

## بررسی عقد بیع و تاثیر بیع شرط در آن

آذین رستمی فر<sup>۱</sup>، علی اکبر اسمعیلی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرگان (نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup> عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، استادیار، گروه حقوق

### چکیده

بیع مهمترین و رایجترین عقد از عقود معین است و از این رو آن را ام العقود نامیده اند. عقد بیع دارای ابعاد و موضوعات و مسائل مختلف است که می تواند مورد مطالعه واقع گردد. متعاملین مختارند در عقد بیع هرگونه شرطی که بر خلاف مقتضای ذات عقد و شرع نباشد را درج نمایند. یکی از شروطی که ممکن است در عقد بیع درج شود، شرط استرداد مورد معامله است. یعنی شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معین تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد. در بیع شرط اصل بر این است که به مجرد انعقاد عقد بیع مشتری مالک مبیع خواهد شد و اگر بایع در وقت مقرر به شرط عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بایع به شرط عمل کند، در حین فسخ، بیع مال بایع خواهد بود اما ثمره و منافع حاصل از حین عقد تا قبل از اعمال حق فسخ متعلق به مشتری خواهد بود. در این گونه معاملات مطابق ماده ۳۳ قانون ثبت، در صورت درخواست ثبت از سوی انتقال دهنده، مکلف است در اظهارنامه قید کند که نسبت به ملک مورد درخواست، معامله با حق استرداد صورت گرفته است. به طور کلی هدف از این پژوهش تبیین معامله با حق استرداد در حقوق ایران می باشد که در این راستا، بررسی مواد قانون مدنی و قانون ثبت مورد توجه خواهد بود.

**واژه های کلیدی:** عقد بیع، بیع شرط، حق استرداد، حق فسخ، حقوق ثبت

## مقدمه

هر معامله ای که در آن شرط استرداد مورد معامله وجود داشته باشد، اصطلاحاً معامله با حق استرداد نامیده می‌شود. در عقد بیع متعاملین می‌توانند 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. در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن، قید تمام یا بعض نشده باشد، خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.

باید توجه داشت که در بیع شرط به مجرد انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد شد؛ مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی، بیع شرط اثر تملک دارد. بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند در حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد؛ ولی ثمره و منافع حاصله از حین عقد تا قبل از اعمال حق فسخ متعلق به مشتری خواهد بود.

در معاملات با حق استرداد بر حسب تبصره ۲ ماده ۳۳ قانون ثبت، ضمن اینکه انتقال دهنده درخواست ثبت می‌کند مکلف است در اظهارنامه قید کند که نسبت به ملک مورد درخواست ثبت، معامله با حق استرداد صورت گرفته است.

در موردی که معامله مربوط به واگذاری حق عینی نسبت به ملک باشد (مثل رهن و حقوق ارتفاقی) و یا راجع به انتقال تمام با قسمتی از عین ملک باشد ولی با حق استرداد، سردفتر باید آن را در صفحات مخصوص به انتقالات سند مالکیت نوشته و امضا نماید و در مورد عمری، رقبی و سکنی و مواردی که معامله راجع به انتقال سود ملکی برای بیش از سه سال باشد، مقررات بالا راجع به تنظیم خلاصه سند و فرستادن آن به اداره ثبت حوزه وقوع ملک و قید آن در زیر ثبت ملک در دفتر املاک و سند مالکیت و بایگانی نمودن خلاصه معامله در پرونده، باید مجری گردد. در هر صورت بازنگری در مقررات قانون ثبت با توجه به احکام شرعی و واقعیت‌های عقلایی جامعه ضروری است.

## ۱-۱. مفهوم معامله

یکی از راه‌هایی که باعث انتقال امول می‌شود، معامله است به همین علت نیاز به بررسی دارد. کلمه «معامله» مصدر باب مفاعله است و گویای عمل دو جانبه ای است که یکی از طرفین «معامل» است و عمل‌کننده و دیگری «متعامل» است و پذیرنده. رعایت معنی باب مفاعله در کلمه «معامله» در ماده ۲۵۹ قانون مدنی قابل ملاحظه است.<sup>۱</sup> کلمه «معامله» در معانی مصدری و اسمی مورد استفاده قرار گرفته است. همچنین این کلمه صرفنظر از معانی اسمی و مصدری آن در معانی متعددی استعمال گردیده است، از جمله این معانی، معامله به معنای اعم، معامله به معنای خاص و معامله به معنای اخص است.

۱. ماده ۲۵۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه معامل فضولی، مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را»

اجازه نکنند متصرف، ضامن عین و منافع است.»

## ۱-۱-۱. معامله به معنای اعم

«معامله» در معنای اعم عبارت از هر فعلی است که قصد قربت نخواهد و در مقابل «عبادت» قرار می‌گیرد. این تقسیم بندی در بسیاری از کتب فقهی که یکی از منابع قانون مدنی و به تبع آن حقوق مدنی ایران را تشکیل می‌دهد مورد تبعیت قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

## ۱-۱-۲. معامله به معنای خاص

این معنای از معامله شامل عقود مالی و غیرمالی و عقود مالی معوض و غیرمعوض است. برای مثال، قانونگذار در ماده ۶۱۰ قانون مدنی از ودیعه به عنوان مصداق معامله یاد نموده است در حالی که، به دلالت ماده ۶۰۷ قانون مدنی ودیعه عقدی است مجانی است و معوض نمی‌باشد. با این توجه معامله به معنای خاص شامل عقد نکاح نیز می‌گردد.<sup>۳</sup>

## ۱-۱-۳. معامله به معنای اخص

منظور از «معامله به معنای اخص» عقود مالی معوض است. به نظر می‌رسد قانون مدنی، معامله به معنای خاص را در هنگام به کارگیری کلمه «معامله» مدنظر قرار داده است. این روند در مواد قانونی مربوط به عقد نکاح که برمبنای قواعد حاکم بر معاملات به معنای خاص تنظیم گردیده به خوبی مشهود است. در این میان، می‌توان به ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید.» اشاره نمود. این ماده قانونی چگونگی وقوع عقد نکاح را بیان می‌دارد. شرایط صحت نکاح با کمی تفاوت نسبت به شرایط صحت معامله مندرج در مبحث مربوطه قانون مدنی، بیان گردیده است. در این جا یاد آوری این نکته ضروری است که در قانون مدنی ایران، در فرضی که قانونگذار چگونگی تحقق و شرایط عقدی را بیان نماید، بیانات قانونگذار در خصوص مورد ملاک خواهند بود و در غیر این صورت، در موارد سکوت قانونگذار، شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ به بعد قانون مدنی حاکم خواهد بود.<sup>۴</sup>

## ۱-۲. مفهوم عقد

ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد مقرر می‌دارد: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر توافق بر امری کنند که مورد قبول آن‌ها باشد.»

عقد یک واژه عربی است و از لحاظ اشتقاق مصدر است که گاه در مفهوم وصفی و به معنای «معقود» به کار می‌رود و در لغت به معنای گره زدن و بستن در مقابل گشودن، یا ربط و وصل در مقابل حلال است.<sup>۵</sup>

اما در اصطلاح حقوقی گفته شده است: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود».<sup>۶</sup>

۲. قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی، انتشارات دراک، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۳۱.

۳. دورودیان، حسنعلی، جزوه حقوق مدنی، تعهدات، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ص ۲۶.

۴. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، نشر علوم اسلامی، ص ۲۷، چاپ دوم، ۱۳۶۷؛

۵. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سمت، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۹.

۶. الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، دارالکتب العلمیه، ج ۲، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰، ص ۱۱۰.

فقه‌های امامیه تعابیر مختلفی دارند برخی از آن به «بستن و گره زدن یکی از دو التزام به دیگری» تعبیر کرده اند<sup>۷</sup> و برخی دیگر آن را «تعهد شخصی با دیگری در کاری از کارها اعم از امور مالیه یا غیر آن» تعریف کرده اند.<sup>۹</sup>

در فقه عامه آمده است: «عقد عبارت است از ارتباط ایجاب و قبول به شکل مشروع که اثرش در محل آن ثابت خواهد شد.»<sup>۱۰</sup>

در حقوق اروپایی تعریف دیگری از عقد ارائه شده است: «عقد عبارت است از توافق دو اراده بر انشای حق یا بر نقل حق یا بر پایان حق.»<sup>۱۱</sup> قریب همین مضمون تعریفی است که ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه از عقد ارائه کرده است: «عقد توافقی است که براساس آن شخص یا اشخاصی نسبت به شخص یا اشخاص دیگر ملتزم به دادن چیزی یا انجام عملی و یا امتناع از انجام چیزی می شوند.»<sup>۱۱</sup>

با لحاظ به مطالب فوق، به نظر می رسد که قانونگذار قانون مدنی در تدوین ماده ۱۸۳ بیشتر از قانون مدنی فرانسه متأثر بوده است تا فقه امامیه. با این توضیح که تعریف مذکور در قانون مدنی فرانسه کامل تر به نظر می رسد که از این جهت که به جای تعبیر به «فرد» تعبیر به «شخص» نموده، امری که در قانون مدنی ایران آمده و مورد اشکال قرار گرفته است. این احتمال نیز وجود دارد که قانونگذار در ترجمه متن فرانسوی دچار اشتباه شده است و به جای استفاده از «شخص» واژه «فرد» را به کار گرفته است.<sup>۱۲</sup>

با این حال تعریفی که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ذکر شده است از جهات مختلفی مورد ایراد حقوقدانان قرار گرفته که مهمترین آن به شرح ذیل است:

۱. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی به تعهد متقابل یک یا چند نفر در مقابل هم «عقد» گفته شده است در حالی که «تعهد» اثر عقد است نه خود آن.<sup>۱۳</sup>

۲. ماده فوق تنها شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را در بر نمی گیرد. این ایراد در آن جا بیشتر رخ می نماید که بدانیم اصولاً در حقوق ایران، تا آن جا که ممکن بوده است آثار عقود بر اموال قرار می گیرد نه بر اشخاص.<sup>۱۴</sup>

۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ص ۱۶.

