتقال مالکیت را به تأخیر بیندازند (Bourdelois, 2009, p.22). با وجود تجویز شرط حفظ مالکیت از سوی رویه قضایی، در حقوق فرانسه اغلب حقوق دانان با نظر منفی به شرط حفظ مالکیت می‌نگرند؛ چنان‌که یکی از حقوق دانان برجسته این کشور در دهه هشتاد میلادی عنوان می‌دارد: «شرط حفظ مالکیت از لحاظ ماهیت، نامطبوع و از دیدگاه آثار، زیان‌بار است» (Marsh, 1994, p.253). تا هنگام تصویب قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ که اکنون قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ جایگزین آن شده است، رویه قضایی فرانسه، تخلف از مقررات ماده ۱۵۸۳ ق.م.ف. را به سختی می‌پذیرفت، تا اینکه مقرراتی در خصوص این شرط در مواد ۱۱۵، ۱۲۱ و ۱۲۲ قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ پیش‌بینی شد. قانون ۱۲ می ۱۹۸۰ قابلیت استناد این شرط را حتی پس از اعلام حکم ورشکستگی مشتری به رسمیت شناخت. قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ نیز مقررات مشابهی در زمینه شرط حفظ مالکیت به نفع بایع پیش‌بینی نمود.

۲.۲. نظریات مربوط به ماهیت شرط حفظ مالکیت

شرط حفظ مالکیت، اگر بدون دخل و تصرف از طرف قانون‌گذار و یا رویه قضایی اعمال گردد، آثار شگفتی به بار می‌آورد که نه تنها از لحاظ نظری قابل توجیه نیست، بلکه از جنبه عملی عمدتاً اهداف سوءاستفاده‌گرانه‌ای در خود پنهان دارد. گستن^۱، حقوق‌دان فرانسوی، اعتقاد دارد که در بیع مشروط به این شرط، مشتری هیچ جایگاهی در عقد ندارد؛ به این معنا که نه تنها مالک مبیع نیست، بلکه متصرف قانونی^۲ آن هم شمرده نمی‌شود تا بتواند از مرور زمان مملکت - موضوع ماده ۲۲۷۹ ق.م. سابق فرانسه - بهره‌مند گردد؛ چراکه شرط استناد به این مرور زمان، تصرف به‌عنوان مالکیت است که مشتری در این بیع، فاقد آن می‌باشد. به اعتقاد گستن، مشتری در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، صرفاً متصرف عملی^۳ مبیع محسوب می‌شود (Théry, 1998, p.394-395). همین مشکلات باعث شد که در رویه قضایی و دکترین در

تعهد اخیر به‌موجب ماده ۱۵۸۳ ق.م.ف. به صرف انعقاد بیع، خودبه‌خود اجرا می‌شود؛ بدون اینکه نیاز به اقدامی از سوی بایع باشد.

1. Ghestin
2. possesseur
3. détenteur

خصوص این شرط، نظریات مختلفی مطرح گردد؛ از جمله نظریه تضمینی، نظریه تعلیقی و نظریه اجرایی که در ادامه به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱.۲.۲. نظریه مالکیت تضمینی^۱

پس از تصویب قانون راجع به اجاره به شرط تملیک در دوم ژوئیه ۱۹۶۶ و قانون راجع به شرط حفظ مالکیت در ۱۹۸۰م، عنوان مالکیت تضمینی مطرح، و بلافاصله موضوع مناقشه‌های بسیاری در حقوق فرانسه قرار گرفت. حقوق‌دانان این کشور ملاحظه کردند که ماهیت و کارکرد این قراردادها چیزی جز ایجاد تضمین برای پرداخت ثمن نیست، اما در مقابل، چارچوب‌های مستقر حقوقی تاب آن را ندارد که ماهیت این قراردادها از تملیک معلق به تضمین، تعبیر و تبدیل گردد. حقوق‌دانان برجسته‌ای مانند گستن، پیش از آنکه قانون مدنی در سال ۲۰۰۶م، شرط حفظ مالکیت را از جمله اسباب تضمین محسوب نماید، به این نظریه می‌تاختند. به اعتقاد ایشان «پذیرش اینکه مالکیت می‌تواند کارکرد تضمینی داشته باشد، مستلزم ابداع علاقه جدیدی میان اشخاص و اموال است؛ احتمالی که در حکومت قوانین موضوعه فعلی، مورد تردید جدی است» (Théry, 1998, p.387). در مقابل، بسیاری از حقوق‌دانان، این دیدگاه را نپذیرفتند. به اعتقاد آنان، حقوق پیش‌بینی شده در مواد ۵۴۴ و ۵۴۶ ق.م.ف. جنبه تمثیلی دارد، نه حصری^۲. برای مثال، در عقد حبس^۳، موضوع مواد ۲۰۱۱ تا ۲۰۳۱ ق.م.ف، یکی از کارکردهای انتقال موقت مالکیت، ایجاد ضمانت می‌باشد. در واقع به‌کارگیری مالکیت به‌عنوان ابزاری برای ضمانت، خلق کاربرد جدیدی برای مالکیت نیست، بلکه کشف کاربردی است که مالکیت از آغاز داشته است (Théry, 1998, p.388). شاید مناقشه‌برانگیزترین شرایطی که شرط حفظ مالکیت در آن مورد استناد قرار می‌گیرد، فرض ورشکستگی مشتری باشد. در حقوق فرانسه، دکتین و رویه قضایی، پیش از تصویب قانون راجع به شرط حفظ مالکیت در ۱۹۹۰م، استناد به این شرط را در فرض ورشکستگی مشتری نمی‌پذیرفتند، اما با تصویب این قانون، این شرط در فرض ورشکستگی مشتری نیز معتبر و قابل استناد تلقی شد (آرای شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، ۹ می ۱۹۹۵، ۲۳ ژانویه ۲۰۰۱) (Simler et Delebecque, 2009, p.638). در نهایت نیز به‌موجب اصلاحات مورخ ۲۳ مارس ۲۰۰۶ قانون مدنی فرانسه، بند ۴ ماده ۲۳۲۹ ق.م.ف، حفظ مالکیت را در کنار حق تقدم، رهن منقول و وثیقه منقول، یکی از اسباب توثیق اموال منقول قلمداد نمود. ماده ۲۳۶۷ ق.م.ف. در ذیل عنوان «مالکیت حفظ‌شده

1. propriété sûreté

۲. ماده ۲۹ قانون مدنی ایران نیز متضمن مقررات مشابهی است و می‌تواند طرح مباحث مشابهی را در خصوص تضمینی تلقی نمودن شرط حفظ مالکیت موجب گردد.

3. la fiducie

به‌عنوان ضمانت»، مقرر می‌دارد: «مالکیت یک مال ممکن است، در نتیجه شرط حفظ مالکیت که باعث تعلیق اثر انتقالی عقد می‌گردد، به‌عنوان ضمانت^۱، حفظ گردد. مالکیتی که این‌چنین حفظ شده، تابع طلبی است که پرداخت آن را تضمین نموده است».

