

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

جایگاه بیع شرط و معاملات با حق استرداد با رویکرد به قانون مدنی و قانون ثبت

فرشته ایلخانی پور

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج، یاسوج، ایران.
fereshteh.ilkhani pour1395@gmail.com

عبدالله بهمن پوری

استادیار و عضو هیئت علمی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران.
bahmanpouri10@yu.ac.ir

چکیده

معاملات با حق استرداد برعکس همه عقود که نشأت گرفته از قانون مدنیست، معامله ایست آفریده‌ی قانون ثبت. قبل از شکل‌گیری قانون ثبت رباخواران با سوءاستفاده از بیع شرط قانون مدنی به اهداف نامشروع خود دست می‌یافتند اما قانونگذار ثبت با پی‌بردن به این مطلب اثر اصلی بیع شرط قانون مدنی را که همانا مملکت بودن است، از آن سلب و با بنا نهادن این معاملات سدی در مقابل رباخواران ایجاد نمود. با توجه به اینکه تاریخ حقوق ایران نشان می‌دهد که از ماده ۴۵۹ ق.م. به شدت سوءاستفاده شده است و از آنجا که ماده ۴۶۳ ق.م. ضمانت‌اجرای موقتی برای اجرای جلوگیری از نیرنگهای سرمایه‌داران نبود، قانونگذار در ماده ۳۳ ق.ث. اثر تمثیلی بیع شرط را سلب کرد و به‌طور کلی ماده ۳۴ ق.ث. اثر معاملات با حق استرداد را در زمینه معاملات رهنی قرار داد. فقهای شورای نگهبان در نظریه ش ۴۸۹۸ در مورخ ۶۴/۹/۱۹ اظهار نموده‌اند: «ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ و به دلایل ذیل مغایر با موازین شرعی می‌باشد: ۱- در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت، فروشنده در انتقال مبیع به خود، پیش از انقضا مدت و عدم اخذ به خیار و انقضاء موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین، ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.» هدف از اجرای این طرح ضمن ارائه یک منبع مطالعاتی در زمینه موضوعی که تاکنون به‌طور مدون و مفصل (به صورت تطبیقی) از آن سخن به میان نیامده می‌باشد و ضمن طرح ایرادات مشابه سعی می‌شود که راه‌حلی ارائه شود.

واژگان کلیدی: بیع شرط، معاملات، حق استرداد، قانون مدنی، قانون ثبت

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

مقدمه

همانطوری که در تطور تاریخی بیع شرط ذکر گردید، بیع شرط در سیر تحولی خود، در نهایت با وضع مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. آثار بیع بودن خود را از دست داد و جزء "معاملات با حق استرداد" قرار گرفت. بدین ترتیب مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ ق.م. نسخ شده تلقی شد. ولی ماده ۳۴ ق.ث. در سال ۱۳۵۱ اصلاح گردید و فقط معاملات غیرمنقول را تحت سیطره خود باقی نگه داشت و اموال منقول از تحت حاکمیت آن خارج گشته و از آنجایی که مواد مربوط به بیع شرط صریحاً نسخ نگردیده بود و اموال (قراردادهای راجع به اموال) خارج از حکومت ماده ۳۴ ق.ث. اعمال می‌شوند. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، از آنجایی که طبق اصل ۴ ق.ا. تمام قوانین بایستی بر اساس موازین اسلامی باشد و مرجع تشخیص نیز در این خصوص شورای نگهبان می‌باشد، ماده ۳۴ ق.ث. را در خصوص بیع شرط مغایر با موازین اسلامی تشخیص داد. بدین ترتیب اموال غیرمنقول نیز از سیطره این ماده خارج گشته و تابع مواد قانون مدنی گشتند. البته این نظر شورای نگهبان بر اساس پیشینه‌ای که بیع شرط در فقه دارد و جزء معاملات شرعی و رایج بوده صورت گرفته است.

عده‌ای از قضات و حقوقدانان بر این اعتقادند که شورای نگهبان نمی‌تواند قوانین پیشین را بدون اینکه در مجلس طرح شوند نسخ کند، بنابراین ماده ۳۴ ق.ث. هنوز قابلیت اجرایی در خصوص بیع شرط را دارد. پس از بررسی حقوق ایران در مورد معاملات با حق استرداد، خواهیم دید که این تأسیس حقوقی هر چند در حقوق سایر کشورهای جهان بی‌سابقه نیست ولی دارای ماهیت منحصر به فرد و ویژه ایست. از این رو مقایسه نظام حقوقی ایران با حقوق انگلیس در خصوص این موضوع خالی از ابهام نخواهد بود. بنابراین بررسی معاملات با حق استرداد، که بیع شرط در برخی از موارد جزء این معاملات محسوب می‌شود، در این نوشتار خالی از فایده نخواهد بود و به عنوان تکمیل‌کننده آن باشد.

بیان مسئله

بیع شرط در سیر تحولی خود، در نهایت با وضع مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. آثار بیع بودن خود را از دست داد و جزء "معاملات با حق استرداد" قرار گرفت. بدین ترتیب مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ ق.م. نسخ شده تلقی شد. ولی ماده ۳۴ ق.ث. در سال ۱۳۵۱ اصلاح گردید و فقط معاملات غیرمنقول را تحت سیطره خود باقی نگه داشت و اموال منقول از تحت حاکمیت آن خارج گشته و از آنجایی که مواد مربوط به بیع شرط صریحاً نسخ نگردیده بود و اموال (قراردادهای راجع به اموال) خارج از حکومت ماده ۳۴ ق.ث. اعمال می‌شوند. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، از آنجایی که طبق اصل ۴ ق.ا. تمام قوانین بایستی بر اساس موازین اسلامی باشد و مرجع تشخیص نیز در این خصوص شورای نگهبان می‌باشد، ماده ۳۴ ق.ث. را در خصوص بیع شرط مغایر با موازین اسلامی تشخیص داد (نظریه ش ۴۸۹۸ مورخ ۶۴/۹/۱۹). بدین ترتیب اموال غیرمنقول نیز از سیطره این ماده خارج گشته و تابع مواد قانون مدنی گشتند. البته این نظر شورای نگهبان بر اساس پیشینه‌ای که بیع شرط در فقه دارد و جزء معاملات شرعی و رایج بوده صورت گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰). عده‌ای از قضات و حقوقدانان بر این اعتقادند که شورای نگهبان نمی‌تواند قوانین پیشین را بدون اینکه در مجلس طرح شوند نسخ کند، بنابراین ماده ۳۴ ق.ث. هنوز قابلیت اجرایی در خصوص بیع شرط را دارد. پس از بررسی حقوق ایران در مورد معاملات با حق استرداد، خواهیم دید که این تأسیس حقوقی هر چند در حقوق سایر کشورهای جهان بی‌سابقه نیست ولی دارای ماهیت منحصر به فرد و ویژه ایست. از این رو مقایسه نظام حقوقی ایران با سایر کشورها در خصوص این موضوع خالی از ابهام نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۰). مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال‌دهنده حق دارد، با ردّ عوض که دریافت کرده است، مال تملیک شده را استرداد کند، خواه صورت معامله بیع با شرط خیار باشد یا صلح و خواه امکان استرداد به وسیله شرط خیار باشد یا وکالت یا نذر. به عبارت دیگر معامله با حق استرداد عقدیست مفروض قانونگذار که اثر انتقال مالکیت را، از هر عقد تملیکی و معوض که عوض قابل استرداد است، گرفته و بر عوض اثر وثیقه‌ای و بر معوض اثر قرضی بار می‌کند. معامله با حق استرداد با تولد خود باعث مرگ تعدادی از معاملات راجع به املاک و اموال غیرمنقول و منقول ثبت شده که تحت هر عنوان در آنها قید می‌شد که "طرف، حق استرداد مال مورد معامله را دارد" می‌شود. بنابراین بررسی معاملات با حق استرداد، که بیع شرط در برخی از موارد جزء این معاملات محسوب می‌شود، در این نوشتار خالی از فایده نخواهد بود و به عنوان تکمیل‌کننده آن باشد.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

اهداف تحقیق

هدف کلی:

بررسی جایگاه بیع شرط و معاملات با حق استرداد با رویکرد به قانون مدنی و قانون ثبت

اهداف جزئی

۱. بررسی و تبیین آثار حقوقی معاملات با حق استرداد و تحلیل و ارزیابی نظرات مختلف در خصوص آثار و ابعاد این نوع معاملات و تکالیف طرفین قرارداد و بررسی موارد مبهم در مورد نتایج حاصله از آن
۲. بررسی و تبیین مسائل مربوط به ماهیت و نحوه انعقاد معاملات با حق استرداد
۳. بررسی تطبیقی با سایر عقود و تعهدات مدنی مشابه، مانند بیع شرط و عقد رهن از باب شباهتها، تفاوتها، نقدها و ایرادات وارده،

فرضیات تحقیق

- ۱- ماهیت معاملات با حق استرداد آن است که اثر انتقال مالکیت را، از هر عقد تملیکی و معوض که عوض قابل استرداد است، گرفته و بر عوض اثر وثیقه ای و بر معوض اثر قرضی بار می کند.
- ۲- رابطه ای که مابین بیع شرط و معاملات با حق استرداد وجود دارد رابطه تباین باشد چرا که مابین این دو نوع معامله هیچ وجه مشترکی نیست و هریک از این دو نوع معامله برای خودشان قلمرو خاص پیدا کرده اند.
- ۳- مواد قانون مدنی در خصوص خیار شرط و همچنین بیع شرط تا حدودی که مغایر با مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت. باشند منسوخ گردیده اند.

معاملات وثیقه ای، انواع و عناصر آن

بند اول : تعریف معامله

الف) به معنی اعم

«معامله به معنی اعم عبارت است از هر عملی که محتاج به قصد قربت نباشد. بنابراین عقد صدقه (ماده ۸۰۷ ق.م.) معامله نیست. ولی غضب و عمل موجب ضمانات قهری و جرایم کبیره و صغیره، جزو معامله به معنی اعم می باشند. معامله به این معنی در فقه بسیار نزدیک به اصطلاح معاملات مدنی در حقوق خارجی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۴).

ب) به معنی اخص

- ۱- معامله به معنی خاص شامل عقود (مالی و غیرمالی مانند نکاح) و ایقاعات است.
- ۲- معامله به معنی اخص که شامل عقود مالی معوض است و شامل عقد نکاح نمی شود.
- ۳- به معنی عقود معین و غیرمعین است. (ماده ۴۶ و ۴۷ ق.ت.).
- ۴- به معنی عقود و ایقاعات (ماده ۲۲۳ ق.م.) است. حمل معامله بر این معنی در غیر قانون مدنی دشوار است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۴).

بند دوم : تعریف وثیقه

در معنای لغوی وثیقه به معنی «استوار»، «آنچه بدان اعتماد شود» و «محکم کاری» است. و در اصطلاح در معانی زیر به کار رفته است :

- نخست- در اصطلاح مالی است (منقول و غیرمنقول) که وام گیرنده تحت یکی از صورت های قانونی از قبیل رهن یا معامله با حق استرداد، آن را نزد وام دهنده می گذارد و وام می ستاند تا اگر در موعد مقرر آن را پس نداد، وام دهنده بتواند از محل فروش وثیقه و قیمت آن، طلب خود را وصول کند.
- دوم- مالی که برای تضمین حسن اجراء تعهد داده می شود. در این صورت، دین بالفعل و محقق وجود ندارد؛ به عکس رهن و بیع شرط که باید در آنها دین بالفعل در حین عقد باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۵). بر این اساس وثیقه مبلغ مالی یا دارایی غیرمنقولی است که در ازای شرطی نزد طرف قرارداد یا دادگاه می گذارند.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

بند سوم : تعریف معاملات وثیقه ای

«هر معامله ای که به موجب آن شخصی (اعم از این که مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد، خواه آن عمل ردّ طلب باشد یا عمل دیگر و خواه آن طلب ناشی از قرارداد باشد یا نه. در قانون ما به معاملات وثیقه ای، معاملات شرطی و رهنی و معاملات با حق استرداد نام داده اند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۲). اصل بر این است که وثیقه گذاری یا وثیقه قرار دادن به واسطه انعقاد عقد و در ضمن آن صورت پذیرد حال تفاوتی نمی نماید آن عقد رهن باشد یا بیع شرط و یا حتی قراردادهای خصوصی که به موجب ماده ۱۰ ق.م. منعقد می گردد. ماهیت پیدایش وثیقه، وجود دین است و منشاء آن هر چه باشد فرقی نمی کند اما باید وجه نقد باشد نه کالا و برای پرداخت آن سررسید و موعد تعیین شده باشد. همچنین در این نوع معاملات مانند معاملات رهنی مالکیت مالی که به وثیقه گذاشته می شود انتقال نمی یابد بلکه در صورت فوت مالک این حق تماماً به ورثه متوفی منتقل می گردد و حتی پرداخت مالیات مربوط به مال نیز به عهده وارث مالک پیشین محول می شود.

