

## مالکیت ظاهری

سام محمدی<sup>۱</sup>

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

مجید عباس تبار فیروز جاه<sup>۲</sup>

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

تهران

علی صداقتی<sup>۳</sup>

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

تاریخ پذیرش ۱۳۹۶/۲/۲۴

تاریخ دریافت ۱۳۹۵/۹/۲۷

### چکیده

امروزه این امر که واقعیت محض قابل شناخت نیست، امری یقینی و مسلم است. بر این اساس، قواعد حقوقی باید بر مبنای واقعیت‌ها تنظیم شوند. قواعد معاملات فضولی - که در جهت حمایت از مالک و تلاش برای جلوگیری از گسترش سرقت در جامعه برقرار شده و به مالک واقعی اجازه رد معامله فضولی و استرداد مال را می‌دهد - به گونه‌ای تنظیم شده است که از اشخاص انتظار شناخت واقعیت محض می‌رود؛ در غیر این صورت، خریداران باید ریسک معاملات را تحمل کرده و منتظر حوادث باشند. این امر با نظم معاملاتی معارض است. نظریه حمایت از اعتماد کننده به ظاهر که از خریداران با حسن نیت حمایت می‌کند، ضمن منطبق بودن با واقعیت‌های شناختی بشری با تحلیل‌های حقوق اقتصادی نیز سازگار است و زمینه را برای جلوگیری از سرقت و برقراری نظم معاملاتی فراهم می‌کند. علاوه بر این، این نظریه با این امر که هدف از داشتن مال داشتن خود عین نبوده و بلکه استفاده از فرآورده‌های آن است، نیز مطابقت دارد.

---

۱- sammhmdi@gmail.com

۲- m\_abbastabar@yahoo.com

۳- Al\_sedaghati@yahoo.com

DOI: 10.22067/Le.V 23i10.55850

**کلید واژه‌ها:** معاملات فضولی، نظریه عمل به ظاهر، قلمرو شناخت، اماره ید، تحلیل اقتصادی.

### مقدمه

هدف از قواعد حقوقی تنظیم روابط اجتماعی و برقراری نظم در جامعه جهت پیشرفت اقتصادی و اجتماعی است. بر این اساس، قواعد حقوقی باید با شرایط اجتماعی سازگار بوده و قانون‌گذاران می‌بایست واقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی را در نظر داشته باشند. قواعد مربوط به معاملات فضولی که در حقوق ایران ریشه‌ای طولانی دارد، بر مبنای این پیش‌فرض تنظیم گردیده‌اند که حمایت از مالک می‌تواند موجب جلوگیری از سرقت گردد. لذا قواعد معاملات فضولی این اصل را ایجاد می‌کنند که هیچ‌کس نمی‌تواند حقی را که خود ندارد، به دیگری انتقال دهد. گرچه این امر در ساختار زندگی گذشته کارآمد بود، اما در زندگی امروز که امر تجارت مبتنی بر سرعت تصمیم‌گیری در محدوده جغرافیایی است نمی‌تواند کارساز باشد و خود موجب مشکلات دیگری می‌گردد.

امروزه این امر ثابت شده است که بشر نمی‌تواند به واقعیت‌های محض دست یابد و تنها می‌تواند از ظاهر امور مطلع گردد. این امر با لحاظ وضعیت بازار که کالاهایی از اقصی نقاط جهان در آن عرضه شده و سرعت تصمیم‌گیری در آن بسیار مهم بوده و حتی با گسترش خرید و فروش اینترنتی، گاهی امکان مذاکرات حضوری نیز وجود ندارد، اهمیت بیشتری می‌یابد. بر این اساس، اشخاص نمی‌توانند به مالک واقعی (در عالم حقیقت) آگاه شوند و اصولاً قراردادها بر مبنای ظن قابل اعتناء به مالکیت و عمدتاً بر اساس امارات دال بر مالکیت منعقد می‌شود فارغ از آنکه آیا متصرف در عالم حقیقت مالک باشد یا نه. به سخن دیگر، نمی‌توان از اشخاص انتظار داشت که برای خرید یک مال بررسی‌های زیادی انجام دهند که آیا فروشنده‌ای که دلایل مالکیت را در اختیار دارد واقعاً مالک است یا خیر، بلکه آنها باید در حد متعارف بررسی لازم را انجام داده تا هم دقت در مالکیت انجام شود و هم اصل سرعت در معاملات رعایت گردد. لذا افراد بشری در روابط خود تنها بر ظاهر امر تکیه کرده و رفتار خویش را تنظیم می‌کنند.

در این مقاله قصد داریم نارسایی قواعد معاملات فضولی را هم از جهت فلسفی و هم از جهت اقتصادی نشان دهیم. بر همین اساس، نخست به مسئله قلمرو شناخت می‌پردازیم تا نشان دهیم که از نظر عقلی شناخت مالک واقعی برای خریداران بالقوه ممکن نیست. از سوی دیگر، تلاش خواهیم کرد تا روشن کنیم که تحلیل‌های ارائه‌شده از قاعده ید با مستندات این قاعده سازگار

نبوده و این قاعده در حوزه قراردادهای به نظریه عمل به ظاهر نزدیک است تا به قواعد معاملات فضولی. سرانجام نیز به تحلیل اقتصادی قواعد معاملات فضولی و نظریه حمایت از اعتماد کننده به ظاهر می‌پردازیم تا بررسی گردد که کدامیک بهتر می‌تواند نظم معاملاتی را در جامعه برقرار کند.

### شناخت مالک

یکی از سؤالات مهم در هنگام خرید یک مال این است که آیا فروشنده مالک است یا خیر. اصولاً چگونه می‌توان این امر را تشخیص داد؟ برای بررسی این امر، نخست باید دید که آیا یک انسان به‌عنوان موجود بشری می‌تواند به واقعیت امور پی ببرد؟ دوم آنکه قانون‌گذار ما چه ابزارهایی برای شناخت مالک در اختیار گذاشته و یا باید بگذارد؟

### قلمرو شناخت بشری

علم و معرفت همزاد بشرند و آدمی از هنگامی که پا به عرصه گیتی نهاد، نخستین مسئله‌اش شناخت جهان بوده است. تا قرن پنجم پیش از میلاد، هیچ شک و تردیدی در امکان علم به واقعیت وجود نداشت و این اصل پیش فرض هر اندیشه‌ای بود که واقعیت وجود دارد و حصول علم به این واقعیت خارجی امکان‌پذیر است (Karim zade, 2008:156). در این قرن با ظهور سوفسطائیان شکاکیت در تاریخ نمایان شد. پس از آن با ظهور سقراط و افلاطون و ارسطو شکاکیت دچار افول گشته و مکاتب سوفسطایی برجیده شد. ارسطو<sup>۱</sup> معتقد بود که مقولات علمی منطبق با ساختار عالم واقعی اند یعنی، عقل ما می‌تواند واقعیتی را به ما نشان دهد که درست و منطبق با واقعیت کار می‌کند (Saneii Dare bidi, 2010:179).

