

تضمین کالا در تجارت بین الملل

بررسی موضع حقوقی آلمان ، انگلیس ، ایتالیا ، فرانسه ، ایالت متحده و ایران

قسمت اول - حفظ یا ذخیره ، مالکیت در تجارت بین الملل

بایعی که در تجارت بین الملل مایل است کالا را به طور نسبه و غیر نقدی به مشتریانش

تحویل دهد ، مرتباً با این سوال روبروست که بهترین شیوه تضمین طلبش در رابطه با ثمن

معامله چیست ؟ غیر از شکلهای معمولی تضمین و وثیقه که در ارتباط با شکلهای متعارف

پرداخت و تامین اعتبار در تجارت بین المللی است ، شرط حفظ مالکیت معمول ترین

شیوه ای است که بایع می تواند با آن در مقابل عدم پرداخت ثمن حمایت شود . این شرط

چنین است که مشتری تنها وقتی مالک می شود و تمامی حقوق مربوط به کالای

خریداری شده را دارا می گردد که ثمن را به طور کامل پرداخته باشد .

مقررات مربوط به تضمین پرداخت ثمن تا تاریخ از لحاظ بین المللی یکنواخت نیست : راه

حلهای موجود قانونی از کشوری به کشور دیگر تفاوت می کند و برداشت ثابتی از آن

وجود ندارد ، یکی از دلایل این اختلافات شاید مربوط به این واقعیت باشد که حقوق

مربوط به انتقال مالکیت اموال منقول یکی از ساختارهای عمده و اساسی هر نظام حقوقی است و بدین جهت یکنواخت نمودن آن مشکل می باشد. در عمل رابطه نزدیک میان مقررات تضمین پرداخت ثمن و مقررات ورشکستگی و افلاس و بطور کلی تضمین دین و اعتبار مانع مهمتری است. در نتیجه معیارهای مختلفی که در هر نظام حقوقی وجود دارد، هماهنگ نمودن مقررات و یکنواخت کردن آنها در این زمینه بدون اشکال نخواهد بود بدین ترتیب کسانی که در تجارت بین المللی دخالت دارند باید با شکلهای مختلف تضمین کالا که در هر کشوری اعمال می شود هماهنگ گردند.

در موقعیت های بسیاری مثلاً در تحویل کالا در آلمان، جایی که مقررات مربوط به تضمین ثمن به شدت پیشرفته است، توجه یا بی توجهی به شکلهای تضمین می تواند شرایط قراردادی معاوضه را به طور جدی تحت تاثیر قرار دهد. به علاوه شرط خاص مربوط به تضمین کالا معمولاً بطور جداگانه در جریان توافق معین نمی شود، بلکه در شرایط قراردادی استاندارد مربوط به بایع گنجانده می شود. استفاده از شرط "درست"، "نادرست" یا عدم درج شرطی مربوط به تضمین ثمن می تواند نتایج بسیار متفاوتی را به همراه داشته باشد و بایع در صورت عدم استفاده از امکانات موجود تضمین در صحنه تجارت بین المللی بخاطر عدم آگاهی پیماندهای ناگواری را متقبل می شود.

بنا بر این هر تاجر محتاطی توجه خواهد کرد که تا حد ممکن امکانات موجود تضمین در قرارداد صادراتش لحاظ شود، از همین رو، مسئله تضمین کالا بخش مهمی از توصیه هایی است که در ارتباط با مفاد قرارداد صادرات به بایع ارائه می شود.

حفظ یا ذخیره مالکیت به عنوان تضمینی در مقابل ورشکستگی و افلاس در مواقعی که مشتری قبل از تادیه ثمن معامله ورشکسته یا مفلس می شود تضمین کالا در رابطه با حمایت از بایق اهمیت خاصی می یابد. توافق معتبر درباره نگهداری و حفظ مالکیت مقرر می کند که بایع حق دارد هر مقدار از کالا را که نزد خریدار باقی مانده مطالبه کند، یا این که بایع برای استیفاء ثمن پرداخت نشده معامله حقوق دیگری دارد. طلبهای مربوط به کالای تحویل شده در صورت افلاس و ورشکستگی، اصولاً از حق تقدم و امتیازی برخوردار نیستند و حداکثر به نسبت بخش پرداخت شده ثمن سهمی به آن تعلق می گیرد البته مشروط به آنکه چنین پرداخت یا توزیعی اساساً ممکن باشد، بنا بر این بسیار مفید خواهد بود اگر تسلیم کننده کالا بتواند بی درنگ از تضمین مقرر شده، در رابطه با کالای تحویل شده استفاده کند.

اگر با دقت بیشتری به این مسئله نگاه کنیم در می یابیم که تضمین حفظ مالکیت در مقابل خود مشتری بکار نمی رود ، زیرا وی پس از ورشکستگی از دایره کسانی که درگیر و دخیل می باشند کنار می رود . بایع که نفعش در استیفاء طلبش از کالای خودش ، به صورت مقدم می باشد ، در چنین مواردی غالباً در تعارض با دیگر طلبکاران است ، طلبکارانی که نفعشان در احتساب کالا در چهار چوب جریان ورشکستگی است بنا بر این سؤال اساسی در باره قواعد مربوط به حفظ مالکیت ، که در هر نظام حقوقی باید یافت شود این است که آیا این قواعد وضعیت ممتاز حقوقی ایجاد می کنند که در مقابل همه قابل استناد است ، یا این که وضعیت ممتاز تنها در رابطه طرفین قرارداد اثر دارد ، به عبارت دیگر تنها در مقابل مشتری موثر است ؟ تنها در صورت اول است که این قواعد حق خاصی را در صورت ورشکستگی مشتری اعطاء می کنند به عبارت دیگر شرط حفظ مالکیت که اثری محدود به طرفین دارد عموماً در ورشکستگی بی ارزش می باشد و به همین جهت به عنوان شکلی از تضمین نامناسب می باشد .

تضمین و به گرو گرفتن کالا از سوی بایع قاعدتاً در تعارض با تضمین اعتباراتی است که از سوی بانکها و موسسات اعتباری دیگر به مشتری داده شده است . در صورت ورشکستگی مشتری ، تسلیم کننده ، برای تحقق بخشیدن و اجرای تضمینش نه تنها باید با

مدیر امور ورشکستگی یا نمایندگان دیگر سایر طلبکاران برخورد نماید بلکه باید با سایر طلبکاران وثیقه دار نیز رقابت نماید .

حدود تضمین بایع در کالای تحویل شده از سوی وی ممکن است همیشه یکسان نباشد ، کالاهایی که تا حد بسیار زیادی تحت تاثیر نحوه تسلیم قرار می گیرند ممکن است دچار تنزل سریع قیمت شوند (مانند منسوجات و لباسهای مد) که این امر به نوبه خود ارزش تضمین حفظ شده را می تواند کاهش دهد هزینه های فروش کالا نیز ممکن است گزاف باشد . بنا بر این ارزش تضمین معمولاً تنها با تحقق فروش کالا معین و معلوم می شود ، یعنی وقتی که احراز می شود چه مقدار کالا را می توان اخذ کرد و چقدر پول را می توان از فروش آن بدست آورد این عدم اطمینان ناشی از ماهیت و طبیعت تضمین و گرو گرفتن کالا است .

تضمین کالا به بایع تضمین نهایی نمی دهد بلکه تنها شانس برای او ایجاد می شود .

