

نقش حسن نیت در انتقال مالکیت با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس و آلمان

(مقاله علمی-پژوهشی)

سیدمصطفی محقق داماد احمدآبادی*

سیداحمد حسینی**

محمدعیسائی تفرشی***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۸

چکیده

امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی، «حسن نیت» مفهومی شناخته شده و اثرگذار در روابط حقوقی است. یکی از مهم‌ترین جنبه‌های این اثرگذاری، تأثیر حسن نیت در انتقال مالکیت است. بدین ترتیب که اگر متصرف، حسن نیت داشته باشد و از تعلق حق دیگران به مال موضوع انتقال اطلاعی نداشته باشد، با جمع سایر شرایط، حسن نیت وی باعث می‌شود مالکیت به وی انتقال یابد و مصون از تعرض مالک واقعی باقی بماند. این رویکرد در حقوق آلمان ضمن تصریح در نصوص قانونی، با وضع اصول و قواعدی از سوی حقوق دانان تقویت شده است. در حقوق انگلیس نیز هرچند مفهوم حسن نیت به اندازه حقوق آلمان با اقبال حقوق دانان مواجه نبوده است، اختیارات وسیع دادگاه‌ها و اتخاذ رویکردهای واقع‌گرایانه و مبتنی بر موازین عدالت از ناحیه آن‌ها سبب شده تا در موارد فراوانی از متصرف باحسن نیت حمایت به عمل آید. این رویکرد به برخی از قوانین موضوعه نیز تسری یافته است. در حقوق داخلی نیز مفهوم حسن نیت به رسمیت شناخته شده و در برخی قوانین موضوعه به آن تصریح شده است. به نظر می‌رسد با توجه به پویایی فقه شیعه به‌منزله پایه و اساس احکام و قواعد در حقوق داخلی از یک سو و فقدان هرگونه مبنایت میان مبانی فقهی و موازین حسن نیت از سوی دیگر، می‌توان از رویکردهای حاکم بر نظام حقوقی آلمان و انگلیس برای تقویت آن دسته از نهادهای حقوقی داخلی که اعمال آن‌ها منجر به حمایت از متصرف باحسن نیت مال غیر می‌شود، بهره جست و علاوه بر آن، اقدام به تغییر برخی رویکردهای سنتی کرد که اعمال آن‌ها منجر به تضرر متصرف باحسن نیت مال غیر می‌شود.

کلید واژگان:

حسن نیت، تصرف، مال غیر، انتقال مالکیت.

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

mdamad@ias.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

ahmadhosseini.1390@gmail.com

*** استاد دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

tafreshi27@gmail.com

مقدمه

حسن نیت از نظر لغوی معادل عبارت عربی «حسن النیه» و عبارت انگلیسی «Good faith» است. از نظر اصطلاحی، تعاریف متعددی از حسن نیت ارائه شده است. عده‌ای حسن نیت را معادل صداقت و درست‌کاری و اعتقاد صادقانه و بدون فریب می‌دانند.^۱ عده‌ای دیگر آن را به معنای اشتباه صادقانه تعریف کرده‌اند.^۲ در جای دیگر آمده: «حسن نیت عبارت است از کسب آگاهی از تصرف و مالکیت شیء از طریق وسایل مشروع، فارغ از تقلب و سایر عیوب»^۳ و ... که به جهت جلوگیری از اطالۀ کلام از ذکر تمام آن‌ها پرهیز می‌شود. هرچند «سهل ممتنع» بودن حسن نیت از نگاهی گذرا به تعاریف ارائه شده پیداست، اما می‌توان گفت امروزه حسن نیت مفهوم شناخته شده‌ای در حقوق بسیاری از کشورهای جهان است. حقوق داخلی نیز از این قضیه مستثنی نیست. البته بدیهی است که پذیرش حسن نیت به مثابه اصل یا نهاد حقوقی با لحاظ تمام ابعاد و آثار و احکام ناشی از آن در نظام‌های حقوقی مختلف به یک میزان نیست. در نظام حقوقی آلمان، حسن نیت مورد توجه اکید قانون‌گذار و بالتبع جامعه حقوقی این کشور واقع شده است. در حقوق داخلی نیز تلاش‌های درخور توجهی از سوی حقوق دانان برای تشریح مفهوم حسن نیت و شناسایی آن به منزله یک اصل حقوقی و نفی هرگونه مابینت میان آن و مبانی فقهی حاکم بر حقوق داخلی صورت گرفته است. البته، هرگز نمی‌توان اهمیت و جایگاه آن در حقوق داخلی را هم‌تراز کشوری نظیر آلمان دانست. حقوق انگلیس را نیز می‌توان حد میانه این طیف از نظر توجه به حسن نیت دانست.

حسن نیت در حوزه قراردادهای (که بعضاً با عنوان «حسن نیت تکلیفی» از آن یاد شده)، عمدتاً در سه مرحله انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد بررسی شده است. در مرحله انعقاد قرارداد، حسن نیت ناظر بر رفتار طرفین در مذاکرات قراردادی و تبادل اطلاعات میان طرفین قرارداد است. حسن نیت در تفسیر قرارداد نیز بدین معناست که در تفسیر عبارات قرارداد و کشف اراده مشترک طرفین، همواره باید اصل حسن نیت مورد توجه قرار گیرد. در مرحله اجرای قرارداد نیز با توجه به

۱. عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن نیت در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰، ص ۱۶.

2. Stuchmcke, A. Essential tort law. 2nded. England: Cavendish publishing. 2001. p106

۳. ماده ۷۲۳ قانون مدنی هندوراس.

الزامات حاصل از اصل حسن نیت، انتظار می‌رود که طرفین قرارداد در اجرای تکالیف قراردادی، حداکثر تلاش را بکنند و منافع طرف مقابل را نیز مدنظر قرار دهند. در خارج از حوزه قراردادی نیز اشاره به حسن نیت، اغلب در خصوص مسئولیت صورت گرفته است. اما آنچه نگارنده در این مقاله قصد پرداختن به آن را دارد و شاید کمتر مورد توجه حقوق دانان واقع شده، عبارت است از نقش حسن نیت در خصوص انتقال مالکیت که برخلاف سه مرحله اشاره شده، به جای تمرکز بر بایدها و نبایدهای رفتاری، بیشتر ناظر بر وضعیتی است که بر انتقال گیرنده یا متصرف مال غیر عارض می‌شود (حسن نیت وضعی) و با جمع شرایطی، موجبات حمایت از وی را فراهم می‌آورد. در این راستا، تلاش می‌شود تا با مطالعه تطبیقی نظام حقوقی آلمان و انگلیس این موضوع بررسی شود که آیا حسن نیت نقشی در انتقال مالکیت دارد یا خیر؟ با فرض مثبت بودن پاسخ، این ایفای نقش چگونه خواهد بود؟ چگونه می‌توان راهکارهای موجود در این نظام‌ها را در حقوق داخلی به کار بست؟ بدیهی است موضوع، ارتباط تنگاتنگی با حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش خواهد داشت؛ بدین ترتیب که چنانچه با فرض وجود هرگونه خلل در صحت انتقال مالکیت، حق تعقیب مال و بازپس‌گیری آن را برای مالک اولیه به رسمیت بشناسیم، موضوع با حقوق اشخاص با حسن نیتی که بدون اطلاع از این امر، مال را انتقال گرفته‌اند (با فرض اینکه نظر بر حمایت از وی و مالک شمردن او داشته باشیم)، در تضاد قرار خواهد گرفت و لازم است به فراخور موقعیت، در این باره تعیین تکلیف کرد.

از آنجا که انتقال مالکیت در حوزه اموال منقول و غیرمنقول بعضاً دارای تفاوت‌هایی از حیث شرایط و آثار و احکام است، لذا مطالب این مقاله در دو بخش ارائه می‌شوند: بخش اول به نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول و بخش دوم به نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول اختصاص داده می‌شود. در هر بخش نیز با تفکیک بین انتقال ارادی و غیرارادی مالکیت، به ترتیب وضعیت حقوق آلمان، انگلیس و ایران بررسی می‌شود تا پاسخ مناسبی به پرسش‌های فوق داده شود.

۱. نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول

هرچند در برخی موارد تلاش شده تا احکام و قواعد حاکم بر انتقال مالکیت اموال غیرمنقول (از جمله مقررات ثبتی) نسبت به اموال منقول نیز تسری یابد، لکن باید پذیرفت که همچنان

انتقال مالکیت در این دو دسته، مشمول احکام و قواعد خاص خود است. به همین دلیل، نگارنده انتقال مالکیت اموال منقول را به صورت مجزا بررسی می‌کند.

۱.۱. انتقال ارادی مالکیت

عقود ناقل مالکیت، بخش چشمگیری از مباحث مربوط به انتقال مالکیت را در بسیاری از نظام‌های حقوقی به خود اختصاص داده‌اند. البته، در کنار این عقود، به برخی اعمال حقوقی که در شمول عنوان عقد به آن‌ها ایراداتی وارد شده (نظیر وصیت، هبه و...) نیز اشاره شده است. اما به نظر می‌رسد بتوان ارادی بودن انتقال مالکیت را در چارچوب اعمال حقوقی عنصر مشترک آن‌ها دانست. لذا در هر دو بخش از این مقاله، با تفکیک بین انتقال ارادی و غیرارادی مالکیت، شرح مختصری از وضعیت موجود در هر یک از نظام‌های حقوقی مورد مطالعه ارائه می‌شود.

۱.۱.۱. حقوق آلمان

در حقوق آلمان، تأکید چشمگیری بر حسن نیت و لزوم حمایت از آن صورت گرفته و از آن به منزله اصل یاد شده و ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور صراحتاً به این امر پرداخته است. البته، سایر مواد این قانون و نیز نصوص قانونی دیگری به حمایت از اشخاص باحسن نیت اشاره کرده‌اند، لکن اهم آن‌ها را باید در قانون مدنی جست. در کنار تدوین قوانین نسبتاً جامع، حقوق دانان نیز دیدگاه‌ها و اصولی مطرح کرده‌اند که یکی از مبانی آن‌ها حمایت از اشخاص باحسن نیت است. بنابراین، نگارنده با تأکید بر نقش حسن نیت در انتقال مالکیت، ابتدا به قانون مدنی این کشور و سپس به اصول و دیدگاه‌های حقوقی مذکور می‌پردازد.

۱.۱.۱.۱. قانون مدنی

قانون‌گذار آلمانی در ماده ۹۲۹ قانون مدنی بیان داشته: «برای انتقال مالکیت اموال منقول، لازم است که مالک در خصوص تحویل مال به انتقال‌گیرنده اقدام کند و طرفین درباره انتقال مالکیت توافق کنند...» سپس در بند یک ماده ۹۳۲ قانون مذکور بیان شده: «بر اثر انتقال مذکور در ماده ۹۲۹، شخص انتقال‌گیرنده مالک خواهد شد؛ حتی اگر انتقال‌دهنده مالک نباشد؛ مگر اینکه انتقال‌گیرنده در زمان انتقال، باحسن نیت نباشد...» و بلافاصله در بند ۲ همین ماده، در مقام توضیح مفهوم انتقال‌گیرنده باحسن نیت، با عباراتی سلبی بیان داشته: «شخص انتقال‌گیرنده در صورتی که در زمان انتقال، از عدم مالکیت انتقال‌دهنده اطلاع داشته باشد یا بر اثر تقصیر سنگین

خود، در خصوص عدم مالکیت انتقال دهنده بی اطلاع مانده باشد، با حسن نیت نخواهد بود»، لذا می توان موضع قانون گذار آلمانی در خصوص نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول را به وضوح ملاحظه کرد.

در واقع، انتقال گیرنده با توجه به الزامات عرفی حاکم بر معاملات اموال منقول و با توجه به اماره تصرف مذکور در ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی، با انجام بررسی متعارف درباره مالکیت انتقال دهنده و احراز آن، می تواند اقدام به خرید مال از وی کند و از مراجعات احتمالی اشخاص ثالث با ادعای مالکیت به مال موضوع انتقال، درامان باشد؛ زیرا قانون مدنی آلمان به تأسی از نظریه اعتماد به ظاهر قرارداد و همچنین اصل جدا بودن قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت از نفس انتقال مالکیت که در ادامه مختصراً به آن اشاره خواهد شد، به حمایت از انتقال گیرنده با حسن نیت پرداخته است.

