
معاملات با حق استرداد در حقوق ایران

حکمت‌الله عسکری*

چکیده

اصطلاح معاملات با حق استرداد را قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ در خصوص معاملاتی نظیر بیع شرط که از آنها سوءاستفاده شده است ابداع کرده و اثر تملیکی را از این‌گونه معاملات سلب نموده است. قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد مقررات مفصلی طی مواد ۳۳ تا ۳۹ وضع نموده است؛ با وجود اهمیت این موضوع از لحاظ حقوق ثبت و حقوق مدنی، تاکنون بحث مفصلی در مورد آن صورت نگرفته است. در این مقاله پس از ارائه تعریفی از این‌گونه معاملات، مبانی، آثار و اجرای آنها به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

واژگان کلیدی :

معاملات با حق استرداد، عقود تملیکی، عقود معوض، بیع شرط و اجرایه.

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

۱- مقدمه

۱-۱- معرفی بحث

نظر به اینکه در طول تاریخ از بیع شرط سوءاستفاده‌هایی شده است، در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت این بیع به همراه یک سری معاملات دیگر تحت عنوان «معاملات با حق استرداد» توصیف و مشمول مقررات خاصی در این قانون قرار گرفته‌اند. از آنجایی که در عمل استفاده از این معاملات بسیار شایع می‌باشد و جای یک متن حقوقی در این زمینه در ادبیات حقوقی ما خالی است این مقاله می‌تواند مقدمه‌ای برای نوشته‌های بعدی باشد.

در مقاله پیش رو، تلاش می‌شود این معاملات تعریف شده، آثار آنها و مبانی حقوقی و فقهی اقدام قانونگذار در قانون ثبت و نیز تاریخچه این مقررات بررسی شوند.

۱-۲- سوءاستفاده از بیع شرط و معاملات مشابه

در حقوق اسلام ربا حرام و قرارداد راجع به آن باطل است.^۱ از طرف دیگر هرگاه در عقد رهن شرط شود که اگر مدیون در موعد مقرر دین خود را نپردازد، رهنه به صورت شرط نتیجه به ملکیت مرتهن در بیاید، چنین شرطی نیز باطل است.^۲

۱. شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، منشورات جامعة النجف الدینیة، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۳۸ به بعد.

۲. «...ولو شرط كون الرهن مبیعا مع تعذر الاداء بعد الحلول بطلا...». قواعد علامه حلی به نقل از: عاملی، سید محمد جواد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دار التراث، بیروت، ج ۱۱، ص ۳۲۴؛ همچنین از مبسوط و ظاهر سرائر و صریح مسالک و مجمع البرهان نقل اجماع بر بطلان چنین شرطی

در یک قرارداد وام، مصلحت وام‌دهنده در این است که هم سود وام خود را بگیرد و هم اینکه وثیقه‌ای داشته باشد تا در صورت عدم وصول طلب خود، بدون در دسر وثیقه مذکور به تملک او درآید.

با بطلان شرط تملک رهنه در پایان مدت رهن و بطلان شرط ربح، تأمین این مصلحت وام‌دهنده از طریق قرارداد وام و وثیقه غیرممکن است. استفاده از بیع شرط به وام‌دهنده امکان استفاده از هر دو هدف را می‌دهد:

وام‌دهنده، خانه وام‌گیرنده را به‌عنوان مبیع (ولی فی الواقع جهت توثیق طلب) می‌خرد، ثمن این بیع همان وامی است که می‌خواهد به وام‌گیرنده بپردازد. مطابق نظر مشهور فقها در بیع شرط، مالکیت مبیع به محض انعقاد عقد بیع، به خریدار منتقل می‌شود و اثر خیار صرفاً تزلزل در مالکیت است، زیرا صاحب خیار می‌تواند مالکیت تحقق یافته را به‌هم زند^۳. از این اثر عقد بیع، به جای تملک رهنه در عقد رهن استفاده می‌شود؛ به‌علاوه اینکه استفاده از بیع شرط در این خصوص این مزیت و امتیاز را نیز نسبت به عقد رهن دارد که در بیع شرط به محض تحقق عقد بیع، مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود، در حالی که در عقد رهن با شرط تملک رهنه (بر فرض صحت شرط)، رهنه پس از انقضای اجل دین و نپرداختن دین منتقل می‌شود.

