

بررسی معاملات با حق استرداد در حقوق ایران و تطبیق آن با کشور سوئیس

محمد علی نظری سرمازه^{۱*}، مریم حیدری^۲

چکیده

معاملاتی که در آن‌ها شرط استرداد مورد معامله وجود داشته باشد، معاملات با حق استرداد نام دارند؛ اصطلاحی که در حقوق ایران با تصویب قانون ثبت، وارد دکتترین حقوقی ایران شد و ماهیت بیع شرط قانون مدنی را که مورد سوءاستفاده هائی از سوی افراد سودجو قرار گرفته بود، دگرگون ساخت و قانون‌گذار با وضع مقرراتی طی مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت اثر تملیکی بیع شرط را از آن سلب کرد. قانون‌گذاران کشور سوئیس نیز در خصوص این‌گونه معاملات به وضع مقرراتی مبادرت کرده‌اند. در این نوشتار، معاملات با حق استرداد در حقوق ایران بررسی و با قوانین کشور سوئیس تطبیق داده شد. اطلاعات این پژوهش، به روش کتابخانه‌ای گردآوری و با استفاده از روش تحلیل محتوا و تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است؛ نتیجه این مطالعه نشان داد معامله با حق استرداد نوعی معامله مستقل به شمار نمی‌رود، بلکه یک اصطلاح حقوقی است که شامل معاملات متعددی می‌شود. همچنین در قوانین سوئیس، ثبت برخی از اقسام این معاملات در دفتر املاک قبل از تحقق شرط، امکان ندارد اما در قوانین موضوعه ایران حتی قبل از تحقق شرط بایع می‌تواند تقاضای ثبت کند.

واژگان کلیدی: معاملات، حق استرداد، بیع شرط، سوئیس، ایران

مقدمه و بیان مسئله

شاید بتوان ادعا کرد نخستین کسی که احکام شرعی را به دو بخش عبادات و معاملات تقسیم و معاملات را نیز در دو بخش عقود و احکام دسته‌بندی کرد، سالار دیلمی بود. (حلبی، ۱۴۰۳: صص ۸۲-۱۴۵) البته ساختار رایج فقه برگرفته از تقسیم محقق حلی است؛ (اسلامی، ۱۳۸۴: ۲۱۱) محقق حلی ابواب فقه را به چهار قسمت عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تقسیم می‌کند. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۸؛ ج ۲، ص ۲۶۱؛ ج ۳، ص ۵۷۷؛ ج ۴، ص ۷۳۳) دلایل تقسیم محقق حلی به دو گونه در کلمات فقها آمده است:

شهید ثانی و فاضل مقداد، وجه تقسیم را اخروی بودن و دنیوی بودن ذکر کرده‌اند؛ یعنی آنچه غرضش آخرت است، عبادات است و آنچه غرض اهم آن دنیاست که یا نیازمند به صیغه و عبارت نیست که احکام است و یا نیازمند صیغه و عبارت است که خود دو بخش است: اگر نیازمند صیغه دوطرفه است، عقود و اگر نیازمند عبارت یک‌طرفه ایقاعات.^۳ (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ص ۳۰) محمدجواد عاملی وجه تقسیم را قصد قربت می‌داند. به اعتقاد وی حکم شرعی اگر نیازمند قصد قربت است، عبادات است. اگر نیازمند نیست (معاملات) یا محتاج ایجاب و قبول است که عقود است یا تنها محتاج ایجاب است که ایقاعات است و یا نیازمند هیچ‌یک که احکام است. (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۷: ۲۱).

در هر صورت معاملات به عنوان بخش مهمی از فقه شیعی و قوانین موضوعه ایران دارای ابعاد و اقسام مختلفی است؛ یکی از اقسام معاملات، معاملات وثیقه‌ای است که شامل معاملات شرطی نیز می‌شود. شرط امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می‌نمایند. شرط در علم اصول به معنای هر امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و در اصطلاح حقوق و فقه به معنی مطلق تعهد است؛ اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد. به‌طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه معنای منطقی و اصولی در فقه چنین آمده است «الشرط امر زاید علی الثمن و المثلن علی وجه التزام دون التعلیق». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۵۶) فقها شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند: شرط ابتدایی و شرط ضمن عقد.

شرط ابتدایی تعهدی است که شخص با قصد انشاء یک‌طرفه علیه خود ایجاد می‌کند. (بهرامی، ۱۳۸۱: ۱۷۶) شرطی که یک طرف انشاء می‌کند، اگر توافق طرف مقابل را به همراه داشته باشد نوعی قرارداد و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی^۴ خواهد بود. اما اگر توافق طرف مقابل نباشد یک تعهد، یک‌طرفی و عنوان شرط ابتدایی و آثار آن را خواهد داشت.

شرط ضمن عقد، شرط یا التزامی است که در عقد یا قرارداد به نفع یا ضرر طرفین یا شخص ثالث درج می‌شود. یک نوع تعهد فرعی که طرفین ضمن تعهد اصلی می‌آورند. در حقوق امامیه هر کس بخواهد تعهد یا شرطی نماید که الزام‌آور باشد باید به صورت شرط ضمن عقد باشد.

مطابق قانون مدنی^۵ شرط ضمن عقد از هر جهت تابع تعهد اصلی است. به این معنی که صحت، بطلان، نفوذ و عدم نفوذ عقد، موجب صحت یا بطلان و عدم نفوذ یا نفوذ شرط می‌شود.

یکی از اقسام معاملات شرطی «بیع شرط» است؛ بیع شرط عبارت است از معامله‌ای که در آن برای فروشنده شرط می‌گردد که در صورت باز پس دادن بهای کالا به خریدار در مدتی معین، حق خیار خواهد داشت؛ مانند آنکه فروشنده خانه‌ی هزار تومانی را به دویست تومان بفروشد و با خریدار توافق کند چنانچه ظرف یک سال پس از معامله، بهای خانه را به وی برگرداند حق فسخ معامله را داشته باشد. (نجفی، ۱۳۶۲ ج ۲۳ صص ۳۶-۳۸).

مقررات بیع شرطی طی مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی تبیین گردیده است؛ مطابق این مقررات، در بیع شرط به مجرد انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد شد. یعنی مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط اثر مملک دارد. در زمان وضع قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ عده‌ای سودجو با اطلاع از مقررات بیع شرطی شروع به سوءاستفاده از افرادی کردند که در اثر مشکلات مالی، در

^۳ ر. ک: فاضل مقداد، التفتیح، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۴۱-۵۱

^۴ ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

^۵ ماده ۲۴۶ قانون مدنی: در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.

عسرت به سر می‌بردند و بجای ربا به این شیوه از دیگران بهره می‌بردند. در واقع آنان در قالب بیع شرط، معاملات ربوی انجام می‌دادند؛ مثلاً شخصی مبلغی را به‌عنوان قرض و وام به دیگری می‌داد و به‌طور صوری ملک وام‌گیرنده را خریده و در قرارداد شرط می‌کرد که اگر فروشنده، ثمن را ظرف مهلت معینی بپردازد، حق فسخ معامله را خواهد داشت. غالباً در این معاملات، ارزش پول قرضی یا وام در مقابل ملک، ناچیز بود و اگر فروشنده در مهلت معین نمی‌توانست قرض یا وام را پس داده و معامله را فسخ کند، معامله قطعی می‌شد و ضررهای زیادی به فروشنده وارد می‌شد. تا اینکه در سال ۱۳۱۰ با مشخص شدن این نوع سوءاستفاده رباخواران، قانون‌گذار از مجرای وضع ماده ۳۳ قانون ثبت به اصلاح این نوع معامله پرداخت. ماده ۳۳ قانون ثبت که در مقام بیان تقاضای ثبت است اعلام می‌دارد که حق تقاضای املاک موضوع معاملات با حق استرداد با انتقال دهنده است و اثر مملک بودن بیع شرط را از آن سلب نمود. اینجا بود که برای اولین بار اصطلاح «معاملات با حق استرداد» وارد دکتترین حقوقی ایران شد.