قبلاً اشاره شد که در خصوص برخی اموال منقول، تلاش شده تا با فاصله گرفتن از اماره ید، اقدام به ایجاد نظام ثبتی و احراز مالکیت از طریق آن شود. در حقوق آلمان می توان این رویکرد را در خصوص کشتی ها ملاحظه کرد. ماده ۹۳۲ قانون مدنی آلمان بیان داشته در صورتی که شخص با حسن نیتی اقدام به خرید یک کشتی ثبت نشده کند و آن را تحویل بگیرد، مالکیت به وی منتقل می شود؛ حتی اگر انتقال دهنده، مالک واقعی نبوده باشد. بنابراین، می توان چنین برداشت کرد که اگر قبلاً مالکیت کشتی به ثبت رسیده باشد، انتقال گیرنده در صورتی با حسن نیت خواهد بود که به محتوای دفتر ثبتی مربوطه مراجعه کند. با این اوصاف، باز هم نگاه مقنن به حمایت از انتقال گیرنده با حسن نیت است و صرفاً طریق تشخیص این حسن نیت محدود شده است. بدیهی است در خصوص کشتی هایی که مالکیت آن ها به ثبت نرسیده، احراز مالکیت بر اساس اماره تصرف و سایر قرائن خواهد بود.

البته حمایت از انتقال گیرنده با حسن نیت نیز همانند بسیاری از قواعد حقوقی، با برخی استثنائات مواجه شده است. مقنن آلمانی در ماده ۹۳۵ بیان داشته که مقررات ماده ۹۳۲ درباره تحصیل مالکیت از سوی انتقال گیرنده با حسن نیت، در موردی که مال از مالک واقعی سرقت شده یا به هر طریقی گم شده باشد، اجرا نخواهد شد؛ مگر اینکه مال مطابق ماده ۹۷۹ همین قانون از طریق مزایده به فروش رفته باشد یا مال مورد نظر، پول و اسناد قابل انتقال باشد. به نظر می رسد

این دو حالت استثنایی از آن جهت مورد توجه قانون گذار آلمانی واقع شده که خروج مال از تصرف مالک واقعی، بدون اراده وی اتفاق افتاده و در این دو حالت، ترجیح قانون گذار بر حمایت از حق تعقیب مالک واقعی بوده است. سیاق عبارات ماده و وارد کردن برخی استثنائات بر همین دو مورد نیز گویای لزوم تفسیر مضیق این دو مورد و عدم امکان تسری آن به سایر حالاتی است که شاید مال مربوطه، بدون اراده مالک واقعی از تصرف وی خارج شده باشد.

۱.۱.۱.۲. اصل جدا بودن قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت از قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت^۱

بر اساس این اصل که از این پس به اختصار، اصل «جدا بودن» نامیده می شود، حقوق آلمان قراردادهای ناقل مالکیت را به طور کلی شامل مجموعه ای از دو قرارداد مجزا می داند که یکی ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت و دیگری ناظر بر نفس انتقال مالکیت است.^۲ جدایی این دو قرارداد از یکدیگر به اندازه ای است که حتی شاید در فرض بطلان و بی اعتباری هر دو قرارداد، سبب بی اعتباری هر یک، متفاوت از دیگری باشد^۳ و بر اساس اصل جزئی تری با نام اصل «تجربیدی بودن»^۴ که نشئت گرفته از همین اصل است، اعتبار قرارداد راجع به انتقال مالکیت، ارتباطی به اعتبار قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت ندارد. به نظرمی رسد مبنای این اصل را باید در رویکرد کلی حقوق آلمان به ایجاد امنیت و قطعیت در معاملات دانست که مورد اشاره حقوق دانان آلمانی نیز واقع شده است.^۵ نتیجه مهم اجرای این دو اصل چنین است که اگر قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت، فسخ یا بی اعتباری آن مشخص شود، در حالی که انتقال مالکیت پیرو این قرارداد صورت گرفته باشد، نمی توان اصل مال را که در ید اشخاص ثالث است، استرداد کرد و فقط طرفین قرارداد در برابر یکدیگر پاسخ گو خواهند بود. لذا انتقال دهنده نمی تواند بر اساس ماده ۹۸۵ قانون مدنی^۶ علیه شخص ثالث طرح دعوا کند، بلکه می تواند بر اساس ماده ۸۱۲ قانون مذکور که مبتنی بر دارا شدن ناعادلانه است، اقدام کند؛ زیرا بر اثر

1. principle of separation

2. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. *German Law of Contract*. 2nded. USA: Hart Publishing. 2006. p27-28

3. Ibid. p30

4. principle of abstraction

5. Ibid

۶. ماده ۹۸۵ قانون مدنی آلمان بیان داشته: «مالک می تواند از متصرف بخواهد که مال را به او پس دهد.»

بی‌اعتباری قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال، در واقع دلیلی بر انتقال مالکیت به طرف مقابل باقی نمانده و دارایی وی به صورت ناعادلانه افزایش یافته و باید معادل مال مربوطه را پس دهد.^۱ برخی حقوق دانان افزوده‌اند که ممکن است حکم فوق در نگاه اولیه عجیب به نظر برسد، ولی با نگاه به وضعیتی که شاید برای اشخاص ثالث ایجاد شود، این تعجب منتفی می‌شود،^۲ زیرا این حکم در واقع برای ایجاد امنیت در معاملات است و هزینه آن بعضاً به مالک اولیه تحمیل خواهد شد که حق تعقیب مال خود را از دست می‌دهد و او قربانی اشخاص ثالث می‌شود. در واقع، علی‌رغم کشف بطلان قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت یا فسخ آن با اثری قهقرایی،^۳ صحت قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت، مصون از تعرض باقی می‌ماند و لذا اشخاص ثالث از ادعاهای مالک اولیه در امان خواهند بود. البته، هرچند عبارات حقوق دانان در تشریح این اصول به صورت مطلق به کار رفته، با در نظر داشتن رویکرد قانون مدنی و تأکید بر اصل حسن نیت در ماده ۲۴۲ آن، به نظر می‌رسد که عدم امکان استرداد اصل مال را باید صرفاً محدود به حالتی دانست که ثالثی که مال را بعد از قرارداد اولیه انتقال گرفته، با حسن نیت بوده و از بی‌اعتباری قرارداد اولیه بی‌اطلاع باشد.

۱.۱.۱.۳. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملات)

در انعقاد قراردادها همواره ممکن است اراده واقعی یکی از طرفین قرارداد با معنای ظاهری آنچه در قالب متن قرارداد تحریر می‌شود، تفاوت‌هایی داشته باشد که در لحظه انعقاد قرارداد مورد توجه طرفین واقع نشود. در چنین حالتی، سؤال این است که آیا هر یک از طرفین قرارداد، می‌تواند با اثبات اراده واقعی خود، قراردادی را که حسب ظاهر با اراده واقعی وی متفاوت است، باطل بداند؟ در حقوق آلمان بحثی در باب اعتماد متعهدله به ظاهر عبارات قرارداد و اراده نوعی طرف مقابل در استفاده از آن عبارات مطرح است که بر اساس آن، اعتماد به ظاهر قراردادها و معنایی که نوعاً از آن‌ها برداشت می‌شود، امکان نمی‌دهد تا با عذر مطابقت نداشتن ظاهر قرارداد با اراده واقعی طرف قرارداد، حکم به بطلان آن داد و بدین وسیله اعتماد در روابط تجاری و نظم

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p29

2. Ibid. p30

۳. بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد که در حقوق آلمان برخلاف حقوق داخلی، فسخ دارای اثر قهقرایی است: Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009p70&237

عمومی معاملات حفظ می‌شود.^۱ این رویکرد، وجه دیگری نیز دارد که بر اساس آن، به‌طور کلی، تلاش می‌شود تا از اعتبار اسناد رسمی و مالکیت‌های ثبت‌شده، حمایت شود و نه تنها با ادعای مغایرت آن با اراده واقعی طرفین، بلکه به دلایل دیگری که منجر به بطلان قراردادها می‌شود نیز نتوان به اعتبار این اسناد خدشه وارد کرد.

تا آنجا که بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد، موضوع حاضر، برخلاف اصل جدا بودن و اصل تجریدی بودن قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت، در تألیفات حقوقی آلمان تحت عنوان قاعده یا اصل معینی مشخص نشده و البته دارای مخالفانی نیز هست؛^۲ اما این امر به‌منزله بی‌اساس بودن دیدگاه مذکور نیست. در واقع، هرچند بر اساس اصول مذکور، بی‌اعتباری یا انحلال قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت، خللی در اعتبار انتقال مالکیت صورت‌گرفته ایجاد نمی‌کند، حمایت حقوق آلمان از اعتماد به ظاهر قرارداد، ابزار دیگری برای حفظ اعتبار انتقالات صورت‌گرفته در خصوص مالکیت اموال محسوب می‌شود که یقیناً یکی از مبانی آن، حمایت از ثالث باحسن نیتی است که شاید به هر دلیلی از بی‌اعتباری قراردادها و اسناد قبلی متضرر شود. بنابراین، با در نظر داشتن جمیع مطالب فوق، می‌توان ادعا کرد که نظام حقوقی آلمان با بهره‌گیری از نصوص قانونی مذکور، اصول پیش‌گفته و حمایت از اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد، فضای منسجمی را ایجاد کرده که در آن، ضمن برقراری نظم عمومی معاملاتی، از اشخاص باحسن نیتی که اقدام به دریافت مال در قالب یکی از عقود ناقل مالکیت کرده‌اند، حمایت می‌شود.

۱.۱.۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، برخلاف حقوق آلمان، نمی‌توان از پذیرش حسن نیت به‌مثابه یک اصل حقوقی سخن گفت، زیرا در مورد پذیرش حسن نیت در حقوق این کشور و به‌خصوص در حوزه قراردادها، انتقاداتی مطرح شده است و آن را موجب از بین رفتن نظم معاملات در سطح جامعه دانسته‌اند.^۳ با وجود این، قوانین متعددی به‌صورت موردی اقدام به حمایت از اشخاص باحسن نیت

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p263-264

2. Ibid. P263-264

که ساوینی را به‌مثابه یکی از مخالفان این دیدگاه معرفی کرده است.

3. Harisson, R. *Good Faith in Sales*. 1sted. London: Sweet & Mawell. 1997. p685-688

کرده‌اند. در کنار این قوانین، برخی رویکردهای خاص حقوق انگلیس که بعضاً از ویژگی‌های نظام کامن‌لا نشئت گرفته‌اند، باعث حمایت از اشخاص باحسن نیت می‌شود. به همین دلیل، نگارنده ضمن اشاره مختصر به اهم قوانین مذکور، برخی از این رویکردها را نیز بیان می‌کند.

۱.۱.۲.۱. قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^۱

هرچند بند یک ماده ۲۱ این قانون به تبعیت از قاعده «هیچ کس چیزی را که ندارد، نمی‌تواند بدهد»^۲ بیان داشته: «در حدود این قانون، در جایی که شخص فروشنده، مالک نیست و با اجازه یا رضایت مالک نیز مال را نفروخته، خریدار مالکیتی بهتر از آنچه فروشنده داشته به دست نخواهد آورد...»، اما در ادامه، مقرراتی در همین قانون آمده که به وضوح از خریدار با حسن نیتی که از فقدان مالکیت یا اختیار فروشنده در فروش بی‌اطلاع بوده، حمایت کرده و مالکیت وی را محترم شمرده‌اند:

ماده ۲۳ این قانون بیان داشته: «وقتی که فروشنده دارای مالکیتی ابطال‌پذیر باشد و قبل از زوال مالکیت خود آن مال را بفروشد، خریدار مالکیت کامل آن را به دست خواهد آورد؛ مشروط بر اینکه با حسن نیت بوده و از نقص مالکیت فروشنده، بی‌اطلاع باشد.»

ماده ۲۴ قانون مذکور نیز در باب معامله معارض بیان داشته: «جایی که شخص فروشنده، همچنان کالا را در تصرف خود دارد یا تصرف نسبت به آن یا اسناد مثبت مالکیت آن را مجدداً به دست می‌آورد، تحویل یا انتقال کالا یا اسناد مثبت مالکیت آن از سوی وی یا نماینده تجاری او بر اثر قرارداد [دیگری در قالب] بیع، رهن یا هرگونه انتقال دیگر به شخص دیگری که باحسن نیت بوده و از بیع قبلی بی‌اطلاع است، همان اثری را خواهد داشت که اگر انتقال یا تحویل کالا با اجازه مالک بود، آن آثار را بر جای می‌گذاشت؛» لذا در چنین شرایطی، خریدار اولیه، حق تعقیب خود را نسبت به کالای موضوع معامله از دست خواهد داد.

