

The transaction with the right of restitution and the condition of maintaining ownership in Iranian law and English law

Akbar fathi¹, Bahram darvishi², Mohammad taqi Abedi³

Abstract

Field and Aims: The transaction with the right of restitution and the condition of retaining ownership is one of the controversial issues in Iranian law. In English law, the condition of retention of ownership is explicitly stated in the law, and according to the said condition, the transfer of ownership is not transferred to the buyer until the condition is fulfilled. But in Iranian law, this issue remains silent. In this article, an attempt has been made to examine the transaction with the right of restitution and the condition of maintaining ownership in Iranian law and British law.

Method: The present article is descriptive and analytical and the library method was used.

Finding and Conclusion: In Iranian law, it is not possible to sell a condition regarding registered immovable property and real estate, and if such a sale takes place regarding this property, the legislator assumes it as a transaction with the right of restitution. In Iranian law, the term "transaction with the right of restitution" subject to Article 33 of the Real Estate Registration Law is not limited to sales and refers to real estate. In English law, mortgage in the form of a mortgage contract is crystallized in two ways, legal mortgage and compulsory mortgage, while in Iranian law, such arrangements were not achieved by extracting the provisions of the collateral contract in the set of numerous and scattered laws. Regarding the security right, with a comprehensive approach, it is necessary to accept the certification of all material and immaterial property, which requires the creation of different contracts from the civil law mortgage contract. Of course, the establishment of the trading institution with the right to return the registration law is considered a positive step in this field.

Keywords: right of restitution, property retention condition, conditional sale.

*Citation (APA): fathi, A., darvishi, B., Abedi, M. (2022). The transaction with the right of restitution and the condition of maintaining ownership in Iranian law and English law. *International Legal Research*, 15(55), 537-555.

https://alr.ctb.iau.ir/article_692373.html?lang=en

1. PhD student, Department of Private Law, Emirates Branch, Islamic Azad University, Dubai, United Arab Emirates. Email: a2010fathi@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Author). Email: Zahra.darvish@hatamailawfirm.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Center Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: dr.mtabedi@gmail

معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس

اکبر فتحی^۱، بهرام درویش^۲، محمدتقی عابدی^۳

چکیده

زمینه و هدف: معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت از موضوعات اختلافی در حقوق ایران است. در حقوق انگلیس، شرط حفظ مالکیت به صراحت در قانون بیان شده و مطابق شرط مذکور، انتقال مالکیت تا زمان تحقق شرط به خریدار منتقل نمی‌شود. لیکن در حقوق ایران، این موضوع مسکوت مانده است. در این مقاله تلاش شده به بررسی معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس پرداخته شود.

روش: مقاله حاضر توصیفی - تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

یافته‌ها و نتایج: در حقوق ایران بیع شرط در خصوص اموال غیرمنقول ثبت شده و املاک ممکن نیست و اگر چنین بیعی در خصوص این اموال صورت گیرد قانون‌گذار آن را معامله با حق استرداد فرض می‌کند. در حقوق ایران، اصطلاح «معامله با حق استرداد» موضوع ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک به بیع محدود نمی‌شود و ناظر به املاک است. در حقوق انگلیس، رهن در قالب قرارداد رهن به دو شیوه رهن قانونی و رهن قهری متبلور می‌شود؛ در حالی که در حقوق ایران با استخراج مقررات عقد وثیقه در مجموعه قوانین متعدد و پراکنده چنین ترتیباتی حاصل نگردید. لازم است در خصوص حق وثیقه، با رویکردی جامع، بتوان توثیق تمام اموال مادی و غیر مادی را موردپذیرش قرار داد که این امر مستلزم ایجاد قراردادهایی متمایز از عقد رهن قانون مدنی است. البته تأسیس نهاد معاملات با حق استرداد قانون ثبت گام مثبتی در این زمینه محسوب می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حق استرداد، شرط حفظ مالکیت، بیع شرط.

* استناددهی (APA): فتحی، اکبر؛ درویش، بهرام؛ عابدی، محمدتقی. (۱۴۰۱). معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۵(۵۵)، ۵۳۷-۵۵۵.

https://alr.ctb.iau.ir/article_692373.html

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحد عربی.

رایانامه: a2010fathi@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

رایانامه: Zahra.darvish@hatamailawfirm.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

رایانامه: dr.mtabedi@gmail.com

مقدمه

بستانکاران همیشه سعی نموده‌اند، در قبال طلب خود، وثیقه مطمئن اخذ نمایند تا با تحصیل آن بتوانند مطالبات خود را سریع‌تر و راحت‌تر وصول نمایند. بستانکاران برای این منظور به اخذ وثیقه عینی، بیشتر تمایل داشته، چراکه با تعقیب عملیات اجرایی می‌توانند یا از محل تأمین وثیقه و یا اجبار بدهکار مطالبات خود را وصول نمایند (واحدی، ۱۳۹۶). در حقوق ایران و انگلیس معاملات بیعی نظیر بیع شرط و قرارداد رهن می‌توانست برای بستانکاران، ایجاد امنیت نسبت به بازپرداخت وام، به همراه داشته باشد. در حقوق ایران، در بیع شرط، اگر فروشنده تا مدت معینی، ثمن دریافتی را به خریدار مسترد نماید، حق فسخ معامله را داشته و انتقال مالکیت به فروشنده برمی‌گردد. در حقوق انگلیس نیز، قرارداد رهن موجب انتقال مالکیت مورد رهن به مرتهن به همراه حق استرداد برای رهن می‌شود.

جهت جلوگیری از سوءاستفاده‌های مختلف از بیع شرط، ماده ۳۳ قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ به این صورت وضع گردید: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به‌عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به‌عنوان قطعی با شرط و کالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان 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 به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال‌دهنده باشد یا در تصرف انتقال‌گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است...» مشابه اقدامی که قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۱۰ با تصویب قانون ثبت، جهت جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط قانون مدنی انجام داد، قضات و دادگاه‌های نظام حقوقی کامن‌لا نیز، تحولاتی در قرارداد رهن ایجاد کردند. لازم به ذکر است در عقد توثیقی رهنی تا زمانی که تعهد اصلی و متفرعات آن پرداخت نشده باشد، مورد وثیقه نسبت به وثیقه‌گذار حکم یک شیء مرده و بدون اعتبار فعلی را خواهد داشت و به همین خاطر است که در حقوق انگلیس در چنین قراردادهایی نام قرارداد رهنی نهاده شده است. (ساعدی، ۱۳۹۳: ۷۶)

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 انجام می‌دادند که می‌توان قالب آن را معامله با حق استرداد دانست. مفاد این شرط همان نتیجه‌ای است که سرمایه‌داران در بیع شرط می‌گرفتند و در برابر وامی که به صاحب‌ملک می‌دادند، ملکی را که چندین برابر آن ارزش داشت به‌طور صوری می‌خریدند و در واقع تصاحب می‌کردند. 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. در ماده ۳۳ قانون ثبت و اسناد و املاک، اصطلاح در معامله با حق

استرداد عنوان شده است. این اضطراب، وضع معامله‌ی شرطی نسبت به اموال منقول را دچار ابهام می‌سازد که آیا مشمول قواعد «معامله با حق استرداد» است یا احکام مدنی. در هر حال، به نظر می‌رسد که جدا کردن اثر عقد در اموال منقول و املاک منطقی ندارد و رویه‌ی قضایی باید هر دو را تابع احکام «معامله با حق استرداد» بدانند. همین امر پرداختن به معامله با حق استرداد در مقایسه با حق شرط را به یک ضرورت مبدل ساخته است. از طرفی مقایسه معامله با حق استرداد با نهادهای مشابه در حقوق کشورهای دیگر از جمله حفظ شرط مالکیت در حقوق انگلیس می‌تواند دست کم از نظر تئوری به وضعیت و جایگاه این نهاد در حقوق ایران کمک نماید.

