

# تعليق قانونی انتقال مالکیت مبيع بر تأديۀ ثمن؟ مطالعه‌ای در قواعد انتقال مالکیت مبيع در حقوق آلمان با نگاهی به حقوق انگلستان و استرالیا

ماشاءالله بناء نیاسری\*

## چکیده

توافق بر حفظ حق مالکیت تا زمان تأديۀ ثمن، ابزار قراردادی رایجی برای تضمین پرداخت ثمن در مواردی است که مبيع پیش از تأديۀ ثمن به خریدار تسلیم می‌گردد. در غالب نظام‌های حقوقی ترتیبات حفظ حق مالکیت مستلزم تحقق تراضی میان خریدار و فروشنده است. این مقاله بر پایه مطالعه تطبیقی حقوق آلمان، استدلال می‌کند که به مصلحت کلیۀ طرفین ذی‌نفع است که احکام قانونی حفظ حق مالکیت مبيع تا تأديۀ ثمن جایگزین شرط لزوم تراضی متعاملین در این خصوص گردد. احکام قانونی حفظ حق مالکیت، یا به عبارتی قواعدی که براساس آن تأديۀ ثمن یکی از شرایط قهری و قانونی - اما در عین حال تخییری - انتقال مالکیت بر مال منقول باشد، چیزی جز جذب عرف رایج قراردادی در قانون نخواهد بود و به این سان احتمال بروز خطا و نزاع و اختلاف از سر راه متعاملین برداشته خواهد شد.

## کلیدواژه‌ها:

حقوق آلمان، حفظ حق مالکیت، تأديۀ ثمن، معاملات وثیقه‌ای.

## مقدمه

یکی از اوصاف مشترک نظام‌های حقوقی مختلف در حوزه حقوق بیع و همچنین حقوق اموال و مالکیت آن است که تأدیة ثمن یکی از شرایط انتقال مالکیت مبیع نیست. بلکه به جای آن، در بیشتر نظام‌های حقوقی به اراده متعاملین وانهاده شده است که ترتیبات حفظ حق مالکیت را بپذیرند؛ یعنی تراضی نمایند که مالکیت مال موضوع بیع تنها با تأدیة کامل ثمن معامله به خریدار منتقل گردد. برخلاف این موضع حقوق موضوعه، فهم عمومی در آلمان آن است که مبیع تنها از زمانی که ثمن پرداخت می‌شود، «ملک» خریدار است.<sup>۱</sup> وانگهی، ترتیبات حفظ حق مالکیت تا تأدیة ثمن نه تنها در آلمان همچون سایر کشورها<sup>۲</sup> بسیار رایج است، به مهم‌ترین ابزار قراردادی برای حفظ و حراست از حقوق و منافع طرفین ذی‌نفع نیز مبدل گشته است.<sup>۳</sup> این امر پرسش‌هایی را مطرح می‌سازد: چرا قواعد ناظر به انتقال مالکیت مبیع منطبق با فهم عمومی کسانی نیست که این قواعد خطاب به آنها وضع شده است؟ آیا قواعد موجود ناظر به انتقال مالکیت مبیع در شرایطی که متبایعین به طور معمول برخلاف این قواعد تراضی می‌کنند، می‌تواند معنا و منطقی داشته باشد؟ آیا این وضع موافق با این اندیشه می‌تواند بود که قوام اقتصادهای بازار مستلزم استفاده بهینه و کارآمد اموال از سوی شهروندان و فعالان حرفه‌ای بازار است؟<sup>۴</sup>

مقاله حاضر می‌کوشد با تحلیل مدل آلمانی از منظر تطبیقی، به این پرسش‌ها و پرسش‌های دیگری که در خصوص جایگاه و اهمیت حقوقی تأدیة ثمن در قرارداد بیع مطرح است، پاسخ گوید.<sup>۵</sup> در بخش نخست مقاله (شماره ۲)، موضع حقوق آلمان در زمینه

1. Harm Peter Westermann, in Kurt Rebmann, Franz-Jürgen Säcker and Roland Rixeder (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (vol 3, München: Beck, 2004) § 449, 1; Herrmann-Josef Bunte, "Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes," *Juristische Arbeitsblätter* (1982): 325; Ulrich Huber, "Kaufvertrag," in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, ed. Bundesministerium der Justiz (Köln, 1981) 911, 921; Hans Schulte, "Zur Möglichkeit eines stillschweigenden Eigentumsvorbehalts," *Betriebsberater* (1977): 269-274.

2. J. Michael Milo, "Retention of Title in European Business Transactions," *Washburn Law Journal* 43 (2003): 121.

3. Ibid, 131; Martin Henssler, in *Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (München: Beck, 2003), Annex (*Anhang*) § 929 note 1; Huber, op. cit., 921-2; Bunte, op. cit., 321; Stefan Leible and Olaf Sosnitza, "Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts," *Juristische Schulung* (JuS) (2001): 48-244, 47-341, 56-449, 59-556, 246; Heinrich Honsell, "Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts," *Juristische Schulung* (1981): 705.

۴. برای مطالعه بیشتر رک.

Ulrich Drobnig, "Transfer of Property," in *Towards a European Civil Code*, ed. Arthur Hartkamp et al. (Netherlands: Kluwer Law International, 2004), 725.

۵. به منظور آنکه ارائه بحثی دقیق و متمرکز در باب موضوع میسر گردد، گستره و دامنه مقاله حاضر را به بیع اموال منقول مادی محدود می‌کنیم. از این رو، مسائل راجع به بیع اموال غیر منقول و اموال غیر مادی (اموال معنوی) در اینجا مطالعه نمی‌شود.

انتقال مالکیت مبیع گزارش شده است. در ادامه، مقاله توضیح می‌دهد که دلایل متقن و مقنعی برای بی‌توجهی قانونگذار به شرطیت تأدیه ثمن در انتقال مالکیت مبیع وجود ندارد و روشن می‌سازد که واقعیت حقوقی در برابر کاستی‌های قواعد قانونی در این زمینه چگونه از خود واکنش نشان داده است. بخش اول مقاله (شماره ۲-۵) نتیجه می‌گیرد که وضع احکام قانونی‌ای دایر به بقای مالکیت بایع بر مبیع تا زمان تأدیه کامل ثمن، به نظر می‌رسد بهترین راه‌حل برای حل مشکلات ناشی از وضع کنونی حقوق موضوعه باشد.

سپس، بخش دوم (شماره ۳) مقاله براساس مباحث اصلاحی‌ای که در خصوص نظام حقوقی حاکم بر وثیقه اموال منقول در انگلستان و استرالیا جاری است، ملاحظات تطبیقی و مقایسه‌ای را به دست می‌دهد. با وجود اینکه در این کشورها گرایش بر این است که با اتخاذ «رویکرد کاردکردی»، شروط حفظ حق مالکیت چنان وثیقه انگاشته شود، با این همه پیشنهاد می‌شود که وضع احکامی قانونی مبنی بر منوط بودن انتقال مالکیت مبیع بر تأدیه ثمن در این نظام‌ها (و سایر نظام‌های) حقوقی نیز مزایا و محاسن خاص خود را به همراه خواهد داشت.

در تذکارهای نهایی، نویسنده می‌کوشد از میان مباحث مطرح در مقاله نتایجی را از جنس عام‌تر و گسترده‌تر، در خصوص نقش حقوق موضوعه در مواردی که این حقوق مورد بی‌اعتنایی و بی‌توجهی تابعان آن است، یعنی به طور معمول از سوی آنها بی‌اعتنایی که قانون خطاب به آنها وضع شده نادیده گرفته می‌شود یا برخلاف آن تراضی می‌گردد، استخراج نماید.

## ۱. ثمن و انتقال مالکیت مبیع در آلمان

### ۱-۱. عقد بیع و انتقال مالکیت مبیع

حقوق مالکیت آلمان، تا آنجا که به انتقال ارادی مالکیت از یک شخص به شخص دیگر ارتباط می‌یابد، با کشورهای پیرو خانواده حقوقی کامن لا متفاوت است. در حقوق آلمان، انتقال ارادی مالکیت همواره مستلزم عمل خاص ناقل ملکیت است، عملی حقوقی که معمولاً به شکل تراضی بر انتقال مالکیت نمود می‌یابد.<sup>۱</sup> برای انتقال حق مالکیت، علاوه

1. Cf. Lutz-Christian Wolff, "Assignment Agreements under English Law: Lost between Contract and Property Law?," *The Journal of Business Law* (2005): 485-87; Drobniq, *op. cit.*, 734.

برای دیدن کشورهایی از نظام حقوق نوشته که موضع مشابهی را اختیار کرده‌اند، نک:

Lars Peter Wunnibald van Vliet, *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law* (Netherlands: Nijmegen, 2000), 23-4; Drobniq, *op. cit.*, 725 ff.

برای دیدن تفاوت میان «نظام‌های رضایی انتقال مالکیت» که در آنها مالکیت مبیع به صرف و به مجرد انعقاد عقد بیع منتقل می‌گردد از یک سوی و از سوی دیگر «نظام‌های سنتی» که قایل‌اند مالکیت مبیع با قبض و اقباض به خریدار

بر قرارداد اصلی که از باب مثال ممکن است عقد بیعی باشد که موجد حقوق و تعهدات قراردادی است، شرط است آن عمل حقوقی ناقل ملکیت نیز محقق گردد.<sup>۱</sup> به عنوان نمونه، در صورت بیع یک مال منقول حقوق و تعهدات قراردادی مربوطه متبایعین با انعقاد قرارداد بیع، طبق آنچه در ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان مقرر است، ایجاد می‌گردد:

«۱. به موجب عقد بیع، بایع ملتزم می‌گردد مال موضوع عقد را به خریدار تسلیم نموده و مالکیت آن مال را برای خریدار فراهم سازد. بایع مکلف است مالی را برای خریدار فراهم آورد که عاری از عیوب مادی و حقوقی باشد.

۲. خریدار ملتزم است ثمن مورد توافق را به بایع بپردازد و مال موضوع خرید را تسلیم نماید».<sup>۲</sup> همچنان که منطوق عبارات ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان دلالت دارد، عقد بیع (تنها) موجد تعهد بایع به انتقال مالکیت مبیع و تعهد وی به تسلیم مال موضوع بیع به خریدار است.<sup>۳</sup> در مقابل، خریدار مکلف به تأدیة ثمن است.<sup>۴</sup> در مقام مقایسه، شرایط ایفای تعهد بایع به انتقال مالکیت مال منقول به خریدار در ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان مقرر شده است که به شرح زیر بیان می‌دارد: «برای انتقال مالکیت مال منقول، شرط است که مالک مال مزبور آن را به منتقل‌الیه تسلیم نماید و لازم است که ناقل و منتقل‌الیه تراضی نمایند که مالکیت منتقل گردد. چنانچه منتقل‌الیه متصرف مال مزبور باشد، تراضی بر انتقال مالکیت کافی است».<sup>۵</sup>

منتقل می‌شود نک:

Lars Peter Wunnibald van Vliet, *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law* (Netherlands: Nijmegen, 2000), 23-4; Drobnig, *op. cit.*, 725 ff.

نظام رضایی انتقال مالکیت ریشه در قانون مدنی سال ۱۸۰۴ فرانسه دارد و در سیستم حقوق مالکیت کشورهای بلژیک، لوکزامبورگ و به شکل پیراسته‌تری، در انگلستان و ایتالیا نیز محفوظ باقی مانده است. در این باره نک: Drobnig, *op. cit.*, 726-7.

در اروپا، نظام سنتی انتقال مالکیت مبتنی بر حقوق روم است و برای مثال قانون مدنی آلمان آن را برگزیده است و نیز سیستم حقوق مالکیت کشورهای یونان، هلند، اسپانیا و اسکاتلند بر آن استوار است. در این باره نک: Drobnig, *op. cit.*, 731.

۱. این اصل را در زبان آلمان (Trennungsprinzip) می‌نامند که به معنای «اصل تفکیک» است. در این باره نک: Wolff, *op. cit.*, 485; Henssler, *op. cit.*, introductory material to (Vor) § 929, III 4; van Vliet, *op. cit.*, 23; Karsten Thorn, "Germany," in *Transfer of Ownership in International Trade*, ed. Alexander von Ziegler et al., (USA: Kluwer Law International/ICC, 1999), 183.

۲. برای دیدن ترجمه انگلیسی قانون مدنی آلمان نک:

Translation provided by juris GmbH at the website of the German Bundesjustizministerium (Federal Ministry of Justice) accessed July 20, 2015, < [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#Section%20433](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%20433)>.

3. Cf. Thorn, *op. cit.*, 183.

۴. به عبارت دقیق‌تر، خریدار ملتزم است مالکیت و نیز تصرف پول را به بایع انتقال دهد.

۵. بر حسب نوع مال (مبیع) تراضی موجب انتقال مالکیت ممکن است با شرایط اضافی دیگری توأمان و همراه گردد. در این باره نک:

van Vliet, *op. cit.*, 31.

بنابراین، علی‌الاصول انتقال مالکیت مال منقول اولاً نیازمند تراضی<sup>۱</sup> بر چنین انتقال مالکیتی است و ثانیاً مستلزم تسلیم مال موضوع بیع است.<sup>۲</sup> همچنین، لازم به ذکر است که از نظر حقوقی تراضی راجع به انتقال مالکیت یک توافق جدا و علی‌حده است؛ توافقی که در اصطلاح «قراردادی عینی و مُملک» (Dinglicher Vertrag)<sup>۳</sup> نام دارد و متفاوت و متمایز از من باب مثال قرارداد پایه بیع است.<sup>۴</sup> البته در عالم واقع، عمل اضافی ناقل ملکیت توأمان و همزمان با عقد بیع منعقد می‌گردد.<sup>۵</sup> به عنوان مثال، اگر یک خانم آلمانی در مسیر رفتن به محل کار روزنامه صبحش را خریداری کند، او و مغازه‌دار به طور همزمان هم بر عقد بیع و هم بر انتقال مالکیت روزنامه توافق کرده‌اند؛ لیکن مطابق دکترین آلمانی از نظر حقوقی این دو تراضی را باید از یکدیگر تمییز داد؛ زیرا این دو تراضی اشاره به مفاد و مضمون متفاوتی دارند، به این معنا که یکی موجب حقوق و تعهدات قراردادی و دیگری سبب انتقال مالکیت است. دکترین آلمانی همچنین اصرار دارد که وجود و صحت هر یک از این دو توافق متوقف بر صحت و وجود آن توافق دیگر نیست.<sup>۶</sup>

انتقال مالکیت مال غیر منقول براساس مواد ۸۷۳ و ۹۲۵ قانون مدنی آلمان انجام می‌یابد. بند ۱ ماده ۸۷۳ مقرر می‌دارد: «انتقال مالکیت مال غیر منقول، حق عینی تبعی بر مال غیر منقول و نیز انتقال حق مالکیت اصلی یا چنین حق عینی تبعی‌ای، تا حدی که قانون ترتیب دیگری را مقرر نداشته باشد، مستلزم تراضی دارنده حق و شخص مقابل در خصوص تحقق تغییر مالکیت یا حق عینی تبعی و نیز ثبت تغییر مالکیت یا حق عینی تبعی در دفتر ثبت املاک است»؛ و بند ۱ ماده ۹۲۵ قانون مدنی آلمان مقرر می‌کند: «توافق ناقل و منتقل‌الیه (عمل انتقال) که حسب ماده ۸۷۳ برای انتقال مالکیت مال غیر منقول شرط است، باید با حضور همزمان ایشان نزد مرجع صالح اعلام گردد. کلیه سردفتران اسناد رسمی برای پذیرش اعلام انتقال صالح هستند، بی‌آنکه صلاحیت ایشان مانع صلاحیت مراجع دیگری باشد ...».