بدیهی است که در همه این حالات خریدار مکلف به بررسی‌های منطقی در خصوص مالکیت بایع است و در صورت عدم بررسی، نمی‌توان وی را مشمول عنوان خریدار باحسن نیت دانست. تأکید ماده ۲۴ مذکور بر تصرف بایع در خصوص مبيع در زمان انعقاد عقد بیع در کنار توجه به حکومت اماره تصرف درباره اموال، منقول، مؤید این دیدگاه است.

1. sale of goods Act 1979
2. nemo dat rule

مواد پیش گفته، نمایانگر رویکرد مقنن انگلیسی به حمایت از خریدار باحسن نیتی است که از ایرادات مالکیتی مال موضوع بیع اطلاعی ندارد. در مقام جمع این مواد با عبارات مقنن در بند یک ماده ۲۱ به نظر می‌رسد باید عبارات ماده اخیر را محدود به حالتی دانست که خریدار، باحسن نیت نباشد. البته چنانکه برخی حقوق دانان نیز اشاره کرده‌اند، نمی‌توان انکار کرد که برخلاف حقوق آلمان، در حقوق انگلیس به دلیل وجود قواعد کامن لا از یک سو و تصویب قوانین متعدد از سوی دیگر، ممکن است ابهاماتی در رویکرد حقوق انگلیس مشاهده شود و توجیه نصوص قانونی و رفع تعارض ظاهری آن را با سایر قوانین یا قواعد حاکم بر کامن لا دشوار کند.^۱

۱.۱.۲.۲. قانون اجاره به شرط تملیک مصوب ۱۹۶۴^۲

ماده ۲۷ قانون اجاره به شرط تملیک بیان داشته که اگر در خصوص وسایل موتوری، قرارداد اجاره به شرط تملیک یا قرارداد بیع مشروطی منعقد شود و مستأجر یا خریدار قبل از اینکه مالکیت کالا به او انتقال یابد، اقدام به فروش آن به شخص باحسن نیتی کند که از وجود قرارداد اجاره به شرط تملیک یا بیع مشروط اطلاعی نداشته، مالکیت وسیله به وی منتقل خواهد شد. البته، اختیارات وسیع دادگاه‌ها در حقوق انگلیس باعث شده تا در برخی موارد خاص، از این ماده تبعیت نشود. در پرونده «شوگان فاینانس علیه هادسون»^۳ قرارداد اجاره به شرط تملیک میان خواهان و مستأجر به دلیل اشتباه اساسی باطل اعلام شد و خواهان توانست خودروبی را که از سوی مستأجر به خواننده داده شده بود، مسترد کند؛ زیرا دادگاه معتقد بود در مواردی که اشتباه اساسی در قرارداد اتفاق افتد، نمی‌توان به ماده ۲۷ مذکور استناد کرد.^۴

اما به هر حال، همان‌طور که بعضی حقوق دانان اشاره کرده‌اند، برخی بی‌عدالتی‌های ناشی از اعمال قاعده «هیچ کس چیزی را که ندارد، نمی‌تواند بدهد»، در حق اشخاص ثالث باحسن نیتی که بدون اطلاع از فقدان مالکیت انتقال دهنده، اقدام به دریافت مال از وی کرده‌اند و سلب مالکیت از آن‌ها، باعث شده تا قانون‌گذار انگلیسی در مواردی نظیر آنچه اشاره شد، در مقام حمایت از این اشخاص باحسن نیتی برآید.^۵

1. Markinsen, Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. P30

2. Hire purchase Act 1964

3. Shogun Finance Ltd v Hudson [2004] 1 AC 919

4. Ibid. p299-300

5. Richards, P. *Law of Contract*. 9th ed. England: Pearson, Longman. 2009. p260

۱.۱.۲.۳. قانون حقوق اموال^۱

بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون مذکور بیان داشته در صورتی که مرتهن به دلیل عدم پرداخت مطالبات خویش، اقدام به فروش مال مرهونه کند و بعداً معلوم شود که شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، محقق نشده است، این امر خللی در مالکیت خریداری که مال را دریافت کرده، ایجاد نخواهد کرد و کسی که از این امر خسارت دیده، باید به مرتهن مراجعه کند. در واقع، در چنین حالتی، علی‌رغم عدم رعایت شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، عملاً حق تعقیب راهن (مالک) نسبت به مال از بین می‌رود. از سوی دیگر، بند یک ماده ۴۵ همین قانون نیز اشاره کرده که خریدار باید فرض را بر صحت اسناد و مدارک مالکیتی فروشنده بگذارد؛ مگر اینکه خلاف آن برای وی محرز شود؛ لذا با توجه به مطالب پیشین، به نظر می‌رسد حمایت از خریدار را باید محدود به حالتی دانست که وی با حسن نیت بوده و از فقدان شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، بی‌اطلاع باشد، زیرا اگر نادرستی اسناد مالکیتی فروشنده برای وی محرز شود، دیگر اجازه اعتماد به اسناد مربوطه را ندارد.

۱.۱.۲.۴. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

در حقوق انگلیس، الزام به ایفای عین تعهد، راهکار اول در برخورد با نقض قرارداد نیست؛ بلکه این ضمانت اجرا برگرفته از موازین انصاف است. یعنی دادگاه زمانی با «صلاحدید»^۲ خود، الزام متعهد به ایفای عین تعهد را برمی‌گزیند که راه‌حل اولیه در برخورد با نقض قرارداد که همانا پرداخت خسارت است، مناسب نباشد.^۳ این دیدگاه به نصوص قانونی نیز راه یافته است؛ بند یک ماده ۵۲ قانون بیع کالا بیان داشته که در صورت استتکاف بایع از تحویل مبیع، چنانچه دادگاه صلاح بداند می‌تواند با درخواست خریدار، بایع را مکلف به ایفای عین تعهد مبنی بر تحویل مبیع کند. به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین عوامل تأثیرگذار در اعمال این صلاحدید از ناحیه دادگاه، حقوق اشخاص ثالث باحسن نیت خواهد بود؛ لذا این رویکرد در موارد متعددی به صورت غیرمستقیم منجر به حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیت می‌شود. نمونه‌ای از آن در ماده ۲۴ قانون مذکور درباره معامله معارض ملاحظه شد. چنانچه خریدار اول بتواند فروشنده را ملزم به

1. Law of property Act1925

2. Discretion

3. Monaghan. Nicola, Chris Monaghan, *Beginning Contract Law*. 1sted. London: Routledge. 2013. p142

تحويل عین کالای خریداری شده کند، این امر مستلزم بازپس‌گیری اصل مال از خریدار دوم و در نتیجه، اعتقاد به بطلان قرارداد دوم است. لذا لزوم حمایت از خریدار دوم به منزله خریدار باحسن نیت، باعث شده تا این حالت به صراحت مورد اشاره مقنن قرار گیرد و یقیناً یکی از دلایل تصویب این ماده، اجتناب از ایفای عین تعهد است.

برخی حقوق‌دانان ضمن اشاره به تعقیب‌پذیر بودن مال برای مالک و امکان مطالبه عین تعهداتی که به آن تعلق می‌گیرد، استثنای این امر را حالتی دانسته‌اند که شخص ثالث باحسن نیتی آن را به دست آورده باشد، بی‌آنکه اطلاعی درباره عدم مالکیت انتقال‌دهنده یا محدودیت‌های مشابه داشته باشد.^۱

در پرونده «رویسکات تراست علیه راجرسون»^۲، خواهان با توجه به اظهارات نادرست یک واسطه فروش، اقدام به انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک بامشتری کرده بود. مستأجر برخلاف مفاد قرارداد اقدام به انتقال خودرو به ثالث کرد؛ آنگاه خواهان اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه واسطه مربوطه کرد و موفق به اخذ حکم به محکومیت وی شد.^۳ سلب حق تعقیب خواهان که مطابق با قرارداد اجاره به شرط تملیک، دارای حق عینی نسبت به اصل مال بوده و نیز تبدیل آن به حق مطالبه خسارت در راستای پرهیز از ایفای عین تعهد، کاملاً مشهود است.

۱.۱.۲.۵. جلوگیری از بطلان قراردادها

تا قبل از قرن بیستم، نگرش دادگاه‌های انگلیس در دعوی قراردادی بدین ترتیب بود که اگر اشتباه مؤثری در انعقاد قرارداد اتفاق می‌افتاد، آن را باطل و تعهدات قراردادی را ساقط شده می‌دانستند. ولی این نگرش در قرن بیستم تغییر کرد و دادگاه‌ها حداکثر تلاش خود را برای جلوگیری از باطل دانستن قرارداد بر اثر اشتباه کردند. علت این تغییر، این نگرش بود که حقوق اشخاص ثالث باحسن نیت تا حد ممکن حفظ شود، زیرا اگر یک قرارداد بر اثر اشتباه باطل اعلام شود، این بطلان از ابتداست و فروشنده می‌تواند کالا را از ایادی باحسن نیت بعدی نیز مسترد کند. بنابراین، دادگاه‌ها تلاش کردند که از باطل دانستن قرارداد تا حد ممکن خودداری کنند.^۴

1. Stone, R. *Contract Law*. 5th ed. England: Cavendish Publishing. 2003. p53-57

2. *Royscot Trust Ltd v Rogerson*[1991]2QB 297

3. Monaghan, Nicola, Chris Monaghan. Op.Cit. p80

4. Richards, P. Op.Cit. p241-242

همین وضعیت درباره امکان ابطال قرارداد بر اثر اکراه^۱ و تأثیر ناروا^۲ بر طرف مقابل هنگام انعقاد قرارداد حاکم است.^۳

در پرونده «لويس عليه أوری»^۴، خواهان قصد فروش خودروی خود را داشت و وقتی با یک کلاهبردار مواجه شد که خود را بازیگری معروف جلوه داده بود، پس از بررسی مدارک شناسایی او، در مقابل دریافت چک اقدام به فروش خودرو به وی کرده بود، ولی چک پرداخت نشد و شخص کلاهبردار، خودرو را به ثالث باحسن نیت (خوانده) فروخت و فرار کرد. در اینجا خواهان با اعتقاد به بطلان قرارداد به دلیل اشتباه در هویت و در نتیجه عدم انتقال مالکیت به کلاهبردار، اقدام به طرح دعوا برای استرداد کالا می‌کند؛ لکن دادگاه با این استدلال که طرفین با هم مواجهه داشته‌اند و اقدام خواهان باید تا قبل از انتقال به ثالث باحسن نیت صورت می‌گرفته که در مورد دعوا این اتفاق نیفتاده، دعوی خواهان را نپذیرفت.^۵

لذا هرچند حسن نیت در حقوق انگلیس به اندازه آلمان مورد توجه واقع نشده و در قالب یک اصل حقوقی تدوین نشده، ملاحظه می‌شود که در کنار قوانین مورد اشاره، دادگاه‌های انگلیس نیز با اختیارات خود در مقام حمایت از شخص باحسن نیتی برآمده‌اند که بی‌اطلاع از ایراد احتمالی در مالکیت کالا یا امکان انحلال قراردادهای پیشین، اقدام به خرید مال مربوطه می‌کند.

۱.۱.۳. حقوق ایران

در حقوق داخلی پذیرش حسن نیت دور از ذهن نیست و حتی برخی فقها بر تأکید دین اسلام به لزوم رعایت حسن نیت اشاره کرده‌اند^۶ و در تألیفات حقوقی نیز اشاراتی را می‌توان یافت که حمایت از حسن نیت متصرف مال غیر را لازم دانسته‌اند.^۷ اما نمی‌توان انکار کرد که فاصله زیادی بین دیدگاه حاکم بر حقوق آلمان و انگلیس با حقوق داخلی در این باره وجود دارد. مقرراتی در

1. Duress

2. Undue influence

3. Ibid. p283&302-303

4. Lewis v Averay[1972]1QB 198

5. Harpwood, v. *Modern Tort Law*. 7th ed. London: Routledge Cavendish. 2009. p366

۶. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دسوارى*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸، ص ۳۳.