از طرف دیگر، نظر به انتقال مالکیت مبیع به خریدار، منافع نیز به تبع آن به مالکیت خریدار درمی‌آید. بنابراین وام‌دهنده که بدین ترتیب نقش خریدار را در بیع شرط دارد، مالک مبیع می‌شود و همین مبیع را به اجاره وام‌گیرنده

شده است. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، چاپ دارالکتب الاسلامیه، تهران، بازار سلطانی، ۱۳۹۴ هـ.ق، ج ۲۵، ص ۲۲۶.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ ششم، ص ۱۶۰؛ وکیف کان فالاقوی هوالمشهوره، همان، ص ۱۶.

می‌دهد، در این عقد اجاره، اجاره بها با توجه به ربح وام مذکور در بازار تعیین می‌شود.

برای مثال، وام‌دهنده خانه وام‌گیرنده را به مبلغ ده میلیون تومان می‌خرد و آن را به وام‌گیرنده به ازای ماهی چهارصد هزار تومان اجاره می‌دهد. می‌بینیم که مال‌الاجاره فی‌الواقع همان ربح و سودی است که وام‌دهنده از دادن وام خود، تعقیب می‌کرد و بدین وسیله از یک وسیله مشروع به یک هدف نامشروع نائل می‌آید.

۳-۱- تاریخچه مقابله با این سوءاستفاده

الف) غازان‌خان به تأثیر از فقه عامه فرمانی مبنی بر منع ربا صادر کرد.^۴
ب) ناصرالدین شاه نیز فرمانی جهت جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط صادر کرد.^۵

ج) ماده ۴۶۳ قانون مدنی برای جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط چنین مقرر داشته است: «اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن، مجری نخواهد بود».

د) قانون ثبت: برای اولین بار با تصویب ماده ۲ متمم قانون ثبت مصوب ششم دی ماه ۱۳۰۷ قانونگذار اقدام به سلب اثر تملیکی از بیع شرط و سایر معاملات مشابه نمود. بعداً در سال ۱۳۱۰، اصطلاح «معاملات با حق استرداد» تأسیس شد که در سال‌های ۱۳۱۲، ۱۳۲۰ و ۱۳۵۱ اصلاحاتی در قانون ثبت داده شد.

۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، تاریخ حقوق ایران، چاپ کانون معرفت، ص ۲۸۷.

۵. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۶۷.

۲- تعریف و ماهیت معاملات با حق استرداد

بهترین تعریفی که برای این اصطلاح ارائه شده، از آقای دکتر ناصر کاتوزیان است:

«مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال‌دهنده 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»^۶.

منظور این است که هرگاه در عقدی که برحسب قانون مدنی و فقه امامیه تملیکی و معوض است، مثل بیع شرط، انتقال‌دهنده حق استرداد مال انتقال داده شده را داشته باشد، این معامله موضوع حکم قانونگذار در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بوده و در زمره معاملات با حق استرداد محسوب می‌شود.

بیع شرط بر حسب قانون مدنی یک معامله تملیکی و معوض است که در آن با بیع حق دارد با رد ثمن، مبیع را مسترد دارد؛ لیکن چون مشمول ماده ۳۴ قانون ثبت قرار می‌گیرد برخی خصوصیات خود نظیر تملیکی بودن را از دست می‌دهد.

منظور از بیع با شرط وکالت در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت نیز، این است که در عقد بیع، شرط شود که با بیع وکیل خریدار باشد یا در مدت معینی بتواند با رد ثمن، مبیع را به خود منتقل کند.

منظور از شرط نذر خارج نیز این است که طرفین عقد بیع شرط نذر می‌کنند که هرگاه با بیع ثمن را رد کرد، مبیع ملک او باشد. در خصوص

۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۷۷.