1. Friedrich Quack, in Kurt Rebmann et al., *op. cit.*, § 929 B 11; Peter Bassenge in Otto Palandt et al., *Bürgerliches Gesetzbuch* (München: Beck, 2005), § 929 2.

2. Quack, *op. cit.*, § 929, III; Bassenge, *op. cit.*, 3; Henssler, *op. cit.*, Introductory material to (*Vor*) § 929 I, § 929 IV ff; Martina Schulz, *Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen* (Frankfurt: Peter Lang, 1998), 13; Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice - The English System and Continental Comparisons* (USA: Kluwer Law International, 2001), 241; Thorn, *op. cit.*, 185.

تورن، همچنین روش‌های جایگزین دیگری را نیز برای تسلیم مبيع مورد بحث قرار می‌دهد، همچون در تصرف خریدار بودن مبيع در حین عقد مطابق جمله دوم ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان، توافق طرفین بر تغییر عنوان تصرف متصرف حسب ماده ۹۳۰ قانون مدنی آلمان و واگذاری حق قبض حسب ماده ۹۳۱ قانون مدنی آلمان. لازم به ذکر است که این شرایط علی‌الاصول باید در خصوص پرداخت ثمن نیز محقق گردد، چراکه پرداخت ثمن نیز مستلزم انتقال تصرف و مالکیت پول است.

۳. اصطلاح آلمانی (Dinglicher Vertrag) را می‌توان به «عقد عینی» یا «عقد تملیکی» ترجمه کرد.

4. Cf. Thorn, *op. cit.*, 183; Drobniq, *op. cit.*, 734-5.

5. Henssler, *op. cit.*, IV 4; Schulz, *op. cit.*, 14.

۶. این اصل را در زبان آلمانی (Abstraktionsprinzip) می‌نامند که به معنای «اصل تجرید» است. برای مطالعه بیشتر درباره این اصل نک:

Drobniq, *op. cit.*, 736; van Vliet, *op. cit.*, 24-5, 31 ff.; Thorn, *op. cit.*, 183.

در صورتی که فرضاً عقد بیع باطل باشد، لیکن توافق (قرارداد) ناظر به انتقال مالکیت صحیح، فروشنده می‌تواند آنچه را انتقال داده براساس اصول و قواعد حقوق داراشدن غیر عادلانه، بازپس بگیرد. مفاهیم آلمانی (Trennungsprinzip) یعنی «اصل تفکیک» و (Abstraktionsprinzip) یعنی «اصل تجرید» دیر زمانی است که مورد انتقاد واقع شده است، به ویژه

نظام‌های حقوقی غیر ژرمنی با این نظریه که برای تحقق انتقال مالکیت به اعمال حقوقی جدا و مستقل نیاز است، کاملاً بیگانه نیستند.<sup>۱</sup> به عنوان نمونه، در فرضی که طرفین قرارداد بیع مجازند تراضی نمایند که مالکیت مبیع تنها با پرداخت ثمن معامله انتقال یابد، چنین پرداخت ثمنی را باید چونان یک عمل جداگانه و مستقل ناقل ملکیت محسوب داشت.<sup>۲</sup> با این حال، در آلمان<sup>۳</sup> این مفهوم به یک نظریه عمومی ارتقا یافته و در مورد هر معامله راجع به ایجاد، اصلاح و تغییر، انتقال و اسقاط حق مالکیت مورد استناد قرار می‌گیرد.

## ۲. من و انتقال مالکیت مبیع در آلمان

### ۱-۲. عقد بیع و انتقال مالکیت مبیع

از توضیحاتی که در مباحث فوق ارائه دادیم،<sup>۴</sup> استفاده می‌شود که در حقوق آلمان تأدیة ثمن شرط قانونی از برای انتقال مالکیت مبیع نیست.<sup>۵</sup> با این همه، همچنان که در اکثر نظام‌های حقوقی دیگر دیده می‌شود،<sup>۶</sup> حقوق آلمان نیز ترتیبات قراردادی حفظ حق مالکیت

از آن جهت که این مفاهیم نه تنها برای عوام و غیر متخصصان به دشواری قابل فهم است، آنها نیز که دارای معلومات حقوقی‌اند به دشواری آنها را در می‌یابند. با این همه باید گفت، ارزش و فایده این مفاهیم امروزه بیشتر آشکار شده، به ویژه در مورد حل مشکلات ناشی از نهادهای وثیقه‌ای و تضمینی هر روز پیچیده‌تری است که در حوزه معاملات تجاری نوین محل استفاده‌اند. در این باره نک:

Henssler, *op. cit.*, IV 4.

۱. با وجود این، برای دیدن نظری که معتقد است در انگلستان نظریه «عقد عینی» یکسره ناشناخته است. نک:

Drobnig, *op. cit.*, 735.

۲. به عنوان مثال، در حقوق انگلستان نیز بیع املاک مستلزم انعقاد قرارداد خرید و فروش به علاوه تنظیم سند انتقال در جهت ایفای تعهد قرارداد خرید و فروش است. در این باره نک:

SH Goo, *Sourcebook on Land Law* (UK: Routledge Cavendish, 2002), 69; Edward Burn and John Cartwright, *Cheshire & Burn's Modern Law of Real Property* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 111.

۳. حقوق هلند نیز موضع مشابهی را اختیار کرده، هر چند قانون مدنی هلند در قیاس با قانون مدنی آلمان در این زمینه از صراحت بسیار کمتری برخوردار است و پاره‌ای از نویسندگان هلندی با این مفهوم به مخالفت برخاسته‌اند. برای مطالعه بیشتر در این باره نک:

Drobnig, *op. cit.*, 734-5; Zwitser, in von Ziegler et al., *op. cit.*, 237; Whincup, *op. cit.*, 238-39.

۴. نک: مبحث شماره ۲-۱. همین مقاله.

۵. همچنین برای نمونه مثال نک: دروینینگ که در مقام بحث خویش درباره اینکه قواعد انتقال مالکیت در قانون مدنی اروپا چگونه باید ترتیب داده شود، پرداخت ثمن را منظور نمی‌دارد:

Drobnig, *op. cit.*, 733.

6. See Drobnig, *ibid.*, 749.

دروینینگ در منبع فوق می‌نویسد: «حفظ حق مالکیت تضمین و وثیقه معهود و پُر کاربرد برای آن دسته از فروشندگانی است که جهت پرداخت ثمن معامله، اعتبار (تجاری) به مشتریان‌شان می‌دهند»؛ همچنین نک:

Milo, *op. cit.*, 127.

در مورد انگلستان برای نمونه نک:

PS Atiyah, *The Sale of Goods* (UK: Longman, 2005), 470-1.

مبیع تا تأدیة ثمن را روا می‌شمارد. علی‌هذا، طرفین معامله بیع می‌توانند انتقال مالکیت بر مال منقول را معلق و منوط به تحقق شرایط اضافی بر شرایط مقرر در قانون سازند. به عنوان نمونه، اگر فروشنده یک مال منقول<sup>۱</sup> بخواهد مالکیت خویش را بر مبیع تا زمانی که ثمن پرداخت می‌شود، حفظ نماید متعاملین می‌توانند بر این مضمون تراضی کنند؛<sup>۲</sup> یعنی توافق نمایند که تأدیة ثمن معامله معلق<sup>۳</sup> علیه<sup>۴</sup> توافق ناقل ملکیت باشد.

در رژیم‌های حقوق خصوصی سابق بر تدوین قانون مدنی آلمان، وضع اندکی متفاوت بود. حقوق روم، آن‌چنان که از سوی ژوستین در سال ۵۲۹ پس از میلاد بیان شده،<sup>۵</sup> به منظور آنکه انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار محقق گردد علی‌الاصول پرداخت ثمن را لازم می‌شمرد، مگر اینکه خریدار تأمین و تضمین دیگری را مثلاً در قالب رهن بدهد.<sup>۶</sup> حقوق قدیم آلمان، یعنی حقوق مشترک دول ژرمنی پیش از وضع قانون مدنی آلمان در سال ۱۹۰۰، همین قاعده را اقتباس کرده بود.<sup>۷</sup>

۱. بند ۲ ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان ترتیبات حفظ حق مالکیت را محدود به اموال منقول می‌کند، چه اینکه در خصوص اموال غیر منقول، ابزار تضمینی‌ای با عنوان (Vormerkung) (یعنی ثبت در دفتر ثبت املاک) برای حمایت از فروشنده مال غیر منقول کافی به نظر می‌رسد. برای مطالعه بیشتر نک: Henssler, op. cit., Annex (Anhang) § 929 1 (a) and (c); Hans Putzo in Otto Palandt et al, op. cit., § 449 1 (d); Westermann, op. cit., II 1; Schulz, op. cit., 15.

۲. در خلال یک قرن گذشته است که توافق‌های حفظ حق مالکیت اهمیت کنونی‌اش را در آلمان به دست آورد. در این باره نک: Henssler, ibid, Annex (Anhang) § 929 II; Putzo, ibid, § 449, 1 (d); Westermann, ibid, § 449, 1; Schulz, ibid, 3.

۳. مطابق بند ۱ ماده ۱۵۸ قانون مدنی آلمان؛ در این باره نک: Putzo, op. cit., § 449 (11); Bassenge, op. cit., (6)(A)(b); Schulz, op. cit., 14; Drobnig, op. cit., 735.

چنانچه متعاملین توافق نمایند که مالکیت از آن فروشنده باقی بماند، در صورت تردید چنین تلقی می‌شود که تراضی (قرارداد) ناقل ملکیت، معلق به آن شده است که ثمن به طور کامل تأدیة شود و آن‌گاه مالکیت مبیع انتقال یابد (ماده ۴۴۹ قانون مدنی آلمان). برای دیدن تفصیل مطلب نک:

Westermann, op. cit., § 449, II 1.

۴. بند ۲ ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان. برای مطالعه بیشتر نک:

Henssler, op. cit., Annex (Anhang) § 929 2 ff.

5. Institutes of Justinian 2.1.41.

ژوستین مدعی است که این قاعده ناظر به ثمن به قانون الواح دوازده‌گانه باز می‌گردد که نخستین تلاش برای تدوین حقوق روم به سال ۴۵۰ پیش از میلاد بود.

6. See Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, (Part 1, Munich: C. H. Beck, 1971), 418, 552; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Part 2, Munich: C. H. Beck, 1975), 278; Egbert Sandmann, "Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland" (Dissertation, University of Marburg, 1972) 106-110.

اینکه آیا حکم قانونی مبنی بر بقای مالکیت تا پرداخت ثمن در دوره حقوق کلاسیک روم (یعنی سال‌های ۵۰ پیش از میلاد تا ۲۳۰ پیش از میلاد) شناخته شده بوده یا خیر؟ مسأله‌ای است که در هاله‌ای از ابهام و محل اختلاف است. در این باره نک: Karlheinz Misera, "Zum Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht," in *Festschrift für Rolf Serick zum 70 Geburtstag*, ed. Ulrich Huber and Eric Jayme (Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1992), 275-283.

7. Sandmann, op. cit., passim.

با این همه، تدوین‌کنندگان قانون مدنی آلمان بر آن شدند به این مفهوم ملهم از حقوق روم پایان بخشند، زیرا: «با ماهیت عقد بیع، آن چنان که در پیش‌نویس (قانون مدنی آلمان)<sup>۱</sup> این عقد دیده شده بود، منطبق نبوده و به علاوه با مصالح بازار در گردش آزاد اموال<sup>۲</sup> و نیز با اصول حقوق اموال و مالکیت معارض می‌نماید...»<sup>۳</sup>.

البته باید گفت که قانون مدنی<sup>۴</sup> جمهوری دمکراتیک آلمان سابق<sup>۵</sup> مصوب ۱۹۷۵ نیز احکامی را پذیرفته بود که با آنچه در حقوق روم و در حقوق قدیم آلمان جاری بود، شبیه می‌نمود. قانون مدنی جمهوری دمکراتیک آلمان سابق جهت انتقال مالکیت مال منقول علی‌الاصول تحقق دو شرط را که عبارت بود از انعقاد تراضی میان طرفین و تسلیم مال موضوع عقد لازم می‌شمرد.<sup>۶</sup> با این حال، استثنائاً در مورد عقد بیع ماده ۱۳۹ قانون مدنی یاد شده، حکم خاص زیر را مقرر می‌داشت: «۳. مالکیت مبیع با تسلیم مال موضوع عقد و تأدیه ثمن، به خریدار منتقل می‌شود، مگر اینکه متبایعین به ترتیب دیگری توافق کرده باشند».

بنا به این حکم، انتقال مالکیت مبیع مستلزم جمع آمدن سه شرط زیر بود: (یک) انعقاد عقد بیع، (دو) تسلیم مال موضوع عقد بیع و (سه) تأدیه ثمن.<sup>۷</sup> بنابراین، حقوق جمهوری

۱. عبارت داخل پرانتز از ماست.

۲. مصالح بازار در گردش آزاد ثروت را در زبان آلمانی در اصطلاح (Verkehrsinteressen) می‌گویند.

3. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (Germany: J Gut-tentag, 1896), 318.

۴. بر طبق ماده ۱۳۳ قانون مدنی جمهوری دمکراتیک آلمان، این قانون بر روابط میان شرکت‌های دولتی و روابط میان شرکت‌های دولتی با سایر شرکت‌های تجاری حکومت نمی‌کرد، بلکه تنها بر معاملات میان اشخاص غیر تاجر با کسبه جزء و معاملات میان غیر تاجر حاکم بود. در این باره نک:

Klaus Westen and Joachim Schleider, *Zivilrecht im Systemvergleich - Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland* (Berlin, 1984), 404.

۵. در نتیجه وحدت دوباره آلمان شرقی و آلمان غربی در سال ۱۹۹۰ میلادی، حیات جمهوری دمکراتیک آلمان پایان گرفت و قوانین و مقررات آن نیز بالتبع دیگر لازم الاجرا نیست.

۶. بند ۱ ماده ۲۶ قانون مدنی جمهوری دمکراتیک آلمان مرتبط با این بحث بود و این ماده در مبحث «تحصیل مالکیت مال منقول مادی» قانون قرار داشت. مطابق بند ۱ ماده ۲۶ قانون یاد شده: «انتقال قراردادی مالکیت یک مال منقول مادی با تسلیم آن مال محقق می‌گردد، مگر اینکه در این قانون یا در سایر قوانین یا مقررات ترتیب دیگری مقرر شده باشد...». در این باره نک:

Joachim GÖhring and Martin Posch, *Zivilrecht* (Berlin: 1981), 156; Klaus Westen, *Das neue Zivilgesetzbuch der DDR von 1975* (Germany: Baden-Baden, 1977), 80.

قرارداد و توافقی که در بند ۱ ماده ۲۶ قانون مدنی جمهوری دمکراتیک آلمان لازم شمرده شده بود، یک توافق خاص و علی‌حده ناقل ملکیت آن چنان نبود که در آلمان امروز دیده می‌شود، بلکه صرفاً از باب مثال یک قرارداد بیع بود. در این باره به ویژه نک:

GÖhring and Posch at 157; Westen at 80.

7. Ministerium der Justiz (ed), *Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975 und zum Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen*



دمکراتیک آلمان سابق احکام قانونی ای را دایر به تعليق انتقال مالکیت مبيع بر تأديه ثمن در معاملات بيع مقرر می داشت.<sup>۱</sup> با وجود این، طرفین قرارداد بيع اختیار داشتند قطع نظر از تأديه یا عدم تأديه ثمن، ترازی نمایند که مالکیت مبيع به خریدار منتقل شود.