۷. کاتوزیان، ناصر، *حسن نیت در حقوق ایران*، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۲، دوره ۴۳،

شماره ۳، ص ۱۷۱-۱۷۳.

حقوق داخلی هست که با پشتوانه فقهی خود^۱ در باب ضمانت اجراهای ناظر بر تصرف در اموال دیگران، فرقی بین متصرف باحسن نیت و غیر آن قائل نیست. لذا در ادامه با توجه به اصول و قواعدی که در حقوق کشورهای خارجی مورد مطالعه برای حمایت از متصرف باحسن نیت مال غیر و انتقال مالکیت به وی ملاحظه شد، تلاش می‌شود تا با شناخت وضعیت حقوق داخلی در برخورد با موضوع و در نظر داشتن همه جوانب، امکان و نحوه استفاده از این راهکارها، اصول و قواعد در حقوق داخلی بررسی شود.

۱.۱.۳.۱. اصل جدا بودن

در بحث حقوق آلمان دیدیم که تلقی وصف تجریدی برای قراردادهای ناقل مالکیت، مبنی بر اصل جدا بودن، چگونه می‌تواند در جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث باحسن نیت، انتقال مالکیت به آن‌ها را تضمین کند و منجر به صیانت از نظم عمومی معاملاتی شود. در حقوق داخلی نیز وصف تجریدی اسناد تجاری با رعایت شرایط لازم در صدور آن‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲ اما این امر تاکنون لباس قانونی به خود پوشیده^۳ و علاوه بر اینکه در حد دکترین حقوقی و نهایتاً رویه قضایی باقی مانده، در همان چارچوب اسناد تجاری محدود شده است. همچنین، علی‌رغم اشاره برخی حقوق دانان^۴ به وسعت مفهوم دین و شمول آن نسبت به همه اموال از یک سو، و فقدان خصوصیت برای وجوه در خصوص حمایتی که از انتقال گیرنده باحسن نیت اسناد تجاری به عمل می‌آید از سوی دیگر، این حمایت به سایر اموال تسری داده نشده است.

از طرفی، هرچند برخی حقوق دانان به قابلیت تلقی عقود تملیکی به مثابه دسته‌ای از عقود عهدی اشاره کرده‌اند،^۵ باید پذیرفت که پذیرش دو قرارداد مجزا از یکدیگر در خصوص انتقال

۱. فخرالدین ابوعبدالله محمدبن احمدبن ادريس حلی، *سراير الحاوی*، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق. ص ۳۲۶.

۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب*، جلد ۲، قم: انتشارات دارالکتاب، بی.تا. ص ۲۲۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴. ص ۳۳.

۴. عبدی پور فرد، ابراهیم، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، جلد ۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶. ص ۵۷.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۱۹-۲۰.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳. ص ۱۹۵-۱۹۶.

مالکیت (قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت و قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت) و سپس تلقی وصف تجریدی برای قراردادهای ناظر بر انتقال مالکیت، همانند حقوق آلمان، با مبانی نظام حقوقی ما فاصله دارد؛ لذا به نظر می‌رسد چنانچه قرار بر رفع این خلأ و پذیرش محدود این امر در حقوق داخلی باشد، دخالت مستقیم قانون‌گذار در راستای وضع احکام ثانویه لازم خواهد بود؛ امری که تحقق آن بعید به نظر می‌رسد.

۱.۱.۳.۲. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملات)

در بحث حقوق آلمان ملاحظه شد که علاوه بر محدودیت در اثبات امور مغایر با ظاهر قرارداد در قالب کشف اراده واقعی طرفین، حفظ نظم عمومی معاملات و حمایت از ثالث با حسن نیت، ایجاب می‌کند که اعتماد متعارف وی به ظاهر قراردادها و اسناد ابرازی محترم دانسته شود. در حقوق داخلی نیز اشارات مهمی به لزوم در نظر داشتن مصالح اجتماعی و نظم عمومی در برخورد با قرارداد^۱ و حتی احصای عناصر لازم برای صحت آن‌ها^۲ صورت گرفته و مبنای پذیرش اصل صحت و بسیاری دیگر از اصول و قواعد حاکم بر قراردادها را همین امر دانسته‌اند.^۳

در کنار این توجهات حقوق‌دانان، یکی از ابزارهای قانون‌گذاران در راستای ایجاد اعتماد به ظاهر اسناد و برقراری نظم عمومی معاملات، تلاش برای تحقق نظام ثبتي است. این نظام بعضاً به اموال منقول نیز تسری داده می‌شود و انتقال مالکیت یا جریان آثار آن منوط به ثبت رسمی آن است. صرف نظر از اختلاف‌نظرهایی که در خصوص تبدیل یا عدم تبدیل عقد رضایی به تشریفاتی در چنین حالتی بین حقوق‌دانان وجود دارد، بدیهی است که علی‌رغم تأکید حقوق‌دانان^۴ بر حاکمیت اراده در ایجاد آثار عقود، قانون‌گذار می‌تواند از باب مصالح اجتماعی و حفظ نظم عمومی معاملات، ضمن ایجاد نظام ثبتي و اعتباربخشی به اسناد رسمی، اعتماد به آن‌ها را محترم بداند و از اشخاص ثالث با حسن نیتی که به این اسناد اعتماد کرده‌اند، حمایت کند.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۷۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، ص ۶۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۲۳۲ و ۲۳۶.

۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۳۲ و ۱۳۳.

بدیهی است در این بین، تصویب احکام ثانویه که حسب ظاهر با اصول و قواعد فقهی حاکم بر معاملات تضاد دارد، اجتناب‌ناپذیر است.

باید انصاف داد که هرچند قانون‌گذار ایرانی در این زمینه بی‌توجه نیست و تصویب مقرراتی نظیر ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، ماده ۱۰۳ قانون تجارت و مواد ۱، ۸، ۲۰ و ۲۴ قانون دریایی مؤیدی بر این امر است، این تلاش کافی نبوده و مستلزم جدیت بیشتری از سوی قانون‌گذار است؛ زیرا منطقاً یکی از نتایج اعتباربخشی به اسناد رسمی باید چنین باشد که اگر شخص ثالث باحسن‌نیتی بدون اطلاع از ایرادات موجود در خصوص مالکیت مال، با اعتماد به ظاهر اسناد اقدام به خریداری آن کرد، مالک اولیه نتواند با ایراد به قراردادهای قبلی، به مالکیت وی تعرض و اعتبار اسناد مذکور را خدشه‌دار کند. اما تاکنون قانون‌گذار در این باب صراحتی به خرج نداده است. همین‌کلاً نیز در زمینه ایجاد مانع برای امکان اثبات اموری مغایر با ظاهر قرارداد نیز احساس می‌شود. به نظر می‌رسد با عنایت به مطالب فوق، مانعی برای چنین اقدامی از سوی مقنن وجود نداشته باشد.

۱.۱.۳.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

الزام به ایفای عین تعهد در فقه دارای سابقه طولانی است^۱ و دامنه گسترده‌ای را در حقوق داخلی در بر می‌گیرد.^۲ این در حالی است که در بحث حقوق انگلیس، ملاحظه شد الزام متعهد به ایفای عین تعهد، عمدتاً به‌مثابه «صلاح‌دید» در اختیار دادگاه قرار دارد و این‌گونه نیست که خواهان بتواند به‌منزله «حق» آن را از دادگاه بخواهد. یکی از اموری که برای اعمال این صلاح‌دید، مورد توجه دادگاه قرار می‌گیرد، تداخل احتمالی حقوق خواهان با حقوق اشخاص ثالث باحسن‌نیت است. بنابراین، یکی از راهکارهای حمایت از ثالث باحسن‌نیت و مصون داشتن مالکیت وی از تعرض، اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد است.

نگارنده معتقد است می‌توان با بهره‌گیری از ظرفیت‌های حقوق داخلی، تا حد چشمگیری از این تفکر حاکم بر حقوق انگلیس بهره جست و با اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد به حمایت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱ ص ۱۹۴-۱۹۵.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی. *نظریه عمومی نفی دشواری*. ص ۱۰۵-۱۰۶.

از اشخاص ثالث با حسن نیتی پرداخت که مال موضوع تعهد به ایشان انتقال یافته است و ایفای عین تعهد می‌تواند به حقوق آنان لطمه وارد کند.

باید توجه داشت که دیدگاه غالب در حقوق داخلی مبنی بر لزوم مطالبه ایفای عین تعهد و ایجاد حق فسخ به منزله استثنا، آن هم بعد از اثبات عدم امکان انجام تعهد از سوی متعهد و اشخاص ثالث، به درستی مورد انتقاد برخی حقوق دانان قرار گرفته و روبه‌ای را که در محاکم داخلی بر این اساس شکل گرفته، فاقد مبنای عقلی و قانونی و شرعی دانسته‌اند.^۱ برخی دیگر نیز اصرار بر ایفای عین تعهد را مغایر با سودمندی اقتصادی دانسته‌اند.^۲ لذا لازم است در این زمینه متناسب با نیازهای روز جامعه رویکردی اتخاذ شود که تا حد ممکن از آثار نامطلوب الزام به ایفای عین تعهد کاسته شود. یکی از راهکارهای مفید حقوق داخلی برای اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد، توجه به قاعده نفی عسرو حرج است. برخی حقوق دانان نفی عسرو حرج را پاسخ به نیاز جامعه دانسته‌اند.^۳ در واقع، هرچند اجرای عین تعهد می‌تواند نتایج مطلوبی داشته باشد، اگر این امر مشقتی سنگین برای متعهد به همراه داشته باشد و ضرر وارده بر متعهدله به دلیل ترک ایفای عین تعهد سنگین نباشد، می‌توان از قاعده نفی عسرو حرج برای اجتناب از الزام به ایفای عین تعهد بهره جست.^۴ عقلایی بودن این قاعده به حدی است که برخی فقها علی‌رغم اشاره به اینکه ایفای عین تعهد از حمایت سیره عقلا برخوردار است،^۵ بیان کرده‌اند که در حال حاضر که مراجعه به دادگاه با مشقت‌های خاص خود مواجه است، نباید متعهدله را به پذیرش ضرر ناشی از مراجعه به دادگاه و تلاش برای الزام به ایفای عین تعهد وادار کرد و باید حق فسخ را در عرض الزام به ایفای عین تعهد برای وی در نظر داشت.^۶ به نظر نگارنده یکی از مواردی که دادگاه باید

۱. پارساپور، محمدباقر و صادقی، محمود و ریاحی، علی‌اصغر، **تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر حق فسخ**

در آرای دادگاه‌های ایران و نقد آن، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۷، دوره ۱۵، شماره ۲، ص ۲۴۱.

۲. انصاری، علی و بادینی، حسن و دامن جانی، احدشاهی، **انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات؛ سنجش کارایی در نظام ضمانت اجراهای قراردادها**، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۶، دوره ۱۴، شماره ۲ ص ۱۸۰ و ۱۸۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی نفی دسواری**، ص ۷۹-۸۵.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی شروط**، جلد ۱، ص ۲۴۲.

۶. همان. ص ۲۴۸-۲۴۹.

در ارزیابی امکان استفاده از قاعده نفی عسرو حرج به آن توجه کند، حسن نیت متصرفی است که الزام به ایفای عین تعهد می‌تواند به حقوق او لطمه وارد کند.

۱.۱.۳.۴. جلویی از بطلان قراردادها

در روابط قراردادی، همواره بطلان قرارداد اولیه و تسری این امر به قراردادهای بعدی، می‌تواند حقوق ثالث با حسن نیتی را که از بطلان قرارداد قبلی اطلاع نداشته، در معرض خطر قرار دهد. در مطالعه حقوق انگلیس ملاحظه شد که دادگاه چگونه در برخی موارد با نگاه به لزوم حمایت از ثالث با حسن نیت و با استفاده از ابزار تفسیر، در جهت جلوگیری از بطلان قراردادها گام بر می‌دارد. در حقوق داخلی نیز تلاش‌های بسیاری از سوی حقوق دانان^۱ و مقنن در این راستا صورت گرفته که می‌توان ادعا کرد یکی از مبانی آنها، حمایت از مالکیت ایجاد شده برای ثالث با حسن نیت است.