بند چهارم : عناصر معاملات وثیقه ای

«عناصر مشخص این معاملات، این است که مالک مالی که به وثیقه داده می شود :

اولاً- آن را ضمن عقد به وثیقه می دهد، خواه آن عقد بیع شرط باشد یا رهن باشد یا عقد دیگر. مانند صلح یا عقد مذکور در ماده ۱۰ ق.م.

ثانیاً- مال مورد وثیقه به موجب این عقد از مالکیت مالک پیش از عقد خارج نمی شود و در مالکیت او باقی می ماند. به همین جهت باید در صورت تعلق مالیات، مالیات آن را خود او بدهد و اگر فوت کند مال مورد وثیقه به وراثت خود او منتقل شده که در این صورت پرداخت مالیات بر عهده ورثه او می باشد و حتی از نظر شرعی هم جزء مال او محسوب می شود، مگر در مورد بیع شرط که از نظر قوانین فعلی کشور ملک نیست و همچنان در مالکیت بایع شرطی باقی می ماند. ولی در فقه از مالکیت او خارج و ملک مشتری محسوب می شود. در این صورت ذکر کلمه استرداد که موهوم نقل ملک است در ماده ۳۳ ق.ث. درست نیست و با صدور ماده ۳۴ مکرر همان قانون که به بایع شرطی و رهن اجازت داده شده که مورد معامله را برای دفعات دیگر هم به همان نحو مورد معامله قرار دهند، سازگار نیست و همچنین ذکر نقل و انتقال و مشتقات آنها در مواد ۳۳ و ۳۹ قانون مذکور مبنی بر تغافل است نه غفلت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۲).

انواع معاملات وثیقه ای

«معاملات وثیقه ای سه صورت عمده دارند :

اول- معاملات مذکور در مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. که عناصر آن عبارتند از :

- الف) وجود دین که وثیقه برای آن داده می شود. منشاء دین هر چه باشد فرق نمی کند.
- ب) قراردادی که به موجب آن مالی برای دین مزبور به وثیقه ی دین داده می شود، خواه بیع شرط باشد خواه رهن خواه قرارداد دیگر.
- ج) دین مزبور وجه باشد نه کالا.
- د) برای پرداخت دین، موعد و سررسیدی معین شده باشد.

دوم- وثیقه حسن انجام تعهد : در این صورت از معاملات وثیقه ای که امروز صور مختلف آن رو به ازدیاد است :

اولاً- در حین معامله اساساً دینی وجود ندارد.

ثانیاً- شخصی بر اثر قبول خدمتی در یک بنگاه رسمی و غیر رسمی تعهد می کند که طبق شرایط معین وظیفه و کار خود را انجام دهد و اگر تخلف کرد و خسارتی از تخلف او حاصل شد، این خسارت را که دین او خواهد شد به آن بنگاه بدهد و برای تأمین این قصد از همان حین استخدام ملکی را نزد بنگاه به وثیقه می گذارد که در صورت تخلف و حدوث خسارت تا مبلغ معین (و یا به میزان خسارت وارد شده) با صدور اجرائیه و فروش مورد وثیقه خسارت خود را از آن محل استیفاء کند.

وثیقه حسن انجام تعهد همیشه به این صورت نیست. چه، ممکن است کسی از کارخانه ای تدریجاً کالا برای فروش بگیرد و سفته به کارخانه بدهد و تدریجاً به کارخانه مقروض شود و برای حسن انجام تعهد به پرداخت وجه سفته ها ملکی را به صاحب کارخانه و رهن بلامدت بدهد تا هر وقت هر قدر از سفته های او واخواست شود با صدور اجرائیه و فروش مواد وثیقه به همان نسبت طلب خود را استیفاء نماید. در این فرض هم در حین معامله وثیقه ای دینی وجود ندارد تا چه رسد به سر رسیدی که برای پرداخت آن معین کنند. شک نیست که مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. بر نوع دوم از معاملات وثیقه ای صددرصد قابل تطبیق نیست، ولی به اندک عنایت معلوم است که روح مواد مذکور شامل این مورد است و شورای عالی ثبت اخیراً این رویه را پذیرفته است.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

سوم- از مواد ۳۳۸ و ۱۹۷ ق.م. معلوم است که در بیع ممکن است ثمن هم عین باشد و هم پول. بنابراین در بیع شرط هم ممکن است ثمن کالا باشد، مثل اینکه شخصی خانه خود را در قبال صد تن پسته به بیع شرط بدهد که در سر رسید پسته را بدهد و خانه را مستخلص کند. در این صورت خسارت تأخیر ماده ۳۴ ق.ث. به آن تعلق نخواهد گرفت و آگهی مزایده هم به عنوان مقدار صد تن پسته باید منتشر شود (مستقیماً از ماده ۳۴ ق.ث. به انضمام مواد ۱۹۷ و ۳۳۸ ق.م. از خواص مشترک معاملات وثیقه ای در هر سه نوع آن، این است که معاملات مذکور از طرفین لازم است که در رهن باشد یا بیع شرط یا عقد دیگر، زیرا در ماده ۳۴ ق.ث. معاملات شرطی و رهن در یک سیاق ذکر شده و همه تابع یک حکم اند و عبارت ماده طوری است که نمی توان گفت: «رهن طبق ماده ۷۸۷ ق.م. از طرف مرتهن جایز است، ولی معاملات شرطی طبق ماده ۲۱۹ ق.م. نسبت به طرفین لازم است. بنابراین کلمه (می تواند) در ماده ۳۴ ق.ث. اصلاحی ۱۳۲۰/۵/۲۶ به این معنی است که بستانکار حق دارد صدور اجرائیه را بخواهد نه اینکه حق دارد با چشم پوشی از مورد وثیقه (که همان به هم زدن معامله با حق استرداد به تعبیر ماده ۷۸۷ ق.م. می باشد) طلب خود را بر ذمه ی مدیون تحمیل و در نتیجه سند طلب خود را به صورت یک سند ذمه ای درآورد و مال و دارایی و آزادی مدیون را تهدید کند. در مورد سند ذمه ای توقیف مدیون جایز است، زیرا این همان وضعی بود که برای اجتناب از آن مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۴ مکرر ق.ث. وضع شده است. به این ترتیب مواد قانون ثبت در حدّ خود نسخ ماده ۷۸۷ ق.م. است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: صص ۶۶۴-۶۶۲).

معاملات رهنی و شرطی و معاملات با حق استرداد و سایر معاملات وثیقه ای تابع مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر ق.ث. و ماده ۱۰۸ به بعد آئین-نامه اجرائی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء مصوب سال ۱۳۲۲ می باشد. ولی مقررات اجرای اسناد را می توان در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ و اصلاحیه مصوب ۱۳۲۲/۶/۲۷ و الحاقی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ و آئین‌نامه طرز اجرائیه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ وزارت دادگستری مشاهده نمود. در واقع آئین‌نامه اخیرالذکر جایگزین مقررات سابق گردیده و تمامی عملیات اجرائی بر اساس آئین‌نامه مذکور انجام می گیرد.

بند اول : معاملات رهنی

رهن در لغت به معنی گروگان و در قید چیزی بودن آمده و مترادف آن کلمه وثیقه است به عبارتی رهن گرو گذاشتن مالی است نزد دیگری در قبال دریافت وام تا اداء دین و در واقع نوعی قرض گرفتن است در قبال ترهین مالی بعنوان پشتوانه که تا بازپرداخت آن نزد وام دهنده گرو می ماند. در تحریر الوسیله حضرت امام خمینی (قدس سره الشریف) در تعریف رهن آمده است: رهن عقدی است که جهت وثوق و خاطر جمعی طلبکار بر دینی که بر ذمه بدهکار دارد تشریح شده است و به عینی که گرو داده شده «رهن و مرهون» و به پرداخت کننده آن «راهن» و به گیرنده آن «مرتهن» گفته می شود.

فصل هجدهم قانون مدنی نیز به مبحث رهن اختصاص یافته و به تفصیل شرایط راهن و مرتهن و مورد رهن را بیان نموده است. رهن، عقدی است که بموجب آن، مال مدیون، وثیقه طلب وی قرار می گیرد. به بیان ماده ۷۷۱ ق.م. «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند».

بدین ترتیب عقد رهن سبب می شود که طلبکار وثیقه عینی بیابد و بر آن «حق عینی تبعی» پیدا کند؛ بدهکار نتواند در آن تصرفی کند که به زیان مرتهن باشد (ماده ۷۹۳ ق.م.) و طلبکار نسبت به استیفای حق خود از قیمت مال مرهون بر دیگر طلبکاران رجحان یابد. به عبارت دیگر «رهن عقدی است که بموجب آن بدهکار یا ثالث مال موجود در خارج (اعم از منقول یا غیرمنقول) را بعنوان وثیقه به بستانکار می دهد تا اگر بدهی خود را در سر رسید ندهد از محل فروش وثیقه طلب بستانکار داده شود، عقد رهن عقد عینی است و تا به قبض ندهد اثر عقد پدید نمی آید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: صص ۲۰۸۴-۲۰۷۱).

«رهن اخص از معاملات وثیقه ای است زیرا به موجب عقد رهن مالی به وثیقه داده می شود ولی عقود دیگری هم وجود دارد که به موجب آن مالی به وثیقه داده می شود (معاملات وثیقه ای).

از ظاهر ماده ۳۳ و ۳۴ ق.ث. معلوم است که عقد رهن مشمول عنوان معاملات با حق استرداد نیست. در این صورت عنوان معاملات با حق استرداد اخص از عنوان معاملات وثیقه ای است زیرا عنوان اخیر بر رهن هم صدق می کند ولی عنوان معامله با حق استرداد بر رهن صدق نمی کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۶۵).

بند دوم : معاملات شرطی

ماهیت معاملات شرطی ناشی از بیع است با حق خیار برای متعاملین و هر چند در باب خیار شرط ضمن مواد ۳۹۹، ۴۰۰ و ۴۰۱ ق.م. به توضیح آن پرداخته است اما فصلی از فصول قانون مدنی به بیع شرط اختصاص یافته است و غالب معاملات شرط تحت همین عنوان انجام می گیرد و متبادر به ذهن افراد از معاملات شرطی همانا بیع شرط می باشد.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

با نگاهی به پیشینه تاریخی مربوط به معاملات شرطی می توان دریافت که ماهیت این معاملات دستخوش تغییراتی شده است. در ابتدا در معاملات شرطی سعی بر این بود که بین ثمن و مئمن معامله تناسب ارزشی رعایت شود لذا بایع هیچ گاه حقوق خود را تضییع شده نمی دید و هرگاه اراده می کرد می توانست از حق خیار خود استفاده نماید. اما رفته رفته این نوع از معاملات نیز جنبه صوری به خود گرفت و ماهیت آن به صورت وثیقه ای برای معاملات استقراضی تلقی شد، به همین علت دیگر بین ثمن دریافتی با قیمت واقعی مبیع هیچ تناسبی به چشم نمی خورد و برای بدهکاری که به چنین معامله ای تسلیم می شد همواره این خطر وجود داشت که چنانچه به موقع موفق به تهیه اصل وجه و سود آن برای فسخ معامله نمی گشت در برابر اخذ مبلغ ناچیزی تمام مبیع از مالکیت قطعی مشتری بیرون آید و از طرفی عده ای با سوء استفاده از این موقعیت با توسل به معامله شرطی کلاه شرعی برای معاملات خود پیدا کرده و حق همه گونه اختیارات را از بایع سلب می ساختند تا بعداً هیچگونه ادعایی متوجه آنان نگردد. اما با پدید آمدن چنین جوی نیاز به یک حکم حکومتی بود تا در خصوص این معاملات ساماندهی رخ دهد و در زمان ناصرالدین شاه طی فرمانی محاکم مکلف شده اند مبلغ پرداختی مشتری را با مال الاجاره ملک مورد معامله حساب نموده و مازاد قیمت مبیع به نفع بایع حکم صادر نمایند. اما این حکم نیز افاقه نکرد و سرمایه داران که تمایلشان به انجام معاملات شرطی کم شده بود حاضر به تسلیم شدن به این احکام نبودند و در چنین شرایطی بایع صوری (بدهکار واقعی) ناچار بود طبق دلخواه طلبکار مبیع را به بیع قطعی به مشتری منتقل کند و در برابر خریدار ظاهری به فروشنده وکالت می داد که اگر در موعد معین، عین ثمن با مال الاجاره گذشته ملک به وی مسترد گردد بایع ذیحق است که مبیع را مجدداً به خود منتقل سازد. در نتیجه در این معاملات بعد از انقضاء مهلت و عدم پرداخت وجه موضوع وکالت خود به خود منتفی می شد و دعوای آنان در محاکم مسموع نبود و در نتیجه معامله قطعی محسوب می شد. بعد از تصویب قانون مدنی برای جلوگیری از اجحاف حق خریداران شرطی، ماده ۳۴ ق.ت در این راستا به تصویب رسید که البته این ماده در سال ۱۳۸۶ با اصلاحاتی مواجه شده است. در ماده اصلاحی جدید کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملاتی که در ماده ۳۳ ق.ت راجع به اموال منقول و غیر منقول منعقد می شود اگر چنانچه بدهکار طلب خود را در مهلت مقرر در سند نپردازد طلبکار می تواند با مراجعه به دفترخانه تنظیم کننده سند صدور اجرائیه را خواستار باشد. در خصوص معاملات شرطی می توان با تکیه بر اینکه بایع می تواند با تحویل ثمن معامله در مهلت مقرر، مبیع را مسترد کند احکام مربوط به معاملات با حق استرداد را در خصوص آن جاری و ساری نمود.