کیفیت تضمین کالا به عنوان تضمینی در مقابل ورشکستگی آنگونه است که توافق بر سر آن میان بایع و مشتری عموماً با مانعی روبرو نیست . مشتری غالباً نفعی در عدم پذیرش تضمین بایع ندارد تضمینی که تنها وقتی اهمیت می یابد که از نظر اقتصادی وضعیت

اضطراری بوجود آمده باشد. به عبارت دیگر وقتی که مشتری مفلس شده و بدین ترتیب

اهلیت تجارت را از دست داده است. تنها در نظامهای حقوقی که شکل وسیعی از حفظ

مالکیت پذیرفته شده، مشتری ممکن است در عدم پذیرش حمایت بسیار گسترده از بایع

ذینفع باشد تا چنانچه مجبور به تامین نیازهای مالیش از بانکها باشد بتواند جای مانور داشته

باشد.

ورود شرط تضمین کالا به قلمرو قرار داد

توافق مربوط به حفظ مالکیت در مفاد انعقاد قرارداد جای می گیرد. چنین توافقی نوعاً

موضوع مذاکرات خاص میان طرفین نیست اما معمولاً توسط تسلیم کننده از طریق عبارت

استاندارد و شرایط خاص تجاری وارد قلمرو قرارداد می شود.

اگر طرفین قرارداد بر اساس و مبنایی دائمی با یکدیگر معامله می کنند می توان توصیه

نمود که به توافق کلی برسند. در چنین شرایطی توافق مربوط به تضمین کالا می تواند از

شرایط هر تحویل خاص جدا شود و با کل رابطه تجاری بین طرفین همراه گردد.

قواعدی که بر اساس آنها اعتبار و صحت قانونی شرط تضمین معین می شود از قانون

حاکم بر قرارداد یعنی قانونی که بر آن توافق شده بدست می آیند.

این قانون شروطی را که باید وجود داشته باشند تا شرایط بایع جزیی از رابطه قراردادی

طرفین شود معین می کند. در ارائه مشاوره حقوقی در حوزه تجارت بین الملل، حقوق

بین الملل خصوصی کشور مقصد کالا درباره تعیین قانون حاکم بر قرارداد نیز باید مورد

توجه قرار گیرد.

اختلاف در مورد صحت تضمین مورد توافق غالباً در دادگاههای کشوری که کالا در آن

قرارداد رسیدگی می شود، این دادگاهها قانون حاکم را طبق قواعد حقوق بین الملل

خصوصی خود، به عنوان قانون مقرر دادگاه، معین می کنند در کشورهای جامعه اروپا

شخص می تواند به کنوانسیون رم درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مورخ نوزدهم

ژوئن ۱۹۸۰

تمسک جوید و در آینده در تعدادی از ایالات آمریکا می تواند به کنوانسیون مکزیک

مورخ هفدهم مارس ۱۹۹۴ استناد نمود این دو کنوانسیون قانونی را که باید بر قراردادهای

طرفینی که از کشورهای متعاقد هر کنوانسیون هستند حاکم شود معین می کنند: اولاً بر اساس انتخاب طرفین و در صورت عدم انتخاب طبق حقوق کشوری که رابطه قراردادی نزدیکترین ارتباط را با آن دارد، در زمینه بیع بین المللی کالا معمولاً این قانون کشور مقرر فعالیت بایع است که حاکم می گردد.

در قلمرو اجرایی کنوانسیون آنستیرال درباره قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب یازدهم آوریل ۱۹۸۰، شخص می تواند مستقیماً به قواعد یکنواخت مربوط به انعقاد قرارداد که در مواد ۱۴ تا ۲۴ کنوانسیون آمده، استناد کند. درج شرایط استاندارد طرفین و شروط تجاری آنها در رابطه قراردادی در چنین حالتی طبق قاعده آخرین عبارت؛

Rule of the last word

مورد توجه قرار می گیرد: اصولاً قرارداد با ایجاب و قبول به وجود می آید قبولی که بدون قید و شرط نباشد طبق ماده (۱) ۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا به عنوان رد ایجاب و در عین حال اظهار ایجاب جدید تلقی می شود. اگر یک طرف در قبول ایجاب به شروط استانداردش اشاره نماید و طرف دیگر اعتراضی ننماید، قراردادی منطبق با آن شروط ثابت منعقد می شود. پس باید اطمینان یافت که اعتراضی نسبت به شرط حفظ مالکیت در طول مذاکرات ابراز نشود.

قانون قابل اجرا در ارتباط با تضمین کالا

آخرین امری که باید مورد توجه قرار گیرد مسئله قانونی است که صحت و اعتبار شرایط تضمین کالا را آنگونه که مورد توافق بائع و مشتری قرار گرفته است در صحنه تجارت بین المللی معین می کند چنین قانونی غالباً متفاوت از قانونی است که بر رابطه قراردادی طرفین بیع حاکم است و ع

موماً قانون کشوری است که کالا باید در آنجا تحویل داده شود.

برای آنکه بائع تضمین مقتضی را بدست آورد باید شرط حفظ و ذخیره مالکیت طبق مقررات کشور مقصد بخصوص قواعد مربوط به حقوق عینی اموال منقول و بویژه مربوط به مالکیت ، لازم الرعایه باشد . این

قواعد ما را به اصل قانون محل وقوع مال

(Lex rei sitae)

که در بسیاری از نظامهای حقوقی به رسمیت شناخته شده است رهنمون می شوند . مفهوم

این اصل این است که حقوق عینی که در ارتباط با یک مال وجود دارد توسط قانون

محلی که مال در آنجا واقع است معین و مشخص می شوند .

قسمت دوم - تضمین کالا در آلمان

۱ - حقوق آلمان حمایت بسیار وسیعی از عرضه کننده را در زمینه تضمین کالا به رسمیت

می شناسد . توافق درباره حفظ مالکیت کالای عرضه شده ، تا پرداخت و تادیه ثمن ،

شکل اساسی تضمین را نشان می دهد ، در تجارت آلمان شکلهای بسیار وسیع تضمین

وجود دارند که از شکل اساسی که بیان شد فراتر می روند ، اگر بایع کالایی را تحویل

دهد که پس از تحویل ، مشتری باید کارهایی را بر روی آن انجام دهد ، تضمین شامل

مالکیت کالای جدید که بدین سان توسط مشتری از آن کالای تحویل شده تولید گردیده

است نیز می گردد ، در صورت بازفروش - کالایی که توسط بایع تحویل شده یا کالایی

که توسط مشتری از آن کالا تولید گردیده است - انتقال کتبی ، مطالبات پرداخت نشده

خریدار از مشتریانش ، به بایع طبق قانون آلمان به عنوان تضمینی برای طلب بایع از بابت

ثمن معامله به رسمیت شناخته می شود. امروزه در رویه تجارت آلمان، این شکل‌های گسترده تضمین غالباً مهمتر از حفظ ساده مالکیت خود کالای تحویل شده می باشند. این شکل گسترده تضمین به نفع بایع، آن را به تضمین دین نزدیک می کند و مسئله تعارض تضمین کالا و تضمین دین مدتها پیش توسط دادگاههای آلمان به نفع اولویت تضمین بایع حل شده است.

۲- در عمل، حفظ مالکیت و توسعه آن اهمیت زیادی در زمینه حقوق تجارت آلمان دارد. استفاده ثابت از شروط حفظ مالکیت که از لحاظ فنی ساخته و پرداخته شده است در تمامی شاخه های تجارت آلمان عمومیت یافته است.