۸. «فان العقد عبارة عن شد احد التزامین و عقده بالآخر» حسینی شاهرودی، سیدعلی، محاضرات فی الفقه الجعفری، دارالکتاب اسلامی، ج ۲، قم، چاپ ۸ اول، ۱۴۰۹.

۹. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۳، چاپ دوم، قم، ۱۳۷۱، ص ۱۱۶.

۱۰. «ان العقد هو ارتباط ایجاب بقبول علی وجه مشروع یتثبت اثره فی محله» حسینی حائری، محمد کاظم، فقه العقود، مجمع الفکر الاسلامی، ج ۱، چاپ اول، قم، ۱۴۲۱، ص ۱۷۵. «ان العقد هو اتفاق ارادتين علی انشاء حق او علی نقله او علی انهاء»

۱۱. میردآدشی، سید مهدی، آسیب شناسی فقهی حقوقی قوانین، انتشارات جنگل، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۵.

۱۲. میردآدشی، سید مهدی، همان.

۱۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۶.

۱۴. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷، ص ۳۶.

۳. ظاهر عبارت مندرج در تعریف، صرفاً شامل عقود غیرمعوض است و عقود معوض را در بر نمی گیرد.<sup>۱۵</sup>

۴. در ماده مذکور، تعهد و قبول فقط به «نفر» که واحد انسان است نسبت داده شده است در حالیکه بهتر بود از واژه «شخص» استفاده می شد تا شامل اشخاص حقوقی نیز بشود.<sup>۱۶</sup>

گر چه با لحاظ ماده ۵۸۸ قانون تجارت کار عمل مشکلی پیش نخواهد آمد.

به هر تقدیر با توجه به اشکالات متعددی که در تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی وجود دارد شایسته است تحقیق کاملی در مورد تعریف عقد از منظر فقهی صورت گیرد تا در صورت لزوم، در اصلاح و تغییر ماده فوق مورد استفاده قرار گیرد.

### ۳-۱. مفهوم قرارداد

مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی و تملیکی و مالی و غیرمالی و معوض و غیرمعوض است و نیز شامل موافقت هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می شود و ماده ۷۵۴ قانون مدنی به همین وسعت به کار رفته است. چون صلح در لغت به معنای مطلق توافق و تسالم است و خلاصه هر نوع توافقی که عنوان یکی از عقود معین را نداشته باشد صلح است و خود صلح جزء عقود معینه در فقه اسلام نبوده است (هر چند برخی از فقهای اخیر تمایل داشته اند که آن را در عداد عقود معینه در آورند ولی توفیقی حاصل نکرده اند). و قانون مدنی هم اقدامی نکرده است که آن را در اعداد عقود معینه در آورد و لغت صلح در صدر ماده ۷۵۲ قانون مدنی بر همان معنی (یعنی تسالم و توافق) باقی مانده است و شارع اسلام و مقنن قانون مدنی تغییری در مفهوم لغوی آن نداده اند.

در مفهوم لغوی قرارداد هم دلیلی نداریم که مقنن ایران دخل و تصرفی کرده باشد لذا همان مفهوم لغوی حجت است و حجیت داشتن همین معنای لغوی نقص تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ را جبران می کند و بالنتیجه می توان گفت مفهوم قرارداد از مفهوم عقد مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اعم است ولی مقنن ایران در خارج از ماده ۱۸۳ عموماً هر جا که عقد یا عقود را بدون قرینه به کار برده است منظورش مساوی است با مفهوم لغوی قرارداد و از این رو است که گفته شده، عقد و قرارداد بیک معنی است.<sup>۱۸</sup> در قانون تعهدات سوئیس در تعریف قرارداد گفته شده است: «قرارداد زمانی کاملاً منعقد می شود که طرفین متقابلاً و بطریق هماهنگ اراده خود را در آن مورد بیان کرده باشند. این اظهار اراده ممکن است صریح یا تلویحی باشد.»<sup>۱۹</sup>

قرارداد نیز کلمه مترادف عقد است با این تفاوت که در اغلب موارد کلمه عقد فقط در مورد عقود معینه به کار می رود و حال آن که قرارداد به کلیه عقود اعم از معینه و غیرمعینه اطلاق می شود و به عبارت دیگر قرارداد اعم از عقد است همچنین در

همان:۱

همان:۱۶

ماده ۵۸۸ قانون تجارت مقرر می دارد: «شخص حقوقی می تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد. مانند: حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک.»

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۴، ص ۵۳۲، شماره ۲۲۶:۱۴

صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۱۹:۱۹

همان:۲

تعریف قرارداد گفته شده است: «قرارداد عبارت است از توافق دو یا چند اراده در مورد چیزی که متضمن نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط یا انتقال حقی باشد. قراردادی که متضمن ایجاد تعهد باشد یا نقل مالکیت را سبب گردد عقد نامیده می شود (ماده ۱۸۳ قانون مدنی) ولی اقاله یا تفاسخ که حاصل توافق در سقوط تعهد یا مالکیت ناشی از عقد است قرارداد محسوب می شود ولی به آن عقد نمی گویند. بنابراین قرارداد اعم از عقد است. البته عده زیادی از حقوقدانان قرارداد را در ردیف عقود تعهدی می دانند.»<sup>۲۱</sup>

#### ۴-۱. عقد، معامله و قرارداد

ممکن است گفته شود در قانون مدنی ایران، «عقد» برای برقراری روابط قراردادی مالی و غیرمالی بکار گرفته می شود، اما «معامله» گویای رابطه ای قراردادی که دارای جنبه مالی است. لکن با توجه به این که عنوان معامله به معنای خاص در قانون مدنی مورد نظر قرار گرفته شده است به نظر می رسد، قانونگذار در هنگام تنظیم قانون مدنی، عناوین «عقد» و «معامله» را در یک معنی واحد استعمال نموده و حرف «واو» مابین «عقود و معاملات» صرفاً «واو» عطف توضیحی است.

باب دوم از قسمت دوم مربوط به کتاب دوم ذیل جلد اول قانون مدنی با عنوان «در الزاماتی که بدون قرار داد حاصل می شود.» آغاز شده و مقررات آن در ضمن مواد ۳۰۱ الی ۳۰۷ بیان شده است. بکارگیری عنوان یاد شده و مندرجات مواد قانونی ذیل آن گویای این معناست که «قرارداد» در قانون مدنی به عنوان مترادف «عقد» و «معامله» در نظر گرفته شده است.

اما کلمه قرارداد در متون حقوقی بعضاً در معنای «عقود غیرمعین» مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۲۲</sup>

در ادبیات حقوق انگلیس در رابطه با واژه های قرارداد و توافق تفاوت هایی وجود دارد. براساس یکی از معروفترین دیکشنری های حقوقی انگلیسی، واژه قرارداد در معانی مختلفی به کار رفته است:

۱. توافقی بین دو یا چند نفر که تعهدی قابل اجرا ایجاد می کند یا به عبارت دیگر توافقی که قانون آن را به رسمیت می شناسد. یک قرارداد زمانی معتبر است که قانون محل اجرای عقد آن را به رسمیت بشناسد.
۲. التزام یا مجموعه ای از التزام ها است که به وسیله یک طرف، برای معامله به وجود می آید که قابلیت اجرایی خود را از قانون می گیرد
۳. در معنای موسع می توان گفت اثر قرار داد ایجاد شده، حقوق یا مجموعه ای از وظایف است که به وسیله قانون مسئولیت مدنی تحمیل نشده باشد.
۴. به طور موجز باید گفت معنی قرارداد، انتقال و فروش را به ذهن تداعی می کند.
۵. نوعی از توافق است.

۲۱. امامی، اسدالله، نقش اراده در قراردادها، مجله فصل نامه حق، دفتر چهارم، دی ماه ۱۳۶۴.

۲۲. قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی، انتشارات دراک، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۴۳.

۲۳ agreement

برخی از حقوق دانان انگلیسی قرارداد را این گونه تعریف کرده اند: «قرارداد عبارت است از تعهد یا مجموعه ای از تعهداتی که قانون آن را لازم الاجرا می داند.»<sup>۲۴</sup> و بعضی دیگر در تعریف آن گفته اند: «قرارداد را می توان تحت عنوان توافق بین دو یا چند نفر که از نظر قانون الزام آور است تعریف نمود.»<sup>۲۵</sup>

در برابر قرارداد، توافق، قرار دارد که در تعریف آن آمده است:

۱. یک فهم دو جانبه میان دو شخص یا بیشتر در رابطه با حقوق مرتبط و وظایفی که قبل یا بعد از عملیات بوجود می آید.

۲. التزام واقعی طرفین بر مبنای عوضی که در برابر معوض داده می شود.

معامله نیز از معنای عرفی خود به دور نیفتاده است و به معنای توافق بر انتقال کالا، خدمات می باشد.<sup>۲۷</sup>

## ۵-۱. مفهوم و جایگاه بیع شرط

### ۵-۱-۱. تعریف بیع شرط

مقصود از بیع خیار، عقدی است که در آن برای یکی از طرفین یا شخص ثالث خیار فسخ شرط شود. این حق، به طور معمول برای فروشنده شرط می شود: بدین ترتیب که در قرارداد خرید و فروش می آید که، هرگاه فروشنده در مدت معین ثمن را به خریدار پس بدهد، حق فسخ معامله و تملک مجدد مبیع را داشته باشد. این عقد را در حقوق ما «بیع شرط» نیز می نامند، و در قانون ثبت اسناد و املاک «معامله با حق استرداد» گفته شده است. در بیع خیار، وضع مالکیت مبیع، پیش از سپری شدن مدت خیار و قطعی شدن بیع، ثابت نیست. زیرا فروشنده می تواند، هرگاه بخواهد با پرداختن ثمن، آنچه را که از دست داده است دوباره تملک کند. وضع متزلزل مبیع ممکن است این تردید را به وجود آورد که ملکیت نیز پس از انقضای خیار منتقل می شود و قانون مدنی برای رفع همین تردید مقرر داشته است که: «در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار...» (ماده ۳۶۴ قانون مدنی)

ماده ۴۵۹ قانون مدنی، اراده خریدار و فروشنده را حاکم بر عقد می داند و مقرر می دارد که: «...اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد...». ولی تاریخ حقوق ایران نشان می دهد که از این ماده به شدت سوء استفاده شده است: بدین ترتیب که برای فرار از مقررات شرع که ربح گرفتن را مجاز نمی شمرد، وام دهنده به طوری صوری ملک وام گیرنده را می خرید؛ در قرارداد شرط می شد که، اگر فروشنده ثمن را ظرف مهلت معینی بپردازد، حق فسخ معامله را دارد. از سوی دیگر، چون منافع ملک به تبع اصل آن به خریدار منتقل می شد، او آن را به فروشنده اجاره می داد و ربحی را که می خواست، به عنوان اجاره ملک، از او می گرفت.<sup>۲۸</sup>

<sup>۲۴</sup> Chitty on contract, sweet Maxwell, twenty- third edition, london, vol 1, 1968, p 1.