اندیشمندان کلاسیک مسلمان علم را « معرفت به وجود شیء فی نفسه<sup>۲</sup> » می‌دانستند. آنان معتقد بودند که می‌توان شیء فی نفسه را درک کرد و بنابراین، چنین موجودی می‌تواند برای ذهن انسان

۱ - Aristotle

۲ - Thing in itself

معلوم گردد. (Fathi Zade, 2004:46-47) رنه دکارت<sup>۱</sup> مؤسس فلسفه جدید و پدر مدرنیته آغازگر راه نوینی است که در دامن آن، دو گرایش عقل‌گرایی<sup>۲</sup> و تجربه‌گرایی<sup>۳</sup> متولد شده و پرورش می‌یابند (Haji Ali Orak, 2009:92). او به دنبال کشف یک بنای یقینی متقن با بیشترین درجه وضوح و بدهت برای علوم به شک روی آورد تا از فراخور آن بتواند به امر مطلقاً شک‌ناپذیر برسد. او در همه چیز شک می‌کند تا اینکه سرانجام به جمله معروف خود یعنی، «من می‌اندیشم پس هستم»<sup>۴</sup> دست می‌یابد (Ibid). این امر چیزی است که نمی‌توان در آن تردید کرد. او بر این عقیده بود که تنها از طریق اندیشیدن می‌توان به واقعیت دست آورد.

از نظر لایب‌نیتس<sup>۵</sup> فیلسوف آلمانی که از چهره‌های مهم در رویکرد عقل‌گرایی است، هر معرفتی نزد ما در نتیجه فعالیت عقلی و فکری حاصل می‌شود و ادراکات حسی خود قسمی از تفکر مغشوش و ناروشن ماست. از آنجا که نفس هر معرفتی را بالقوه در خویشتن دارد و هیچ چیز خارج از ما نیست، به نظر می‌رسد حصول کمال منوط به کارآمدی و خوبی و تیزی ابزاری است که در فعالیت بخشیدن به معرفت به کار می‌گیریم. این وسیله به نظر لایب‌نیتس همانا منطق و روشی است که به یاری آن هر چیز را به نحو درست از مقدمات کافی به دست می‌آوریم و به حقایق امور پی می‌بریم (Fooladvand, 1999:45)

جان لاک<sup>۶</sup> فیلسوف انگلیسی، واضع مکتب اصالت تجربه در کتاب «جستار درباره فهم آدمی» می‌کند: «ذهن مصالح و مواد عقل و شناخت را از کجا می‌آورد؟ به این پرسش در یک کلمه پاسخ می‌گویم: از تجربه. بنیاد تمام شناخت ما بر پایه تجربه است». لاک بر این نظر است که تجربه سرچشمه همه تصورات است. (Copleston, 2009). بنابراین، تنها از تجربه است که می‌توان به شناخت دست یافت.

۱ - Rene Descartes

۲ - Rationalism

۳ - Empiricism

۴ - Cogito ergo sum

۵ - Gottfried Wilhelm Leibnitz.

۶ - John Locke.

نقطهٔ تعالی مکتب تجربه‌گرایی در فلسفهٔ دیوید هیوم<sup>۱</sup> ظاهر می‌شود. او به‌مانند دیگر تجربه‌گرایان اصرار و تأکید فراوانی بر تقدم حواس بر دیگر منابع معرفت و شناخت دارد. به عقیده او دانش ما از احساسات جسته‌گریخته‌ای ترکیب شده است. ما هیچ چیزی حتی خودمان را به‌طور یقینی نمی‌شناسیم. او برای اثبات اینکه منشأ علم تجربه است مثال می‌زند که سیاه‌پوستان آفریقایی یا ساکنان مناطق قطبی که تا حال شراب ننوشیده‌اند تصوری از آن ندارند یا مرد سلیم‌النفسی که احساس کینه‌جویی به او دست نداده از تصور آن عاجز است (Muhammadi, 2010:129-130). ذهن همهٔ ایده‌های خود را یا از تأثرات حسی به دست می‌آورد یا از احساسات درونی و هر دو این‌ها بر اثر تجربه در ما پدید می‌آیند. حقایقی هم که برای انسان قابل کشف‌اند یا رابطهٔ بین ایده‌ها هستند که از طریق عقل کشف می‌شوند یا امور مربوط به واقع‌اند که تنها از طریق تجربه قابل کشف‌اند. بنابراین، اموری که مربوط به واقع‌اند ولی قابل تجربه نیستند برای آدمی قابل کشف نیستند (Morvarid)

ادراکات ما چگونه‌اند. (Karim zade, 2008:167). بنابراین، برای ما غیرقابل تصور است که بدانیم اشیا خارج از

با توجه به آنچه گفته شد دو رویکرد فکری در خصوص شناخت واقعیت وجود دارد. فلاسفهٔ اسلامی به‌مانند فیلسوفانی چون ارسطو، دکارت و لایب‌نیس معتقدند که واقعیتی وجود دارد و می‌توان به آن واقعیت دست یافت. آن‌ها شناخت را شناخت ماهیت و مقومات شیء (شیء فی‌نفسه) دانسته و علاوه بر تجربه، راه‌های دیگری را نیز برای شناخت در نظر می‌گیرند که زمینه‌ساز معرفت فطری است. بر همین اساس است که می‌بینیم فقه اسلامی فقهی ایده‌آلیستی بوده و در جستجوی عدالت واقعی است. از سوی دیگر، عده‌ای دیگر از فلاسفه معتقدند که تنها راه رسیدن به معرفت تجربه است. تنها از طریق تجربه است که مدرکات به ذهن وارد می‌شوند. از دید آنان، در جهان یک واقعیت وجود دارد و یک ظاهر از آنچه هست. ذهن انسان تنها می‌تواند از ظاهر واقعیت‌ها آگاه شود و فراتر از ظاهر را نمی‌تواند دریابد. علت این امر نقصان دانش بشری و وسایل شناخت او است. در ارزیابی این دو رویکرد باید حق را به کسانی داد که معتقدند آدمی تنها می‌تواند از

۱-David Hume.

ظاهر امور آگاه شود. نگاهی به تاریخ علوم اعم از نظری و طبیعی نشان می‌دهد که هیچ نظریه‌ای کامل نبوده و برای همیشه صحیح تلقی نشده است. انسان در میان واقعیت وجود دارد و تنها می‌تواند بخشی از واقعیت‌ها را تحت بررسی خود قرار دهد، پس چگونه می‌تواند کل واقعیت را بشناسد؟ در دادرسی‌های قضایی این امر به روشنی قابل درک است. یک قاضی در هیچ پرونده‌ای نمی‌تواند مطمئن باشد که رأی او مطابق با واقعیت است. او تنها می‌تواند از طریق دلایل ارائه‌شده عدالت را جستجو کرده و این ادعا را داشته باشد که دلایل ارائه‌شده در نزد او از محق بودن محکوم‌له حکایت دارد. به‌ویژه که انسان در تاریخ زندگی می‌کند و نمی‌تواند زمان حال را برای درک گذشته ترک کند. بنابراین، باید گفت آنچه ما واقعیت محسوب می‌کنیم چیزی نیست جز آنچه به نظر می‌رسد، اما این که حقیقت واقعاً چیست امری است که فراتر از توان کشف ما انسان‌ها بوده و تنها خدا که جهان در احاطه اوست از واقعیت بی‌نفسه آگاه است.

با این مقدمات، باید پذیرفت که تدوین قواعد قانونی باید مطابق واقعیت‌هایی باشد که می‌توان به آن دست یافت. در حقیقت قانون‌گذاری باید مطابق با توانایی‌های شناختی انسان باشد نه ایده آل‌های فراتر از توان بشری.