اهمیت تضمین حفظ مالکیت در رویه تجاری آلمان شاید با این بیان روشنتر گردد که در اکثر ورشکستگیهای آلمان، طلبکارهای بدون حق تقدم نمی توانند انتظار دریافت مبلغی، و لو اندک، از اموال ورشکسته را داشته باشد، زیرا این اموال موجود برای توزیع میان طلبکاران با تضمین، یعنی کسانی که به مشتری وام داده اند و همچنین عرضه کنندگان کالا به ورشکسته حفظ می شود. از طرف دیگر عرضه کنندگانی که به این ترتیب از طریق شرط حفظ فاگیر مالکیت تحصیل تضمین می کنند، گهگاهی انتظار دریافت مبلغ معتنا به دارند.

۳- در صورت ورشکستگی یک مشتری آلمانی حفظ مالکیت حقی

Aussonderung موسوم به

می دهد که عبارت است از جدایی اموال متعلق به شخص ثالث از دارایی ورشکسته ، که در نتیجه آن امین در ورشکستگی می تواند اموالی که متعلق به ورشکسته نیست جدا کند و آنها را به مالکان واقعیشان انتقال دهد

این حق باید در مقابل امین و خود مدیون اعمال گردد ، مشروط بر آنکه به نهاد رسمی امور ورشکستگی نرسد . وانگهی گاهی ممکن است که درباره فروش کالای تحت حفظ مالکیت به توافق رسید و در موارد مهم نهادهای مالی هم ممکن است درگیر شوند . غیر از اینها ورشکستگی در صنعت منسوجات و پارچه منجر به ایجاد به اصطلاح “همکاری عرضه کنندگان” شده است که در آن تضمینهایی که در اختیار عرضه کنندگان متعدداست محرز شده و عواید حاصل از فروش و تبدیل آنها به پول بین دارندگان تضمین تقسیم می گردد .

۴- بنا بر این ، هنگامی که کالا به مشتریان آلمانی عرضه می شود به تاجر بین المللی شدیداً توصیه می شود که شرط حفظ مالکیت مناسبی را بکار برد . درج این شرط در قرارداد فروش بین عرضه کننده و خریدار نه تنها به وسیله ترکیب آنها با شروط استاندارد با بیع ممکن است بلکه توافق مجزا در مورد آن نیز امکان دارد .

قسمت سوم تضمین کالا در انگلیس

در هر قرارداد بیع معمولاً به دقت زمانی که مالکیت کالا به مشتری منتقل می شود معین شده است (ماده ۱۷ قانون بیه کالا مصوب ۱۹۷۹) . اگر کالا عین معین باشد مالکیت در زمانی که طرفین قصد نموده اند منتقل می شود این قصد یا از شروط قرارداد بدست می آید یا از رفتار طرفین و شرایط و اوضاع و احوال استنباط می شود (ماده ۱۷) قواعدی نیز وجود دارند که می توان از آنها برای احراز قصد طرفین استفاده نمود ، البته در صورتی که تصریحی بر خلاف این قواعد نباشد (ماده ۱۸ : ۱)- وقتی بیع مشروط نیست و مبیع عین معین و در وضعیت قابل تحویلی است ، مالکیت هنگام انعقاد منتقل می شود (بند ۱ ماده ۱۸) وضعیت قابل تحویل هم وضعیتی است که خریدار باید تحویل کالا را بپذیرد . این که ثمن پرداخت نشده یا کالا هنوز تسلیم نشده ، خللی به این قاعده وارد نمی کند البته گاه عرف به گونه دیگری است که مثلاً در سوپرمارکتها که شخص خودش کالا را

انتخاب می کند و ثمن نیز باید نقداً پرداخت شود، مالکیت وقتی منتقل می شود که ثمن پرداخت شده باشد.

۲- اگر قرار بیع درباره کالای معینی است که در وضعیت قابل تحویلی نیست و باید کاری بر آن انجام شود تا قابل تحویل گردد، در این صورت مالکیت انتقال نمی یابد مگر زمانی که آن کار انجام شود و خریدار هم از آن آگاهی یابد (بند ۲ ماده ۳۱۸). اگر مبیع که عین معین است در وضعیت قابل تحویل باشد اما خریدار باید وزن کند، اندازه گیرد، امتحان کند یا باید کاری در مورد کالا انجام دهد برای تعیین ثمن مالکیت منتقل نمی شود تا آن کار انجام شود و بایع هم از آن آگاهی یابد. (بند ۳ ماده ۴۱۸). اگر کالا به خریدار تحویل شده و بیع مشروط به تایید او یا به این شرط است که اگر نخواست باز گرداند مالکیت وقتی منتقل می شود که مشتری تایید یا قبولش را به بایع اعلام کند یا عمل دیگری انجام دهد که نشان می دهد که قرارداد را پذیرفته است مثلاً: مبیع را به وثیقه می گذارد اگر مشتری کالا را بدون اعلام رد و اعتراض بگیرد، مالکیت پس از زمان تعیین شده برای باز گرداندن کالا یا در صورت عدم تعیین پس از مدتی پس از زمان معقولی به مشتری منتقل می شود (بند ۴ ماده ۱۸)

اگر کالا عین معین نباشد یا کلی است که در قرارداد توصیف شده یا کلی در معین است که آن هم در حکم کلی است. قاعده انتقال مالکیت در کالای کلی این است که وقتی مالکیت منتقل و محقق می شود که کالایی با اوصاف مورد نظر در وضعی قابل تحویل به طور غیر مشروط، به قرارداد اختصاص داده شود این امر می تواند از طرف بایع و رضایت خریدار صورت گیرد یا از طرف خریدار و رضایت بایع (قاعده ۵ (۱) ماده ۱۶) رضایت خریدار می تواند صریح یا ضمنی باشد و ممکن است قبل از تهیه کالا و تخصیص آن باشد یا پس از آن. تحویل به حمل کننده پس از قرارداد بیع معمولاً تخصیص کافی برای انتقال مالکیت می باشد (بند ۵ (۲) ماده ۱۶) اگر از پیش، خریدار به بایع گفته که مبیع را به متصدی حمل و نقل دریایی تحویل دهد این رضایت مشتری تلقی می شود. {انتقال مالکیت از دو جهت مهم است یکی از جهت ضمان و نقصان و تلف کالا که بر عهده مالک است و لازم است بدانیم کدامیک از طرفین باید خسارات را متقبل شود و دیگری از جهت آن که در صورت ورشکستگی مشتری یا بایع، لازم است بدانیم آیا کالا جزء اموال ورشکسته است یا به طرف دیگر معامله تعلق دارد. }

اگر مالکیت کالا به مشتری ورشکسته منتقل شده باشد بایع تنها به عنوان طلبکار ثمن کالای فروخته شده می تواند اقامه دعوی کند. و اگر مالکیت به مشتری انتقال نیافته باشد بایع می تواند درخواست برگشت کالا را بنماید.

بنا بر این به نفع بایع است که در قرارداد بیع تصریح کند که مالکیت تحویل شده به مشتری منتقل نخواهد شد تا این که شروط معینی محقق شوند .