حال سؤال این است که معاملات با حق استرداد نوعی معامله مستقل به شمار می‌روند یا اینکه اصطلاح معاملات با حق استرداد صرفاً یک اصطلاح حقوقی است که شامل معاملات متعددی می‌شود؟ و اینکه این‌گونه معاملات صرفاً اختصاص به حقوق ایران دارد یا در قوانین کشور سوئیس نیز مورد توجه قانون‌گذاران این کشور قرار گرفته است؟ همچنین به دنبال این پرسش اصلی، باید دید این معاملات چه تفاوتی با بیع شرط دارند؟

۱- پیشینه پژوهش

برای پاسخ به سئوالات فوق، کتب و مقالات مختلف بررسی شد، اما هیچ تحقیق مستقلی که به بررسی این‌گونه معاملات و خصوصاً تطبیق قوانین ایران در این باب با قوانین موضوعه کشور سوئیس پرداخت باشد، مشاهده نشد. ازجمله تحقیقاتی که در این خصوص صورت گرفته است می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

مقاله «معاملات با حق استرداد در حقوق ایران» نوشته حکمت‌اله عسکری که در شماره ۴۴ فصلنامه علمی پژوهشی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران به چاپ رسیده است. همان‌گونه که در چکیده این مقاله عنوان شده است، مبانی، آثار و اجرای این‌گونه معاملات در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است. کتاب «معاملات با حق استرداد» نوشته ناهید السادات فاطمی قمشه که توسط انتشارات قانون یار در سال ۱۳۹۸ منتشر شده است. نویسنده این کتاب به ابعاد مختلف معاملات با حق استرداد ازجمله تعریف این‌گونه معاملات، اقسام معاملات وثیقه‌ای، معاملات شرطی، حق استرداد و قوانین موضوعه ایران در خصوص این‌گونه معاملات پرداخته است.

مقاله «بررسی معاملات با حق استرداد در نظام حقوقی ایران» نوشته ریحانه طاهری زاده که در نشریه فقه، حقوق و علوم جزا، سال پنجم شماره ۱۴ (زمستان ۹۸) منتشر شده است و به ماهیت این‌گونه معاملات و وضعیت آن‌ها در نظام حقوقی ایران پرداخته است.

مقاله «آثار معاملات با حق استرداد در حقوق ایران» نوشته محمد رضا امیدی و زیبا مرادی که در شماره ۲ تابستان ۹۹ در نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه منتشر شده است و بیشتر به آثار این‌گونه معاملات پرداخته است.

مقاله «بیع شرط - معاملات با حق استرداد» نوشته محبوبه مینا که در شماره ۲ بهار ۱۳۸۲ مجله رهنمون منتشر شده است. نویسنده در این مجله طی هفت گفتار که چهار گفتار را در شماره یک این مجله ابتدا به کلیات مباحث مربوط به بیع شرط و معاملات با حق استرداد و پیشینه آن در حقوق ایران پرداخته، در گفتار دوم به مباحث قلمروی بیع شرط از نظر نوع و مورد معامله پرداخته، در گفتار سوم شرایط صحت بیع شرط را بیان کرده است، در گفتار چهارم آثار بیع شرط به‌طور تطبیقی از دیدگاه حقوق اسلام، ایران، فرانسه و برخی کشورهای عربی و در گفتار پنجم تفاوت‌های معاملات با حق استرداد با عقد رهن را بیان کرده است و دو گفتار دیگر را در این شماره مجله به این ترتیب که در گفتار ششم اعمال و شیوه حق فسخ و استرداد از دیدگاه حقوق اسلام، ایران و فرانسه را بحث کرده است و نهایتاً در گفتار هفتم از اجرای سند رسمی سخن به میان آورده است.

مقاله «مقایسه عقد رهن با معاملات با حق استرداد» نوشته ریما امیر اقدم و حسن برجی که در شماره ۱۹ مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری منتشر شده است. نویسندگان ضمن بحث درباره عقد رهن و معاملات با حق استرداد به مقایسه این دو نمونه معامله پرداخته‌اند.

آثار دیگری نیز به جنبه‌های مختلف این گونه معاملات پرداخته‌اند و یا به صورت متفرقه به ابعادی از این معاملات اشاره نموده‌اند. اما هیچ تحقیقی به تطبیق قوانین ایران و سوئیس در خصوص معاملات با حق استرداد نپرداخته است.

همان گونه که اشاره شد در این پژوهش، معاملات با حق استرداد در حقوق ایران بررسی و با قوانین کشور سوئیس در این خصوص تطبیق داده شده است که تاکنون هیچ تحقیقی متعرض آن نشده است.

در این نوشتار، گردآوری مطالب به روش کتابخانه‌ای و با استفاده از روش تحلیل محتوا و تطبیقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت و نشان خواهیم داد که معامله با حق استرداد، نوعی معامله مستقل به شمار نمی‌رود، بلکه یک اصطلاح حقوقی است که شامل معاملات متعددی می‌شود. و نهایتاً با تطبیق قوانین ایران در این خصوص با قوانین کشور سوئیس مشخص خواهد شد که در قوانین این کشور نیز این گونه معاملات مورد توجه بوده و البته در مواردی نیز با مقررات ایران تفاوت‌هایی دارند. اما قبل از اینکه وارد مسئله اصلی پژوهش بشویم، لازم است بعضی از مفاهیم از جمله مفهوم «معامله» به عنوان یک مفهوم فقهی و حقوقی بررسی شود و اقسام آن نیز بیان گردد تا بتوان راحت‌تر وارد بحث معاملات با حق استرداد شد.

۲- معامله

همان گونه که گفته شد، معاملات یکی از ابواب فقه شیعی را به خود اختصاص داده است و ماده ۱۸۳ تا ۱۸۹ قانون مدنی ایران نیز که مبتنی بر فقه امامیه است، متعرض بیان اقسام عقود و معاملات شده است. معامله در قوانین و نوشته‌های حقوقدانان ما به عنوان واژه‌ای مترادف «عقد» و «قرارداد» به کار رفته است؛ برخی از حقوق‌دانان معتقدند که معامله «با عقد» مترادف است، با این تفاوت که معامله چهره و رنگ اقتصادی دارد و به همین دلیل اصطلاح معامله به عقود مالی و معوض اختصاص یافته است (رفیعی، ۱۳۵۸: ۵۴). بعضی دیگر بر آن اند که معامله در معنای اخص به هر نوع رابطه حقوقی که موضوعش امور مالی باشد، اطلاق می‌شود. مطابق این معنا، نکاح معامله نخواهد بود (شهیدی، ۱۴۰۱: ۲) البته حسب آنچه در ماده ۱۸۴ ق.م. آمده است («عقود» و «معاملات» به اقسام ذیل منقسم می‌شوند ...)

عقد و قرارداد دو کلمه مترادف‌اند و معامله نیز واژه‌ای است که مرادف «عقد» محسوب می‌شود و کلمه «معاملات» که عطف بر کلمه «عقود» شده، عطف بیان است و لذا مراد از «عقود»، همان «معاملات» است (رفیعی، ۱۳۵۸: ۵۴) در فقه و اصول «معامله» در برابر «عبادت» است. عبادت عملی است که محتاج به قصد قربت است؛ در نتیجه «معامله» عملی خواهد بود که موقوف به قصد قربت نباشد. معامله به این معنا شامل «عقود، ایقاعات و ضمانات» نیز می‌شود، که در این صورت معامله در فقه، معنایی وسیع‌تر از معامله در اصطلاح حقوقی پیدا می‌کند.