پیش از پذیرش نظریه مالکیت تضمینی در قانون مدنی فرانسه، رویه قضایی این کشور در اغلب موارد، ماهیت شرط حفظ مالکیت را چیزی بیش از تضمین نمی‌دانست؛ چنان‌که دیوان این کشور برخلاف مفاد ماده ۱۵۹۹ ق.م.ف، فروش مبیع را از سوی مشتری در بیع، مشروط به این شرط، معتبر قلمداد نموده است (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، رأی مورخ ۱۱ مارس ۱۹۹۷). برخی حقوق‌دانان فرانسوی رأی اخیر را مفید مقرر نمودن استثنایی جدید بر قلمرو ماده ۱۵۹۹ ق.م.ف می‌دانند که فروش مال غیر را بی‌اعتبار تلقی نموده است. (Jeantine, 2007, p.463)، اما با اصلاحات قانون مدنی و تضمینی تلقی شدن شرط حفظ مالکیت، دیگر فروش مبیع در چنین بیعی، فروش مال غیر محسوب نمی‌شود. حقوق‌دانان فرانسوی در بیع غیرمنقول نیز اثر مشابهی برای شرط حفظ مالکیت می‌شناسند؛ به این معنا که در این فرض، برای بایع نسبت به ثمن، حق وثیقه بر مبیع ایجاد می‌شود. البته در حقوق فرانسه، به‌موجب بند ۱ ماده ۲۳۷۴ ق.م.ف، در بیع غیرمنقول، بایع نسبت به ثمن دارای حق تقدم^۲ نسبت به مبیع است. بنابراین، در ظاهر، درج شرط حفظ مالکیت برای بایع نفعی دربر نخواهد داشت، اما فایده این شرط در فرضی حاصل می‌شود که قرارداد بیع غیرمنقول، آگهی^۳ نشده است. در این فرض، به‌موجب رأی مورخ ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۴ شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، وجود شرط حفظ مالکیت برای استرداد مبیع و استیفای ثمن از محل آن کفایت می‌کند؛ هرچند که پیش از تاریخ توقف مشتری، ثبت رسمی قرارداد صورت نگرفته باشد (Jeantine, 2007, p.464).

۲.۲.۲. نظریه تعلیقی^۴

در حقوق فرانسه، ظاهر بر آن است که هدف طرفین از درج شرط حفظ مالکیت در بیع، تضمین پرداخت ثمن بوده است. اما چنانچه شخص ذی‌نفع خلاف این ظهور را به‌اثبات رساند، به اعتقاد بسیاری از حقوق‌دانان این کشور، آثار شرط تعلیقی بر شرط حفظ مالکیت بار می‌گردد. در خصوص نوع تعلیقی که شرط حفظ مالکیت در عقد ایجاد می‌نماید، دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده است. برابر یک نظر، این شرط صرفاً برای انتقال مالکیت مبیع، موعد، تعیین می‌نماید^۵. با این تعبیر، عقد، منعقدشده محسوب می‌شود، اما انتقال مالکیت مبیع به

1. en garantie
2. privilège
3. la publicité
4. théorie suspensive
5. terme suspensif

تأخیر می‌افتد. در مقابل، برخی اعتقاد دارند که در فرض غیرتضمینی بودن شرط حفظ مالکیت، آثار عقد معلق^۱ بر عقد مشروط به این شرط بار می‌گردد؛ بنابراین، تا پیش از تحقق شرط، بائع مالک ثمن و مشتری مالک مثن نمی‌شود (Bourdalois, 2009, p.22). در بسیاری از آرای دیوان کشور فرانسه، از جمله در رأی ۳۰ آوریل ۱۹۷۰ شعبه یک مدنی، نتیجه درج شرط حفظ مالکیت، معلق شدن عقد بیع اعلام شده است؛ اگرچه برخی حقوق‌دانان فرانسوی از این تحلیل انتقاد کرده، به مخالفت آن با قصد مشترک طرفین اعتقاد دارند (Ghestin et Desche, 1990, n 603). آن دسته از حقوق‌دانان فرانسوی که اثر تعلیقی این شروط را پذیرفته‌اند، در توجیه حقوقی تصرفات مشتری در مبیع، پیش از تحقق شرط، قائل به مالکیت قهقرایی^۲ مشتری نسبت به مبیع شده‌اند؛ به این معنا که پس از تحقق شرط، کشف می‌گردد که مشتری از هنگام وقوع عقد و در زمان تصرف مبیع، مالک آن بوده است. این حکم در حقوق فرانسه، از آنجا قابلیت پذیرش و دفاع دارد که ماده ۱۱۷۹ ق.م.ف، عقد معلق را به‌طور کلی دارای اثر قهقرایی می‌داند.^۳ اما حقوق‌دانان فرانسوی اذعان دارند که در نظر گرفتن اثر تعلیقی برای شرط حفظ مالکیت، در فرضی مشکل‌ساز است که به هر علت شرط محقق نشده، مبیع از سوی بائع مسترد گردد. در این فرض، بیع هیچ اثری نخواهد داشت و تصرف مشتری نسبت به آن غیرقانونی تلقی خواهد شد. به همین دلیل، آن‌ها اعتقاد دارند که نظریه تعلیقی یکسره باید کنار گذاشته شود (Simler et Delebecque, 2009, p.639).

۲.۳. نظریه اجرایی^۴

در رویه قضایی فرانسه، همواره این پرسش مطرح بوده که ماهیت اجرای شرط حفظ مالکیت و استرداد مبیع چیست؟ آیا این اقدام به‌منزله انحلال بیع است یا اجرای آن؟ حقوق‌دانان فرانسوی برای ایجاد تمایز میان بیع معلق و بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، استدلال می‌نمایند که در فرض اخیر، همه آثار بیع به‌بار می‌آید و استرداد مبیع از سوی بائع باعث انحلال بیع نمی‌گردد، بلکه وسیله‌ای است برای اجرای قرارداد و استیفای ثمن از سوی بائع (Simler et Delebecque,)

1. condition suspensive

2. rétroactive

۳. در مقابل، در حقوق ایران در خصوص عقود معلق، برخلاف عقود غیرنافذ، اثر قهقرایی شناسایی نشده است. بنابراین، در حقوق کشورمان، حتی در صورت پذیرش اثر تعلیقی برای برخی از انواع شرط حفظ مالکیت، نمی‌توان قائل به اثر قهقرایی برای عقد شد. در واقع، آنچه که در حقوق ایران به‌عنوان نظریه کشف مطرح می‌شود، ناظر به عقد فضولی و در تفسیر موسع، ناظر به سایر عقود غیرنافذ مانند عقد اکراهی است. اما در خصوص عقود تعلیقی نمی‌توان نظریه کشف یا اثر قهقرایی را پذیرفت. صرف نظر از مفاد ماده ۳۴۶، از دیگر دلایل تفاوت ماهیتی عقود غیرنافذ و عقد معلق می‌توان به مواد ۲۵۰ و ۸۳۰ ق.م. در خصوص اثر رد پیش از قبول اشاره کرد که به‌خوبی گویای صحت عقد غیرنافذ، پیش از اجازه مالک و بی‌اثر بودن عقد معلق، پیش از تحقق معلق‌علیه است.