### وسایل شناخت مالک

حال با توجه به محدودیت‌های قوه شناخت بشری، باید به این سؤال پاسخ داد که قانون‌گذار چه ابزارهایی برای شناخت مالک به مردم ارائه می‌دهد؟  
به‌طور کلی راه‌های شناخت مالک را می‌توان به شکل زیر دسته‌بندی کرد:

شیاع

تصرف مالکانه

سند مالکیت<sup>۱</sup>

اول- شیاع: در شیاع (استفاضه)، مطلعین شنیده‌ها و هر نوع اطلاعات غیرمستقیم خود را بی‌آنکه

۱- اگرچه در بحث ادله اثبات دعوا اقرار، کارشناسی و معاینه محل (به‌عنوان امارات قضایی) قابل استفاده هستند اما از آنجا که مسئله موردنظر ما در بیرون از دادگاه و در بین افراد عادی جامعه است، دلایل مذکور را از بحث خارج می‌کنیم.

لازم باشد مأخذ آن را اطلاع دهند، بیان می کنند. برای مثال، گواهان وقوع عقد اجاره را بین طرفین دعوا گواهی می دهند اما در استفاضه مطلعین به آنچه دیگران می گویند و شیوه رفت و آمد و نحوه رفتار طرفین خبر می دهند (Shams, 2008:198-199). در استفاضه شایع شدن خبر به گونه ای است که برای شنونده ظن حاصل می شود و به همین دلیل است که در استفاضه تعداد شهود مطرح نیست، گرچه تعداد مطلعین باید از دو نفر بیشتر باشد تا بین خبر شاهد عادل و استفاضه فرق باشد. توجه به شمار زیاد خبردهندگان و ضعف احتمال بین آنها، هنگامی که تعداد زیادی از مردم از مالکیت شخصی نسبت به مالی سخن می گویند می توان گمان کرد که آن شخص مالک است و با او معامله کرد.

دوم- تصرف مالکانه: طبق ماده ۳۵ قانون مدنی «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد». بنابراین، یکی از نشانه های دلالت کننده بر مالکیت شخصی، تصرف است. برای اینکه تصرف دلیل مالکیت محسوب گردد باید مالکانه باشد. از نظر فقها مرجع در حصول استیلا (تصرف) عرف است. زیرا، استیلا امر عرفی است. بنابراین، در تعیین مفاد آن هم باید به عرف رجوع کرد. (Musavi Bojnordi, 1999:134).

سوم- سند مالکیت: طبق ماده ۲۲ قانون ثبت، همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او به ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارتأ به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت. همان طور که از این ماده فهمیده می شود رسالت اصلی این ماده، معرفی اماره مالکیت است. یعنی، اگر کسی می خواهد این مال را خریداری کند باید سراغ کسی برود که ملک به نام او ثبت شده است در غیر این صورت، دولت از این شخص حمایت نمی کند. نکته ای قابل توجه آن است که در این ماده عبارت مگر آنکه خلافش ثابت شود (قسمت آخر ماده ۳۵ قانون مدنی) نیامده است. علاوه بر سند رسمی، برخی از اسناد عادی نیز مثبت مالکیت هستند مانند بنچاق<sup>۱</sup>، سند براتی که به نام دارنده بوده و یا نام او به عنوان انتقال

۱- بنچاق، اسناد راجع به مالکیت یا نقل و انتقال سابق بر معامله ای را که فعلاً انجام می گیرد، گویند (Jaafari Langroudi, 2005:114)

گیرنده قیدشده، سهام بانام شرکت‌ها و ... .

همان‌گونه که از این طرق فهمیده می‌شود، اعتبار آن‌ها در ظنی است که از آن‌ها فهمیده می‌شود. هیچ‌یک از این طرق موجب قطع و یقین نمی‌شود. درجه ظن ایجادشده از هر طریق با دیگری متفاوت است. برای مثال ظن ناشی از سند مالکیت بسیار بیشتر از اماره تصرف بوده و ظن ناشی از اماره تصرف بیشتر از شیع است. باین وجود، در جامعه مردم بر اساس هر یک از این سه طرق عمل کرده و بسته به مورد بر اساس یکی از این طرق شخصی را مالک شناخته و با او معامله می‌کنند.

مسئله‌ای که در اینجا باید مورد لحاظ قرار گیرد این است که اجرای این مقررات در عمل چگونه بوده و چه اثری بر آن‌ها بار می‌شود. اگر کسی مطابق با این نشانه‌ها دیگری را مالک شناخته و مالی را از او خریده باشد، چه حمایتی از او در برابر دیگر مدعیان می‌شود؟ برای پاسخ به این سؤال می‌بایست به مقررات بیع فضولی و غصب در قانون مدنی و نیز مقررات موجود در قانون ثبت مراجعه کرد.

در قانون مدنی مواد ۳۵، ۳۶ و ۳۷ که ناظر به اماره تصرف هستند تحلیلی را ایجاب می‌کنند که حمایت زیادی از متصرف ارائه می‌دهند. زیرا، گرچه ماده ۳۵ امکان اثبات خلاف اماره را بیان می‌کند اما در ماده ۳۷ در فرض تعارض تصرف و مالکیت سابق تصرف را مقدم شمرده مگر اینکه متصرف فعلی خود اقرار به مالکیت سابق مدعی کند که در این صورت طبیعی است که باید انتقال مالکیت به خود را اثبات کند (Imami, 1968:54). راه دیگر اثبات خلاف در ماده ۳۶ آمده و آن اینکه معتبر نبودن سبب تملک یا ناقل را اثبات کرد. تحلیل دقیق این ماده بسیار به تئوری عمل به ظاهر نزدیک بوده و موردی را اشاره دارد که متصرف با اعمالی نامعتبر قانونی ملک را تملک کند یعنی، همان سوءنیت. باین وجود، مواد ۲۴۷ (که معامله به مال غیر را غیر نافذ دانسته) و ماده ۳۲۴ (که مشتری جاهل بر غصب را در حکم غاصب دانسته و حکم به استرداد عین به مالک می‌دهد) هرگونه حمایت از کسی را که مالی را بر مبنای اماره تصرف خریده نفی می‌کند. چراکه مواد مذکور به دنبال حمایت کامل از حق مالکیت و مالک واقعی هستند. همین احکام در خصوص شیع نیز جاری هستند. تحت تأثیر همین مقررات است که برخی حقوقدانان در تحلیل ماده ۳۵ حکم مزبور را تنها ناظر به اقرار ندانسته و شامل دلایل دیگر نیز می‌دانند ( Katozian, 2006:192).