مصادیق تعریف معاملات با حق استرداد، با توجه به تعریف منتخب، اشاره به دو نکته ضروری است:

الف) ماده ۳۴ بیانگر یک اماره مطلق است. هر معامله تملیکی و معوضی که شرط حق استرداد به هر عنوانی اعم از خیار شرط، شرط وکالت و یا شرط نذر خارج و یا هر شرط نامعین دیگری در آن درج شده باشد، معامله با حق استرداد محسوب می‌شود و خلاف آن نیز غیرقابل اثبات است.^۷ تبصره اول ماده ۳۳ نیز بیانگر همین اماره است.

ب) مواد ۳۳ و ۳۴ شامل هر 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.

۳- اوصاف حقوقی معاملات با حق استرداد

الف) معاملات با حق استرداد مطابق ماده ۲۱۹ 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.

ب) معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند.

۷. کاتوزیان، همان. البته آقای دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی این اماره را از مواد ۳۳ و ۳۴ استنباط نمی‌کند و بیع شرط را به دو قسم تقسیم می‌کند: یکی بیع شرط مشمول ماده ۳۴ و دیگری بیع شرط مشمول قانون مدنی. رک. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۲۹۵، شرح ماده ۴۵۸.

هرچند که معاملات با حق استرداد، برحسب طبیعت اولیه خود تملیکی هستند، لیکن بنا به مقررات وضع شده در مواد ۳۳ و ۳۴، اثر تملیکی از این معاملات سلب شده و بنابراین خریدار مالک میباید شود. در ماده ۳۴، خریدار به عنوان بدهکار و فروشنده به عنوان طلبکار مطرح گردیده، ثمن طلب و میباید وثیقه طلب مذکور قرار داده شده است.

در این ماده، فروشنده به عنوان طلبکار فقط حق مطالبه طلب (ثمن) خود را دارد و اگر طلب او با شرایط ماده ۳۴ وصول نشود، وثیقه فروخته شده و طلب وی از محل فروش برداشت می‌شود؛ از این جهت معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند.

ج) تفاوت معاملات با حق استرداد با عقد رهن: همان‌طور که گفته شد معاملات با حق استرداد، بر حسب طبیعت خود معوض و تملیکی هستند، لیکن عقد رهن بر حسب طبیعت خود یک عقد وثیقه‌ای است و مع‌ذکب به-طوری که در قسمت قبلی گفته شد، ماده ۳۴، احکام عقد رهن را بر بیع شرط و معاملات مشابه (معاملات با حق استرداد) بار کرده است پرسش این است که چه تفاوتی بین رهن و معاملات با حق استرداد وجود دارد؟

این تفاوت‌ها بدین شرح هستند:

۱- منافع مال در عقد رهن متعلق به راهن (بدهکار) (ماده ۸۷۶ ق.م.) است، ولی در معاملات با حق استرداد این منافع به طلبکار تعلق دارد. در ماده ۳۴ برای وصول اصل طلب و اجور و ... صدور اجراییه پیش‌بینی شده است؛ 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.

۲- در عقد رهن قبض شرط صحت است (ماده ۷۷۲ ق.م.ا)، لیکن چون معاملات با حق استرداد بر حسب طبیعت خود معوض و تملیکی هستند، قبض در آنها شرط صحت نیست.^۸

۴- اعتبار مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت

شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۸۹۸-۱۹/۹/۱۳۶۴ خود، در خصوص سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد اظهار نظر کرده و مقررات مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ را از این حیث مغایر موازین شرعی اعلام داشته است.^۹ اینک پرسش این است که آیا با وجود این نظریه مقررات مذکور همچنان معتبر هستند یا خیر؟ و نیز پرسش دیگر این است که صرف نظر از امکان نسخ قانون توسط شورای نگهبان یا عدم امکان آن، اساساً چه مبانی حقوقی یا فقهی می‌تواند اقدام قانونگذار را در مواد ۳۳ و ۳۴ توجیه کند؟ در ذیل به ترتیب به این دو پرسش به‌طور مختصر پاسخ داده می‌شود، بدیهی است بحث در این خصوص مستلزم مقاله مفصل و مستقلی است.