۱.۱.۳.۴.۱. بطلان نسبی

بر اساس دیدگاه سنتی حاکم بر حقوق داخلی، بطلان قراردادهای مطلق و در برابر همگان اثرگذار است، اما «...بطلان نسبی دست کم در حقوق تجارت نمونه‌های فراوان دارد؛ چندان که نمی‌توان از این اصطلاح و آثار آن در حقوق ما با بی‌اعتنایی گذشت».^۲ بررسی قوانین موضوعه نشان می‌دهد که قانون‌گذار در برخی موارد از دیدگاه سنتی عدول می‌کند و بنا به ضرورت، بطلان نسبی را می‌پذیرد. بر این اساس، بطلان یک قرارداد در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود و در نتیجه، حقوق شخص ثالث مذکور محفوظ باقی می‌ماند. شاید نتوان ادعا کرد که مبانی اصلی وضع این مقررات، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت است، اما نگارنده اعتقاد دارد یکی از اهدافی که قانون‌گذار در وضع این مقررات دنبال می‌کرده، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت و مصون ماندن حقوق آنها از تعرض بوده است. برای مثال، چنانچه معاملات انجام شده بین شرکت و مدیران، بدون رعایت ماده ۱۲۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۱، ص ۱۴۰، ۱۰۰ و ۴۶۱.

- محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۱۰۴-۱۰۵.

- محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۱۴۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، ش ۴۶۹.

تجارت انجام شود، ممکن است با عدم تصویب در مجمع عمومی عادی مواجه و باطل تلقی شود و لازم باشد مالی که بر اثر این معامله انتقال یافته و با سلسله‌ایادی به اشخاص ثالث منتقل شده، پس گرفته شود. اما ماده ۱۳۰ لایحه قانونی مذکور در قالب مصدق‌ای از بطلان نسبی، امکان استناد به این بطلان را در برابر ثالث با حسن نیت منتفی دانسته و حقوق ایشان را محترم شمرده است. تصریح این ماده به حمایت نکردن از ثالثی که در تدلیس یا تقلب شرکت کرده، حکایت از صحت این برداشت دارد.

مقررات دیگری از جمله مواد ۱۳۵ و ۲۷۰ لایحه قانونی مذکور و مواد ۱۰۰، ۱۷۷ و ۱۹۸ قانون تجارت وجود دارد که بطلان نسبی را پذیرفته‌اند و می‌توان حالاتی را نظیر آنچه ذکر شد، تصور کرد که اعمال این مقررات، باعث مصون ماندن قرارداد اشخاص ثالث از تعرض شود. البته هرچند ظاهر عبارات این مواد اطلاق دارد، باید توجه داشت در مواردی که انتقال‌گیرنده از بطلان شرکت یا عملیات آن اطلاع دارد و با این اوصاف باز هم مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کند (یا به عبارتی فاقد حسن نیت است)، عمل او مشمول قاعده اقدام است و نمی‌تواند از حمایت این مواد قانونی بهره‌مند شود.

۱.۱.۳.۴.۲. برطرف کردن موجبات بطلان

بطلان قرارداد، به منزله بی‌اعتباری آن از ابتداست. بر این اساس، چنانچه قرارداد باطل باشد، نمی‌توان با اقداماتی نظیر تنفیذ در عقود غیر نافذ، مانع موجود برای اثربخشی قرارداد را برطرف کرد؛ بلکه طرفین باید توافق جدیدی را ایجاد کنند. اما بررسی قوانین داخلی نشان می‌دهد که در برخی موارد، قانون‌گذار این دیدگاه را کنار نهاده و اجازه رفع موجبات بطلان قرارداد را داده است! ماده ۲۷۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر کرده: «در صورتی که قبل از صدور حکم بطلان شرکت یا بطلان عملیات یا تصمیمات آن در مرحله بدوی، موجبات بطلان مرتفع شده باشد، دادگاه قرار سقوط دعوای بطلان را صادر خواهد کرد.» مشابه این حکم را در ماده ۸۶ قانون تجارت نیز می‌توان یافت.

هرچند نمی‌توان حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت را مبنای اصلی وضع چنین مقرراتی دانست؛ اما نباید تأثیر این مقررات در حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت نادیده گرفته شود. در شرایطی که بطلان یک شرکت می‌تواند صحت بسیاری از عقود ناقل مالکیتی را که شرکت با

اشخاص ثالث منعقد کرده، به خطر اندازد و موجبات استرداد اموال انتقال داده شده را فراهم کند، در نظر گرفتن امکان برطرف کردن موجبات بطلان، تأثیر مهمی در جلوگیری از تهدید حقوق اشخاص ثالث باحسن نیتی دارد که اطلاعی از بطلان شرکت نداشته‌اند. لذا انتظار اقدامات مشابه در موارد دیگر از سوی قانون گذار، انتظار گزافی نیست.

۱.۱.۳.۴.۳. اداره عقود

بر اساس این نظریه، علی‌رغم اینکه عقد بر اساس قواعد عمومی حاکم بر قراردادها باطل است، به جهت رعایت مصالح اجتماعی اقدام به اداره عقد می‌شود و امکان بقای آن فراهم می‌آید.^۱ از جمله مصادیق اعمال این نظریه را می‌توان در عقود فضولی و اکراهی دید که به جای بطلان، حکم به عدم نفوذ آن‌ها داده شده است. یکی از حقوق دانان در این باره بیان داشته: «... قانون گذار می‌گوید ما این عمل را که صورت عقد دارد، به اراده قانونی خود بر پا نگه داشتیم تا پس از رفع اکراه، تکلیف آن روشن شود و من نظر به بطلان این عمل پیش از رفع اکراه نمی‌دهم؛ زیرا صلاح جامعه را چنین تشخیص می‌دهم. چه ممکن است متعاقبین بر اثر وقوع این عقد قبل از رفع اکراه، بر اساس آن عقد اعمال دیگری انجام دهند و شاید اکراه کننده مال را به ثالثی که از این جریان بی‌اطلاع بوده است، منتقل کند و او هم به دیگران انتقال دهد؛ لذا مشکلاتی پیدا خواهد شد، اگر این عقد را بدون این دوراندیشی‌ها باطل بشماریم»^۲ در این عبارات، توجه به لزوم حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیتی که مال موضوع عقد اکراهی، با سلسله ایادی به آن‌ها رسیده، آشکار است.

در ماده ۶۸۰ قانون مدنی نیز آثاری از پذیرش این نظریه ملاحظه می‌شود؛ چراکه بر اساس این ماده تا زمانی که خبر عزل وکیل به وی نرسد، اقدامات وی در حق موکل نافذ خواهد بود. این در حالی است که قاعدتاً با عزل وکیل، اقدامات وی فضولی است و محکوم به بطلان یا دست کم عدم نفوذ خواهد بود. اما مصالح اجتماعی و ضرورت حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیتی که بدون اطلاع از عزل وکیل از جانب موکل، مالی را از او خریداری می‌کنند، ایجاب کرده تا مقنن چنین ماده‌ای وضع کند و موکل را به آثار این قرارداد، از جمله انتقال مالکیت به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۳۰۸ و ۳۱۱

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۲۹۸

ثالث باحسن نیت ملزم بداند. بدیهی است در صورتی که به هر دلیلی طرف مقابل از عزل وکیل اطلاع داشته باشد، نمی‌تواند از ماده مذکور بهره‌ای ببرد.

اداره عقد در فقه نیز سابقه دارد^۱ و این امر شبهه تضاد نظریه مذکور با موازین فقهی را از ذهن می‌زداید. از توجه به مراتب فوق و تأثیر ضروریات اجتماعی در صحت عقود و شروط^۳، بعید نیست بتوان با توسعه این نظریه، در حالتی که ثالث باحسن نیتی مال را با سلسله ابادی دریافت کرده، با اعتبار کردن حسن نیت به منزله سببی برای انتقال مالکیت^۴ حکم به انتقال مالکیت به وی داد و قرارداد وی را صحیح دانست.

در نتیجه، با توجه به امضایی بودن احکام معاملات در اسلام^۵ می‌توان در کنار توجه به موازین فقهی و بهره گرفتن از ظرفیت‌های حقوق داخلی، راهکارهای مذکور در نظام‌های مورد مطالعه را در حقوق داخلی استفاده کرد تا حسن نیت انتقال‌گیرنده موجب انتقال مالکیت به وی شود. در این بین، وضع احکام ثانویه به جهت حفظ نظم عمومی معاملات، جلوگیری از بطلان قراردادهای اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد از سوی دادگاه‌ها می‌تواند از مقبولیت بیشتری نسبت به اجرای اصل جدا بودن برخوردار باشند.

۱.۲. انتقال غیرارادی مالکیت

قبلاً منظور از انتقال ارادی مالکیت توضیح داده شد. آنچه در این قسمت به آن اشاره می‌شود، ناظر بر حالتی است که بدون وجود عقود ناقل مالکیت یا هر نوع اراده انشایی از ناحیه مالک، انتقال مالکیت به شخص باحسن نیت صورت می‌گیرد.

۱.۲.۱. حقوق آلمان

حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش در حقوق آلمان به رسمیت شناخته شده است. با در نظر داشتن این امر، مالک می‌تواند در خصوص استرداد مال خود از متصرفان احتمالی اقدام کند.

۱. حسینی عاملی، سیدجواد، *مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعدالعلامه*، جلد ۷. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۲۲۶ ه.ق، ص ۴۷۴-۴۷۵ و ۴۳۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱. ص ۷۴.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۲۰۳.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۲۲۳.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۴۴۲.

اما می‌توان حالتی را ملاحظه کرد که شخص باحسن نیتی، متصرف مال منقول متعلق به دیگری شده است و در نهایت این امر منجر به انتقال مالکیت مال مربوطه به وی شود.

اماره تصرف مذکور در ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی آلمان بیان داشته که در اموال منقول، فرض بر مالکیت شخص متصرف است. بلافاصله مقنن در بند یک ماده ۱۰۰۷ بیان داشته: «شخصی که مال منقولی را سابقاً در تصرف داشته است، می‌تواند از متصرف فعلی بخواهد که مال را به او پس دهد؛ مشروط بر اینکه متصرف فعلی مال را با حسن نیت تصرف نکرده باشد.»

اهمیت این ماده قانونی زمانی پدیدار می‌شود که به ماده ۹۳۷ نیز توجه شود. این ماده بیان داشته در صورتی که شخصی مال منقولی را به مدت ده سال در تصرف مالکانه داشته باشد، مالکیت آن را به دست خواهد آورد و صراحتاً انتقال مالکیت را منوط به باحسن نیت بودن دانسته است. بنابراین، از یک سو، حسن نیت متصرف، مانع از مراجعه متصرف قبلی به وی می‌شود و از سوی دیگر، با گذشت زمان مذکور و با اعمال این ماده، عملاً مالکیت به متصرف باحسن نیت منتقل می‌شود؛ بدون اینکه اراده‌ای از سوی مالک قبلی وجود داشته باشد.

بنابراین، می‌توان ادعا کرد که در حقوق آلمان، حسن نیت، نقش مهمی در انتقال غیرارادی مالکیت اموال منقول ایفا می‌کند.

۱.۲.۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، عمده مصادیق تأثیر حسن نیت بر انتقال مالکیت در قوانین موضوعه، مربوط به انتقال ارادی مالکیت است؛ لذا در این قسمت توجه نگارنده معطوف به دیدگاه حقوق انگلیس مبنی بر اجتناب از ایفای عین تعهد است.

در مطالب پیشین به نگرش حقوق انگلیس مبنی بر اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات اشاره شد. این دیدگاه محدود به تعهدات قراردادی نیست. در واقع، بر اساس یک دیدگاه در حقوق انگلیس که با استقبال چشمگیری مواجه شده، افراد، وظایفی عمومی و کلی^۱ در خصوص اموال دیگران مبنی بر رعایت مراقبت در قبال آن‌ها و خودداری از هرگونه تعدی به آن‌ها دارند.^۲

1. in rem duties

2. Newman, C, M. «Bailment and the Property/Contract Interface». United States: *George Mason University Legal Studies Research Paper Series*. 2015.p3-9

نقض این تعهدات از طریق تصرف مغایر با مالکیت مالک، به منزله وقوع غصب^۱ است که برای تحقق آن نیازی به عمد و عدوان نیست.^۲ اما جالب اینجاست که حتی با وقوع غصب، ممکن است غاصب از رد مال خودداری و در خصوص پرداخت خسارت به مالک اقدام کند.^۳ علت را باید در نگرش حقوق انگلیس در قبال ایفای عین تعهد یافت، زیرا «در حقوق انگلیس، به صرف تقاضای خواهان، دادگاه حکم به ایفای عین تعهد صادر نخواهد کرد...»^۴

از طرفی، در موارد متعددی به تأثیر عدالت و حسن نیت در اتخاذ تصمیم دادگاه اشاره شده است.^۵ لذا توجه به مجموع این دو امر در کنار یکدیگر، نگارنده را به این نتیجه می‌رساند که یکی از مهم‌ترین عوامل مورد توجه دادگاه‌های انگلیس در اعمال صلاحدید خود و اتخاذ تصمیم درباره درخواست ایفای عین تعهد از ناحیه خواهان (استرداد کالا) و انتخاب بین پذیرش این درخواست (و در نتیجه، ادامه مالکیت خواهان) یا رد آن (و سلب مالکیت از خواهان در قبال عین مال و انتقال آن به خواننده)، حسن نیت خواننده به منزله متصرف است. بدین ترتیب، حسن نیت نقش خود را در انتقال مالکیت، از مجرای اعمال صلاحدید دادگاه ایفا می‌کند.