بند سوم : بیع شرط

بیع شرط در قانون مدنی به موجب ماده ۴۵۸ چنین تعریف شده است : «در عقد بیع تعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می تواند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار تابع قرارداد تعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعضی نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن» با نگاهی به ماده مذکور می توان دریافت که بیع شرط از انواع بیع خیاری بوده و بایع می تواند در مهلت مقرر با رعایت جهات قانونی معامله را فسخ و مبیع را به خود منتقل نماید. در غیر این صورت پس از انقضاء مدت به ملکیت قطعی مشتری در می آید و نیز نمائت و منافع حاصله از حین عقد تا زمان فسخ متعلق به مشتری خواهد بود.

بیع در لغت، گاه به معنای فروش و گاه به معنای خرید آمده است و از واژگان متضاد به شمار می رود متعاقبین در ضمن عقد بیع می توانند، هر شرطی که برخلاف احکام شرعی و مقتضای عقد نباشد، شرط نمایند. به طور مثال هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد نماید، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد؛ در هر حال حق خیار، تابع قرارداد تعاملین خواهد بود. به این معامله بیع شرط یا بیع خیاری می گویند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۱۷۲).

شرط خیار در بیع شرط، دارای ویژگی خاصی است و آن اینکه این خیار برای فروشنده شرط می شود، در حقیقت فقط فروشنده می تواند از این امتیاز استفاده کند و شرط استفاده از آن پرداخت ثمن می باشد. بدین ترتیب که شخص مال خود را فروخته و در آن شرط می کند که اگر در مدت خیار، ثمن و قیمت آن مال را به خریدار برگرداند، بتواند عقد را فسخ کرده و مبیع را پس بگیرد.

از ساختمان حقوقی این نوع معامله سوء استفاده هایی می شود، بدین ترتیب که از آن برای گرفتن سود پول، استفاده می شود، به طوری که وام دهنده به طور صوری ملک وام گیرنده را خریده و در قرارداد شرط می کرد که اگر فروشنده، ثمن را ظرف مهلت معینی نپردازد، حق فسخ معامله را خواهد داشت. غالباً در این معاملات، ارزش وام در مقابل ملک، ناچیز بود و اگر فروشنده در مهلت معین نمی توانست وام را پس داده و معامله را فسخ کند، معامله قطعی می شد و ضررهای زیادی به فروشنده وارد می شد.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

جهت جلوگیری از سوء استفاده‌های مختلف، ماده ۳۳ ق.ث. وضع شد که مقرر می‌دارد: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا ... مورد معامله واقع می‌شوند، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده یعنی فروشنده است».

در حقیقت با وضع این ماده قانونگذار اعلام کرد که بیع خیاری، مملک نیست و خریدار چنین ملکی نمی‌تواند به ادعای مالکیت، تقاضای ثبت ملک کند.

در نهایت ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت به طور کلی معاملات با حق استرداد (که فروشنده حق استرداد را دارد) را در زمره معاملات رهنی قرارداد. به موجب این ماده در معاملات شرطی مثل بیع شرط، خریدار، تنها طلبکار فروشنده است و می‌تواند برای وصول طلب خود درخواست صدور اجرائیه و فروش مبیع شرطی را بنماید، نه اینکه بتواند مستقلاً ملک را به نام خود ثبت نماید. از جمله آثار بیع شرط در قانون مدنی عبارتند از: (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ص ۱۶۲).

۱- برخلاف قانون ثبت، ملکیت مبیع به خریدار انتقال می‌یابد و طبق ماده ۴۵۹ اگر فروشنده در زمان مقرر، ثمن را باز نگرداند، بیع قطعی می‌شود؛ اگر چه این ماده با قانون ثبت اصلاح شده است.

۲- قید خیار برای فروشنده موجب محدودیت سلطه خریدار بر ملک می‌شود. ماده ۴۶۰ ق.م. مقرر می‌دارد: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».

شرایط اساسی معاملات با حق استرداد

بند اول : اهلیت داشتن

اهلیت را به انگلیسی "capacity" و به فرانسه هم "capacite" گویند. در لغت به معنی سزاوار بودن، لیاقت، قابلیت، استحقاق و صلاحیت آمده است. در علم حقوق عبارت از صلاحیت قانونی برای دارا بودن حق و نیز اعمال حق می‌باشد که به اهلیت تمتع و اهلیت استیفاء تقسیم می‌شود. اهلیت در حقوق ایران به دو معنی بکار رفته است:

۱- اهلیت به معنای عام؛

۲- اهلیت به معنای خاص؛

منظور از اهلیت به معنای عام، عبارت است از صلاحیت شخص برای دارا شدن حق و اجرای حق؛ در حقیقت در این مفهوم، اهلیت به معنای کامل آن استفاده می‌شود، به طوری که هر شخصی که بتواند، دارای حقی شود و نیز بتواند از آن استفاده نموده و استیفاء نماید، گفته می‌شود که اهلیت کامل دارد مثل انسان بالغ و عاقل و رشید.

اهلیت به معنای خاص فقط شامل یکی از این دو قسم است، یعنی یا اهلیت دارا شدن حقی، یا اهلیت اجرای آن، در صورت وجود هر یک از این حق در شخصی، گفته می‌شود که اهلیت استیفاء یا اهلیت تمتع دارد هر کجا که واژه اهلیت استفاده می‌شود بیشتر منظور اهلیت استیفاء و اجرای حق است و همین اهلیت اعمال حق، یکی از شرایط اساسی معامله می‌باشد و شخصی که اهلیت استیفاء و اجرای حق ندارد، معامله او و معامله با او صحیح و کامل نخواهد بود. «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند» (مفاد ماده ۲۱۰ ق.م).

اهلیت تمتع آن عبارتست از: قابلیت در انسان که به اعتبار آن می‌تواند دارای حق شود و مورد تکلیف قرار گیرد. یا به عبارت دیگر: استعدادی که به موجب آن شخص از حقوق خصوصی بهره‌مند می‌شود و می‌تواند صاحب حق و تکلیف گردد. و به نظر دکتر کاتوزیان چون تمتع از حق به طور معمول با بکار گرفتن و اجرای آن همراه است، این کلمه صلاحیت اعمال حق را نیز در بر می‌گیرد. اهلیت دارا شدن حق یا اهلیت تملک و استحقاق، همگی به معنی صلاحیت و توانایی شخص برای دارا شدن حق است و این اهلیت بستگی به مراحل زندگی انسان دارد. مراحل زندگی انسان عبارتند از: اهلیت جنین، اهلیت دوران طفولیت، اهلیت دوران تمیز (تشخیص خوبی‌ها و بدی‌ها) اهلیت بلوغ و اهلیت رشد. در حقیقت اهلیت انسان از دوران جنینی و بطور ناقص شروع می‌شود و به سوی تکامل می‌رود.

«اهلیت برای دارا بودن حقوق، با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود» (مفاد ماده ۹۵۶ ق.م). شخصیت حقوقی از تولد انسان شروع و در تمام طول زندگی و حیات او ادامه داشته و با فوت وی پایان می‌پذیرد. حتی در ماده ۹۵۷ ق.م. جنین نیز دارای حقوق بوده به شرط زنده متولد شدن که می‌گوید حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.

اهلیت استیفاء که به انگلیسی "capacity to exercise rights" گویند و آن عبارت از قابلیت که قانون برای افراد شناخته تا بتوانند حق خود را اجرا و خود متعهد سازند. به دیگر سخن صلاحیتی که شخص به حکم قانون درباره اعمال حق خویش می‌یابد. برای اینکه شخص بتواند حق خویش را به مرحله اجرا درآورد. باید اهلیت استیفاء داشته باشد. منظور از اهلیت استیفاء، اهلیت اجرای حق و اهلیت اداء،

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

داشتن شرایط لازم قانونی می‌باشد. مطابق ماده ۲۱۱ ق.م.ا: «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند»، به همین علت ماده ۲۱۲ ق.م.ا «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند را بواسطه عدم اهلیت باطل می‌داند.» اجرای حق مستقیماً و بالاستقلال منوط به استعداد طبیعی و جسمی و روحی افراد می‌باشد. مثلاً هر چند که کودک دو ساله دارای اهلیت تمتع است، مع الوصف آن قدرت جسمی و روحی را ندارد که حق خود را اعمال نماید و آثار آن را تحمل کند. ماده ۹۵۸ ق.م.ا می‌گوید هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچ کس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد مثلاً مالک می‌تواند برای گرفتن اجاره بها و یا رفع ید غاصبانه طرح دعوا نماید. یا قرارداد بیع و یا سایر عقود منعقد نماید. اما آنچه در قسمت دوم ۹۵۸ ق.م.ا بیان گردیده به نظر اهلیت اجرای حقوق می‌باشد. چون هر انسان متمتع از حقوق مدنی است. و کلمه حقوق که جمع کلمه حق است و معنی حق، نوعی است از سلطنت بر چیزی متعلق به عین چون حق تجبیر، حق رهانت، حق غرما در ترکه میت یا متعلق به غیر عین حق خیار متعلق به عقد، حق قصاص، حق حضانت، حق فسخ، حق طبع، حق تقدم، و در اسلام به حق الله و حق الناس و... شامل می‌شود.

ماده ۱۲۱۰ ق.م.ا در مورد سن بلوغ و رشد بیان می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود. مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲: اموال صغیری که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.»

آنچه که از مفهوم مخالف و صدر ماده مستنبط است رسیدن به سن بلوغ مترادف است با عاقل بودن و رشید بودن. یعنی پس از ۱۵ سال و ۹ سال قمری یک فرد ایرانی که قانون مدنی بر احوال شخصیه آن حاکمیت دارد عاقل، بالغ، رشید است و طبق ماده ۲۱۱ ق.م.ا که می‌گوید «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند. و ماده ۲۱۲ ق.م.ا معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند را به واسطه عدم اهلیت باطل دانسته» و قانونگذار اهلیت برای معامله را بلوغ، عقل و رشد دانسته و اما تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ استرداد اموال به صغیر را که بالغ شده منوط به اثبات رشد صغیر می‌داند و بحث اینجاست که اثبات رشد بلافاصله بعد از بلوغ است یا به فاصله‌ای از آن و این که رشد وی پیش چه کسی یا چه مرجعی ثابت شود و به طور مطلق بیان گردیده و شاید بتوان گفت که استنباط از عمومات قانون اثبات رشد در مراجع قضایی باید باشد. و لذا لازم می‌شود که افراد پس از رسیدن به سن بلوغ جهت تصرف در اموال خود و بالطبع کسب اجازه انجام معامله به دادگستری مراجعه و گواهی اثبات رشد دریافت دارند.

بدیهی است عمومات قواعد عمومی قراردادها از جمله اهلیت با شرایطی که مختصراً در فوق بیان گردید نیز باید در معاملات با حق استرداد نیز رعایت شود.

بند دوم : معاملات با حق استرداد ورشکسته

به طور کلی معاملات تاجر ورشکسته، قبل از تاریخ توقف صحیح و معتبر است. اشخاص در انجام هرگونه معامله که مخالف قانون نباشد، آزادند و حتی می‌توانند قسمتی از اموال خود را به رایگان به دیگران واگذار کنند. بنابراین اصل در مورد معاملاتی که تاجر ورشکسته قبل از تاریخ توقف انجام داده است صحت آنهاست. لیکن در خصوص معاملاتی که تاجر ورشکسته همزمان یا بعد از صدور حکم ورشکستگی انجام داده بسیاری از حقوقدانان قایل به تفکیک بوده و معتقدند که بایستی دعوی استرداد را مطرح نمود.

دعوای استرداد دعوایی است که خواسته آن استرداد اموال امانی نزد تاجر ورشکسته است در مواردی (ماده ۵۳۳ ق.ت.) مقنن استرداد اموال فروخته شده به ورشکسته را مجاز دانسته است. دعوای استرداد فرع بر اثبات ورشکستگی است. دادگاه صالح به رسیدگی دعوای استرداد نیز دادگاه صادرکننده حکم ورشکستگی است. مدعی استرداد ابتدا باید به موجب ماده ۲۴ ق.ا. اداره تصفیه ظرف ۲ ماه به اداره تصفیه مراجعه و ادعا را مطرح کند و در صورت عدم پذیرش، طرح دعوا کند. همچنین برابرماده ۵۳۵ ق.ت. : مدیر تصفیه می‌تواند با تصویب عضو ناظر، تقاضای استرداد را قبول نماید و در صورت اختلاف محکمه پس از استماع عقیده ناظر حکم مقتضی را می‌دهد. مواد ۵۲۸ تا ۵۳۵ ق.ت راجع به استرداد است.