علاوه بر معامله با حق استرداد ممکن است طرفین در قرارداد بیع، شرطی مقرر دارند که به موجب آن، مالکیت مایع تا پرداخت کامل ثمن، برای بایع باقی بماند. این شرط در اصطلاح، شرط حفظ مالکیت نامیده می‌شود. شرط حفظ مالکیت، یکی از انواع شروط تعلیقی است که در قرارداد بیع، مورد توافق قرار می‌گیرد. هدف از این شرط، حفظ مالکیت کالا برای مالک، تا زمانی است که ثمن به طور کامل، پرداخت شود، اگرچه کالا، تحویل خریدار شده باشد. (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۴۵) بر مبنای این شرط، مشتری تنها وقتی مالک کالا می‌شود که ثمن را به طور کامل پرداخت کرده باشد. در این مقاله، به بررسی تطبیقی معامله با حق استرداد و بیع شرط با این شرط در انگلیس، پرداخته می‌شود.

ممکن است شرط حفظ مالکیت از بعضی جهات، به حق رهن، شباهت داشته باشد. این شرط، باید صراحتاً در عقد ذکر شود و نمی‌توان به نحو ضمنی، قائل به پدید آمدن این حق در قبال خریدار شد. در برخی از نظام‌های حقوقی، ممکن است این شرط به عنوان حق ترهین واقعی، از طریق انتقال قرارداد بیع از سوی فروشنده به شخص دیگری، منتقل گردد. بند ۱ ماده ۱۹ قانون بیع کالاها انگلیس مصوب ۱۹۷۹ صریحاً مقرر می‌دارد: «وقتی بیع کالای معین، منعقد شده یا کالا متعاقباً به قرارداد تخصیص می‌یابد، فروشنده می‌تواند با استفاده از شروط قراردادی یا تخصیص مشروط، مالکیت کالا را تا تحقق شروط خاصی برای خود حفظ کند و در چنین حالتی علی‌رغم تحویل کالا به خریدار یا متصدی حمل یا امین دیگری، به منظور ارسال برای خریدار، مالکیت کالا تا زمان تحقق شروط مقرر، از سوی فروشنده به خریدار منتقل نمی‌شود». در این مقاله تلاش شده به بررسی این سؤال مهم پرداخته شود که معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس چگونه قابل بررسی است و وجوه اشتراک و افتراق نظام حقوقی دو کشور در این خصوص چیست؟ با این توصیف در این مقاله تلاش می‌شود ابتدا معامله با حق استرداد با بیع شرط در حقوق ایران و سپس معامله با حق استرداد با شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلستان بررسی شده و در نهایت یافته‌های به صورت تطبیقی بررسی می‌گردد.

۱. بیع شرط در حقوق ایران

مقصود از بیع خیار، عقدی است که در آن برای یکی از طرفین یا شخص ثالث خیار فسخ شرط شود. این حق، به‌طور معمول برای فروشنده شرط می‌شود. بدین ترتیب که در قرارداد خرید و فروش می‌آید که، هرگاه فروشنده در مدت معین ثمن را به خریدار پس بدهد، حق فسخ معامله و تملک مجدد میباید داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۳)؛ این عقد را در حقوق ما «بیع شرط» نیز می‌نامند، و در قانون ثبت اسناد و املاک «معامله با حق استرداد» گفته شده است. در بیع خیار، وضع مالکیت میباید پیش از سپری شدن مدت خیار و قطعی شدن بیع، ثابت نیست. زیرا فروشنده می‌تواند، هرگاه بخواهد با پرداختن ثمن، آنچه را که از دست داده است دوباره تملک کند. وضع متزلزل میباید ممکن است این تردید را به وجود آورد که ملکیت نیز پس از انقضای خیار منتقل می‌شود 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)

مطابق ماده ۴۵۸ قانون مدنی «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه با بیع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام میباید داشته باشد و به حکم ماده ۴۵۹ قانون مزبور در بیع شرط به مجرد وقوع عقد، میباید ملک مشتری می‌شود. با قید خیار برای بیع بنا بر این اگر به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد میباید مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی میباید می‌گردد و اگر بالعکس با بیع به شرایط مزبور عمل نماید و میباید را استرداد کند از حین فسخ میباید مال با بیع خواهد بود».

به موجب دلالت صریح مواد مذکور، وضعیت مورد معامله در هر صورت تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و متعاملین می‌توانند معامله خود را در مورد عقد بیع به نحو مذکور واقع سازند به‌طور کلی مواد مذکور تکلیف متعاملین را از حین انعقاد معامله تا حین فسخ تعیین نموده است چنانچه بیع در انقضاء مدت استرداد مثل ثمن را به مشتری رد نماید مالک میباید خواهد بود لکن بحث در اینجا است که هرگاه با بیع از حق خیار خود نتوانست استفاده نماید و میباید را استرداد کند آیا مشتری می‌تواند به استناد ماده ۴۵۹ مذکور مالک قطعی میباید گردد یا نه؟

ظاهراً مناط استحقاق یا عدم استحقاق مالکیت در مورد مشتری فقط ماده ۴۶۳ قانون مزبور می‌باشد که به موجب آن «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد با بیع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود» و ماده مزبوره موردی را پیش‌بینی نموده که ممکن است بین با بیع و مشتری از حیث میزان ثمن نسبت بارزش میباید اختلاف نظری به وجود آید مثلاً با بیع مبلغی را که بابت ثمن دریافت داشته اگر میزان آن کمتر از ارزش واقعی میباید در حین معامله بوده فرض قانون این است که قصد با بیع حقیقت بیع نبوده است و اگر میزان ثمن مساوی یا بیشتر از ارزش واقعی میباید بوده قصد با بیع حقیقت بیع بوده و احکام بیع در معامله واقعه جاری خواهد بود. از تطبیق احکام

مواد مذکور 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 به نظر می آید: اولاً؛ ماده ۳۳ حق تقاضای ثبت را نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای قانون مزبور انتقال داده شده اعم از آنکه مدت خیار یا عمل به شرط، و به طور کلی حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده به انتقال دهنده داده است؛ به استثنای فقرات سه گانه و دو شرط ضمیمه آن که انتقال گیرنده را در فقرات مذکور مالک قطعی شناخته و حق تقاضای ثبت را برای انتقال گیرنده قائل شده است. و به موجب ماده ۳۸ تکلیف محاکم و ادارات ثبت را معین نموده است که دستور مواد ۳۳ و ۳۴ را در عمل به موقع اجرا گذارند. ثانیاً؛ مطابق قسمت اخیر ماده ۳۸ محاکم و ادارات ثبت نسبت به معاملات مذکور در ماده ۳۳ که پس از تاریخ اجرای قانون مزبور واقع شود مکلف اند 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 دی ماه ۱۳۱۲) و ادارات ثبت در صورت عدم استفاده انتقال دهنده از حق استرداد خود در مدت معین مطابق مقررات ماده ۳۴ راجع به فروش ملک مورد معامله به طور مزایده اقدام نموده حق انتقال گیرنده را استیفاء نمایند.