<sup>۲۵</sup> Duxbury, Robert, contract in a nutshell, sweet maxwell, third edition, london, 1994, p 1.

<sup>۲۶</sup> bargain

<sup>۲۷</sup> op.cit. p 159.

<sup>۲۸</sup> کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص ۱۶۳.

عیب مهم حيله ياد شده اين بود که در اين گونه معاملات ثمنی که به فروشنده پرداخته می شد به طور معمول در برابر ارزش واقعی ملک ناچیز بود. فروشنده پولی را که به قرض می خواست می گرفت و در آن هنگام نیز به نتیجه نامطلوب این عدم تعادل نمی اندیشید. پس، اگر نمی توانست به موعد آن را بپردازد، وام دهنده به همان بهای ناچیز ملک را تصاحب می کرد. به ظاهر اراده آزاد حکومت داشت، ولی در معنا، نیروی سرمایه این آزادی را به بازیچه گرفته بود. اخلاق این بهره برداری را نامشروع می دید و فشار ناشی از آن دولت را وادار ساخت تا به حمایت از ناتوان برخیزد و دسیسه های رباخواران را خنثی کند. پس، ماده ۳۳ قانون ثبت مقرر داشت که «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 با ملاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده... حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است...» و این نشان می داد که به نظر قانونگذار، بیع خیاری مملک نیست و خریدار چنین ملکی نمی تواند به ادعای مالکیت درخواست ثبت کند.

ولی این ضمانت اجرا کافی نمی نمود، زیرا رفته رفته املاک ثبت شده فزونی می یافت و معلوم نبود که اگر چنین ملکی به بیع شرط فروخته شود، چه گونه قانون می تواند از مالک حمایت کند. ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز که مقرر می داشت: «گر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجزی نخواهد بود». داری قاطعی برای درمان این بیماری نبود، زیرا اثبات این که قصد فروشنده امری غیر از اعلام مندرج در اسناد معامله است، کاری چنان دشوار است که هر مدعی را در اقامه چنین دعوایی به تردید می اندازد. بنابراین، ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت به کلی اثر معامله با حق استرداد را در زمره معاملات رهنی قرارداد. به موجب این ماده، در معاملات شرطی نیز، مانند معامله رهنی، خریدار تنها طلبکار فروشنده محسوب می شود و می تواند برای وصول طلب خود و زیان دیرکرد درخواست صدور اجرائیه و فروش مبیع شرطی را بکند. با این وصف، دیگر بیع شرط یا خیار با انتقال مالکیت مبیع به خریدار نمی شود و «معامله با حق استرداد» نهاد حقوقی ویژه ای است که باید جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد»<sup>۲۹</sup>

## ۲-۵-۱. جایگاه بیع شرط

مطابق ماده ۴۵۸ قانون مدنی «در عقد بیع متعاملین میتوانند 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 بحکم ماده ۴۵۹ قانون مزبور «در بیع شرط به مجرد وقوع عقد مبیع ملک مشتری میشود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع میگردد و اگر بالعکس بایع بشرايط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد بود».

بموجب دلالت صریحه مواد مذکوره وضعیت مورد معامله در هر صورت تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و متعاملین میتوانند معامله خود را در مورد عقد بیع بنحو مذکور واقع سازند بطور کلی مواد مذکوره تکلیف متعاملین را از حین انعقاد معامله تا حین فسخ تعیین نموده است چنانچه بایع در انقضای مدت استرداد مثل ثمن را بمشتری رد نماید مالک مبیع خواهد بود لکن بحث در اینجا است که هرگاه بایع از حق خیار خود نتوانست استفاده نماید و مبیع را استرداد کند آیا مشتری میتواند با استناد ماده ۴۵۹ مذکور مالک قطعی مبیع گردد یا نه؟

ظاهراً مناط استحقاق یا عدم استحقاق مالکیت در مورد مشتری فقط ماده ۴۶۳ قانون مزبور می باشد که به موجب آن «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجزی نخواهد بود».

۲۹. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۶۴.



و ماده مزبوره موردی را پیش‌بینی نموده که ممکن است بین بایع و مشتری از حیث میزان ثمن نسبت بارزش مبیع اختلاف نظری بوجود آید مثلا بایع مبلغی را که بابت ثمن دریافت داشته اگر میزان آن کمتر از ارزش واقعی مبیع در حین معامله بوده فرض قانون این است که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است و اگر میزان ثمن مساوی یا بیشتر از ارزش واقعی مبیع بوده قصد بایع حقیقت بیع بوده و احکام بیع در معامله واقعه جاری خواهد بود.

از تطبیق احکام مواد مذکوره با مقررات قانون ثبت اسناد و املاک که قانون مذکور تکلیف معاملات انتقالی و بیع شرطی را از ماده ۳۳ الی ماده ۳۹ تعیین نموده نتایج ذیل بنظر می‌آید:

اولا ماده ۳۳ حق تقاضای ثبت را نسبت باملاکی که به عنوان صلح یا بهر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای قانون مزبور انتقال داده شده اعم از آنکه مدت خیار یا عمل بشرط و بطور کلی حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده بانقتال دهنده داده است باستثنای فقرات سه گانه و دو شرط ضمیمه آن که انتقال گیرنده را در فقرات مذکوره مالک قطعی شناخته و حق تقاضای ثبت را برای انتقال گیرنده قائل شده است.

و بموجب ماده ۳۸ تکلیف محاکم و ادارات ثبت را معین نموده است که دستور مواد ۳۳ و ۳۴ را در عمل بموقع اجرا گذارند.

ثانیا مطابق قسمت اخیر ماده ۳۸ محاکم و ادارات ثبت نسبت بمعاملات مذکوره در ماده ۳۳ که پس از تاریخ اجرای قانون مزبور واقع شود مکلفند که مدلول ماده ۳۴ را اجرا نمایند یعنی محاکم با در نظر گرفتن تبصره ۵ از ماده ۳۴ در مورد معاملات بیع شرطی و غیره حکم برد اصل وجه و متفرعات آن صادر نمایند مگر اینکه انتقال دهنده قبل از صدور حکم به تسلیم عین در مقابل اصل حاضر شود که در این صورت محاکم به تسلیم عین و متفرعات حکم صادر خواهند نمود. (بند الف از ماده ۲ اصلاحی قانون ثبت اسناد مصوب دیماه ۱۳۱۲) و ادارات ثبت در صورت عدم استفاده انتقال دهنده از حق استرداد خود در مدت معینه مطابق مقررات ماده ۳۴ راجع بفروش ملک مورد معامله بطور مزایده اقدام نموده حق انتقال گیرنده را استیفاء نمایند.

لیکن از عبارت ماده ۳۴ چنین استنباط می‌شود که انتقال گیرنده در صورتی می‌تواند فروش مال مورد معامله را از اداره ثبت تقاضا نماید که اولاً نسبت بملک مورد معامله قبلاً تقاضای ثبت شده باشد و ثانیاً وقوع معامله اعم از اینکه موضوع آن منقول باشد یا غیر منقول بموجب سند رسمی بوده باشد نه سند عادی و تصور نمی‌رود که انتقال گیرنده با نداشتن دو شرط مزبور بتواند از اداره ثبت تقاضای فروش مال مورد معامله نماید و اداره ثبت در انجام چنین تقاضائی موظف به اقدام قانونی شود زیرا اداره ثبت بدون داشتن سابقه و جریانات اداری راسا نمی‌تواند این وظیفه را انجام دهد.

مقصود عمده از بحث در موضوع بیع شرطی و تطبیق مواد قانون مدنی با قانون ثبت اسناد این است که آیا منظور مقنن از وضع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد نسخ ضمنی تمام یا قسمتی از احکام راجعه به بیع شرط مذکور در قانون مدنی بوده یا اینکه مواد مذکوره را برای تعیین تکلیف اصحاب معامله و محاکم و ادارات مربوطه به منظور انجام عملیات ثبتی وضع نموده است؟

از دقت در قوانین مذکوره چنین بنظر می‌آید که: اولاً مواد قانون ثبت اسناد تکلیف معاملات بیع شرطی و رهن و غیره را اعم از منقول و غیر منقول به لحاظ انجام عملیات ثبتی پیش‌بینی نموده محاکم و ادارات عملاً باید مقررات قانون مذکور را رعایت نمایند.

