



مقایسه عقد رهن با معاملات با حق استرداد

ریما امیرا قدم *

حسن برجی **

چکیده

یکی از مباحث مهمی که باید به آن پرداخته شود معاملات با حق استرداد و تفاوت‌های آن با عقد رهن می‌باشد. این مسئله که آیا این معاملات ماهیتاً تملیکی هستند یا استقراضی و وثیقه‌ای از مباحث مهم به شمار می‌رود. در مقایسه عقد رهن و معاملات با حق استرداد مباحثی مطرح خواهد شد و شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو نهاد بیان می‌شود. در نتیجه با اینکه قانون‌گذار اثر تملیکی را از این معاملات گرفته ولی ماهیت آن‌ها تغییری نکرده و نباید این معاملات را به دلیل شباهتی که این دو از جهت وثیقه بودن با هم‌دیگر دارند یکسان دانست.

کلید واژه‌ها

رهن، معاملات با حق استرداد، وثیقه، تملیکی.

*. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

** . عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اهر

مقدمه:

این اصطلاح برای نخستین بار در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ آمده است. در تعریف این معاملات گفته شده است که دارای عناصر ذیل است:

(۱) موضوع معامله مال غیر منقول است.

(۲) به‌عنوان وثیقه دین و یا حسن اجرای تعهدات و یا وثیقه گشایش اعتبارات بانکی صورت می‌گیرد.

(۳) به عاقد ذینفع به موجب این معامله در صورت بروز تخلف طرف حق می‌دهد که تحت شرایط خاص از محل فروش آن مال، حقوق خود را وصول کند.

واژه استرداد در این عنوان به جا نیست؛ زیرا نقل مالکیت صورت نگرفته است تا مجال استرداد باشد و عنوان صحیح این معاملات، معاملات وثیقه‌ای غیر منقول است.^۱

تعریف فوق شامل معاملات اموال منقول نمی‌گردد؛ در حالی که قانون‌گذار در ماده ۳۴ قانون ثبت معاملات شرطی اموال منقول را نیز مطرح کرده است، به‌نظر می‌رسد این تعریف، خلاف ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره آن و رویه جاریه قضایی و اجرای ثبت در خصوص اموال غیر منقول است و خارج کردن اموال منقول غیر قابل توجیه می‌باشد.^۲

به‌نظر می‌رسد جامع‌ترین تعریف توسط دکتر کاتوزیان ارائه شده است:

«مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد 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 خیار باشد یا وکالت و نذر»^۳

مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت شامل معامله‌ای می‌شود که برحسب قانون مدنی معوض و تملیکی بوده و در آن شرط حق استرداد درج گردد، اعم از بیع شرط و یا هر عقد معوض و تملیکی نامعین و اعم از اینکه معامله ثبت شده یا نشده باشد.

معامله با حق استرداد معامله‌ای است که به موجب آن شخصی مال خود را در ازای وجهی صورتاً به دیگری انتقال می‌دهد ولی حق استرداد آن را در مدت معین با پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب افتاده و زیان دیر کرد برای خود حفظ می‌کند. (مستنبط از مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث.) معامله با حق استرداد که معامله شرطی نیز نامیده می‌شود عقد واحدی است که از نظر حقوقی دارای ارزش قرض و وثیقه است، یعنی شخصی از دیگری وام می‌گیرد و مال خود را با این‌که صورتاً به او منتقل می‌کند، در حقیقت وثیقه دین او قرار می‌دهد.

معامله با حق استرداد دارای صور مختلف است. این معامله ممکن است به صورت بیع شرط یا بیع قطعی با شرط وکالت برای استرداد یا صلح با حق استرداد یا به عنوان دیگر باشد.^۴

در تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ث. آمده است: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود.»

اوصاف حقوقی این دسته از معاملات به شرح زیر می‌باشد:

۱- معامله با حق استرداد وسیله تملک است. مالک حق خود را به انتقال‌گیرنده تملیک می‌کند و او را مالک عین و منافع می‌سازد؛ منتها این حق را برای خویش محفوظ می‌دارد که ظرف مدت معینی معامله را برهم زند و آن‌چه را داده است بازستاند. در فقه، این اختلاف در بیع شرط مطرح شده است که آیا مبیع پس از پایان مهلتی که فروشنده اختیار فسخ دارد به خریدار منتقل می‌شود یا با وقوع بیع تملیک نیز انجام می‌شود و با استفاده از حق خیار دوباره به فروشنده باز می‌گردد؟

پاره‌ای از متقدمان احتمال نخست را برگزیده‌اند، ولی متأخران به‌طور قاطع انتقال مالکیت را همراه با عقد بیع پذیرفته‌اند و قانون مدنی نیز از آنان پیروی کرده است. (مواد ۳۶۳ و ۳۶۴) ولی برای جلوگیری از سوء استفاده رباخواران و صاحبان سرمایه‌ای که زیر پوشش «معامله با حق استرداد» اموال بدهکاران را تصاحب می‌کنند، قانون‌گذار اثر تملیکی این معاملات را هنگام انتقال قطعی از بین برده است و با انتقال‌گیرنده همچون طلب‌کار با وثیقه رفتار می‌کند.^۵

ماده ۳۳ ق.ت. 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 این‌که مدت خیار یا عمل به شرط و به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این‌که 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 در خواست ثبت را می‌پذیرد. این حکم نشانه آن است که معامله با حق استرداد را تملیکی نمی‌داند و گرنه باید تقاضا را از انتقال‌گیرنده بپذیرد.^۶

ماده ۳۴ ق.ت. نیز در این باره اعلام می‌کند: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیر منقول، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند در خواست کند... در مورد اموال منقول، اعم از این‌که اجرائیه 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 به‌دست آورد.