پس از شرط حفظ مالکیت مقرر می دارد که مالکیت به مشتری منتقل نمی شود تا آنکه شروط مندرج اجرا شوند . این شروط معمولاً به تادیه ثمن و مبالغ دیگری که مشتری به بایع بدهکار است مربوط می شوند . شرط حفظ مالکیت بطور خاص مورد توجه بانکها ، شرکتهای حق العمل کاری و طلبکاران دیگر است ، زیرا این شرط از دارایی و اموال مشتری که ، در صورت ورشکستگی او تقسیم می شوند ، می کاهد . برای اعتبار و نفوذ شرط حفظ مالکیت در مقابل اشخاص ثالث ، اگر مشتری شرکت می باشد ، این شرط باید به ثبت برسد (طبق قسمت یازده قانون شرکتهای مصوب ۱۹۸۵ ، ماده (۳۹۵) (۱) تا آنجا که ممکن است باید از نافذ بودن شرط حفظ مالکیت اطمینان یافت .

اولین گام این است که مطمئن شویم شرط حفظ مالکیت بخشی از قرارداد بیع را تشکیل می دهد صرف درج شرط حفظ مالکیت در پشت صورت حساب موجب نفوذ آن نمی شود چون صورت حساب و شرط پشت آن بخشی از قرارداد بیع را تشکیل نمی دهد .

توجه به عین عبارات شرط حفظ مالکیت نیز مهم است. معمولاً شروط حفظ مالکیت در دو دسته جای می گیرند.

برخی از آنها شروطی ساده هستند که مالکیت بایع را درباره کالای خاص محفوظ می دارند تا آنکه ثمن آن پرداخت شود. برخی نیز شروط موسع هستند و آن در وقتی است که خریدار قبل از پرداخت ثمن، کالا را دوباره می فروشد و یا آنها را در تولیداتش مورد استفاده قرار می دهد و کالای تولید شده را می فروشد، در این شروط وضع پیچیده است و ثمن کالای تحویل شده به همراه عواید فروش مجدد از سوی مشتری، برای بایع تلقی می شوند.

این شروط موسع هستند که مشکلات عمده ای را طبق قانون انگلیس ایجاد می کنند. در شروط ساده ایراد و اعتراضی نسبت به شرط حفظ مالکیت که مالکیت قانونی و واقعی کالا را برای بایع محفوظ می دارد تا آنکه ثمن پرداخت شود وجود ندارد. بنا بر این شرط ذیل معتبر و صحیح است:

“مالکیت هر کالایی که توسط شرکت به مشتری فروخته می شود به او انتقال نمی یابد تا آنکه ثمن تمام کالا توسط شرکت بطور کامل دریافت گردد.”

همینطور شرطی که بایع در باز پس گیری و در تحت تصرف مجدد در آوردن کالایی که توافق شده تا به مشتری فروخته شود محق می گرداند در باز فروش کالا در صورتی که مشتری ورشکسته شود، نافذ و معتبر است، بنا بر این شرط ذیل با هیچ ایرادی روبرو نمی شود:

“اگر در تادیه کل ثمن یا در بخشی از آن تاخیر شده (یا اگر اقداماتی شروع شده که مستلزم ورشکستگی است) شرکت می تواند (بدون ورود خسارت و خدشه به حقوق دیگران) همه کالا یا قسمتی از آن را باز پس گیرد یا باز فروش نماید و برای این کار می تواند وارد عرصه و ادعیان مشتری شود.”

اشکال اساسی درباره شرط حفظ مالکیتی است که نه تنها مالکیت کالایی را که ثمن آن توسط مشتری پرداخت نشده حفظ می کند بلکه مالکیت کالای تحویل شده را حفظ می کند تا آنکه مشتری تمام دیونش را به بایع ایفاء نماید، بدون توجه به این که این دیون در رابطه با کالای تحویلی هستند یا خیر و شرط حفظ مالکیت می تواند حدود حق بایع را به عواید ناشی از فروش کالا توسط مشتری گسترش دهد.

هدف از این شرط حمایت از بایع است در صورتی که مشتری کالا را باز فروش نماید .
حق بایع را بدین ترتیب می توان تضمین نمود که از مشتری خواست که در رابطه با عواید
فروش کالای بایع حساب پس دهد مشروط بر اینکه بین بایع و مشتری رابطه امانی ایجاد
شده باشد .

در احراز این رابطه دادگاه به جای شکل کلمات و عبارات بکاررفته به ماهیت رابطه توجه
می کند و این امر ممکن است گاهی نشان دهد که رابطه ، ماهیت و طبیعت امانی ندارد .
حتی با پذیرش اینکه رابطه امانی احراز شده مانند رابطه نماینده و اصیل ، و مودع و مستودع
، اگر مشتری عواید ناشی از بیع را با پولهای خودش مخلوط نماید و لازم آید که مبلغی
معادل این پرداخت شود وی با سمت امین عمل نموده است و عنوان مدیون را داشته است
 . بنا بر این جایی که مشتری عواید ناشی از بیع کالای بایع را دریافت می کند و آن را در
حسابی مشخص و مجزا قرار نمی دهد ، بسیار مشکل خواهد بود که ادعا کنیم عواید
فروش متعلق به بایع است .

همچنین به دلایل تجاری ، مشتری معمولاً محق است که از عواید باز فروش کالا بهره برد
و حق بایع را در آن عواید تنها در صورت عدم تادیه مبالغ مورد دین ، حیات می یابد و اگر
آن مبالغ پرداخت شود دیگر بایع حقی نسبت به عواید باز فروش ندارد . در این شرایط

عموماً چنین رای داده می شود که بایع از طریق تضمین ، حقی را ایجاد نموده که باید در مقابل شرکت طبق ماده ۳۹۶ قانون شرکتها مصوب ۱۹۸۵ به ثبت برسد. این حق در مقابل امین منصوب از طرف دادگاه و مدیر تصفیه یا دیگر طلبکاران معتبر نیست مگر آنکه ثبت شده اشد.

برای روشن تر شدن شرط موسع حفظ مالکیت و رابطه امانی می توان به

Aluminium

V . Romalpa Aluminium Ltd

industrie Vaasen .

۱۹۷۶ توجه نمود :

قراردادی میان شرکت آلمانی و شرکت انگلیسی منعقد شده بود. شرکت انگلیسی می خواست ورقهای آلومینیوم را در تولیداتش بکار برد . خریدار ورقها را دریافت کرد اما تمام ثمن را نپرداخت ، و بعدها ورشکسته شد و از طرف دادگاه امین معین شد . در آن

زمان هنوز مقداری از ورقها در تصرف خریدار بود و در تولید بکار نرفته بود لیکن خریدار قبلاً مقداری از ورقها را فروخته بود (بدون اینکه کاری بر روی آنها انجام دهد) و عواید آن رادر حسابی جداگانه نگاهداشته بود. شرکت آلمانی بر اساس ماده ۱۳ قرارداد ادعا نمود که حق مالکیت دارد و بنا بر این بر دیگر طلبکاران خریدار مقدم است . این ادعا در مورد ورقهای بکار نرفته در تولید و عواید ناشی از باز فروش ورقهای بکار نرفته در تولید بود . ماده ۱۳ قرار داد عنوان نموده بود که مالکیت ورقهای بکار نرفته در تولید وقتی به مشتری منتقل می شود که وی تمام دیونش را به بایع پرداخته باشد . بند دوم آن نیز در رابطه با ورقهای بکار رفته در تولید است و گفته مالکیت ورقها به مالکیت کالای تولید شده منتقل می شود و از آن بایع خواهد بود مگر وقتی که مشتری تمام آنچه را که به بایع بدهکار است بپردازد . این ماده پیش بینی می کند که تا پرداخت دیون به بایع مشتری کالای تولید شده را به عنوان امین برای فروشنده نگاه می دارد ، و این که خریدار می تواند کالای تولید شده را بفروشد ، به شرط آنکه اگر از او خواسته شود سود ناشی از این فروشها را به فروشنده انتقال دهد . دادگاه حکم داد که حق فروشنده در مورد کالای تولید شده و همچنین در مورد ورقهای بکار نرفته در تولید که از سوی مشتری فروخته شده اند معتبر است و بایع حق اولویت دارد . چون بایع حق مطالبه کالا و گرفتن عواید فروش کالا را دارد ، اگر در دست کسی باشند که امین محسوب می شوند وقتی مشتری ورقها را دوباره می فروشد به عنوان نماینده بایع عمل نموده است .