مطابق ماده ۵۳۳ ق.ت. «هرگاه کسی مال التجاره به تاجر ورشکسته فروخته ولیکن هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کسی دیگر که به حساب او بیاورد آن کس می‌تواند به اندازه ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع کند.» این ماده راجع به حالتی است که کالا به تاجر فروخته شده اما تسلیم نشده که در این صورت اگر ثمن پرداخت نشده باشد، فروشنده حق دارد از تسلیم مبیع امتناع کند نویسندگان، این ماده را مصداقی از ماده ۳۷۷ ق.م.ا راجع به حق حبس و نیز ماده ۳۸۰ ق.م (خیار تفلیس) می‌دانند. از ظاهر ماده نیز بر می‌آید که ناظر به خیار تفلیس باشد می‌دانیم که مؤجل بودن ثمن یا مبیع موجب سقوط خیار تفلیس نیست و

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

در مورد این ماده نیز چنین است. نکته دیگر این که این حکم را باید به همه عقودی که در آن‌ها خیار تفلیس وجود دارد (عقود معاوضی) تسری داد.

با پذیرش جریان خیار تفلیس در وضعیت ورشکستگی، شرایط فسخ معامله با تاجر ورشکسته به استناد این خیار به شرح زیر است:

۱- از آن‌جا که ماده ۳۸۰ ق.م. مقرر می‌نماید: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد» چنین استنباط می‌شود که تاجر باید پس از انجام معامله، ورشکسته گردد. البته برخی معتقدند که اگر معامله پس از صدور حکم ورشکستگی انجام شود و عین مال در میان دارایی تاجر ورشکسته باقی باشد، به استناد ماده مذکور، به شرطی که طرف معامله به ورشکستگی تاجر در زمان انجام معامله جاهل باشد نیز می‌تواند معامله را فسخ کند و مالی را که با فسخ، مالک شده مسترد نماید.

برداشت اخیر از ماده ۳۸۰ قانون مدنی، قابل انتقاد است؛ چون ظاهر ماده دلالتی بر حق فسخ معامله‌ای که پس از افلاس یا به تعبیری ورشکستگی انجام می‌گیرد ندارد. علاوه این که تفکیک میان علم و جهل طرف معامله از افلاس یا ورشکستگی در قانون پیش بینی نشده است. همچنین حکم ورشکستگی، جزء احکام اعلانی می‌باشد و کسی که پس از صدور حکم ورشکستگی و اعلان آن با تاجر ورشکسته معامله می‌کند نمی‌تواند جهل خود را به عنوان دلیل استرداد مال قرار دهد.

به نظر می‌رسد چون تاجر ورشکسته به استناد ماده ۴۸۱ ق.ت. حق مداخله در امور مالی خود ندارد و با پذیرش قول بطلان معاملات او پس از صدور حکم ورشکستگی، می‌توان مورد معامله را مسترد نمود. هرچند گفته‌اند غیر از مدیر تصفیه و طلبکاران، سایرین نمی‌توانند به صرف این که معامله تاجر با آنها پس از صدور حکم ورشکستگی صورت گرفته است درخواست ابطال معامله را در دادگاه مطرح کنند.

۲- مال مورد معامله نباید تسلیم تاجر شده باشد. تفاوتی نمی‌کند که این مال، عین معین یا کلی فی‌الذمه باشد و بر فرض تسلیم، باید عین مورد معامله نزد تاجر، موجود باشد. پس اگر تاجر، مال را به غیر انتقال داده، یا تلف شود، طرف معامله بابت اخذ عوض باید داخل غرما گردد. بدیهی است انتقال مال به دیگری پس از تاریخ صدور حکم ورشکستگی فاقد اثر بوده و مراد نیست.

۳- عوض مال نباید قبل از ورشکستگی به طرف معامله پرداخت شده باشد. پرداخت بهای کالا پس از ورشکستگی از سوی تاجر بی اثر است ولی اگر مدیر تصفیه برای رعایت غبطه طلبکاران، مانند موردی که قیمت مال افزایش یافته، برای جلوگیری از فسخ معامله، ثمن را پرداخت کند آیا طرف معامله همچنان می‌تواند به فسخ اقدام کند؟

به نظر می‌سد خیار تفلیس برای جلوگیری از ضرر طرف معامله وضع شده است، زیرا وی مورد معامله را از دست داده و با ورشکستگی طرفش، دریافت عوض آن متعذر می‌گردد. با دریافت عوض، قبل از فسخ، مبنای خیار که همان ضرر است منتفی می‌شود. همچنان که در ماده ۴۲۴ ق.ت. نیز پرداخت تفاوت قیمت، مانع از فسخ است. البته قانون‌گذار در این زمینه رویه واحدی نداشته، در خیار غبن برابر ماده ۴۲۱ قانون مدنی، استصحاب خیار را برای طرف معامله ترجیح داده و مقرر می‌دارد: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود.»

ماده ۵۳۰ ق.ت. نیز استرداد در حالتی است که ورشکسته کالایی را به حساب (برای دیگری و به نمایندگی خریده باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «مال التجاره‌هایی که تاجر ورشکسته به حساب دیگری خریداری کرده و عین آن موجود است اگر قیمت آن پرداخته نشده باشد از طرف فروشنده والا از طرف کسی که به حساب او آن مال خریداری شده قابل استرداد است.»

شرایط دعوی استرداد عبارتست از وجود عین کالا، تحویل آن به ورشکسته و وجود رابطه نیابت؛ بعضی حقوقدان‌ها همچنین شرط دانسته‌اند که "ثمن کالا از طرف آمر به نایب پرداخت شده باشد" ولی همانطور که برخی متذکر شده‌اند، ظاهر ماده ۵۳۰ شامل فرضی که پرداخت توسط نایب بوده است نیز شامل می‌شود.

مطابق ماده ۵۲۸ ق.ت. : «اگر قبل از ورشکستگی تاجر کسی اوراق تجارتي به او داده باشد که وجه آن را وصول و به حساب صاحب سند نگاهدارد و یا به مصرف معینی برساند و وجه اوراق مزبور وصول یا تأدیه نگشته و اسناد عیناً در حین ورشکستگی در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد صاحبان آن می‌توانند عین اسناد را استرداد کنند.» ماده ۵۲۹ نیز بیان می‌دارد: «مال‌التجاره‌هایی که در نزد تاجر ورشکسته امانت بوده یا به مشارالیه داده شده است که به حساب صاحب مال‌التجاره بفروش برساند مادام که عین آنها کلاً یا جزئاً نزد تاجر ورشکسته موجود یا نزد شخص دیگری از طرف تاجر مزبور امانت یا برای فروش گذارده شده و موجود باشد قابل استرداد است.»

همچنین ماده ۵۳۱ بیان می‌دارد: «هرگاه تمام یا قسمتی از مال‌التجاره که برای فروش به تاجر ورشکسته داده شده بود معامله شده و به هیچ نحوی بین خریدار و تاجر ورشکسته احتساب نشده باشد از طرف صاحب مال قابل استرداد است اعم از این که نزد تاجر ورشکسته یا خریدار باشد و بطور کلی عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد قابل استرداد است.» در ماده ۵۳۲ نیز آمده است: «اگر مال‌التجاره که برای تاجر ورشکسته حمل شده قبل از وصول از روی صورت حساب یا بارنامه که دارای امضاء ارسال

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

کننده است به فروش رسیده و فروش صوری نباشد دعوی استرداد پذیرفته نمی‌شود والا موافق ماده ۵۲۹ قابل استرداد است و استردادکننده باید وجوهی را که بطور علی‌الحساب گرفته یا مساعدتاً از بابت کرایه حمل و حق کمیسیون و بیمه و غیره تأدیه شده یا از این بابت‌ها باید تأدیه شود به طلبکارها بپردازند.»

بند سوم : عین بودن مورد معامله

بر اساس بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. از جمله شرایط اساسی صحت هر معامله این است که مورد معامله «موضوع معین» باشد. بنابراین مورد معامله نباید بین چند امر مردّد باشد و طرفین قرارداد باید موضوع واحدی را مورد قصد انشا قرار دهند؛ فلذا عین معین بودن مال مورد معامله بدین جهت است که اگر مورد معامله مشخص نباشد غرر حاصل می‌گردد و چنین معامله‌ای باطل خواهد بود. برای مثال، چنانچه کسی تعهد نماید که پس از شش ماه یک دستگاه خودرو و یا یک باب خانه خود را به دیگری انتقال دهد و یا تعهد کند هر یک از آن دو را که متعهدله انتخاب کند، به او انتقال دهد، آن تعهد با توجه به سیاق و مفاد ماده ۱۹۰ ق.م. از نفوذ و اعتبار قانونی برخوردار نبوده و معامله غرری است. عین معین وقتی است که مورد معامله بیش از یک مصداق ندارد و قابل اشاره باشد. مانند اینکه ماشینم را فروختم، عقد صحیح است. زیرا ماشین من تنها یک مصداق دارد. وجود مشابه برای عین معین باعث نامعین یا کلی شدن آن نمی‌شود. عین معین قابل تعویض با مشابه‌اش نیست ولی با تراضی طرفین می‌شود. بدیهی است در معاملات با حق استرداد نیز باید مورد معامله عین معین باشد.

آثار معامله با حق استرداد

بند اول : اثر وثیقه ای

بیان گردید که معامله با حق استرداد از نظر تحلیلی مختلطی از عقد قرض و وثیقه است. پولی که پرداخت شده به مالکیت شخص دارای حق استرداد در می‌آید و او متعهد است که مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید. در مقابل مالی که او به طرف مقابل انتقال داد، دیگر اثر تملیکی ندارد بلکه به عنوان وثیقه در دست او محسوب می‌شود اگر در مدت معین مثل وام را برگرداند او ملزم به تحویل آن به مستردکننده می‌شود و اگر در این مدت نتوانست وام خود را بپردازد. بر اساس ماده ۳۴ و تبصره های آن، مال مورد وثیقه فروخته می‌شود و اگر مبلغ فروخته شده زائد بر دین و مخارج فروش آید آن را به مدیون پرداخت می‌کنند. البته طبق قسمت اخیر ماده ۳۴ ق.ت. هرگاه مال به قیمتی بیش از طلب مورد مطالبه و خسارت قانونی و عوارض و هزینه های قانونی تا روز حراج، به فروش نرود پس از دریافت حقوق اجرایی تمام مورد معامله ضمن تنظیم صورت مجلس توسط رئیس اجرا تحویل بستانکار خواهد شد.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا تمام آثار معاملات مذکور که در ماده ۳۳ به عنوان معاملات با حق استرداد شناخته می‌شوند موقوف می‌شوند یا فقط آثار مربوط به انتقال مالکیت؟ به عبارت دیگر معاملات مثل بیع شرط، بیع خیار شرط، بیع قطعی با حق وکالت خارج لازم، بیع با شرط نذر خارج، صلح با حق استرداد و غیره کلاً آثار مربوط به خود را از دست می‌دهند و آثار معامله با حق استرداد به خود می‌گیرند؟ یا بعضی از آثار خود را حفظ می‌کنند؟

بند دوم : اثر انتقال منافع از زمان عقد

یکی از حقوقدانان در مورد این سؤال که "آیا منافع زمان عقد تا فسخ از آن انتقال گیرنده است یا نه؟" این پاسخ را می‌دهد: «از یک سو اگر معامله با حق استرداد در زمره قراردادهای وثیقه ای (مانند رهن) قرار گیرد، باید عین و منافع وثیقه در مالکیت بدهکار باقی بماند و حق طلبکار محدود به استیفای طلب از آن شود. از سوی دیگر هر چند قانونگذار اجازه نداده است که خریدار شرطی در برابر همان بهای قرارداد بیع را تملک کند، آثار بیع شرط را به کلی حذف نکرده است، بیع شرط برحسب طبیعت خود مالکیت مبیع را به خریدار انتقال می‌دهد. منتها، این انتقال ناپایدار و متزلزل است و هیچ گاه نیز استقرار نمی‌یابد. در نتیجه، منافع عین تا زمان فسخ یا دورانی که ملک در تصرف انتقال گیرنده است، به او تعلق دارد.

در تأیید احتمال اخیر، به مفاد ماده ۷۲۲ ق.آ.د.م. قدیم نیز استناد شده است. در این ماده می‌خوانیم (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۸۱). در نهایت چنین بیان می‌فرمایند: «از اصول چنین استنباط می‌شود که مالکیت خریدار شرطی بر منافع ترجیح دارد، زیرا آنچه با مصالح اجتماعی و عدالت برخورد دارد و در قانون ثبت منع شده است قطعی شدن تملیک و تصاحب خریدار شرطی به همان بهای قراردادی است. این اثر را باید از بیع شرط حذف کرد. در حالی که حق خریدار بر منافع کمترین نتیجه ای است که از بیع تملیکی باقی می‌ماند و دلیل قاطعی بر ازاله آن به چشم نمی‌خورد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۸۱).