قبلاً هم در بیان مسئله گفتیم که محمدجواد عاملی معتقد بود که حکم شرعی اگر نیازمند قصد قربت است، عبادت نامیده می‌شود. اگر نیازمند قصد قربت نباشد، معامله نامیده می‌شود که معامله نیز اگر محتاج ایجاب و قبول باشد، عقود است و اگر تنها محتاج ایجاب باد، ایقاع نامیده می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۷: ۲۱).

بنابراین معامله یا عقد یا قرارداد، طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عبارت است از اینکه «یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها واقع شود». در اثر شکل‌گیری این قرارداد، یک رابطه حقوقی جدید ایجاد می‌شود که طرفین باید تعهداتی را در مقابل یکدیگر انجام دهند.

به هر صورت پرداختن به مفهوم معامله در تمام ابعاد آن باعث دوری از موضوع خواهد شد و باید توجه داشت که با توجه به مطالب یاد شده، مقصود ما از معامله در اینجا، عقد یا قراردادی است که برای دو طرف ایجاد تعهد کند و به‌طور عمده برای انتقال اموال و در نتیجه‌ی انتقال ملکیت منعقد شده و چهره اقتصادی داشته باشد.

۲-۱- انواع عقود و معاملات

عقود و قراردادها (معاملات)، انواع گسترده‌ای دارند و به اعتبارات مختلف می‌توان تقسیم‌بندی‌های متفاوت ارائه کرد. مطابق ماده ۱۸۴ قانون مدنی اقسام عقود و معاملات به این نحو بیان شده است:

«عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق».

ماده ۱۸۵ قانون مدنی در تعریف عقد لازم نظیر بیع مقرر می‌دارد: «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». منظور از موارد معینه مواردی است که در قانون معین شده است. غیر از موارد فسخ که در قانون معین شده طرفین راه دیگری نیز برای برهم زدن عقد لازم دارند و آن «اقاله» است، یعنی اینکه با توافق یکدیگر عقد را برهم بزنند.

طبق ماده ۱۸۶ قانون مدنی:

«عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند» مثل عقد وکالت که هر یک از وکیل و موکل هر وقت خواسته باشند می‌توانند آن را فسخ کنند. عقود جایز نه تنها به اراده متعاملین (طرفین) بلکه به فوت یا جنون یا سفه هر یک از طرفین منفسخ می‌شوند.

در مورد عقد خیاری ماده ۱۸۸ قانون مدنی مقرر داشته :

«عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آن‌ها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد». بنابراین عقد خیاری عقدی است که در آن شرط خیار وجود داشته باشد.

در مورد عقد منجز و عقد معلق نیز ماده ۱۸۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود». بنابراین در عقد منجز مقتضای عقد بلافاصله محقق می‌شود مثلاً مالکیت منتقل می‌گردد یا زوجیت محقق می‌شود ولی در عقد معلق مقتضای عقد بلافاصله به وجود نمی‌آید بلکه موکول به وقوع امر دیگری است مثل اینکه شخصی به دیگری بگوید: خانه‌ام را به تو فروختم به شرط اینکه در تهران ساکن گردی.

یکی از اقسام معاملات، معامله وثیقه‌ای است که به موجب آن شخصی (اعم از اینکه مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد، خواه آن عمل ردّ طلب باشد یا عمل دیگر و خواه آن طلب ناشی از قرارداد باشد یا نه. ماهیت پیدایش وثیقه، وجود دین است و اصل بر این است که وثیقه‌گذاری یا وثیقه قرار دادن در ضمن عقد صورت پذیرد و فرقی نمی‌کند که آن عقد، رهن باشد یا بیع شرط و یا حتی قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰۰ق.م.

اگر آن عقد، رهن باشد در خصوص اینکه آیا جزء عقود لازم محسوب می‌شود یا عقود جایز، ماده ۷۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی رهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد». همین‌طور طبق ماده ۷۸۸:

«به موت رهن یا مرتهن، رهن منفسخ نمی‌شود ولی در صورت فوت مرتهن، رهن می‌تواند تقاضا کند که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می‌شود داده شود».

اگر آن عقد، شرطی باشد، باید گفت ماهیت معاملات شرطی، ناشی از بیع با حق خیار برای متعاملین است و لذا جزء عقود لازم محسوب می‌شود. در قانون مدنی فصلی به بیع شرطی اختصاص داده شده و غالب معاملات شرطی تحت همین عنوان انجام

می‌گیرد و متبادر ذهن افراد از معاملات شرطی همانا بیع شرط می‌باشد که لازم است در وسیع این مقاله به ماهیت بیع شرط نیز پردازیم.

۲-۲- بیع شرط

با توجه به گستردگی انواع عقود و قراردادهای (معاملات)، نمونه بارز و مصداق کامل قراردادها و معاملات، عقد بیع است که از مهم‌ترین عقود معوض به شمار می‌رود.

بیع عرفاً به معنای خرید و فروش و داد و ستد است و در معنای فقهی، تعاریف متعددی برای بیع بیان شده است؛

شیخ انصاری در کتاب مکاسب ضمن بیان تعاریف فقها از بیع، می‌گوید:

«اولی و احسن در تعریف بیع این است که بیع انشای تملیک عین به مال (در مقابل مال) است» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۸۱). نکته‌ی درخور توجه آن که عنوان بیع، همان‌گونه که بر فعل بایع (یعنی انشاء تملیک در برابر عوض معلوم) اطلاق می‌شود، بر فعل مشتری (یعنی انشاء تملک آنچه فروشنده تملیک کرده) نیز اطلاق می‌گردد. همچنان که به معامله‌ی ترکیب یافته از دو فعل فروشنده و خریدار (یعنی انشاء تملیک و تملک «دادوستد») نیز بیع گفته می‌شود. مفهوم اخیر، موضوع بسیاری از احکام شرعی همچون حلیت، حرمت، صحت و فساد، واقع شده است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲: ۲۰۳ - ۲۱۰).

عقد بیع همچون دیگر عقود از دو انشاء؛ الف) انشاء تملیک کالا در برابر عوض معلوم و ب) انشاء تملک آن به عوض، تشکیل شده که اولی، ایجاب و دومی قبول نام دارد، تشکیل می‌شود.

قانون مدنی در تعریف بیع در ماده ۳۳۸ بیان کرده است:

«بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» و بلافاصله در ماده بعدی ابراز کرده است:

«پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد».

در قانون تعهدات سوئیس نیز که بخشی از مقاله به تطبیق قوانین این کشور در موضوع بحث اختصاص دارد، در عنوان ششم (در بیع و معاوضه) در ماده ۱۸۴ تعریف بیع را چنین مقرر داشته است:

«بیع عقدی است که به موجب آن بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری و نقل مالکیت آن به وی، در مقابل قیمتی که خریدار متعهد به پرداخت آن می‌شود، می‌گردد» (واحدی، ۱۳۹۸: ۶۳)

لازم به ذکر است که در قوانین سوئیس بیع اموال غیرمنقول صرفاً به وسیله سند رسمی امکان‌پذیر است، ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس اشعار می‌دارد:

«فروش اموال غیرمنقول اعتبار ندارد مگر اینکه به وسیله سند رسمی صورت گیرد». (همان)

مسئله‌ای که در قوانین ایران کمی متفاوت است و انجام آن به موجب سند عادی نیز پذیرفته شده است؛ در ماده ۱۲۸۶ ق.م.آ.م آمده است:

«سند بر دو نوع است: رسمی و عادی» و در ماده ۱۲۸۷ همین قانون در خصوص اسناد رسمی تصریح شده است که: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است» و نیز ماده ۱۲۸۹ اشعار می‌دارد: «غیر از اسناد مذکوره در ماده ۱۲۸۷ سایر اسناد عادی است».