۱.۲.۳. حقوق ایران

در بخش قبل ملاحظه شد که چگونه می‌توان با بهره‌گیری از نهادهای حقوقی داخلی و توجه به راهکارهای نظام‌های خارجی مورد مطالعه، به حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در حوزه قراردادهای پرداخت و مالکیت ایشان را محترم شمرد. در این قسمت، مطالب صرفاً درباره آن دسته از راهکارهایی بیان می‌شود که قابل اعمال در حوزه خارج از قراردادهای اعمال حقوقی است.

1. tort of conversion

2. Elliot, Catherine, Frances Quinn. *tort law*. 8th ed. England: Longman Pearson. 2011.p5

۳. معتمدی، جواد و جواد گوهریان، بررسی ضمانت اجرای غصب در نظام حقوقی کامن‌لا، ماهنامه کانون، سال ۱۳۹۰، شماره ۱۱۷، ص ۱۴۰.

۴. داراب‌پور، مه‌راب، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۷۹، شماره ۲۹-۳۰، ص ۲۰۴.

5. Harpwood, v. Op.Cit. p114-116&239

-Richards, P. Op.Cit. p259-260 &268

و همچنین قاعده (۱) از مقررات آیین دادرسی ۱۹۹۸.

۱.۲.۳.۱. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

قبلاً ملاحظه شد که اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات در اعمال حقوقی، چگونه می‌تواند منجر به حمایت از ثالث باحسن نیت شود و مالکیت وی را مصون از تعرض نگاه دارد. الزام به ایفای عین تعهد در خصوص تعهدات غیرقراردادی نیز پذیرفته شده است؛^۱ تعهداتی که ممکن است ناشی از حکم قانون یا واقعه‌ای نظیر غصب باشند.^۲ لذا رد عین در مسئولیت مدنی را می‌توان یکی از مصادیق الزام به ایفای عین تعهد دانست.^۳ قبلاً اشاره شد که حق تعقیب مالک ارتباط تنگاتنگی با این موضوع دارد: «از آنجا که حق عینی سلطه مستقیم بر یک شیء است، صاحب حق می‌تواند این شیء را در دست هر شخصی که مالکیت این حق به او انتقال نیافته باشد، پیگیری و تعقیب کند.»^۴ لذا مقررات ناظر بر ضمان نسبت به اعیان با سخت‌گیری خاصی همراه است.^۵ به این موضوع در فقه نیز اشاره شده است^۶ و حتی برخی فقها ضمان به چیزی غیر از استرداد عین را تا زمان وجود آن، غیرعاقلانه خوانده‌اند.^۷

اما از سوی مقابل باید توجه داشت که بعضاً ممکن است رد عین با حقوق شخص باحسن نیتی که بر مال تصرف یافته، در تضاد قرار گیرد. نگارنده معتقد است همچون مباحث پیشین درباره روابط قراردادی، راهکارهایی برای حمایت از تصرفات اشخاص باحسن نیت در مال غیر وجود دارد.

۱.۲.۳.۱.۱. تلف حکمی

عبارت «تلف حکمی» در ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مورد اشاره مقنن واقع شده است. در ماده ۳۱۱ قانون مدنی نیز مقنن پس از اشاره به لزوم رد عین مال مغضوب به مالک، یکی از استثنائات این حکم را عدم قابلیت استرداد عین به هر «علت دیگری» دانسته است. به نظر نگارنده می‌توان با تفسیری واقع‌بینانه از علل عدم قابلیت استرداد و توسعه مصادیق

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۷۴.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۶۸-۶۹.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۰۱.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۸۰.

۵. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، ص ۱۴۶-۱۴۷.

۶. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه دارالکتاب، بی‌تا، ص ۳۲۲.

۷. نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهرالکلام*، جلد ۳۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۱۰۴.

تلف حکمی، در مواردی که شخص متصرف مال غیر، باحسن نیت است، از وی حمایت کرده و با منتفی دانستن حق تعقیب عین مال، موجبات انتقال مالکیت مال موضوع تصرف در برابر پرداخت غرامت به مالک را فراهم کرد؛ امری که در فقه نیز سابقه دارد و برای مثال استفاده از نخ غصبی در پیراهن را از مصادیق تلف حکمی دانسته‌اند^۱ و بر تفسیر مضیق قاعده «یؤخذ الغاصب بأشق الاحوال» نیز تأکید شده است.^۲ نگارنده معتقد است دادگاه می‌تواند با لحاظ عرفی بودن ملاک تلف حکمی^۳ و رعایت قاعده «عدل و انصاف» که در مباحث گذشته به آن اشاره شد، در مواردی که متصرف مال غیر، باحسن نیت باشد و بدون علم به واقع، اقدام به تصرف مال دیگری کرده و رد عین با بروز مشکلاتی برای وی همراه باشد، ضمن تلقی موضوع به تلف حکمی و محکومیت وی به پرداخت قیمت، او را از رد عین معاف کند؛ امری که در برخی کشورهای عضو حقوق اسلامی پذیرفته شده است.^۴ بدیهی است پس از پرداخت غرامت، متصرف، مالک خواهد شد.^۵ جالب اینجاست که برخی فقها اشاره کرده‌اند در صورت تلف حکمی مال موضوع تصرف، متصرف می‌تواند مالک را ملزم به دریافت بدل کند و مالک نمی‌تواند اصرار بر استرداد عین داشته باشد.^۶

۱.۲.۳.۱.۲. نفی عسرو حرج

در مباحث گذشته اشاره شد که اعمال قاعده نفی عسرو حرج چگونه می‌تواند مانع از اصرار بر ایفای عین تعهد شود و در برخی موارد منجر به حمایت از اشخاص باحسن نیتی شود که بر مال موضوع تصرف مستولی شده‌اند. یکی از فقهای معاصر با اشاره به قاعده «رعایت عدم اختلال نظام حقوقی» بیان داشته که گاهی ممکن است انجام کاری عقلاً غیر مقدور نباشد، لکن انجام آن سبب اختلال در جامعه و نظام حقوقی شود که در چنین شرایطی باید آن را ترک کرد.^۷ به نظر می‌رسد رد اصل مال در حالی که در تصرف شخص ثالث باحسن نیت قرار گرفته، با رعایت

۱. مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة والبرهان*، جلد ۱۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی تا، ص ۵۲۱.

۲. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، ص ۶۰۶-۶۰۷.

۳. همان، ص ۶۱۶.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۱۱.

۵. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، ص ۶۲۴.

۶. همان، ص ۶۱۶.

۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۳۶۰.

سایر شرایط که باید حسب مورد و از سوی دادگاه ارزیابی شود، می‌تواند از مصادیق نهی مذکور در این قاعده باشد.

لذا ملاحظه می‌شود که حقوق داخلی این ظرفیت را دارد تا با فاصله گرفتن از دیدگاه سنتی مبنی بر لزوم اجرای حق تعقیب مال در همه شرایط و اوضاع و احوال، در صورت امکان جبران خسارت مالک از طریق مقتضی، شرایط را برای حمایت از شخص متصرف باحسن نیت فراهم آورد و همان گونه که برخی حقوق دانان اشاره کرده‌اند، باورهای به‌جامانده از پیشینگان را تغییر دهد.^۱

۲. نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول

ایجاد نظام ثبتی در خصوص اموال غیرمنقول و تأثیر اثباتی یا ثبوتی ثبت در انتقال مالکیت این اموال و کمرنگ شدن اماره تصرف در این خصوص، مستلزم بررسی جداگانه نقش حسن نیت در انتقال مالکیت این اموال است. لذا در این بخش با همان ترتیب بخش اول و با خودداری از تکرار مطالب مشترک، به طرح مباحث پرداخته خواهد شد.

۲.۱. انتقال ارادی مالکیت

همانند بخش قبل، ابتدا به مواردی اشاره می‌شود که ارادی بودن انتقال مالکیت، عنصر مشترک آن‌ها است.

۲.۱.۱. حقوق آلمان

قانون مدنی آلمان تلاش کرده تا از انتقال گیرنده باحسن نیت در خصوص اموال غیرمنقول نیز حمایت کند. علاوه بر این، اصول حقوقی اشاره شده در بخش قبل نیز همین کارکرد را نیز با اندکی تفاوت درباره اموال غیرمنقول دارند.

۲.۱.۱.۱. قانون مدنی

ماده ۸۹۲ مقرر کرده: «جهت حمایت از شخصی که حقی نسبت به زمین از طریق قرارداد یا سایر طرق به دست می‌آورد، فرض بر صحت مفاد دفتر املاک است؛ مگر اینکه اعتراضی نسبت به آن در دفتر املاک ثبت شده باشد یا بی‌دقتی در این مندرجات برای شخص به دست آورنده

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۳۰۶.

حقوق مذکور محرز باشد...». بنابراین، چنانچه انتقال گیرنده از نادرستی مفاد دفتر املاک اطلاع نداشته باشد و اقدام به انتقال گرفتن مال غیرمنقول کند، مالک نبودن انتقال دهنده در عالم واقع، مانع از مالکیت وی نخواهد شد؛ مشروط بر اینکه دارای حسن نیت باشد؛ یعنی از عدم مالکیت انتقال دهنده بی اطلاع باشد و این بی اطلاعی، ناشی از تقصیر سنگین نباشد.^۱ در واقع، وجود نظام ثبتی باعث شده تا احراز مالکیت از این طریق صورت پذیرد؛ همان نقشی که اماره تصرف در خصوص اموال منقول ایفا می کرد؛^۲ و فرض بر حسن نیت کسی است که به این ظاهر اعتماد دارد و اقدام به معامله با مالک ثبتی می کند.

۲.۱.۱.۲. اصل جدا بودن

اصل مذکور با توضیحاتی که راجع به آن در خصوص انتقال مالکیت در اموال منقول گذشت، در انتقال ارادی مالکیت اموال غیرمنقول نیز جریان دارد. علاوه بر مطالب مذکور، لازم به ذکر است در قراردادهای ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، بر اساس ماده ۸۷۳ قانون مدنی، رعایت تشریفات خاصی لازم است. اما گاهی علی رغم عدم رعایت تشریفات مربوطه (و در نتیجه بطلان قرارداد)، طرفین به مرجع ثبتی مراجعه و نسبت به ثبت انتقال مالکیت اقدام می کنند. در چنین حالتی، حقوق دانان با توجه به اصل جدا بودن، انتقال مالکیت را محقق دانسته اند و پرداختن به بطلان قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت را جایز نمی دانند؛^۳ گویی ثبت انتقال در دفتر املاک، نقیصه قرارداد مذکور را برطرف و ترمیم^۴ می کند!

۲.۱.۱.۳. اعتماد به ظاهر قراردادها

همانند اموال منقول، در خصوص اموال غیرمنقول نیز علت سخت گیری حقوق آلمان در ثبت انتقالات، ایجاد اعتماد و امنیت در معاملات است.^۵ این امر سبب می شود کسی که به مندرجات دفتر املاک اعتماد کرده، بتواند فارغ از ایرادات ممکن در مالکیت ایادی سابق، مالکیت خود را محرز بداند.^۶

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p286

2. Ibid.p35

3. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit.p85

4.cure

5.Ibid.p36

6. Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009. p132-145

در واقع، ثبت معاملات در دفتر املاک باعث می‌شود این دیدگاه در قالب اعتماد به مندرجات دفتر املاک مطرح و اثر خود را در تحصیل مالکیت برای انتقال‌گیرنده با حسن نیت بروز دهد.