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

از گفته فوق چنین استنباط می شود که فقط اثر نقل مالکیت عین از این نوع معاملات گرفته شده است و بقیه آثار آنها همچنان باقی است. مثلاً در مورد بیع شرط خانه ای، خانه بر اثر زلزله ای ویران شود، اگر گفته فوق را بپذیریم، بایستی قائل به این باشیم که تلف خانه از کیسه مشتری است، چرا که از آثار بیع شرط این است که اگر مبیع تلف شود از مال مشتری می باشد. و حال اگر اثر رهن را بر آن بار کنیم، تلف از مال بایع شرطی خواهد بود. یا ملکی به بیع شرط فروخته می شود و طبق ماده ۳۳ ق.ث. این معامله، معامله با حق استرداد محسوب شود، حال در هنگام وصول طلب، اگر طبق گفته فوق، آثار بیع شرط بر آن جاری شود، مشتری که دائن محسوب می شود نمی تواند بیشتر از آنچه از محل فروش مبیع شرطی حاصل می آید از بایع که مدیون محسوب می شود طلب نماید. ولی اگر آثار وثیقه بر آن بار شود، دائن می تواند برای مابقی خود که از محل فروش مبیع شرطی حاصل نشده است، به اموال دیگر مدیون رجوع نماید. همچنین اگر نظر فوق پذیرفته شود مشتری فقط حق حصول دین خود را از مبیع دارد و نمی تواند از آن اعراض نموده و به اموال دیگر بایع رجوع نماید ولی اگر آثار قرضی و وثیقه ای بر آن بار شود طبق تبصره ۶ ماده ۳۴ ق.ث. می تواند از مورد وثیقه اعراض کند و بر طبق اسناد ذمه ای عمل نماید.

در موارد فوق متن صریحی وجود ندارد و هاله ای از ابهام بر آنها سایه افکنده است. ولی آنچه قریب به صحت به نظر می رسد این است که اغلب آثار مربوط به معاملات با حق استرداد، آثار قرضی و وثیقه ای پیدا می کنند و آثار اصلی اینگونه معاملات دیگر ظهور پیدا نمی کند. دیدی که بر معاملات با حق استرداد در قانون ثبت حاکم است اماره ای بر این نظر است. چنانکه در خصوص توانایی از وصول دائن اموال دیگر مدیون در صورت عدم کفایت موضوع حق استرداد مورد سوم ماده ۳۸ ق.ث. چنین مقرر می دارد: «در صورتی که مورد معامله با حق استرداد، در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده با وارث او باشد انتقال گیرنده یا قائم مقام او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه و متفرعات می تواند به هریک از انتقال دهنده یا وارث او یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است اقامه دعوی نماید و رجوع به هریک، مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود. هرگاه به متصرف رجوع شود و حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرده مدعی می تواند برای بقیه به انتقال دهنده رجوع کند. انتقال گیرنده می تواند در صورتی که متصرف عالم به معامله اولیه بوده برای بقیه طلب خود در حدودی که مورد معامله در تصرف مشتری بوده به مشارالیه مراجعه کند اعم از اینکه متصرف استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد.» و همچنین در بند "ب" قسمت دوم ماده ۳۸ ق.ث. مقرر شده است: «در صورتی که مدعی اصلی وجه و متفرعات را مطالبه کند محکمه نمی تواند حکم، تسلیم عین بدهد ولو اینکه انتقال دهنده به تسلیم عین مال حاضر شود.»

چنانکه می بینیم در قسمت سوم اثر وثیقه برای معامله با حق استرداد پیش بینی نموده است و در مورد دوم نیز اشاره شده است که پول تقدیم شده در حکم قرض است و حتی با رضایت فرضاً بایع دیگر نقش خود را از دست نمی دهد و مشتری می تواند به جای مورد وثیقه عین با مثل طلبش را خواستار شود.

بند سوم: آیا طرف معامله با حق استرداد حق مراجعه به اموال دیگر مدیون را دارد؟

چنانکه در آثار معامله با حق استرداد بحث شد ابهامی بر بقای آثار معامله اصلی یا زوال آنها، البته به استثنای زوال اثر انتقال مالکیت عین، موجود است. به همین سبب حقوقدانان در پاسخ به بعضی از سؤالات راههای متفاوت از همدیگر را انتخاب کرده اند. یکی از سؤالات مطروحه این است که: در صورتی که موضوع معامله با حق استرداد کافی برای دین نباشد آیا دائن می تواند به اموال دیگر مدیون رجوع نماید و از آنها بقیه طلب خود را وصول کند؟

اگر معاملات با حق استرداد کلاً اثر وثیقه ای داشته باشند پاسخ به سؤال فوق مثبت خواهد بود و اگر آثار معاملات اصلی حفظ شده باشد جواب منفی خواهد بود. مثلاً اگر ملکی به بیع شرط فروخته شده باشد جزء معاملات با حق استرداد محسوب می شود. اگر کلاً اثر وثیقه ای داشته باشد دائن می تواند از آن رجوع نموده و به اموال دیگر مدیون رجوع نماید ولی اگر اثر بیع شرط در خصوص محدودیت حق مشتری به مبیع شرطی در وصول ثمنش حفظ شده باشد، دیگر مشتری نمی تواند برای وصول باقی مانده دینش به اموال دیگر بایع رجوع کند.

یکی از حقوقدانان در پاسخ به سؤال فوق چنین می گوید: «الزام خریدار شرطی بر اینکه طلب را تنها از فروش عین مورد معامله استیفا کند با نوع تملیک ناپایدار سازگارتر است. زیرا مرتبه همیشه می تواند از رهن بگذرد. این اقدام حق بر وثیقه را از بین می برد. و او را در زمره طلبکاران عادی قرار می دهد. (ماده ۷۸۷ ق.م. و تبصره ۶ ماده ۳۴ ق.ث.) ولی در معامله شرطی طلب با ملکیت مبیع پیوند ناگسستنی یافته و در آن ادغام شده است، چندان که جز از راه فروش یا تملیک آن قابل وصول نیست، به بیان دیگر برخلاف مرتبه که حق دارد به سایر اموال مدیون رجوع کند، خریدار شرطی بر دارایی مدیون هیچ حقی ندارد و تنها بر مبیع حق دارد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۸۰).

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

یکی از نویسندگان حقوق ثبت در پاسخ مثبت به سؤال فوق چنین می گوید: «بستانکار دارای وثیقه می تواند قبل از مزایده (حراج) از وثیقه صرفنظر نماید و اموال دیگری از متعهد را برای اجرای سند معرفی نماید در این صورت مورد وثیقه آزاد و طبق تبصره های ۶ و ۷ ماده های ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و بند الف ماده ۱۱ آیین نامه اجرا مفاد اسناد رسمی برابر مقررات اسناد ذمه ای عمل می شود» (شهری، ۱۳۷۲: صص ۳۴۵-۳۴۰). و سپس در تعیین اینکه برچه مواردی، وثیقه اطلاق می شود می فرمایند: «اسناد دارای وثیقه یعنی اسناد مربوط به املاکی که با شرط خیار، به عنوان قطعی با شرط نذر خارج یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول و به طور کلی اسناد مربوط به معاملات با حق استرداد، اسناد استقراضی از نظر قانون ثبت وام با وثیقه شمرده می شود» (همان).

قوانین ثبتی در خصوص مسائل مطروحه فوق راه حلی مشخصی اعلام نداشته و این باعث اختلاف نظر مابین حقوقدانان شده است ولی آنچه در پاسخ مثبت به سؤال فوق می تواند از قانون ثبت بدست آورد بدین قرار است:

بند "ب" قسمت دوم ماده ۳۸ ق.ث. چنین مقرر می دارد: «در صورتی که مدعی اصلی وجه و متفرعات را مطالبه کند محکمه نمی تواند حکم به تسلیم عین بدهد ولو اینکه انتقال دهنده به تسلیم عین مال حاضر شود.» این بند نشانگر این حقیقت است که دائن توانایی وصول طلب خود را از محل غیر از عین دارا می باشد. در قسمت سوم ماده ۳۸ ق.ث. نیز نوشته شده است: «در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد انتقال گیرنده یا قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه و متفرعات می تواند بر هریک از انتقال دهنده یا وارث او و یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است اقامه دعوی نماید و رجوع به هریک مانع مراجعه دیگری نخواهد بود هرگاه به متصرف رجوع شد و حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرد مدعی می تواند برای بقیه به انتقال دهنده رجوع کند و انتقال گیرنده می تواند در صورتی که متصرف عالم به معامله اولیه بوده برای بقیه طلب خود در حدود مدتی که مورد معامله در تصرف متصرف بوده به مشارالیه نیز مراجعه کند اعم اینکه متصرف استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد.» این دو مورد دال بر وصول تمام طلب دائن می باشند ولی اشاره ای به اختیار انتقال گیرنده به اعراض از مورد معامله با حق استرداد و رجوع به اموال دیگر نکرده است و تبصره ۶ ماده ۳۴ ق.ث. در مورد رهن این حق را برای راهن تصریح کرده ولی در مورد معامله با حق استرداد ساکت است.

آنچه به نظر می رسد این است که قانونگذار خواسته به معاملات با حق استرداد آثار قرض و وثیقه بار نماید. چنانکه از الفاظی که در مواد مربوط به کار برده شده این امر آشکار می شود. از انتقال دهنده ملکیت مال به عنوان مدیون یا بدهکار، از انتقال گیرنده به عنوان دائن یا بستانکار، از ثمن مورد معامله به عنوان دین یا طلب و از مورد انتقال به عنوان وثیقه نام می برد. پس اگر چنین باشد، باید قواعد عمومی که بر فرض و وثیقه حاکم است بر این گونه معاملات نیز اعمال شود و بر طبق قاعده "مَنْ لَهُ الْعَنْمُ فَعَلَيْهِ الْعَرْمُ" چون مدیون از مازاد بر بدهی خود از مورد حق استرداد سود برده و اگر عدالت ایجاب می کند که ملکی در برابر بها اندک از دست فروشنده خارج نشود از طرف دیگر ایجاب می کند طلبکار به همه طلب خود برسد، و اگر زیان از این راه به مدیون رسید در برابر سودیست که می برد. و به طور کلی عدالت آن است که هرچیز را در جای خود قرار دهیم نه بیشتر و نه کمتر. همچنان که قانونگذار در برابر ستم ظالمان و ستمکاران بی تفاوت نگشته، در برابر احسان نیز نایبستی بی تفاوت باشد.

حق استرداد به طور کلی

آنچه که از مصادیق حق استرداد و تاکنون گفته شده مواردی بود که مورد تصریح ماده ۳۳ ق.ث. قرار گرفته بود ولی باید دانست که معاملات با حق استرداد به همین مورد ختم نمی شوند. به طوری که در تعریف گفته شد منظور از معاملات با حق استرداد، هر عقد معوض و تملیکی است که در آن حق استرداد برای انتقال دهنده تحت هر عنوانی که باشد، درج شده باشد، اعم از اینکه این معامله بیع یا صلح باشد و یا هر عقد معنی که مشمول ماده ۱۰ ق.م. باشد و نیز حق استرداد اعم از این است که اسم آن خیار شرط باشد، یا شرط وکالت یا نذر خارج یا شرط فاسخ یا شرط بازخريد و به همین خاطر تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ث. در این مورد چنین مقرر می دارد: "کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد اشخاص ثالثی را بای نحو کان مداخله داده باشند."

بنابراین معاملات با حق استرداد محصور نیستند و در هر مورد تشخیص آن با حاکم است (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۱).

اکنون سؤالی که ایجاد می شود این است که اگر مدت شرط حق استرداد معین نشده باشد چه اثری خواهد داشت؟

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

در خصوص خیار شرط، گفته شد که اگر مدت آن تعیین نشود، هم شرط و هم عقد باطل می باشند (ماده ۴۰۱ ق.م.) لیکن در خصوص سایر شروط استرداد، نظیر حق وکالت با نذر خارج یا هر حق استرداد دیگری، نمی توان به این سختی حکم کرد. در این موارد، مسلماً حق استرداد برای انتقال دهنده ایجاد خواهد شد. مثلاً در مورد شرط وکالت، صحت آن نیازی به تعیین مدت ندارد (ماده ۱۰ و ۶۵۸ ق.م.) از طرف دیگر چون وکالت به صورت شرط ضمن یک عقد لازم دیگری درج شده است، موکل نمی تواند هر وقت بخواهد، وکیل را عزل کند. (ماده ۶۷۹ ق.م.) پس مقتضای شرط مذکور این خواهد بود که بایع همیشه حق داشته باشد، ملک موکل یعنی خریدار را به خود انتقال دهد.