ثانیا هرگاه عقدی تحت عنوان بیع شرطی واقع شود اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید مالکیت یا عدم مالیکت قطعی مشتری و همچنین حق تقاضای ثبت هر یک از بایع و مشتری تابع مقررات ماده ۳۸ این قانون خواهد بود به طوریکه ماده مزبوره مقرر داشته «در موضوع انتقالات مذکور در ماده ۳۳ که قبل از تاریخ اجرای قانون مزبور واقع شده محاکم مکلفند در مواردیکه مطابق ماده مزبور حق تقاضای ثبت به انتقال دهنده داده شده بر

طبق ماده ۳۴ حکم برد اصل واجور و غیره داده و در مواردیکه حق تقاضای ثبت بانتقال گیرنده داده شده است حکم به مالکیت انتقال گیرنده بدهند اعم از اینکه نسبت بملک مورد معامله تقاضای ثبت شده یا نشده باشد، و نسبت به معاملات مذکوره در ماده ۳۳ که پس از تاریخ اجرای این قانون واقع شود محاکم و ادارات ثبت مکلفند مدلول ماده ۳۴ را بموقع اجرا گذارند»

پس از ملاحظه مقررات مزبوره چنین نتیجه گرفته می شود که احکام مواد ۴۵۹ و ۴۶۳ قانون مدنی بکلی مخالف با دستور قانون ثبت اسناد بوده و با قانون مزبور تطبیق نمی شود و بنابراین دو ماده فوق الذکر از قانون مدنی ضمناً منسوخ و عمل کردن باحکام آنها مجوز قانونی ندارد.<sup>۳۰</sup>

### ۳-۵-۱. رهن مبیع شرطی

هرگاه در بیع برای خریدار شرط خیار شود، در تملیکی بودن عقد تردید نیست. پس از ایجاب، مبیع از آن خریدار است؛ تنها او حق دارد مالکیت موجود را ظرف مدت معینی از بین ببرد و آن را به فروشنده باز گرداند (ماده ۳۶۴ قانون مدنی). بنابراین خریدار در چنین وضعی می تواند موضوع معامله را برای دین خود به رهن بگذارد. این اقدام، به منزله انصراف از خیار فسخ است، زیرا رهن از سوی او لازم است و برای مرتبه نسبت به آن مال حق عینی ایجاد می شود و کسی نمی تواند مالی را وثیقه دین خویش قرار دهد و احتمال بازگرداندن آن به مالک و فسخ بیع را نیز در سر داشته باشد. این دو کار با هم در تعارض است و در نتیجه آخرین تصمیم را باید نافذ شمرد.<sup>۳۱</sup>

ولی، اشکال در موردی است که در بیع شرط خیار به سود فروشنده باشد و او بتواند در مهلت معینی ملکیت را دوباره از آن خود سازد. چنین بیعی از مصداق های «معامله با حق استرداد» است (ماده ۳۳ قانون ثبت). ماده ۳۶۴ قانون مدنی بیع را مملکت می داند و تاریخ انتقال را زمان عقد می داند. ولی قانون ثبت، که موخر از آن است، بیع را در حکم رهن و خریدار را در حکم بستانکار می بیند و به او حق می دهد که از حاصل فروش مبیع طلب خود را استیفاء کند (ماده ۳۴ قانون ثبت). با وجود این، در دوران خیار منافع به انتقال گیرنده تعلق دارد (ماده ۳۴ قانون ثبت و ماده ۷۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی). در این عقد، منافع به طور مستقل واگذار نشده و تابع عین است. پس، مالکیت منفعت برای انتقال گیرنده نشانه آن است که قانونگذار برای انتقال گیرنده نوعی مالکیت محدود چنین حقی، می تواند مبیع شرطی را رهن دیون خود قرار دهد؟ و آیا، اگر آنچه انتقال یافته مالکیت نامیده نمی شود، آیا انتقال دهنده می تواند آن را به رهن گذارد؟

در پاسخ نخستین پرسش باید گفت، یکی از اوصاف بارز مالکیت عین دائمی بودن آن است. پس، بر فرض که سلطه خریدار شرطی در زمان خیار پاره ای از آثار مالکیت را داشته باشد، چگونه می توان حقی را که سرانجام به وصول مقداری پول منتهی می شود حق مالکیت نامید. به اضافه این چگونه مالکیتی است که صاحب آن هیچ تصرفی جز انتفاع از عین نمی تواند در آن بکند؟ بنابراین، انتقال گیرنده نمی تواند مالی را که به او تعلق نیافته است رهن دیون خود قرار دهد، هرچند که صورت معامله نیز یکی از وسایل تملک باشد.

در پاسخ پرسش دوم، ماده ۳۴ مکرر اصلاحی مصوب ۱۳۲۰ اعلام می کرد که «معامله کننده می تواند با قید حق بستانکار مقدم مورد معامله را برای وام های دیگر وثیقه و تامین قرار دهد، ولی ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ نامی از رهن مکرر نبرد. با وجود این، چون هیچ مالی نمی تواند بدون مالک باشد، با انکار مالکیت خریدار شرطی، تردیدی در مالکیت فروشنده باقی نمی ماند. به ویژه که در قانون ثبت (ماده ۳۳) حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است و به طور مکرر انتقال دهنده بدهکار و انتقال

۳۰. برگرفته از مقاله مشکین قلم، یوسف، در بیع شرط، مجموعه حقوقی، شماره ۳۹، ۱۳۱۶، صص ۳۳ و ۳۴.

۳۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی وثیقه های دین، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۵۳۰.

گیرنده بستانکار نامیده شده است. پس، مانند معاملات رهنی، در معاملات با حق استرداد نیز، معامله کننده می تواند عین را دوباره رهن دهد.<sup>۳۲</sup>

یکی از اساتید در مورد بیع شرط مقرر می دارد: «یعنی عقد بیع به شرط فسخ بعد از رد ثمن (که به نفع بایع است) و در میان مردم به نام (بیع الوفاء) معروف است و (بیع امانت) هم نامیده شده نزد اکثر استادان فن، حکم رهن را دارد و خریدار مالک منافع مبیع نمی شود و بدون اذن مالک حق تصرف در منافع آن را ندارد. در فتاویٰ نسفی گفته شده است «بیعی که معاصران ما برای حیل در ربا به وجود آورده اند در واقع رهن است و خریدار مالک مبیع نمی شود و اگر بدون اذن بایع در مبیع تصرف کند ضامن است و رهن و بیع شرط از هر جهت برابرند زیرا طرفین عقد هرچند که نام آن را بیع شرط نهاده اند لکن غرض آنان رهن است و وثیقه دادن برای دین، و باید به معنی توجه کرد نه به الفاظ و عبارات».

جمله اخیر عینا مانند مضمون ماده ۴۶۳ قانون مدنی است و فعلا هم مقنن ما در ماده ۳۳-۳۴-۳۴ مکرر قانون ثبت بیع شرط را صریحا در حکم رهن قرار داده است و فقط از حیث خسارت تاخیر تادیه بین آنها فرق نهاده است یعنی در بیع شرط، خسارت تاخیر از انقضاء موعد پرداخت دین تعلق می گیرد ولی در رهن پس از انقضاء موعد و ابلاغ اظهاریه یا اجراییه ثبتی یا تاریخ تقدیم دادخواست به دادگاه (تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت).<sup>۳۳</sup>

#### ۴-۵-۱. ویژگی شرط خیار در بیع شرط

ویژگی شرط خیار در «بیع شرط» در این است که خیار برای فروشنده شرط می شود و استفاده از آن منوط به پرداختن ثمن است. بدین ترتیب که، شخصی مال خود را می فروشد و در آن شرط می کند که، اگر در مدت خیار بتواند ثمن را بازگرداند، عقد را فسخ کند و مبیع را پس بگیرد. رواج این معامله، به ویژه استفاده از ساختمان حقوقی آن برای گرفتن ربح پول، نویسندگان قانون مدنی از بر آن داشته است که فصل مستقلی را به آن اختصاص دهند، در حالی که آنچه بیع شرط را ممتاز از سایر اقسام بیع می کند وجود شرط خیار در آن است و حق این بود که در خیار شرط از آن بحث شود، چنان که در فقه نیز همین رسم رعایت می شود.

در ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک، اصطلاح «معامله با حق استرداد» عنوان شده که از جهتی عام تر است و از دیدگاههای به ظاهر خاص تر از «بیع شرط» می نماید: عام تر است از این لحاظ که به بیع محدود نمی شود و هر معامله تملیکی را شامل می شود (مانند صلح)، و خاص تر می نماید به این اعتبار که ناظر به املاک است. ولی این نکته را باید افزود که در ماده ۳۴ با این که در آغاز ماده حکم مربوط به معاملات شرطی رهنی راجع به اموال غیرمنقول است، در پایان آن نسبت به اجراییه در مورد اموال منقول احکامی خاص دارد. این اضطراب، وضع معامله شرطی نسبت به اموال منقول را دچار ابهام می سازد که آیا مشمول قواعد «معامله با حق استرداد» است یا احکام مدنی؟

این ابهام را جز به یاری تاریخ نمی توان برطرف کرد: در ماده ۳۴ اصلاحی مصوب مرداد ۱۳۲۰ آمده بود که «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به منقول و غیرمنقول...» و تردیدی باقی نمی گذاشت که در معامله شرطی اموال منقول بستانکار حی جز وصول طلب خود ندارد و فروشنده محسوب نمی شود.

۳۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۳۳.۵۵۶

۳۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رهن و صلح، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، ص ۳۳.۶

ولی در اصلاح بعدی حکم مربوط به اموال غیرمنقول از منقول جدا گشت، غافل از این که محدود کردن حق خریدار شرطی به وصول طلب حکم استثنایی است و باید در مورد اموال منقول نیز تکرار شود و در تدوین جدید تنها درباره اموال غیرمنقول تصریح شده است.

در هر حال، به نظر می رسد که جدا کردن اثر عقد در اموال منقول و املاک منطقی ندارد و رویه قضایی باید هردو را تابع احکام «معامله با حق استرداد» بداند. مفاد تبصره ۱ ماده نیز که حراج را شامل اموال منقول می داند این تعبیر را تایید می کند و نشان می دهد که احکام بیع شرط در مورد اموال منقول، جز در مورد شیوه های اجرایی، یکسان است.<sup>۳۴</sup>

#### ۱-۶. معامله با حق استرداد

این اصطلاح برای نخستین بار در قانون ثبت و اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ آمد. مقصود از «معامله با حق استرداد» هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد، ب ارد عوضی 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 و نذر (مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت). قانونگذار بیشتر توجه به املاکی داشت که با حق استرداد انتقال داده می شد، ولی معاملات شرطی منقول را نیز به آن ملحق کرد تا با معاملات رهنی تابع یک حکم شود (ماده ۳۴ همان قانون).