همچنین ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی اعتبار خاصی به اسناد عادی داده است و در دو مورد آن‌ها را هم تراز اسناد رسمی قلمداد کرده است «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراثت و قائم‌مقام آنان معتبر است:

۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق نماید.

۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضا یا مهر کرده است».

بنابراین در قوانین ایران بیع به دو صورت رسمی و غیررسمی صورت می‌پذیرد و هر دو به رسمیت شناخته شده‌اند. در مقدمه گفتیم که شرط، امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می‌نمایند. فقها شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند:

شرط ابتدایی و شرط ضمن عقد. شرط ابتدایی تعهدی است که شخص با قصد انشاء یک‌طرفه علیه خود ایجاد می‌کند. (بهرامی، ۱۳۸۱: ۱۷۶) شرطی که یک طرف انشاء می‌کند، اگر توافق طرف مقابل را به همراه داشته باشد نوعی قرارداد و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود. اما اگر توافق طرف مقابل نباشد یک تعهد، یک‌طرفی و عنوان شرط ابتدایی و آثار آن را خواهد داشت. شرط ضمن عقد، شرط یا التزامی است که در عقد یا قرارداد به نفع یا ضرر طرفین یا شخص ثالث درج می‌شود. متعاقبین در ضمن عقد بیع می‌توانند، هر شرطی که برخلاف احکام شرعی و مقتضای عقد نباشد، شرط نمایند. به‌طور مثال یکی از شرایطی که می‌توان در عقد بیع شرط نمود این است که هرگاه بایع در مدت معینی تمام ثمن را به مشتری رد نماید، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد که به این معامله «بیع شرط یا بیع خیاری» می‌گویند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۲).

بنابراین می‌توان گفت، بیع شرط عبارت است از معامله‌ای که در آن برای فروشنده شرط می‌گردد که در صورت باز پس دادن بهای کالا به خریدار در مدتی معین، حق خیار خواهد داشت؛ مانند آنکه فروشنده خانه‌ی هزار تومانی را به دویست تومان بفروشد و با خریدار توافق کند چنانچه ظرف یک سال پس از معامله، بهای خانه را به وی برگرداند حق فسخ معامله را داشته باشد. (نجفی، ۱۳۶۲ ج ۲۳ صص ۳۶-۳۸).

مقررات بیع شرطی طی مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی تبیین گردیده است؛ ماده ۴۵۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «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 همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد در حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعضی نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن».

ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری میشود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع میگردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نماند و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است».

مطابق این مقررات، در بیع شرط به مجرد انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد شد. یعنی مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط اثر مملک دارد. در زمان وضع قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ عده‌ای سودجو با اطلاع از مقررات بیع شرطی شروع به سوءاستفاده از افرادی کردند که در اثر مشکلات مالی، در عسرت به سر می‌بردند و بجای ربا به این شیوه از دیگران بهره می‌بردند. در واقع آنان در قالب بیع شرط، معاملات ربوی انجام می‌دادند؛ مثلاً شخصی مبلغی را به‌عنوان قرض و وام به دیگری می‌داد و به‌طور صوری ملک وام‌گیرنده را خریده و در قرارداد شرط می‌کرد که اگر فروشنده، ثمن را ظرف مهلت معینی بپردازد، حق فسخ معامله را خواهد داشت. غالباً در این معاملات، ارزش پول قرضی یا وام در مقابل ملک، ناچیز بود و اگر فروشنده در مهلت معین نمی‌توانست قرض یا وام را پس داده و معامله را فسخ کند، معامله قطعی می‌شد و ضررهای زیادی به فروشنده وارد می‌شد. تا اینکه در سال ۱۳۱۰ با مشخص شدن این نوع سوءاستفاده رباخواران، قانون‌گذار از مجرای وضع ماده ۳۳ قانون ثبت به اصلاح این نوع معامله پرداخت. ماده ۳۳ قانون ثبت که در مقام بیان تقاضای ثبت است اعلام می‌دارد که حق تقاضای املاک موضوع معاملات با حق استرداد با انتقال دهنده است و اثر مملک بودن بیع شرط را از آن سلب نمود. اینجا بود که برای اولین بار اصطلاح «معاملات با حق استرداد» وارد دکتترین حقوقی ایران شد. حال باید دید که معاملات با حق استرداد نوعی معامله

مستقل به شمار می‌روند یا صرفاً یک اصطلاح حقوقی است که شامل معاملات متعددی می‌شود؟ و اینکه این گونه معاملات صرفاً اختصاص به حقوق ایران دارد یا در قوانین کشور سوئیس نیز مورد توجه قانون‌گذاران این کشور قرار گرفته است؟.

۳- معاملات با حق استرداد

قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ برای اولین بار اصطلاح معاملات با حق استرداد را به کار برد. در تعریف این نوع معاملات می‌توان گفت که معامله با حق استرداد، عقدی است تشریفاتی و لازم که به موجب آن یک طرف عقد در مقابل دریافت وجه مالی اعم از منقول یا غیرمنقول را برای مدت معینی وثیقه بازپرداخت آن قرار می‌دهد و با پرداخت دین (اعم از طلب و عنداللزوم خسارات تأخیر تأدیه) مورد وثیقه آزاد می‌گردد و در غیر این صورت و عدم انصراف طلبکار از استیفای مطالبات خود از محل وثیقه (اعراض) با تقاضا و صدور اجرائیه از طریق دفاتر اسناد رسمی عقد مذکور منتج به نقل می‌گردد خواه منتقل الیه طلبکار باشد یا غیر. معاملات با حق استرداد مطابق ماده ۹۱۲ قانون مدنی، لازم هستند و وجود شرط خیار یا حق استرداد نیز باعث توصیف این معاملات به عقد جایز نمی‌شود. به همین ترتیب فوت هیچ‌کدام از طرفین نیز در دوام عقد تأثیری ندارد. همان‌گونه که اشاره شد، معامله با حق استرداد معامله‌ای است که در آن، شخص مال خود را درازای یک عوض (مانند وجه نقد) به دیگری منتقل می‌کند و قرار گذاشته می‌شود که تا مدت مشخصی می‌توان عوض دریافت شده را برگرداند و مال فروخته شده را پس گرفت. بنابراین هر معامله‌ای که در آن شرط استرداد مورد معامله وجود داشته باشد اصطلاحاً معامله با حق استرداد است؛ مانند معاملات شرطی مندرج در مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون مدنی^۶ در این صورت معامله مذکور معامله با حق استرداد تلقی خواهد شد.

حقوق دانان ایران تعاریف مختلفی برای معاملات با حق استرداد بیان داشته‌اند؛ برخی معتقدند این معامله عقد مستقلی است که به موجب آن یکی از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می‌دهد و در مقابل مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی پذیرد که پس از انقضای مدت طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد بنابراین معامله با حق استرداد عقد واحدی است که از نظر تحلیل حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه است» (امامی، ۱۳۷۵: ص ۵۷۱).

طبق این تعریف معامله با حق استرداد از نظر تحلیلی مختلطی از عقد قرض و وثیقه است. پولی که پرداخت شده به مالکیت شخص دارای حق استرداد درمی‌آید و او متعهد است که مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید. در تعریف دیگری آمده است: «معامله با حق استرداد معامله‌ای است که به موجب آن شخص مال خود را در ازای پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب‌افتاده و زیان دیرکرد برای خود حفظ می‌کند معامله با حق استرداد که معامله شرطی نیز نامیده می‌شود عقد واحدی است که از نظر حقوقی دارای ارزش قرض و وثیقه است» (صفایی، ۱۳۸۶: ص ۴۳۵).