۱-۴- پاسخ پرسش اول

در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد، برخی به استناد اصل ۴ قانون اساسی قائل به نسخ مواد ۳۳ و ۳۴ از این جهت هستند^{۱۰} و گروهی نیز نظریه

۸. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، انتشارات بهنشر، چاپ اول، تیرماه ۱۳۶۴، ص ۵۹۹.

۹. مجموعه تفسیح شده قوانین و مقررات حقوقی، تألیف غلامرضا شهری، ۱۳۸۵، ص ۱۵۴۹.

۱۰. مهرپور، دکتر حسین، مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶ و ۱۴۷، بهار و تابستان ۱۳۶۸، صص ۳۱-۱۷.

شورای نگهبان را در خصوص قوانین موجود یعنی قوانینی که قبل از این‌گونه اظهارنظرها تصویب شده‌اند بلااثر می‌دانند^{۱۱}.

به نظر می‌رسد نظر اخیر صحیح‌تر باشد، شورای نگهبان چون واضح قانون نیست، ناسخ قانون نیز نمی‌تواند باشد. به علاوه وظایف شورای نگهبان در اصول ۹۱ به بعد قانون اساسی مشخص شده و نسخ قانون قبلی در صلاحیت این شورا گنجانده نشده است. بدیهی است شورای نگهبان از جهت عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و قانون اساسی حافظ شرع و قانون اساسی است، ولی این صلاحیت شامل قوانین قبلی نمی‌شود.

۲-۴- پاسخ پرسش دوم

به طوری که آمد، بیع شرط و معاملات مشابه در طول تاریخ مورد سوءاستفاده قرار گرفته و از آنها به عنوان وسیله‌ای جهت تقلب نسبت به قانون استفاده شده است. در ذیل مبانی فقهی و حقوقی که می‌تواند اقدام قانونگذار را در وضع مواد ۳۳ و ۳۴ توجیه کند به طور خلاصه مورد اشاره قرار می‌گیرند:

الف) نظریه تقلب نسبت به قانون^{۱۲}

در قانون، ربا حرام و ممنوع شده است. شرط تملک وثیقه به صرف عدم پرداخت دین در عقد رهن نیز منع و باطل اعلام شده است. با استفاده از بیع شرط و معاملات مشابه به راحتی هر دو نتیجه حاصل می‌شوند.

۱۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دوازدهم، مهرماه ۱۳۶۹، ص ۱۷۷.

ب) اعتبار قصد و اراده در عقد

منظور طرفین از انعقاد عقد بیع شرط و معاملات مشابه، حقیقت بیع نیست بلکه منظور قرض و وثیقه است، در حالی که مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی عقد با قصد انشاء (واقعی) منعقد می‌شود. ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

از آنجایی که در همه موارد استفاده از بیع شرط، هدف نامشروع شده است، عملاً وضع این ماده نیز عقیم مانده، به طوری که نهایتاً قانون ثبت بر مبنای غلبه، هر بیع شرط یا معامله مشابهی را تحت شمول خود قرار داده است.

۵- فقه عامه

در فقه اهل سنت در خصوص بیع شرط (بیع الوفاء) با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این بیع شده اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن را باطل می‌دانند،^{۱۳} لیکن اکثریت فقهای عامه این عقد را در حکم رهن دانسته‌اند.^{۱۴} در فقه اهل سنت نیز منع حيله^{۱۵}، تعارض نیت و ظاهر^{۱۶} و سد ذرایع^{۱۷}، به عنوان مبانی این فتوا معرفی شده‌اند. در حقوق مصر نیز در حالی که ماده ۴۲۴

۱۲. کاشانی، دکتر سید محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، دانشگاه شهید بهشتی (دانشگاه ملی)، چاپ دوم، ۱۳۵۴، ص ۳۶.

۱۳. رد المختار علی الدر المختار: حاشیه ابن عابدین، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۴، بیروت، ص ۲۴۶.