ولی، این نکته را باید افزود که مبنای حکم قانون‌گذار تنها غلبه نیست؛ انگیزه اصلی جلوگیری از ستم سرمایه‌داران ربا خوار است که می‌خواهند با این تمهید ملک نیازمندان را با بهایی اندک و معادل آنچه به وام داده‌اند تصاحب کنند.

بنابراین، نباید چنین پنداشت که لغاء 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 انشاء شده است و دیگر رابطه‌ای با ظاهر ندارد تا خلاف آن قابل اثبات باشد.^۷

در این مورد پرونده‌ای به شرح زیر مطرح شده است:

در دعوی به خواسته ابطال سند شماره ... و سند مالکیت مربوط (اعاده وضع به حال قبل از فسخ و معتبر بودن اسناد وثیقه) اقامه شده، دادگاه بدوی مطابق خواسته موصوف حکم صادر و دادگاه تجدیدنظر آن را عیناً تأیید نموده است. پس از تجدیدنظر خواهی فوق‌العاده، مرجع رسیدگی به استدلال مذکور در عنوان اصلی، دادنامه‌های موصوف از حیث ابطال سند یاد شده نقض و حکم به ابطال دعوی نخستین در این قسمت، و درخواست تجدید نظر فوق‌العاده از حیث اعاده وضع به حال قبل از فسخ سند شرطی ... مردود اعلام می‌نماید.

هیئت شعبه شش دیوان عالی کشور در تاریخ ۸۲/۴/۱۲ تشکیل و پس از استماع گزارش عضو ممیز مشاوره نموده و رای می‌دهد. در این رای این‌طور آمده است: «... مستفاد از مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک این است که قانون‌گذار با تغییر ظهور حاصله از ماده ۴۶۳ قانون مدنی معاملات با حق استرداد و از جمله بیع شرط را ظاهراً بیع حقیقی و مملکت تشخیص نداده است، مگر این- که به ادله و امارات و قرائن مسلم شود که حقیقت بیع مقصود طرفین بوده است. با توجه به این ظهور و نیز به دلالت مندرجات سند بیع شرط شماره ۹۵۱۷۴-۵۷/۹/۲۹-۹۵۱۷۴ روشن است که در پرونده حاضر با تنظیم سند مذکور حقیقت بیع مراد طرفین نبوده بنابراین معامله مذکور از شمول بیع و از جمله مواد ۴۵۸ الی ۴۶۲ قانون مدنی مستثنی بوده و با توجه به قصد واقعی طرفین و تابعیت عقود از اراده مشترک متعاملین در ردیف معاملات رهنی است و اثر آن صرفاً ایجاد حق عینی تبعی برای مشتری شرطی است که در صورت عدم استیفاء مطالبات خویش در موعد مقرر با رعایت مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک از طریق رجوع به مال مرهونه (مبیع شرطی) استیفاء حق نماید...»^۸

۲- مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی این معاملات لازم هستند و وجود شرط خیار یا حق استرداد باعث توصیف این معاملات به عقد جایز نمی‌شود و فوت هیچکدام از طرفین در دوام عقد تأثیر ندارد.^۹ انتقال‌گیرنده مانند انتقال‌دهنده نمی‌تواند از حق وثیقه خود صرف نظر نماید و استیفاء طلب خود را از سایر اموال انتقال‌دهنده بخواهد در صورتی که عقد رهن، نسبت به راهن لازم می‌باشد و مادامی که دین خود را نپردازد، ملک وثیقه بدهی او بوده و نمی‌تواند عقد را فسخ کند و نسبت به مرتهن جایز است و او هر زمان که بخواهد می‌تواند عقد رهن را فسخ کند.

در اثر فسخ عقد توسط مرتهن، حق عینی و اولویتی که در استیفاء دین خود از مال مرهونه داشته از بین می‌رود و طلبش بدون وثیقه باقی می‌ماند.^{۱۰}

ابتدا در مبحث اول شباهت‌های معاملات باحق استرداد با عقد رهن را بررسی کرده سپس در مبحث دوم به بررسی تفاوت‌های این معاملات با عقد رهن می‌پردازیم.

مبحث اول: شباهت‌های معاملات با حق استرداد با عقد رهن

معامله با حق استرداد اصطلاحی است که جایگزین بیع شرط شد تا همه انواع آن، اعم از بیع و صلح با شرط وکالت و مانند این‌ها را در برگیرد. از سوی دیگر در پاره‌ای از احکام رهن تغییراتی داده شده است که با طبیعت معاملات شرطی و تملیکی سازگارتر به نظر می‌رسد. به همین دلیل شباهت‌هایی بین آن‌ها وجود دارد که به قرار ذیل می‌باشد:

۱- معاملات با حق استرداد تملیکی نیستند که موجب انتقال مالکیت از انتقال‌دهنده به انتقال‌گیرنده شوند، بنابراین مالکیتی برای انتقال‌گیرنده ایجاد نمی‌شود.