بدین ترتیب، در حقوق کنونی، بیع شرط از اقسام «معاملات با حق استرداد» است و بدون توجه به احکام قانون ثبت نمی توان از آثار آن سخن گفت.<sup>۳۵</sup>

#### ۱-۶-۱. معامله با حق استرداد تملیکی نیست

قانونگذار بر مبنای غلبه معامله با حق استرداد را تملیکی نمی شناسد: ماده ۳۳ قانون ثبت مقرر می دارد: «نسبت به املاکی که 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 این که مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است...» این ماده استثنایی هم دارد، ولی به عنوان اصل، مالکیت انتقال دهنده را، حتی در صورت پایان یافتن مدت خیار و عدم استفاده انتقال دهنده از حق خود، اعلام می کند و از او درخواست ثبت را می پذیرد و این حکم نشانه آن است که معامله با حق استرداد را تملیکی نمی داند، وگرنه باید تقاضا را از انتقال گیرنده بپذیرد.

ماده ۳۴ قانون ثبت نیز در این باره اعلام می کند: «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... در مورد اموال منقول، اعم از این که اجراییه نسبت به تمام یا باقیمانده طلب صادر شده باشد...» پس، در دید قانونگذار، خریدار معامله شرطی در حکم طلبکار با وثیقه است؛ کسی که بیش از طلب خود حقی ندارد، لیکن چون موضوع معامله را در گرو دارد می تواند طلب خود را با فروش آن به دست آورد.

ولی این نکته را باید افزود که مبنای حکم قانونگذار تنها غلبه نیست؛ انگیزه اصلی جلوگیری از ستم سرمایه داران رباخوار است که می خواهند با این تمهید ملک نیازمندان را با بهایی اندک و معادل آنچه به وام داده اند تصاحب کنند. به بیان دیگر، مبنای

۳۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، جلد پنجم، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص ۱۵۱.

۳۵. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۵۴.

اصلی اجرای عدالت است و با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد. به همین جهت است که در ماده ۳۹ می خوانیم: «حقوقی که در مواد ۳۳ و ۳۷ و ۳۸ و ۴۴ برای انتقال دهنده مقرر است قبل از انقضای مدت حق استرداد قابل اسقاط نیست. هر قرارداد مخالف این ترتیب باطل و کان لم یکن خواهد بود، خواه قبل از این قانون باشد خواه بعد و اعم از این که به موجب سند رسمی باشد یا غیررسمی».

بنابراین، نباید چنین پنداشت که الغا اثر تملیکی «بیع شرط» نوعی اماره قانونی و مبتنی بر ظاهر است و با اثبات خلاف آن (قصد واقعی بر تملیک) دادگاه حکم به انتقال ملکیت می دهد. مواد ۳۳ و ۳۴ به شیوه قاعده ماهوی انشا شده است و دیگر رابطه ای با ظاهر ندارد تا خلاف آن قابل اثبات باشد.

## ۲-۶-۱. منافع زمان عقد تا فسخ

در رابطه با منافع معامله حق استرداد این سوال پیش می آید که آیا منافع زمان عقد تا فسخ از آن انتقال گیرنده است؟

پاسخ دادن به این پرسش آسان نیست: 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 قراردادی مبیع را تملک کند، آثار بیع شرط را به کلی حذف نکرده است. بیع شرط، برحسب طبیعت خود، مالکیت مبیع را به خریدار انتقال می دهد. منتها این انتقال ناپایدار و متزلزل است و هیچ گاه نیز استقرار نمی یابد. در نتیجه، منافع عین تا زمان فسخ، یا دورانی که ملک در تصرف انتقال گیرنده است به او تعلق دارد.

التزام خریدار شرطی بر این که طلب را تنها از فروش عین مورد معامله استیفاء کند با نوعی 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 قانون مدنی و تبصره ۶ ماده ۳۴ قانون ثبت). ولی در معامله شرطی طلب با ملکیت مبیع پیوند ناگسستنی یافته و در آن ادغام شده است. چندان که جز از راه فروش یا تملک 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 و این مناسب با نوعی انتقال ناقص و ناپایدار است که مالکیت موقت و تبعی منافع از آثار آن است.

با وجود این، پاسخ مسئله را در هیچ متنی به صراحت نمی توان یافت و سایه ای از ابهام بر آن باقی است. ولی از اصول چنین استنباط می شود 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 با همان بهای قراردادی است. این اثر را باید از بیع حذف کرد. در حالی که حق خریدار بر منافع کمترین نتیجه ای است که از بیع تملیکی باقی می ماند و دلیل قاطعی بر ازاله آن به چشم نمی خورد.<sup>۳۶</sup>

## ۲. اوصاف اساسی بیع شرط

### ۲-۱. تملیکی بودن بیع شرط

از جمله آثار مهمی که در صورت تحقق کلیه شرایط صحت عقد، مترتب خواهد شد، انتقال مالکیت مبیع به خریدار می باشد. همان گونه که در ماده ۴۵۹ ق.م.پیش بینی گردیده است، خریدار در بیع شرط دارای نوعی از مالکیت نسبت به موضوع عقد

۳۶. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۵۶.

بیع، شناخته شده است که در صورت خودداری بایع از فسخ عقد بیع، مطابق شرط مقرر، قطعیت خواهد یافت و در صورت وقوع فسخ توسط بایع، مبیع به ملکیت او باز می‌گردد.

در عین حال باید به این واقعیت توجه داشت که با عنایت به اینکه رواج و گسترش بیع شرط در ادوار گذشته به حدی رسید که معاملات تجاری را راکد و اقتصاد جامعه رو به ضعف نهاد و سرمایه‌داران به جای بکارگیری سرمایه‌ی خود در تجارت و امور عمرانی به معاملات بیع شرطی، روی آوردند، لذا فرمانی در زمان ناصرالدین شاه توسط محاکم عدلیه صادر می‌شود که مطابق آن در دعاوی مربوطه حکم به مالکیت قطعی مشتری نسبت به مبیع نشود و مشتری از قیمت مبیع یا عین ملک به میزان ثمن پرداختی و مال‌الاجاره‌ی مقرر بین طرفین استفاده نموده و بقیه متعلق به بایع باشد.<sup>۳۸</sup>

اگرچه در ماده ۴۶۳ ق.م. به قصد بایع برای ترتیب آثار بیع بر عمل، توجه ویژه‌ای شده است، در عین حال به دلیل دشواری جنبه‌ی اثباتی قضیه، قانون‌گذار ثبوتی در مواد ۳۳ و ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ کلیه معاملاتی را که در آنها حق استرداد مال غیرمنقول برای انتقال‌دهنده منظور گردیده است، معامله با حق استرداد نامیده است و مورد معامله را نوعی وثیقه و موضع رهن شناخته است که در صورت خودداری گیرنده‌ی پول از رد آن در مهلت مقرر، پس از مزایده‌ی مورد معامله و پرداخت مبلغ دریافتی مالک به دهنده‌ی پول، باقیمانده‌ی ثمن معامله به مالک وثیقه پرداخت خواهد شد.

## ۲-۲. محدودیت تصرفات خریدار

با توجه به این واقعیت که تا زمان انقضاء مدت زمان خیار شرط بایع، مالکیت خریدار نسبت به مبیع استقرار پیدا نکرده و از نوع مالکیت متزلزل و مراعی می‌باشد و بایع به سبب حقی که به موجب خیار برای او ایجاد شده است در این محدوده‌ی زمانی می‌تواند با رد ثمن معامله اقدام به فسخ کند، خریدار موظف است حق خیار بایع را محفوظ نگه دارد. از این رو نسبت به هرگونه تصرف مادی یا حقوقی که مصداق تصرف منافی با حق بایع محسوب شود، محروم خواهد بود. تصرفات منافی با حق خیار بایع شامل مواردی است که ذیل به آن اشاره می‌شود.

### الف: اتلاف مبیع

از بین بردن مبیع یا اقداماتی که سبب از بین رفتن مالیت مبیع شود از جمله مواردی است که خریدار از انجام آن منع می‌شود. بنابراین به عنوان مثال کشتن حیوان توسط خریدار و یا تخریب و معیوب ساختن مبیع به گونه‌ای که ارزش و مالیت آن را سلب کند، منافی با حق خیار بایع خواهد بود.

### ب: تغییر کاربری مبیع

با عنایت به اینکه قصد بایع از قرار دادن حق خیار برای خود در بیع، اعاده‌ی مبیع به همان وضعیت و حالتی است که فروخته شده است، بنابراین هرگونه تصرف در مبیع که موجب تغییر وضعیت مبیع از جهت کاربرد آن شود با قصد بایع در تنافی خواهد

با توجه به این ویژگی، کلیه نمائات منفصل و منافع مبیع از زمان وقوع عقد تا فسخ آن متعلق به خریدار خواهد بود.<sup>۳۹</sup>

۳۸. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۲۶، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۹۵۱.

۳۹. به این ترتیب می‌توان گفت که مقررات ناظر بر بیع شرط در قانون مدنی، نسخ ضمنی گردیده است.<sup>۳۹</sup>

بنابراین بایع نیز حق الزام خریدار به منع از تصرفات منافی را خواهد داشت؛

بود. لذا به عنوان مثال اگر مبیع در بیع شرط، زمینی با کاربری زراعی باشد، خریدار نمی‌تواند با از بین بردن زراعت، آن را به زمین مسکونی تغییر دهد. بلکه موظف است تا زمان انقضاء مدت خیار بایع، همچنان زمین را با همان کاربری سابق حفظ نماید.<sup>۴۱</sup>

### ج: نقل و انتقال مبیع

در مدت زمان خیار بایع، خریدار مق انتقال مبیع به دیگری را ندارد. زیرا مبیع با قید وجود حق خیار برای بایع تا مدت زمان معین به خریدار منتقل شده است و به سبب وجود خیار همچنان علاقه مالکیت فروشنده مبیع شرطی باقی است و مادامی که خیار منقضی نشده است بیع و سایر تصرفات نافله‌ی مبیع جایز نیست.<sup>۴۲</sup>

از این رو هرگونه اقدام مغایر با چنین حقی، غیرممکن خواهد بود. تنها راه ممکن آن است که خریدار با قید وجود حق فسخ برای فروشنده، مبیع را به دیگری انتقال دهد یعنی فروشنده (خریدار مبیع شرطی) شرط نماید که در صورت حصول شرط در مدت معین، عقد خود به خود از بین برود و یا با جعل خیار برای خود تا مدت مزبور، حق بایع (فروشنده‌ی نخستین) را محفوظ نگه دارد. قانون‌گذار نیز در ماده‌ی ۴۶۰ ق.م.مقرر داشته است: در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره انجام دهد.