۱۴. الفتاوی الهندی، شیخ نظام و گروهی از علمای هند، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۳، بیروت، ص ۲۱۸.

۱۵. همان، ص ۳۰۸، «الباب العشرون فی البیاعات المکروهه و الارباح الفاسده...»؛ محمضانی، صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه ابراهیم گلستانی، ص ۲۱۰؛ عبدالله بن احمد بن قدامه، المغنی، عالم الکتب، ج ۴، ص ۶۳.

۱۶. مؤلف کتاب معین الحکام، به نقل از دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، رهن و صلح، شماره ۶.

۱۷. عبدالله بن احمد بن قدامه، همان، ص ۶۲: «و الحیل کلها محرمة غیر جائزه فی شیء من الدین. و هو أن یتظاهر عقداً مباحاً یرید به محرماً، مخادعاً و توسلاً الی فعل ما حرم الله...».

قانون مدنی سابق این کشور مقرر می‌داشت که به مجرد وقوع بیع الوفاء مبیع ملک مشتری می‌شود، بنا به سوءاستفاده‌هایی که از این نوع معاملات شده بود در تقنین جدید ماده ۴۶۵ این قانون این نوع معاملات باطل اعلام شد.^{۱۸}

۶- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نهاد «Mortgage» به معاملات با حق استرداد شبیه است. به موجب این عقد یک طرف به طرف دیگر وام می‌دهد، وام‌گیرنده نیز مالکیت مال منقول یا غیرمنقول خود را جهت تضمین بازپرداخت این وام به وام‌دهنده منتقل می‌کند، با این شرط که اگر ظرف مدت مقرر، بدهی خود را پرداخت کرد، می‌تواند مالکیت مورد معامله را مجدداً به دست آورد.^{۱۹}

در کامن‌لو 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^{۲۰} می‌شد.

بعداً انصاف بنا به مشکلاتی که کامن‌لو ایجاد می‌کرد، در مواردی از جمله در «Mortgage» 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.^{۲۱}

۱۸. ماده ۴۳۳ قانون مدنی سوریه (۱۹۴۹) نیز بیع‌الوفاء را باطل اعلام داشته است، ولی ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی عراق آن را رهن حیازی (رهن تصرف) می‌داند. سنه‌وری، دکتر عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون المدنی، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۷۰، ج ۴، مجلد اول، ص ۱۴۴.

19. Kevin, Gray, Elements of Land Law, University Lecturer in Law, Cambridge, p.571.

20. Ibid.

21. Jenk, Edward, The Book of English Law, Entity on Contracts, Vol. 2, Specific Contracts, 1994, p.285.

به هر حال مالکیت مورد معامله به وام‌دهنده منتقل می‌شود، ولی وام-گیرنده هر وقت توانست وام را بپردازد می‌تواند مالکیت مورد معامله را مسترد کند.

در سال ۱۹۷۹ نیز به موجب بند ۴ بخش ۶۲ قانون بیع کالاها مقرر شد که هرگاه منظور طرفین عقد بیع این باشد که از آن به‌عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف «Mortgage» استفاده کنند، مقررات عقد بیع اعمال نشود.^{۲۲}

۷- آثار معاملات با حق استرداد

۷-۱- سلب اثر تملیکی از عقد بیع شرط و عقود مشابه (معاملات با حق استرداد)

سلب اثر تملیکی از این عقود از ماده ۳۳ قابل استفاده است؛ این ماده مقرر می‌دارد در مورد عقد بیع شرط و معاملات مشابه، فروشنده حق تقاضای ثبت ملک را دارد نه خریدار:

«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 و یا با هر عنوان دیگر با حق استرداد ... انتقال داده شده ... حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است ...».

اگر قانون ثبت برای بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد اثر تملیکی می‌شناخت حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد.

در مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر نیز از انتقال‌دهنده به‌عنوان بدهکار و از انتقال-گیرنده به‌عنوان طلبکار و از ثمن به‌عنوان طلب و از مبیع به‌عنوان وثیقه یاد می‌شود.