در خصوص سند رسمی مالکیت باید به مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت رجوع کرد. ماده ۲۲ شرح آن در گذشته آمد.<sup>۲</sup> در ماده ۴۸ آمده است که سندی که می‌بایست طبق مقررات به ثبت برسد و نرسیده باشد در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نمی‌شود. با توجه به این مواد باید گفت که قانون‌گذار از کسی که به موجب سند رسمی ملکی را انتقال بگیرد، حمایت کامل خواهد کرد. اما پس از نظریه شورای نگهبان در سال ۱۳۶۸ در خصوص ماده ۱۳۰۹ ق.م که ماده مذکور را خلاف شرع اعلام و ابطال کرد و حمایت از خریدار مذکور دچار خللی اساسی شد. زیرا، می‌توان تقدم تاریخ سند عادی را به وسیله شهادت اثبات کرد. این ماده علی‌رغم نظریه شورای نگهبان از متن قانون حذف نشده و هنوز هم در مجموعه قوانین باقی مانده است. همچنین، اداره حقوقی قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۷۷:۲:۳۰ در نظریه ۱۲۹۰:۷ بیان می‌نماید «با توجه اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ قانون مدنی تعرضی به متن ماده ۱۳۰۹ نشده و حذف نگردیده است، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی موضوعاً دارای قدرت اجرایی است». درحالی که انتظار می‌رفت حمایت از خریدار با سند رسمی همچنان ادامه داشته باشد اما نظریات حقوقدانان به دلیل رعایت مقتضیات اجتماعی به سمتی رفت که اعتبار سند رسمی را به نهایت ممکن کاهش داد. حقوقدانان با تحلیل‌های گوناگون برای خریدار با سند عادی حقی عینی را مفروض داشتند که بر حق دارنده سند رسمی مقدم است (Katozian, 1992:61. Abedian, 2006-2007. Malaki Abhari, 2006:114. Shahidi, 1995:61 and 68). بنابراین، در حال حاضر در تعارض حق خریدار با سند رسمی و مالک واقعی (خریدار با سند عادی) حق مالک واقعی مقدم شمرده شده است.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، قانون‌گذار ما و به تبع آن حقوقدانان در اعمال قواعد نه ظاهر‌گرایی بلکه واقعیت امر<sup>۳</sup> را مورد لحاظ قرار داده‌اند. این امر را به وضوح می‌توان در مقررات

۱- ماده ۴۶ ق.ث: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد...»

۲- برای مطالعه بیشتر در خصوص نظرات فوق و همچنین نظری که مباحثه‌نامه عادی را قابل استناد در برابر دارنده سند رسمی نمی‌داند ر.ک به (امینی، ۱۳۸۸: ۲۱۱-۲۳۸).

۳- منظور تلاش برای کشف واقعیت محض است.

مربوط به معاملات فضولی<sup>۱</sup> و غضب<sup>۲</sup> مشاهده کرد که مراد از مالک در آن مواد مالک واقعی است نه مالک ظاهری. زیرا، اگر مراد مالک ظاهری بود می‌بایست این گمان که ممکن است مال به درستی منتقل شده باشد، مقدم شمرده شود. زمانی که مال چند دست منتقل می‌شود، احتمال اینکه مال به درستی منتقل شده بیشتر است تا غضب. بنابراین، در حال حاضر مالکیت امری مبتنی بر واقعیت محض است و در خصوص صحت هیچ معامله‌ای نمی‌توان یقین داشت. اصل صحت که مستند بر آیات و روایاتی چون آیه ۴۹ سوره حجرات است آمده دارای مبانی چون لزوم اجتناب از اختلال نظام (Mohaqeq Damad, 2008:119)<sup>۳</sup> و قاعده نفی عسر و حرج است (Makarem Shirazi, 1999:119) حمایت از خریدار عامل بر اماره مالکیت ایجاب نموده و و را از تکلیف ما لایطاق شناخت مالک واقعی رها می‌سازد. که بسیار از شک پرهیزید زیرا برخی از شک‌ها گناه‌اند. زیرا، ممکن است یکی از ایادی ماقبل ولو بسیار دور، ملک را از راه غیرقانونی به دست آورده باشد حال آنکه، قانون‌گذار می‌بایست به دنبال عینیت‌گرایی بوده و تلاشش تنها برای رفع منازعات باشد نه اجرای عدالت محض که جز خدا کسی از آن آگاه نیست.

### تحلیل اماره ید

اماره تصرف برگرفته از اماره ید در فقه است. از جمله مستندات این اماره بنای عقلا و روایت حفص بن غیاث می‌باشد. در این روایت آمده است که مردی از حضرت صادق (ع) سؤال می‌کند آیا جایز است من به چیزی که در دست کسی است شهادت دهم؟ امام فرمود آری جایز است. آن

۱- ماده ۲۶۱ ق.م: «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالک، معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفا نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری، حادث شده باشد.»

۲- ماده ۳۲۳ ق.م: «اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید.»

ماده ۳۲۵ ق.م: «اگر مشتری جاهل به غضب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت، رجوع به بایع کند بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.»

مرد بیان می‌کند که من شهادت می‌دهم که مال در دست اوست ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد چون ممکن است مال دیگری باشد. امام فرمود آیا حلال است که آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت آری حلال است. امام (ع) فرمود: شاید مال دیگری باشد پس چگونه جایز است تو آن را بخری و بگویی مال من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای اقرار کنی؟ پس امام فرمود: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» یعنی، اگر این امر جایز نباشد برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. البته، لازم است گفته شود که این روایت از لحاظ سند قوی نیست ولی «شهرت فتوایی» این روایت ضعف سند را جبران کرده است (Mohaqeq Damad 2008: 30-31).

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که این اماره چه کارکردی دارد؟ در فقه نظر غالب آن است که در تعارض مالکیت سابق و اماره ید، اماره مقدم است اما در مقابله با بینه بر مالکیت فعلی از کار می‌افتد (Ibid. Musavi Bojnordi, 1999: 45 45. Mostafavi, Undate, 321, Makarem). از سوی دیگر، در بحث معاملات فضولی و به خصوص غصب به وضوح مشاهده می‌کنیم که موضوع مورد بحث، حمایت از مالکیت سابق است. این تعارض در فقه ناشی از چیست؟ از نظر فقها اماره ید که از آن به عنوان قاعده ید سخن می‌گویند، تنها یک اماره است و امارات در مقابل دلیل مانند بینه از کار می‌افتند (cited by Muhammadi, 2004: 287). این مسئله از چند جهت ایراد دارد. نخست آنکه، اعتبار بینه و دیگر دلایل خود مبتنی بر اماریت است (Mohaqeq Damad 2008: 35). دوّم آنکه، در این صورت در عرصه قراردادهای فایده چندانی برای قاعده ید نمی‌توان قائل شد، چرا که تنها کار آن شناخت مالک است بی‌آنکه اثری بر آن بار شود. این تحلیل با مستندات قاعده در تعارض است. وقتی به روایت حفص بن غیاث رجوع می‌کنیم، بیشتر سخن امام در خصوص معاملات است. چه آنکه امام در ابتدا می‌فرماید که اگر کسی مالی را در دست داشته باشد، می‌توان آن را خرید و سپس با سخن شخص که می‌گوید من گواهی می‌دهم که او متصرف مال است ولی به مالکیت او شهادت نمی‌دهم، به شدت مخالفت کرده و بیان می‌دارد چطور تو آن مال را می‌خری و خود را مالک می‌شماری ولی به مالکیت او شهادت نمی‌دهی؟ این امر بدان معناست که امام (ع) برای اماره ید اعتباری بیش از نشانه قائل بود زیرا می‌گوید که بر مالکیت متصرف می‌توان شهادت داد و سوگند خورد. پس امام این شخص را مالک بی‌چون و چرا می‌داند. این تحلیل که ید تنها اماره‌ای است که خلاف آن قابل اثبات است،

با قول سؤال کننده نزدیک است و با قول امام فاصله دارد. مهم تر آنکه امام در پایان می فرمایند که اگر این گونه نباشد، بازاری باقی نمی ماند. این عبارت گویای توجه امام به نظم معاملات است. قاعده ید بنا بر تحلیل فقها این نتیجه را دارد که باید در مالکیت متصرف شک کرد. آیا در این حالت معامله ای صورت می گیرد؟ شاید گفته شود که قاعده ید تا اینجا مثبت مالکیت است اما در دعوا تنها اماره است. در پاسخ می توان گفت که نتیجه احکام به جامعه رسوخ می کند و مردم بر اساس قوانین و احکام، عمل خود را تنظیم می کنند. بنابراین، اگر قاعده ید تنها نشانه ای بر مالکیت باشد، بازاری باقی نمانده و نظم معاملات بر هم می خورد. هم چنین دلیلی نداشت که امام چنین سخنی را بیان کند. زیرا، قرن ها پیش از سخن امام، مردم بر اساس تصرف معامله می کردند. این سخن امام که: «لولم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» تنها زمانی معنا دارد که ما اثری بیش از نشانه و اماره برابید و تصرف قائل باشیم. همچنین، باید گفت که عقلا انتظار دارند که ید اثری بیش از امارت داشته باشد و بلکه این امر که ید در معاملات تنها اماره باشد، برای عقلا و عرف قابل تصور نیست.