### د: واگذاری منافع مبیع بیش از مدت خیار

مشتری نباید مبیعی را که تا مدت زمان معینی برای بایع حق فسخ وجود دارد به مدت زمانی بیش از آن اجاره دهد. به عنوان مثال اگر تا مدت دو ماه از زمان وقوع عقد برای فروشنده حق فسخ وجود دارد، مشتری به مدت سه ماه یا بیشتر از آن نمی‌تواند اجاره دهد، زیرا با حق خیار بایع منافات خواهد داشت، بلکه صرفاً می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد، اجاره دهد، مگر اینکه<sup>۴۳</sup> به وسیله‌ی جعل خیار برای خود و یا قید وجود حق فسخ برای فروشنده‌ی مبیع شرطی و اشتراط انفساخ خود به خودی عقد در مدت معین بر اثر حصول شرط، حق بایع را محفوظ دارد.

### ه: رهن گذاشتن مبیع

با توجه به اینکه در عقد رهن، مالی که به رهن گذاشته می‌شود (عین مرهونه) وثیقه‌ی دین راهی به مرتهن است و در صورت عدم پرداخت دین، مرتهن می‌تواند از محل آن استیفاء طلب نماید، بدیهی است که وجود چنین حقی برای مرتهن در تنافی با حق خیار بایع خواهد بود.<sup>۴۴</sup> زیرا غرض بایع مبیع شرطی از اعمال چنین حقی استرداد مبیع به همان وضعیتی است که در

۱. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، چ ۱، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، ص ۵۸۹؛

۲. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، ج ۲، تهران، نشر کیهان، ۱۳۷۱، ص ۴۱؛

۳. قانون‌گذار در ماده‌ی ۵۰۰ ق.م. به این ویژگی تصریح نموده است؛

۴. قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۵۵ ق.م.مقرر می‌دارد: اگر پس از عقد بیع، تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد فسخ معامله موجب زوال حق<sup>۴۴</sup> شخص مزبور نخواهد شد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

اختیار مشتری قرار گرفته است. بنابراین رهن گذاشتن مبیع نزد دیگری در زمان خیار بایع را می‌توان تصرف حقوقی منافی با حق خیار بایع دانست.

## ۲-۳. اختصاص حق خیار به بایع

از ویژگی‌های خاصی که در بیع شرط وجود دارد و از وجوه تمایز آن با بیع خیاری مطلق به شمار می‌رود آن است که در بیع شرط، حق خیار صرفاً اختصاص به بایع مبیع شرطی دارد و منحصرأ او می‌تواند با بازگردانیدن ثمن در مدت زمان معین، اقدام به فسخ معامله نماید. این در حالی است که در بیع خیاری مطلق، حق مزبور اختصاص به بایع نداشته و می‌توان آن را برای مشتری و یا شخص ثالث به صورت مستقل و یا به همراه احد متعاقبین یا هر دوی آنها قرار داد.<sup>۵</sup> آیین ویژگی در مواد ۱۸۸ و ۳۹۹ و ۴۵۸ ق.م نیز انعکاس یافته است.

## ۲-۴. مقدمه‌ی ردّ ثمن در اعمال حقّ فسخ

همان‌گونه که در تعریف بیع شرط نیز به آن پرداخته شد، ردّ ثمن، مقدمه‌ی اعمال حق فسخ به شمار می‌رود. در حقیقت از طریق فعل مادی ردّ ثمن، انشاء فسخ بیع صورت می‌پذیرد. این ویژگی نیز از ممیزات بیع شرط به شمار می‌رود. زیرا در بیع خیاری مطلق، صرف اعلام فسخ در تحقق آن کفایت می‌کند و اثر ثانوی فسخ، بازگردانیدن ثمن به مشتری است.

## ۳. ماهیت معاملات ماده ۳۳ قانون ثبت

در این مبحث به بررسی ماهیت معاملات ماده ۳۳ قانون ثبت پرداخته می‌شود باید گفت که ماهیت این معاملات که معاملات وثیقه‌ای نامیده می‌شوند در آثار حقوقدانان آمده است لذا در این فصل سعی می‌گردد به ماهیت این معاملات اشاره شود.

### ۱-۳. سند وثیقه‌ای

قانون ثبت به تعریف اسناد وثیقه‌ای اشاره نکرده است تنها در مواد ۳۳ و ۳۴ به بیان اقسام آن پرداخته است. به اعتقاد یکی از نویسندگان حقوق ثبت: «اسناد دارای وثیقه یعنی اسناد مربوط به املاکی که با شرط خیار یا 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، که اسناد استقراضی نامیده می‌شود و در قانون ثبت وام با وثیقه شمرده می‌شود.»<sup>۴۶</sup>

قانون ثبت و آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا، اسناد زیر را وثیقه‌ای محسوب کرده اند:

الف) سند رهنی: به موجب چنین سندی، عین معینی، اعم از منقول یا غیرمنقول، رهن دین قرار داده می‌شود.

ب) سند معامله با حق استرداد: ماده ۳۳ قانون ثبت، معامله با حق استرداد را تملیکی ندانسته است و ماده ۳۴ برای منتقل الیه تنها حق وثیقه قایل شده است و مواد مختلف آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی (از جمله ماده ۱۱۳) سند چنین معامله‌ای را سند وثیقه‌ای دانسته است.

۴۶. طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۳، اشراف و تحقیق مجتبی عراقی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق، ص ۸۸.

. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۳۴۱.



ج) سایر اسناد وثیقه ای: ماده ۱۱۳ آیین نامه اجرای اسناد رسمی لازم الاجرا از معاملات سخن می راند که معاملات وثیقه ای هستند، اما عنوان رهن و معامله با حق استرداد را ندارند. معلوم نیست منظور واضع آیین نامه دقیقاً چه نوع معامله ای بوده است. اگر منظور معامله ای باشد که به موجب آن دین یا منفعت به وثیقه نهاده می شود، چنین معامله ای براساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی باطل است و صرف این که طرفین به جای عقد رهن، عنوان دیگری (همانند قرارداد خصوصی) را به کار برده باشند، مانع بطلان آن نیست. به نظر می رسد با توجه به مواد ۱۱۳ و ۱۲۲ آیین نامه اجرای اسناد رسمی لازم الاجرا مراد، معاملات زیر باشد:

(۱) فرضی که شخص ثالث مال خود را به رهن دین دیگری می گذارد (رهن ثالث).

(۲) ضمانت کردن از دیگری به شرط تادیه از مال معین.

(۳) فرضی که مال رهن دینی که هنوز ایجاد نشده، قرار می گیرد (نظیر مورد ضمان حسن انجام کار)<sup>۴۷</sup>

### ۲-۳. سند ذمه ای

ذمه به معنی تعهد و عهده است. در سند ذمه ای، متعهد در مقابل متعهدله تعهدی را عهده دار می شود یعنی بر ذمه می گیرد. خواه این تعهد، پرداخت مبلغی پول باشد یا انجام کاری.

سند حاکی از تعهد مدیون به پرداخت وجه نقد یا پرداخت جنس (که کلی آن جنس برعهده او است) مانند سند تعهد پرداخت چند خروار گندم.

بیشتر در معنی اول به کار می رود. در اصلاحات ثبتی در معنی مقابل سند شرطی و به طور کلی اسناد مربوط به معاملات با حق استرداد (به معنی اسناد ماده ۳۳-۳۴ قانون ثبت) بکار می رود. اجراء سند ذمه ای ممکن است منتهی به توقیف مدیون شود ولی اجرای سند شرطی چنین نیست.<sup>۴۸</sup>

سند ذمه ای در اصطلاحات ثبتی، همیشه در مقابل اسناد وثیقه ای به کار می رود. تبصره ۶ ماده ۳۴ قانون ثبت که می گوید: «در مورد معاملات رهنی، بستانکار می تواند از رهن اعراض نماید. در صورت اعراض، مورد رهن آزاد و عملیات اجرایی براساس اسناد ذمه ای خواهد بود.» اشعار به این معنی دارد که در سند ذمه ای، مدیون (متعهد)، وثیقه ای به بستانکار (متعهدله) نسپرده است. بنابراین، سند ذمه ای در برابر همه انواع معاملات با حق استرداد (اسناد وثیقه ای) قرار می گیرد.<sup>۴۹</sup>

۴۷. ایزانلو، محسن، تبدیل اسناد وثیقه ای به اسناد ذمه ای، ماهنامه کانون وکلا، ش ۶۳، ۱۳۸۵، ص ۲۴.

۴۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۴، ص ۳۶۵، واژه ۲۹۲۳.

۴۹. حمیتی واقف، احمدعلی، حقوق ثبت، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۹۱، ص ۱۰۴.