برخی دیگر از حقوق‌دانان در تعریفی بیان می‌دارد:

«هر عقدی که موضوع آن مال غیرمنقول بوده و به عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار قانونی بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین از محل وثیقه طلب خود را تأمین کند. چون در این معاملات اساساً نقل عین نمی‌شود (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.) لذا ذکر کلمه استرداد که موهم نقل مال است درست نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه‌ای غیرمنقول نهاد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: صص ۶۶۴-۶۶۵).

دکتر ناصر کاتوزیان معتقد است:

^۶ ماده ۴۵۸ قانون مدنی «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هر گاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هر گاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار تابع قرار داد متعاملین خواهد بود و هر گاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن»
 ماده ۴۵۹ قانون مدنی «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری میشود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل نماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع میگردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمائت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است».

«مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد، با رد عوض که دریافت کرده است، مال تملیک شده را استرداد کند، خواه صورت معامله بیع با شرط خیار باشد یا صلح و خواه امکان استرداد به وسیله شرط خیار باشد یا وکالت یا نذر» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۷۷)

مطابق این تعریف، معامله با حق استرداد یک عقد مستقلی در کنار سایر عقود نیست بلکه اصطلاحی است جهت معرفی آن دسته از معاملاتی که قانون ثبت اقدام به حذف برخی از آثار آن‌ها کرده است. پس این عقود معوضی و تملیکی نظیر بیع شرط یا صلح با حق استرداد، اصالت و ماهیت خود را به عنوان بیع یا صلح از دست نمی‌دهند.^۸ (ایلخانی پور و بهمن پوری، ۱۳۶۹)

به نظر می‌رسد معاملات با حق استرداد طبق تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت این تعریف و نگاه غیر استقلالی به معاملات با حق استرداد دقیق‌تر است.

بنابر آنچه در سامانه ملی قوانین و مقررات قوه قضائیه در خصوص معاملات با حق استرداد آمده 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 شرط خیار باشد یا وکالت (مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت) این معامله شامل اموال منقول نیز می‌شود (ماده ۳۴ ق. ت.) در حقوق کنونی ما بیع شرط از اقسام «معاملات با حق استرداد» است.^۹

برای مشخص شدن وضع این‌گونه معاملات در قوانین موضوعه ایران، ذیلاً ماده ۳۳ قانون ثبت را بازخوانی می‌کنیم: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به‌عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به‌عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان صلح یا بهر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده اعم از اینکه مدت خیار یا عمل بشرط و بطور کلی مدت حق استرداد مقتضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است مگر در موارد ذیل که اظهارنامه فقط از منتقل الیه پذیرفته میشود:

در صورتی که ملک قبل از تاریخ اجرای این قانون بموجب حکم نهایی بملکیت قطعی منتقل الیه محکوم شده باشد. در صورتی که پس از انقضاء مدت حق استرداد انتقال دهنده مالکیت قطعی (بدون حق استرداد) انتقال گیرنده را کتباً تصدیق کرده باشد.

در صورتی که در تاریخ اجرای قانون مصوب ۲۱ بهمن ۳۰۸ ملک مورد معامله در تصرف انتقال گیرنده بوده و لااقل پنج سال از انقضاء مدد حق استرداد تا تاریخ مزبور گذشته باشد مشروط بدو شرط ذیل:

الف- از انقضاء موعده حق استرداد تا تاریخ اجرای قانون بهمن ۳۰۸ از طرف انتقال دهنده قائم‌مقام قانونی او به‌وسیله عرض حال یا اظهارنامه رسمی اعتراض بملکیت انتقال گیرنده نشده باشد.

ب- در صورتیکه تا تاریخ تصویب این قانون (۲۸ دیماه ۱۳۱۲) حکم قطعی بر بی‌حقی انتقال گیرنده یا قائم‌مقام قانونی او صادر نشده باشد.

تبصره ۱- کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه بمعاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه بین متعاملین محصور بوده و یا برای تامین حق استرداد اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.

تبصره ۲- در مواردی که مطابق این ماده انتقال دهنده تقاضای ثبت می‌کند باید حق گیرنده را در تقاضا نامه خود قید نماید و این حق در ضمن اعلان با تصریح باسم طرف ذکر خواهد شد.

طبق مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۴ مکرر تا ماده ۴۰ قانون ثبت در معاملات با حق استرداد که شامل معاملات با شرط خیار یا به‌عنوان قطعی یا شرط نذر خارج یا به‌عنوان قطعی با شرط وکالت هم می‌شود، مالکیت انتقال دهنده نسبت به آنچه که به طریق مذکور

^۸ <https://iran5050.com/?p=2239>

انتقال داده است کماکان باقی است و این قبیل معاملات موجب نقل ملک نمی‌شود و لذا در خواست ثبت باید از ناحیه ی انتقال دهنده به عمل آید و به صراحت تبصره ی ۲ ماده ۳۳ قانون ثبت، انتقال دهنده در موقع در خواست ثبت باید حق انتقال گیرنده را در اظهارنامه قید نماید و در ضمن انتشار آگهی نوبتی نیز این حق به اسم طرف ذکر خواهد شد. بنابراین مطابق مواد قانونی فوق در حقوق ایران، صور احتمالی حق استرداد عبارت‌اند از:

۱- شرط خیار

۲- شرط نذر خارج^۹

۳- شرط وکالت^{۱۰}

۴- حق استرداد به‌طور کلی. البته این اسامی صور محصور حق استرداد نیستند. به‌عبارت‌دیگر، قانون، معاملات با حق استرداد را احصاء نموده است و تشخیص را به دادگاه واگذار کرده است (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۵۷۱) و این مطلب مستفاد از تبصره یکم ماده ۳۳ ق. ت است.

با توجه به اینکه قسم چهارم (حق استرداد به‌طور کلی) مورد بحث قرار گرفت و تا حدود زیادی روشن شد، به اختصار سه مورد دیگر (شرط خیار، شرط نذر خیار و شرط وکالت) را نیز مورد اشاره قرار خواهیم داد:

۱-۳- شرط خیار

در لغت به تعهدی که در ضمن قراردادی آمده، شرط گفته می‌شود. تعابیر اهل لغت در تعریف شرط، مشابه است؛ مثلاً در قاموس چنین آمده است: «متعهد ساختن و پذیرش تعهد در ضمن عقد بیع و مانند آن» (آبادی: ۳۶۸) همین تعبیر در کتب دیگر لغوی نیز تکرار شده است.

در جوامع فقهی، به ویژه در آثار قدما، مطلبی در باب تعریف شرط و ماهیت آن دیده نمی‌شود؛ آن چه هست مسائل و فروع مربوط به آن است. قدیمی‌ترین نص در تعریف شرط، سخن شهید اول است در القواعد و الفوائد که می‌فرماید: شرط در لغت به معنی علامت و نشانه است؛ و در عرف، آن چیزی است که تأثیر گذاری مؤثر بر وجود آن متوقف است نه وجود خود مؤثر. از ویژگی‌های آن، این است که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید؛ ولی از وجود آن، وجود مشروط حتمی نیست؛ مانند شرط طهارت برای نماز و سال برای زکات. (شهید اول: ۶۴)

به جهت رعایت اختصار از بحث در اقسام شرط صرف نظر می‌کنیم و مخاطب را به کتب مربوطه ارجاع می‌دهیم.