به عنوان نتیجه گیری بحث باید گفت که هنگامی که بایع کالایی بسیار با ارزش را به مشتری تحویل می دهد باید که بتواند برای مطالباتش به منابع با ارزش دسترسی داشته باشد .

ثانیاً عبارات و اظهارات بایع باید نشان دهنده شرط حفظ مالکیت باشد . بایع باید مطمئن شود که شرط حفظ مالکیت از ایرادات امین منصوب دادگاه ، مدیر تصفیه یا طلبکاران در صورتی که مشتری ورشکسته شود مصون است بویژه جایی که شرط حفظ مالکیت به منظور پیگیری مالکیت بایع بر عواید فروش است .

قسمت چهارم - تضمین کالا در ایتالیا

اصل حقوقی حفظ مالکیت در مقررات بیع کالای ایتالیا به رسمیت شناخته شده است ،

چنین اصلی در مواد ۱۵۲۳ تا ۱۵۲۶ قانون مدنی ایتالیا

بیان شده است. البته این اصل در حقوق تجارت ایتالیا اهمیت اندکی دارد برای آنکه بایع بتواند به مالکیتش در مورد کالا در مقابل اشخاص ثالث، یعنی طلبکاران مشتری، استناد کند، طبق بند ماده ۱۵۲۴ ق.م.لازم است

که سندی که تاریخ قطعی دارد بر آن دلالت کند (یعنی یا سندی رسمی تنظیم شده باشد یا این که اسناد و مدارک نزد دادگاه به ثبت رسیده باشند) و باید قبل از آنکه اقدامات اعمال مالکیت شروع شود وجود چنین سندی احراز گردد. برای کالاهای خاص، مثل ماشین آلات دفاتر ثبت نزد مقامات قضایی نگهداری می شود و در آنها می توان جزئیات حفظ مالکیت برای بایع را درج نمود.

در رویه تجاری ایتالیا عمل به مقررات ثبت حفظ مالکیت چندان متعارف نیست. تجار ایتالیایی به طور سنتی به تامین تحویلهاشان با استفاده از شرط حفظ مالکیت که در قرارداد درج شده باشد عادت ندارند، تنها به تازگی چنین شرطی در رابطه با صادرات کالا به کشورهای که حفظ مالکیت را در مقابل همه قابل استناد می دانند بیشتر مورد استفاده قرار می گیرد و درج شرطی ثابت در قرارداد در رابطه با حفظ کالا بیشتر شده است.

بنا بر این در رابطه با تحویل کالا به ایتالیا باید اینگونه فرض شود که حمایت مناسبی از مبلغ تادیه نشده ثمن توسط توافقی با عنوان حفظ مالکیت انجام نمی شود و این شرط و فایده چندانی ندارد. البته مورد تحویل کالاهایی که ارزش بسیار دارند یا مشتری عملی بر آنها انجام نمی دهد و تا مدتی نزد او باقی می ماند می تواند موردی متفاوت باشد، در این موارد می توان به بایع توصیه نمود که سندی تنظیم نماید که تایید می کند که مالکیت کالا تنها وقتی به مشتری منتقل می شود که ثمن آن کاملاً پرداخت شده باشد. سندی که با تودیع آن نزدیک یک دفترخانه اسناد رسمی یا نزر دادگاه تاریخی قطعی دارد.

قسمت پنجم - تضمین کالا در فرانسه

۱ - حقوق فرانسه تنها حفظ ساده مالکیت را به رسمیت می شناسد.

(reserve deproprie)

این حقوق مالکیت بایع را بر کالا تا پرداخت کامل ثمن محفوظ و باقی نگاه می دارد با انجام کار بر کالا و انتقال بعدی آنها به دیگری، حق بایع در مورد درخواست استرداد کالا از مشتری از بین می رود همچنین در صورتیکه شخصی، مثل حق العمل کار، حقی

نسبت به کالا می یابد. در این وضعیت بایع علاوه بر حقش نسبت به ثمن معامله، حق مطالبه خسارت را هم دارد، که البته این حقوق در صورت ورشکستگی مشتری ارزش اندکی دارد.

{این در حالی است که تا قبل از سال ۱۹۸۰ رویه قضایی شرط حفظ مالکیت را در مقابل گروه طلبکارانی که در مقابل مشتری بصورت جمعی اقامه دعوی نموده بودند غیر قابل استناد می دانست و این امر موجب محروم شدن بایع از حقش می شد اما این رویه در قانون شماره ۳۳۵ - ۱۲۸۰ می ۱۹۸۰ و به دنبال آن با تصویب ماده ۱۲۸ (بند ۲ قانون ۱۹۸۵ تغییر کرد) و بایع حق دارد که در مقابل اشخاص ثالث به شرط استناد کند، اگر آن شرط حد اکثر تا زمان تحویل کالا در سندی درج شده باشد.}

۲- در رویه حقوق تجارت فرانسه، حفظ مالکیت علاوه بر نقش معمولیش به عنوان یک تضمین در صورت ورشکستگی مشتری، در این مسئله نیز که کدامیک از طرفین خطر تلف کالا را بر عهده دارد مهم است. طبق حقوق فرانسه، مالکیت کالا و با آن خطر احتمالی از بین رفتن آن یا گم شدن آن معمولاً هنگام انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می شود. یعنی وقتی که در باره کالایی که باید تسلیم شود و ثمن آن توافق صورت می گیرد. و این انتقال به زمانی که کالا عملاً تسلیم می شود بستگی ندارد. البته معمولاً شرطی در

قرار داد این نحوه انتقال مالکیت و ضمان را تغییر می دهد که گاه شرط ناظر به مالکیت و ضمان هر دو است و گاه تنها یکی از آنها را در نظر دارد . (که به موعده معلق ترجمه شده ولی رسا نیست) استفاده شود قرار داد با توافق طرفین و تبادل اراده ها منعقد شده اما اجرای آن و در نتیجه انتقال مالکیت صورت نگرفته و تا آن محقق شود به تعویق افتاده است اگر از شرط تعلیقی استفاده شود اگر واقعه مورد نظر اتفاق افتد اثری نسبت به گذشته خواهد داشت و فرض می شود که عقد از زمان انعقاد اثر بخشیده و مالکیت منتقل شده است اما انتقال ضمان تنها با تحقق آن واقعه صورت می گیرد مگر در صورت شرط مغایر . و تا زمانی که آن واقعه محقق نشده عقد هیچ اثری ندارد . اگر از شرط فاسخ استفاده شود مالکیت منتقل شده و با تبادل اراده ها عقد منعقد شده است اما اگر شرط محقق شود قرارداد و در نتیجه انتقال مالکیت از بین می روند و مثل این خواهد بود که مشتری هیچ گاه مالک نبوده است البته تصرفات مشتری در طول زمان انعقاد تا تحقق شرط ، موثر بوده و ضمان نیز در این زمان بر عهده مشتری بوده است .