**۳-۳. سند صلح**

صلح عقدی است که در آن طرفین توافق بر امری از امور کنند بدون اینکه توافق آن‌ها معنون به عنوان یکی از عناوین معروف عقود (از قبیل بیع و اجاره و رهن و غیره) باشد. با وجود عقد صلح و ماده ۷۵۲ و ۷۵۴ قانون مدنی رعایت کردن مدلول ماده دهم قانون مدنی از حقوق خارجی زائد است.<sup>۵۰</sup>

نظر به این که عقد صلح، عقدی است که می‌توان عقود معین مانند بیع را تحت این نام واقع ساخت و همچنین عقود نامعین را نیز به همین اسم منعقد کرد، از این عقد در اسناد ثبتی نیز استفاده می‌کنند. گاهی تحت عنوان عقد صلح، خواه معوض و خواه غیرمعوض، سند صلح تنظیم و در دفتر سردفتر ثبت می‌شود. گاهی دیگر، سند صلح حقوق در دفتر خانه نوشته می‌شود. عنوان این سند تازگی دارد. نه از این جهت که جدیداً این عقد مورد استفاده قرار می‌گیرد و سابقه ای از آن وجود نداشته است. عقد صلح را سیدالعقود یا سید الاحکام گفته‌اند و هر عقد یا قرارداد چه قدیمی باشد چه جدید، در قالب این عقد ممکن است منعقد شود. تازگی سند صلح از این لحاظ است که بعضی از اموال در حقوق ما (از نظر فقهی) هنوز «مال» شناخته نمی‌شوند مانند تلفن. به این جهت سند انتقال این نوع اموال را با سند صلح حقوق در دفتر اسناد رسمی تنظیم و به ثبت دفتر سردفتر می‌رسانند.<sup>۵۱</sup>

**۳-۴. تفاوت سند ذمه ای با سند وثیقه ای**

تفاوت سند وثیقه ای با سند وثیقه ای در این است که در سند ذمه ای وصول طلب بستانکار از تمام اموال بدهکار به استثنای مستثنیات دین صورت می‌گیرد. ولی سند وثیقه ای، وصول طلب بستانکار، فقط مالی که وثیقه طلب او بوده است، انجام می‌شود. در سند وثیقه ای، همان طور که تبصره ۶ ماده ۳۴ قانون ثبت مقرر می‌دارد، این اختیار برای مرتهن هست که از رهن اعراض کند. زیرا عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است. ولی در سند ذمه ای این اختیار به بستانکار داده نشده است. در سند ذمه ای مستثنیات دین منظور می‌شوند، ولی در سند وثیقه ای، اگر مستثنیات دین به وثیقه و رهن داده شده باشند، عنوان مستثنیات دین از آن‌ها برداشته می‌شود و وصول طلب بستانکار از آن‌ها به عمل می‌آید. این حکم ناشی از قاعده اقدام است، زیرا خود بدهکار (راهن) حاضر شده است که مثلاً خانه خود را وثیقه دین قرار دهد. در همین مورد، باید اضافه کنیم مستثنیات دین، منحصر به حیات بدهکار است و بعد از فوت او، وصول طلب از آن‌ها به عمل خواهد آمد. چه در سند ذمه ای و چه در سند وثیقه ای که مستثنیات دین به وثیقه و رهن داده نشده باشد، ولی بستانکار از وثیقه (رهن) اعراض کند و سپس، بدهکار (راهن) فوت نماید.<sup>۵۲</sup>

**۳-۵. سند شرطی**

سند رسمی است که متضمن بیع شرط باشد. در مقابل سند رهنی و سند قطعی استعمال می‌شود.<sup>۵۴</sup>

۵۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مدرک پیشین، ص ۴۰۸، واژه ۳۳۶۵.

۵۱. حمیتی واقف، احمدعلی، مدرک پیشین، ص ۱۰۷.

۵۲. ماده ۷۸۷ قانون مدنی.

۵۳. همان مدرک، ص ۳۰۵.

۵۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مدرک پیشین، ص ۳۶۶، واژه ۲۹۲۸.

نام سندی است که در آن، بیع شرط یا بیع با شرط وکالت یا بیع با شرط نذر خارج یا صلح با شرط خیار منعقد شده است. مثلاً در بیع شرط، فروشنده بر خریدار شرط می کند که اگر در مدت معین ثمن معامله را به او باز گرداند، خیار فسخ معامله نسبت به تمام مبیع را داشته باشد. این، همان بیع خیار یا بیع خیار به شرط رد ثمن است که در قانون مدنی ماده ۴۵۸ از آن سخن گفته است. ولی در حقوق ثبت، بیع شرط، مفهوم جداگانه ای دارد و ماهیت آن، متفاوت با ماهیت بیع شرط در حقوق مدنی است. سند بیع شرط که در دفتر اسناد رسمی نوشته می شود، به مفهوم این است که بیع واقع نشده است و ملک نزد خریدار در وثیقه است و اگر در مدت معین بین طرفین مقرر شده است، فروشنده ثمن را مسترد کند، حق استرداد ملک را دارد. بنابراین، فروشنده، وام گیرنده است و خریدار، وام دهنده و تفاوت آن با یک عقد قرض معمولی در این است که وام دهنده خریدار بعد از عدم توسل فروشنده به خیار شرط، به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت می تواند با تقاضای صدور اجرائیه از دفتر خانه تنظیم کننده سند، طلب خود را مطالبه کند و اگر فروشنده (وام گیرنده) نتواند در مدت ۸ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه به او، بدهی خود را پرداخت کند یا تقاضای مزایده ملک را در مدت ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، تسلیم اداره ثبت نکند، او (وام دهنده) می تواند ملک بدهکار را با تنظیم سند رسمی و ثبت آن در دفتر، تملک کند. به این ترتیب، بیع شرط، مصداق معامله با حق استرداد است. یعنی بیع شرط، از طرف فروشنده که می تواند پول به خریدار پس بدهد و ملک خریدار را از خریدار مسترد کند، معامله با حق استرداد تلقی می شود. این مفهوم و این ماهیت متفاوت، از آن جا ناشی شده است که بیع شرط، وسیله ای مشروع (عقد) برای گرفتن و دادن وام و ربا (هدف نامشروع) تبدیل شده بود و هر گاه فروشنده نمی توانست در مدت خیار شرط، ثمن را به مشتری بازگرداند، ملک از همان زمان انعقاد عقد (گرفتن وام) به خریدار انتقال یافته بود. ولی اگر فروشنده، پول دریافتی از خریدار را به او بازمی گرداند، از زمان استرداد پول مالک ملک می شد. اشکال سند بیع شرط در مقررات فعلی قانون ثبت، در وقوع آن نیست، در نتیجه و اثر این سند است. زیرا به خریدار حق می دهد که در پایان ۸ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه به مدیون، ملک او را تملک کند. یعنی به این ترتیب، همان مفهوم بیع شرط در حقوق مدنی را به صورتی دیگر بیان می کند. در صورتی که اگر سند شرطی به این معنا باشد که ملک در رهن مشتری بابت وثیقه طلب او باشد و او نتواند آن را تملک کند، اجازه قانون به او برای تملک ملک بدهکار (فروشنده) با این معنی در تناقض است.<sup>۵۵</sup>

#### ۴. آثار بیع شرط

##### ۴-۱. مالکیت مبیع

در مورد انتقال مبیع به مشتری در زمان خیار در فقه، چند نظر مطرح شده است:

۱ - بر طبق نظر مشهور فقهای امامیه به محض انعقاد عقد، مشتری مالک مبیع معین می گردد. قانون مدنی نیز نظر مشهور را پذیرفته است. (م. ۴۵۹ ق.م) به علت سوء استفاده هایی که از بیع شرط های صوری می شد، قانون گذار در م. ۴۶۳ ق.م. اعلام کرد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

اما این سؤال مطرح است که آیا بیع باطل است، چون «ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد» یا این که معیار اراده ی باطنی است که قرض و وثیقه است؟ چون العقود تابعه ی للقصود»، قانون مدنی حکم مسأله را مسکوت گذاشته است.

۲ - عقد بیع پس از پایان خیار موجب تملیک مبیع به مشتری است.<sup>۵۷</sup>

۵۵: حمیتی واقف، احمدعلی، مدرک پیشین، ص ۱۰۸.

۵۷: طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۱، قم، موسسه آل بیت (ع)، ۱۳۸۲، ص ۵۲۸.

۳- برخی نظری تفصیلی ارائه کرده اند: اگر مشتری خیار داشته باشد، از زمان انعقاد عقد مالک است و اگر بایع یا هر دو خیار داشته باشند، مشتری پس از پایان مدت، مالک مبیع می‌گردد.<sup>۵۸</sup>

۴- نظر تفصیلی دیگری مطرح شده است: اگر مشتری خیار داشته باشد، مالکیت بایع نسبت به مبیع به نفس عقد از بین می‌رود، اما نسبت به مشتری تا زمانی که خیار تمام نشد باشد، منتقل نمی‌گردد.<sup>۵۹</sup>

اشکال این نظریه این است که در مدت خیار، بدون مالک است. مبیع یا به مشتری اختصاص دارد یا به بایع. این نظریه مستلزم نوعی تناقض گویی نیز می‌باشد. چون خروج ما از اموال بایع بدین معناست که به مشتری اختصاص یافته است؛ در حالی که بر طبق این نظریه، مشتری نیز مالک نمی‌باشد و مالک نبودن مشتری به معنای مالک بودن بایع است.

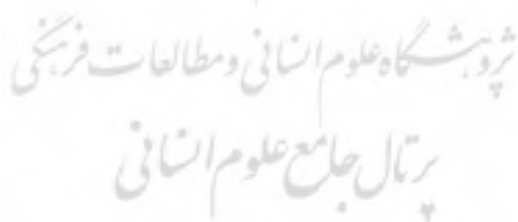
#### ۲-۴. مالکیت منفعت و نمای مبیع

بر طبق نظر کسانی که عقد را موجب مالکیت مبیع نسبت به مشتری می‌دانند، منفعت و نمای منفصل از مبیع به مشتری اختصاص دارد. بر طبق نظر کسانی که بیع را کافی برای ایجاد مالکیت نمی‌دانند و پایان مدت خیار را نیز الزامی می‌دانند، (حال یا بنا بر قول تفصیل یا اطلاق) آیا پایان مدت کاشف نوعی مالکیت مشتری از زمان انعقاد عقد است یا ناقل ملکیت است؟ دو نظر مطرح است؛ نتیجه این اختلاف در دو مورد آشکار می‌شود.

۱- بر فرض نظریه‌ی کشف، همانند قول مشهور، منافع و نمائات منفصل مال به مشتری و بنا بر قول نقل به بایع اختصاص دارد.