در فقه و قوانین ما یکی از اقسام شرط، شرط خیار است. و این اختیار به خیار شرط معروف است که عبارت است از: «اختیاری که در ضمن عقد برای یکی از متعاملین یا هردوی آنها یا شخص ثالث قرار داده می‌شود تا بتواند در مدت معینی معامله را فسخ نماید» (همان، ص ۴۸۶)

اگرچه ظاهر ماده ۳۹۹ ق. م خیار شرط را ویژه عقد بیع می‌داند، لکن مطابق ماده ۴۵۶ ق. م خیار شرط در تمامی عقود معاوضی لازم قابل درج است (ناصر کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵: ۱۶۱)

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

بنابراین منظور از معامله شرطی، عقدی است که مطابق با آن برای یکی از طرفین یا برای شخص ثالثی حق فسخ، شرط شود.

^۹ شرط نذر خیار این است که طرفین شرط، نذر کنند که هرگاه با بیع ثمن را داد، مبیع ملک او باشد.

^{۱۰} منظور از شرط وکالت این است که طرفین عقد یک عقد معوض و تملیکی شرط کنند که با بیع وکیل که در مدت معینی بتواند در مقابل پرداخت ثمن و مال الاجاره زمان گذشته مبیع را به خود انتقال دهد.

باید توجه کرد که در عقد بیع حق فسخ عموماً برای فروشنده شرط می‌شود و بدین صورت در قرارداد نوشته می‌شود که اگر فروشنده ظرف مدت مشخصی، ثمن (پول) معامله را به خریدار برگرداند، حق فسخ معامله و تملیک مجدد مبیع (مال مورد معامله) را دارا می‌باشد.

البته باید توجه داشت که در بیع شرط، فروشنده به محض انعقاد قرارداد مالک مال می‌شود اما در معامله با حق استرداد مالکیت تا اتمام دوره ی مشخص شده، اثر رهنی دارد و منتقل نمی‌شود.

۲-۳- شرط نذر خیار

در ماده ۳۳ قانون ثبت، همان‌گونه که اشاره شد، صحبت از انتقال املاکی شده که به صورت بیع قطعی با شرط نذر خارج، شده است ولی معنای آن در قانون ثبت نیامده است. برای روشن تر شدن بحث به این اصطلاح نیز اشاره می‌کنیم: شرط نذر خیار این است که طرفین شرط، نذر کنند که هرگاه با بیع ثمن را داد، مبیع ملک او باشد.

به عنوان مثال، علی زمینش را به احمد با مبلغ یکصد میلیون تومان می‌فروشد که احمد در ظرف یک ماه از تاریخ عقد باید تمام مبلغ را بدهد. در خارج از این معامله، علی نذر می‌کند که اگر فرزند بیمارش خوب شود، مبلغ یک میلیون تومان به احمد که خریدار زمین است، پرداخت کند. در همان نذر با احمد هم شرط می‌کند که اگر ظرف یک ماه تمام مبلغ را پرداخت نکند، ملک متعلق به او خواهد بود.

در این مثال ملک به صورت بیع قطعی انتقال داده شده است، اما در خارج از این بیع شرط نذر شده است و در این نذر حق استرداد مبیع شرط شده است.

۳-۳- شرط وکالت

در اینکه آیا طرفین عقد وکالت می‌توانند در خصوص عدم عزل و یا عدم استعفاء با یکدیگر تراضی نمایند و این توافق و تراضی چگونه باید انجام شود و در چه قالبی این تراضی به منصفی ظهور می‌رسد، در کتب فقهاء شیعه در صحبتی از این فرع به میان نیامده و تنها در کتاب تبصره المتعلمین مترجم و شارح آورده که: «بعضی گفته اند، اگر وکالت در ضمن عقد لازم باشد یا در عقد لازمی شرط کنند که موکل او را عزل نکند بلکه اگر شرط کنند موکل خود مسلوب الاختیار باشد، لازم می‌شود و الله العالم» (علامه حلی: ۴۴۲) اما در باب های دیگر همانند رهن و یا نکاح مطالبی در کتاب فقهاء شیعه دیده می‌شود. به عنوان مثال: در باب رهن از همان کتاب علامه آورده که «اگر در عقد رهن شرط وکالت مرتهن گردد تا زمانی که رهن زنده است، نمی‌تواند مرتهن را عزل نماید شارح می‌گوید جائز است در عقد رهن شرط کنند که چون مدت به سر آید و دین پرداخته نشود، طلبکار بتواند خود مال گروی را بفروشد و نباید بدهکار این شرط را مانند عقد وکالت شمارد و وکیل را عزل کند چون طلبکار راضی به رهن شد با شرط تسلط خویش بر فروش، بدون این شرط عقد رهن را منعقد نساخت. (همان: ۳۹۳)

بنابراین طرفین عقد وکالت میتوانند وکالت را ضمن عقد لازمی شرط نمایند و با قرار دادن وکالت در عقد لازم، حق فسخ از برای طرفین حسب مورد محدود می‌گردد و یابه اعتقاد برخی سلب می‌شود و توجیه چنین پیشامد و رخدادی را این می‌دانند که عقد جائز وکالت از عقد لازم کسب لزوم می‌کند و تا هنگامی که عقد اصلی پا برجاست شرط تبعی آن نیز بر دوام و برقرار است. (خیراللهی و مهدوی: ۶۷)

به هر صورت، در بیع خیار، وضع مالکیت مبیع، 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 دوباره تملک کند. وضع متزلزل مبیع ممکن است این تردید را به وجود آورد که ملکیت نیز پس از انقضای خیار منتقل می‌شود که ثمره آن این است که منفعت و یا تلف مبیع در مدت

خیار متوجه فروشنده خواهد بود. قانون مدنی برای رفع همین تردید مقرر داشته است که: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض، شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». (ماده ۳۶۴ ق.م.) بنابراین در بیع شرط مدنی به مجرد انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد شد. یعنی مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط اثر مملک دارد. در قوانین سوئیس اما وضع متفاوت است؛ در بند ۲ ماده ۱۵۱ قانون تعهدات سوئیس «اگر طرفین اعلام اراده خلاف این امر^{۱۱} را نکرده باشند، آثار قرارداد مشروط، از روز تحقق شرط ظاهر می‌شود» (واحدی، ۱۳۹۸: ۵۳)

۵- تطبیق معاملات با حق استرداد در قوانین ایران و سوئیس

۱-۵- معاملات با حق استرداد در قوانین ایران

گفته شد که مقررات بیع شرطی طی مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی تبیین گردیده است. در زمان وضع قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ عده‌ای سودجو با اطلاع از مقررات بیع شرطی شروع به سوءاستفاده از افرادی که در اثر مشکلات مالی، در عسرت به سر می‌بردند بجای ربا بدینگونه از دیگران بهره می‌بردند تا اینکه در سال ۱۳۱۰ قانون‌گذار از مجرای وضع ماده ۳۳ قانون ثبت به اصلاح این نوع معامله پرداخت.

در قوانین ایران در بیع شرط به مجرد انعقاد عقد بیع، مشتری مالک مبیع خواهد شد. یعنی مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط اثر مملک دارد.

پاره ای از سودجویان از تبعات و اثرات این نوع معامله به نفع خود استفاده کرده و در قالب بیع شرط معاملات ربوی انجام می‌دادند.

ماده ۳۳ قانون ثبت اشعار می‌دارد: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به‌عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به‌عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان صلح یا بهر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده اعم از اینکه مدت خیار یا عمل بشرط و بطور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف گیرنده حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است مگر در موارد ذیل که اظهارنامه فقط از منتقل الیه پذیرفته میشود:

در صورتی که ملک قبل از تاریخ اجرای این قانون بموجب حکم نهایی بملکیت قطعی منتقل الیه محکوم شده باشد. در صورتیکه پس از انقضاء مدت حق استرداد انتقال دهنده مالکیت قطعی (بدون حق استرداد) انتقال گیرنده را کتبا تصدیق کرده باشد.