4. restitution vaut paiement

2009, p.639). رویه قضایی فرانسه در تفسیر ماهیت استرداد مبیع، اقدام به استرداد را موجب انحلال عقد نمی‌داند، بلکه آن را به منزله تأدیة ثمن قلمداد نموده است (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، رأی مورخ ۵ مارس ۱۹۹۶). از منظر حقوق دانان فرانسوی، مبنای این تفسیر آن است که اثر اجرای شرط حفظ مالکیت، رهایی بائع از رقابت با دیگر طلبکاران مشتری در استیفای ثمن است. اجرای شرط، اثری بیش از این ندارد؛ چراکه بائع ملزم است تا مابه‌التفاوت ثمن حاصل از بازفروش مبیع و بدهی مشتری بابت ثمن را به شخص اخیر مسترد نماید (Jeantine, 2007, p.468). از دیگر آثار مهم این تفسیر، تعلق منافع مبیع از زمان عقد تا زمان استرداد به مشتری است. این امر به خصوص مزیت این نظریه را نسبت به نظریه تضمینی نشان می‌دهد؛ چراکه اصولاً منافع عین مرهونه، متعلق به مرتهن است و این حکم می‌تواند مشتری را پس از استرداد مبیع، با دعوای اجرت‌المثل مال موضوع قرارداد از سوی بائع مواجه سازد.

۳. ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران

تطبیق شرط حفظ مالکیت با مقررات مربوط به اعتبار شروط مقرر در مواد ۲۳۲ تا ۲۳۴ ق.م، روشن می‌کند که اعتبار این شرط به دلایل مختلف می‌تواند مورد تردید قرار گیرد. بنابراین، پذیرش بی‌قید و شرط آن در حقوق ایران امکان‌پذیر نیست. با این حال، با ترتیب اثر دادن به هدف طرفین از درج شرط حفظ مالکیت و به استناد قوانین موجود، می‌توان به نحو خاصی قائل به اعتبار این شرط گردید.

۳.۱. توجیه بی‌اعتباری شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران

اگر در چارچوب قواعد حقوق ایران به موضوع نگاه کنیم، در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، نمی‌توان وضعیت انشاء را متوجه شد. بیع از قبیل انشائات است، حال با وجود شرط حفظ مالکیت، چگونه می‌توان عدم انتقال مبیع به مشتری و مفهوم تملیک را در آن واحد، اراده و انشاء نمود. اگر انشای تملیک صورت نگیرد، عقد به دلیل تعلیق در انشاء به کلی باطل است و اگر قرار باشد که منشأ به تأخیر افتد، با عقد معلق مواجه خواهیم بود؛ نه عقد مشروط. در آثار بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، اختلاف و گرافه بسیار حادث می‌شود؛ از جمله اینکه انتقال ضمان معاوضی به مشتری قویاً محل تردید است، نه فقط به این سبب که علت انتقال ضمان معاوضی، انتقال مالکیت مبیع است و بدون سبب، مسبب قابل حصول نیست، بلکه به جهت تصور ناپذیر بدان انفساخ بیعی که مالکیت مبیع از آن منتج نشده است. از دیدگاه فقهی نیز بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت را نمی‌توان در قالب هیچ‌یک از انواع بیع صحیح قرار داد؛ قطعاً بیع نقد نیست، به خصوص در فرضی که شرط حفظ مالکیت برای تضمین پرداخت

ثمن در قرارداد درج می‌گردد؛ بیع نسبه هم نیست، چون مبیع حال نیست و مالکیت آن منتقل نمی‌شود. در بیع سلف نیز نه‌تنها ثمن باید در مجلس عقد به بایع پرداخت گردد، بلکه مبیع نیز باید کلی در ذمه باشد. در واقع، بیع سلم نسبت به عین معین، باطل تلقی می‌شود (طوسی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲). به این ترتیب، بیعی که از لحاظ نقد و نسبه بودن در قالب یکی از این سه قسم بیع قرار نگیرد، ناچار بیع کالی به کالی تلقی شده، باطل است. البته در بیع کالی به کالی نیز مبیع، کلی در ذمه است، اما ملاک اعتبار بیع، کالی به کالی تلقی نشدن نیست، بلکه مطابق قاعده «الأحكام تابعة للأسماء»، قابلیت اطلاق یکی از عناوین سه‌گانه پیش‌گفته (نقد، نسبه و سلف) نسبت به معامله، برای اعتبار بیع ضروری است (مراغی، ۱۴۲۵، ص ۱۷۸). افزون بر این، به‌نظر می‌رسد که بی‌اعتباری شرط حفظ مالکیت در بیع نسبه، مستند به برخی از اخبار نیز باشد. روشن است که در اغلب موارد، هدف از درج شرط حفظ مالکیت در بیع، تضمین تأدیة ثمن است؛ به این نحو که اگر مشتری ثمن را پرداخت نکرد، بایع بتواند با دراختیار داشتن مالکیت مبیع، طلب خود را از محل مبیع استیفا نماید. در منابع فقهی، در موردی قابل تطبیق، احادیث و آرای متعددی مبنی بر منع این اقدام، یعنی استیفای طلب بایع از محل مبیع، وارد شده است. برای مثال، در خبری معروف به حدیث حناط آمده است که «محمد بن قاسم حناط به امام (ع) عرض کرد: گندمی را به نسبه می‌فروشم، سر موعد به سراغ مشتری می‌روم، درحالی که قیمت گندم تغییر کرده، مشتری می‌گوید: درهم ندارم، حضرت فرمود: به قیمت روز از او گندم بگیر، گفتم: این گندم همان گندمی است که از من خریده است، حضرت فرمود: از او بگیر تا اینکه گندم خودش را بفروشد و پولش را به تو بدهد...» (قمی، ۱۳۷۹، ص ۴۴۵). ملاحظه می‌شود که وصول طلب بایع از محل مبیع، حتی در قالب یک قرارداد جدید منع شده است. البته در باب حکم مستفاد از این روایت، بین فقها اختلاف نظر وجود داشته است و برخی از ایشان، حکم روایت را منحصر به بیع گندم یا اشتراط این شرط در متن عقد دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۴-۱۰۸). با این حال، فقهایی که قائل به صحت چنین بیعی (خرید مبیع از سوی بایع در بیع نسبه) شده‌اند نیز از باب جریان ادله لزوم وفای به عقد و انتقال مالکیت مبیع به مشتری بوده است.^۱ اما اگر تعلق مبیع به بایع در نتیجه عدم پرداخت ثمن، منوط به انعقاد عقد جدیدی نباشد و عقد فی‌نفسه مقتضی آن باشد، هیچ دلیلی برای صحت چنین شرطی قابل ارائه نیست.

۱. «و صحیح بشار؛ سأل أباعده الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئا، فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: لأبأس به، فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا يقرک ولا غنمک».