شرط ثابتی که از سوی بایع برای حفظ مالکیت در قرار داد بیع درج می شود به صورت زیر می باشد :

“فروشنده مالکیت کالا را تا پرداخت گامای ثمن برای خود محفوظ می دارد ، اما مشتری مسئول و ضامن کالا از زمان تسلیم مادی آن است ، و انتقال تصرف موجب این ضمان می شود در نتیجه ، خریدار از حالا متعهد به امضاء قرارداد بیمه ای ، درباره خطرات تلف ، سرقت یا از بین رفتن کالای معین شده می باشد .”

درباره تحلیل ماهیت این بیع اتفاق نظر وجود ندارد و نویسندگان حقوق فرانسه سه نظر گوناگون را پیشنهاد کرده اند : اول این که این بیع همراه شرط فاسخ عدم پرداخت ثمن است که در صورت عدم پرداخت ثمن مالکیتی که از زمان عقد بیع منتقل شده از همان زمان از بین می رود اما ضمان همچنان تا زمان تحقق شرط بر عهده مشتری است . نظر دوم این که بیع با شرط حفظ مالکیت ، بیعی با شرط تعلیق است که انتقال مالکیت را تا پرداخت تمام ثمن به تعویق می اندازد . قرارداد به محض تبادل اراده ها منعقد و تشکیل می شود اما مشتری بیدرنگ مالک نمی شود مشتری ضمان را هم متحمل نمی شود مگر اینکه به گونه ای دیگری توافق شود . نظر سوم این است که چون پرداخت ثمن رکن اساسی عقد می باشد نمی توان آن را به عنوان شرط در قرار داد درج نمود و در صورت درج تاثیر نخواهد داشت و تنها تأکیدی بر تعهد مشتری است . در واقع بیع با شرط حفظ مالکیت بیعی منجز است و انتقال مالکیت در آن به تاخیر افتاده است . به نظر می رسد که نظر دوم با واقع مطابق باشد و ایرادی هم بر آن وارد نیست و گر چه در هر بیعی مشتری

موظف به پرداخت ثمن است اما عدم پرداخت آن تاثیری در صحت عقد و اثر گذاری آن ندارد. به همین جهت اشکالی وارد نیست اگر انتقال مالکیت معلق به پرداخت تمام ثمن شود.

۳- اگر مشتری ثمن کالا را در اجل معین نپردازد، بایع می تواند بر مبنای شرط حفظ مالکیت، تقاضای استرداد کالا را بنماید. در عمل شرط حفظ مالکیت در صورت ورشکستگی مشتری بیشترین اهمیت را می یابد. استرداد کالا را در صورتی که می توان مطالبه نمود که اولاً کالاها تغییرنکرده باشند، ثانیاً معلوم و مشخص باشند و هنوز تحت تصرف مدیون باشند. بایع باید اثبات کند که کالاها همانهایی هستند که تسلیم نموده است و ثمن آنها هنوز تادیه نشده است.

اگر مشتری کالاها را به شخصی که حسن نیت داشته فروخته باشد تقاضای استرداد آنها ممکن نیست. البته اگر ثمن بیع دوم پرداخت نشده باشد طبق ماده ۱۲۲ قانون ۱۹۸۵ بایع می تواند طلب را از او مطالبه کند و ثمن بیع دوم را دریافت دارد.

برای آنکه شرط حفظ مالکیت قانوناً نافذ و لازم الاتباع باشد باید شرایطی وجود داشته باشد حتی آنگاه که قانون حاکم بر دعوی قانونی غیر از فرانسه باشد. شرط حفظ مالکیت

باید مکتوب باشد (ارجاع صریح و مشخص به شرط کفایت می کند). باید پیش از آنکه

کالا تحویل شود طرفین درباره آن توافق نموده باشند . از زمان تصویب قانون ژوئن ۱۹۹۴

، توافق بر این شرط می تواند متعاقب توافقیهای کلی طرفین انجام شود . البته معلوم نیست

که آیا این مقررات در موردی که مشتری ورشکسته می شود هم قابل اجرا است یا خیر

(بند ۴ ماده ۱۵۳ قانون (۱۹۸۵) بایع باید دعوی باز پس گیری کالا را ظرف سه ماه از اعلام

اقدامات تصفیه و فروش اموال مشتری اقامه نماید .

۴- بنا بر این بایع بین المللی که کالا را به مشتری فرانسوی به صورت نسیه و غیر نقد

تحویل می دهد توصیه می شود که بر درج شرط حفظ مالکیت در قرارداد اصرار ورزد .

چنین شرطی باید همیشه ، حتی وقتی که قانون حاکم بر دعوی قانون فرانسه نیست ، مطابق

شرایط اساسی صحت درج شرط طبق قانون فرانسه باشد .

قسمت ششم - تضمین کالا در ایالات متحده

در اواخر قرن نوزدهم ، شکلی از بیع به نام "بیع مشروط" مخصوصاً برای استفاده در

بیعهای اقساطی توسعه یافت و می خواست که جایگزین رهن مال شود . در این بیع

فروشنده قبول می کند که بفروشد و مشتری می پذیرد که کالا را بخرد و ثمن را به اقساط

پردازد و مالکیت کالا برای بایع همچنان حفظ شود. این نوع بیع ساده تر از رهن مال بود چون در رهن اول باید مال به فروش رود بعد به رهن داده شود، تأیید این نوع بیع ثبت هم نمی خواست، گر چه بعد ها در برخی ایالات ثبت برای قابل استناد شدن این نحوه توافق در قبال اشخاص ثالث الزامی شد.

این نوع بیع در مقایسه با رهن عیب مهمی داشت، مرتبه می توانست کالا را بفروشد و برای باقیمانده دین خود نیز اقامه دعوی کند، اما این قاعده ایجاد شده بود که بایع مشروط باید میان به اجرا گذاردن و در خواست الزام به تادیه ثمن، و باز پس گرفتن کالا یکی را انتخاب کند و نمی تواند برای باقیمانده ثمن که از فروش مجدد کالا بدست نیامده حکمی از دادگاه بخواهد. قانون یکنواخت بیع مشروط که در سال ۱۹۱۸ پیشنهاد شده بود و در ده ایالت به تصویب رسید این وضع را تغییر داد. طبق این قانون بایع حتی پس از باز پس گیری کالا می توانست برای قسمت استیفاء نشده ثمن از باز فروش کالا اقامه دعوی کند، به شرط آنکه مراحل را برای باز پس گیری کالا طی نموده باشد. (ماده ۲۴) این قانون همچنین ثبت این نوع بیع را الزامی نمود. (ماده ۵)

در حال حاضر در ایالات متحده، قانونی وجود دارد که بطور جامع به بررسی امور بسیار متنوع تجاری شامل قراردادهای تضمین شده می پردازد. این همان قانون یکنواخت

تجاری است که ماده ۹ آن حاکم بر قراردادهای تضمین شده است. این قانون در ۴۹ ایالت از ۵۰ ایالت آمریکا به تصویب رسیده است. البته برداشت هر ایالتی از این قانون ممکن است متفاوت از ایالات دیگر باشد و وکلا باید پیش از آنکه درگیر قرارداد تضمین شده در ایالتی خاص شوند به قوانین ایالت مربوط مراجعه نمایند.