می توان گفت که قاعده ید خود مبتنی بر اصل دیگری به نام «اصل صحت رفتار مؤمنین» است. بر اساس اصل صحت در مفهوم جواز وضعی، اشخاص موظف اند اعمال دیگران را بر صحت یعنی مشروعیت، حمل کنند. برای مثال، اگر دیدیم که شخصی مالی را از دیگری خریده است نمی توان در صحت معامله اش شک کرد و گفت تو بیا اثبات کن معاملات صحیح است. اگر شک کردیم باید عمل او را محمول بر صحت بدانیم (Mohaqeq Damad 2008:198). اگر ید تنها مفید اماره باشد، مردم نمی توانند به هم اعتماد کنند و نسبت به هم سوءظن خواهند داشت. در این حالت نه تنها بازاری باقی نمی ماند بلکه جامعه ای هم نیست. اگر مردم باهم معامله می کنند به این دلیل است که فکر می کنند قانون بر عمل آن ها اعتبار خواهد بخشید.

### تحلیل اقتصادی حق مالکیت و قواعد حاکم بر انتقال آن

در تحلیل اقتصادی مالکیت نخست باید هدف از داشتن یک مال مشخص شده و سپس آثار قواعد مربوط به معاملات فضولی و تئوری عمل به ظاهر در جامعه مورد بررسی قرار گیرد.

#### هدف از داشتن عین

حق در تقسیم اولیه به حق شخصی و مالی تقسیم می شود و حق مالی خود یا عینی است یا

دینی. مالکیت حقی عینی است که به موجب آن مالک می تواند عین را در دست هر کسی باشد، استرداد کند (Katozian, 1992:14). سؤال قابل طرح این است که عین چه فایده ای دارد که مالک می تواند آن را نزد هر کسی باشد، ولو چندین دست منتقل شده باشد، پس بگیرد؟ آیا کسی که یک ماشین برای مثال پژو مدل ۹۴ را می خرد، می خواهد خود عین را داشته باشد و اگر ماشین دیگری با همان ویژگی ها و یا حتی بهتر جایگزین شود، مالک از امری محروم می شود؟ عین چه ارزشی برای مالک دارد که حتماً باید خود آن مسترد شود؟ در فضایی که کالاهای مثلی فراوان است، می توان گفت که هدف اصلی مالک داشتن خود این عین نیست. شخص اتومبیل را نمی خرد به این دلیل که خود عین این کالا برایش ارزشمند است، بلکه می خواهد از فرآورده های آن بهره مند گردد. درست است که اموری چون سرعت شتاب، درجه ایمنی، شکل، راحتی در راندن و ... برای خریدار مهم است، اما واقعیت این است که عین کالا به خاطر این ویژگی ها مهم است. به شخصی که خواهان خرید خودروی پژو است، نمی توان ماشین پر اید داد. ولی بین دو خودروی پژو که تمام ویژگی های آن ها یکی است، نمی توان قائل به فرق شد و گفت خود این عین مهم است. اگر خودروی پژویی که شخص خریده است، سرقت شود، ولی در مقابل به او خودروی پژویی با همان ویژگی ها و صفات داده شود، یقیناً این شخص به تمام چیزهایی که دنبالش بود می رسد. بر این اساس می توان به دسته بندی حق مالکیت در شمار حقوق عینی ایراد کرد. درست است که مالکیت در عین متبلور شده است ولی خود عین موضوعیت ندارد. می توان گفت که اگر عین کالایی غصب شود و چندین دست بگردد، با دادن بدل به مالک، او به منافع و اهداف مورد نظرش می رسد. بنابراین می توان او را از مراجعه به کسی که عین کالا را در اختیار دارد منع کرد و این امر با عدالت هم تعارضی ندارد. در این دیدگاه کالای قیمی بسیار محدود می شوند. در حقیقت، این امر که کالایی مورد استفاده قرار گرفته موجب نمی شود که کالا را قیمی تلقی کنیم. زیرا غاصب موظف است کالایی از همان نوع به او بدهد ولو اینکه مجبور شود که کالایی با کیفیت بهتری تحویل دهد. زیرا غاصب با غصب مال تعهد خود را در برابر صاحب مال نقض کرده است و حال باید از باب اقدام به ضرر خود، خسارت را به طور کامل جبران کند ولو اینکه این امر موجب ضرری برای او باشد.

حال می توان بررسی کرد که آیا نمی توان مالکیت را حقی دینی تلقی کرد. حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن، می تواند انجام کاری را از او

بخواهد (Ibid,16). می توان گفت که مالکیت حقیقی است برای مالک بر دیگری به این معنا که دیگران (تمامی اشخاص جامعه) موظف اند که حق او را نسبت به این مال رعایت کنند و در صورت نقض این تعهد، مکلف به جبران خسارت هستند. یکی از فوایدی که این دیدگاه دارد آن است که مالک نیز تعهدی در خصوص دیگران دارد که اموال آنها را محترم بشناسد و نباید عملی انجام دهد که حقوق آنها تضرع شود. بر این اساس، هنگامی که مال به خریدار (منتقل الیه) با حسن نیت منتقل می شود تقاضای رد عین موجب تضرع حق او می گردد. چون خریدار با حسن نیت تعهدش را در برابر مالک نقض نکرده است، مالک حق مراجعه به او را برای جبران ضررش ندارد. البته حق مالکیت را نمی توان به طور کامل دینی دانست. زیرا گاهی عین مال موضوعیت دارد و تنها با عین مال است که می توان ضرر مالک را جبران کرد مانند مال عتیقه ای و یا یادگاری ها. این تفکیک در ماده ۶۴ قانون حقوق اموال اسلونی پذیرفته شده است (Rose, 2005:11). بنابراین، باید مالکیت را حقیقی مختلط در عینی و دینی تلقی کرد. سؤالی قابل طرح آن است که چگونه تشخیص دهیم که کالایی برای مالک موضوعیت دارد؟ باید گفت که تعلق خاطر به مالی جنبه ذهنی دارد که نمی توان آن را کشف کرد. پس ملاک قول مالک است و مالک باید بتواند مال را استرداد کند. اما این امر که مالک بتواند مال را استرداد کند نباید حق خریدار با حسن نیت را ضایع کند. بنابراین در این حالت مالک باید آنچه را که خریدار از دست داده به او برگرداند و خود برای جبران خسارتش به غاصب مراجعه کند. در همین راستا می توان شیوه تنظیم بند دوم ماده ۲۲۸۰ قانون مدنی فرانسه را مورد لحاظ قرارداد که بیان می کند: « هنگامی که متصرف فعلی کالای دزدیده شده یا گم شده را در نمایشگاه یا در بازار یا در یک فروش عمومی، یا از تاجری که کالاهای مشابهی را می فروشد خریده باشد مالک اولیه نمی تواند موجبات استرداد آن را فراهم کند مگر اینکه مبلغی را که متصرف پرداخته را به وی پردازد»<sup>۱</sup>. این مقرر با عین می شود که

۱- Article 2280 (2) of Code Civil: Where the present possessor of a thing lost or stolen has bought it at a fair or market, or at a public sale, or from a merchant selling similar things, the original owner may have it returned to him only by reimbursing the possessor for the price which it has cost him. Cited by Salomons, Arthur F, good faith acquisition of movables, p.7. available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1515719](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1515719).