لیکن از عبارت ماده ۳۴ چنین استنباط می شود که انتقال گیرنده در صورتی می تواند فروش مال مورد معامله را از اداره ثبت تقاضا نماید که: اولاً؛ نسبت به ملک مورد معامله قبلاً تقاضای ثبت شده باشد و ثانیاً؛ وقوع معامله اعم از اینکه موضوع آن منقول باشد یا غیر منقول به موجب سند رسمی بوده باشد، نه سند عادی و تصور نمی رود که انتقال گیرنده با نداشتن دو شرط مزبور بتواند از اداره ثبت تقاضای فروش مال مورد معامله نماید و اداره ثبت در انجام چنین تقاضایی موظف به اقدام قانونی شود؛ زیرا اداره ثبت بدون داشتن سابقه و جریانات اداری راسا نمی تواند 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 راجع به بیع شرط مذکور در قانون مدنی بوده یا اینکه مواد مذکور را برای تعیین تکلیف اصحاب معامله و محاکم و ادارات مربوطه به منظور انجام عملیات ثبتی وضع نموده است؟ از دقت در قوانین مذکور چنین به نظر می آید که: اولاً؛ مواد قانون ثبت اسناد تکلیف معاملات بیع شرطی و

رهن و غیره را اعم از منقول و غیرمنقول به لحاظ انجام عملیات ثبتی پیش‌بینی نموده محاکم و ادارات عملاً باید مقررات قانون مذکور را رعایت نمایند.

ثانیاً؛ 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 مالکیت قطعی مشتری و همچنین حق تقاضای ثبت هر یک از بایع و مشتری، تابع مقررات ماده ۳۸ این قانون خواهد بود به طوری که ماده مزبوره مقرر داشته در موضوع انتقالات مذکور در ماده ۳۳ که قبل از تاریخ اجرای قانون مزبور واقع شده محاکم مکلف‌اند در مواردی که مطابق ماده مزبور حق تقاضای ثبت به انتقال‌دهنده داده شده بر طبق ماده ۳۴ حکم برد، اصل و اجور و غیره داده و در مواردیکه حق تقاضای ثبت به انتقال‌گیرنده داده شده است حکم به مالکیت انتقال‌گیرنده بدهند اعم از اینکه نسبت به ملک 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 مکلف‌اند مدلول ماده ۳۴ را به موقع اجرا گذارند». پس از ملاحظه مقررات مزبور چنین نتیجه گرفته می‌شود که احکام مواد ۴۵۹ و ۴۶۳ قانون مدنی به کلی مخالف با دستور قانون ثبت‌اسناد بوده و با قانون مزبور تطبیق نمی‌شود و بنابراین دو ماده فوق‌الذکر از قانون مدنی ضمناً منسوخ و عمل کردن به احکام آن‌ها مجوز قانونی ندارد.

۲. رهن مبیع شرطی در حقوق ایران

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 بازگرداند (ماده ۳۶۴ قانون مدنی). بنابراین خریدار در چنین وضعی می‌تواند 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 مرتهن نسبت به آن مال حق عینی ایجاد می‌شود و کسی نمی‌تواند 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 باهم در تعارض است و در نتیجه آخرین تصمیم را باید نافذ شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۳۰). 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 مصداق‌های «معامله با حق استرداد» است (ماده ۳۳ قانون ثبت). ماده ۳۶۴ قانون مدنی بیع را مملکت می‌داند و تاریخ انتقال را زمان عقد می‌داند. ولی قانون ثبت، که مؤخر از آن است، بیع را در حکم رهن و خریدار را در حکم بستانکار می‌بیند و به او حق می‌دهد که از حاصل فروش مبیع طلب خود را استیفاء کند (ماده ۳۴ قانون ثبت). باوجوداین، در دوران خیار، منافع به انتقال‌گیرنده تعلق دارد (ماده ۳۴ قانون ثبت و ماده ۷۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی). در این عقد، منافع به‌طور مستقل واگذار نشده و تابع عین است. پس، مالکیت منفعت برای انتقال‌گیرنده 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 پاره‌ای 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 دین خود قرار دهد، هر چند 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 وام‌های دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد، ولی ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ نامی از رهن مکرر نبرده. 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 گیرنده بستانکار نامیده شده است. پس، مانند معاملات رهنی، در معاملات با حق استرداد نیز، معامله کننده می تواند عین را دوباره رهن دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۵۶).

در معامله‌ی رهن مبیع شرطی 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 باز گرداند، 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 را 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.

۳. معامله با حق استرداد در حقوق ایران

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، برگرداندن 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). قانون گذار 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 نمی‌توان از آثار آن سخن گفت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۴).

قانون‌گذار بر مبنای غلبه معامله با حق استرداد را تملیکی نمی‌شناسد: ماده ۳۳ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «نسبت به املاکی که با شرط وکالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان 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 به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال‌دهنده باشد یا در تصرف انتقال‌گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است...» این ماده استثناهایی هم دارد، ولی به‌عنوان اصل، مالکیت انتقال‌دهنده را، حتی در صورت پایان یافتن مدت خیار و عدم استفاده انتقال‌دهنده از حق خود، اعلام می‌کند و از او درخواست ثبت را می‌پذیرد و این حکم نشانه آن است که معامله با حق استرداد را تملیکی نمی‌داند، و گرنه باید تقاضا را از انتقال‌گیرنده بپذیرد.

ماده ۳۴ قانون ثبت نیز در این باره اعلام می‌کند: «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 می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده 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 می‌تواند 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 سرمایه‌داران رباخوار است که می‌خواهند با این تمهید ملک نیازمندان را با بهایی اندک و معادل آنچه به وام داده‌اند تصاحب کنند. به‌بیان‌دیگر، مبنای اصلی اجرای عدالت است و با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد. به همین جهت است که در ماده ۳۹ می‌خوانیم: «حقوقی که در مواد ۳۳ و ۳۷ و ۳۸ و ۴۴ برای انتقال‌دهنده 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 به‌موجب 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 می‌دهد. مواد ۳۳ و ۳۴ به شیوه قاعده ماهوی انشا شده است و دیگر رابطه‌ای با ظاهر ندارد تا خلاف آن قابل اثبات باشد.