در مورد خیار شرط گفته می شود که عدم تعیین مدت موجب غرری بودن معامله شده و معامله باطل می شود (انصاری، ۱۳۷۵: ص ۲۲۸). لیکن این استدلال را در اینجا نمی توان طرح کرد. زیرا در مورد خیار شرط، مالکیت به طور متزلزل منتقل شده ولی در اینجا مالکیت به طور مطلق مستقل می شود (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۶۷). (به موجب قانون مدنی) و تنها بایع حق دارد هر وقت بخواهد، مبیع را به خود منتقل کند.

این استدلال را در مورد هر حق استرداد دیگری که مدت آن تعیین نشده باشد، نیز می توان مطرح کرد و بنابراین به غیر از خیار شرط هر حق استرداد دیگری، اگر بدون مدت باشد، صحیح بوده (م ۱۰ و ۲۲۳ ق.م.) و معامله مذکور نیز، با توجه به اطلاق ماده ۳۳ و تبصره ۱ آن، مشمول جمیع مقررات مربوط به معاملات با حق استرداد خواهد بود.

مفهوم معامله با حق استرداد

بند اول: از نگاه قانون

در ماده ۳۳ ق.ث. پیرامون معامله با حق استرداد آمده است: "نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده اعم از اینکه مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است..." تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ث. نیز چنین مقرر می دارد:

" کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد اشخاص ثالثی را بای نحو آن مداخله داده باشند". ماده ۳۴ ق.ث. مقرر می دارد: "در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد بستانکار می تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند."

بند دوم: از نگاه حقوقدانان

در شناساندن معامله با حق استرداد حقوقدانان تعبیرات متفاوت ارائه داده اند که به چند نمونه از آنها اشاره می شود: دکتر سید حسن امامی در این خصوص بیان می دارد: «با توجه به مفاد مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. معامله با حق استرداد عقد مستقلی است که به موجب آن احدی از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می دهد و در مقابل، مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معین می پذیرد تا پس انقضای مدت، طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد، بنابراین معامله با حق استرداد عقد واحدی است که از نظر تحلیل حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه است» (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۱).

تعریف دیگری که تقریباً در همین راستا ارائه شده و مصون از انتقاد هم نیست تعریفی است که آقای دکتر صفائی ارائه داده است: "معامله با حق استرداد معامله ای است که به موجب آن شخص مال خود را در ازای پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب افتاده و زبان دیرکرد برای خود حفظ می کند معامله باحق استرداد که معامله شرطی نیز نامیده می شود عقد واحدی است که از نظر حقوقی دارای ارزش قرض و وثیقه است" (صفایی، ۱۳۸۶: ص ۴۳۵).

بر مبنای این تعریف معامله با حق استرداد یک معامله مستقلی است که دارای اثر قرض و وثیقه است. به طور کلی دو انتقاد عمده بر این طرز تعریف به شرح زیر وارد است:

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

۱- این طرز تعریف معامله با حق استرداد را یک معامله مستقل در ردیف سایر معاملات نظیر بیع و رهن و اجاره و ... دانسته است. گویی عناوین بیع شرط و یا صلح با حق استرداد از قاموس حقوقی ما حذف شده باشند و جای خود را به اصطلاح جدیدی به نام معامله با حق استرداد داده اند. درست است که بیع شرط و یا صلح با حق استرداد، یک معامله با حق استرداد است و تابع آثاری است که قانون ثبت بر این معاملات بار کرده است، لیکن قانونگذار هرگز نخواست است با تأسیس عقد مستقلی به نام معامله با حق استرداد اقدام به حذف عقد بیع شرط بکند، بلکه قانونگذار با هدف مقابله با تقلب نسبت به قانون و اجرای عدالت، اقدام به حذف برخی از آثار گروهی از معاملات کرده است و برای معرفی این دسته از معاملات که خود دارای اصالت و قدمت می باشند از اصطلاح "معاملات با حق استرداد" استفاده کرده است. در واقع بیع شرط با وجود مقررات ثبوتی مربوط به معاملات با حق استرداد همچنان اصالت خود را حفظ کرده است و تنها برخی از آثار خود را از دست داده است، در حالی که مستقل دانستن معامله با حق استرداد به معنی قائل شدن به حذف عناوینی مانند بیع شرط و صلح با حق استرداد و تحلیل آنها در اصطلاح "معامله با حق استرداد" است.

۲- ظاهر هیچ یک از معاملات با حق استرداد حکایت از دادن قرض و وثیقه نمی کند. مثلاً هر عقد بیع شرطی که منعقد شود بر مبنای آن بایع مبیع را در مقابل ثمن به مشتری منتقل کرده و حق استرداد آن را برای خود محفوظ داشته است. پس اگر در تعریف گفته شود که: "عقد مستقلی است که به موجب آن احد از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می دهد و در مقابل مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی می پذیرد." (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۱). درست نخواهد بود زیرا این تعریف فقط شامل عقدی می شود که ظاهر آن قرض و وثیقه باشد و بدیهی است شامل معامله ای مثل بیع شرط که اساساً مرکز توجه قانونگذار در قانون ثبت بوده است، نخواهد شد. لازمه شمول این تعریف بر عقد بیع شرط، اثبات قصد طرفین بر قرض و وثیقه است. در حالی که قانون ثبت خود اماره ای را وضع کرده است که نه تنها چنین اثباتی لازم نیست بلکه حتی اثبات خلاف آن نیز غیرممکن است (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۹). بر مبنای این اماره وجود قصد بر قرض و وثیقه در این معاملات مفروض می باشد، به احتیاجی به اثبات دارد و نه اثبات خلاف آن ممکن است. در همین رابطه تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ث. چنین مقرر می دارد:

" کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد اشخاص ثالثی را بای نحو آن مداخله داده باشند".

۳- ایراد دیگر اینکه اراده قانونگذار در معاملات با حق استرداد در نظر گرفته نشده است و آن را ناشی از اراده طرفین دانسته است در حالی که طرفین، اراده و قصد دیگری داشته اند و معامله با حق استرداد را قانونگذار بر آنها تحمیل می کند که ممکن است در نهایت مخالف قصد یکی از طرفین یا حتی هر دوی آنها باشد، به عبارت دیگر این تعریف عقد فرضی است که در آن وثیقه نیز گرفته شده است و اگر چنین می بود دیگر نیازی به تأسیس حقوقی جدیدی با عنوان معامله با حق استرداد نبوده و عقد قرض و رهن از آن کفایت می کرد. دکتر جعفری لنگرودی در تعریفی بیان می دارد: "هر عقدی که موضوع آن مال غیرمنقول بوده و به عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار قانونی بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین از محل وثیقه طلب خود را تأمین کند. چون در این معاملات اساساً نقل عین نمی شود (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.)، لذا ذکر کلمه استرداد که موهم نقل مال است درست نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه ای غیرمنقول نهاد" (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: صص ۶۶۵-۶۶۴).

در واقع دومین انتقادی که بر تعریف قبلی وارد شد بر این تعریف نیز وارد است زیرا که در این تعریف نیز ظاهر این معاملات را وثیقه و یا حسن انجام تعهد دانسته است. و از این جهت در ردیف تعاریف قبلی قرار می گرفت لیکن چون بر این تعریف انتقاد بیشتری وارد است، باید جداگانه مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

مطابق این تعریف اصطلاح معاملات با حق استرداد فقط برای اشاره به اوضاع قبل از تصویب قانون ثبت سال ۱۳۱۰ می باشد و عمر معاملات با حق استرداد با تصویب قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ به پایان رسیده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: صص ۳۵۹-۳۵۸). این تعریف نیز بنا به دلایلی صحیح نیست و رد می شود:

۱- مطابق این تعریف مال غیرمنقولی باید به عنوان وثیقه و یا حسن انجام تعهد در اختیار قانونی بستانکار قرار داده شود، در حالی که این درست نیست: قانون ثبت معاملاتی نظیر بیع شرط را از حیث آثار در حکم رهن و وام قرار داده است، پس معاملاتی که مشمول این عنوان قرار می گیرند نباید وثیقه و رهن و وام باشند زیرا در این صورت مشمول مقررات مذکور بر آنها تحصیل حاصل خواهد بود. چرا که در قانون مدنی، در خصوص وثیقه، مالکیت مورد وثیقه به طلبکار منتقل نمی شد، پس اگر قانون ثبت می خواست مجدداً این اثر را وضع کند مفهومی نداشت و در واقع تحصیل حاصل می بود.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

مقرراتی را که قانون ثبت وضع کرده است برای جلوگیری از آثار بیع شرط و یا سایر معاملات معوضی و تملیکی بود که انتقال دهنده حق داشت مبیع را مسترد دارد و در واقع معامله کنندگان بدین وسیله قصد تقلب نسبت به قانون را داشتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۹: ص ۲۸۷). پس عنوان معاملات مشمول معاملات با حق استرداد نباید وثیقه باشد بلکه عنوان آنها باید یک معامله تملیکی و معوضی باشد که برای انتقال دهنده حق استرداد و مورد معامله وجود داشته باشد.

۲- مطابق این تعریف عمر اصطلاح "معاملات با حق استرداد" به پایان رسیده است، به این استدلال که چون دیگر این معاملات مملک نیستند، پس "ذکر کلمه استرداد صحیح نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه ای غیرمنقول نهاد" (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۹: ص ۲۸۷). معاملاتی که مشمول عنوان معاملات با حق استرداد هستند، نوعاً معاملاتی مملک می باشد (ماده ۱۰ و ۴۵۹ ق.م.ا)، لیکن قانون ثبت اثر تملیکی را از این معاملات سلب کرده است و ظاهراً اصطلاح "حق استرداد" در مورد آنها صدق نمی کند؛ چون چیزی منتقل نمی شود تا مسترد شود.

لیکن باید گفت که اصطلاح "معاملات با حق استرداد" صرفاً اصطلاحی است که قانونگذار جهت معرفی و اشاره به آن دسته از معاملاتی که ذاتاً مملک هستند و بواسطه درج شرط حق استرداد در آنها مشمول مقررات مربوطه در قانون ثبت شده اند، این اصطلاح را ساخته است. همانطوری که قبلاً نیز گفته شد، قانون ثبت با ساختن این اصطلاح نخواست است معامله جدیدی ایجاد کند، تا گفته شود اصطلاح بکار رفته بر ماهیت ایجاد شده صدق نمی کند.

از طرف دیگر این ادعا که عمر این معاملات به پایان رسیده است نیز صحیح نخواهد بود، زیرا مطابق نص صریح ماده ۳۸ ق.ث. "نسبت به معاملات مذکور در ماده ۳۳ که پس از تاریخ اجراء این قانون واقع شود محاکم و ادارات ثبت مکلفند مدلول ماده ۳۴ را به موقع اجراء گذارند" بنابراین اصطلاح معاملات با حق استرداد هنوز معتبر است.

۳- در تعریف فقط اشاره به مال غیرمنقول شده است در حالی که ماده ۳۴ و تبصره ۱ آن نیز اموال منقول را مشمول مقررات مذکور قرار داده اند. در واقع "جدا کردن اثر عقد در اموال منقول و املاک منطقی ندارد و رویه قضایی باید هر دو را تابع احکام (معامله با حق استرداد) بداند." (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۳).

۴- دینی که بر مبنای معامله با حق استرداد ایجاد می شود اساساً بلافاصله پس از عقد می باشد نه قبل از آن. این دین در واقع ثمنی است که فروشنده دریافت کرده است و قانون آن را دین فروشنده می داند، پس معامله با حق استرداد مسبوق به وجود دین نیست.

۵- وثیقه حسن انجام تعهد، معامله با حق استرداد نیست در این مورد بعداً توضیح داده خواهد شد.
دکتر ناصر کاتوزیان نیز در این خصوص اشاره می کند: «مقصود از معامله با حق استرداد» هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد، با رد عوض که دریافت کرده است، مال تملیک شده را استرداد کند، خواه صورت معامله بیع با شرط خیار باشد یا صلح و خواه امکان استرداد به وسیله شرط خیار باشد یا وکالت یا نذر» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۷).

ایرادی که بر این نظر وارد است آنکه ماهیت واقعی معامله با حق استرداد مورد نظر قرار نگرفته است، بلکه آنچه طرفین قصد کرده اند مورد نظر قرار داده است. مثلاً درست است که در بیع شرط طرفین قصد انتقال مالکیت عوضین را دارند ولی اگر این بیع شرط معامله با حق استرداد محسوب شود دیگر تملیکی بودن خود را از دست می دهد و اثر وثیقه ای که مشتری می تواند از منافع آن بهره مند شود به خود می گیرد، به علاوه در این نظر نیز به نقش اراده قانونگذار در ایجاد معامله با حق استرداد توجهی نشده است.