۲.۱.۲. حقوق انگلیس

انتقادات مطرح‌شده درباره پذیرش حسن نیت به‌مثابه یک اصل در حقوق انگلیس، مختص اموال منقول نیست، اما همانند اموال منقول، در اموال غیرمنقول نیز مقنن انگلیسی تلاش کرده تا به صورت موردی از اشخاص با حسن نیت انتقال‌گیرنده، حمایت کند. به‌علاوه، خودداری از اصرار بر ایفای عین تعهد و جلوگیری از بطلان قراردادها می‌تواند در حمایت از اشخاص با حسن نیت مؤثر باشد. در ادامه به شرح اهم قوانین مرتبط و رویکردهای مذکور در حمایت از انتقال‌گیرنده با حسن نیت در اموال غیرمنقول پرداخته می‌شود.

۲.۱.۲.۱. قانون ثبت املاک^۱

قانون‌گذار انگلیسی کوشیده تا در حوزه املاک، نظام ثبتی ایجاد کند و از این طرف، انسجام نسبی را در معاملات این حوزه رقم بزند. هرچند مستفاد از ماده ۱۲۳ این قانون، چنین است که در بعضی مناطق، ثبت اراضی و املاک اجباری نیست، اما در همین ماده به بی‌اعتباری انتقالاتی که ثبت نشده باشند، اشاره شده است. ماده ۲۶ قانون مذکور نیز تأثیر محدودیت‌های نقل و انتقال املاک را نسبت به دیگران، منوط به ثبت در دفتر املاک دانسته است. با در نظر داشتن این دو ماده و همچنین مواد ۲۵ و ۲۷ همین قانون که در آن‌ها به لزوم ثبت معاملات با رعایت تشریفات قانونی تأکید شده است، می‌توان نگرش قانون‌گذار را در ایجاد نظام ثبتی نسبت به معاملات غیرمنقول به‌وضوح ملاحظه کرد؛ هرچند که این امر به اندازه حقوق آلمان جدی و یکپارچه نیست. وضع ماده ۲۶ سبب می‌شود از اشخاص با حسن نیتی که با تکیه بر مندرجات دفتر املاک بی‌اطلاع از محدودیت‌های نقل و انتقالات ثبت‌نشده، اقدام به معامله با مالک ثبتی کرده‌اند، حمایت به عمل بیاید و مالکیت آن‌ها محترم شمرده شود. به همین منظور، مقنن در بند یک ماده ۵۸ قانون مذکور بیان داشته که اگر علی‌رغم ثبت انتقال ملک در دفتر املاک به شخصی، مالکیت در عالم واقع هنوز به وی منتقل نشده باشد، ثبت در دفتر املاک باعث می‌شود که وی مالکیت را به دست آورد. در واقع، به نظر می‌رسد منظور از عدم انتقال مالکیت، علی‌رغم ثبت

1. land registration [Act2002](#)

انتقال در دفتر املاک، ناظر به حالاتی باشد که بر اساس توافق طرفین، هنوز شرایط لازم برای انتقال مالکیت محقق نشده است؛ لکن به هر دلیلی طرفین به دفتر املاک مراجعه می کنند و این انتقال را که قرار بوده در آینده انجام شود، به ثبت می رسانند. در این حالت، بی اطلاعی اشخاص ثالث با حسن نیت از این امر باعث می شود تا اعتماد آن ها به ظاهر دفتر املاک و در نتیجه، مالکیت ایشان، محترم باشد.

۲.۱.۲.۲. قانون حقوق اموال

مواد ۴۵ و ۱۰۴ این قانون که قبلاً توضیح مربوط به آن ها گذشت، ظاهراً تفکیکی بین اموال منقول و غیرمنقول قائل نشده اند؛ لذا مطالب مذکور در حوزه اموال غیرمنقول نیز جاری است که از تکرار آن ها پرهیز می شود.

۲.۱.۲.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

برخی حقوق دانان اجمالاً اشاره کرده اند که در قراردادهای ناظر بر انتقال یک قطعه زمین، همواره امکان ایفای عین تعهد فراهم است؛ به این دلیل که زمین همواره در دسترس قرار دارد.^۱ اما ایشان بلافاصله اذعان به انتقادپذیر بودن نتایج این نگرش کرده اند؛^۲ لذا به نظر می رسد که دیدگاه مورد بحث در حقوق انگلیس، تفاوتی بین قراردادهای راجع به اموال منقول و غیرمنقول قائل نیست. در تأیید این امر، ماده ۴۹ «قانون حقوق اموال» درباره قراردادهای ناظر به انتقال هر نوع حقوق درباره زمین صراحتاً به امکان رد درخواست ایفای عین تعهد اشاره کرده و پذیرش درخواست را منوط به عادلانه دانستن آن از ناحیه دادگاه کرده است.

در بخش راجع به اموال منقول ملاحظه شد که اتخاذ این دیدگاه در حقوق انگلیس چگونه می تواند منجر به حمایت از ثالث با حسن نیت، از جمله در خصوص معامله معارض شود که به جهت رعایت اختصار در کلام از تکرار آن ها پرهیز می شود.

۲.۱.۲.۴. جلوگیری از بطلان قراردادها

در بحث درباره اموال منقول اشاره شد که تلاش برای جلوگیری از بطلان قراردادها چگونه می تواند منجر به حمایت از ثالث با حسن نیت و مصون ماندن مالکیت آن ها از تعرض شود. عمده

1. Stone, R. Op.Cit. p216

2. Ibid. p217-218

مثال‌هایی که در این باب مطرح شده، در باب اموال منقول است، لکن نگارنده دلیلی برای تفکیک بین اموال منقول و غیرمنقول از این حیث نمی‌بیند. آنچه مختصراً شرح داده شد، نشان می‌دهد که علی‌رغم نپذیرفتن حسن نیت در مقام یک اصل در حقوق انگلیس و طرح برخی انتقادات به آن، مصادیق فراوانی را می‌توان یافت که در آن‌ها، حسن نیت نقش بسزایی در انتقال مالکیت دارد.

۲.۱.۳. حقوق ایران

در این قسمت، همانند بخش اول و با پرهیز از تکرار مطالب مشابه تلاش می‌شود تا ضمن بررسی مختصر وضعیت حقوق داخلی در مواجهه با موضوع و در نظر داشتن جمیع جوانب، امکان و چگونگی استفاده از راهکارها، اصول و قواعد مذکور در کشورهای خارجی مورد مطالعه بررسی شود.

۲.۱.۳.۱. اصل جدا بودن

قبلاً اشاره شد که پذیرش دو قرارداد مجزا از یکدیگر، یکی ناظر بر ایجاد تعهد بر انتقال مالکیت و دیگری ناظر بر نفس انتقال مالکیت، با مبانی حاکم بر قراردادها در حقوق داخلی فاصله دارد. این وضعیت در خصوص اموال غیرمنقول نیز جریان دارد و اگر قرار بر استفاده از این راهکار باشد، نیاز به دخالت مستقیم قانون‌گذار احساس می‌شود. به نظر می‌رسد در خصوص اموال غیرمنقول، به جهت اعمال نظام ثبتی در حقوق داخلی، حداقل از نظر اجرایی با سهولت بیشتری مواجه خواهیم بود.

۲.۱.۳.۲. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملاتی)

در بخش اول ملاحظه شد که اعتباربخشی قانون‌گذار به اسناد رسمی چگونه می‌تواند منجر به ایجاد نظم عمومی معاملاتی و حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت شود. تصویب مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک در کنار مقررات دیگر در حوزه اموال غیرمنقول، نظام ثبتی منسجمی را در حقوق داخلی ایجاد کرده و به‌وضوح حکایت از دیدگاه مقنن مبنی بر ارتقای اعتبار اسناد رسمی و حفظ نظم عمومی معاملاتی دارد. بدیهی است در چنین فضایی، دادگاه باید از شخص ثالثی که با اعتماد به ظاهر این اسناد اقدام به معامله اموال غیرمنقول کرده است، حمایت لازم را به عمل آورد و اجازه تعرض به مالکیت وی را به بهانه‌های مختلف از جمله بطلان قراردادهای قبلی ندهد. ذکر این نکته ضروری است که حمایت مدنظر نگارنده، صرفاً برای

اشخاص ثالث با حسن نیت است؛ لذا اگر ثالث به هر دلیلی از نادرستی مندرجات دفتر املاک اطلاع داشته باشد و باز هم اقدام به معامله بر اساس آن کند، اعتماد وی به ظاهر اسناد، مورد حمایت نیست و مالکیت وی محترم شمرده نخواهد شد.

یکی از ملزومات اعتباربخشی به اسناد رسمی، جلوگیری از ابطال آن‌ها به وسیله اسنادی عادی است که مندرجات آن‌ها در تضاد با مفاد سند رسمی قرار دارد. این موضوع با لحاظ محدودیت‌هایی در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه پذیرفته شده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه، اعتبار شرعی دارند، در برابر اشخاص ثالث استنادپذیر نیستند و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.» استنادناپذیر بودن سند عادی در برابر اشخاص ثالث باعث می‌شود تا نتوان بر اساس آن اقدام به ابطال سند رسمی کرد.

نگارنده معتقد است توجه به این ماده در کنار مقررات ثبتی اشاره شده، فضای لازم را برای حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در حوزه عقود ناقل مالکیت فراهم می‌آورد و در چنین شرایطی دادگاه باید با تفسیر مضیق استثنای مذکور در ماده ۶۲ مذکور، به تقویت این حمایت بپردازد.

۲.۱.۳.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

در بخش اول ملاحظه شد که خودداری از اصرار بر ایفای عین تعهدات قراردادی و استفاده از نهاد تلف حکمی و اعمال قاعده نفی عسروجرح چگونه می‌تواند منجر به حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیتی شود که نسبت به مال موضوع قرارداد متصرف شده‌اند. نگارنده معتقد است از این حیث تفاوتی بین اموال منقول و غیرمنقول نیست و به منظور رعایت اختصار از تکرار مطالب خودداری می‌شود.

۲.۱.۳.۴. جلوگیری از بطلان قراردادها

در بخش اول، ذیل همین عنوان اشاره شد که جلوگیری از بطلان قراردادها، چه در قالب یک سیاست اتخاذی از سوی دادگاه در تفسیر قراردادها و چه به مثابه اقدام قانون‌گذار در پذیرش بطلان نسبی به جای بطلان مطلق و پذیرش امکان رفع موجبات بطلان، می‌تواند منجر به

حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در روابط قراردادی و مصون ماندن مالکیت آنها شود. نگارنده دلیلی بر اختصاص مطالب مذکور یا دامنه مواد قانونی مورد اشاره در بخش اول به حوزه اموال منقول نمی بیند.

۲.۲. انتقال غیرارادی مالکیت

در این قسمت، به ترتیب پیشین به بررسی موضع نظام‌های حقوقی مورد مطالعه در خصوص انتقال غیرارادی مالکیت اموال غیرمنقول پرداخته می‌شود.

۲.۲.۱. حقوق آلمان

بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد که در قوانین موضوعه آلمان، پرداختن به تأثیر حسن نیت در انتقال غیرارادی مالکیت، محدود به حوزه اموال منقول است و در حوزه اموال غیرمنقول، این دادگاه‌ها هستند که با در نظر داشتن موازین حسن نیت و جمیع اوضاع و احوال در هر پرونده، به حمایت از متصرف با حسن نیت پرداخته‌اند؛ حمایتی که در نهایت، منجر به انتقال غیرارادی مالکیت به وی می‌شود.

در پرونده BGHZ 62, 388 (21.6.1974) V ZR 164/72 مقدار از یک قطعه زمین، متعلق به خواهان و بخش دیگر آن متعلق به خوانده بود. خوانده قصد ساخت پارکینگ در قسمت خود را داشت که اشتباهاً حدود بیست مترمربع به محدوده ملک خواهان تجاوز کرده بود. خواهان اقدام به طرح دعوا علیه خوانده برای رفع تصرف و بازپس‌گیری ملک خود کرد، لکن دادگاه با این استدلال که این امر مستلزم صرف هزینه زیاد برای خوانده و تخریب ورودی پارکینگ و تغییر آن است و از طرفی، تجاوز هم غیرعمدی بوده، دعوای خواهان را نپذیرفت.^۱

مهم‌ترین جنبه اقدام دادگاه در پرونده فوق را می‌توان سلب حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش در موردی دانست که مالک ملک مجاور، بدون اطلاع از تجاوز خویش به ملک همسایه، اقدام به تصرف و احداث بنا در بخشی از آن کرده است؛ لذا در واقع، حسن نیت خوانده، در کنار مشقت ناشی از تخریب بنای ساخته‌شده، باعث شده تا آن بخش از ملک همسایه که وی تصرف کرده، داخل در مالکیت وی لحاظ شود و عملاً انتقال مالکیت از خواهان به خوانده به طریق غیرارادی صورت گیرد. البته، امکان مطالبه خسارت برای خواهان در چنین فرضی بدیهی است.