۴. عقد وثیقه در نظام حقوق انگلیس

معامله با حق استرداد موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک حقوق ایران، که پس از سوءاستفاده از بیع شرط قانون مدنی، در سال ۱۳۱۰ تصویب شد؛ ابزاری است که از نظر کارکردی

برابر با حق وثیقه است. البته این ماده به موجب قانون اصلاح ماده ۳۶ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ حذف و ماده ۳۶ مکرر آن در سال ۱۳۸۹ اصلاح شده است. معامله با حق استرداد در حقوق ایران که معمولاً در قالب عقد بیع و عقد صلح صورت می‌گیرد، نتایج مشابه با عقد رهن و حق وثیقه دارد (کیبیری شاه آباد و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶۲).

رواج بیع شرط در جوامع غربی نیز، سابقه داشته و مراحل طی آن از تحول را طی کرده است. اما از اوایل قرن نوزدهم و با وضع قوانینی که گرفتن بهره را با کنترل قانونی، تجویز می‌کرد دیگر انحراف در معامله شرطی و پوشش قرار دادن آن برای معاملات ربوی، در غرب کمتر جلب توجه کرده و این معامله تقریباً به حالت طبیعی خود باقی مانده است (McGhee, 2005:10). با این حال در حقوق انگلیس در موارد جایگزین آن مثل اجاره به شرط تملیک و وام خرید با توفیق یا بیع مال خریداری شده به بانک، مقرراتی مانند قانون حمایت در برابر وام‌دهندگان و مقررات شروط ناعادلانه، جلوی گسترش انحراف اقتصادی را گرفته است (عراقی، رستگار جویباری، ۱۳۹۳: ۱۷۱). لذا مشابهت معاملات با حق استرداد در حقوق ایران با عقد رهن در حقوق انگلیس، به بررسی حق وثیقه در حقوق انگلیس می‌انجامد. به نظر می‌رسد، در حقوق انگلیس، مهم‌ترین عنصر حق وثیقه بر روی یک مال و در واقع جوهر هر حق توثیقی خاص، حق اولویت و رجحان وثیقه گیرنده در برابر غرامت است (Martin and Hanbuy, 1993:12). در حقیقت مفهوم حق وثیقه با اعطای حق تقدم به وثیقه گیرنده به عنوان کلیدی برای حل رقابت بین ادعاهای مختلف اشخاص ثالث، نسبت به اموال متعهد شناخته می‌شود (ساعدی، ۱۳۹۳: ۱۸). در نظام حقوقی انگلستان انواع متفاوتی از ابزارهای وثیقه به رسمیت شناخته شده است. بین این ابزار از سه جهت تمایز وجود دارد (Goode, 2003:106): الف) از جهت خاستگاه این ابزار که آیا مبتنی بر قانون هستند یا بر انصاف؟ ب) از جهت لزوم قبض که بر این اساس در برخی موارد قبض ضرورت دارد و در برخی دیگر قبض لزومی ندارد. ج) از جهت نقش اراده در ایجاد این ابزار که بین ابزار وثیقه مبتنی بر قرارداد و حقوق وثیقه ناشی از قانون تمایز وجود دارد.

۵. شرط ذخیره یا حفظ مالکیت در حقوق انگلیس

در بیع عین معین یا کلی که باید بعداً تعیین شود، فروشنده می‌تواند به عنوان شرط ضمن قرارداد (در بیع عین معین) یا شرط ضمن تعیین و اختصاص مبیع به قرارداد (در بیع کلی) حق مالکیت و تصرف در مبیع را تا تحقق شروط خاصی برای خود حفظ کند. در این حالت، علی‌رغم تسلیم مبیع به خریدار یا به متصدی حمل و نقل یا هر شخص دیگری به منظور انتقال مبیع به خریدار، مالکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود تا آنکه شرطی که توسط فروشنده وضع شده است، تحقق یابد. اثر چنین شرطی این است که از اختصاص یافتن بی‌قید و شرط مبیع به قرارداد به دلیل تسلیم به خریدار یا متصدی حمل و نقل یا هر امین دیگری، جلوگیری می‌کند. شایان ذکر است که به موجب ماده ۱۷

قانون بیع کالا، مصوب سال ۱۹۷۹ انگلستان، مالکیت کالاهای معین یا مشخص، زمانی به خریدار منتقل می‌شود که طرفین چنین قصد کرده باشند. برای احراز قصد طرفین باید به شروط قرارداد، رویه و رفتار طرفین و شرایط خاص هر مورد توجه نمود. در ادامه ماده ۱۸ این قانون به بیان امارات و قراینی برای احراز قصد طرفین، در فرضی که مخالف آن توسط طرفین تصریح نشده باشد، می‌پردازد. ماده ۱۹ این قانون، حفظ حق تصرف در مبیع را برای فروشنده، به‌عنوان شرط ضمن قرارداد یا شرط ضمن تعیین و اختصاص مبیع به قرارداد، لحاظ نموده که اثر این شرط عدم انتقال مالکیت مبیع به خریدار تا زمان تحقق شرط است. این شرط موجب می‌شود تا در فرض ورشکستگی خریدار، مبیع، حداقل تا زمانی که در همان حالتی که فروخته شده باقی مانده است، به اموال خریدار وارد نشود. از نظر عملی یا تجاری، شرط حفظ مالکیت همانند حق حبس، یا حقی که برای فروشنده در متوقف کردن کالای در حال حمل وجود دارد، عمل می‌کند. حق حبس زمانی اعمال می‌شود که فروشنده هنوز متصرف در مبیع است و حق متوقف کردن کالای در حال حمل، زمانی اعمال می‌شود که فروشنده کالا را برای خریدار ارسال نموده است اما خریدار هنوز آن را دریافت نکرده است و شرط حفظ مالکیت، زمانی اعمال می‌گردد که مبیع به‌طور واقعی تسلیم خریدار شده است. به‌علاوه شرط حفظ مالکیت باید صراحتاً در قرارداد درج شود (علمی یزدی، ۱۳۸۳: ۵۶).

شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلستان به پنج گونه وجود دارد. انواع شروط پنج‌گانه صرف نظر از مسائل و مشکلاتی که هر کدام از جهت نظری و عملی می‌توانند در بر داشته باشند از قرار ذیل است: الف) شرط ساده: در این نوع از شرط، فروشنده مالکیت کالای تسلیم شده را برای خود حفظ می‌کند، تا زمانی که خریدار ثمن را به‌طور کامل پرداخت نماید. این نوع از شرط با چنین الفاظی در قرارداد درج می‌شود: مالکیت مبیع منتقل نمی‌شود تا اینکه تمام ثمن پرداخت شود.

طبق شرط ساده ذخیره مالکیت، تا زمانی که ثمن به‌طور کامل پرداخت گردد مالکیت کالاها (مبیع) در داریایی فروشنده باقی می‌ماند. در این نوع شرط، خریدار از فروش یا استفاده از مبیع، ممنوع نبوده و حتی بدون وجود شرط صریح در این خصوص در قرارداد، این حق برای مشتری به‌طور ضمنی ایجاد می‌شود؛ زیرا وقتی فروشنده، قبل از آنکه مشتری، ثمن را بپردازد، مبیع را در اختیار او قرار می‌دهد، این به معنای اذن و اجازه تصرف در مبیع است (سعیدی و یزدانی، ۱۳۸۹: ۶۲).