### ۱-۳. دلایل مثبت «عدم عنایت قانونگذار» به شرطیت پرداخت ثمن جهت انتقال

#### مالکیت مبيع چیست؟

##### ۱-۳-۱. کلیات

پیشینه تاریخی حقوق خصوصی آلمان<sup>۲</sup> و نیز توجه به این واقعیت که استفاده از ترتیبات قراردادی حفظ حق مالکیت تا زمان ادای ثمن (حداقل در زمینه معاملات تجاری)<sup>۳</sup> در عمل بسیار رایج و شایع است، این سوال را مطرح می سازد که آیا برای این موضوع که قانون مدنی آلمان تأديه ثمن را یکی از شرایط قانونی انتقال مالکیت مبيع محسوب نداشته است، دلایل موجهی را می توان برشمرد؟ «مذاکرات ایضاحی گروه تدوین قانون مدنی آلمان»<sup>۴</sup> که مبانی و دلایل مورد نظر تدوین کنندگان قانون مدنی آلمان در وضع احکام این قانون را تلخیص می کند، در این باره پاسخ قاطعی به دست نمی دهد، و اسباب و موجباتی که در این خصوص در «مذاکرات ایضاحی قانون مدنی آلمان» آمده قانع کننده به نظر نمی رسد. «مذاکرات ایضاحی قانون مدنی آلمان»، «ماهیت عقد بيع آن گونه که این عقد در قانون مدنی دیده شده است»، «مصلح بازار در گردش آزاد اموال»، و «اصول حقوق اموال و مالکیت» را به عنوان دلایلی اعلام داشته است که بر پایه آنها تأديه ثمن شرط انتقال مالکیت شیء موضوع عقد دانسته نشده است.<sup>۵</sup> همچنان که در ادامه توضیح خواهیم داد، با توجه به تکامل و ترقی دکترین آلمانی از زمان وضع قانون مدنی آلمان در سال ۱۹۰۰، این دلایل امروزه دیگر قانع کننده به نظر نمی آید.

##### ۱-۳-۲. ماهیت عقد بيع

استناد «مذاکرات ایضاحی قانون مدنی آلمان» مقدم بر همه به ماهیت «عقد بيع» به

*Republik vom 19. Juni 1975* (1975), 190; Westen, *ibid*, 80; Westen and Schleider, *op. cit.*, 318.

1. Westen, *ibid*, 80; Westen and Schleider, *ibid*, 318.

۲. نک: مبحث شماره ۱-۲. همین مقاله.

۳. نک: مقدمه همین مقاله.

۴. نک: مبحث شماره ۲-۲. همین مقاله.

5. *Motive, op. cit.*, 318.

همچنین نک: مبحث شماره ۱-۲. همین مقاله.

عنوان یکی از دلایل موجهه عدم شرطیت پرداخت ثمن در انتقال مالکیت مبیع، به راستی خالی از ابهام نیست. نهایت آنچه از دلیل مورد استناد می‌توان دریافت اینک که این دلیل با این واقعیت در پیوند است که طبق قانون مدنی آلمان، عقد بیع به عنوان عمل حقوقی‌ای که موجب انتقال مالکیت مال موضوع بیع گردد، به شمار نمی‌آید.<sup>۱</sup> در نتیجه، نویسندگان قانون مدنی آلمان مناسب ندیده‌اند که قواعد ناظر به انتقال مالکیت مبیع را در مبحث راجع به عقد بیع بگنجانند. مع الوصف، این امر مسلماً نمی‌توانسته مانع از آن باشد که قاعده‌ای در خصوص انتقال مالکیت مبیع و منوط ساختن تحقق این انتقال به تأدیة ثمن در مبحث حقوق اموال و مالکیت قانون مدنی آلمان آورده شود.

### ۱-۳-۳. مصلحت بازار در گردش آزاد اموال

«مذاکرات ایضاحی قانون مدنی آلمان» همچنین به «Verkehrsinteressen» استناد می‌کند؛ این اصطلاح به آن معناست که مصلحت بازار در گردش آزاد اموال است. مع الوصف، اینکه مصلحت بازار در گردش و دادوستد آزادانه اموال است، دلیلی محکم و قانع‌کننده بر این نتواند بود که مقنن در مقام بیان شرایط انتقال مالکیت مبیع از پرداخت ثمن به عنوان یکی از این شرایط ذکر می‌نماید.

چنان که پیش از این مذکور افتاد،<sup>۲</sup> استفاده از ترتیبات قراردادی حفظ حق مالکیت مبیع تا تأدیة ثمن در آلمان بسی رایج است.<sup>۳</sup> اگر حقوق آلمان توافقاتی را که براساس آنها مالکیت بر مبیع تا زمان تأدیة کامل ثمن، از آن فروشنده باقی بماند، امکان‌پذیر می‌داند و اگر طرفین قرارداد بیع در عمل به طور معمول از این فرصت به صلاح خویش بهره می‌گیرند، همین وضع در مورد قواعد قانونی‌ای که مالکیت مبیع را تا زمان پرداخت ثمن برای فروشنده باقی گذارد، نیز منطقی باید صادق باشد. به دیگر سخن، حکم قانونی‌ای که تأدیة ثمن معامله را

۱. Ibid.

۲. نک: بخش اول همین مقاله.

۳. براساس دکترین معاصر، توافقات حفظ حق مالکیت تا زمان ادای ثمن، نافع به هر دو فروشنده و خریدار است. فروشنده می‌تواند حقوق خویش بر مال موضوع بیع را حتی پس از تسلیم، تا زمانی که ثمن به نحو کامل پرداخت شود، محفوظ نگاه دارد. در این باره نک:

Frank Peters, "Kauf und Übereignung – Zum sogenannten Abstraktionsprinzip," *Jura* (1986): 450.

در عین حال، ترتیبات حفظ حق مالکیت در خدمت مصالح و منافع خریدار نیز هست، چه اینکه تنها ترتیبات حفظ حق مالکیت فروشنده را برخواهد انگیخت و مال موضوع بیع را پیش از پرداخت کامل ثمن معامله تسلیم نماید و به این سان خریدار فرصت می‌یابد به شکل نسبی و اعتباری خرید نماید. در این باره نک:

Bunte, *op. cit.*, 321; Ulrich Huber, "Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) (1987): 752.

منافع اشخاص ثالث در اثر استفاده از توافقات حفظ حق مالکیت لطمه‌ای نمی‌بیند. نک:

Bunte, *op. cit.*, 321.

یکی از شرایط انتقال مالکیت مبیع سازد، چیزی جز برآوردن مصلحت بازار و فعالان بازار در گردش آزاد اموال نتواند بود.

### ۱-۳-۴. اصول حقوق اموال و مالکیت

در نهایت، «مذاکرات ایضاحی قانون مدنی آلمان» اشاره می‌کند منطبق با اصول حقوق اموال و مالکیت نخواهد بود که پرداخت ثمن را یکی از شرایط قانونی انتقال مالکیت مبیع قرار دهیم. این بیان موجز و اجمالی را می‌توان اشاره به نظریه موسوم به «اصل حجیت ظاهر» تعبیر کرد؛<sup>۱</sup> اصلی که قاعده عمومی است و زیربنای حقوق اموال و مالکیت آلمان را شکل می‌دهد. مطابق اصل حجیت ظاهر، وجود و داشتن حقوق عینی به جهت رعایت امنیت حقوقی و شفافیت، باید به روشنی و وضوح قابل احراز و تشخیص باشد.<sup>۲</sup> اصل حجیت ظاهر در نظر دارد از عموم مردم به جهت اتکا و اعتمادشان بر این فرض که متصرف مال،<sup>۳</sup> یا شخصی که در دفتر ثبت املاک به عنوان مالک معرفی شده، درواقع امر مالک مشروع و قانونی مال مورد نظر است، حمایت و پشتیبانی نماید.

اینکه آیا ثمن معامله پرداخت شده یا خیر؟ امری نیست که اشخاص ثالث به طور معمول قادر باشند بر آن علم یابند. بنابراین، می‌توان استدلال کرد که پرداخت ثمن را نباید شرط انتقال مالکیت مبیع قرار داد؛ زیرا اشخاص ثالث از کجا بدانند آیا این شرط [یعنی تأدیه ثمن] که از ظاهر تصرف مبیع قابل رؤیت نیست، محقق شده یا نشده است. مضافاً به این، چنان که پیش از این گفتیم، حقوق آلمان به متعاملین امکان می‌دهد که به ترتیبات حفظ حق مالکیت تا زمان ادای ثمن تراضی کنند و متعاملین در عالم خارج به طور معمول از این اختیار استفاده می‌کنند و فی‌مابین خویش تراضی می‌نمایند که عمل نامرئی پرداخت مشخص کننده [زمان] انتقال مالکیت باشد. در چنین مواردی به نظر نمی‌رسد اصل حجیت ظاهر و دلالت تصرف بر مالکیت مانع باشد و قابل توجه نیست بر حسب اینکه پرداخت ثمن به موجب تراضی طرفین یا حسب قانون شرط انتقال مالکیت مبیع باشد، معیارها و ضوابط متفاوتی را اعمال نماییم. وانگهی، اگر فهم عرفی مردم کوچه و بازار آلمان بر این است که مالکیت مال خریداری شده

1. Peters, *ibid*, 449.

2. Klaus Müller, *Sachenrecht* (Germany: Karl Heymanns Verlag KG, 1997), 17-19.

۳. برای دیدن نظری که معتقد است در دوران معاصر تصرف لزوماً نزد دیگران دلالت ظهور بر مالکیت ظاهری را با خود ندارد نک:

Gerard McCormack, "Personal Property Security Law Reform in Comparative Perspective - Antipodean Insights?," *Common Law World Review* 33 (2004): 16.

با پرداخت ثمن است که منتقل می‌شود، نکته‌ای که پیش از این مورد اشاره قرار دادیم،<sup>۱</sup> در این صورت دیگر نیازی نیست از عموم مردم در برابر سوء تفاهم‌ها حمایت شود؛ زیرا عامه مردم از قبل آگاه‌اند که انتقال مالکیت ممکن است، منوط به تأدیة ثمن گردد و آگاه‌اند که در عمل نیز معمولاً انتقال مالکیت منوط به تأدیة ثمن می‌گردد.

به عنوان نتیجه بحث باید گفت، دلایل محکم و قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که بی‌توجهی قانونگذار نسبت به مسأله شرطیت پرداخت ثمن در انتقال مالکیت اموال منقول را موجه جلوه دهد. برعکس باید گفت، حقوق آلمان این انتظار عمومی را که مالکیت مال موضوع بیع تنها با تأدیة تمام ثمن است که منتقل می‌گردد، حقاً برآورده نساخته است.<sup>۲</sup> افزون بر این، قواعد ناظر به انتقال مالکیت مندرج در قانون مدنی آلمان، متعاملین را ناگزیر می‌سازد جهت حراست و تأمین منافع و مصالح خاصه‌شان به ترتیبات قراردادی حفظ حق مالکیت دست یازند.<sup>۳</sup> روشن است که وجود این حالت، احتمال بالای بروز خبط و خطا<sup>۴</sup> و اختلاف و نزاع را سبب می‌گردد، همچنان که صدور آرای متعددی از سوی دیوان عالی فدرال آلمان در خصوص مسائل حفظ حق مالکیت مثبت این معنا تواند بود.<sup>۵</sup>

دادگاه‌ها و نویسندگان آلمانی به مسائلی که در بندهای فوق بررسی نمودیم، دست کم به نحو تلویح عنایت کرده‌اند. از این رو، برای علاج و درمان این وضع تلاش‌هایی چند صورت گرفته است. رویکردهای مختلفی را که در این باره اختیار شده، در بخش‌های بعدی مقاله مطالعه می‌کنیم.

## ۲-۱. واکنش واقعیت حقوقی در آلمان

### ۲-۱-۱. توافق ضمنی بر حفظ حق مالکیت به عنوان یک عرف

پاره‌ای از استادان صاحب نام آلمانی<sup>۶</sup> این نظر را ابراز داشته‌اند که در فرض بیع مال منقول، متبایعین همواره به نحو ضمنی تراضی می‌کنند مالکیت مال موضوع بیع تنها از

۱. نک: متن همراه زیرنویس‌های شماره ۱ و ۴ همین مقاله.

۲. نک: متن همراه زیرنویس‌های شماره ۱ و ۴ همین مقاله.

۳. نک: مبحث شماره ۲-۲. همین مقاله.

۴. Bunte, *op. cit.*, 326.

بونت در منبع فوق می‌نویسد: «... در چارچوب حقوق جاری، عدم امنیت و بلا تکلیفی حقوقی ناخوشایندی دیده می‌شود».

۵. به عنوان نمونه نک:

(2006) *Neue Juristische Woche* (NJW) 3488-3490 (BGH - Federal Court of Justice).

۶. Westermann, *op. cit.*, § 449 margin number (Rz) 15; also see Manfred Lieb, "Eigentumsvorbehalt und Abwehrklausel - Versuch einer Neubestimmung," in *Festschrift für Gotfried Baumgärtel* (Festschrift for Gottfried Baumgärtel), ed. Hanns Prütting, (Köln : C. Heymann, 1990), 311- 320; Friedrich Graf von Westfalen, "Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts bei Kollision von Abwehrklauseln

زمان پرداخت تمام ثمن منتقل خواهد شد. این دسته از نویسندگان در اثبات موضع‌شان صریحاً به این فهم عرف عام<sup>۱</sup> استناد جسته‌اند که خریدار تنها با تأدیه کامل ثمن است که بر مال خریداری شده حقی منجز می‌یابد.<sup>۲</sup> ایشان استدلال می‌کنند که پذیرش تراضی ضمنی بر حفظ حق مالکیت به منفعت و مصلحت هر خریداری است؛ زیرا (تنها) در این صورت فروشنده برانگیخته خواهد شد مبیع را بی‌آنکه هنوز ثمن آن را دریافت داشته باشد، به قبض خریدار دهد.<sup>۳</sup> وانگهی، پذیرش تراضی ضمنی بر حفظ حق مالکیت بر موقعیت فروشنده آسیبی نخواهد رساند، زیرا در هر صورت وی تنها برای مقاصد وثیقه‌ای است که در مال فروخته شده حقی خواهد داشت.<sup>۴</sup>

اعتقاد به اینکه طرفین قرارداد بیع همواره به نحو ضمنی بر حفظ حق مالکیت تراضی می‌کنند، به راستی کمکی به رفع اختلاف موصوف میان حقوق مثبت و نیازهای واقعیت حقوقی نخواهد کرد.<sup>۵</sup> به هر تقدیر، این نکته را مجدداً باید یادآور شویم که حقوق جاری آلمان احکام قانونی‌ای را در زمینه بقای مالکیت فرسند بر مبیع تا زمان ادای ثمن پیش‌بینی نمی‌کند.<sup>۶</sup> برعکس، ترتیبات حفظ حق مالکیت همواره نیازمند توافق طرفین قرارداد است.<sup>۷</sup> بنابراین، اگر قواعد معمول راجع به تشکیل قراردادها به کلی تغییر نکند، تراضی ضمنی‌ای از

in Einkaufs-AGB mit Verkaufs-AGB," Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) (1987): 1367; Florian Faust in Heinz Georg Bamberger and Herbert Roth (eds), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (vol 1, München: Beck, 2007) § 449 margin number (Rz) 12; Schulte, *op. cit.*, 270; (1958) Monatschrift für deutsches Recht (MDR) 514 (LG Aachen -District Court Aachen); Bunte, *op. cit.*, 321.

دیوان عالی فدرال آلمان تاکنون از ابراز عقیده در باب این موضوع احتراز کرده است. نک: به رأی که اخیراً در سال ۲۰۰۶ صادر شده و در منبع زیر به چاپ رسیده است:

(2006) Neue Juristische Woche (NJW) 3488-3490.