۳. ۱. ۱. دلایل مغایرت شرط حفظ مالکیت با مقتضای ذات عقد بیع

الف) انتقال مالکیت عوضین و مقتضای ذات عقد بیع

در چارچوب قوانین موضوعه ایران، با تعبیر و تفسیر دقیق مقتضای ذات عقد، نمی‌توان اعتبار شرط حفظ مالکیت را پذیرفت. در واقع، ذات عقد، آن چیزی است که عقد فی‌نفسه مقتضی آن است. هر اثری که به‌بار آمدن آن به اراده مستقیم طرفین نیاز نداشته باشد و به صرف توافق بر عقد حاصل گردد، مقتضای ذات عقد است. مقتضای ذات عقد بلافاصله با انعقاد عقد صحیح به‌ثمر می‌نشیند و به‌بار آمدن چنین آثاری به‌موجب شرع یا قانون، منوط به آن نیست که طرفین نسبت به آن سکوت کرده باشند. بنابراین، ایجاد حلیت در عقد نکاح، انتقال مالکیت عوضین در بیع و انتقال مالکیت منافع در اجاره، مقتضای ذات این عقود است. قانون یا شرع در هیچ‌جا مقرر نکرده است که اگر طرفین در قرارداد تصریح ننموده باشند یا بنابر عرف نتوان تشخیص داد، مالکیت عوضین بلافاصله پس از انعقاد بیع به طرفین منتقل می‌شود. درمقابل، با اینکه قانون‌گذار در مقام بیان بوده، به‌طور مطلق مقرر داشته است که بیع صحیح باعث انتقال بلافاصله مالکیت می‌گردد (ماده ۳۶۲ ق.م.). با توجه به این مراتب، مفهوم و مصداق مقتضای اطلاق هم روشن می‌شود. آنچه در فرض سکوت طرفین قرارداد یا به تعبیری در فرض اطلاق قرارداد، قانون برای آن تعیین تکلیف می‌کند، مقتضای اطلاق عقد است؛ مانند موعد تسلیم میع و تأدیة ثمن (ماده ۳۴۴ ق.م.) یا زمان تأدیة اجاره‌بها (شق سوم ماده ۴۹۰ ق.م.). به تعبیر دیگر، طرفین قرارداد قادر به تصرف در آثاری هستند که عقد صرفاً در فرض اطلاق، مقتضی آن است، اما تعیین آثاری که عقد، ذاتاً و فی‌نفسه مقتضی آن است، در اختیار طرفین قرار ندارد. بنابر این تعبیر، شرط حفظ مالکیت مغایر مقتضای ذات عقد شمرده می‌شود؛ هرچند برای مدتی محدود، مانع تحقق مقتضای ذات عقد گردد. البته پذیرش مغایرت شرط حفظ مالکیت با مقتضای عقد دشوار است، چون بنابر نظر مشهور، شرط خلاف برخی از اجزای مقتضی باعث بطلان عقد نیست (امامی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۲). این تعابیر، تشخیص این را که شرطی مخالف مقتضای ماهیت عقد است یا مقتضای اطلاق آن، دشوار کرده است. شیخ انصاری عنوان می‌نماید که شخصی مانند محقق کرکی، باوجود تبصره در فقه، در حل این موضوع درمانده است. دانشمند اخیر، انتقال مالکیت عوضین در بیع را مقتضای ماهیت و ذات بیع دانسته و شرط خلاف آن را باطل و مبطل اعلام کرده است. همچنان‌که ثبوت توثیق در رهن و ثبوت مال بر ذمه ضامن را دارای همین حکم دانسته است. ایشان شرط انتفای این آثار را، کلاً یا بعضاً، منافی با مقتضای ذات عقد اعلام نموده و این ایراد مقدر را که انتقال مالکیت بعد از تحقق شرط برای تحقق مقتضای عقد کافی است، نپذیرفته‌اند. به اعتقاد ایشان، بیع مقتضی انتقال مالکیت و بهره‌برداری از مبیع به‌طور مطلق است و منع از بعضی، از لحاظ زمانی یا

مصادقی، مغایر مقتضای ذات عقد است. البته ایشان اقرار می‌نمایند که دفع این ایراد و اشکال به آسانی میسر نیست (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۱۸).

(ب) محال بودن جمع متناقضین

فرض بر این است که در شرط حفظ مالکیت توافق می‌شود که تا زمان پرداخت ثمن، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نگردد و در صورت عدم پرداخت ثمن نیز مالکیت هیچ‌گاه منتقل نشده، بیع منحل گردد. با این اوصاف، تحقق شرط موجب معدوم شدن عقد و به تبع آن خود شرط است که محتملی جز عقد ندارد. بنابراین، چنین شرطی مستلزم محال است؛ چراکه از وجود آن، عدمش لازم می‌آید (خویی، ۱۴۱۵، ص ۱۴۴). به موجب شرط حفظ مالکیت، تحقق شرط یعنی اثرگذاری قانونی آن؛ به این نحو که با عدم پرداخت ثمن، بیع بی‌اثر بوده، موجب بطلان بیع می‌شود و بطلان بیع مستلزم بطلان شرط خواهد بود. بنابراین، تحقق شرط باعث بطلان خود شرط می‌شود. شاید ایراد شود که خاصیت همه شروط منحل‌کننده عقد همین است. شرط خیار هم باعث انحلال عقد می‌شود، اما چرا کسی معتقد نشده که تحقق خیار شرط باعث انحلال خود شرط خیار است؟ به همین سبب، این استدلال که اجرای شرط حفظ مالکیت مستلزم عدم شرط است، خود مبتلا به دور است؛ به این معنا که قبل از ورود به بحث، به بطلان عقد در اثر بطلان شرط حفظ مالکیت معتقد شده‌ایم و بعد استدلال می‌کنیم که تحقق این شرط باعث بطلان خود شرط است. دور به این صورت معلوم می‌شود که بگوییم، بطلان شرط موجب بطلان عقد است و بطلان عقد موجب بطلان شرط. پس ما از بطلان شرط، بطلان شرط را نتیجه گرفته‌ایم که این خود مصادق دور است. به دو صورت می‌توان به این ایراد پاسخ داد. نخست آنکه در فقه در خصوص بیع نسبه فقط پیش‌بینی خیار فسخ پذیرفته شده و حتی شرطی که به منزله شرط فاسخ بوده و خودبه‌خود باعث انحلال عقد گردد، بی‌اعتبار تلقی شده است. در متن قواعد علامه آمده است که توافق بر اینکه اگر مشتری در مدت معینی ثمن را پرداخت نکند، برای بایع خیار شرط است، صحیح است؛ اما شرط بر بی‌اعتباری بیع در همین فرض، باطل و بی‌اثر خواهد بود و حتی برخی نظر به بطلان عقد و شرط در این باره دارند (کرمی، ۱۴۱۱، ص ۲۰۵).^۱ محقق کرکی، شارح قواعد، قول به بطلان بیع را به دلیل مغایرت آن با مقتضای عقد، اظهار می‌داند؛ چراکه تحقق شرط موجب انتفاء و انحلال عقد است. در واقع، یکی از دلایل مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد، استلزام عدم عقد از وجود شرط است. تفاوت ماهوی خیار شرط با فرض دوم (در صورت عدم پرداخت ثمن بیعی وجود

۱. «لو شرط خيار الفسخ إن لم يتقده في مدة معينة صح و لو شرط ألا يبيع ان لم يأت به فيها، ففي صحت البيع نظر، فان قلنا به بطل الشرط على إشكال».

نداشته باشد) در این است که انحلال بیع در این فرض، خودبه‌خود و بدون نیاز به ايقاع فسخ صورت می‌گیرد. همین تعبیر، روشن‌کننده تفاوت شرط موضوع مثال با شرط حفظ مالکیت است. ماهیت این شرط، بیشتر قابل انطباق با شرط فاسخ است؛ چراکه عقد به‌طور صحیح منعقد شده، اما به دلیل عدم پرداخت به‌موقع ثمن، خودبه‌خود منحل می‌گردد. درحالی که در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، شرط مانع از انعقاد صحیح عقد است و در صورت پرداخت نشدن ثمن، هیچ‌گاه عقد صحیحی شکل نخواهد گرفت و باید به قیاس اولویت گفت: اگر عقدی که به‌طور صحیح منعقد شده، به دلیل درج شرط انحلال خودبه‌خود (شرط فاسخ) باطل است، عقدی که به‌واسطه شرط ضمن آن از ابتدا فاقد آثار قانونی بوده است نیز بی‌اعتبار و فاسد تلقی می‌شود.