در قانون یکنواخت بیع اهمیت زیادی به زمان انتقال مالکیت داده شده است، چون با انتقال مالکیت ضمان هم منتقل می شود و امور متعددی با توجه به مالکیت حل می شود. مثلاً حق بایع به گرفتن ثمن و نه خسارت، حق بایع یا خریدار به تعقیب اشخاص ثالث بخاطر خسارت وارده بر کالا، زمان و مکان ارزیابی خسارت بخاطر نقض قرارداد قانون قابل اجرا در یک معامله بین المللی و امور متعدد دیگر. در این قانون آمده است که مالکیت وقتی منتقل می شود که طرفین خواسته اند. اگر اراده آنها بطور صریح ابراز نشده باشد قواعد پیش بینی شده در قانون اعمال می شوند. قاعده اول مقرر می کند که اگر مبیع عین معین است مالکیت در زمان انعقاد قرارداد منتقل می شود مگر اینکه باید کاری انجام شود تا در وضعیت قابل تسلیم قرار گیرد مثلاً پیانو باید رنگ شود، در این صورت زمان انتقال مالکیت زمان تمام شدن آن کار است (ماده ۱۹ بندهای اول و دوم). قاعده دوم مقرر می کند که اگر مبیع کلی است وقتی مالکیت منتقل می شود که معین شود و به متصدی حمل برای بارگیری و ارسال برای مشتری تحویل شود. اگر بایع موظف به

پرداخت هزینه حمل و نقل باشد . مالکیت در مقصد منتقل می شود (بندهای ۴ و ۵ ماده

۱۹) قاعده سوم نیز درباره بیعی است که مشروط به تایید مشتری است . در بیع مالکیت با

تایید مشتری منتقل می شود . در بیعی که مشتری حق باز گرداندن کالا را دارد ، مالکیت با

تسلیم کالا منتقل می شود اما مشتری می تواند با باز گرداندن کالا مالکیت را به بایع

برگرداند . (بند ۳ ماده ۱۹) لیکن در قانون یکنواخت تجاری آمریکا) به مالکیت اصلاً

توجهی نمی شود و مسائل متعدد بدون توجه

طبق قانون آلمان به

عنوان تضمینی برای طلب

بایع از بابت ثمن معامله به

رسمیت شناخته می شود .

امروزه در رویه

تجارت آلمان، این شکلهای

گسترده تضمین غالباً

مهمتر از حفظ ساده مالکیت

خود کالای تحویل

شده می باشند.

به موقعیت مالکیت حل می شوند.

دلیل این امر را چنین گفته اند که خواسته شده تا از تعیین امور عملی میان مردان عمل بر

پایه مکان یک چیز غیر محسوس خود داری شود. انتقال مالکیت امر غیر محسوسی است

که هیچکس نمی تواند آنرا با مدرک ثابت کند.

بدین ترتیب قانون یکنواخت تجاری ایالات متحده نگرشی جزئی داشته و برای هر مسئله ای راه حلی را صریحاً اعلام داشته بدون اینکه به مالکیت نظر داشته باشد: مثلاً ضمان کالا ، حقوق خریدار نسبت به کالا و خسارات ، حقوق بایع نسبت به ثمن و خسارات ، زمان و مکان تعیین خسارات ، حق خریدار در صورت ورشکستگی بایع حق بایع در صورت ورشکستگی خریدار ، حقوق طلبکاران بایع در قبال کالای فروخته شده ، زمانی که در بیع به شرط تایید ، مالکیت منتقل می شود و امور دیگر (که در بخش ۲ این قانون آمده اند .)

امتیاز کلی نگری در این است که یا مالکیت منتقل شده یا نشده است و نمی تواند برای

بعضی مقاصد منتقل شده باشد و برای برخی دیگر منتقل نشده باشد ولی در نگرشی جزئی

مسائل خاص چنین نیست و شرایط خاص هر مسئله ممکن است نتایج متفاوتی را بدست

دهد . در قانون یکنواخت ایالات متحده گرچه راه حل هر مسئله بطور جزئی آمده است

اما به این امر نیز توجه شده که ممکن است مسئله ای پیش آید که در قانون پیش بینی

نشده است ، (گرچه تا کنون چنین نشده است) برای حل این مسائل که حل آنها منوط

به تعیین جایگاه مالکیت است ، در قانون قواعدی برای تعیین زمان انتقال مالکیت پیش

بینی شده است : قاعده اول این است که مالکیت کالای کلی پیش از تعیین نمی تواند

منتقل شود . قاعده دوم این که مالکیت تحت کیفیت و شرایطی که صریحاً بر آن توافق

شده منتقل می شود. قاعده سوم مقرر می دارد که در صورت فقدان توافق مخالف مالکیت در زمان و مکانی منتقل می شود که بایع کاملاً به تعهداتش عمل نموده باشد.

اگر تنها بایع موظف به انعقاد قرارداد با باریگری است در زمان و مکان با باریگری مالکیت منتقل می شود و اگر بایع موظف به تحویل کالا در مقصد است، مالکیت در زمانی منتقل می شود که کالا در مقصد در اختیار مشتری قرار گیرد. قاعده چهارم مقرر می دارد که اگر کالا برای تحویل به مشتری نباید جابجا شود و مبیع عین معین است و برای تحویل دادن کالا سندی هم لازم نیست که داده یا گرفته شود مالکیت در زمان و مکان انعقاد عقد منتقل می شود. قاعده پنجم هم این است که مالکیت به بایع بر می گردد اگر مشتری کالا را قبول نکند ورد نماید.

ماده ۹ قانون یکنواخت تجاری درباره قرار دادهای تضمین شده در اموال شخصی می باشد قرارداد های تضمین شده، در محدوده ماده ۹، هر قراردادی است که هدف از آن ایجاد حق تضمین به نفع یک شخص در اموال شخص دیگری است.

قرارداد تضمین شده در اموال شخصی در دو نوع اساسی قراردادها ایجاد می شود: ۱- اعطاء وام به مالک مال شخصی ۲- خرید مال شخصی بصورت نسیه، که در آن مشتری

حق تضمین در کالای خریداری شده را به بائع یا به شخصی که به مشتری قرض داده تا او بتواند مال را بخرد می دهد .

در هر قرارداد تضمین ، مال موضوع حق تضمین به عنوان “ وثیقه ” مورد اشاره قرار می گیرد . قرارداد تضمین اصولاً مورد توافق و قبول همگان است و باید توافقی مکتوب درباره آن وجود داشته باشد . سند باید به امضای مدیون رسیده باشد ، وثیقه را توصیف کند و باید عبارات آن مشعر بر اعطای حق تضمین در وثیقه باشد . اگر طرفی که حق تضمین دارد وثیقه را در تصرف داشته باشد دیگر توافقی کتبی لازم نیست .

در ماده ۹ اموری که برای ایجاد حق تضمین صحیحو برای تکمیل این حق صحیح لازم است ، مطرح شده است . “ تکمیل ” به معنای مراحل قانونی است که برای دادن اخطار مناسب حق تضمین به طرفهای غیر مرتبط لازم است . در ماده ۹ ایجاد حق تضمین تحت عنوان “ توقیف مال ” آمده است که مستلزم امور زیر است :

۱- توافق کتبی که مطابق شرایط مطروحه فوق باشد یا تصرف وثیقه ،

۲- ارزش یا قیمت مال باید به طرف دارای حق تضمین در عوض حق تضمینی ، داده شود .