در دید قانون‌گذار، خریدار معامله شرطی در حکم طلب‌کار با وثیقه است. انتقال‌گیرنده بیش از طلب خود حقی ندارد، ولی چون موضوع معامله را در گرو دارد، می‌تواند با فروش آن، طلب خود را به دست آورد. پس وضعیت انتقال‌دهنده در معاملات با حق استرداد، شبیه به وضعیت رهن در عقد رهن است.

۲- با مقایسه «عقد رهن» با «معاملات با حق استرداد» به این نتیجه می‌رسیم که انتقال‌گیرنده از «حقی عینی» برخوردار است. طبق تعریف ترمینولوژی حقوقی، حق عینی، «حقی است مالی که متعلق آن عین خارجی باشد مانند مالکیت عین و مالکیت منفعت (برای مستأجر) و مالکیت انتفاع (برای مهمان نسبت به ماکولات) و مالکیت حق (مانند حق ارتفاق و حق تحجیر و حق وثیقه مانند حق مرتهن بر مال مرهونه و حق مستأجر بر عین مستأجره در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب سال ۱۳۳۹ و غیره) حق عینی در مقابل حق دینی به کار می‌رود...»^{۱۱}

لذا حق وثیقه که در معاملات با حق استرداد برای انتقال‌گیرنده به وجود می‌آید از اقسام حقوق عینی است. باید گفت در معاملات با حق استرداد با جمع حق مالکیت انتقال‌دهنده و حق عینی (حق وثیقه) انتقال‌گیرنده، در عین واحد و در زمان واحد (مدت زمانی که مال، متعلق حق وثیقه‌ی انتقال‌گیرنده است) مواجهیم؛ لذا به منظور حفظ حق عینی انتقال‌گیرنده، تصرفات مادی و حقوقی مالک، با محدودیت‌هایی مواجه می‌شود.

۳- معاملات با حق استرداد معاملاتی هستند که به قصد استقراض صورت می‌گیرند؛ بنابراین ثمن آن‌ها نوعاً وجه نقد است و فروشنده آن را مصرف می‌نماید. در واقع ثمن به فروشنده تملیک می‌شود و او مدیون خریدار می‌گردد. انتقال‌دهنده برای اعمال حق استرداد باید تمام مثل ثمن را به انتقال‌گیرنده رد کند تا مال او از وثیقه آزاد گردد. در عقد رهن هم اگر رهن بخواهد مال خود را از وثیقه خارج کند، باید تمام دین را بپردازد. این مطلب در ماده ۷۸۳ قانون مدنی بیان شده است.

از ماده ۳۴ لزوم رد تمام ثمن استنباط می‌شود. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «... مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و ... شروع شود ... هرگاه بستان کار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد نماید ...»

در واقع منظور قانون‌گذار این است که حتی‌الامکان طلب بستانکار از محل مورد معامله وصول شود و تا زمانی که تمام طلب پرداخت نشود، مورد معامله در وثیقه او باقی بماند.

طرفین معامله می‌توانند شرط کنند که هرگاه قسمتی از ثمن رد شد، قسمتی از معامله فسخ شود. تنها مانع و عاملی که محدودکننده شروط ضمن عقد می‌باشد، ماده ۳۹ قانون ثبت است که این ماده نیز قراردادها و شروطی را که حقوق انتقال‌دهنده یا بدهکار را اسقاط کنند، باطل اعلام می‌کند. در حالی که اگر طرفین شرط کنند که پرداخت قسمتی از ثمن باعث فسخ قسمتی از معامله شود، نه تنها حقوقی از انتقال‌دهنده ساقط نمی‌شود بلکه به نفع او نیز می‌باشد، بنابراین به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، چنین شرطی صحیح می‌باشد و هیچ مابینتی با ماده ۳۹ قانون ثبت نیز ندارد.

ماده ۴۵۸ قانون مدنی در خصوص بیع شرط و ماده ۷۸۳ در خصوص عقد رهن امکان شرط خلاف را پیش‌بینی کرده‌اند. در فقه هم این شرط صحیح دانسته شده است.^{۱۲}

۴- در ماده ۷۸۱ ق.م.چنین می‌خوانیم: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس، حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید به راهن برای تقیصه رجوع کند.»

این حکم در قانون ثبت عادلانه در نظر گرفته نشده است؛ بلکه قانون‌گذار در ماده ۳۴ قانون ثبت چنین فرض کرده است که مرتهن با تملک مورد رهن به تمام حق خود رسیده است و رجوع او به سایر دارایی مدیون مورد ندارد.

از ماده ۳۴ چنین برداشت می‌شود که مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارات قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، شروع شود و در جایی که حراج انجام نمی‌شود، به همین قیمت به مرتهن واگذار می‌گردد و در هر حال به کمتر از آن فروخته نمی‌شود.