۳. ۲. ۱. دلایل ایجاد جهل نسبت به عوضین

شیخ علی کرکی، معروف به محقق ثانی، در خصوص شروط باطلی که باعث جهل در یکی از عوضین می‌شود، مثالی مطرح کرده‌اند که قابل انطباق با ماهیت شرط حفظ مالکیت است. در این خصوص آمده است که چنانچه در بیع شرط شود که ثمن باید در مدت معینی پرداخت شود، وگرنه بیعی وجود نخواهد داشت و در نتیجه مالکیت مبیع منتقل نخواهد شد، شرط باطل است (کرکی، ۱۴۱۱ق، ص ۴۳۱)^۱. ایشان دلایل مختلفی برای بطلان این شرط ذکر کرده‌اند. نخست آنکه توافق بر این شرط، به نحو مجازی و صوری صورت می‌گیرد و قصد جدی نمی‌تواند به آن تعلق گیرد. درواقع، تعلق اراده به چنین شرطی، با تعلق اراده به عقد مغایر است؛ چراکه شرط تابع عقد است، اما عقد فقط از لحاظ لزوم تابع شرط است، نه از جهت تحقق و وجود. حال که وجود عقد به تحقق شرط وابسته شده است، معقول نیست که وجود شرط هم وابسته به عقد باشد. به تعبیری، شرط در مقابل جزئی از مبیع یا ثمن قرار می‌گیرد، نه تمام آن. حال که اصل انتقال مبیع به شرط ناظر بر موعد پرداخت وابسته شده است، چگونه می‌توان برای شرط، بخشی از عوض را در نظر گرفت و قائل به آن شد که با تخلف از شرط، فقط لزوم عقد از طرف مشروطه منتفی می‌شود؟ محقق ثانی با توجه به این مراتب، بطلان عقد را در این فرض به دلیل جهل در عوضین، اقوی می‌داند؛ اگرچه به اختلاف نظر میان فقهای شیعه اقرار دارد (کرکی، ۱۴۱۱ق، ص ۴۳۲). در نتیجه معتقد است که با وجود چنین شرطی، تصرف مشتری در مبیع جایز نیست؛ چراکه مبیع، ملک غیر است و مشتری مأذون در تصرف نیست. ایشان نظر برخی از جمله غزالی را رد می‌نماید که بیع متضمن دو اثر مختلف است؛ إذن در تصرف و انتقال مالکیت. حال اگر دومی منتفی گردد، اولی باقی است. به اعتقاد ایشان، در معاملات، إذن در

۱. «كما لو اشترط تسليم الثمن في مدة معينة، فان لم يفعل فلا بيع مثلاً».

تصرفاً مطلق نیست، بلکه بر وجه خاصی اذن داده می‌شود و آن انعقاد بیع صحیح است. شاید در مقام تطبیق این حکم با شرط حفظ مالکیت، ایراد گردد؛ به این ترتیب که در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، بایع با علم به اینکه مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌شود، به او اذن می‌دهد تا در مبیع تصرف نماید؛ در حالی که در بیع باطل، اذن بایع ناظر بر فرض صحت عقد است، نه بطلان آن. دفع این ایراد، از توجه به مفاد قاعده «مایضمن بصحیحه، یضمن بفاسده»، میسر می‌شود؛ چراکه در اجرای این قاعده، علم و جهل طرفین نسبت به بطلان عقد یا عدم انتقال مالکیت، ملاک نیست. چنان‌که اگر غاصب با علم به فضولی بودن، مال مغصوبه را بفروشد و مشتری هم با علم به موضوع آن را بخرد، همچنان شخص اخیر ضامن عین و منافع مبیع می‌باشد. در واقع، در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، پذیرش اذن بایع در تصرف مشتری نسبت به مبیع، متوقف بر پذیرش نظریه غزالی مبنی بر تفکیک اذن به تصرف از انتقال مالکیت مبیع است.

۳.۱.۳. مقدور بودن شرط حفظ مالکیت

در حقوق ایران، اراده طرفین به نفس عقد تعلق می‌گیرد و عقد به‌طور مستقل سبب انتقال مالکیت می‌شود. اراده طرفین عقد، صلاحیت آن را ندارد که از صدر تا ذیل آثار عقد را تعیین نماید. اگر این قابلیت را داشت، بایع فضولی می‌توانست ثمن را به دارایی خود وارد نماید و در بیع عین کلی، طرفین می‌توانستند توافق نمایند که به محض انعقاد عقد، مبیع وارد مالکیت مشتری گردد؛ بنابراین باید دید که آیا اراده طرفین، شایستگی تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع را دارد یا خیر؟

الف) امکان دخل و تصرف طرفین در آثار وضعی عقد

در بررسی شرط حفظ مالکیت، یکی از مسائل مهم آن است که با توجه به اینکه انتقال مالکیت از آثار وضعی بیع است، آیا تعیین آثار وضعی عقود به‌موجب اراده طرفین سابقه‌ای در حقوق ایران دارد؟ شایان ذکر است همه مباحثی که در فقه در خصوص صحت و قدرت الزام‌آور شروط مطرح شده است، ناظر بر دو قسم شرط است: نخست شرطی که ارتباطی با آثار وضعی یا تکلیفی عقد ندارد؛ مانند شرط ضمن عقد بیع مبنی بر حمل کالایی از سوی خریدار. باقی مباحث شروط در فقه نیز ناظر بر شروطی است که آثار تکلیفی عقد را تحت تاثیر قرار می‌دهد؛ مانند شرط تأدیة موجل ثمن. البته رابطه آثار وضعی و تکلیفی عقود، چنان است که همواره می‌توان بدون تصرف در آثار وضعی عقد، آثار تکلیفی ناشی از یک اثر وضعی را تغییر داد؛ برای مثال، طرفین نمی‌توانند حکم جواز عقد را تبدیل به لزوم نمایند، اما می‌توانند حق

فسخ را از خود سلب کرده، به همان نتیجه برسند. دخالت نداشتن اراده اشخاص در آثار وضعی عقود، از امور مسلم است. حتی اگر تصرف در آثار تکلیفی عقود چنان باشد که به منزله تصرف در آثار وضعی عقد باشد، شرط مفید این دخل و تصرف باطل محسوب می‌شود. شیخ انصاری در این خصوص بیان می‌کند که اگر کسی سوگند بخورد که برای همیشه از نوشیدن آب انگور خودداری نماید، سوگند باطل است؛ با اینکه معلوم است که حلیت عصیر از احکام تکلیفی ابتدایی است، نه احکام وضعی^۱ (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۱۳). بنابراین، تحریم دائم اباحه که حکمی تکلیفی است، به دلیل همین دوام، تبدیل و تشبیه به حکم وضعی حرمت می‌گردد و به همین علت باطل است. در مقابل، اگر شخصی سوگند خورد که برای مدتی فعل مباحی مرتکب نشود، سوگند صحیح است. با تطبیق حکم این‌گونه اشتراط در عقد بیع، می‌توان قائل به آن شد که حکم وضعی تملیک قابل تعطیل و تعلیق نیست، اما آثار تکلیفی ناشی از تملیک، قابلیت تعطیل و تعویق دارد؛ مانند الزام به تسلیم مبیع. البته اگر الزام به تسلیم هم برای همیشه منتفی گردد، در حکم تصرف در آثار وضعی عقد است که در تعبیر پیش‌گفته نامقدور تلقی شده است. البته حکم اخیر از توجه به ماده ۹۵۹ ق.م. نیز قابل استنباط است. در همین راستا، یکی از حقوق‌دانان کشورمان در بحث از شروط باطل این‌گونه بیان می‌دارد که اگر غرض از اشتراط، تغییر حکم باشد و نه التزام شخص به فعل یا ترک امری، شرط باطل است (عبده بروجردی، ۱۳۸۳، ص ۳۳).