این رأی در منبع زیر مورد بحث قرار گرفته است:

Karin Fritsche and Markus Würdinger, "Konkludenter Eigentumsvorbehalt beim Autokauf," Neue Juristische Woche (NJW) (2007): 1037-1039.

۱. نک: مبحث شماره ۲-۲. همین مقاله.

2. Westermann, *op. cit.*, § 449 margin number (Rz) 15; Bunte, *op. cit.*, 325; Huber, *op. cit.*, 921.

3. Faust, *op. cit.*, § 449 margin number (Rz) 12.

4. Ibid.

5. Bunte, *op. cit.*, 325.

۶. نک: مبحث شماره ۲.۲. همین مقاله. همچنین نک:

Bunte, *ibid.*, 321, 324-25.

به علاوه، در اینجا شایان ذکر است که فقره ۶ از شق ۱ بند ۱ ماده ۵۰۲ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد در مورد قرارداد بیع میان تاجر و مصرف‌کننده آن چنان که در ماده ۵۰۱ قانون مدنی آلمان تعریف شده است، چنانچه ثمن معامله طبق قرار طرفین باید به اقساط پرداخته شود، قرارداد باید به شکل کتبی باشد. در این موارد، بسی دشوار خواهد بود مدعی شویم متعاملین به نحو ضمنی بر شرط حفظ حق مالکیت تراضی کرده‌اند اگر قرارداد کتبی بیع هیچ اشاره‌ای به این تراضی ننموده باشد.

7. (1977) *Der Betrieb* 248-9 (BGH -Federal Court of Justice); Bunte, *op. cit.*, 324-325; Leible and Sosnitza, *op. cit.*, 246; Honsell, *op. cit.*, 706.

این نوع را همواره نمی‌توان به شکل قهری و بی‌نیاز از اراده پذیرا گردید.<sup>۱</sup> در بسیاری موارد، چه بسا طرفین حتی آگاه از لزوم وجود چنین تراضی‌ای نیز نخواهند بود.<sup>۲</sup> در واقع، عملاً طرفین عقد غالباً بر شروط صریح قراردادی توافق نمی‌کنند.<sup>۳</sup>

حاصل اینکه برخلاف دیدگاه نویسندگان فوق، در هر مورد خاص باید تکلیف دو مسأله را مشخص ساخت. نخست اینکه آیا اعلام صریح یا ضمنی اراده از سوی فروشنده مبنی بر اینکه می‌خواهد مالکیت مبیع را تا زمان تأدیة کامل ثمن از آن خود باقی گذارد، صورت پذیرفته است؟ دو دیگر آنکه آیا خریدار این اعلام اراده را بی‌قید و شرط قبول کرده است؟ بر این اساس، دیوان عالی فدرال آلمان در رأی مشهوری که به سال ۱۹۷۵ صادر نمود، تصریح نموده است که فروشنده باید حفظ حق مالکیت را به نحو صریح و بدون ابهام، حداکثر در زمان تسلیم مبیع اعلام دارد و اینکه ضوابط و معیارهای دقیق و سختگیرانه‌ای در خصوص وضوح و صراحت چنین اعلام اراده‌ای باید به موقع اجرا گذاشته شود.<sup>۴</sup>

۲-۱-۲. پرداخت ثمن به عنوان جزء نانوشته قاعده قانونی ناظر به انتقال مالکیت مبیع متدولوژی حقوقی آلمان علی‌الاصول امکان می‌دهد به منظور «پُر کردن خلأ قانون» اجزای نانوشته‌ای را بر احکام قانونی افزود.<sup>۵</sup> بنابراین، تا آنجا که به بیع اموال منقول ارتباط می‌یابد، شاید بتوان پرداخت ثمن را به عنوان یک جزء نانوشته‌ای به شمار آورد که بر حکم موجود در بند ۱ ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان افزوده می‌شود.<sup>۶</sup> چنان‌که پیش از این گفتیم، شرایط انتقال مالکیت مال منقول را مقرر می‌دارد با این همه باید گفت، اجزای نانوشته‌ای که به احکام قانونی افزوده می‌گردد، نمی‌تواند بی‌ضابطه و من‌عندی خلق گردد. در این راه، به ویژه باید مقصود و هدف «تدوین‌کنندگان قانون» مورد لحاظ قرار گیرد.<sup>۷</sup> از این دیدگاه،

1. Leible and Sosniza, *ibid.*, 246.

2. Graf von Westfalen, *op. cit.*, 1367.

3. Bunte, *op. cit.*, 321; Huber, *op. cit.*, 922.

4. (1977) *Der Betrieb* 248-9 (BGH - Federal Court of Justice).

برای مطالعه بیشتر نک:

Drobnig, *op. cit.*, 735.

دیوان عالی فدرال آلمان در یک رأی جدیدتر از کنار این سؤال که آیا چنانچه مال موضوع بیع پیش از تأدیة ثمن تسلیم گردد، همواره باید یک توافق ضمنی حفظ حق مالکیت را خود به خود مسلم انگاشت یا نه! عمداً به سکوت گذشته است. برای دیدن این رأی نک:

(2006) *Neue Juristische Woche* (NJW) 3488-90 (BGH - Federal Court of Justice).

5. Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Germany: Springer, 1991), 472-75.

ع نک: میحث شماره ۲-۱. همین مقاله.

7. See Bydlinski, *op. cit.*, 475.

به نظر نمی‌رسد که بتوان ثابت کرد پرداخت ثمن یک چنین جزء نانوشته‌ای از حکم مقرر در بند ۱ ماده ۹۲۹ قانون مدنی آلمان است؛ زیرا چنین تفسیری مخالف با مقصود صریح تدوین کنندگان قانون مدنی آلمان خواهد بود.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۲. ترتیبات حفظ حق مالکیت به عنوان عرف تجاری؟

براساس ماده ۳۴۶ قانون تجارت آلمان ارائه استدلال دیگری امکان‌پذیر است،<sup>۲</sup> مشروط بر اینکه حداقل در حرف و مشاغل خاصی عرف بر این باشد که مالکیت کالاهای فروخته شده تنها با پرداخت ثمن به خریدار انتقال یابد.

نویسندگان آلمانی به نحو مبسوط و عمیق بررسی کرده‌اند که در چه حرف و مشاغلی ترتیبات حفظ حق مالکیت مبيع تا زمان ادای ثمن به یک عرف تجاری مبدل گشته است.<sup>۳</sup> وجود اختلاف نظرات در خصوص این مسأله و بلا تکلیفی حقوقی منتج از آن،<sup>۴</sup> نشان می‌دهد که وضع جاری حقوق موضوعه در این باره چه پریشان و ناخوشایند است. به هر رو، دادگاه عالی منطقه‌ای هام آلمان<sup>۵</sup> در رأی منتشره به سال ۱۹۹۳ یادآور شد صرف اینکه عمل رایج میان فروشندگان در یک حرفه خاص آن است که مبيع را تنها منوط به حفظ حق مالکیت تسلیم می‌کنند، کافی از برای ایجاد یک عرف تجاری نیست. اصل امنیت حقوقی ایجاب می‌کند که این روش معمول حفظ حق مالکیت به قبول گیرندگان کالا، یا به عبارتی خریداران نیز برسد.

### ۲-۲. نتیجه‌گیری از مباحث حقوق آلمان

چنان که در بخش‌های پیشین باز نمودیم، در حقوق آلمان پرداخت ثمن مدخلیتی در انتقال مالکیت مبيع ندارد، مگر آنکه متعاملین خلاف این ترتیب توافق نموده باشند. مع الوصف، این وضع منطبق با فهم عرف و نیازها و اقتضائات بازار نیست. افزون بر این، تلاش‌هایی که

برای دیدن روش‌های تفسیری مختلف در مواجهه با «قدمت و کهنگی» متون قانونی به عنوان نمونه نک: Rolf Wank, *Die Auslegung von Gesetzen* (Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2005), 36-42.

۱. نک: مبحث شماره ۲-۱. همین مقاله.

۲. ماده ۳۴۶ قانون تجارت آلمان مقرر می‌دارد: «در روابط میان تجار، از حیث تعیین مفاد و آثار افعال یا ترک افعال، عرف و رسوم تجاری مربوط به معاملات تجاری باید در نظر گرفته شود».

3. See Henssler, *op. cit.*, II 2 (a) ff; Westermann, *op. cit.*, III 1; Schulz, *op. cit.*, 16 ff.

4. Lieb, *op. cit.*, 312.

(لیب در منبع فوق به این «ابهام و اختلاف نظر» اشاره می‌کند).

5. (1993) *Neue Juristische Woche (Rechtsprechungs-Report)* (NJW-RR) 1444-1445 (OLG Hamm - Higher Regional Court Hamm); (1994) *Monatsschrift für deutsches Recht* (MDR) 784-785; (1994) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 889-890. See also (1958) *Monatsschrift für deutsches Recht* 514 (LG Aachen - District Court Aachen) and Honsell, *op. cit.*, 706.

به منظور ایجاد و شکل‌دهی ابزارهای قراردادی و غیر آن صورت پذیرفته تا از رهگذر آن شکاف موجود میان مقررات قانونی انتقال مالکیت و نیازهای طرفین قراردادهای بیع از میان برداشته شود، قابل قبول و رضایت‌بخش از آب درنیامده است. بلا تکلیفی و تردید ناشی از این امر و فقدان قابلیت پیش‌بینی راه‌حل‌ها، به نظر می‌رسد به ویژه در حوزه حقوق اموال و مالکیت مشکل‌آفرین باشد؛ چه اینکه روابط مالکانه آثاری همگانی دارد،<sup>۱</sup> یعنی در مقابل هر شخصی قابل استناد است.

همه آنچه گفتیم تنها یک راه‌حل را برای رفع مشکلات موجود باقی می‌گذارد و آن تغییر مقررات قانون مدنی آلمان در خصوص انتقال مالکیت مبیع منقول است. دقیق‌تر بگوییم، پرداخت ثمن باید تا حدی برکشیده شود که یکی از شرایط قانونی انتقال مالکیت بر مال منقول فروخته شده باشد.<sup>۲</sup> اولریچ هوبر، یکی از استادان سرآمد حقوق آلمان، بیست‌وپنج سال پیش به عنوان بخشی از مطالعه‌ای که در باب اصلاحات لازم در قانون مدنی آلمان صورت داده، چنین پیشنهادی کرده بود.<sup>۳</sup> فرانک پترز، یکی دیگر از استادان آلمانی، پیشنهاد هوبر را پیشنهادی می‌خواند که «قابل امعان نظر بوده و با توجه به مصالح و منافع طرفین قرارداد پیشنهادی موجه است، لیکن به دشواری موافق با روح قانون مدنی است».<sup>۴</sup>

از یکم ژانویه سال ۲۰۰۲، حقوق تعهدات آلمان اصلاح بنیادینی را به خود دیده است.<sup>۵</sup> با این همه، اصلاحات مزبور پر و بال قواعد ناظر به انتقال مالکیت مبیع را نگرفته است.<sup>۶</sup> هر

1. Cf. Drobnig, *op. cit.*, 733; Milo, *op. cit.*, 121.

۲. البته که دستورالعمل شماره ۳۵/۲۰۰۰ ای سی پارلمان و شورای اروپا مورخ ۲۹ ژوئن ۲۰۰۰ در خصوص مبارزه با تأخیر پرداخت در معاملات تجاری امکان وضع مقررات قانونی دایر به اینکه مالکیت مال موضوع بیع تنها با پرداخت ثمن معامله انتقال یابد، منع نمی‌نماید. عبارات این دستورالعمل مبهم است. در این باره نک: McCormack, *op. cit.*, 12; Martin Habersack and Jan Schürnbrand, "Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform," *Juristische Schulung* (JuS) (2002): 834.

(منبع اخیرالذکر، این دستورالعمل را «دستورالعملی کاملاً مبهم و مجمل» توصیف می‌کند).

Drobnig, *op. cit.*, 749; Milo, *ibid*, 137-38.

به اعتقاد نویسندگان زیر دستورالعمل یاد شده تنها تصریح دارد که دولت‌های عضو اتحادیه اروپا باید ترتیبات حفظ حق مالکیت را به معنای مرسوم کلمه مجاز شمارند:

Drobnig *ibid*; Habersack and Schürnbrand at 834; Westermann, *op. cit.*, § 449 margin number (Rz) 5; See also Martin Schmidt-Kessel, "Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung," *Neue Juristische Woche* (NJW) (2001):102.

در مقام مقایسه، نویسندگان زیر بر آن‌اند که دستورالعمل یاد شده مانع از آن نیست که قانون احکامی را دایر به تعلیق قانونی انتقال مالکیت مبیع تا زمان پرداخت ثمن وضع نماید:

Dietrich Reinicke and Klaus Tiedtke, *Kaufrecht* (Berlin: Hermann Luchterhand Verlag, 2004), margin number (Rz) 1279; Habersack and Schürnbrand at 839.

۳. این مطالعه به سفارش دولت آلمان صورت گرفته بود.

4. Peters, *op. cit.*, 449-61.

5. See Reinhard Zimmermann, *The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

۶. نک: مبحث شماره ۲-۱. همین مقاله.



چند به راستی چرایی اینکه پیشنهاد هوبر مورد بی توجهی قرار گرفت بر ما روشن نیست،<sup>۱</sup> اما امتیازات و محاسن پیشنهاد آن استاد بسی روشن است: با پذیرش این پیشنهاد، حقوق مثبتی می توانست با واقعیت حقوقی همراه و همگام گردد. زمینه و امکان بروز نزاعها و اختلافات و خبط و خطاهای ناشی از این واقعیت که طرفین قرارداد بیع ناگزیرند به منظور حراست و حمایت از منافعشان، با توجه به فقدان احکام قانونی، بر نهادهای حفظ حق مالکیت تراضی کنند،<sup>۲</sup> می توانست از سر راه برداشته شود. هزینه های معامله نیز کاهش می یافت.<sup>۳</sup> به علاوه، وضع احکام قانونی در زمینه حفظ حق مالکیت تا زمان ادای ثمن، به نسبت اهمیتی که ثمن در معامله بیع دارد، موافق با لازمه حاکمیت قانون که همانا قابلیت پیش بینی راه حل های حقوقی است، می توانست بود<sup>۴</sup> و دیگر اینکه اگر ترتیبات حفظ حق مالکیت تا زمان پرداخت ثمن در قراردادهای بیع این چنین شایع و رایج است، تنها راه حل منطقی آن است که قانون تغییر کند تا با این عرف انطباق و هماهنگی یابد.

سرانجام اینکه وضع احکام قانونی دایر به بقای حق مالکیت فروشنده بر مبیع تا زمان پرداخت ثمن، با مفهوم بنیادین دیگر حقوق خصوصی آلمان که همانا «اصل همبستگی عوضین» است، منطبق خواهد بود. «اصل همبستگی عوضین»، اصطلاحی است معادل اصل تقابل تعهدات، و در حوزه قرارداد به آن معناست که تعهدات متعاملین باید به نحو متقابل ایجاد و ایفا گردد.<sup>۵</sup> به راستی، چنان که در ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان اشارت رفته

۱. وزارت دادگستری آلمان در ایمیل محبت آمیزی که به تاریخ ۲۲ مه ۲۰۰۸ برای نویسنده مقاله زیر ارسال کرده است، تأیید می نماید که هیچ اطلاعاتی در خصوص اینکه چرا قانونگذاران آلمانی بر طبق پیشنهاد هوبر اقدام نکرده اند، در اختیار ندارد. Lutz-Christian Wolff, "Statutory Retention of Title Structures? A Comparative Analysis of German Property Transfer Rules in Light of English and Australian Law," *Deakin Law Review* 14 (2009): 15.