با توجه به این ماده مرتهن در عقد رهن و انتقال‌گیرنده در معاملات با حق استرداد حق رجوع به سایر اموال مدیون را ندارند. هنگامی که برای موضوع معامله به مبلغ مزایده خریداری پیدا نشد و مورد معامله به بستانکار واگذار شد، معلوم می‌شود که ارزش موضوع معامله کمتر از طلب بوده است و از آنجایی که او موظف است مبالغی را که دریافت کرده به بدهکار مسترد دارد معلوم می‌شود که بستانکار حق رجوع به سایر اموال را ندارد.

از لحن ماده ۳۴ قانون ثبت به نظر می‌آید که عقد رهن نسبت به مرتهن هم لازم است (برخلاف ماده ۷۸۷ ق.م) و مرتهن هیچ راهی جز استیفای حق از عین مرهون ندارد. ولی در تبصره ۶ این ماده چنین آمده است: «در مورد معاملات رهنی، بستانکار می‌تواند از رهن اعراض نماید. در صورت اعراض، مورد رهن آزاد و عملیات اجرایی براساس اسناد ذمه خواهد بود.»

مرتھن می‌تواند از این تبصره استفاده نموده و در موردی که بهای عین مرهون برای استیفای تمام طلب کافی نبود، از رهن اعراض کند و با توقیف عین مرهون و سایر اموال مدیون به عنوان تامین خواسته، به تمام حق خود برسد.^{۱۳}

مبحث دوم: تفاوت‌های معاملات با حق استرداد با عقد رهن

مفهوم حقوقی این دو معامله هیچ شباهتی با هم ندارند. رهن وسیله حقوقی است که مدیون مالی را به عنوان وثیقه به طلب‌کار می‌دهد. در این پیمان، حق مالکیت عین و منفعت همچنان به رهن تعلق دارد و آن‌چه به طلب‌کار داده می‌شود امتیازی است که او بتواند پیش از سایر طلب‌کاران به حق خویش برسد و بر دیگران مقدم باشد ولی معامله با حق استرداد وسیله تملک است. مالک حق خود را به انتقال‌گیرنده تملیک می‌کند و او را مالک عین و منافع می‌سازد، منتها این حق را برای خویش محفوظ می‌دارد که ظرف مدت معینی معامله را برهم زند و آنچه را که داده است بازستاند. ولی دیدیم که واکنش قانون‌گذار در برابر رباخواران حيله‌گر سرانجام به انحراف ماهیت این بیع انجامید و آن را تبدیل به معامله رهنی کرد. تفاوت‌های رهن عین با معاملات با حق استرداد چندان زیاد و آشکار است که نباید آن دو مفهوم را یکسان پنداشت:

۱- قبض در رهن شرط صحت عقد است اما در معامله با حق استرداد و سایر معاملات وثیقه‌ای شرط نیست، ماده ۷۷۲ ق.م.ی‌گوید: «مال مرهون باید به قبض مرتھن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.» مقصود از قسمت اخیر ماده این است که لازم نیست مرتھن مال مرهون را در تمام مدت رهن در تصرف داشته باشد؛ بلکه همین که قبض محقق شد، گو این‌که در زمانی کوتاه باشد، عقد صحیح و کامل است و پس از آن مرتھن می‌تواند مال را به تصرف رهن یا شخص ثالثی بدهد، چنان که ممکن است طبق قرارداد منافع عین مرهونه به مرتھن واگذار شده باشد و او منافع مزبور را به موجب اجاره به رهن تملیک کند و بدین‌سان مال را از نو در اختیار رهن بگذارد.^{۱۴}

در فقه سه نظر برای اثر قبض در وقوع رهن یا لزوم آن وجود دارد:

۱- عده‌ای از فقهاء هیچ نقشی برای قبض قائل نشده‌اند و مستند ایشان عموم آیه «او فوا بالعقود» است.^{۱۵}

۲- عده‌ای از فقهاء قبض را شرط صحت می‌دانند که بدون آن عقد رهن واقع نمی‌شود^{۱۶} و معنای روایت «لارهن الا مقبوضاً» را عبارت از این می‌دانند که عقد رهن از نظر شرع، پیش از تصرف در عین مرهونه تحقق نمی‌یابد.^{۱۷}

۳- عده‌ای هم آن را نه شرط صحت که شروط لزوم عقد می‌دانند.^{۱۸}

در حقوق مدنی نیز عده‌ای از حقوقدانان قبض را شرط صحت عقد رهن می‌دانند ولی استدامه را در قبض مرتهن شرط نمی‌دانند. پس اگر عین مرهونه پس از قبض از دست مرتهن خارج شود خواه به دست راهن افتد یا دیگری؛ خروج آن موجب بطلان رهن نخواهد شد.^{۱۹}

پس برای صحت عقد رهن کافی است که یک لحظه مال به قبض مرتهن و یا قائم مقام او داده شود و اگر بعداً از تصرف او خارج گردد موجب زوال حق رهن نیست؛ زیرا عقد رهن با قبض محقق گشته است.^{۲۰}

به نظر برخی از حقوقدانان قبض شرط لزوم یا تحقق عقد رهن است؛ نه راهن حق خواهد داشت عقد را فسخ کند نه مرتهن نسبت به قیمت مال مرهون حق رجحان دارد و اگر شرط تحقق باشد بعد از وقوع ایجاب و قبول، عقد صحیحاً منعقد می‌گردد و در اثر اصالت لزوم نسبت به راهن لازم شمرده می‌شود و مرتهن حق خواهد داشت که مطالبه مال مرهون را بنماید.^{۲۱}