ب) تشخیص سبب انتقال مالکیت مبیع

شیخ انصاری یکی از مصادیق شروط غیرمقدور را شرطی می‌داند که موضوع آن حصول غایتی است و شرعاً متوقف بر سببی غیر از اشتراط باشد. ایشان شرط نتیجه را به سه دسته تقسیم می‌کنند: نخست، شروطی که می‌دانیم نتیجه مورد نظر طرفین جز به سبب شرعی خاص محقق نمی‌شود؛ مانند شرط به اینکه شخصی زوجه یکی از طرفین شود یا زوجه یکی از طرفین مطلقه گردد یا عین مرهونه در انقضای اجل به مبیع تبدیل شود. در این فرض، شکی در بطلان شرط وجود ندارد (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۲۳). نوع دوم شرط نتیجه، آن است که دلیلی مبنی بر کفایت شرط در تحقق نتیجه مورد نظر طرفین وجود دارد؛ مانند شرط وکالت یا وصایت در ضمن عقد خارج. در این فرض هم شکی در صحت عقد و شرط نیست. اما مشکل از قسم سوم شروط نتیجه حاصل می‌شود. دسته سوم، شروطی است که دلیلی بر تعلق آن به یکی از دو قسم پیش‌گفته وجود ندارد؛ یعنی معلوم نیست که صرف اشتراط در عقد باعث حصول

۱. «وقد ورد بطلان الحلف علی ترک شرب العصیر المباح دائماً معللاً بأنه لیس لک ان تحرم ما أحل الله. ومن المعلوم ان اباحه العصیر لم ینت من الاحکام الوضعیه بل هی من الاحکام التکلیفیه الابتدائیه».

نتیجه مورد نظر طرفین می‌شود یا خیر؛ مانند شرط به اینکه در بیع، مالی غیر از عوضین به یکی از طرفین تملیک گردد. شیخ در نهایت، اعتقاد به صحت چنین شروطی را اقوی می‌داند؛ همچنان‌که شرط به اینکه ثمن صدقه محسوب گردد، صحیح است (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۲۴). با در نظر گرفتن مطالب پیش‌گفته، لازم است معلوم شود که شرط حفظ مالکیت از کدام قسم است؛ قطعاً از قسم دوم نیست، چون دلیلی مبنی بر تجویز تعلیق انتقال مالکیت مبیع به تأدیة ثمن به صرف اشتراط در عقد وجود ندارد. مثال‌هایی که در خصوص این‌گونه شروط آورده شده (شرط وکالت یا وصایت ضمن عقد خارج)، همه اموری است که با اراده طرفین یا شخص مشروط‌علیه تحقق‌یافتنی است. وصیت، نیاز به قبول موصی‌له پیش از موت موصی ندارد و وکالت، بنابر نظری، نیازمند قبول وکیل نیست، بلکه تا زمانی که موکل به اذن خود باقی است، وکیل می‌تواند اقدام به امر موضوع وکالت نماید؛ اگرچه استعفا داده باشد (ماده ۶۸۱ ق.م). در واقع در این دو فرض، اراده موکل یا موصی، علت تامه تحقق شرط است، اما آیا در مانحن‌فیه، علت انتقال بلافاصله مالکیت مبیع، اراده طرفین است تا به صرف توافق نسبت به آن، شرط محقق گردد؟ به تعبیر دیگر، آیا زمان انتقال مالکیت مبیع به‌طور مستقیم مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد؟ در حقوق ایران، سبب انتقال مالکیت مبیع، نفس عقد است، برخلاف حقوق فرانسه و دیگر کشورهای تابع حقوق رم که انتقال مالکیت مبیع، در نتیجه اجرای تعهد بایع نسبت به این مراتب اتفاق می‌افتد. در نتیجه در حقوق ایران، اراده، علت عقد است و خود عقد تعیین‌کننده زمان انتقال مالکیت است. اراده طرفین می‌تواند عقد را معلق نماید، اما نمی‌تواند عقدی را منجز کرده، یکی از آثار آن را معلق کند. در واقع، انعقاد عقد از قبیل شکستن است؛ کسی که سبب شکستن باشد، نمی‌تواند مانع نتیجه این فعل (شکستن) گردد.

۳.۲. توجیه صحت شرط حفظ مالکیت

تعبیر مختلف صورت‌گرفته از ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق فرانسه و دیگر کشورها^۱ نشان می‌دهد که بار نمودن آثار مد نظر طرفین بر شرط حفظ مالکیت، نمی‌تواند با منطق

۱. برابر قانون تجارت متحده‌الشکل جدید ایالات متحده آمریکا، چنین شرطی تنها در صورتی اثر دارد که مبیع به مشتری تسلیم نشده و یا برای وی تعیین و به وی اختصاص داده نشده باشد. در غیر این صورت، یعنی چنانچه مبیع تحویل مشتری داده شده و یا برای وی تعیین یا به وی اختصاص داده شده باشد، شرط حفظ مالکیت نمی‌تواند مانع انتقال مالکیت گردد. تمام آنچه که بایع به‌موجب چنین شرطی تحصیل می‌نماید، عبارت است از یک نفع تضمینی (Security interest) نسبت به مبیع، اما مالکیت به مشتری منتقل می‌شود. منظور از نفع تضمینی، حقی است که صاحب آن نسبت به مال دیگری به‌دست می‌آورد و به‌موجب آن می‌تواند حقوق خود را از محل آن مال استیفاء نماید. به این ترتیب، در حقوق آمریکا در اغلب موارد، شرط حفظ مالکیت مانع انتقال مالکیت مبیع به مشتری نمی‌شود، بلکه تنها برای بایع، حقی مشابه حق رهن در خصوص ثمن معامله ایجاد می‌نماید (Lambrechts, 1971, p.241).

حقوقی و مقتضای عدالت در حقوق این کشورها سازگار باشد. در حقوق ایران نیز دلایل بسیاری برای عدم پذیرش اعتبار این شرط وجود دارد که پیش‌تر به برخی از آنها اشاره شد. بنابراین، تنها راه برای اعتبار بخشیدن به این شرط، تعبیر ماهیت آن به تضمین یا تعلیق است. در ادامه به بررسی این دیدگاه‌ها خواهیم پرداخت.