ب) شرط حساب جاری: این شرط همانند شرط ساده است، با این تفاوت که فروشنده، مالکیت مبیع تسلیم شده به خریدار را تا پرداخت همه تعهدات و بدهی‌های خریدار از معامله یا سایر روابط مالی طرفین را برای خود حفظ می‌کند.

ج) شرط استمرار حفظ مالکیت: هدف از این شرط چنین می‌باشد که در صورتی که خریدار، مبیع را مورد معامله‌های دیگر قرار دهد، مالکیت مبیع برای مالک تا زمان پرداخت ثمن حفظ شود. به عبارت دیگر خریداران بعدی تا زمانی که ثمن به فروشنده اول پرداخت نشده باشد، مالک، محسوب نمی‌شوند.

د) شرطی که حق تعقیب ثمن حاصل از فروش را به خریدار او می‌دهد: در این نوع شرط، فروشنده تا زمان پرداخت، همچنان مالک مبیع است و وی به خریدار اجازه فروش مجدد مبیع را می‌دهد تا وی پس از فروش، وجه حاصل از معامله را به مالک بدهد. به تعبیر دیگر، این شرط، خریدار را به فروش مجدد مبیع، با این شرط مجاز می‌کند که وجه حاصل از فروش توسط خریدار اولیه به عنوان امین یا نماینده او برایش حفظ شود تا این که ثمن و هر آنچه خریدار اولیه به فروشنده بدهکار است، پرداخت گردد.

ه) شرط مجموعی یا کلی: در این نوع شرط اگر مبیع در جریان تولیدات دیگر قرار گیرد، فروشنده حق مالکیت نسبت به کالای ساخته شده متناسب با ارزش کالای ساخته شده، موضوع حق خود را تحصیل خواهد کرد (آقایی، مظاهری کوهانستانی، ۱۳۹۷). همان‌طور که بیان گردید، در شرط حفظ مالکیت که در قرارداد بیع، مورد توافق قرار می‌گیرد، حفظ مالکیت کالا برای مالک تا زمانی است که ثمن به‌طور کامل به او پرداخت شود و در واقع مالک مبیع، طلبکار است؛ در صورتی که در معامله با حق استرداد، خریدار طلبکار محسوب می‌شود و می‌تواند از مورد معامله که در واقع وثیقه طلب هست، طلب خود را مطالبه کند. در نتیجه با این که در هر دو مورد حفظ مالکیت و معامله با حق استرداد، عنوان مالکیت برای بایع باقی می‌ماند ولی این دو اصطلاح حقوقی هر کدام ماهیت جداگانه دارند و در یک موضوع نمی‌گنجند.

۶. بررسی تطبیقی

قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۱۰، با تصویب قانون ثبت، معامله با حق استرداد را تملیکی نمی‌شناسد و این معاملات را از سنخ معاملات رهنی می‌داند. از طرفی در نظام حقوقی انگلیس، پیش‌بینی معاملات با حق استرداد به معنای تخصصی کلمه به عمل نیامده است. با توجه به ماهیت رهنی معاملات با حق استرداد در حقوق ایران، بررسی تطبیقی این نهاد با دو نهاد رهن و توفیق که طرق اصلی رهن و توثیق اموال و تأمین وصول طلب بستانکار، در حقوق انگلیس شناسایی شده‌اند، انجام می‌پذیرد.

۶-۱. مقایسه عقد رهن در حقوق ایران و قرارداد وثیقه در حقوق انگلیس

از عقود عینی محسوب می‌شوند. شرط صحت هر دو قرارداد، قبض مورد وثیقه می‌باشد. مطابق قانون مدنی ایران، مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. در قرارداد

وثیقه نیز در مورد اموالی که در آینده تحصیل خواهند شد، دیون و همه اموال اعتباری پذیرفته نخواهد شد. در نتیجه رهن و توثیق اموال غیرمادی و غیر موجود به دلیل عدم امکان قبض مادی یا معنوی آن‌ها در قالب قراردادهای رهن در حقوق ایران و قرارداد وثیقه در حقوق انگلیس ممکن نیست.

عقد رهن در حقوق ایران، از عقود تبعی به حساب می‌آید. عقد تبعی، عقدی است که وجودش تابع رابطه حقوقی دیگری است که قبلاً واقع شده است. عقد رهن زمانی تحقق پیدا می‌کند که قبلاً دینی وجود داشته باشد. قرارداد وثیقه نیز در این خصوص وضعیت مشابهی دارد و در زمره عقود تبعی قرار می‌گیرد. در نتیجه می‌بایست فرع بر وجود یک قرارداد اصلی باشد. شباهت دیگری که بین عقد رهن و قرارداد وثیقه وجود دارد این است که هر دو مورد مالکیت به وثیقه گیرنده انتقال نمی‌یابد و به عبارت دیگر رهن و قرارداد وثیقه اثر تملیکی ندارند و رهن گذاشتن مال، موجب خروج مال از مالکیت وثیقه دهنده نمی‌شود.

قرارداد وثیقه، علاوه بر کالاها، اسناد مالکیت آن‌ها مانند اسناد براتی و قبض انبارهای عمومی را نیز شامل می‌شود. اسناد مالکیت کالا که به عنوان دلیل تصرف و نگهداری کالا و انتقال آن‌ها از طریق وثیقه گذاری مورد استفاده قرار می‌گیرند، وثیقه گیرنده چنین سندی که نماینده کالای موضوع خود می‌باشد، می‌تواند از حق مالکیت وثیقه گذار بر روی مورد وثیقه، برای تضمین طلب خود استفاده نماید. به دلیل این که وثیقه اسناد مالکیت به منزله وثیقه‌ی موضوع آن‌هاست، وثیقه گذاشتن آن‌ها در قالب قرارداد وثیقه صحیح است. در مقابل در حقوق ایران، مال مرهون طبق ماده ۷۷ قانون مدنی باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. لذا توثیق اموال تجاری نظیر اوراق بهادار و اسناد مالکیت کالا پذیرفته نشده است.

طبق ماده ۷۹۳ قانون مدنی، در عقد رهن، رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافای حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن. در نتیجه رهن نمی‌تواند مال مرهون را به دیگری انتقال دهد اما در حقوق انگلیس، قابلیت انتقال مورد وثیقه، به عنوان یک قاعده آماری به رسمیت شناخته شده است و وثیقه گذار می‌تواند مال مورد وثیقه را بدون اذن و رضایت وثیقه گیرنده به دیگری انتقال دهد. به نظر می‌رسد، با توضیحاتی که در خصوص شباهت‌ها و تفاوت‌های عقد رهن و قرارداد وثیقه بیان گردید، بتوان به این نتیجه رسید، به جهت اشتراکات اساسی بین این دو نهاد، عقد رهن در حقوق ایران، معادل تأسیس قرارداد وثیقه در حقوق انگلیس می‌باشد.