۳- مدیون باید در زمانی که حق تضمینی ایجاد شده ، حقوقی در وثیقه داشته باشد .

در صورتیکه مال توقیف نشود هیچ حق تضمینی وجود نخواهد داشت . البته اگر مال توقیف شده باشد ، طرفی که دارای حق تضمین است می تواند حقش را اعمال کند و وثیقه را بفروشد .

هانطور که در بالا آمد ، اقدام “ تکمیل ” حق تضمین ضروری است اگر طرف دارای حق تضمین بخواهد حقش را در برابر اشخاص ثالثی که حقی را در همان وثیقه ادعا می کنند اعمال کند . در صورت ورشکستگی نیز انجام “ تکمیل ” حق تضمین برای حمایت از حقوق دارنده آن ضروری است .

شیوه تکمیل حق تضمین بستگی به نوع وثیقه دارد . تکمیل می تواند با ثبت نمودن یک اظهار نامه مالی یا با تحت تصرف در آوردن وثیقه انجام شود . شیوه تکمیل در ماده ۹ معین شده است . معمولی ترین شیوه تکمیل ثبت اظهارنامه مالی است . اظهار نامه مالی یک فرم از پیش تهیه شده است که در آن مشخصات مدیون طرف دارای حق تضمین نوشته می شود و وثیقه در آن توصیف می گردد . این اظهار نامه مالی باید توسط مدیون

امضاء شود. انواع مختلف وثیقه نیاز مند ثبت اظهار نامه مالی در جاهای مختلف است .

ماده ۴۰۱-۹ جایی که اظهارنامه مالی باید به ثبت برسد عنوان می دارد. چون این ماده از

مواردی است که از ایالتی به ایالت دیگر تفاوت می کند ، باید قبل از ثبت اظهارنامه به

قانون هر ایالت مراجعه نمود تا مکان خاص ثبت نوع خاص وثیقه معین گردد .

وقتی اظهار نامه مالی صحیحاً به ثبت برسد حق تضمینی تکمیل شده است و اولویت و حق

تقدم ، حقهای تضمینی مختلف یا متعارض با توجه به تاریخ ثبت هر یک معین می شود .

اولین ثبت کننده ، در ارتباط با وثیقه مقدمترین است . ثبت کنندگان بعدی به ترتیب زمان

ثبت دارای اولویت می باشند . حق تضمین تکمیل شده نیز دارای اولویت نسبت به حقوق

تضمینی تکمیل نشده می باشند .

ماده ۹ حقوق طلبکاران دارای حق تضمین را در ورشکستگی و اعسار مطرح می نماید .

اگر مدیون بخاطر حمایت ورشکستگی درخواست صدور حکم ورشکستگی درباره خود

نماید در این حالت اموال او بین غرماء تقسیم خواهد شد یعنی دائین بدون حق تضمین و

طلبکاران با حق تضمین که توقیف نموده اند اما تکمیل نکرده اند حق تضمین کامل شده

مشروط بر آنکه در فاصله ۹۰ روز قبل از ورشکستگی به ثبت نرسیده باشد (و قبل از این

زمان به ثبت رسیده باشد) در این ورشکستگی همچنان معتبر خواهد بود .

بدین ترتیب در ایالات متحده، قانون یکنواخت تجاری نظام نسبتاً یکنواختی را در مورد

ایجاد و تکمیل حقوق تضمینی پیش بینی می کند. ایجاد و تکمیل حق تضمین موجب

فراهم آمدن وثیقه ای برای وامها یا بیعهای نسیه هم در صورت ورشکستگی و هم در غیر

آن، می شود. طلبکار باید مطمئن شود از اینکه حق تضمینش تا حد ممکن سریعاً توقیف

شود و تکمیل گردد، تا برای او اولویت و تقدمی ایجاد شود.

برداشت خاص هر ایالت از قانون یکنواخت تجاری به سادگی با مراجعه به فهرست قوانین

آن ایالت و رجوع به بخش مربوط به قراردادهای تضمین شده مشخص می شود.

قسمت هفتم - حفظ مالکیت در حقوق ایران

در حقوق ایران یکی از آثار بیع صحیح انتقال مالکیت است یعنی "به مجرد وقوع بیع

مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود" (بند ۱۱ از ماده ۳۶۲ ق.م.) البته این در بیعی

است که مبیع آن عین معین است و اگر مبیع کلی یا کلی در معین باشد انتقال مالکیت تنها

پس از تعیین مبیع ممکن خواهد بود.

بر خلاف بیشتر نظامهای حقوقی دنیا، در حقوق ایران انتقال ضمان همراه انتقال مالکیت نیست و همانطور که ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر می دارد "اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد..." بنا بر این اصولاً انتقال ضمان با تسلیم کالا صورت می گیرد. (مورد استثنایی ماده ۴۵۳ ق.م.ا است)

آنچه گفته شد درباره بیعی است که در آن درباره انتقال مالکیت یا ضمان توافق دیگری نشده باشد، به عبارت دیگر طرفین می توانند بر خلاف احکام تخریری فوق توافق کنند. یعنی طرفین می توانند انتقال مالکیت را به تاخیر اندازند یا آن را معلق به امری نمایند. متداولترین بیع معلق، تعلیق مالکیت به پرداختن ثمن است، بخصوص در مواردی که مبیع به اقساط فروخته می شود و تعلیق انتقال ملکیت موجب می شود تا فروشنده نیازی به گرفتن وثیقه نداشته باشد.

این همان بیعی است که در آن مالکیت برای بایع حفظ می شود و انتقال ملکیت موکول به پرداخت تمام ثمن است. با تادیه تمام ثمن از سوی مشتری در واقع شرط (معلق علیه) محقق شده و چون اثر تحقق شرط نسبت به آینده است از آن زمان مشتری مالک مبیع می شود. به نظر می رسد که انتقال ضمان نیز از همان زمان باشد زیرا قبل از آن عقد معلق

بوده و اثری نداشته است ، گر چه طرفین می توانند بر انتقال ضمان حتی پیش از تحقق شرط توافق کنند .

در حقوق ایران با وجود خیار تفلیس اثر شرط حفظ مالکیت کمرنگ شده است . زیرا بدون چنین شرطی هم در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و ... (ماده ۳۸۰ ق.م.ا) اما به هر حال درج این شرط این اثر را دارد که مشتری قبل از تادیه تمام ثمن نمی تواند کالا را به دیگری منتقل کند و معامله او نسبت به مال غیر و فضولی خواهد بود و بدون اجازه بایع ، بر خلاف حقوق فرانسه و

برخی کشورهای دیگر ، حتی در قبال شخص ثالث با حسن نیت نیز ، اثری نخواهد داشت و بایع که دارای حق عینی نسبت به کالا است می تواند آن را از هر کس که آن را در تصرف دارد مطالبه کند . اگر بایع معامله مشتری را تنفیذ کند ثمن بیع دوم کلاً از آن او خواهد بود حتی اگر بیش از ثمن مقرر در بیع اول باشد بدین ترتیب اثر درج شرط حفظ مالکیت در ایران نیز همانند شرط موسع حفظ مالکیت در انگلیس خواهد بود و حتی دایره اثر آن بیش از حقوق انگلیس می باشد ، چون مطالبه سود ناشی از فروش مشتری منوط به احراز رابطه امانی نخواهد بود .