مطابق این تعریف، معامله با حق استرداد یک عقد مستقلی در کنار سایر عقود نیست بلکه اصطلاحی است جهت معرفی آن دسته از معاملاتی که قانون ثبت اقدام به حذف برخی از آثار آنها کرده است. پس این عقود معوضی و تملیکی نظیر بیع شرط یا صلح با حق استرداد، اصالت و ماهیت خود را به عنوان بیع یا صلح از دست نمی دهند.

اوصاف حقوقی معاملات با حق استرداد

با تعریفی که ارائه شد می توان اوصاف حقوقی این عقد را این چنین بیان نمود:

بند اول: مفروض قانونگذار بودن؛

معامله با حق استرداد عقدی نیست که مورد توافق طرفین باشد بلکه عقدیست که قانونگذار آن را برای طرفین فرض کرده است بدین معنی که قانونگذار فرض کرده که طرفین از انجام معاملات مذکور در ماده ۳۳ ق.ث. قصد قرض و رهن دارند نه قصد ماهیت اصلی که آن معاملات دارند، البته مفروض قانونگذار به این معنی نیست که قانونگذار چنین معاملاتی را اماره ای از اراده طرفین بر چنین معاملاتی تصور

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

کرده باشد، تا خلافش قابل اثبات گردد، بلکه این فرض، فرض قطعی بوده و خلافش غیرقابل اثبات می باشد و بر طبق ماده ۳۹ ق.ث. جنبه نظمی عمومی داشته و توافق برخلاف آن مؤثر نیست.

بند دوم : تحمیلی بودن؛

این عقد جنبه تحمیلی دارد و از طرف قانونگذار بر طرفین تحمیل می شود. البته طرفین دارای اراده ای آزاد هستند که در موقعیت معاملات مذکور قرار نگیرند ولی اگر در چنین موقعیتهایی قرار گرفتند نمی توانند به توافق صریح مابین خود استناد کنند بلکه احکام معامله با حق استرداد بر آنها تحمیل می شود. مانند عقد بین کارفرما و کارگر که برخی از احکام قرارداد بر طرفین تحمیل می شود. مثلاً طرفین نمی توانند کمتر از حداقل دستمزد تعیین شده با یکدیگر توافق کنند. البته معامله با حق استرداد از برخی جهات مثل تملیکی نبودن معامله با حق استرداد و همچنین اثر وثیقه ای آن تحمیلی است. ولی از جهات دیگر مثل مدت حق استرداد، انتفاع از موضوع معامله با حق استرداد و غیره تابع اراده طرفین می تواند باشد.

بند سوم : ماهیت مختلط استقراضی - وثیقه ای؛

از نظر تحلیلی معامله با حق استرداد به دو عقد قابل تجزیه است یکی قرض و دیگری وثیقه. که هر دوی اینها را قانونگذار بر طرفین تحمیل می کند. پولی که طرف قرارداد داده قرض محسوب می شود و به ملکیت طرف مقابل در می آید تا در مدت تعیین شده عین یا عوض آن را مسترد نماید. در مقابل عوضی که گرفته به ملکیت ایشان در نمی آید، به عنوان وثیقه برای طلبش از طرف مقابل محسوب می شود.

گفته شد که معاملات با حق استرداد، معاملاتی تملیکی و معوض هستند که به قصد استقراض و وثیقه منعقد می شوند و به همین خاطر قانونگذار اثر تملیکی را از این دسته از معاملات سلب کرده است. ماده ۳۳ ق.ث. حق تقاضای ثبت ملک را به انتقال دهنده داده است و اثر تملیکی را از این معاملات گرفته است. ماده ۳۴ نیز ثمنی را که انتقال گیرنده پرداخته است، به عنوان طلب او از انتقال دهنده می داند. و مبیع را نیز وثیقه طلب مذکور می داند. بنابراین معاملات با حق استرداد دارای آثار قرض و وثیقه هستند (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۱). لیکن باید گفت این تأثیر صرفاً از حیث آثار می باشد و گرنه ای معاملات ماهیتاً وثیقه ای نیستند. بدین معنی که طرفین انعقاد معامله، یک معامله وثیقه ای را انشاء نمی کنند، بلکه معامله ای تملیکی و معوض را انشاء می کنند که در ضمن آن برای انتقال دهنده حق استرداد قرار داده اند. پس ظاهر اینگونه معاملات معوض و تملیکی است و اگر معامله ای در ظاهر، وثیقه ای باشد، مانند وثایقی که برای حسن انجام تعهد یا برای ضمان درک یا ضمان معاوضی می دهند، مشمول عنوان معاملات با حق استرداد نیستند. این معاملات، خود، ماهیتاً وثیقه ای هستند.

مثلاً بیع شرط، ماهیتاً یک عقد تملیکی و معوض است، لیکن چون وسیله تقلب نسبت به قانون قرار گرفت، قانونگذار اثر تملیکی را از آن سلب کرده است و آن را از حیث اثر در حکم معاملات استقراضی و وثیقه ای قرار داده است. به علاوه ماده ۳۴ موجب نمی شود که بیع شرط و سایر معاملات مشمول مقررات آن، اصالت خود را از دست بدهند. این معاملات تا آنجا که برخوردی با مقررات قانون ثبت ایجاد نشود، مشمول مقررات قانون مدنی هستند.

بند چهارم : معوض بودن؛

معامله با حق استرداد یک معامله معوض است چرا که بایع وام را گرفته ملزم است در مدت تعیین شده عین یا مثل آن را رد نماید و گرنه برطبق تبصره های ماده ۳۴ ق.ث. و آئین نامه اجرایی اسناد لازم الاجرا از وثیقه ای که در دست دارد وصول خواهد شد.

بند پنجم : لازم بودن؛

چنانکه گفته شد این معامله از نظر تحلیلی از عقد فرض و وثیقه تشکیل شده و چنانکه می دانیم عقد فرض از هر دو طرف لازم است ولی وثیقه از طرف مدیون لازم و از طرف دائن جائز است. البته در خصوص معامله با حق استرداد برخی از اساتید نسبت به مورد اخیر را نیز لازم می دانند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۸۰). ولی برخی دیگر همین اثر را نیز برای معامله با حق استرداد قائل هستند (شهری، ۱۳۷۲: ص ۳۴۵). به نظر می رسد در این خصوص در رابطه با دو طرف لازم باشد چرا اصل لزوم در عقود است و جایز بودن نیاز به تصریح دارد که قانون ثبت چنین تصریحی وجود ندارد.

از آنجا که مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. معاملات با حق استرداد را از حیث آثار در حکم معاملات وام و وثیقه قرار داده است و در معاملات وثیقه ای نیز یک حق عینی برای طلبکار ایجاد می شود که طلبکار می تواند از این حق اعراض کند و وصول طلب خود را از سایر اموال مدیون مطالبه کند، ممکن است تصور شود که در معاملات با حق استرداد نیز که در حکم معاملات وثیقه ای هستند، طلبکار حق اعراض از مورد وثیقه و رجوع به سایر اموال بدهکار را دارد. این تصور درست نیست.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

معاملات با حق استرداد، معاملات تملیکی و معوضی هستند که بر حسب طبیعت خود، معاملاتی لازم هستند. این معاملات، همانطوری که گفته شد، اصالت خود را حفظ کرده اند، بیع شرط همچنان پابرجاست و تنها متأثر از ماده ۳۴ ق.ث. شده است. ماده ۲۱۹ ق.م. تمامی این معاملات را لازم می داند، این ماده چنین مقرر می دارد: "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود."

بنابراین معاملات با حق استرداد که بر طبق قانون واقع شده باشند نیز لازم الاتباع هستند و تنها انتقال دهنده است که بر طبق شرط خیار، حق دارد تا مدت معینی معامله را برهم بزند و گرنه انتقال گیرنده حتی اگر موضوع معامله جهت استیفای کامل حقوق و طلب او کافی نباشد نمی تواند از حق وثیقه خود صرفنظر کند و استیفای طلب خود را از سایر اموال انتقال دهنده بخواهد.

ماده ۳۴ ق.ث. نیز تنها راه استیفای طلب انتقال گیرنده را مورد معامله با حق استرداد می داند. مطابق این ماده مورد معامله با حق استرداد به مزایده گذاشته می شود و هرگاه خریداری پیدا نشد، اداره ثبت پس از اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه های قانونی، مورد معامله را به موجب سند رسمی به بستانکار واگذار می کند. (ماده ۳۴ ق.ث.)

تنها موردی که به عنوان استثناء بر این قاعده (لزوم معامله با حق استرداد) عنوان شده است (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۲). قسمت سوم ماده ۳۸ ق.ث. الحاقی مصوب ۲۸ بهمن ماه ۱۳۱۲ می باشد. که به موجب آن طلبکار می تواند در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد، به هریک از انتقال دهنده یا وارث او یا کسی که عین مورد معامله در تصرف او می باشد رجوع کند و با طرح دعوی طلب خود را از آنها مطالبه کند.

بند ششم: تجزیه ناپذیر بودن؛

یعنی هرگاه انتقال دهنده قسمتی از دین خود را بپردازد نمی تواند ادعا کند که به همین مقدار از مال مورد معامله آزاد است. بلکه تمام مال وثیقه آن باقی می ماند (ماده ۷۸۳ ق.م.)

گفته شد که معاملات با حق استرداد ضمن حفظ اصالت خود در قانون مدنی، از قواعد عمومی معاملات وثیقه ای نیز پیروی می کنند. این معاملات هم بنا بر قانون مدنی و هم بنا بر اینکه در حکم معاملات وثیقه ای هستند، تجزیه ناپذیر می باشند.

الف) بنا بر اینکه در حکم معاملات وثیقه ای هستند: ماده ۷۸۳ ق.م. در خصوص عقد رهن چنین مقرر می دارد: "اگر راهن مقداری از دین را اداء کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه کند و مرتهن تمامی آن را تا تأدیه کامل دین نگه می دارد..." این ماده یک قاعده عمومی را در خصوص تمامی معاملات وثیقه ای اعلام می کند که از این جهت شامل معاملات با حق استرداد نیز می شود.

ب) بنا بر اعتبار رد ثمن در بیع شرط: در بیع شرط، شرط ایجاد یا اعمال خیار، رد ثمن است و در رد ثمن نیز رد تمام آن معتبر می باشد (نجفی، ۱۴۰۰ ق: ص ۳۶). البته ای در صورتی است که شرط خیار مطلق باشد و طرفین نسبت به امکان تجزیه در پرداخت ثمن شرطی را مقرر نکرده باشند. در همین رابطه ماده ۴۵۸ ق.م. چنین مقرر می دارد: "در عقد بیع متعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل مبیع داشته باشد. و همچنین می توانند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعضی نشده باشد، خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن."

بنابراین مطابق قانون مدنی، خیار ثابت نمی شود مگر با رد تمام ثمن، به طوری که می بینیم ماده مذکور درج شرط خلاف آن را نیز صحیح می داند، لیکن به نظر می رسد با توجه به ماده ۳۴ ق.ث. که می گوید مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارات قانونی و غیره شروع شود و بعد هم می گوید هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او باید مبلغ دریافتی مذکور مسترد گردد، شرطی که به موجب آن بایع بتواند با پرداخت قسمتی از ثمن، مدعی فسخ قسمتی از عقد و بالتبع فک قسمتی از مورد معامله شود، به علت تعارض با حقوق انتقال دهنده و به استناد ماده ۳۹ ق.ث. باطل باشد.

علاوه بر همه اینها تبصره ۱ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اصلاحی مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ صراحتاً اعلام می کند: "انتقال قهری حق استرداد به وارث بدهکار موجب تجزیه مورد معامله نخواهد شد" بنابراین اگر در معامله با حق استرداد، انتقال دهنده (مدیون) بمیرد و حق استرداد به وارث متعدد او منتقل شود، تا زمانی که تمامی دین پرداخت نشود، هیچ قسمتی از مورد معامله آزاد نمی شود.

بند هفتم: تبعی نبودن؛

معامله با حق استرداد با اینکه اثر قرض و وثیقه را یکجا دارد ولی مثل رهن یا وثائق دیگر تبعی نیست بلکه خود معامله مستقلی محسوب می گردد. عقدیست واحد با اثر دوگانه.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

منظور از تبعی بودن در اینجا وابستگی عقد به وجود یک دین است (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ص ۴۹۷). و به عقدی که به منظور تضمین یک دین موجود، منعقد می شود، عقد تبعی می گویند. مانند عقد رهن، کفالت و ضمان. مثلاً در مورد عقد رهن وجود دین در هنگام انعقاد عقد، شرط صحت عقد می باشد. (م ۷۷۱ و ۷۷۵ ق.م.) و نیز مطابق ماده ۶۹۱ ق.م. "ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است."