۶-۲. مقایسه عقد وثیقه در حقوق ایران و قرارداد رهن در حقوق انگلیس

از آنجایی که در قرارداد رهن هر مالی اعم از عین، دین، حقوق مالکیت‌های معنوی و حتی مالی که در آینده به وجود می‌آید، قابل رهن گذاری هستند، قبض مورد رهن، شرط صحت قرارداد

مذکور نخواهد بود و از این جهت با نهاد وثیقه در حقوق ایران که خود مجموعه‌ای از عقود می‌باشد، تفاوتی ندارند.

لازم به ذکر است در حقوق ایران نیز می‌توان به قبول ظهر نویسی اسناد براتی به عنوان وثیقه، با قیاس و وحدت ملاک با چک تضمینی، تجویزی در قانون صدور چک توجه به عرف حاکم بر اسناد تجاری و رویه محاکم نظر داد. شباهت دیگر عقد وثیقه در حقوق ایران و قرارداد رهن در حقوق انگلیس در این است که در هر دو نظام حقوقی می‌توان برای حقوقی که اجرای ابتدایی آن‌ها غیرمالی است اما قابلیت تبدیل به پرداخت مال را دارند، وثیقه گذاری نمود.

به دلیل این که وثیقه اسناد مالکیت به منزله وثیقه‌ی موضوع آن‌هاست، وثیقه گذاشتن آن‌ها در قالب قرارداد وثیقه صحیح است. در مقابل در حقوق ایران، مال مرهون طبق ماده ۷۷ قانون مدنی باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. لذا توثیق اموال تجاری نظیر اوراق بهادار و اسناد مالکیت کالا پذیرفته نشده است. طبق ماده ۷۹۳ قانون مدنی، در عقد رهن، راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن. در نتیجه راهن نمی‌تواند مال مرهون را به دیگری انتقال دهد اما در حقوق انگلیس، قابلیت انتقال مورد وثیقه، به عنوان یک قاعده آمری به رسمیت شناخته شده است و وثیقه گذار می‌تواند مال مورد وثیقه را بدون اذن و رضایت وثیقه گیرنده به دیگری انتقال دهد. در رویه قضایی ایران، سهام به دلیل مالیت داشتن و قابل انتقال بودن، در حکم عین معین هست و در نتیجه قابل وثیقه گذاری هستند اما اموال قابل توفیق در قرارداد وثیقه عین و یا اسناد مالکیت آن می‌باشد تا قابل قرض توسط وثیقه گیرنده باشند. به نظر می‌رسد، با توضیحاتی که در خصوص شباهت‌ها و تفاوت‌های عقد رهن و قرارداد وثیقه بیان گردید، بتوان به این نتیجه رسید، به جهت اشتراکات اساسی بین این دو نهاد، عقد رهن در حقوق ایران، معادل تأسیس قرارداد وثیقه در حقوق انگلیس می‌باشد.

۳-۶. مقایسه عقد وثیقه در حقوق ایران و قرارداد رهن در حقوق انگلیس

از آنجایی که در قرارداد رهن هر مالی اعم از عین، دین، حقوق مالکیت‌های معنوی و حتی مالی که در آینده به وجود می‌آید، قابل رهن گذاری هستند، قبض مورد رهن، شرط صحت قرارداد مذکور نخواهد بود و از این جهت با نهاد وثیقه در حقوق ایران که خود مجموعه‌ای از عقود می‌باشد، تفاوتی ندارند.

لازم به ذکر است در حقوق ایران نیز می‌توان به قبول ظهر نویسی اسناد براتی به عنوان وثیقه با قیاس و وحدت ملاک با چک تضمینی، تجویزی در قانون صدور چک توجه به عرف حاکم بر اسناد تجاری و رویه محاکم نظر داد. شباهت دیگر عقد وثیقه در حقوق ایران و قرارداد رهن در حقوق انگلیس در این است که در هر دو نظام حقوقی می‌توان برای حقوقی که اجرای ابتدایی آن‌ها غیرمالی است اما قابلیت تبدیل به پرداخت مال را دارند، وثیقه گذاری نمود.



در حقوق انگلیس، ساختار توفیق در قالب قرارداد رهن، به دو صورت رهن قانونی و رهن قهری معرفی شده است. در حالی که در حقوق ایران، چنین مکانیسمی وجود ندارد و قرارداد وثیقه، عقدی با ماهیت واحد، موجب توثیق عینی با لزوم رعایت الزامات و احکام آمره ای است که در قانون مدنی پیش‌بینی شده است.

در حقوق ایران، در هیچ‌یک از عقود توثیقی، مالکیت مال مورد وثیقه، از مالک سلب نمی‌شود و به وثیقه گیرنده منتقل نمی‌گردد، بلکه برای طلبکار نسبت به مال مورد وثیقه، حق رجحان پدید می‌آید ولی در حقوق انگلیس مهم‌ترین ویژگی قرارداد رهن، انتقال مالکیت به وثیقه گیرنده نسبت به مال مورد وثیقه می‌باشد. البته باید به این نکته توجه کرد که این انتقال به صورت موقت انجام می‌پذیرد تا در صورت عدم انجام تعهد وثیقه گذار، مالکیت مورد وثیقه به صورت قطعی به وثیقه گیرنده انتقال یابد.

۴-۶. مقایسه شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و انگلیس

طبق مواد ۳۳۸ و ۳۹۳ قانون مدنی، بیع در حقوق ایران، عقدی تملیکی است. یعنی اثر و نتیجه مستقیم بیع، انتقال مالکیت هر یک از مبیع و ثمن به خریدار و فروشنده است، البته مشروط به آن که عوضین، قابلیت این نقل و انتقال را داشته باشند. این قابلیت، در بیع عین معین در هنگام عقد موجود بوده و در بیع کلی در معین یا کلی فی الذمه، با تعیین و اختصاص فردی از افراد کلی معین یا کلی فی الذمه، مطابق با توصیف و ویژگی مذکور در عقد در مبیع ایجاد می‌شود. از این رو، هر شرطی که اثر و نتیجه آن عدم تحقق انتقال مالکیت باشد، ممکن است به عنوان شرط خلاف مقتضای عقد تلقی شود (ماده ۲۳۳ قانون مدنی).

نهاد شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران به ترتیبی که در حقوق انگلیس وجود دارد، به رسمیت شناخته نشده است. شاید یکی از دلایل این امر ماده ۳۸۰ قانون مدنی و وجود خیار تفلیس باشد که بدون نیاز به اشتراط، به فروشنده این حق را اعطا می‌کند تا در صورت افلاس خریدار قبل از پرداخت ثمن، اگر مبیع را هنوز تسلیم نکرده، از تسلیم آن خودداری کند و چنانچه مبیع تسلیم خریدار شده، اما عیناً نزد بایع موجود است، آن را مسترد دارد.