2. Cf. Bunte, *op. cit.*, 321.

۳. برای مطالعه بیشتر درباره بلاتکلیفی ها و تردیدهای مربوط به تجارت فرامرزی در درون اتحادیه اروپا نک: Milo, *op. cit.*, 125.

4. Wank, *op. cit.*, 82.

۵. ماده ۳۲۰ قانون مدنی آلمان اصل تقابل تعهدات را تا آنجا بیان می دارد که به اجرای تعهدات مربوط می شود. مطابق این ماده: «۱. شخصی که طرف یک عقد معوض است می تواند مادام که طرف تعهد عوض متقابل را تسلیم نکرده است، از اجرای تعهد خود امتناع نماید، مگر اینکه ملتزم باشد تعهد خود را پیش از طرف مقابل ایفا کند. چنانچه شخصی تعهدی را در برابر دو یا چند شخص به عهده داشته باشد، آن شخص می تواند از پذیرش اجرای جزئی تعهدی که به نفع او باید ادا شود خودداری و اجرای تعهد خود را موقوف به تسلیم کامل عوض متقابل نماید ... ۲. چنانچه یک طرف بخشی از تعهد را ایفا کرده باشد، وی نمی تواند از پذیرش عوض متقابل سر باز زند مشروط به اینکه آن عدم پذیرش، در آن اوضاع و احوال، به ویژه با توجه به اینکه جزء تسلیم نشده عوض متقابل نسبتاً ناچیز است، سوءنیت محسوب شود». برای دیدن ترجمه انگلیسی ماده فوق نک:

Translation by juris GmbH, accessed July 20, 2015, at <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#Section%20433](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%20433)>.

لازم به ذکر است که در خصوص سعه و ضیق مفهوم حقوقی اصل همبستگی عوضین یا همان اصل تقابل تعهدات در حقوق آلمان اختلاف است. برای دیدن این اختلاف نظر نک:

Lutz-Christian Wolff, *Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse* (1998), 101-114.

است، مبادله متقابل مالکیت و قبض و اقباض مال خریداری شده در برابر پرداخت ثمن است که هدف اصلی و محوری قراردادهای بیع است.<sup>۱</sup>

البته مسلم است پرداخت ثمن به تنهایی نمی‌تواند فی حد ذاته سبب انتقال مالکیت مبیع گردد. این امر به ویژه در مواردی واضح و روشن می‌نماید که مال فروخته شده کلی است و لازم است تعیین شود،<sup>۲</sup> یا مال فروخته شده مال آینده است، یعنی مالی است که در زمان انشای عقد یا در زمان تأدیة ثمن حتی به وجود نیز نیامده است.<sup>۳</sup> گذشته از این، منافع اشخاص ثالث با حسن نیت، یا منافع مصرف‌کننده ممکن است ایجاب نماید مالکیت مال موضوع بیع منتقل گردد، ولو اینکه فروشنده خود هنوز ثمن را نپرداخته، و نتیجتاً مالک آن مال نشده باشد. وانگهی، در موارد ورشکستگی یا اعسار، منافع اشخاص ذی‌نفع به ویژه منافع طلبکاران مدیون ورشکسته یا معسر، ممکن است نیازمند حمایت باشد.<sup>۴</sup> النهایه، در وضع احکام قانون به این مسأله نیز باید توجه ویژه‌ای نمود که آیا اقسام خاصی از شروط قراردادی، مانند شروط موسوم به «شرط تسری حفظ حق مالکیت بر درآمد حاصل از فروش مبیع» و «شرط تسری حفظ حق مالکیت بر محصول ساخته شده از مبیع»<sup>۵</sup> مجاز خواهد بود، یا اینکه این گونه شروط تابع شرایط (شکلی و تشریفاتی) خاصی خواهد بود.

همه این نکات و سایر شرایط و اوضاع و احوال به هنگام وضع احکام قانونی انتقال مالکیت مبیع باید به دقت سنجیده شود و مورد لحاظ قرار گیرد.<sup>۶</sup> به هر حال، در حقوق فعلی

۱. متن این ماده را در مبحث شماره ۲-۱. همین مقاله نقل کرده‌ایم.

۲. مثلاً مقدار ۲۰ کیلوگرم سیب زمینی از یک کیسه ۱۰۰ کیلویی سیب زمینی فروخته شده است و این ۲۰ کیلوگرم منتشر در آن ۱۰۰ کیلو بوده، هنوز جدا نشده است.

3. Cf. Drobnig, *op. cit.*, 733.

۴. در بسیاری از نظام‌های حقوقی شروط حفظ حق مالکیت حتی در فرض ورشکستگی خریدار نافذ و واجد اثر است؛ به عبارت دقیق‌تر، در صورت ورشکستگی خریدار، فروشنده می‌تواند مبیع را مسترد دارد. در مورد آلمان، فرانسه، ایتالیا و انگلستان نک: Drobnig, *op. cit.*, 754.

در مورد نیوزیلند نک:

Brendan Brown, "Retention of Title under New Zealand's Personal Property Security Act 1999," *Journal of International Banking Law* 17 (2002): 102-109; Milo, *op. cit.*, 132.

در مورد انگلستان نک:

Andrew McKnight, "The Reform of English Law Concerning Secured Transactions," Part 1 *Journal of International Banking Law & Regulation* (2006): 500 and Part 2 *Journal of International Banking Law & Regulation* (2006): 587; Atiyah, *op. cit.*, 477.

۵. برای مطالعه بیشتر نک: زیرنویس شماره ۱۰۵ و متن همراه آن.

۶. به عنوان مثال، حقوق آلمان همانند سایر نظام‌های حقوقی بنا بر اصل تعیین مبیع که در زبان آلمانی (Spezialitätsgrundsatz) نامیده می‌شود، حکم می‌دهد که انتقال مالکیت تنها در مورد مبیع عین معین امکان‌پذیر است. درست است که اموال کلی (تعیین نشده) علی‌الاصول قابل بیع است، لیکن در مورد این اموال تعیین و تخصیص شرط انتقال مالکیت است. برای مطالعه بیشتر نک:

Thorn, *op. cit.*, 183.

آلمان احکام خاص قانونی ای که ناظر به مسائل فوق است، به هیچ وجه مانع از آن نیست حکمی کلی در قانون آورده شود که براساس آن پرداخت ثمن یکی دیگر از شرایط انتقال مالکیت مبیع در معاملات بیع در کنار سایر شرایط باشد و آخرین و نه کمترین نکته اینکه درج چنین حکمی در قانون تنها استحکام بخشیدن به فهم عرف و تصدیق رسم تجاری موجود خواهد بود و بس.

### ۳. مطالعه قواعد انتقال مالکیت مبیع در حقوق انگلستان و استرالیا

#### ۳-۱. کلیات

آلمان در اینکه اهمیت اندکی به پرداخت ثمن در انتقال مالکیت مبیع داده، یگانه و تنها نیست. در واقع، بیشتر نظام‌های حقوقی<sup>۱</sup> رویکرد مشابهی را اختیار کرده‌اند و روش معهود آن است که پرداخت ثمن شرط قانونی انتقال مالکیت مبیع نیست؛ بلکه به جای آن، معمولاً به طرفین قرارداد بیع اختیار داده شده است تراضی نمایند که مالکیت مبیع تنها با پرداخت کامل ثمن منتقل شود؛ به عبارت دیگر، به ایشان اختیار داده شده بر نهادهای حفظ حق مالکیت توافق نمایند، همچنان که در آلمان این چنین است.<sup>۲</sup>

در ادامه بحث، قواعد مرتبط معمول به در انگلستان و استرالیا مورد بررسی قرار خواهد گرفت تا از منظر کامن لا نگاهی تطبیقی به موضع حقوق آلمان بیفکنیم. از آن روی جهت تطبیق و مقایسه انگلستان را برگزیده‌ایم<sup>۳</sup> که حقوق این کشور اهمیت و جایگاهی والا در توسعه و تکامل کامن لا داشته و نیز این کشور هنوز از سایر کشورهای دارای نظام کامن لا در اصلاح نظام وثیقه اموال منقول دنباله روی نکرده و برخلاف این کشورها هنوز دست به اصلاح نظام حقوقی وثیقه اموال منقولش نزده است. برعکس، استرالیا براساس تجربیات و پیشرفت‌های مقدم‌تری که در ایالات متحده آمریکا، کانادا و نیوزیلند در این زمینه حاصل شده است، به منظور اصلاح نظام وثیقه اموال منقول خود اقدامات قانونی‌ای را در دست انجام دارد که احتمالاً منجر به وضع قواعد جدیدی از جمله در زمینه توافقات حفظ حق

برای مطالعه درباره تحصیل مالکیت به جهت حسن نیت خریدار و مسائل مرتبط با ورشکستگی نک: Thorn at 188 ff.

۱. برای دیدن مطالعه تطبیقی موقف ۱۹ نظام حقوقی مختلف نک:

von Ziegler et al., *op. cit.*, 183.

2. Cf. Milo, *op. cit.*, 135.

۳. برای دیدن عوامل تعیین‌کننده‌ای که در انتخاب نظام‌های حقوقی جهت مطالعات تطبیقی باید مدنظر قرار گیرد نک: Marieke Oderkerk, "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research," *Netherlands International Law Review* 48 (2001): 293.

مالکیت خواهد گردید. این مقارنه و تطبیق، مشابهت‌ها و همانندی‌های جالب توجهی را با آنچه در آلمان جاری است، در معرض دید قرار می‌دهد.

### ۳-۲. انگلستان

ماده ۱۷ از قانون بیع اموال منقول انگلستان مصوب ۱۹۷۹ (بریتانیا)<sup>۱</sup> مقرر می‌دارد متعاملین می‌توانند در خصوص زمان و شرایط انتقال مالکیت مبیعی که به قدر کافی معین<sup>۲</sup> باشد، تراضی کنند. متن ماده ۱۷ بدین شرح بیان می‌دارد:

«۱. در موردی که قرارداد راجع به بیع مبیع عین معین یا مبیع تعیین شده<sup>۳</sup> است، مالکیت مبیع از آن زمانی به خریدار منتقل خواهد شد که متبایعین قصد کرده‌اند مالکیت از آن لحظه منتقل شود.

۲. به منظور تشخیص قصد متبایعین باید به مفاد عقد، فعل متبایعین و اوضاع و احوال خصوص مورد توجه شود»<sup>۴</sup>.

با این وجود، حقوق انگلستان به طرفین قرارداد بیع اجازه می‌دهد انتقال مالکیت را معلق و منوط به پرداخت ثمن سازند.<sup>۵</sup> ماده ۱۹ قانون بیع اموال منقول صریحاً جواز توافق بر نهادهای حفظ حق مالکیت را تأیید می‌نماید، آنجا که مقرر می‌دارد:<sup>۶</sup>

1. The English Sale of Goods Act 1979 (UK).

این قانون آخرین بار در ۱ اکتبر سال ۲۰۰۳ مورد اصلاح قرار گرفته است.

2. Sarah Worthington, "Passing of Property," in *Sale of Goods*, ed. Ewan McKendrick (UK: Informa Law, 2000), 57.

۳. به گفتهٔ وین‌کاپ مبیع از این حیث، مبیع تعیین شده است «هنگامی که یک قلم شیء معین یا مجموعه‌ای از اشیای معین را بتوان به عنوان موضوع خاص قرارداد تشخیص یا نشان داد». نک:

Whincup, *op. cit.*, 224.

۴. چنانچه متبایعین به نحو دیگری توافق نکرده باشند، مطابق قاعده ۱ از ماده ۱۸ قانون بیع اموال منقول ۱۹۷۹ (بریتانیا) مالکیت در زمان انعقاد قرارداد بیع منتقل می‌گردد. قاعده ۱ ماده ۱۸ قانون یاد شده مقرر می‌دارد: «چنانچه عقد بیع منجزی نسبت به مال منقول مشخص قابل تسلیمی منعقد گردد، از هنگام انعقاد عقد مالکیت بر آن مال به خریدار منتقل می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که برای زمان پرداخت ثمن یا زمان تسلیم مبیع، یا برای هر دو، اجلی قرار داده شده باشد یا قرار داده نشده باشد». وین‌کاپ از این حکم «ابراز تعجب» می‌کند. برای مطالعهٔ بیشتر نک:

Whincup, *ibid.*, 227.

با این همه، دادگاه‌های انگلستان بنا به دلایل عملی جهت اثبات خلاف این قاعده، یعنی برای استنباط قصد خلاف متبایعین چندان سختگیر نبوده‌اند و به کمترین قرینه برای احراز این قصد بسنده کرده‌اند. در این باره نک:

Whincup, *ibid.*; Worthington, *op. cit.*, 62.

5. Whincup, *ibid.*, 225; Milo, *op. cit.*, 127.

وین‌کاپ در منبع فوق می‌نویسد: «می‌توان گفت روش معمول آن است که مالکیت مبیع به هنگام تسلیم، یا چنانچه پرداخت پس از تسلیم انجام می‌گیرد به هنگام پرداخت ثمن منتقل می‌گردد».

6. Cf. Atiyah, *op. cit.*, 472.

موضع حقوق هنگ‌کنگ دقیقاً عین انگلستان است. حاکمیت بر هنگ‌کنگ پس از آنکه این سرزمین بیش از ۱۵۰ سال

«۱. در فرضی که قرارداد راجع به بیع مال کلی در معین است، یا در فرضی که [مال موضوع بیع کلی فی‌الذمه است و] مالی بعداً به قرداد تخصیص می‌یابد، فروشنده می‌تواند حسب مفاد عقد یا مفاد تخصیص مال، حق مالکیت کالا را تا زمانی که شرایط مشخصی محقق گردد، برای خود محفوظ گذارد و در چنین موردی با وجود تسلیم مبیع به خریدار، یا تسلیم مبیع به متصدی حمل یا به امین یا حافظ دیگر به منظور رساندن آن به خریدار، مادامی که شرایط مقرر از سوی فرزند محقق نشده، مالکیت بر مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود...».

راست است که شروط حفظ حق مالکیت پس از صدور رأی مشهور رومالپا<sup>۱</sup> از سوی دادگاه پژوهش انگلستان به سال ۱۹۷۶، در این کشور بسیار رایج شده است، با این همه باید به یاد داشت که در حقوق انگلیس نیز پرداخت ثمن تنها در صورتی شرط از برای انتقال مالکیت مبیع است که متبایعین بر این مضمون توافق کرده باشند.<sup>۲</sup> به علاوه، همانند آلمان<sup>۳</sup> و سایر کشورهای اروپای قاره‌ای<sup>۴</sup> در انگلستان نیز هم اکنون الزامی به ثبت شروط «ساده» حفظ

تحت سلطه استعماری بریتانیا بود، سرانجام در تاریخ ۱ جولای ۱۹۹۷ براساس اعلامیه مشترک دولت پادشاهی متحده بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی و دولت جمهوری خلق چین در خصوص مسأله هنگ کنگ به جمهوری خلق چین برگردانده شده است. برای دیدن این اعلامیه نک:

*Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong*, dated 19 December 1984, accessed January 18, 2009, <<http://www.info.gov.hk/trans/jd/jd2.htm>>.

با این حال، نظام حقوقی هنگ کنگ بنا به اصل «یک کشور با دو نظام حقوقی» به مدت پنجاه سال از تاریخ تحویل این سرزمین به چین بلا تغییر باقی خواهد ماند. به عنوان یک قاعده می‌توان گفت، حقوق هنگ کنگ از حقوق انگلستان دنباله روی می‌کند. مواد ۱۹-۲۱ فرمان حکومتی هنگ کنگ راجع به بیع اموال منقول دقیقاً رونوشت و نسخه برداری از مواد ۱۸-۲۰ قانون بیع اموال منقول ۱۹۷۹ انگلستان (بریتانیا) است و لذا همانند حقوق انگلستان در حقوق هنگ کنگ نیز قصد متبایعین تعیین کننده لحظه زمانی‌ای است که مالکیت مبیع منقول به خریدار منتقل می‌شود.