مالک تنها زمانی از حق استردادش استفاده کند که واقعاً عین برای او موضوعیت دارد. زیرا در صورت عدم موضوعیت عین، استفاده از این حق تنها موجب افزایش هزینه می شود.

### تحلیل اقتصادی قاعده حمایت از مالک و قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت

تقریباً در همه نظام های حقوقی می توان قاعده ای را مشاهده کرد که بر اساس آن شخصی که حقی را ندارد نمی تواند آن را به دیگری انتقال دهد. در حقوق غربی این قاعده تحت عنوان *nemo dat rule* شناخته می شود که به این معناست که «تو نمی توانی آنچه را که نداری به دیگری بدهی».<sup>۱</sup> قواعد مربوط به معاملات فضولی هم بر این مبناست. در مقابل این قاعده، حمایت از خریدار با حسن نیت که در ایران به عنوان تئوری حمایت از اعتماد کننده به ظاهر شناخته شده (Kaviani, 2009: 143) وجود دارد که عبارت از نظریه ای است که در جهت حمایت از خریدار (انتقال گیرنده) با حسن نیت عمل می کند. برخلاف قواعد معاملات فضولی که تنها از مالک حمایت می کند، تئوری حمایت از اعتماد کننده به ظاهر به دنبال آن است که از خریداری که با حسن نیت مالی را از غیر مالک خریده است حمایت کند. در حقوق فرانسه بند ۱ ماده ۲۲۸۰ قانون مدنی با بیان این که در کالاهای منقول تصرف برابر با مالکیت است از خریدار حمایت کامل را به عمل می آورد. اما در بند ۲ این ماده از خریدار با حسن نیت در صورتی حمایت می شود که کالا را در نمایشگاه یا در بازار یا در یک فروش عمومی، یا از تاجری که کالاهای مشابهی را می فروشد خریده باشد.<sup>۲</sup> در حقوق آلمان ماده ۹۳۲ ق.م. در حمایت از خریدار با حسن نیت مقرر می دارد: «خریدار مالک می گردد حتی اگر فروشنده مالک نبوده باشد مگر اینکه او از روی حسن نیت عمل نکرده باشد».<sup>۳</sup> با این وجود، در ماده (۲) ۹۳۵ همان قانون استثنای بر این قاعده آمده که بیان

۱- *Nemo dat quod non habet rule*= you cannot give what you don't have (Salomons, p.1).

۲- بند نخست ماده یادشده در خصوص اختلاف در مالکیت بیرون از حوزه قراردادهاست در حالی بند دوم مربوط به نقش تصرف فروشنده در صحت قراردادها به عنوان قاعده حمایت کننده از اعتماد کننده به ظاهر می باشد.

۳- Section 932 (1) BGB: The transferee becomes the owner by a transfer occurring under § 929 even if the thing does not belong to the transferor, unless he did not act in good faith at the time at which he would acquire ownership under these provisions. However, this applies in the case of § 929 sentence 2 only if the transferee had obtained possession from the transferor. available at: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p3623](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3623)

می‌کند اگر کالا دزدیده و یا گم شده باشد، خریدار با حسن نیت مالک نمی‌گردد. اما در بند دوم این ماده موردی که خریدار کالا را از حراجی عمومی خریده شده باشد از حکم بند ۱ استثنای شده است.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس قاعده اصولاً مربوط به موردی است که کالا با رضایت مالک از تصرفش خارج شده باشد (مانند امانت، عاریه و ...) . در گذشته در مورد سرقت یا گم شدن، قاعده بازار عمومی<sup>۲</sup> اجرا می‌شد که در سال ۱۹۹۵ نسخ شد (Ibid: 10). همان‌گونه که مشاهده می‌شود در هر سه نظام تئوری حمایت از اعتماد کننده به‌ظاهر پذیرفته شده است اما بنا به ملاحظاتی سعی می‌شود که اجرای تئوری با دقت صورت گیرد.

همان‌گونه که در بند ۲ ماده ۹۳۲ قانون مدنی آلمان آمده است چنانچه تحصیل کننده مال بداند که آن مال متعلق به انتقال گیرنده نیست و یا در اثر غفلت فاحش از این امر ناآگاه باشد با حسن نیت تلقی نمی‌شود.<sup>۳</sup>

حال باید بررسی کرد که اعمال کدام یک از دو قاعده حمایت از مالک (معامله فضولی) و حمایت از خریدار با حسن نیت مناسب‌تر است. در اینجا موردی که به هر دلیلی نتوان از سارق جبران خسارت کرد مورد لحاظ است.

در خصوص انتخاب قاعده برتر دو مورد را باید لحاظ کرد. نخست آنکه، اجرای کدام یک از این قواعد هزینه‌های اقتصادی کمتری را موجب می‌شود و دوم آنکه، اجرای کدام یک موجب کاهش سرقت می‌شود. گفته می‌شود که حمایت از مالک موجب کاهش سرقت می‌شود. چون

---

انتقال گیرنده با انتقال موضوع ماده ۹۲۹ مالک می‌گردد حتی اگر کالا متعلق به انتقال دهنده نباشد مگر اینکه در هنگام انتقال به موجب این مقررات با حسن نیت عمل نکرده باشد باین حال، این امر در مورد بند ۲ ماده ۹۲۹ تنها هنگامی اجرا می‌شود که انتقال گیرنده کالا را در تصرف گرفته باشد.

#### ۱- Section 935 BGB: No good faith acquisition of lost property

(1) The acquisition of ownership under sections 932 to 934 does not occur if the thing was stolen from the owner, is missing or has been lost in any other way. The same applies, where the owner was only the indirect possessor, if the possessor had lost the thing.(2) These provisions do not apply to money or bearer instruments or to things that are alienated by way of public auction or in an auction pursuant to section 979 (1a).

#### ۲- Market overt.

۳- Section 932 (2) BGB: (2)The acquirer is not in good faith if he is aware, or as a result of gross negligence he is not aware, that the thing does not belong to the alienor.