بنابراین خیار تفلیس یکی از انواع خیاراتی است که قانون‌گذار مدنی ایران برای صیانت از حقوق فروشنده در نظر گرفته است، بدون آن که چنین امری مورد تراضی متعاملین، به عنوان قالبی از عقود توثیقی قرار گرفته باشد؛ همان‌گونه که ذکر شد، شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلیس به شرط ساده و پیچیده تقسیم می‌شود که خیار تفلیس صرفاً می‌تواند کارکرد شرط ساده را که صرفاً تعویق انتقال مالکیت تا زمان پرداخت ثمن می‌باشد، داشته باشد. در حالی که در حقوق انگلیس شرط حفظ مالکیت علاوه بر تعهد پرداخت ثمن، می‌تواند نسبت به سایر بدهی‌ها و دیون متعهد گسترش یابد (ساعدی، ۱۳۹۳: ۷۶).

نکته دیگری که ذکر آن خالی از فایده نخواهد بود، طرح این موضوع است که آیا اجاره به شرط تملیک نمی تواند کارکردی مشابه شرط حفظ مالکیت داشته باشد؟ یعنی طرفین به جای انعقاد بیع با شرط حفظ مالکیت برای فروشنده تا پرداخت کامل ثمن، قرارداد اجاره به شرط تملیک منعقد نمایند که اثر قرارداد اخیر نیز این خواهد بود که تا زمانی که همه اقساط ثمن پرداخت نگردد، انتقال مالکیت انجام نخواهد شد. پاسخ این است که هر چند اجاره به شرط تملیک در اکثر موارد می تواند کارکردی شبیه شرط ساده حفظ مالکیت داشته باشد، اما در مورد کالاهای مصرفی که انتفاع از آن ملازمه با تلف عین دارد، اجاره به شرط تملیک جایز نیست (علمی یزدی، ۱۳۸۳: ۵۸). زیرا ماده ۶۷۱ قانون مدنی، انتفاع از مال مورد اجاره را با بقای اصل آن ممکن می داند: برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستاجر به با بقای اصل آن ممکن باشد.

۶-۵. معامله با حق استرداد در حقوق انگلیس

نهاد رهن در حقوق انگلیس به بیع شرط در حقوق مدنی ایران قبل از سلب اثر تملیکی بودن آن شباهت داشت؛ زیرا به موجب بیع شرط، دارنده سرمایه که همان خریدار می باشد، به متقاضی اعتبار یا همان فروشنده؛ وام می دهد و در مقابل وام گیرنده، مالکیت یک مال منقول یا غیرمنقول را جهت توفیق و تضمین بازپرداخت به موقع وام، به وام دهنده منتقل می نماید، مشروط به آن که اگر ظرف مدت مقرر، بدهی خود را پرداخت نماید، مجدداً مالک مال مورد انتقال گردد، در غیر این صورت مورد معامله، ملک طلق وام دهنده می شد.

به عبارت دیگر، در بیع شرط، مالکیت میباید به خریدار انتقال می یابد، با این قید که فروشنده حق خیار دارد. پس اگر فروشنده در زمان مقرر شده، ثمن را بازنگرداند و عقد را فسخ نکند، بیع قطعی می شود و میباید در دارایی خریدار استقرار می یابد. ولی اگر فروشنده با رعایت شرایط قرارداد و رد ثمن، بیع را فسخ کند، از آن هنگام میباید به ملکیت او باز می گردد (ماده ۶۵۹ قانون مدنی).

در نتیجه، در صورتی که تحت مقررات عقد بیع، وام دهنده مالی از اموال وام گیرنده را جهت توثیق، درخواست نماید، در صورتی که وام گیرنده در مدت زمان ثابت و مشخص، تعهد خود را به صورت کامل پرداخت نماید، حق استرداد مالکیت مال واگذار شده را داشته باشد بیع شرطی تحقق یافته است که امروزه تحت مقررات عقد وثیقه ای رهن معرفی می شود و وام گیرنده تحت عنوان وثیقه گذار، وام دهنده تحت احکام وثیقه گیرنده و مال مورد معامله شرطی، تحت مورد وثیقه شناخته می شود.

لازم به توضیح است که در حقوق کشور انگلیس نیز بنا به سوءاستفاده هایی که سرمایه داران از این عقد و الزام آور بودن مدت آن می کردند قانون به وثیقه گذار امکان بازپرداخت وام را در زمان طولانی جهت استرداد مالکیت مورد وثیقه اعطا نمود (عسکری، ۱۳۸۵). از سوی دیگر محاکم قضایی انگلیس می توانند در صورتی که وثیقه گذار مدارکی موجه و قابل قبول بر توانایی پرداخت

دین خود، طی دوره زمانی مشخص ارائه نماید، جریان مالکیت دائم و نامحدود وثیقه گیرنده در مورد وثیقه، به جهت قصور در پرداخت به‌موقع دین توسط متعهد را برای یک دوره زمانی کوتاه یا طولانی اما مشخص و منجز، به تعویق اندازند.

در حقوق ایران با اعطای وصف توثیقی برای معاملات با حق استرداد، می‌توان گفت برخلاف حقوق انگلیس، امروزه هیچ‌یک از مصادیق عقود توثیقی مدنی به وثیقه گیرنده مالکیت اعطاء نمی‌کنند تا در صورت ایفای دین توسط مدیون، مجدداً مالکیت وثیقه گذار به حکم قانون اعاده گردد؛ زیرا اگر قانون ثبت ایران برای بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد قائل به اثر تملیکی می‌شد، حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد، درحالی‌که از انتقال‌دهنده به‌عنوان وثیقه گذار، انتقال گیرنده به‌عنوان وثیقه گذار و از ثمن به‌عنوان طلب و از مبیع با عنوان مورد وثیقه یاد می‌کند. لیکن می‌توان گفت مطابق امکان پیش‌بینی شده برای وثیقه گیرنده در حقوق انگلیس، به‌موجب قرار اجرائیه رهنی پس از سپری شدن سررسید ادای دین و مهلت‌های قانونی و نیز عدم پرداخت از سوی وثیقه گذار، مال موضوع قرارداد به وثیقه گیرنده تملیک قطعی می‌شود. نکته مشترکی که از قرارداد رهن در مقایسه با بیع شرط در حقوق ایران که از مصادیق عقود وثیقه‌ای مدنی قلمداد می‌گردد، استنتاج می‌شود ذکر این مطلب است، که در قرارداد رهن در صورتی که ارزش اقتصادی مورد وثیقه که به وثیقه گیرنده تملیک می‌گردد، نسبت به طلب وی مازاد باشد، نظیر آنچه در کیفیت اجرای بیع شرط در حقوق ایران بیان شد، بستانکار ملزم به بازگرداندن اضافه ارزش مال مزبور به وثیقه گذار نخواهد بود. بنابراین در حقوق ایران همان‌طور که در خصوص حقوق وثیقه گذاران بیان گردید، مالکیت مورد وثیقه همچنان به ایشان تعلق دارد و وثیقه گیرنده صرفاً حق عینی تبعی با امتیازات حق تقدم و حق تعقیب تحصیل می‌نماید؛ هرچند مورد وثیقه در قبض و تصرف نامبرده قرار گرفته باشد.