در صورتی که در تاریخ اجرای قانون مصوب ۲۱ بهمن ۳۰۸ ملک مورد معامله در تصرف گیرنده بوده و لااقل پنج سال از انقضاء موعده حق استرداد تا تاریخ مزبور گذشته باشد مشروط به دو شرط ذیل:

الف - از انقضاء موعده حق استرداد تا تاریخ اجرای قانون بهمن ۳۰۸ از طرف انتقال دهنده قائم‌مقام قانونی او به‌وسیله عرض حال یا اظهارنامه رسمی اعتراض به مالکیت انتقال گیرنده نشده باشد.

ب - در صورتی که تا تاریخ تصویب این قانون (۲۸ دیماه ۱۳۱۲) حکم قطعی بر بی حقی انتقال گیرنده یا قائم‌مقام قانونی او صادر نشده باشد.

^{۱۱} شرطی که در قرارداد وضع شده است.

تبصره ۱ - کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجع به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه بین متعاملین محصور بوده و یا برای تامین حق استرداد اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.

تبصره ۲ - در مواردی که مطابق این ماده انتقال دهنده تقاضای ثبت می‌کند باید حق گیرنده را در تقاضانامه خود قید نماید و این حق در ضمن اعلان با تصریح به اسم طرف ذکر خواهد شد.

اما بعد از وضع این ماده ۳۳ قانون گذار برای انتقال گیرنده (مثل خریدار) مالکیتی قائل نشد و به دیگر سخن مورد معامله را وثیقه طلب تلقی کرد.

فی الواقع قانون گذار در ماده ۳۳ قانون ثبت دست به نوآوری زد، به این معنا که اثر مملک بودن بیع شرط را از آن سلب نمود و بدین ترتیب ماده ۳۳ قانون ثبت که در مقام بیان تقاضای ثبت است اعلام می‌دارد که حق تقاضای املاک موضوع معاملات با حق استرداد با انتقال دهنده است.

به هرحال قانون گذار در سال ۱۳۸۶ به اصلاح این قانون پرداخت که در ابتکار و نوآوری جدید؛ یعنی به موجب قانون جدید اگر فروشنده نتواند در سررسید مقرر، دیونش را به خریدار پرداخت نماید، خریدار بیع شرطی می‌بایست به دفتر تنظیم کننده سند مراجعه کرده و درخواست صدور اجرائیه نماید و پس از ابلاغ اجرائیه و انقضای مهلت های قانونی و پس از آنکه فروشنده باز هم نتوانست یا نخواست نسبت به پرداخت دیون اقدام کند، ملک توسط اجرای اسناد فروخته خواهد شد و طلب خریدار به وی پرداخت و الباقی به فروشنده تسلیم خواهد گردید.

در ماده اصلاحی فوق ملاحظه می‌شود صریحاً ذکر از رهن مکرر نشده لیکن رهن مکرر نیاز به تجویز قانون گذار ندارد و مباح بودن آن از اصول کلی استنباط می‌شود و فسخ ماده ۳۴ سابق تنها تأکید بر آن را به عنوان حکمی زاید از بین برده و دلیل بر منع قانون گذار نمی‌تواند باشد کما اینکه در تبصره ۲ ماده اصلاحی مذکور بازداشت مورد رهن تخصیص به ذکر و تعبیر از اراده قانون گذار شده است بنابراین تردیدی در امکان رهن مکرر مازاد وثیقه وجود ندارد و اذن مرتهن نیز در نفوذ چنین معامله‌ای موثر نیست.

بنابراین ماده ۴۵۹ قانون مدنی، اراده خریدار و فروشنده را حاکم بر عقد می‌داند و مقرر می‌دارد 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 می‌گردد. ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اثر معامله با حق استرداد را در زمره معاملات رهنی قرار داد. به موجب این ماده، در معاملات شرطی نیز، مانند معامله رهنی، خریدار تنها طلبکار فروشنده محسوب می‌شود و می‌تواند برای وصول طلب خود و زیان دیر کرد در خواست صدور اجرائیه و فروش مبیع شرطی را بکند. با این وصف، دیگر بیع شرط یا خیاری باعث انتقال مالکیت مبیع به خریدار نمی‌شود و نهاد حقوقی ویژه ای است که باید جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

۲-۵- معاملات با حق استرداد در قوانین سوئیس

در بند ۲ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس به حق استرداد اشاره شده است: «حق استرداد تا حدودی که دریافت کننده غیر طلبکار بتواند، در مالکیت نداشتن آن را در زمان استرداد ثابت کند، قابل اعمال نیست مگر اینکه دریافت کننده، مال یا وجه ماخوذه را با سوء نیت از دارائی خود خارج کرده باشد و یا اینکه در موقع اخراج آن از دارائی خود با توجه به مقتضیات، باید می دانسته که ممکن است استرداد آن مطرح شود». (واحدی، ۱۳۹۸: ۲۹)

در قانون تعهدات سوئیس معاملات شرطی به رسمیت شناخته شده است البته ثبت این گونه معاملات در دفتر املاک منوط به تحقق شرط است و این در ماده ۲۱۷ انعکاس یافته است «معاملات شرطی نسبت به اموال غیرمنقول در دفتر املاک ثبت نمی‌شوند مگر پس از تحقق شرط». (واحدی، ۱۳۹۸: ۶۳) در حالی که در قوانین ایران وضع متفاوت است؛ اشاره کردیم که در

ماده ۳۳ قانون ثبت نسبت به معاملات شرطی و با حق استرداد حق تقاضای ثبت از سوی منتقل‌الیه حتی قبل از تحقق شرط به رسمیت شناخته شده است. (ماده ۳۳ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰)

همان‌گونه که قبلاً هم اشاره شد معاملات شرطی در قوانین ایران به دو طریق رسمی و عادی انجام می‌شوند و قانون‌گذار هر دو روش را به رسمیت شناخته است. اما در قوانین سوئیس معاملات شرطی صرفاً به وسیله سند رسمی انجام می‌شوند. در همین خصوص بند دوم ماده ۲۱۶ اشعار می‌دارد: «تعهد به فروش، قرارداد شفعه و قرارداد فروش غیرمنقول با حق بازخرید، فقط در صورتی اعتبار دارنده با سند رسمی انجام پذیرند». (همان)

با نگاه به قوانین ایران و سوئیس متوجه نکته‌ای خواهیم شد و آن اینکه ثمره و یا تلف مال در معاملات شرطی متوجه خریدار است یا متوجه فروشنده؛ طبق ماده ۴۵۹ اگر جنس فروخته شده منفعت و حاصلی داشته باشد تا زمان فسخ از آن خریدار است و در صورت تلف نیز از مال خریدار تلف شده است. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۳ صص ۳۶-۳۹) اما مطابق ماده ۱۵۳ قانون تعهدات سوئیس، منافع حاصله در فاصله تسلیم و تحقق شرط برای طلبکار (خریدار) است و در صورت عدم تحقق شرط باید آن را رد نماید. (همان) این قانون همچنین تصریح می‌کند:

«۱- طلبکاری که قبل از تحقق شرط، موضوع تعهد تحویل او شده، می‌تواند پس از تحقق شرط، منافع حاصله در فاصله تحویل و تحقق شرط را برای خود نگه دارد.

۲- اگر تحقق شرط منتفی شود، طلبکار (خریدار) ملزم به رد منافع حاصله است» (همان) این مطلب در بند ۳ ماده ۱۸۵ قانون مذکور سوئیس نیز تصریح شده است:

«در قراردادهایی که با شرط تعلیقی منعقد می‌شوند، منافع و خطرها، فقط از تاریخ تحقق شرط، به خریدار منتقل می‌شوند» (واحدی، ۱۳۹۸، ۶۳)

۶- نتیجه‌گیری

یکی از ابواب فقه شیعی باب معاملات است؛ یکی از اقسام معاملات، معاملات وثیقه‌ای است. هر معامله‌ای که به موجب آن شخصی (اعم از اینکه مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد، خواه آن عمل رد طلب باشد یا عمل دیگر و خواه آن طلب ناشی از قرارداد باشد یا نه. در قوانین ایران معاملات وثیقه‌ای، معاملات شرطی و رهنی و معاملات با حق استرداد نام گرفته است، به عبارت دیگر معاملات وثیقه‌ای شامل معاملات شرطی، رهنی و معاملات با حق استرداد می‌شود.