از آنجا که معاملات با حق استرداد از حیث آثار در زمره معاملات استقراری و وثیقه ای هستند، ممکن است این توهم ایجاد شود که در معاملات با حق استرداد نیز وجود دین شرط باشد. لیکن همانطوری که گفته شد، این توهمی بیش نیست. دینی که در معاملات با حق استرداد از آن بحث می شود، از خود عقد ناشی می شود و همان ثمنی است که انتقال گیرنده در مقابل مورد معامله به انتقال دهنده پرداخته است. درست است که این ثمن در واقع و پنهان وامی است که انتقال گیرنده به انتقال دهنده می دهد، لیکن معامله منعقد شده آن را ثمن اعلام می کند و این قانون است که به محض انعقاد عقد و پرداخت ثمن به انتقال دهنده آن را دین او می داند. این دین قبل از عقد وجود نداشت.

بند هشتم: قابل استرداد بودن یکی از عوضین؛

در هر عقد تملیکی و معوض که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که گرفته، مال تملیک شده را استرداد نماید معامله با حق استرداد جلوه پیدا می کند. وگرنه در عقودی که چنین خاصیتی ندارند تحت سیطره معامله به حق استرداد قرار نمی گیرند.

ارکان معاملات با حق استرداد

با توجه به تعریفی که ارائه شد، یک معامله زمانی مشمول عنوان معامله با حق استرداد می باشد که دارای شرایط زیر است:

بند اول: معامله تملیکی باشد

چون قصد طرفین معاملات با حق استرداد، در واقع وام و وثیقه بوده است و مقررات مربوط به قرض و رهن، تأمین مناسبی برای وام دهندگان نبود، فلذا آنها جهت پیدا کردن تأمینات مناسب تری به قصد وام و وثیقه، مبادرت به انعقاد معاملات تملیکی با حق استرداد می ورزیدند، تا دیگر مشکل استیفای حقوق خود را از محل فروش رهنینه نداشته باشند. در این معاملات، به محض انعقاد عقد، مالکیت مورد معامله به مشتری و خریدار شرطی منتقل می شد. (ماده ۱۰ و ۴۵۹ ق.م.) و فروشنده حق داشت در موعد معین با رد عوض دریافت شده مالکیت مذکور را مسترد دارد. هرگاه فروشنده از رد عوض دریافت شده عاجز می ماند، خریدار شرطی که در واقع همان طلبکار بود مالک مطلق مورد معامله می شد. (ماده ۴۵۹ ق.م.)

این معاملات تملیکی در واقع وسیله ای برای تقلب نسبت به قوانین رهن و وثیقه و ربا بودند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۱). و به این خاطر قانونگذار در قانون ثبت با هدف مقابله با این تقلبات اقدام به سلب آثار تملیکی از این معاملات کرده است.

این معاملات نوعاً مطابق قانون مدنی تملیکی هستند ولی با توجه به قانون ثبت آثار تملیکی از آنها سلب شده است. پس چون لازمه سلب اثر تملیکی این است که یک معامله خود فی نفسه دارای چنین اثری باشد تا قانون ثبت آن اثر را سلب کند در نتیجه باید گفت معامله ای که مشمول این مقررات قرار می گیرد باید تملیکی باشد. بنابراین معاملات عهدی مشمول این مقررات قرار نمی گیرند زیرا هدف قانونگذار جلوگیری از تملک اموال بدهکاران توسط طلبکاران بود که در معاملات تملیکی با حق استرداد با انقضای مدت، تملیک و تملک قطعی نیز واقع می شد ولی چون در معاملات عهدی انتقال مالکیت، به نوعی در کنترل خود متعهد بود، فلذا ضرورت حمایت از متعهدین این دسته از معاملات احساس نمی شد. در معاملات عهدی انتقال مالکیت در کنترل متعهد می باشد ولی در معاملات تملیکی با حق استرداد مالکیت منتقل می شد و انتقال دهنده تنها می توانست در صورت امکان آن را مجدداً به دست آورد. به هر حال تاریخ نیز حکایت از آن دارد که این معاملات تملیکی بود که مورد سوء استفاده و وسیله تقلب نسبت به قانون قرار می گرفتند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۱). از طرف دیگر اگر در معامله ای عنوان وثیقه صدق کند این معامله خود یک معامله وثیقه ای است نه معامله با حق استرداد بلکه باید عنوان تملیکی بودن بر آن معامله صادق باشد.

بند دوم: معامله معوض باشد

تاریخ معاملات با حق استرداد نشان می دهد که این معاملات، معوض بوده اند. در این معاملات دو مال با یکدیگر معاوضه می شوند، یکی ثمن که در واقع همان وام می باشد و دیگری مبیع، که در واقع همان وثیقه وام مذکور است، و به خریدار تملیک می شود. مدت حق استرداد نیز در واقع موعدی است که بدهکار می تواند بدهی خود را بپردازد.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

این شرط از ظاهر ماده ۳۴ ق.ث. نیز استنباط می شود. ماده ۳۴ ق.ث. مقرر می دارد: ".... در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد بستانکار می تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند." در جاهای دیگر این ماده از اصطلاحات "طلب، طلبکار، بدهی، بدهکار" استفاده شده است. منظور از طلب همان ثمنی است که فروشنده در مقابل مورد معامله تملیک شده دریافت داشته است.

بنابراین معاملات مجانی مانند هبه، که طرف تملیک کننده حق دارد مال تملیک شده را مسترد نماید، معامله با حق استرداد مرسوم نیستند. اختیار طرف تملیک کننده در استرداد مال تملیک شده در این معاملات (معاملات مجانی) ناشی از قانون است در حالی که در معاملات با حق استرداد، حق استرداد ناشی از قرارداد می باشد.

بند سوم: حق استرداد

برای اینکه یک معامله معوض و تملیکی، مضمول عنوان و مقررات معاملات با حق استرداد باشد، باید حاوی شرطی باشد که انتقال دهنده بتواند منتقل شده را مسترد دارد. از این شرط، به حق استرداد تعبیر می شود. حق استرداد عبارت است از یک حق قراردادی که انتقال دهنده مال منقول یا غیرمنقول در معاملات معوض تملیکی می تواند به استناد آن، با رد عوض دریافتی، مال انتقال داده شده را مسترد دارد. عنوان این حق، ممکن است خیار شرط، شرط نذر خارج، شرط وکالت باشد و یا بدون هرگونه عنوانی، چنین حقی تعیین شده باشد. به هر حال هرگاه فروشنده، تحت هر عنوانی به موجب قرارداد قادر باشد چنین کاری را انجام دهد، قرارداد مزبور مضمول مقررات معاملات با حق استرداد است.

نتیجه گیری

در حال حاضر بیع شرط نسبت به اموال غیرمنقول ثبت شده و املاک مطابق ماده ۳۳ و ۳۴ ق.ث. جز معاملات با حق استرداد محسوب می شود این نوع معاملات ضمن اینکه اثر قرضی و وثیقه ای دارند عقد مستقلی محسوب می شوند و دارای آثار و ویژگیهای خاص خودشان میباشند. مقررات قانون ثبت چون موافق با واقعیات و حقیقت های بیع شرطها می باشند و به نظر باید طوری مورد اصلاح قرار گیرند که شامل بیع شرطهایی نسبت به اموال غیرمنقول ثبت نشده و اموال منقول نیز بشود.

اگر بیع شرطهای مطابق با آنچه در فقه آمده صورت می گرفت مشکلی پیش نمی آمد و لزوم به وضع قوانینی چون مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. وجود نداشت و قوانین قانون مدنی در این خصوص کفایت می کرد اما چنانچه ذکر گردید بیع شرط در طی تحول خود از مسیر حقیقی خود منحرف گشت و وسیله شرعی برای انجام محرمات شرعی گشت چون ربا در شرع حرام بود رباخواران با توسل جستن به بیع شرط به مقاصد خود می رسیدند و قرض گیرندگان برای رفع احتیاجات خود مجبور به تمکین بودند. دیگر بیع شرطها آن بیع شرطهای بحث شده در فقه نبود، بلکه در ظاهر بیع شرط و در باطن رباخواری بود بر همین مبنا بود که مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. برای جلوگیری از رباخواری با استفاده از حیل شرعی تصویب شد و موافق نظر فقهی است که استفاده از حیل شرعی را جایز نمی داند بنابراین مغایر با شرع نبوده و در عین حال مطابق با انصاف و عدالت بود. بنابراین اساس شورای نگهبان نیز باید حقیقت بیع شرطهای کنونی را در نظر بگیرد. و نظر بدهد نه بیع شرط مندرج در کتب فقهی که شکی در صحت چنین بیع هایی نبوده است و نیست.

اساساً یافتن مصادیق معاملات با حق استرداد در هر دو معنای بیع شرط قانون مدنی و مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که جنبه وثیقه ای دارد در حقوق انگلیس کار آسانی نیست؛ چراکه صرف نظر از تفاوت های ذاتی دو نظام حقوقی کامن لا و نظام نوشته حقوق ایران که متأسی از فقه اسلامی است و باعث شده معاملاتی که در آنها اصله لزوم زیر پا گذاشته شده و معامله حاوی جنبه های غرری محسوب گردد، در نظام حقوقی انگلیس پیش بینی معاملات با حق استرداد به معنای تخصصی کلمه به عمل نیامده است و لذا تنها می توان به مواردی که مستوجب استقرار حق استرداد برای طرفها در قراردادها می شود، اشاره نمود.

مهم ترین مصادیق موارد این چنینی، حق استرداد است که بر اساس فسخ قابل اعمال است می باشد که بحث از کیفیات فسخ معاملات در حقوق قراردادهای انگلیس خود مقوله مفصلی است. به جز حق استرداد در موارد فسخ، توجیهات و معاذیر قانونی مصادیق دیگری است که میتواند موجب حق استرداد در معامله باشد. تغییر بنیادین اوضاع و احوال قراردادی دکترونی است که در خصوص یکی از مواردی که می تواند حق استرداد را ایجاد کند مورد اشاره قرار گرفت.

۱- وصف قراردادی بودن حق استرداد آن را از حق رجوع در عقد هبه که تملیکی و شاید با شرط عوض باشد و نیز از مورد ماده ۲۸۰ ق.م. که به موجب آن اگر مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد با بیع حق استرداد آن را دارد، متمایز می کند. چرا که این دو حق اخیر مبتنی بر قانون هستند نه شرط صریح ضمن عقد، در حالی که حق استرداد به موجب شرط ضمن معامله ایجاد می شود.

Psychology and Educational Sciences Law and Social Sciences at the beginning of Third Millennium

مورد دیگر نقض اساسی معامله است که بر اساس آن حق استرداد مبیعی که به تصرف خریدار داده شده است می‌تواند برای فروشنده ایجاد شود. بر این اساس رویه قضایی انگلیس تنها در صورتی که نقض اساسی باشد قائل به استرداد شده است و در غیر این صورت، الزام و اخذ خسارت دارای اولویت خواهد بود. اما گذشته از موارد و مصادیقی که می‌تواند استرداد شبیه آن چه که در معاملات با حق استرداد به وجود می‌آید استقرار یابد، نزدیک‌ترین نهاد حقوقی به معاملات با حق استرداد در حقوق انگلیس را می‌توان معاملات و بیع مشروط دانست. به طور کلی کنترل جنبه‌های انتقال مالکیت در معاملات بیع در حقوق قراردادهای به عنوان نوعی تضمین استفاده می‌شود که در قالب چهار قاعده اساسی به ذکر آن‌ها پرداختیم و بیع مشروط نیز دقیقاً نهاد حقوقی است که با کنترل انتقال عنوان مالکیت به ارائه تضمین قراردادی می‌پردازد. در بیع مشروط، به جهت ضمانت فروشنده، عنوان مالکیت تا زمانی که تمام ثمن تأدیه نشود و کلیه وثائق و تضمینات امکان آزاد شدن پیدا نکنند، به خریدار منتقل نمی‌شود. این مفهوم بیشتر با مفهوم وثیقه‌ای و رهنی بودن معاملات با حق استرداد در حقوق ایران قابل انطباق است که به مهمترین جنبه‌های آن پرداخته شد.

منابع

۱. امامی، سید حسن، سال ۱۳۷۵، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، چاپ اسلامیه.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، سال ۱۳۷۵، مکاسب، ترجمه و شرح جواد فخار طوسی، ج ۲ و ۳، قم، نشر مرتضی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سال ۱۳۳۹، تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه، کانون معرفت.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سال ۱۳۷۲، دانشنامه حقوقی، ج ۵، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم.
۵. شهری، غلامرضا، سال ۱۳۷۲، حقوق ثبت، تهران مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ سوم.
۶. صفایی، سیدحسین، سال ۱۳۸۶، مجموعه مقالات درباره حقوق مدنی تطبیقی، تهران، انتشارات میزان.
۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، سال ۱۳۶۴، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۳، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۸. کاتوزیان، دکتر ناصر، سال ۱۳۶۹، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۵، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۹. نجفی، شیخ محمدحسن، ۱۴۰۰هـ.ق، جواهر الکلام، ج ۲۳، تهران، انتشارات دارالکتاب الاسلامیه.
۱۰. قانون مدنی
۱۱. قانون ثبت اسناد و املاک اصلاحیه مصوب ۱۳۲۲/۶/۲۷ و الحاقی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸
۱۲. قانون آیین دادرسی مدنی