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit.p414

۲.۲.۲. حقوق انگلیس

بررسی قوانین موضوعه در حقوق انگلیس، نشانه‌هایی از حمایت مستقیم یا غیرمستقیم از متصرف با حسن نیت مال غیر را نشان می‌دهد که در نهایت، منجر به ایجاد مالکیت برای متصرف می‌شود. علاوه بر این، موضع مشهور حقوق انگلیس در قبال ایفای عین تعهد که تاکنون بارها به آن اشاره شده نیز در این باره مؤثر خواهد بود.

۲.۲.۲.۱. قانون ثبت املاک

بند (۴) ۵ جدول ۶ ناظر بر ماده ۹۷ قانون ثبت املاک که ظاهراً درباره تصرف معارض نسبت به ملک مجاور در املاک ثبت نشده است، بیان داشته اگر شخصی نسبت به ملک مجاوری که حد و مرز آن به صورت دقیق با ملک خودش مشخص نبوده، تصرف داشته و این تصرف به مدت حداقل ده سال قبل از درخواست همسایه برای ثبت مالکیت نسبت به ملک خود ادامه داشته است. در این مدت، متصرف تصور می‌کرده که در ملک خودش متصرف است. با جمع چنین شرایطی متصرف در جایگاه مالک شناخته می‌شود و مطابق بند ۱۸(۳) جدول ۱۲ ناظر بر ماده ۱۳۴ همین قانون، دادگاه وی را مالک شناخته و دستور ثبت نام وی در مقام مالک در دفتر املاک را خواهد داد. در واقع، در نظر داشتن مفهوم مالکیت قبل از ثبت آن در دفتر املاک، باعث شده تا در چنین موردی امکان بحث از تصرف در ملک دیگری قبل از ثبت رسمی مالکیت مطرح شود. در این حالت، با جمع سایر شرایط مذکور، تصور متصرف مبنی بر اینکه در ملک خودش تصرف می‌کند، نشان از حسن نیت وی دارد و در نهایت، منجر به مالک شناخته شدن وی نسبت به میزان تجاوز به ملک مجاور می‌شود و انتقال غیرارادی مالکیت را رقم می‌زند.

۲.۲.۲.۲. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

آنچه در خصوص این دیدگاه در بحث انتقال غیرارادی مالکیت در حقوق انگلیس در مطالب پیشین ذکر شد، در اموال غیرمنقول نیز جریان دارد که از تکرار آن‌ها پرهیز می‌شود. بنابراین، ملاحظه می‌شود که حقوق انگلیس ولو اینکه در ایجاد یک نظام ثبتی منسجم در زمینه اموال غیرمنقول به اندازه آلمان موفق نبوده، از متصرف با حسن نیت حمایت‌هایی به عمل آورده و همین امر در مواردی منجر به انتقال غیرارادی مالکیت به وی می‌شود.

۲.۲.۳. حقوق ایران

در این قسمت با بهره‌گیری از مطالب پیشین به مواردی اشاره خواهد شد که امکان حمایت از متصرف با حسن نیت مال غیرمنقول متعلق به غیر و انتقال غیرارادی مالکیت مال مذکور به وی را فراهم می‌کند.

۲.۲.۳.۱. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

تصرف ملک دیگری بدون موجب قانونی، تعهد به رفع تصرف از آن را به همراه خواهد داشت. خلع ید از ملک مورد تصرف عدوانی، جزء مصادیق الزام به ایفای عین تعهد دانسته شده است.^۱ هرچند برخی حقوق دانان امکان سلب حق تعقیب مالک را نسبت به ملک خود مردود دانسته‌اند،^۲ در جای دیگر متذکر شده‌اند که تصور ناتوانی حقوق ما در بهره‌گیری از حقوق غرب، برداشتی سطحی از حقوق و عدالت است.^۳ این در حالی است که تفاوت‌های نظری کشورهای عضو خانواده کامن‌لا و حقوق نوشته در خصوص ایفای عین تعهد، در حال از بین رفتن است و بیشتر نظام‌های رومی‌ژرمنی نیز تمایل به مطالبه خسارت به جای الزام به ایفای عین تعهد یافته‌اند^۴ و این موضوع در کشورهای تابع حقوق اسلامی نیز با پیش‌گامی رویه قضایی مصداق یافته است.^۵ لذا نگارنده معتقد است در حقوق داخلی نیز می‌توان از دادگاه‌ها و مقنن انتظار داشت که به تدریج به تقویت این تفکر بپردازند. بدیهی است یکی از عواملی که در اتخاذ چنین دیدگاهی از سوی دادگاه مؤثر خواهد بود، حسن نیت متصرف مال غیر است. بدین ترتیب که در چنین مواردی، دادگاه با اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد و بهره‌گیری از تلف حکمی و قاعده نفی عسرو حرج و پرداخت خسارت به مالک از سوی متصرف، موجبات انتقال مالکیت ملک موضوع تصرف را به متصرف با حسن نیت فراهم آورد.

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۰۳.

۲. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، ص ۱۳۳.

۳. همان. ص ۱۹.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۷۸.

۵. همان. ص ۸۰.

۲.۲.۳.۲. لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷

یکی از مصادیق بارز حمایت مقنن ایرانی از متصرف باحسن نیت مال غیر را می توان در این قانون یافت. مشابه چنین اقدامی در حقوق انگلیس و آلمان نیز ملاحظه شد.

در ماده واحده مذکور، با لحاظ شرایطی که تشریح جزء به جزء آن ها از حوصله این مقاله خارج است، امکان پرداخت قیمت ملک مورد تصرف از ناحیه متصرف به مالک، در مقابل انتقال مالکیت بخش مورد تصرف فراهم شده است. از بین این شرایط، آنچه در خصوص بحث حاضر بسیار مهم است، فقدان قصد تجاوز در متصرف و بی اطلاعی وی از واقعیت است که با مفهوم حسن نیت انطباق دارد. جالب اینجاست که در تبصره سوم این ماده، برخلاف قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین موضوعه، امکان تسری حکم ماده واحده به پرونده های مختومه و اعاده دادرسی بر اساس آن در نظر گرفته شده است.

نگارنده معتقد است این امر علاوه بر تجلی اراده مقنن در حمایت از متصرف باحسن نیت در ملک دیگری، حکایت از توجه قانون گذار به سختی ها و مشکلات ناشی از اجرای احکام خلع ید و قلع بنا در چنین مواردی دارد. لذا با پذیرش چنین دیدگاهی از سوی مقنن، امکان مناسی فراهم آمده تا دادگاه ها رویکردی عادلانه و واقع گرایانه در هر پرونده در پیش بگیرند و در خصوص اخذ ملاک از این حکم قانونی و توسعه آن اقدام کنند.

نتیجه گیری

حسن نیت در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، کم‌وبیش در انتقال مالکیت تأثیرگذار است. این اثرگذاری در حقوق آلمان، علاوه بر نصوص قانونی، از طریق اجرای اصل جدا بودن و نیز حمایت از اعتماد به ظاهر قراردادها صورت می‌گیرد. در نتیجه، اعمال نصوص مربوطه و اصول و قواعد مذکور، چنانچه انتقال‌گیرنده در روابط قراردادی یا متصرف در روابط غیر قراردادی، با حسن نیت باشد، مالکیت وی مورد احترام و مصون از تعرض مالک اصلی خواهد بود. در حقوق انگلیس نیز همین نتیجه، البته با جامعیت کمتری نسبت به حقوق آلمان، از طریق برخی نصوص قانونی و اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات و جلوگیری از بطلان قراردادها به‌مثابه سیاست قضایی دادگاه‌ها حاصل می‌شود. در حقوق داخلی، غیر از اصل جدا بودن، استفاده از این راهکارها و مبانی اصلاً دور از دسترس نیست. این راهکارها می‌توانند هم به‌مثابه عاملی برای تقویت مبانی نهادهایی نظیر تلف حکمی در حقوق داخلی به کار گرفته شوند و هم ایده‌های جدیدی از جمله اعطای صلاحدید به دادگاه‌ها در خصوص پذیرش درخواست الزام به ایفای عین تعهد را برای حقوق داخلی به ارمغان آورند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتابها

۱. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، جلد ۱ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۶. عبدی پورفرد، ابراهیم، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، جلد ۳ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
۸. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
۱۰. کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.

مقاله‌ها

۱۱. انصاری، علی و بادینی، حسن و دامن جانی، احدشاهی، *انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات؛ سنجش کارایی در نظام ضمانت اجرای قراردادها*، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۶، دوره ۱۴، شماره ۲ صص ۱۷۹-۱۹۸.
۱۲. پارساپور، محمدباقر و صادقی، محمود و ریاحی، علی اصغر، *تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر حق فسخ در آرای دادگاههای ایران و نقد آن*، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۷، دوره ۱۵، شماره ۲، صص ۲۴۱-۲۵۹.

۱۳. داراب پور، مهرباب، **ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد**، مجله تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۷۹، شماره ۲۹-۳۰، صص ۱۹۱-۲۳۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **حسن نیت در حقوق ایران**، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۲، دوره ۴۳ شماره ۳، صص ۱۶۷-۱۸۶.
۱۵. معتمدی، جواد و جواد گوهریان، **بررسی ضمانت اجراهای غصب در نظام حقوقی کامن لا**، ماهنامه کانون، سال ۱۳۹۰، شماره ۱۱۷، صص ۱۳۹-۱۵۳.

پایان نامه

۱۶. عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن نیت در کامن لا و اسناد بین المللی»، پایان نامه، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰.

ب) منابع عربی

۱۷. حسینی عاملی، سیدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، جلد ۷. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۲۲۶ ه.ق.
۱۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه الطالب**، جلد ۲، قم: انتشارات دارالکتاب، بی تا.
۱۹. فخرالدین ابو عبدالله محمد بن احمد بن ادريس حلی، **سرائر الحاوی**، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۰. مروج جزائری، سید محمدجعفر، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، قم: مؤسسه دارالکتاب، بی تا.
۲۱. مقدس اردبیلی، **مجمع الفائدة والبرهان**، جلد ۱۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۲۲. نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهر الکلام**، جلد ۳۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

قوانین

۲۳. قانون اجاره به شرط تملیک انگلیس، مصوب ۱۹۶۴.
۲۴. قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹.
۲۵. قانون ثبت املاک انگلیس، مصوب ۲۰۰۲.
۲۶. قانون حقوق اموال انگلیس، مصوب ۱۹۲۵.

۲۷. قانون مدنی آلمان، مصوب ۲۰۰۲ با اصلاحات بعدی.

۲۸. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحات بعدی.

۲۹. قانون مدنی هندوراس، مصوب ۱۹۰۶.

۳۰. قواعد دادرسی مدنی انگلیس، مصوب ۱۹۹۸.

ج) منابع انگلیسی

Books

31. Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009
32. Elliot. Catherine, Frances Quinn. *tort law*. 8thed. England: Longman Pearson. 2011
33. Harisson, R. *Good Faith in Sales*. 1sted. London: Sweet & Mawell. 1997
34. Harpwood, v. *Modern Tort Law*. 7thed. London: Routledge Cavendish. 2009
35. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. *German Law of Contract*. 2nded. USA: Hart Publishing. 2006
36. Monaghan. Nicola, Chris Monaghan, *Beginning Contract Law*. 1sted. London: Routledge. 2013
37. Richards, P. *Law of Contract*. 9thed. England: Pearson, Longman. 2009
38. Stone, R. *Contract Law*. 5thed. England: Cavendish Publishing. 2003
39. Stuchmcke, A. *Essential tort law*. 2nded. England: Cavendish publishing. 2001.

Articles:

40. Newman, C, M. «Bailment and the Property/Contract Interface». United States: *George Mason University Legal Studies Research Paper Series*. 2015. p1-41