مقررات بیع شرطی طی مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی ایران تبیین گردیده است. در زمان وضع قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ عده‌ای سودجو با اطلاع از مقررات بیع شرطی شروع به سوءاستفاده از افرادی کردند که در اثر مشکلات مالی، در عسرت به سر می‌بردند و در عمل در پوشش این‌گونه مقررات، معاملات ربوی که قبح عرفی و شرعی آن بر همگان مشخص بود، انجام می‌دادند، تا اینکه در سال ۱۳۱۰ با عیان شدن هجوم سودگران رباخوار قانون‌گذار از مجرای وضع ماده ۳۳ قانون ثبت به اصلاح این نوع معامله پرداخت.

قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ برای اولین بار اصطلاح معاملات با حق استرداد را به کار برد. 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 شرط خیار باشد یا وکالت یا نذر.

مطابق این تعریف، معامله با حق استرداد یک عقد مستقلى در کنار ساير عقود نيست بلکه اصطلاحى است جهت معرفى آن دسته از معاملاتى كه قانون ثبت اقدام به حذف برخى از آثار آن‌ها كرده است. مطابق ماده ۳۳ ق. ت ايران، صور احتمالى حق استرداد عبارت‌اند از :

۱- شرط خيار

۲- شرط نذر خيار

۳- شرط وكالت

۴- حق استرداد به‌طور كلى.

البته اين اسامى صور محصور حق استرداد نيستند. به عبارت ديگر، قانون‌گذار، معاملات با حق استرداد را احصاء نكرده است و تشخيص را به دادگاه واگذار كرده است .

معاملات با حق استرداد با عناوين مختلف نظير معاملات شرطى در قوانين کشور سوئيس نيز بازتاب يافته است؛ معاملات شرطى در قوانين ايران به دو طريق رسمى و عادى انجام مى‌شوند و قانون‌گذار هر دو روش را به رسميت شناخته است. اما در قوانين سوئيس معاملات شرطى صرفاً به وسيله سند رسمى انجام مى‌شوند. البته ثبت اين گونه معاملات در دفتر املاک منوط به تحقق شرط است. درحالى‌که در قوانين ايران وضع متفاوت است؛ در ماده ۳۳ قانون ثبت نسبت به معاملات شرطى و با حق استرداد حق تقاضاى ثبت از سوي منتقل اليه حتى قبل از تحقق شرط به رسميت شناخته شده است.

مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنى بيع شرط اثر مملک دارد. در قوانين سوئيس اما وضع متفاوت است؛ در بند ۲ ماده ۱۵۱ قانون تعهدات اين کشور آثار قرارداد مشروط، از روز تحقق شرط ظاهر مى‌شود.

با نگاه به قوانين ايران و سوئيس متوجه نکته‌اى خواهيم شد و آن اينکه ثمره و يا تلف مال در معاملات شرطى طبق ماده ۴۵۹ قانون مدنى ايران تا زمان فسخ از آن خريدار است و در صورت تلف نيز از مال خريدار تلف شده است. اما مطابق ماده ۱۵۳ و بند ۳ ماده ۱۸۵ قانون تعهدات سوئيس، منافع حاصله در فاصله تسليم و تحقق شرط براى طلبکار است و در صورت عدم تحقق شرط بايد آن را رد کند. اين مطلب در بند ۳ ماده ۱۸۵ قانون مذکور نيز تصريح شده است .

منابع

- ۱- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۰ق)، جواهر الکلام، ج ۲۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲- جهانگیر، منصور (۱۳۹۵)، قانون مدنی با توضیحات و معانی و اصطلاحات، تهران: نشر دیدار.
- ۳- ابوالحسنی، سمانه (۱۳۹۷)، قانون ثبت اسناد و املاک و قانون دفاتر اسناد رسمی به همراه آیین نامه اجرائی، تهران: الاقلم.
- ۴- ناصر زاده، هوشنگ (۱۳۸۷)، قانون آیین دادرسی مدنیو ملحقات و ترمیمات آن، تهران: خورشید.
- ۵- شهید اول (بی تا)، محمد بن مکی، **القوائد والفوائد**، ج ۱، قم: مکتبه المفید.
- ۶- عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹)، **مفتاح الکرامه**، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- ۷- فاضل مقداد (۱۴۰۴)، **التنقیح الرائع**، جلد ۱، قم: کتابخانه ایت الله مرعشی.
- ۸- فاطمی قمشه، ناهید السادات (۱۳۹۸)، **معاملات با حق استرداد**، تهران: انتشارات قانون یار.
- ۹- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم (۱۴۰۳)، **الکافی فی الفقه**، ترجمه: رضا استادی، اصفهان: کتابخانه امیرالمومنین ع.
- ۱۱- محقق حلی (۱۴۰۹) **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**، ج ۱ و ۲ و ۳ و ۴، تهران: انتشارات استقلال.
- ۱۲- نجفی خوانساری، موسی (۱۴۱۸)، **منیة الطالب**، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- ۱۳- نجفی محمدحسن (۱۳۹۶)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ج ۲۲ و ۲۳، بیروت.
- ۱۴- واحدی، جواد (۱۳۷۸) **قانون تعهدات سوئیس**، تهران.
- ۱۵- ایلخانی پور، فرشته و بهمن پوری، عبدالله (۱۳۹۶)، جایگاه بیع شرط و معاملات با حق استرداد با رویکرد به قانون مدنی و قانون ثبت، کنفرانس جهانی روانشناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی در آغاز هزاره سوم.
- ۱۶- بهرامی، حمید (۱۳۸۱) **کلیات عقود و قراردادها**، تهران: نشر میزان.
- ۱۷- علامه حلی، ابی منصور بن یوسف بن المطهر الاسدی (۱۴۱۸)، **قواعد الاحکام**، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۸- خیراللهی، محمدعلی و مهدوی، حمیدرضا (۱۳۸۹)، **وکالت بلاعزل و تشخیص نوع شرط وکالت وکیل یا عدم عزل ضمن عقد لازم**، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۲.
- ۱۹- رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۷)، **مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین المللی**، قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان.
- ۲۰- اسلامی، رضا (۱۳۸۴)، **مدخل علم فقه**، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- ۲۱- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- ۲۲- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: چاپ اسلامی.
- ۲۳- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰)، **المکاسب**، تحقیق: محمد کلانتر، ج ۱، قم: دارالکتب.
- ۲۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹)، **تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه**، تهران: کانون معرفت.
- ۲۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **دانشنامه حقوقی**، ج ۵، چاپ دوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.

- ۲۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸) **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، تهران: کتابخانه گنج ودانش.
- ۲۷- شهری، غلامرضا (۱۳۷۲) **حقوق ثبت**، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ سوم، قم: چاپ و نشر بین الملل.
- ۲۸- شهیدی، مهدی، **آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ دهم، تهران: مجد، چاپ دهم.
- ۲۹- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۶)، **مجموعه مقالات درباره حقوق مدنی تطبیقی**، تهران: انتشارات میزان.
- ۳۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴) **حقوق مدنی**، دوره عقود معین، ج ۳، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴ ش.
- ۳۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی**، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران: انتشارات بهنشر.
- ۳۲- فیروزآبادی، محمدبن یعقوب (۱۴۱۵)، **القاموس المحيط**، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.