مالکان رغبت بیشتری به حفاظت از دلایل مالکانه دارند و سارق به دلیل اینکه نمی‌تواند دلایل مالکیت را به دست آورد مجبور است قیمت را کاهش دهد که این امر موجب مشکوک شدن خریدار شده و کالای سرقتی به فروش نمی‌رسد. در مقابل باید گفت که در این حالت چون شانس مالک در دعوا بالاست، سهل‌انگاری‌اش بیشتر است و تلاش چندانی برای حفاظت از مالش نمی‌کند، پس موجب افزایش سرقت است. همچنین، خریدار برای بررسی مالکیت فروشنده باید هزینه‌های زیادی کرده و باین‌حال نیز ریسک معامله بسیار بالاست و خریدار رغبت چندانی به معامله نخواهد داشت (Salomon, 2009: 13-14). در مقابل گفته می‌شود که حمایت از خریدار با حسن نیت موجب می‌شود که او هزینه چندانی برای بررسی مالکیت فروشنده نکرده، زیرا شانس موفقیت او بیشتر است و در نتیجه موجب افزایش سرقت می‌شود (Ibid.: 15). در پاسخ می‌توان گفت که اگر حسن نیت را تنها جهل (غفلت)<sup>۱</sup> بدانیم این گفته درست است اما اگر دارنده حسن نیت را کسی بدانیم که تلاش منطقی و متعارف برای بررسی مالکیت فروشنده انجام داده<sup>۲</sup> و باین‌وجود از عدم مالکیت فروشنده مطلع نگردیده باشد (Ben Shahr, 2007: 14) وضعیت این‌گونه نخواهد بود. در صورت حمایت از خریدار با حسن نیت، سرقت دشوارتر و پرهزینه‌تر می‌شود. زیرا تلاش مالک هم برای حفاظت از کالا بیشتر شده و سهل‌انگاری‌اش را کنار خواهد گذاشت (Salomons, 2009: 15)، چون می‌داند که اگر کالا به خریدار با حسن نیت برسد او نمی‌تواند کالا را پس بگیرد. از سوی دیگر، دقت خریدار برای بررسی بیشتر بوده و هزینه بیشتری صرف می‌کند (Rose, 2005: 25) و فروش کالای مسروقه دشوار می‌شود. با توجه به استاندارد بالای حسن نیت، خریدار نمی‌تواند ریسک کند. زیرا در صورت قصور، از او حمایت نمی‌شود. با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد که حمایت از خریدار با حسن نیت مناسب‌تر است. زیرا زمینه‌های ریسک و سهل‌انگاری را در جامعه کاهش می‌دهد.

باین‌وجود باید دقت داشت که همواره نمی‌توان قاعده حمایت از خریدار را اجرا کرد. زیرا ممکن است منجر به مشکلاتی شود. استثنایی که بر قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت وارد شده

۱- Subjective good faith.

۲- Objective good faith.

موردی است که مال مسروقه بوده و یا گم شده است. گفته شده که در این حالت، اگر حسن نیت مورد لحاظ قرار نگیرد خریدار هزینه کمتری برای بررسی صرف می کند و هر پیشنهادی را می پذیرد (Rose, 2005: 20). در جایی که حسن نیت تأثیرگذار است خریدار برای بررسی مالکیت فروشنده هزینه هایی را صرف می کند و مالک نیز تلاش بیشتری برای حفاظت از کالای خود دارد (Rose, 2005: 25). در مقابل گفته می شود که حمایت از مالک مناسب تر است زیرا، حمایت مطلق از مالک باعث می شود که مالک رغبت بیشتری برای باز پس گرفتن کالا داشته باشد (Schwartz and Scott, 2011: 1346). هر چه قدر منافع مالک بیشتر باشد، کالاهای مسروقه در بازار کمتر می شود و خریدار هم دقت بیشتری می کند تا ضرری متحمل نشود (Ben Shahr, 2007: 22). درست است که خریدار با حسن نیت نمی تواند کالای مسروقه را نگه دارد ولی در هنگام خرید، او با این فرض که کالا مسروقه نبوده و بنابراین از او حمایت می شود، دقت بیشتری معمول می کند تا دارنده با حسن نیت تلقی گردد. در اینجا نکته ای که لازم است عنوان شود آن است که در این مورد، قاعده غفلت<sup>۱</sup> مالک پیشنهاد شده است. مالک می تواند کالای مسروقه را پس بگیرد مگر اینکه خود در محافظت از کالا غفلت کرده باشد. زیرا در این حالت سطح توجه و مراقب مالک از یکسو و سطح دقت و بررسی خریدار از سوی دیگر افزایش می یابد. زیرا هر کدام که غفلت کنند کالا را از دست می دهد (Schwartz and Scott, 2011: 1353). در حالتی که هر دو قصور کردند خریدار مستحق نگه داشتن کالا است (Ibid.,: 1364) چون مالک تقصیر کرده است. به نظر می رسد که پذیرش قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت (ثوری عمل به ظاهر) به عنوان یک اصل باید پذیرفته شود و تنها استثنای آن بحث سرقت باشد. عدم پذیرش قاعده در جایی که کالا گم شده است نیز چندان توجیهی ندارد. زیرا گم شدن کالا به نوعی به تقصیر مالک برمی گردد. اگر کشورها در موارد سرقت، قاعده خرید از بازار یا مراکز فروش عمومی را رعایت می کنند به دلیل آن است که می خواهند اعتبار بازارها و مراکز عمومی حفظ شود و از خریدهای ریسکی در کوچه و خیابان، از افرادی که هویتشان چندان روشن نیست جلوگیری شود تا بتوان رد سارقان را پیدا کرد. در حقیقت به نظر می رسد که قاعده حمایت از خریدار با حسن نیت به عنوان

---

۱- Negligent rule.

قاعده‌ای فراگیر باشد ولی برای جلوگیری از شیوع سرقت در جامعه و جهت بالا بردن استاندارد حسن نیت، مورد مزبور استثناء شده است.

### نتیجه‌گیری

الف- شناخت واقعیت محض برای بشر ممکن نیست و آدمی تنها می‌تواند به ظواهر امور پی برد. بر همین اساس، هیچ خریدار بالقوه‌ای هنگام خرید مال نمی‌تواند مطمئن باشد که طرف مقابل او واقعاً مالک است. لذا، قواعد معاملات فضولی که بر مبنای حمایت از مالک تنظیم شده‌اند تکلیفی را بر مردم تحمیل می‌کنند که بالاتر از توان آن‌ها و به عبارت دیگر مالایطاق است. قواعد حقوقی مربوط به معاملات می‌بایست منطبق با این امر تنظیم شوند که بر عمل متعارف اشخاص اعتبار دهند. در غیر این صورت، نظم معاملاتی به هم خورده و مردم باید همواره در این اضطراب باشند که مبادا مالی را که خریده‌اند متعلق به دیگری باشد.

ب- مستندات قاعده‌ی د با تحلیل‌هایی که از این قاعده ارائه شده است سازگار نیست. از جمله مستندات این قاعده که شهرت فتوایی زیادی نیز دارد، حدیث حفص بن غیاث است که در آن امام (ع) برای توجیه این قاعده از عبارت «لولم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» استفاده کرده است که بیانگر نظم معاملاتی بوده و تنها زمانی معنا می‌دهد که ما به صحت و نفوذ معامله فضولی معتقد باشیم. مستند اصلی قاعده رویه عقلاست. باید گفت که رویه عقلای در عرصه معاملات برای اماره مزبور اعتباری بیش از یک نشانه قائل است و به عبارت دیگر، این امر که معامله‌ای که بر مبنای ظاهر منعقد شده قابل ابطال باشد برای عرف متصور نیست.