1. *Aluminium Industrie Vaassen v. Romalpa Aluminium Ltd* (1976) 1 WLR 676 ('Romalpa').

برای مطالعه تفصیلی درباره این رأی نک:

Whincup, *op. cit.*, 230 ff.; Juliet Taylor, "Retention of Title and Trans-Tasman Supply of Goods," *New Zealand Business Law Quarterly* 12 (2006): 71.

(نویسندگان مقاله فوق، از رأی رومالپا به عنوان «... یکی از مهم‌ترین پیشرفت‌هایی که طی نیمه دوم قرن بیستم در حقوق تجارت حاصل شده» نام می‌برند؛ برای دیدن مشکلات عملی ناشی از وضع کنونی نک: McKnight, *op. cit.*, 501; Atiyah, *op. cit.*, 474.

(البته در کتاب فوق، رأی رومالپا را به عنوان «رأیی نه چندان مطلوب و رضایت‌بخش» توصیف می‌کند. برای مطالعه درباره استفاده از شروط حفظ حق مالکیت در انگلستان پیش از صدور رأی رومالپا نک:

Laurence Crowley, "Reservation of Title in England and Wales," in *Corporate Insolvency and Rescue: The International Dimension*, ed. Dennis Campbell and Anthony E Collins (Berlin: Springer, 1995), 249.

2. Atiyah, *op. cit.*, 470.

برای دیدن پیشرفت‌های اصلاحی اخیر نک:

McCormack, *op. cit.*, 3-34.

۳. نک: مبحث شماره ۲-۱ و مبحث شماره ۲-۲ همین مقاله.

4. Cf. Whincup, *op. cit.*, 238.

حق مالکیت وجود ندارد و نیز لازم نیست آگهی‌ای به هیچ شکل دیگر داده شود.<sup>۱</sup> شروط ساده حفظ حق مالکیت عبارت است از شروطی که فروشنده مالکیت بر مبیع را تا زمانی که پرداخت تمام ثمن صورت گیرد، برای خود باقی می‌گذارد.<sup>۲</sup> همین گفته، یعنی عدم نیاز به ثبت یا دادن آگهی، در مورد شروط موسوم به «شروط بدهی جاری»<sup>۳</sup> نیز صادق است. شروط مزبور دسته‌ای از شروط حفظ حق مالکیت است که براساس آن حق مالکیت فروشنده نه فقط تا زمان پرداخت کامل ثمنی که خریدار به موجب آن قرارداد بیع خاص بدهکار شده است، بلکه مادام که کل بدهی‌های خریدار به فروشنده تسویه و پرداخت نشده، از آن فروشنده باقی می‌ماند.<sup>۴</sup>

### در پی تحولات بین‌المللی،<sup>۵</sup> بحث و گفتگوهای در خصوص امکان اصلاح نظام حقوق

لازم به ذکر است که از باب مثال در فرانسه، جهت نفوذ و صحت شروط حفظ حق مالکیت حتی در فرض ورشکستگی خریدار، شرط است پیش از تسلیم مبیع به خریدار توافقی کتبی بین متبایعین تنظیم شود. در این باره نک: Whincup at 240; Drobnig, *op. cit.*, 749.

1. Cf. Whincup, *ibid*, 232.

2. Cf. Gerard McCormack, "Personal Property Security Law Reform in England and Canada," *Journal of Business Law* (2002): 133; Taylor, *op. cit.*, 72.

3. Current Account Clauses

این دسته از شروط را «شروط کلیه دیون» (All Liabilities Clauses) یا «شروط کلیه حساب‌ها» (All Sums Clauses) نیز می‌خوانند.

4. See *Clough Mill Ltd v. Martin* [1985] 1 WLR 111; *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG* [1991] 2 AC 339; McCormack, *op. cit.*, 133; Taylor, *op. cit.*, 72.

در مقابل، محاکم انگلستان شروط موسوم به «شروط تسری حفظ حق مالکیت بر درآمد حاصل از فروش مبیع» (این دسته از شروط را «شروط ردیابی» (Tracing Clauses) نیز نام داده‌اند. برای دیدن این تسمیه رجوع کنید به صفحه ۷۲ از مقاله جولیت تیلر) و شروط معروف به «شروط حفظ حق مالکیت بر کالای تولیدی از مبیع» (این دسته از شروط را «شروط تسری حفظ حق مالکیت به محصول تولید شده از مبیع» (Products Clauses) و «شروط کالای ترکیب یافته» (Aggregation Clauses) نیز نامیده می‌شود. برای دیدن این اسامی رجوع کنید به صفحه ۷۲ از مقاله جولیت تیلر مذکور در زیرنویس شماره ۱۰۰) را مؤجد حق وثیقه در گردش شمرده‌اند و لذا رأی داده‌اند که باید شرایط و الزامات ثبت این حق طی شود. در خصوص «شروط تسری حفظ حق مالکیت به درآمد حاصل از فروش مبیع» نک:

*Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co. v. Arbuthnot Factors Ltd* [1988] 1 WLR 150; *Compaq Computer Ltd v. Abercorn Group Ltd* [1991] BCC 484.

در خصوص «شروط حفظ حق مالکیت بر کالاهای تولیدی از مبیع» نک:

*Re Peachdart Ltd* [1984] Ch 131; McCormack at 134.

اصطلاح «شروط تسری حفظ حق مالکیت بر درآمد حاصل از فروش مبیع» برای آن دسته از شروط حفظ حق مالکیت به کار می‌رود که در آنها خریدار حق دارد مبیع را به مشتریان خویش بفروشد؛ اما در عین حال مالکیت فروشنده اصلی به درآمد حاصل از این فروش تسری خواهد یافت. در این باره نک:

Taylor, *op. cit.*, at 72.

شروط حفظ حق مالکیت بر کالای تولیدی از مبیع عبارت است از آن دسته از شروط حفظ حق مالکیت که براساس آن مالکیت فروشنده به محصولات جدید تولید شده از مبیع یا ترکیب یافته با مبیع تسری می‌یابد. در این باره نک: *Ibid*.

5. Cf. McCormack, *op. cit.*, 3.

در مقاله فوق اقدامات تشویقی کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل (آنسیترال)، مؤسسه وحدت حقوق خصوصی رُم (اونیدروا)، و بانک اروپایی ترمیم و توسعه معرفی شده است.

وثيقه اموال منقول انگلستان، از جمله اصلاح قواعد «مُلهم از رأی رومالپا» که ناظر به شروط حفظ حق مالکیت است، میان حقوقدانان انگلیس در گرفته و همچنان این مباحث در جریان است.<sup>۱</sup> به واقع، «طی چند سال اخیر حجم بی سابقه‌ای از ادبیات حقوقی درباره محاسن و معایب حقوق رهن و وثایق انگلستان، انتشار یافته است».<sup>۲</sup> با این همه، این مباحث علمی هنوز به هیچ اقدام قانونگذاری‌ای منتج نگردیده است.<sup>۳</sup> بنابراین، حقوق انگلستان همچنان آثار حقوقی شروط حفظ حق مالکیت را به نحوی می‌پذیرد که در مباحث پیشین توضیح دادیم. از سوی دیگر و در ارتباط با موضوع اصلی مقاله باید گفت که در حقوق انگلستان گذشته از فرضی که طرفین قرارداد ببيع به حفظ حق مالکیت توافق کرده باشند، در سایر موارد پرداخت ثمن شرط انتقال مالکیت مبيع نیست. از این حیث، تفاوتی میان حقوق انگلستان و حقوق آلمان وجود ندارد.

### ۳-۳. استرالیا

قانون فعلی کشور استرالیا در خصوص ببيع اموال منقول مقتبس از مدل انگلیس است. بنابراین، در این کشور نیز لحظه زمانی‌ای که مالکیت مبيع از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود تابع قصد متبایعین بوده<sup>۴</sup> و ایشان اختیار دارند بر نهادهای حفظ حق مالکیت

Drobnig, *op. cit.*, 754; McKnight, *op. cit.*, 597.

مکنایت در مقاله فوق می‌نویسد: «سیستم انگلیسی چنانچه براساس این مدل‌ها بنا شود، از تجربیاتی که در سایر نظام‌های حقوقی به دست آمده بهره‌ور خواهد شد و نخواهد کوشید چرخ را از نو اختراع کند».

۱. برای دیدن خلاصه‌ای از مباحث مطرح نک:

McKnight, *ibid*, 502.

مکنایت در صفحه ۵۰۲ از مقاله فوق می‌نویسد: «به دشواری می‌توان پذیرفت که نظام کنونی ثبت اجباری وثيقه کامل و خالی از نقص است؛ بی‌گمان این نظام نیازمند اصلاح است».

Atiyah, *op. cit.*, 477; McCormack, *op. cit.*, 113.

مک‌کورماک در مقاله فوق می‌نویسد: «... طرفداران اصلاح بیش از حد بر عیوب و نقایص نظام کنونی انگشت نهاده‌اند و در این راه به افراط گراییده‌اند».

2. Richard Calnan, *Taking Security - Law and Practice* (UK.: Jordan Publishing Limited, 2006), 1.

۳. دلایل این امر در منابع زیر بررسی شده است. نک:

McCormack, *op. cit.*; McCormack, *op. cit.*, 113; McKnight, *op. cit.*, 589; See also Atiyah, *op. cit.*, 478; English Law Commission's Report on 'Company Security Interests' (2005), accessed August 2, 2015, <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc296.pdf>>.

در گزارش کمیسیون حقوق انگلستان راجع به «حقوق وثيقه شرکت‌های تجاری»، کمیسیون دایره پیشنهادهای خود را محدود به توصیه «یک نظام نوینی [می‌کند] که حق وثيقه شرکت‌های تجاری در معنایی مضیق و نیز پاره‌ای از اقسام ببيع مطالبات از سوی شرکت‌های تجاری را شامل می‌گردد» (نک: صفحه ۵۸۹ از مقاله مکنایت) و بحث و بررسی در باب اینکه آیا نهادهای حفظ حق مالکیت بایست تابع الزامات و شرایط ثبت باشد یا خیر را به مطالعات آینده وامی‌نهد.

4. Cf. Taylor, *op. cit.*, 72-3.

تیلر در مقاله فوق، متن مواد مربوطه قانون ببيع اموال منقول استرالیا را در زیرنویس‌های شماره ۴ و ۵ نقل کرده است.

ترازی کنند.<sup>۱</sup> محاکم استرالیا، اصول مرتبط مذکور در رأی انگلیسی رومالپا را «از جهاتی تخصیص و از جهاتی تعمیم» داده‌اند.<sup>۲</sup> به هر تقدیر، تا آنجا که به تأثیر پرداخت ثمن بر انتقال مالکیت مبیع مربوط می‌شود، تفاوتی میان حقوق استرالیا از یک سوی و حقوق آلمان و حقوق انگلستان از سوی دیگر وجود ندارد. در انتقال مالکیت مبیع پرداخت ثمن محلی از اعراب ندارد، مگر اینکه متعاملین به نحو دیگری توافق کنند.

پیشنهادها راجع به اصلاح نظام‌های وثیقه اموال منقول استرالیا و گفتگوهای مربوط به این موضوع به دهه ۱۹۷۰ میلادی باز می‌گردد.<sup>۳</sup> پس از تصویب قانون وثیقه اموال منقول در نیوزیلند به سال ۱۹۹۹،<sup>۴</sup> مباحث و گفتگوهای علمی میان حقوقدانان استرالیا در این زمینه شدت گرفت و منجر به تدوین لایحه قانونی وثایق اموال منقول به سال ۲۰۰۸ در استرالیا گردید (از این به بعد لایحه قانونی نامیده خواهد شد).<sup>۵</sup> لایحه قانونی مزبور به تاریخ ۱۳ نوامبر سال ۲۰۰۸ میلادی جهت تحقیق و گزارش به کمیته دائمی مجلس سنا در امور حقوقی و قانون اساسی ارجاع شد. کمیته دائمی مجلس سنا گزارش خود را در تاریخ ۱۹ مارس سال ۲۰۰۹ میلادی منتشر ساخت.<sup>۶</sup> دولت استرالیا در این میان تقریباً کلیه پیشنهادها و

1. Ibid.

2. Taylor, *op. cit.*, 71.

برای دیدن خلاصه‌ای از رویه قضایی استرالیا در زمینه انواع مختلف شروط حفظ حق مالکیت نک:

Ibid, 73-77..

3. *Personal Property Securities Bill 2008 - Revised Commentary* (2008) Australian Government Attorney-General's Department, accessed August 2, 2015, <[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews\\_personalpropertysecuritiesreform\\_PPSDownloads](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews_personalpropertysecuritiesreform_PPSDownloads)> (under: Archive - PPS - Exposure Draft Bill - Revised Commentary December 2008).

۴. این قانون از ۱ مه ۲۰۰۲ لازم الاجرا شده است.

۵. نام کامل این لایحه در زیرنویس شماره ۱۱۵ مندرج است. برای کسب اطلاع در زمینه سابقه و پیشینه این لایحه قانونی نک: The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Exposure Draft of the Personal Property Securities Bill 2008* (2008) ('the Report'), accessed April 28, 2009, <[http://www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/legcon\\_ctte/personal\\_property/report/index.htm](http://www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/legcon_ctte/personal_property/report/index.htm)>.

6. Ibid; See also Andrew Hudson and Brendan Sheekan, *Australia: Personal Property Securities Bill 2008 Update* (2009) Mondaq, accessed April 28, 2009, <<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=76674>>; DLA Phillips Fox, *Senate Committee Recommends Delay and Simplification of Personal Property Securities (PPS)*, accessed April 28, 2009, <<http://www.dlaphillipsfox.com/article/452/Senate-Committee-recommends-delay-and-simplification-of-Personal-Properties-Securities-PPS>>.

۷. گزارش مذکور در زیرنویس شماره ۱۱۸ یازده پیشنهاد و توصیه به تهیه کنندگان لایحه ارائه کرده است. گزارش یاد شده در این میان از جمله پیشنهاد می‌دهد سیاق نگارش، اصطلاحات و ساختار لایحه ساده گردد. نک:

Recommendation 1 [4.19].

در ابتدا در نظر بود این لایحه قانونی تا مه ۲۰۱۰ تصویب شده و صورت قانون به خود بگیرد. اما، کمیته دائمی مجلس سنا در امور حقوقی و قانون اساسی اینک به علاوه پیشنهاد کرده که تاریخ تحقق این مهم حداقل تا دوازده ماه یعنی تا مه ۲۰۱۱ به تعویق انداخته شود «تا در این مجال توصیه‌ها و پیشنهادها کمیته مزبور در لایحه لحاظ و در این مدت اشخاص ذی‌نفع طرف مشورت قرار گرفته، صوابدید و نظر مشورتی آنها در اصلاح لایحه ملحوظ گردد». نک:

Recommendation 2 [4.27].