طبق نظر قانون مدنی قبض شرط صحت است و گرنه ذیل ماده ۷۷۲ که استمرار را شرط نمی‌داند بی‌مورد می‌شود. ولی این نظر مشکلات فراوانی را و همچنین حيله را نسبت به قانون ایجاد می‌کند و باید گفت همین که مرتهن استیلائی معنوی و عرفی بر توقیف و فروش مال داشته باشد کافی است.^{۲۲}

گفته شده است که اگر قبض را شرط درستی و صحت بدانیم در حقیقت و ماهیت عقد تأثیر دارد چرا که اگر راهن بدهی خود را نپرداخت، مرتهن باید بتواند آن را از عین مرهونه بر دارد و از تلف شدن مال خود جلوگیری کند؛ این امر، ممکن نمی‌شود مگر آن که در عالم خارج، قبض صورت پذیرد، نه این که مرتهن، حق قبض را داشته باشد. به عبارت دیگر، وثیقه بودن عین مرهونه نزد مرتهن، با قبض نکردن آن و این که عین، تحت تسلط و سیطره او نباشد، ناسازگاری دارد. این نظر مورد پذیرش فقهای چون شهید اول، میرزای قمی، فاضل مقداد، سید علی طباطبایی، حاج سید احمد خوانساری و شیخ صدوق و است.^{۲۳}

ولی این دیدگاه اشکال دارد چرا که عقد از جمله عقود عهدیه است و قبض و اقباض از سوی مرتهن و راهن در عالم خارج از آثار معامله بوده و احکام آن، مانند دیگر عقود و معاملات است، پس باید گفت که اگر قبض را شرط درستی رهن بدانیم در حقیقت و ماهیت عقد تأثیر نداشته و عملی است خارجی و عقد همان معاوضه‌ای است که راهن و مرتهن انجام می‌دهند.

همین که راهن قصد می‌کند مال خود را نزد مرتهن قرار دهد، عقد حاصل می‌شود و نقش عقد رهن این دلبستگی را ایجاد کرده و هویت رهن به قصد آن است.

با تمام بحث‌هایی که در مورد قبض و اثر آن در عقد رهن می‌شود این تفاوت با معاملات با حق استرداد وجود دارد که در آن‌ها قبض شرط صحت عقد نیست.

طبق ماده ۷۷۴ ق.م: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.» بنابراین شخص نمی‌تواند طلبی را که بر ذمه دیگری دارد، در مقابل وجهی به رهن بگذارد یا منفعت مالی را مانند سکونت خانه یا سواری اتومبیل مورد رهن قرار دهد؛ زیرا چنانکه گفتیم، در حقوق ایران قبض شرط

صحت رهن است و دین و منفعت که محسوس نیستند قابل قبض مادی نمی‌باشند. اما در معاملات با حق استرداد و سایر معاملات وثیقه‌ای چنین شرطی وجود ندارد و دین و منفعت نیز ممکن است موضوع این گونه معاملات باشد (مستنبط از تبصره ۳ ماده ۳۴ ق.ث). و نیز می‌توان اموال غیر مادی از قبیل حق مولف و مخترع و سر قفلی را به عنوانی غیر از رهن وثیقه داد.

در فقه امامیه عمده دلیلی که برای عین بودن مورد رهن بیان می‌شود اجماع و ظهور نص است؛ نه آنچه راجع به قبض مال مرهون ذکر شد و بدین جهت فقهای که قبض را شرط صحت نمی‌شمارند، رهن منفعت را نیز صحیح نمی‌دانند و باید به مرتهن وکالت داد که منفعت را به دیگری انتقال و آنچه در عوض به دست می‌آورد و کالتاً از طرف مالک نزد خود رهن گذارد.^{۲۴}

فقهاء بطلان رهن دین را به دلیل ناممکن بودن قبض دانسته‌اند که قبض در صحت یا لزوم رهن شرط است. برای مثال مرحوم علامه حلی در نظرش به‌طور آشکار در این باره موضع می‌گیرد: «لایصح رهن الدین ان شرطنافی الرهن القبض لانه لایمکن قبضه لعدم تعینه حاله الرهن».^{۲۵} و این نظر از طرف محققان دیگری نیز ابراز شده است و برای آن در کتاب سرائر و غنیه ادعای اجماع شده است.

پس دلیل اصلی بطلان رهن دین همان عدم امکان قبض و اقباض آن است و این نظر مورد انتقاد شدیدی قرار گرفته است و شیخ محمد حسن نجفی این موارد انتقاد را جمع‌آوری کرده است و حتی خود شرطیت قبض در رهن مورد تردید می‌باشد.^{۲۶}

۲- عین مرهونه در عقد رهن متعلق به راهن است و منافع نیز به او تعلق می‌گیرد و در معاملات با حق استرداد عین مورد معامله در ظاهر به ملکیت انتقال‌گیرنده در می‌آید و به خاطر همین منافع مورد معامله در مدت حق استرداد تابع عین بوده و به طلب کار تعلق می‌یابد.