۳. ۱. ۲. ماهیت تضمینی

دشواری پذیرش اعتبار شرط حفظ مالکیت، تنها ناشی از ماهیت نامطلوب آن و ناسازگاری با قواعد حقوقی نیست، بلکه آثار این شرط نیز اغلب سوءاستفاده‌گرانه و گزاف است. به‌طور معمول، از این شرط برای حمایت از بایعی استفاده می‌شود که تمام ثمن را دریافت نکرده و نمی‌خواهد سرنوشت طلب خود را به درستکاری و یا ملاتت مشتری وابسته نماید. اما به این بهانه، تمامی حقوق مشتری نادیده گرفته می‌شود. درست است که بایع حق دارد ترتیباتی اتخاذ نماید که از دریافت ثمن مطمئن شود، اما نمی‌تواند تمام حقوق مشتری را تحت تأثیر منافع خود قرار دهد. در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، عدم پرداخت تعدادی از اقساط ثمن باعث نگرانی بایع نیست، اما مشتری از این بیع هیچ طرفی نمی‌بندد. قانون‌گذار ایران نسبت به این‌گونه قراردادها بی‌تفاوت نبوده، اندکی تأویل و تفسیر قوانین می‌تواند از بی‌عدالتی جلوگیری کند. ماده ۳۴ ق.ث. اصلاحی سال ۱۳۵۱ش، تمام معاملات شرطی اعم از بیع شرط و غیر آن را در حکم معامله رهنی دانسته، احکام عقد رهن را بر آن بار نموده است. قانون‌گذار خواسته تا بساط رباخوارانی را برچیند که در پوشش بیع شرط، گاه اصل و فرع مبلغی را که قرض داده‌اند می‌ستانند و گاه در مقابل مبلغی ناچیز، مالی را با ارزشی چند برابر تصاحب می‌کنند. مطابق این ماده، مالکیت مبیع در بیع شرط به مشتری منتقل نمی‌شود، بلکه مشتری به نسبت طلب خود، دارای حق رهن در خصوص مبیع خواهد بود. اما عدم انتقال مالکیت مبیع در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، هدف از اشتراط است؛ بنابراین، با اعمال ظاهر ماده ۳۴ ق.ث، مشکل این قراردادها حل نمی‌شود. به همین دلیل، نگاه نخست امر به نظر می‌رسد که این ماده در خصوص بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، قابل اعمال نیست. اما از این ظاهر باید گذشت و به هدف طرفین از انعقاد بیع شرط و بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت و مهم‌تر از آن رابطه نابرابر طرفین در هر دو عقد توجه نمود. در بیع شرط، طلبکار مشتری است و برای تضمین استرداد طلب خود، از قالب حقوقی بیع استفاده می‌کند. اما معمولاً مبیع همچنان در قبض بایع باقی می‌ماند و انتقال مالکیت، ظهور و بروزی فراتر از سند قرارداد ندارد. اما در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت، طلبکار بایع است و او قصد دارد تا برای تضمین طلب خود، مالکیت مبیع را حفظ نماید. در این فرض نیز معمولاً مبیع به مشتری تسلیم

می‌شود و از مالکیت بایع نسبت به مبیع اثری نیست؛ جز در سند قرارداد. همچنان‌که قانون‌گذار در بیع شرط، ظاهر قرارداد را نپذیرفته و هدف طرفین و علت غایی را ملاک اعتبار در تعیین ماهیت و آثار عقد قرار داده است، در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت نیز باید هدف طرفین از درج این شرط، ملاک قرار گیرد. هدف از درج شرط حفظ مالکیت، اغلب تضمین طلب بایع است. به همین دلیل، به رسمیت شناخته شدن حق رهن برای تحقق این هدف کفایت می‌کند. هر حقی بیش از این، به‌منزله به رسمیت شناختن سوءاستفاده بایع از وضعیت خود به‌عنوان طلبکار قراردادی است. چنانچه اراده طرفین مطابق اصل، بر تضمینی بودن شرط حفظ مالکیت استقرار یابد، در صورت عدم پرداخت هرکدام از اقساط ثمن، طلب بایع مطابق موارد ۳۴ و ۳۴ مکرر ق.ث، قابل استیفاء خواهد بود.

۳.۲. ماهیت اجرایی

در حقوق ایران، در تفسیر ماهیت شرط حفظ مالکیت، نظریه تضمینی در مقایسه با نظریه اجرایی، با مبانی حقوقی سازگاری بیشتری دارد؛ چراکه ماده ۱۵۹۹ حقوق مدنی فرانسه نسبت به مبیع غیرمنقول برای بایع در خصوص ثمن، حق تقدم^۱ شناخته است. افزون بر این، قانون راجع به شرط حفظ مالکیت مصوب ۱۹۸۰م و رویه قضایی فرانسه برای مشتری مالکیتی متزلزل را به رسمیت شناخته است.^۲ بنابراین، تسری حکم ماده ۱۵۹۹ ق.م.ف. نسبت به قراردادهای مشروط به شرط حفظ مالکیت (اعم از منقول و غیرمنقول)، چندان دور از ذهن نیست. اما در حقوق ایران، قائل شدن به ماهیتی مشابه با ایفای تعهد برای استرداد مبیع، مستلزم آن است که حکم وضعی انتقال ذمه مشتری به بایع بابت ثمن در مقابل مبیعی که هیچ‌گاه وارد مالکیت مشتری نشده است، قابل تصور و تحقق باشد. درواقع، تفاوت حقوق ایران و فرانسه در آن است که در حقوق کشور اخیر، قانون و رویه قضایی مالکیتی متزلزل برای مشتری قائل شده است و با توجه به آن می‌توان در عالم اعتبار برای بایع نیز مالکیتی متزلزل نسبت به ذمه مشتری متصور بود. درمقابل در حقوق ایران، با توجه به نبود اثر قهقرایی در عقد معلق در بیعی که مالکیت مبیع به مشتری منتقل نشده است، نمی‌توان حکم وضعی انتقال ذمه مشتری به بایع

1. privilège

۲. (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، رای مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۷۹). در حقوق فرانسه، تأویل شرط حفظ مالکیت به شرط تعلیقی، آثار متفاوتی از تعلیق قرارداد در حقوق ایران دارد. با توجه به اثر قهقرایی عقود تعلیقی (ماده ۱۱۷۹ ق.م.ف.)، با تحقق شرط و تأدیة ثمن از سوی مشتری، معلوم می‌شود که شخص اخیر از زمان انعقاد عقد، مالک مبیع بوده است. به همین دلیل، از مالکیت مشتری به مالکیت متزلزل تعبیر می‌شود (Théry, 1998, p.389). اما در حقوق ایران، با عنایت به مقررات قانونی، به‌خصوص ماده ۳۶۴ ق.م.ف. نمی‌توان به اثر قهقرایی عقد معلق و مالکیتی متزلزل برای مشتری در این عقد، قائل شد.

را پذیرفت. بنابراین در حقوق ایران، تعبیر ماهیت شرط حفظ مالکیت، به شرط ناظر بر ایفای تعهد یا شرط اجرایی (در مقابل شرط تعلیقی یا تضمینی)، از اساس مخدوش است.