۲- در صورتی که نظریه‌ی نقل را بپذیریم، در طول مدت خیار، چون مال منتقل نشده است، اخذ به شفعه نیز از طرف شریک احتمالی بایع امکان ندارد.

روایاتی قول مشهور را تأیید می‌کند. البته این روایات و روایاتی که اصل مشروعیت بیع شرط را بیان می‌کند، ناظر به بیع شرط های حقیقی است و ظاهراً در زمان صدور روایات مسأله‌ی حیل و تقلب مطرح نبوده است. منتهی اگر قرار باشد از نهادی عقلایی و شرعی استفاده ی غیر شرعی، نظیر اخذ ربا شود، بدون تردید، روایات ۷۵ شامل این مورد نمی‌شود.<sup>۶۰</sup>



۱. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، بیروت: منشورات دارالتقلین، ۱۹۹۸م، ص ۱۸۳.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق، ج ۴، ج ۴، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸م، ص ۲۰۴.

۳. ابوحنیفه این قول را پذیرفته است و مورد را با هبه‌ی قبل از قبض قیاس کرده است: به نقل از: مینا، محبوبه، مدرک پیشین، ۸۱.

۴. همان مدرک، ص ۶۲.

به طور کلی در مورد جواز حیل‌های شرعی جهت رسیدن به امور نهی شده در فقه، دو نظریه وجود دارد؛ پاره‌ای از فقیهان مخالفت خود را با این اصل اعلام کرده‌اند و در خصوص بیع شرط‌های صوری، برخی از فقها به طور صریح اظهار نظر کرده و چنین شرطی را باطل اعلام کرده‌اند.<sup>۶۱</sup>

### ۳-۴. تصرف مشتری در مبیع شرطی

تصرف مشتری در مبیع شرطی محدود به اعمالی است که تعارض با خیار بایع نداشته باشد. از جمله این که مشتری نمی‌تواند مال را به ثالثی منتقل کند. (م. ۴۶۰ ق.م.) یا این که تملیک یا واگذاری منافع به دیگران برای بیش از مدت خیار ممنوع است. (م. ۵۰۰ ق.م.)

### نتیجه گیری

بیع شرط بیعی است که در آن شرط می‌شود هرگاه فروشنده در مدت معین تمام یا قسمتی از ثمن را به خریدار مسترد نماید حق فسخ معامله را نسبت به تمام یا قسمتی از مبیع داشته باشد. البته هرگاه به این که برای فسخ، تمام ثمن باید داده شود یا بخشی از آن اشاره نشده باشد خیار فسخ تنها با دادن تمام ثمن قابل اعمال خواهد بود. بازگشت مبیع به مالکیت فروشنده در صورتی است که فروشنده به شرایطی که بین او و مشتری برای پس دادن مبیع مقرر شده عمل نماید و در غیر این صورت بیع قطعی شده و مالکیت مشتری بر مبیع ثابت می‌شود. (ماده ۴۵۹ قانون مدنی)

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که بیع شرط (معامله با حق استرداد) از حیث اثر با معامله‌ی رهنی شباهت کامل دارد. زیرا، قانونگذار از خریدار شرطی رانیز در حکم طلبکار می‌داند، طلبکار که مبیع را در گرو خود دارد و می‌تواند در صورت لزوم آن از آن استفاده کند. با وجود این، بین دو مفهوم بیع شرط و رهن تفاوت‌هایی وجود دارد که نشانه‌های آشکار آن را در شرایط انعقاد و آثار عقد می‌توان مشاهده کرد.

بر اساس یافته‌های تحقیق، قانون مدنی در فصل جداگانه‌ای طی مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ به بیان مقررات بیع شرط پرداخته است. مطابق این مقررات بیع شرط، یکی از مصادیق بیع خیار است که در آن شرط می‌شود هرگاه بایع، در مهلت مقرر، ثمن را به مشتری تادیه نماید، اختیار فسخ معامله و استرداد مبیع را داشته باشد، در غیر این صورت بانقضای مهلت، بیع قطعی شده و مشتری مالک مبیع می‌گردد. تاریخچه اینگونه معاملات بیانگر سوء استفاده متبایعین شرطی از این عقد جهت اخذ ربا و وثیقه‌ای مناسب می‌باشد که در صورت عدم تادیه دین از سوی انتقال دهنده دائن بتواند به راحتی مبیع را به تملک خود درآورد. این مهم و انحراف قصد متبایعین شرطی از ماهیت اصلی بیع شرط، قانونگذار را بر آن داشت که با توصیب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، با سلب اثر تملیکی از این نوع معاملات، آنها را در شمار معاملات رهنی و وثیقه‌ای قرار دهد. بدین توضیح که حتی پس از انقضای مهلت استرداد، انتقال دهنده (بایع شرطی) همچنان مالک مورد معامله بود و انتقال گیرنده (مشتری) فقط از محل فروش موضوع معامله می‌توانست به طلب خود دست یابد. اما شورای نگهبان در سال ۱۳۶۴ شمسی، طی اظهار نظری ماده ۳۴ قانون ثبت را مغایر موازین شرع اعلام نمود که بر اساس اصول ۹۴، ۹۶ و ۹۷ قانون اساسی باید نظر شورا راناسخ ضمنی ماده ۳۴ قانون ثبت دانست. بنابراین مجدداً مقررات قانون مدنی برای اینگونه معاملات حاکم گردید.

۶۱. عبدالله بن عمر، شرح الکبیر، ج ۴، ص ۷۰؛ به نقل از همان مدرک، ص ۸۲. «اذا شرط الخیار حیل (علی الانتفاع بالقراض لیأخذ غله المبیع و نفعه» فی مد) انتفاع المقترض بالثمن ثم یرد المبیع بالخیار عند رد الثمن فلا خیار فیه لانه من الحیل ولا یحل لایأخذ الثمن الانتفاع به فی مد) الخیار و لا التصریف فیه».

در رابطه با بیع شرط با توجه به قانون ثبت به این نتیجه رسیدیم که: ماده ۳۳ قانون ثبت براساس نیازهای جامعه زمان خود به وجود آمده است. به عبارت دیگر مواد قانون ثبت برای جلوگیری از اختلافاتی بوده است که در جامعه وجود داشته است یکی از این موارد معاملاتی بوده که اشخاص ثروتمند با افراد فقیر می کردند که می توان قالب آن را معامله با حق استرداد دانست. در نهایت می توان در این سوال خلاصه کرد. صورت مسئله این است که آیا می تواند در عقد رهن شرط کرد که هرگاه طلب مرتهن تا موعد معین پرداخته نشود، مورد رهن از آن او باشد یا به صورت شرط نتیجه در برابر طلب به ملکیت او درآید؟ مفاد این شرط همان نتیجه ای است که سرمایه داران و رباخواران در بیع شرط می گرفتند و در برابر وامی که به صاحب ملک می دادند، ملکی را که چندین برابر آن ارزش داشت به طور صوری می خریدند و در واقع تصاحب می کردند. تدوین مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و ایجاد عنوان «معامله با حق استرداد» و سلب اثر تملیکی از «بیع شرط» برای جلوگیری از چنین تقلبی نسبت به قانون صورت گرفت. پس، اگر شرط وکالت در فروش با مفاد ماده ۳۴ قانون ثبت منافات داشته باشد، به طریق اولی شرط تملیک مورد رهن به مرتهن با آن تعارض آشکار دارد. به اضافه، این شرط از جمله قراردادهایی است که در ماده ۳۹ قانون ثبت باطل اعلام شده است (مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۸) و در فقه امامیه نیز نسبت به بطلان این شرط تردیدی وجود ندارد. با وجود این، پاره ای از نویسندگان، با اینکه ماده ۷۷۷ قانون مدنی مورد وکالت در فروش عین مرهون را نسخ شده می پندارند، این شرط را مباح شمرده اند.

## منابع

۱. امامی، اسدالله، نقش اراده در قراردادها، مجله فصل نامه حق، دفتر چهارم، دی ماه ۱۳۶۴.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی ۱، ج ۱، چ ۲۶، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.
۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، چ ۱، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
۴. ایزانلو، محسن، تبدیل اسناد وثیقه ای به اسناد ذمه ای، ماهنامه کانون وکلا، ش ۶۳، ۱۳۸۵.
۵. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، بیروت، منشورات دارالثلثین، ۱۹۹۸ م.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۴.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رهن و صلح، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۸. الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، دارالکتب العلمیه، ج ۲، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰.
۹. حسینی حائری، محمد کاظم، فقه العقود، مجمع الفکر الاسلامی، ج ۱، چاپ اول، قم ۱۴۲۱.
۱۰. حسینی شاهرودی، سیدعلی، محاضرات فی الفقه الجعفری، دارالکتاب اسلامی، ج ۲، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹.
۱۱. حمیتی واقف، احمدعلی، حقوق ثبت، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۹۱.
۱۲. دورودیان، حسنعلی، جزوه حقوق مدنی، تعهدات، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۱۳. سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق، ج ۴، چ ۴، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م.
۱۴. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
۱۵. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۱۶. صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۱۷. طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۱، قم، موسسه آل بیت(ع)، ۱۳۸۲.
۱۸. طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۳، اشراف و تحقیق مجتبی عراقی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۹. قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی، انتشارات دراک، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷.

۲۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی وثیقه های دین، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، جلد پنجم، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۲۳. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سمت، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۹.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
۲۵. مشکین قلم، یوسف، در بیع شرط، مجموعه حقوقی، شماره ۳۹، ۱۳۱۶.
۲۶. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۳، چاپ دوم، قم، ۱۳۷۱.
۲۷. میرداداشی، سید مهدی، آسیب شناسی فقهی حقوقی قوانین، انتشارات جنگل، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۲۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، ج ۲، تهران، نشر کیهان، ۱۳۷۱.
۲۹. Chitty on contract, sweet Maxwell, twenty- third edition, london, vol 1, 1968
۳۰. Duxbury, Robert, contract in a nutshell, sweet maxwell, third edition, london, 1994