در ماده ۳۴ ق.ث برای وصول طلب و اجور و صدور اجرائیه پیش‌بینی شده است که منظور از اجور همان منافع مال در مدت حق استرداد است که معمولاً چون مال در تصرف بدهکار است عوض این منافع را به عنوان اجور باید بپردازد.^{۲۷}

این مسئله که منافع به طلب کار تعلق می‌یابد به این دلیل است که 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 می‌دهد، منتها این انتقال ناپایدار و متزلزل است و هیچگاه نیز استقرار نمی‌یابد. در نتیجه منافع عین تا زمان فسخ، یا دورانی که ملک در تصرف انتقال‌گیرنده است، به او تعلق دارد.

در تایید احتمال اخیر، به مفاد ماده ۲۲۲ ق.آ.د.م نیز استناد شده است. در این ماده می‌خوانیم: «در معاملات با حق استرداد که مورد معامله به تصرف دائن داده شده است، دائن حق مطالبه خسارت تاخیر تادیه و مدیون حق مطالبه اجرت‌المثل را نسبت به مدتی که مورد معامله در تصرف دائن بوده است ندارد.» پس بین حقی که متصرف بر منافع مبیع پیدا می‌کند و حق او بر مطالبه خسارت تاخیر تادیه نوعی

تهاتر برقرار می‌شود. اگر مالکیت عین به دلیل تعارض با مصالح عمومی از اثر افتاده است، دلیلی برخلاف مالکیت منافع مورد معامله وجود ندارد.

ولی این استدلال، چندان قاطع نیست و وارونه نیز به کار می‌رود؛ زیرا نه تنها ویژه «رهن تصرف» است و در بیع شرط پیش از تسلیم مبیع اجراء نمی‌شود، مفاد آن نشان می‌دهد که در این فرض چیزی اضافه برحق دائن به او داده شده است و همین اضافه با حق خسارت خواستن او تهاتر می‌شود.

اگر منافع در اثر عقد ملک خریدار می‌شد نباید استیفای آن با حق او درباره خسارت تاخیر تادیه تهاتر شود. پس مفاد حکم، دلیل برآن است که منافع از آن بدهکار است و در رهن تصرف به طلب کار داده می‌شود. برعکس، التزام خریدار شرطی بر اینکه طلب را تنها از فروش عین مورد معامله استیفاء کند، با نوعی تملیک نا پایدار سازگارتر است؛ زیرا مرتهن همیشه می‌تواند از رهن بگذرد. این اقدام حق بروثیقه را از بین می‌برد و او را در زمره طلب کاران عادی قرار می‌دهد. (ماده ۷۸۷ ق.م و تبصره ۶ ماده ۳۴ ق.ث) ولی در معامله شرطی طلب با ملکیت مبیع پیوند ناگسستنی یافته و در آن ادغام شده است. چندان که جز از راه فروش یا تملک آن قابل وصول نیست. به بیان دیگر برخلاف مرتهن 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 از آثار آن است.

بدین ترتیب، پاسخ مساله را در هیچ متنی بصراحت نمی‌توان یافت و سایه‌ای از ابهام برآن باقی است ولی از اصول چنین استنباط می‌شود که مالکیت خریدار شرطی بر منافع ترجیح دارد؛ زیرا آنچه با مصالح اجتماعی و عدالت برخورد دارد و در قانون ثبت منع شده است، قطعی شدن تملیک و تصاحب خریدار شرطی با همان بهای قراردادی است. این اثر را باید از بیع شرط حذف کرد؛ در حالی که حق خریدار بر منافع کمترین نتیجه‌ای است که از بیع تملیکی باقی می‌ماند و دلیل قاطعی برزواله آن به چشم نمی‌خورد.^{۲۸}

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۵۵۴ مورخ ۴۴/۹/۲۲ که به موجب قانون وحدت رویه قضایی صادر شده و در موارد مشابه لازم الاتباع است؛ رای شعبه دهم دیوان کشور را مبنی بر اینکه منافع ملک در بیع شرط متعلق به مشتری است تأیید کرده و چنین اعلام داشته است: «نظر به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب مرداد ۱۳۱۰ که به موجب آن اصل وجه ثمن و اجور مال مورد معامله در مدت خیار متعلق حق انتقال گیرنده شناخته شده و نظر به ماده ۷۲۲ ق.آ.د.م که به موجب آن در صورتی که مال مورد معامله در تصرف انتقال گیرنده باشد؛ انتقال دهنده در مدت تصرف حق مطالبه اجرت‌المثل را از انتقال گیرنده ندارد. رای شعبه دهم نتیجتاً مورد تأیید است.»^{۲۹}

۳- در مورد شیوه استیفاء حق نیز، با این که ماده ۳۴ معاملات شرطی و رهنی را یکسان کرده است، در ماده ۳۸ مقرراتی وجود دارد که ویژه معامله با حق استرداد است و در رهن راه ندارد: در صورتی که «مال مورد معامله با حق استرداد» در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد انتقال گیرنده یا

قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه و متفرعات می‌تواند بر هر یک از انتقال‌دهنده یا وارث او و یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است اقامه دعوی نماید و رجوع به هر یک مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود.