توصیه‌های کمیته مزبور را پذیرفته<sup>۱</sup> و یک لایحه بازنگری شده را تنظیم و انتشار داده است.<sup>۲</sup> این لایحه قانونی با قوانین ناظر به وثیقه اموال منقول ایالات متحده امریکا، کانادا و نیوزیلند مشابه به نظر می‌رسد و نیز استوار بر کارهایی است که تحت اشراف کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل (آنکتاد) و کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل (آنسیترال) در این زمینه به انجام رسیده است.<sup>۳</sup> این لایحه قانونی در کنار سایر اهداف از جمله در نظر دارد: «بلا تکلیفی و تردیدهایی را که حاصل وجود حجم وسیع قوانین در سطح کشورهای جامعه مشترک‌المنافع، فدرال و ایالتی و وجود تعارض گنج‌کننده قوانین، کامن‌لا و اصول حقوقی انصاف است، از سر راه بردارد».<sup>۴</sup>

یکی از ویژگی‌های برجسته این لایحه قانونی آن است که در این لایحه ترتیبات حفظ حق مالکیت به عنوان معاملات رهنی توصیف شده که موجد حق وثیقه‌ای است که از سوی خریدار به فروشنده داده می‌شود.<sup>۵</sup> در موردی که مالی با حفظ حق مالکیت فروخته می‌شود، برای تحصیل حق تقدم در برابر کلیه اشخاص دیگر (این حق تقدم در اصطلاح «حق تقدم درجه اول» نام داده شده) تکمیل توافقات حفظ حق مالکیت لازم است. تکمیل توافق حفظ حق مالکیت به این معناست که توافق حفظ حق مالکیت باید به ثبت رسیده<sup>۶</sup> (یا به نحو دیگری «تکمیل گردد»)<sup>۷</sup> و آنگهی آن به سایر اشخاص دارای حق وثیقه داده شود.<sup>۸</sup> از این

1. See Australian Government - Attorney-General's Department, PPS Reform – Government Response to Senate Committee - June 2009, accessed July 24, 2009, <[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews\\_personalpropertysecuritiesreform\\_PPSNewsletter](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews_personalpropertysecuritiesreform_PPSNewsletter)> (under PPS newsletter June 2009).

2. See accessed July 24, 2009, <[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews\\_personalpropertysecuritiesreform\\_PPSDownloads](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews_personalpropertysecuritiesreform_PPSDownloads)> (under Draft Legislation - Personal Property Security Bill 2009).

3. Australian Government Attorney-General's Department, *op. cit.*

برای دیدن دیدگاه‌های مخالف پذیرش رویکرد کد متحد تجارت امریکا در تدوین این لایحه به عنوان مثال نک: The Report of the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *op. cit.*, [2.12].

4. Australian Government Attorney-General's Department, *op. cit.*, 19; See also The Report of the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *op. cit.*, [2.4].

در گزارش فوق می‌خوانیم: «مقصود اصلی این لایحه قانونی انسجام و نظم بخشیدن به ترتیبات و مقررات موجود است که چنان پراکنده‌اند که تعداد آنها از هفتاد فقره قانون مجرا در سطح کشورهای جامعه مشترک‌المنافع، فدرال و ایالتی و بیش از چهل دفتر ثبت مختلف جهت ثبت حقوق وثیقه‌ای بر اموال منقول مادی فراتر می‌رود».

5. *Personal Property Securities Bill 2009* Chapter 1, Part 1.3, div 3 s 12(2)(d).

۶ این لایحه در نظر دارد در سطح کشور یک سامانه ثبتی برخط (آن‌لاین) جهت ثبت کلیه «وثایق منقول» راه‌اندازی نماید. در این باره نک:

Report of the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *op. cit.*, [2.55] and [5.6].

7. Cf. Australian Government - Attorney-General's Department, PPS Newsletter - March 2009 <[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews\\_personalpropertysecuritiesreform\\_PPSNewsletter](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews_personalpropertysecuritiesreform_PPSNewsletter)> 24 July 2009 (under PPS newsletter March 2009).

8. Report of the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *op. cit.*, [2.50].

حیث، لایحه قانونی از همان رویکردی تبعیت جسته است که در باب نهم کد متحد تجارت امریکا (یوسی‌سی)<sup>۱</sup> و نظام وثیقه اموال منقول کانادا<sup>۲</sup> و نیوزیلند<sup>۳</sup> که این دو نیز مبتنی بر مدل کد متحد تجارت امریکاست، آن رویکرد اختیار شده است.<sup>۴</sup>

هنگامی که در پی یافتن مبنای منطقی توصیف نهادهای حفظ حق مالکیت به عنوان وثیقه هستیم، باید به این نکته عنایت نماییم که مقصود اقسام گوناگون وثایق، همچون معاملات با حق استرداد، رهن تصرف و وثیقه در گردش آن است که حق رجوع اضافه‌ای قابل اعمال بر مال در اختیار طلبکار قرار گیرد تا از این رهگذر ایفای تعهد اصلی مدیون در

۱. درست است که کد متحد تجارت (یوسی‌سی) به عنوان یک قانون نمونه تدوین شده و از نظر حقوقی مستقیماً لازم الاجرا نیست، اما باید دانست مقررات باب نهم کد متحد تجارت در تمام ایالات این کشور از فرایند مجالس قانونگذاری گذشته و شکل قانون موضوعه به خود گرفته است. در این باره نک:

McCormack, op. cit., 4; Craig Wappet, Laurie Mayne and Tony Duggan, *An International Comparison of Personal Property Securities Legislation* (2006) Australian Government Attorney-General's Department, accessed January 18, 2008, <<http://www.ag.gov.au/pps>>.

اهمیت و ارزش مقررات باب نهم کد متحد تجارت با توجه به این واقعیت اثبات می‌شود که نیمی از دعاوی مرتبط با کد متحد تجارت به باب نهم مربوط می‌گردد. در این باره نک:

Jeffrey F. Beatty and Susan S. Samuelson, *Business Law and the Legal Environment* (USA: South-Western College/West, 2002), 582.

مطابق بند (الف) ماده ۹-۱۰۳ کد متحد تجارت، ترتیبات حفظ حق مالکیت در اصطلاح «حق وثیقه برای پرداخت ثمن خرید» توصیف می‌شود که از سوی خریدار به فروشنده داده شده است. در نتیجه، مقررات و الزامات ناظر به ایجاد، حق تقدم و قصور از پرداخت که در مورد سایر اقسام وثایق حکمفرماست، نسبت به ترتیبات حفظ حق مالکیت نیز حاکم است. برای مطالعه بیشتر در این باره نک:

Milo, op. cit., 129; Brown, op. cit., 109.

۲. در هر یک از ایالات اونتاریو، مانیتوبا، ساسکاشوان، آلبرتا، بریتیش کلمبیا، نیو برونسویک، نوا اسکوتیا، ان دلیو تریتوریز و یوکون تریتوری کانادا که جملگی پیرو خانواده حقوقی کامن لا هستند، درباره حقوق وثایق منقول قانونی به اقتباس از مقررات باب نهم کد متحد تجارت امریکا به شکل ایالتی به تصویب رسیده که قوانین وثیقه اموال منقول مادی نامیده می‌شود. در این باره نک:

Wappet, Mayne and Duggan, op. cit., 10; David E. Allan, "Personal Property Security in Australia - A Long, Long Trail A-Winding," *Dickinson Law Review* 106 (2001): 147 note 2.

در مورد اونتاریو، مک‌کورماک در مقاله زیر از قانون وثایق اموال منقول مادی این ایالت بحثی مفصل ارائه داده است: McCormack, op. cit., 113.

3. Wappet, Mayne and Duggan, ibid, 10; Brown, op. cit., 102-9; McCormack, op. cit., 113; Taylor, op. cit., 77 ff.

قانون وثیقه اموال منقول نیوزیلند به سبک و سیاق و از روی قانون وثیقه اموال منقول ایالت ساسکاشوان کانادا تنظیم شده است. در این باره نک:

Wappet, Mayne and Duggan at 10.

قانون وثیقه اموال منقول ایالت ساسکاشوان کانادا خود نیز مقتبس از باب نهم کد متحد تجارت امریکاست. در این باره نک: Brown at 102-9; McCormack at 113; Taylor at 77 ff.

تیلر در مقاله فوق تأثیر قانون وثیقه اموال منقول نیوزیلند در اقسام مختلف شروط حفظ حق مالکیت را بررسی کرده است. برای دیدن مقایسه میان قانون وثیقه اموال منقول نیوزیلند با قوانین وثیقه اموال منقول دو ایالت بریتیش کلمبیا و ساسکاشوان کانادا نک:

Wappet, Mayne and Duggan at 16.

4. Cf. The English Law Commission, *Registration of Security Interests: Company Charges and Property other than Land*, Consultation Paper No 164 (2002), accessed January 18, 2008, <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp164.pdf>>.

برابر طلبکار تقویت گردد.<sup>۱</sup> از دیدگاه دکترین، شروط حفظ حق مالکیت چنین کارکردی را ایفا نمی‌کند؛ زیرا این شروط هیچ‌گونه حق وثیقه جدیدی را برقرار نمی‌سازد، بلکه شروط حفظ حق مالکیت بر پایه اصل آزادی قراردادی مسأله انتقال مالکیت مبیع را تنظیم می‌نماید.<sup>۲</sup> با این همه، کارکرد عملی توافقات حفظ حق مالکیت را می‌توان مشابه کارکرد وثیقه انگاشت، زیرا این توافقات از طریق باقی گذاردن مالکیت فروشنده بر مبیع، حق فروشنده بر ثمن معامله را استحکام می‌بخشند.<sup>۳</sup> از همین روست که کد متحد تجارت امریکا و قوانین پیرو آن در کانادا و نیوزیلند و اکنون نیز لایحه قانونی استرالیا ترتیبات حفظ حق مالکیت را به منزله وثیقه قلمداد کرده‌اند. در مقایسه با حقوق آلمان<sup>۴</sup> و انگلستان و برخلاف آن‌ها، این «رویکرد کارکردگرایانه»<sup>۵</sup> منجر به لازم شمردن شرایط اضافی‌ای می‌شود که باید جمع آیند تا اثر کامل به توافقات حفظ حق مالکیت داده شود.

## نتایج بحث

حقوق اموال و مالکیت را «حقوقی، ملی در حدّ اعلاّی کلمه» توصیف کرده‌اند.<sup>۶</sup> بر این

1. *Bristol Airport plc v. Powdrill* [1990] 1 Ch 744, 760; Cf. Paul Kwan, *Hong Kong Corporate Law* (Hong Kong: LexisNexis, 2006), 692.

2. Milo, *op. cit.*, 129.

(میلو در مقاله فوق می‌نویسد: «... حق وثیقه در مال متعلق به غیر ایجاد می‌شود (*ius in re alienum*) حال آنکه در مورد شرط حفظ حق مالکیت، فروشنده تنها پیوند مالکیت خویش با مال موضوع عقد بیع را همچنان [بعد از عقد نیز] محفوظ نگاه می‌دارد و آن را نمی‌گسلد»؛ همچنین نک:

McKnight, *op. cit.*, 497.

3. Cf. Atiyah, *op. cit.*, 470; McCormack, *op. cit.*, 124.

مک کورماک در مقام بحث از قانون وثیقه اموال منقول اونتاریو اشاره می‌کند نتیجه عملی این برداشت آن است که توافق بر حفظ حق مالکیت گویا این‌گونه عمل می‌کند که مالکیت به خریدار منتقل می‌شود، منتها این انتقال مالکیت متعاقب می‌شود با باز پس دادن حق وثیقه‌ای بر آن مال به فروشنده؛ نتیجه این تحلیل آن است که مرز و حایل میان عقد بیع و عقد رهن شناور یا معامله با حق استرداد فرو می‌ریزد.

۴. از میان نظام‌های پیرو سیستم حقوق نوشته، تنها ایالت کبک کانادا و ایالت لویزیانای امریکا در خصوص توافق حفظ حق مالکیت نشر آگهی را لازم شمرده و مقرراتی در این خصوص وضع کرده‌اند. برای مطالعه بیشتر در این باره نک: مقاله پژوهشی کمیسیون حقوقی اسکاتلند:

The discussion paper of the Scottish Law Commission, *Registration of Rights in Security by Companies* (2002), accessed January 18, 2009, <[http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp121\\_registration.pdf](http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp121_registration.pdf)>.

و رجوع کنید به ماده ۷۱۵ قانون مدنی سوییس (۱۹۰۷)؛ همچنین نک:

von Ziegler, *op. cit.*, 405; Whincup, *op. cit.*, 232.

5. Milo, *op. cit.*, 129.

برای مطالعه بیشتر همچنین نک:

McKnight, *op. cit.*, 497.

(مک‌نایت، در مقاله فوق این رویکرد را رویکرد «شبه وثیقه»‌ای نام داده است).

6. Milo, *op. cit.*, 121.

اساس، شکل و محتوای حقوق اموال و مالکیت ممکن است از کشوری به کشور دیگر به نحو قابل توجهی متفاوت باشد.<sup>۱</sup> این گفته در مورد ترتیبات حفظ حق مالکیت نیز صادق است.

این مقاله در مقام آن نیست که به مقایسه و مقابله ترتیبات حفظ حق مالکیت و اقسام گوناگون وثایق پردازد و وجوه تشابه و تفاوت آن‌ها را برشمارد، بلکه مقاله حاضر می‌کوشد به این پرسش پاسخ گوید که آیا پرداخت ثمن باید برکشیده شود و تعالی یابد بدان مایه که یکی از شرایط قانونی انتقال مالکیت مبیع گردد؟ نه آلمان و نه هیچ‌یک از کشورهای کامن لا که در بالا از آن‌ها بحث نمودیم، چنین نقش قهری و غیر ارادی‌ای به پرداخت ثمن در معاملات بیع ندادند. به عبارت دیگر، هیچ‌یک از این نظام‌های حقوقی رژیم قانونی حفظ حق مالکیت مبیع تا زمان ادای ثمن را پیش‌بینی نمی‌نمایند. در مقام مقایسه، باب نهم کد متحد تجارت امریکا و قوانین مرتبط با وثیقه اموال منقول که در کانادا و نیوزیلند به تصویب رسیده و احتمالاً در استرالیا نیز تصویب شود حتی از این فراتر رفته‌اند و ثبت و دادن آگهی را به عنوان شرایط لازم جهت تأثیر شروط حفظ حق مالکیت در برابر همگان مقرر داشته‌اند. پرسش این است که آیا این رویکردی منطقی و معقول است؟ آیا عقلایی است که ترتیبات حفظ حق مالکیت را حتی سخت‌تر از آنچه قبلاً بوده نماییم؟

استدلال شده است که اگر هیچ‌گونه آگهی یا ثبتی را لازم نشماریم، حتی دقیق‌ترین تحقیقات و پرس‌وجوها نیز چه بسا ناتوان از آن باشد که ملات مالی و اعتبار یک مدیون احتمالی را مکشوف و معلوم سازد<sup>۲</sup> و درواقع امکان و فرصت ملاحظه و بازدید دفاتر ثبت عمومی جهت ارزیابی وضعیت دارایی مدیون احتمالی در موارد معمول تأمین مالی مفید می‌تواند بود. بانک‌ها یا سایر مؤسسات مالی و اعتباری هنگامی که تصمیماتی در خصوص دادن وام یا اعتبار می‌گیرند، ناگزیرند بر این نوع اطلاعات که در دسترس عموم است، اتکا کنند. با این همه، این استدلال را به دشواری می‌توان در مورد قراردادهای بیع هر روزه‌ای که در آن‌ها فروشنده می‌خواهد مالکیت مبیع را تا زمان پرداخت کامل ثمن برای خود محفوظ گذارد، مورد استفاده قرار داد.<sup>۳</sup>

نتیجه تحلیلی که در بخش نخست مقاله از نظام حقوقی آلمان ارائه دادیم، آن بود که

در باب این امر که رنگ ملی داشتن حقوق مالکیت موجب می‌گردد نتیجه نهایی قضایی که در زمینه حقوق مالکیت در معاملات بین‌المللی مطرح می‌گردد، نامعلوم باشد نک:

Milo at 125

1. Cf. Ibid.

2. Whincup, *op. cit.*, 232; McKnight, *op. cit.*, 597.

۳. در مورد این واقعیت که در بسیاری موارد تجارت بین‌المللی (در درون اتحادیه اروپا) حتی بدون تنظیم نوشته برای قراردادها به انجام می‌رسد، نک:

Milo, *op. cit.*, 124.