بحث و نتیجه‌گیری

در حقوق انگلیس نهاد رهن به معاملات شرطی و با حق استرداد در حقوق ایران قبل از سلب تملیکی بودن آن‌ها شباهت دارد؛ زیرا به‌موجب معاملات با حق استرداد، دارنده سرمایه به متقاضی اعتبار، وام می‌دهد و در مقابل وام گیرنده، مالکیت یک مال منقول یا غیرمنقول را جهت توثیق و تضمین بازپرداخت به‌موقع وام، به وام‌دهنده منتقل می‌نماید، مشروط به آن که اگر ظرف مدت مقرر، بدهی خود را پرداخت نماید، مجدداً مالک مال مورد انتقال گردد، در غیر این صورت مورد معامله، ملک طلق وام‌دهنده می‌شود. در صورتی که تحت مقررات عقد بیع، وام‌دهنده مالی از اموال وام‌گیرنده را جهت توثیق عودت اصل و بهره‌ی آن درخواست نماید، در صورتی که وام‌گیرنده در مدت‌زمان ثابت و مشخص، تعهد خود را به‌صورت کامل پرداخت نماید، حق استرداد مالکیت مال واگذار شده را داشته باشد بیع شرطی تحقق یافته است؛ که امروزه تحت مقررات عقد وثیقه‌ای رهن

معرفی می‌شود و وام‌گیرنده تحت عنوان وثیقه گذار، وام‌دهنده تحت احکام وثیقه گیرنده و مال مورد معامله شرطی، تحت مورد وثیقه شناخته می‌شود.

لازم به ذکر است در کامن‌لا مدت مقرر شده بین طرفین الزام‌آور بود، یعنی در صورتی که در موعد مقرر مدیون قادر به پرداخت دین خود نمی‌شد، مورد معامله ملک طلق وام‌دهنده می‌شد. بعداً انصاف بنا به مشکلاتی که کامن‌لا ایجاد می‌کرد، در مواردی از جمله در رهن دخالت کرد و با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این عقد و الزام‌آور بودن مدت آن می‌شد، شرط مدت را برداشته و به مدیون حق داد که هر وقت خواست، بتواند با بازپرداخت وام، مورد معامله را مسترد کند. همچنین محاکم قضایی انگلیس می‌توانند در صورتی که شخص مدیون، مدارکی موجه و قابل قبول ارائه نماید مبنی بر این که ایشان طی دوره زمانی مشخص از عهده پرداخت دین خود برمی‌آید، جریان مالکیت دائم و نامحدود شخص وثیقه‌گیرنده بر مورد وثیقه، به جهت قصور در پرداخت به موقع دین توسط متعهد را برای یک دوره زمانی کوتاه یا طولانی به تعویق اندازد. لازم به ذکر است زمان دوره تعویق باید مشخص و معلوم باشد. در حقوق ایران، با سلب اثر تملیکی بیع شرط و تأسیس نهاد معامله با حق استرداد به موجب قانون ثبت مصوب سال ۱۳۱۰، می‌توان گفت، برخلاف حقوق انگلیس، هیچ‌یک از عقود توثیقی در حقوق ایران، منجر به انتقال مالکیت مورد وثیقه به دائن نمی‌شود تا در صورت ایفای دین توسط مدیون، مجدداً مالکیت مدیون به حکم قانون برگردد و دلیل این مطلب ماده ۳۳ قانون ثبت است که بیان می‌دارد: حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است؛ در غیر این صورت حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد. بنابراین در حقوق ایران، مالکیت مورد وثیقه همچنان به وثیقه‌گذاران تعلق دارد و وثیقه‌گیرنده تنها حق عینی تبعی با امتیازات حق تقدم و حق تعقیب به دست می‌آورد، هر چند مورد وثیقه در قبض و تصرف دائن قرار گرفته باشد. در قرارداد رهن و بیع شرط، در صورتی که مورد وثیقه پس از سررسید مهلت ادای دین و عدم پرداخت دین از سوی مدیون به تملیک قطعی وثیقه‌گیرنده درآمد چنانچه ارزش اقتصادی مورد وثیقه از طلب طلبکار بیشتر باشد، وثیقه‌گیرنده، التزامی به بازگرداندن اضافه ارزش مال مورد وثیقه به مدیون نخواهد داشت.

منابع

- آقائی، نیلوفر؛ مظاهری کوهانستانی، رسول. (۱۳۹۷). شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع (بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان). فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، ۵(۷)، ۱۴۳ - ۱۳۱.

[http://ensani.ir/fa/article/391540/-](http://ensani.ir/fa/article/391540/)

- پیرهادی، محمدرضا. (۱۳۸۶). انتقال مالکیت در عقد بیع. چاپ اول. نشر شالیزه.
 ساعدی، الهام. (۱۳۹۳). مقایسه وثیقه‌های تجاری و مدنی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس). پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم.
 سعیدی، محمدعلی؛ بزدانی، غلامرضا. (۱۳۸۹). بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت. نشریه آموزه‌های حقوقی، ۱۴(۱)، ۸۷ - ۵۵.

- عراقی، سیدعزت‌الله؛ رستگار جویباری، محی‌الدین. (۱۳۹۳). جستجوی عدلت معاوضی و واقعی و اراده باطنی در بیع شرط، مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق معاصر. دو فصلنامه حقوق تطبیقی، ۱۰(۲)، ۱۱۰ - ۸۵.

https://law.mofidu.ac.ir/article_17957.html

- عسکری، حکمت‌الله. (۱۳۸۵). معاملات با حق استرداد در حقوق ایران. مجله تحقیقات حقوقی، ۹(۴۴)، ۲۷۱ - ۲۱۹.

<http://ensani.ir/fa/article/7242/>

- علمی یزدی، حمیدرضا. (۱۳۸۳). شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع، بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس. مجله پژوهش‌های حقوق عمومی، ۱۱(۱)، ۲۶ - ۵.

<http://ensani.ir/fa/article/4748/>

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). جلد چهارم. چاپ هفتم. سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). حقوق مدنی، عقود اذنی و وثیقه‌های دین. چاپ پنجم. شرکت سهامی انتشار.
 - کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). حقوق مدنی، معاملات معوض (عقود تملیکی). چاپ نهم. انتشارات شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد پنجم. چاپ پنجم. شرکت سهامی انتشار.
 - کبیری شاه‌آباد، حمید؛ عیسائی تفرشی، محمد؛ شهبازی نیا، مرتضی. (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی رویکرد وحدت‌گرایی یا کثرت‌گرایی در خصوص ابزار توفیق اموال منقول در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران. مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۱(۲)، ۱۸۰ - ۱۵۷.

<http://ensani.ir/fa/article/377892>

- واحدی، محمدرضا. (۱۳۹۶). قرارداد وثیقه در نظام حقوقی ایران با نگاهی بر نظام حقوقی انگلستان. کنفرانس ملی حقوق و مطالعات قضایی، ۴، ۲۰ - ۱.

<https://civilica.com/doc/757466/>

- Goode, Roy. (2003). *Legal Problems of credit and security*. 3rd ed. London Sweet & Maxwell.

- Martin, Jill; Harold Greville, Hanburv. (1993). *Modern Equity*. Sweet & Maxwell.

McGhee, John. (2005). *Snell's Equity*. Sweet & Maxwell.