ج- در تحلیل اقتصادی، قاعده قابل پذیرش در زمینه معاملات فضولی، باید قاعده‌ای باشد که از میزان سرقت در جامعه کاسته و هزینه‌های قراردادی کمتری را بر طرفین تحمیل نماید. اعمال قواعد معاملات فضولی و حمایت مطلق از مالک موجب افزایش سهل‌انگاری مالکان شده و ضرر ناشی از تقصیر آن‌ها بر کسانی تحمیل می‌شود که هیچ اشتباهی را انجام نداده‌اند. این در حالی است که در صورت اعمال نظریه حمایت از اعتماد کننده به ظاهر- چون اگر مال به خریدار با حسن نیت برسد مالک دچار ضرر می‌گردد- اولاً مالکان سهل‌انگاری‌هایی چون عدم ثبت معامله را کنار می‌گذارند و در حفاظت از اموال خود می‌کوشند و ثانیاً خریداران هم برای اینکه

موردحمایت قرار گیرند تلاش و دقت بیشتری در جهت بررسی مالکیت فروشنده می کنند و بدین وسیله هم نظم معاملاتی برقرار می شود و هم زمینه برای جرائمی چون سرقت، کلاه برداری و ... کاسته شده و امنیت اجتماعی قابل قبولی در جامعه برقرار می گردد از سوی دیگر، پذیرش حمایت از خریدار با حسن نیت این امکان را به طرفین می دهد که با بررسی های متعارف و ادله مالکیت در تصرف خریدار، قرارداد را منعقد کنند ولی در صورت حمایت مطلق از مالک، خریداران باید به بررسی های متعارف اکتفا نموده و به دنبال این باشند که آیا فروشنده مالک واقعی است یا خیر که این امر هزینه های قراردادی را کاهش داده و از طرفی چون امکان شناخت مالک واقعی نباشد، حس اعتماد در بازار از بین رفته و بازار اعتبارش را از دست می دهد که این خود از لحاظ اقتصادی آثار زیان بارتری خواهد داشت.

د- هدف از داشتن یک مال صرف داشتن عین آن نیست بلکه هدف استفاده هایی است که می توان از آن مال به دست آورد. بنابراین اصرار شدید بر مفهوم عینی بودن حق مالکیت نوعی غفلت از واقعیت است. زیرا با جبران مناسب، مالک به همان چیزی دست می یابد که از کف داده بود.

ه- گرچه ممکن است پذیرش نظریه عمل به ظاهر موجب شود که بخش زیادی از قواعد حقوقی کنار گذاشته شود اما هدف از قواعد حقوقی پاسخ به نیازهای جامعه است و در حال حاضر جامعه توانایی پذیرش این نظریه را دارد. آنچه مردم در جامعه عمل می کنند بر مبنای نظریه حمایت از اعتماد کننده به ظاهر است و حال آنکه حقوق هنوز به این خواسته پاسخ نداده است.

## References

- [1] Abedian, Mirhosein, M.C Civil Law Notes, Beheshti University Law School, 2006-2007, (In Persian)
- [2] Amini, Mansour, The role of Registration of Immovable Property in French Law and Its Acceptability in Iranian law, Tahghighat Hoghughi, 49, 2009, (In Persian).
- [3] Copleston, Fredrick. History of Philosophy Volume 5, English philosophers from Hobbes to Hume, Amir Jalal al-Din Allama, Scientific and Farhapublishing company, 2009, (In Persian).
- [4] Fathi Zade, Morteza, Classical Epistemology and Epistemology of Third World, Hekmat Paper (2), 2003-2004, (In Persian).
- [5] Fooladvand, Ezatolah, Kant's Philosophy (write by Stephan Körner and translated by Ezatolah Fooladvand), Kharazmi publication company, 1999,

- (In Persian).
- [6] Haji Ali Orak, Safora, New Age thinking flows from Descartes to Kant, Falsafe month book, 30th, 2005, (In Persian).
- [7] Imami, Sayed Hasan, Civil Law, Vol. 1, Islamia Book Store, 1968, In Persian.
- [8] Jaafari Langroudi, Mohammad Jafar, Law Terminology, Ganje danesh, 2008, (In Persian).
- [9] Karim zade, Taher, Skepticism in the West (The Historical Process), Monthly Knowledge (128), summer of 2009, (In Persian).
- [10] Karimi, A., Evidences, Mizan Publication, 2007, (In Persian).
- [11] Katozian Naser, Civil Law (Elementary): property law, Mizan Publication, 2003, (In Persian).
- [12] Katozian, Naser, Civil Law: Specific Contract, Vol.1, Enteshar Publishing Company, 1992, (In Persian).
- [13] Kaviani, Korosh, Commercial Law (Commercial bills) Mizan Publication, 2008, (In Persian).
- [14] Makarem Shirazi, Naser, a series of jurisprudential-rule Alfaqih, vol.2, Institute of al-Imam Al-myralmumnyn, 1999. (In Arabic).
- [15] Malaki Abhari, Farzad, Sale of Registered Real Estate, a Master's Thesis, Shahid Beheshti University Law School, 2006, (In Persian).
- [16] Mohammad, Abul Hasan, Understanding the Principles of Islamic Law, Tehran University Press, 2004, (In Persian).
- [17] Mohaqeq Damad, Mustafa, Rule of Law, Civil Sector (Property and Liability), Press Center of Islamic Sciences, 2008, (In Persian).
- [18] Morvarid, Hshem& Haghi, Ali, Comparison of skeptical Interpretation and Naturalistic interpretation of Hume's Philosophy, Religious Studies, Philosophy and Theology, 41th year, Spring and Summer of 2009, (In Persian).
- [19] Mostafavi, Sheikh Sayed Kazem, One Hundred jurisprudential-rules, Islamic Press(In Arabic).
- [20] Muhammadi, Muslem, Hume's Empiricism and Its Impact on Religious Teachings, Human Religious Studies, 7th year, (23), Spring and Summer of 2004, (In Persian).
- [21] Musavi Bojnordi, Seyed Hassan, Jurisprudential-rules, vol. 1, no 1, of Najaf Press Institute, 1992, (In Arabic).
- [22] Saneii Dare bidi, Manouchehr, Kant's alive soul (a Discussion with Dr. Manouchehr Saneii Dare bidi, Soure Monthly, 46, 2010, (In Persian).
- [23] Shahidi, Mahdi, Contract to Conclude Sale, Law Articles collection (Civil Law, Commercial law, Criminal Law), Hoghoghdan Express, 1995, (In Persian).
- [24] Shams, Abdollah, Civil Procedure, vol.3, Derak, 2007, (In Persian).
- [25] Arruanda, Benito, Property as an economic concept: reconciling legal and economic conceptions of property rights in a Coasean framework, Barcelona GSE , Barcelona GSE working group paper series, working paper n° 614.

- 
- [26] Ben- Shahr, Omri, property rights in stolen goods, an economic analysis, 2007. available at:
- [27] [http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/Buyer\\_In\\_Good\\_Faith.pdf](http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/Buyer_In_Good_Faith.pdf).
- [28] [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p.3623](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p.3623).
- [29] Rose, Casper, the transfer of property rights by theft-an Economic analysis, Center of law, economics and financial institutions at CBS ( LEFIC), LEFIC paper 2005-9, 2005.
- [30] salomons, Arthur F, good faith acquisition of movables, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1515719](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1515719).
- [31] Schwartz, Alan and Scott, Robert .E, rethinking the laws of good faith purchase, Columbia law review, vol. 111, 2011
- [32] Smith, Norman, Kant's Theory of Mental Activity, A commentary on transcendental analytic of the critique of pure reason, united states, Harvard university press, 1962.