احکام قانونی حفظ حق مالکیت تا زمان پرداخت ثمن می‌تواند از بلا تکلیفی‌ها و مشکلات ناشی از حقوق کنونی آلمان جلوگیری کند. باید پرسید که آیا این پیشنهاد در سایر نظام‌های حقوقی‌ای که ترتیبات حفظ حق مالکیت به همین اندازه دارای اهمیت است، نیز صادق نیست؟ به راستی، اگر طرفین قرارداد بیع به طور معمول در عالم خارج توافق می‌کنند که پرداخت ثمن یکی از شرایط اضافی بر شرایط قانونی برای انتقال مالکیت مبیع خواهد بود، در این صورت پرسش این است که چرا این عرف به حقوق موضوعه راه نیابد و تبدیل به قانون نشود؟ چرا نباید با وضع حکمی در قانون که براساس آن پرداخت ثمن یکی دیگر از شرایط قانونی انتقال مالکیت مبیع گردد، مشکلات ناشی از نیاز به توافق کردن‌های موردی و انفرادی، یا بدتر از آن نیاز به ثبت توافقات حفظ حق مالکیت و دادن آگهی آن به دیگر طلبکاران را از سر راه برداریم؟ چرا قانونی وضع نکنیم که به نیازهای واقعیت حقوقی پاسخ گوید؟ همانند با آلمان، در کشورهای کامن لایی که در بالا مطالعه کردیم، نیز گزینه وضع احکام قانونی‌ای مبنی بر حفظ حق مالکیت مبیع تا زمان پرداخت ثمن، تاکنون به طور جدی مورد بررسی قرار نگرفته است. به ویژه، به نظر می‌رسد گفتگوهای علمی و ادبیات حقوقی ناظر به اصلاح نظام وثیقه اموال منقول در انگلستان و استرالیا این گزینه را به کلی نادیده گرفته‌اند. در زمانه‌ای که کاهش هزینه معامله از اهم واجبات و در صدر اولویت‌ها در هر برنامه قانونگذاری است، گزینه پیشنهادی به ویژه قابل امعان نظر می‌نماید.<sup>۱</sup>

به درستی گفته شده است: «هر نظام حقوقی‌ای در این حوزه پیچیده خواهد بود و بی‌گمان همواره این احتمال را باید داد که تغییر یک نظام ریشه‌دار و دیرینه ... چه بسا الزاماً منتج به مجموعه قواعدی روشن‌تر و ساده‌تر نگردد، یا شاید تغییر لزوماً این نتیجه را در پی نداشته باشد که هر آنچه در نظام جدید دیده شده، باب میل و راضی‌کننده همه طرفین ذی‌نفع باشد».<sup>۲</sup>

با این همه، تا آنجا که به معاملات بیع مربوط می‌شود، هیچ نظامی روشن‌تر و ساده‌تر از نظام قانونی حفظ حق مالکیت تا زمان پرداخت ثمن نخواهد بود؛ زیرا این نظام چیزی جز تدوین و صورت قانون بخشیدن به آنچه عرف رایج به نظر می‌رسد، نخواهد بود و لذا همسو و موافق با مصالح و منافع کلیه طرفین ذی‌نفع خواهد بود و در پایان، تذکارهای نهایی را که در مقدمه مقاله وعده داده بودیم، به این گونه بیان

1. Cf. Allan, *op. cit.*, 145.

آن در مقاله فوق می‌نویسد: «ارزان‌تر، سریع‌تر، آسان‌تر، ساده‌تر، ایمن‌تر اینها ضوابط و معیارهایی برای یک نظام وثیقه جدید، کارآمد و ملی بر اموال منقول در استرالیا است».

2. McKnight, *op. cit.*, 498.

می‌توانیم کرد: قانون به عنوان «نظمی هنجارین و ارزشی که آنچه را باید انجام شود، بیان می‌دارد»<sup>۱</sup> تعریف شده است. با این وصف، قانون تنها در صورتی می‌تواند در این عنوان نقش‌آفرینی کند و این وظیفه را تعهد کند که در این ردا و جامه پذیرفته شود. مسأله تأثیر پرداخت ثمن در انتقال مالکیت مبیع که در مقاله حاضر مورد بحث قرار گرفت، شاهد و نمونه‌ای است که ثابت می‌نماید حالاتی وجود دارد که در آن حالات واقعیت بیرونی «ساز موافق با قانون نمی‌زند»<sup>۲</sup>؛ یعنی در آن حالات در عمل قانون مورد بی‌اعتنایی است، یا متعاملین برخلاف قانون تراضی می‌کنند تا بهتر منافع‌شان را برآورد. در این زمینه، دو فرض بنیاداً متفاوت را باید از یکدیگر تمییز داد: فرض اول اینکه قانون و واقعیت بیرونی ممکن است با هم منطبق نباشند، به این علت قانونی که به حق و بر پایه جهات منطقی وضع شده است، به سادگی مورد تمرد قرار گیرد. در این حالت، به منظور نیل به اهداف قانون تنها واکنش معقول اجرای قهری و اجباری قانون است.

در فرض دوم، قانون به آن جهت مورد بی‌توجهی و بی‌اعتنایی است که قانون اهداف خودش را برآورده نمی‌کند، چراکه قانون غیرعملی، ناقص یا حتی اشتباه و بیراهه است. در این فرض، اجرای قهری و اجباری قانون پاسخی در خور و شایسته نخواهد بود؛ زیرا دلایل موجّه و به حقی برای انحراف و دوری واقعیت حقوقی از نظم هنجارین (یعنی قانون) وجود دارد.<sup>۳</sup> برخلاف فرض نخست، در فرض دوم این واقعیت بیرونی نیست که باید همراه و همگام با قانون گردد، بلکه این قانون است که باید خود را با واقعیت تطبیق دهد تا نیازهای جامعه را پاسخ گوید.

از راه‌های گوناگونی می‌توان به این تطبیق و سازگاری با واقعیت دست یافت. بدیهی است تا آنجا که به حقوق موضوعه مربوط می‌شود، مطمئن‌ترین و قانع‌کننده‌ترین راه پیش روی، اصلاح احکام قانونی مربوطه خواهد بود. مع‌الوصف، این روش نیازمند گذر از فرایند قانونگذاری خواهد بود؛ امری که چه بسا ممکن است وقت گیر، نیازمند کار گسترده و دستخوش بازی‌های سیاسی باشد.<sup>۴</sup> از این‌رو، در گذشته نظام‌های مبتنی بر حقوق نوشته

1. John Bell, "Statutes, Legal Texts and Operative Enactments," in *Semiotics and Legislation: Jurisprudential, Institutional, and Sociological Perspectives*, ed. Henneke van Schooten (D. Charles Publications, 1999), 71-79.

۲. قانون در حالت «واقعیت سنتزی» موضوعی است که باراک اوباما در باب آن قلم زده است. برای دیدن کتاب او نک: Barack Obama, *Dreams from My Father* (USA: Broadway Books, 1995/2004), 437.

۳. لازم به ذکر است که مقاله حاضر نمی‌کوشد به این پرسش بسیار کلی‌تر پاسخ دهد که چه وقت قانون را می‌توان قانونی خطا و اشتباه به شمار آورد و اینکه آیا و چه هنگام می‌توان یا باید قانون را نادیده گرفت و از آن تمرد کرد.

۴. برای مطالعه در زمینه تغییراتی که باید در حقوق وثایق استرالیا داده شود تا با نیازها و واقعیات زمانه سازگار گردد نک: Allan, *op. cit.*, 146

(آن در مقاله فوق می‌نویسد: «جای تأسف است که قانون اغلب قرن‌ها از مشکل عقب‌تر است».)

گاه به عنوان نظام‌هایی در سلک جمود و دارای انعطاف‌پذیری‌ای کمتر از نظام‌های حقوقی مبتنی بر رویه قضایی به شمار آمده‌اند.<sup>۱</sup> اما، مطابق برداشت‌های امروزی نظام‌های حقوق نوشته باید و به واقع نیز بر سیر تکاملی‌ای که دادگاه‌ها برای حقوق ترسیم می‌کنند، تکیه دارند، به همان سیاق که نظام‌های مبتنی بر رویه قضایی این چنین‌اند.<sup>۲</sup> در این خصوص، وضعیت آلمان که در این مقاله مورد مطالعه قرار گرفت، نشان می‌دهد که چگونه ابزارهای متدولوژیک را می‌توان به کار گرفت تا واکنشی سوی از اصلاح قانون و در نتیجه منعطف‌تر را در قبال نیاز به تطبیق و سازگاری احکام قانونی دست و پا کرد. مع‌هذا، انعطاف‌پذیری ممکن است به بهای کاهش وضوح و قابلیت پیش‌بینی راه‌حلهای حقوقی به دست آید. این گفته نه فقط در آلمان که در سراسر جهان صادق است.<sup>۳</sup>

## منابع

### A- Books

1. Atiyah, PS, *The Sale of Goods*. 11nd Ed. UK: Longman, 2005.
2. Bell, John, "Statutes, Legal Texts and Operative Enactments." in *Semiotics and Legislation: Jurisprudential, Institutional, and Sociological Perspectives*, edited by Henneke van Schooten, 71-79. D. Charles Publications, 1999.
3. Burn, Edward, and John Cartwright, *Cheshire & Burn's Modern Law of Real Property*. 11nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.
4. Calnan, Richard, *Taking Security - Law and Practice*. 1nd Ed. UK.: Jordan Publishing Limited, 2006.
5. Crowley, Laurence, "Reservation of Title in England and Wales." in *Corporate Insolvency and Rescue: The International Dimension*, edited by Dennis Campbell and Anthony E Collins, 249-262. Berlin: Springer, 1995.
6. Drobniq, Ulrich, "Transfer of Property." in *Towards a European Civil*

۱. برای مطالعه درباره تفاوت‌های میان نظام حقوق کامن لا و نظام حقوق نوشته نک:

Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law (Einführung in die Rechtsvergleichung)* (Tony Weir trans, Oxford: oxford University Press, 1987), 71, 268; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (UK: Routledge-Cavendish, 2007), 107; James T. McHugh, *The Essential Concept of Law* (Frankfort: Peter Lang, 2002), 82; Harald Koch, Ulrich Magnus and Peter Winkler von Mohrenfels, *IPR und Rechtsvergleichung* (Germany: C. H. Beck, 2004), 336.

2. Zweigert and Kötz, *ibid*, 268.

3. Cf. Milo, *op. cit.*, 121.

- Code*, edited by Arthur Hartkamp et al., 725-755. Netherlands: Kluwer Law International, 2004.
7. Goo, SH, *Sourcebook on Land Law*. 3rd Ed. UK: Routledge Cavendish, 2002.
  8. Kwan, Paul, *Hong Kong Corporate Law*. 1st Ed. Hong Kong: LexisNexis, 2006.
  9. Thorn, Karsten, "Germany." in *Transfer of Ownership in International Trade*, edited by Alexander von Ziegler et al., 181-200. USA: Kluwer Law International/ICC, 1999.
  10. van Vliet, Lars Peter Wunnibald, *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law*. 1st Ed. Netherlands: Nijmegen, 2000.
  11. Whincup, Michael H., *Contract Law and Practice - The English System and Continental Comparisons*. 4th Ed. USA: Kluwer Law International, 2001.
  12. Worthington, Sarah, "Passing of Property." in *Sale of Goods*, edited by Ewan McKendrick, 57-105. UK: Informa Law, 2000.
  13. Zimmermann, Reinhard, *The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. 1st Ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

#### **B- Articles**

14. Allan, David E., "Personal Property Security in Australia - A Long, Long Trail A-Winding." *Dickinson Law Review* 106 (2001): 145-158.
15. Brown, Brendan, "Retention of Title under New Zealand's Personal Property Security Act 1999." *Journal of International Banking Law* 17 (2002): 102-109.
16. McCormack, Gerard, "Personal Property Security Law Reform in Comparative Perspective - Antipodean Insights?" *Common Law World Review* 33 (2004): 3-34.
17. McCormack, Gerard, "Personal Property Security Law Reform in England and Canada." *Journal of Business Law* (2002): 113-142.



18. McKnight, Andrew, "The Reform of English Law Concerning Secured Transactions." Part 1 *Journal of International Banking Law & Regulation* (2006): 497-508 and Part 2 *Journal of International Banking Law & Regulation* (2006): 587-598.
19. Milo, J. Michael, "Retention of Title in European Business Transactions." *Washburn Law Journal* 43 (2003): 121-140.
20. Oderkerk, Marieke, "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research." *Netherlands International Law Review* 48 (2001): 293-318.
21. Taylor, Juliet, "Retention of Title and Trans-Tasman Supply of Goods." *New Zealand Business Law Quarterly* 12 (2006): 71-91.
22. Wolff, Lutz-Christian, "Assignment Agreements under English Law: Lost between Contract and Property Law?" *The Journal of Business Law* (2005): 473-493.
23. Wolff, Lutz-Christian, "Statutory Retention of Title Structures? A Comparative Analysis of German Property Transfer Rules in Light of English and Australian Law." *Deakin Law Review* 14 (2009): 1-27.

### C- Internet Websites

24. Andrew Hudson and Brendan Sheekan. "Australia: Personal Property Securities Bill 2008 Update (2009) Mondaq." Accessed April 28, 2009. <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=76674>.
25. DLA Phillips Fox. "Senate Committee Recommends Delay and Simplification of Personal Property Securities (PPS)." Accessed April 28, 2009. <<http://www.dlaphillipsfox.com/article/452/Senate-Comittee-recommends-delay-and-simplification-of-Personal-Properties-Securities-PPS>>.
26. Federal Ministry of Justice. "Translation of BGB provided by juris GmbH at the website of the German Bundesjustizministerium (Federal Ministry of Justice)." Accessed July 20, 2015. <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#Section%20433](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%20433)>.
27. Scottish Law Commission. "The discussion paper of the Scottish Law Commission, Registration of Rights in Security by Companies (2002)."

---

Accessed January 18, 2009. <[http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp121\\_registration.pdf](http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp121_registration.pdf)>.

28. The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. “Exposure Draft of the Personal Property Securities Bill 2008 (2008) (‘the Report’).” Accessed April 28, 2009.

<[http://www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/legcon\\_ctte/personal\\_property/report/index.htm](http://www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/legcon_ctte/personal_property/report/index.htm)>.

Payment of Purchase Price as Statutory Condition  
Precedent for Transfer of the Sold Goods Owner-  
ship? A Comparative Analysis of German Property  
Transfer Rules in Light of English and Australian  
Law

**Mashallah Bana Niasari**

Assistant Professor of Shahid Beheshti University

**Abstract:**

Retention of title clauses are common contractual devices to secure the payment of purchase price in situations where the sold goods are delivered to the buyer prior to such payment. In most legal systems, retention of title arrangements require an agreement between the buyer and the seller. Based on a comparative analysis of German law, this article argues that it would be in the best interest of all concerned parties to replace this requirement with statutory reservation of title provisions. Statutory reservation of title provisions, that is, rules according to which the payment of the purchase price is an automatic – but rebuttable and default – precondition for the transfer of title to moveable property, would only incorporate what is common contract practice into law anyway and thus eliminate the potential for errors and prevent from arising various conflicts.

**Keywords:**

German Law, Reservation of Title, Payment of Price, Secured Transactions