هرگاه به متصرف رجوع شده و حاصل از فروش ملک، کفایت اصل و متفرعات را نکرده، مدعی می‌تواند برای بقیه به انتقال‌دهنده رجوع کند و انتقال‌گیرنده می‌تواند در صورتی که متصرف عالم به معامله اولیه بوده، برای بقیه طلب خود در حدود مدتی که مورد معامله در تصرف متصرف بوده به مشارالیه مراجعه کند، اعم از این که متصرف، استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد^{۳۰}

۳- عقد رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است ولی معاملات با حق استرداد نسبت به هر دو طرف لازم می‌باشد.^{۳۱}

۵- تفاوت‌های دیگری نیز از نظر عملی وجود دارد مثلاً در صورتی که ضمن عقد رهن خسارت تاخیر تادیه معین نشده باشد مدیون ملزم به پرداخت نیست مگر این که بستانکار طلبش را از طریق اظهار نامه مطالبه کرده باشد ولی در معاملات با حق استرداد حتی اگر شرط نشده باشد خسارت تاخیر تادیه محسوب می‌شود و طبق تبصره ۲ ماده ۳۴ اصلاحی سال ۱۳۲۰ مبدا زیان دیرکرد در معاملات با حق استرداد تاریخ سررسید سند معامله است و حال آن که مبدا شمارش زیان دیر کرد در عقد رهن از تاریخ ابلاغ اظهارنامه یا تقدیم دادخواست یا ابلاغ اجرائیه است اما در تبصره ۴ قانون ثبت ۱۳۵۱ این فرق از بین رفته است.^{۳۲}

۵- طبق مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی یا راهن به مرتهن وکالت می‌دهد که اگر دین خود را اداء ننمود مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء نماید و اگر وکالت نداشته باشد به حاکم رجوع می‌نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به‌نحو دیگر بکند.

طبق ماده ۳۴ قانون ثبت بستانکار چه وکالت داشته باشد چه نداشته باشد باید برای فروش مال مرهون و استیفای طلبش به مراجع قانونی مراجعه کند که در مورد اسناد رهنی رسمی این مرجع، اداره ثبت است و ماده ۳۴ اجرا می‌شود و در مورد اسناد رهنی عادی باید به دادگاه رجوع شود و ماده ۷۷۹ قانون مدنی اجرا می‌شود. بنابراین وکالت در اسناد رسمی از شمول ماده ۷۷۷ خارج است و ماده ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۷۷۷ است.^{۳۳}

دکتر لنگرودی نظر مخالفی دارند و معتقدند که ماده ۷۷۷ ق.م.نسخ ضمنی شده است با ماده ۳۴ قانون ثبت و سند چه رسمی و چه عادی باید از طریق دادگاه اقدام شود.^{۳۴}

گفته شد که معاملات با حق استرداد معاملاتی معوض و تملیکی هستند که در ضمن آن‌ها شرط حق استرداد درج شده باشد، لذا از این جهت هیچ شباهتی با عقد رهن ندارند. عقد رهن صرفاً وسیله‌ای برای تضمین یک دین موجود است، درحالی که معاملات با حق استرداد، معاملاتی تملیکی هستند و یک طرف مال خود را به دیگری تملیک می‌کند، منتها حق استرداد در آن را ظرف مدت معینی برای خود نگه

می‌دارد. ولی چون این معاملات به قصد استقراض و وثیقه منعقد می‌شوند قانون‌گذار اثر تملیک را از این دسته از معاملات سلب کرده است.

ماده ۳۳ قانون ثبت حق تقاضای ثبت ملک را به انتقال‌دهنده داده است و اثر تملیکی را از این معاملات گرفته است. ماده ۳۴ نیز ثمنی را که انتقال‌گیرنده پرداخته است به‌عنوان طلب او از انتقال‌دهنده می‌داند و بیع را نیز وثیقه طلب مذکور می‌داند، بنابراین معاملات با حق استرداد دارای آثار قرض و وثیقه هستند.^{۳۵}

لیکن باید گفت این تاثیر صرفاً از حیث آثار می‌باشد و گرنه این معاملات ماهیتاً تملیکی هستند بدین معنی که طرفین انعقاد معامله، یک معامله وثیقه‌ای را انشاء نمی‌کنند بلکه معامله‌ای تملیکی و معوض را انشاء می‌کنند که در ضمن آن برای انتقال‌دهنده حق استرداد قرار داده‌اند. پس ظاهر اینگونه معاملات معوض و تملیکی است. و اگر معامله‌ای در ظاهر وثیقه‌ای باشد مانند وثایقی که برای حسن انجام تعهد یا برای ضمان درک یا ضمان معاوضی می‌دهند، مشمول عنوان معاملات با حق استرداد نیستند. این معاملات خود، ماهیتاً وثیقه‌ای هستند.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه که در فوق گفته شد نتیجه می‌گیریم:

- ۱- معاملات با حق استرداد تملیکی نیستند و مبیع به خریدار یا انتقال‌گیرنده منتقل نمی‌شود.
 - ۲- ثمن دریافتی به انتقال‌دهنده، دین او محسوب می‌شود؛ انتقال‌گیرنده، که این ثمن را پرداخت کرده است طلب‌کار و انتقال‌دهنده، بدهکار محسوب می‌شود.
 - ۳- مورد معامله وثیقه دین مذکور است. اگر انتقال‌دهنده یعنی بدهکار دین مذکور را پرداخت، مورد معامله از طریق مزایده به فروش می‌رود تا از محل فروش آن طلب بستانکار پرداخت شود. بدیهی است اگر مورد معامله به مبلغی بیشتر از طلب و اجور و خسارت دیر کرد و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به فروش برود؛ باقی مانده متعلق به انتقال‌دهنده است.^{۳۶}
- با وجود این که قانون‌گذار اثر تملیکی را از این گونه معاملات گرفته است ولی به دلیل تفاوت‌های زیادی که با عقد رهن دارند و فوقاً ذکر شد و اینکه قانون‌گذار صرفاً اثر تملیکی را از معاملات سلب کرده است ولی ماهیت آن‌ها تبیینی نکرده است؛ هیچ‌گاه نباید این معاملات را به دلیل شباهتی که این دو از جهت وثیقه بودن با هم‌دیگر دارند یکسان دانست.

پی نوشت‌ها

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳ و ۵، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸ ه.ش، ش ۱۲۹۹۹
- ۲- روشن قنبری، عطاءالله، معاملات با حق استرداد در گذر زمان، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۸۰، اردیبهشت ۱۳۸۷ ه.ش، ص ۲۲
- ۳- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۷۶ ه.ش، ص ۱۷۷
- ۴- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قراردادها و تعهدات)، جلد ۲، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری تهران، چاپ دوم، ۱۳۵۱ ه.ش، صص ۴۳۵ و ۴۳۶
- ۵- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۳، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۴ ه.ش، ص ۵۹۹
- ۶- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۷۶ ه.ش، ص ۱۷۸
- ۷- همان، صص ۱۷۸ و ۱۷۹
- ۸- عابدیان، میرحسین-اسدزاده، مجتبی-فیروزمند، علی، در تکاپوی عدالت، جلد ۱، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۸ ه.ش، صص ۱۴۰-۱۳۸
- ۹- عسگری، حکمت اله، معامله با حق استرداد در حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۲۲۵
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت (ثبت املاک)، چاپخانه حیدری، چاپ دوم، بی تا، ص ۳۱
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵ ه.ش، صص ۱۴۲-۱۳۹
- ۱۲- عسگری، حکمت اله، همان منبع، صص ۲۴۲-۱۳۹
- ۱۳- صادقی گلدر، احمد، معاملات رهنی در قانون مدنی و قانون ثبت، فصلنامه حق، دفتر هشتم، نشر دانشکده علوم قضایی، شماره ۱۳۶۵، ۸۱ ه.ش، صص ۱۷۷-۱۷۵
- ۱۴- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قراردادها و تعهدات)، جلد ۲، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری تهران، چاپ دوم، ۱۳۵۱ ه.ش، ص ۴۳
- ۱۵- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، نقش قبض در عقد رهن، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۴ ه.ش، ص ۲۰۱
- ۱۶- طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، فی بیان الاحکام بالدلائل، جلد ۱، موسسه آل بیت قم، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۵۸۱
- ۱۷- اعتضاد بروجردی، محمد، رهن، مجله کانون وکلا، دوره اول، ۱۳۳۱ ه.ش، ص ۲۹

- ۱۸- عاملی، بی تا، ص ۱۳۸
- ۱۹- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، کتابفروشی محمد علی علمی، تهران، مهر ۱۳۳۹ ه.ش، صص ۴۰۱ و ۴۰۲
- ۲۰- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۲، انتشارات اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۷۲ ه.ش، صص ۳۳۴ و ۳۳۵
- ۲۱- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات بحرالعلوم قزوین، چاپخانه رشدیه، ۱۳۷۳ ه.ش، صص ۳۸۴ و ۳۸۵
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۳، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۴ ه.ش، صص ۵۱۲ و ۵۱۳
- ۲۳- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، نقش قبض در عقد رهن، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۴ ه.ش، ص ۱۹۹
- ۲۴- صفایی، سیدحسین، همان منبع، ص ۴۴۲
- ۲۵- علامه حلی، جمال الدین حسین بن یوسف، تذکره الفقهاء، جلد ۲، منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء الأثار الجعفریه، بی تا، ص ۱۶
- ۲۶- کریمی، عباس، رهن دین، مجله دانشکده حقوق و علوم اسلامی دانشگاه تهران، شماره ۳۸، پاییز ۱۳۷۶ ه.ش، ص ۲۸
- ۲۷- عسگری، حکمت اله، همان منبع، ص ۲۲۵
- ۲۸- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۷۶ ه.ش، صص ۱۸۱-۱۷۹
- ۲۹- صفایی، سید حسین، همان منبع، ص ۴۳۷
- ۳۰- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۳، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۴ ه.ش، صص ۶۰۰ و ۶۰۱
- ۳۱- عسگری، حکمت اله، همان منبع، ص ۲۲۵
- ۳۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت (ثبت املاک)، چاپخانه حیدری، چاپ دوم، بی تا، ص ۳۵
- ۳۳- میرزایی، علیرضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۴ ه.ق، صص ۱۴۲-۱۳۸
- ۳۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳ و ۵، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸ ه.ش، ص ۸۴
- ۳۵- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۲ ه.ش، ص ۵۴۸
- ۳۶- عسگری، حکمت اله، همان منبع، ص ۱۳۸