۳.۲.۳. ماهیت تعلیقی

هدف از درج شرط حفظ مالکیت، همواره تضمین پرداخت ثمن نیست. مهم‌ترین اماره‌ای که نشان‌دهنده غیرتضمینی بودن شرط حفظ مالکیت است، پرداخت نقدی ثمن معامله می‌باشد. چراکه در این صورت، به‌طور قاطع روشن می‌شود که هدف طرفین از درج این شرط، تضمین پرداخت ثمن و یا ایمن ساختن بایع در مقابل اعسار احتمالی مشتری نبوده است. مهم‌تر آنکه در فرض اخیر، از آنجا که بایع طلبی از مشتری ندارد، از لحاظ حقوقی نمی‌توان به نفع وی حق رهن ایجاد نمود؛ چراکه رهن یک عقد تبعی بوده، بدون وجود رابطه حقوقی پایه، نمی‌تواند موجودیت پیدا کند. در چنین شرایطی، از آنجا که بیع صحیح و منجز، مالکیت عوضین را برای طرفین به‌بار می‌آورد و با توجه به اصل «تقابل عوضین»، بدون تملیک عوض، تملک معوض وجهه شرعی و قانونی ندارد، برای رهایی از بطلان عقد باید به معلق بودن آن قائل شویم. بنابراین، در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت غیرتضمینی، نه‌تنها به محض انعقاد بیع، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌گردد، بلکه مالکیت ثمن و انتقال ضمان معاوضی نیز معلق خواهد بود. البته امکان سوءاستفاده از شرط حفظ مالکیت، تنها ناظر به فرضی نیست که هدف از درج آن، تضمین استیفای ثمن است، بلکه در فرض تعلیقی بودن این شرط نیز احتمال سوءاستفاده یا تقلب نسبت به قانون وجود دارد. در این خصوص می‌توان فرضی را برای نمونه آورد که در آن، زوج ملک خود را در قالب سند رسمی به زوجه صلح نماید و ضمن صلح‌نامه شرط شود که این ملک از مالکیت مصالح خارج نگردد؛ مگر پس از فوت او (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵). درواقع، اگر این صلح را منجز و مشروط بدانیم، با اینکه اثری کاملاً منطبق با وصیت دارد، می‌تواند طرفین را از رعایت محدودیت‌های وصایت، ازجمله رعایت ثلث برهاند، اما با معلق تلقی نمودن این قرارداد، می‌توان ضمن رهایی از حکم بطلان، راه را بر تقلب نیز بست. از آنجا که در قرارداد مورد بحث، تملک موضوع معامله از سوی متصالح، معلق بر فوت مصالح شده و تملیک معلق بر فوت مالک عین وصیت تملیکی است، طرفین چاره‌ای جز مراعات مقررات مربوط به وصیت نخواهند داشت. درواقع، برای وصیت تلقی شدن یک سند، لازم نیست که این عنوان در متن قید شده باشد، بلکه مناط اعتبار در این خصوص، ماهیت عمل حقوقی موضوع سند است. اما چنانچه این عقد را صلح منجز و مشروط قلمداد نماییم، احکام مخصوص به وصیت نسبت به آن جاری نخواهد بود.

۴. نتیجه

چنان‌که ملاحظه گردید، شرط حفظ مالکیت از لحاظ ماهیت با مبانی حقوقی ایران انطباقی ندارد. آثار این شرط نیز اغلب نامطبوع و گزاف است؛ گاه برای تضمین زیاده‌خواهی فروشنده طلبکار استعمال می‌شود، گاه برای فرار از مقررات ورشکستگی، و گاهی برای نادیده گرفتن مقررات مربوط به وصیت. همین باعث می‌شود که اگر حقوق‌دان معتقد به بطلان آن نیز نباشد، اجرای بی‌قید و شرط آن را نپذیرد. پیش از آنکه قانونی جامع نه تنها درباره این شرط، بلکه در خصوص نهادهای مشابه مانند اجاره به شرط تملیک تصویب گردد، حقوق‌دان نمی‌تواند وجدان علمی خود را در اجرای این شرط، بدون دخل و تصرف در آن، آسوده ببیند. تلاش در همین راستا بود که باعث شد در این مقاله، بیع مشروط به این شرط، گاه بیع معلق، گاه در حکم رهن و در بعضی موارد نیز باطل قلمداد گردد. با ملاک قرار دادن مراتب یادشده، نتیجه مشابهی نیز در خصوص عقد اجاره به شرط تملیک حاصل می‌شود. بر تطبیق احکام این دو عقد در حقوق فرانسه (Théry, 1998, p.383؛ Simler et Delebecque, 2009, p.647) و حقوق ایران (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۵۸) تأکید شده است. با اینکه در فرض اخیر، قالب حقوقی که طرفین برای تحقق هدف خود انتخاب می‌نمایند، عقد اجاره است، اما ورای این صورت، چه از لحاظ کارکرد اقتصادی و چه از جهت انگیزه طرفین، این عقد انطباق کاملی با بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت دارد. البته از لحاظ شیوع عملی، عقد اجاره به شرط تملیک نیاز بیشتری به ساماندهی دارد؛ چراکه اختیارات گسترده‌ای که این عقد به بایع می‌دهد، در نظام حقوقی کشورمان بیشتر باعث تضییع حقوق مصرف‌کنندگان شده است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۳۸۶). کفایه الاصول. ج ۱، شرح مسعود عباسی، قم: دارالفکر.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۸). حقوق مدنی. ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۹ الف). مکاسب. ج ۲، قم: مطبوعات دینی.
۴. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۹ ب). مکاسب. ج ۳، قم: مطبوعات دینی.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). حقوق مدنی-وصیت. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. خوبی، سید محمد تقی (۱۴۱۵ق). الشروط و الالتزامات التبعیه فی العقود. ج ۱، قم: موسسه المنار.
۷. الطوسی، ابو جعفر (شیخ طوسی)، (۱۳۹۰). مسائل الهامه من کتاب الخلاف. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). دوره عقود معین. ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. کرکی، شیخ علی بن الحسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج ۴، بیروت: موسسه آل البیت - علیهم السلام - لإحياء التراث.
۱۰. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۹). جامع الثنات. ج ۱، ترجمه و تحقیق: روشنعلی شکاری، حسین فریار و محمد ابراهیم پیشماز زیر نظر ابوالقاسم گرگی، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

۱۱. مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۲۵ق). العناوین. ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 ۱۲. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۸۵). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. ج ۲۳، تهران: دارالکتاب اسلامی.

ب) خارجی

13. Bourdelois, Béatrice, Les contrats spéciaux-mementos, 2009, Dalloz, Paris.
 14. Cabrillac, Michel, Mouly Christian, Droit des sûretés, 1990, Librairie de la cour de cassation, Paris.
 15. Carbonnier, Jean, Obligations, 1976, Press universitaires de France, Paris.
 16. Cornu, Gerard, Vocabulaire juridique, 1996, Press universitaires de France, Paris.
 17. Ghestin(J), Desche(B), Traité des contras (la vente), 1990, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
 18. Guy et Lambert, Cours de Droit Civil, t2, 1974, Maisonneuve, Paris.
 19. Jeantin, Michel, Le Cannu, Paul, Entreprises en difficulté, 7^e ed., 2007, Dalloz, Paris.
 20. Lambrechts, Code de Commerce Uniforme des Etats-Unis, Traduit sous auspices de la société de législation comparée, Armand Colin, Paris, 1971.
 21. Marsh (P.D.V), Comparative Contract Law_ England, France, Germany, 1994, Glower.
 22. Mazeaud, Jean, Henri et Leon, Chabas, François, Leçons de Droit Civil : Obligations, 9^e ed., 1998, Montchrestien, Paris.
 23. Simler, Philippe, Delebecque, Philippe, Les Sûretés- La Publicité foncière, 2007, Dalloz, Paris.
 24. Théry, Philippe, Sûretés et publicité foncière, 1998, Presses Universitaire de France, Paris.
 25. Wiederkehr, George et al., Code civil, 108^e ed., 2009, Dalloz, Paris.