22. Chitty on Contracts, 1994, Vol. 2, No. 41-002.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین بیان می‌دارد:

«در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی ... 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.»

بنابراین خریدار در بیع شرطی فقط طلبکار محسوب می‌شود و می‌تواند طلب خود را مطالبه کند.

۲-۷- مالکیت منافع

پرسش این است که منافع مورد معامله در فاصله انعقاد عقد تا اجرای حق استرداد و انحلال این معاملات به چه کسی تعلق دارد؟

قاعده کلی در مورد مالکیت منافع اموال، تابعیت آنها از مالکیت عین است.^{۲۳} ماده ۳۲ قانون مدنی نیز همین قاعده است.

ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیز هم عین و هم منافع آن را در مدت اختیار شرط، ملک خریدار می‌داند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت انتقال مالکیت عین را از بیع شرط و معاملات مشابه سلب کرده است. بنابراین اصولاً می‌بایست انتقال منافع نیز در این گونه معاملات سلب شده باشد؛ لیکن مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر علی‌رغم سلب اثر تملیکی از این عقود، تعلق منافع به خریدار (موضوع ماده ۴۵۹ ق.م.) را حذف نکرده‌اند.

در این مواد مقرر شد که طلبکار می‌تواند در هنگام مطالبه، اصل طلب خود و اجور مورد معامله را نیز تقاضا کند.

۲۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره عقود معین، جلد ۱، معاملات معوض، عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص ۱۷۰.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد:

«دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار اجراییه برای وصول طلب و اجور و خسارت دیرکرد صادر خواهد کرد ...».

ماده ۳۴ مکرر نیز بیان می‌دارد:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون، بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور ... سند مورد معامله را آزاد ... کند.».

در ماده ۳۸ قانون ثبت نیز محاکم در مورد معاملات با حق استرداد مکلف شده‌اند که حکم به رد اصل و اجور و ... بدهند.

منظور از اجور در این مواد چیست؟

معمولاً در معاملات با حق استرداد، مورد معامله در تصرف فروشنده (بدهکار) باقی می‌ماند و از منافع آن در مدت حق استرداد منتفع می‌شود. منظور از اجور، عوض منافع مورد معامله در این مدت است.

بنابراین شرط صدور اجراییه برای اجور، تصرف بدهکار در مورد معامله است. پس در موردی که مورد معامله در تصرف خریدار (طلبکار) بوده باشد، موضوع اجراییه منتفی خواهد شد. با این وصف، منافع، ملک انتقال‌گیرنده محسوب است.^{۲۴}

۳-۷- آیا در بیع شرط اخذ به شفعه جاری می‌شود؟

مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی هرگاه دو نفر مالک مشاع مال غیرمنقول قابل تقسیمی باشند و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد «بیع» به شخص ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق شفعه دارد.

۲۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، جلد ۵، ص ۱۷۹.

حال پرسش این است که با توجه به مقررات ثبت در خصوص بیع شرط، آیا باز هم در خصوص بیع شرط حصه مشاعی، برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌شود یا خیر؟

فلسفه‌ای که حق شفعه را ایجاد می‌کند، ضروری است که از انتقال مالکیت حصه یک شریک و ورود بیگانه به ملک، به شریک دیگر وارد می‌شود. به همین خاطر شیخ طوسی انتقال مالکیت را در بیع شرط با انقضای این مدت می‌داند.^{۲۵} در حالی که مشهور فقها چون انتقال مالکیت را از حین انعقاد عقد می‌دانند، ثبوت حق شفعه را نیز از همان زمان می‌دانند؛ قانون مدنی نیز در مواد ۳۶۴ و ۸۱۴ از همین نظر پیروی نموده است.

مع‌ذلک، از آنجایی که مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اثر تملیکی را از بیع شرط سلب کرده‌اند و انتقال مالکیت مورد معامله منتفی شده و بنابراین ضروری متوجه شریک دیگر نخواهد شد (مبنای ایجاد حق شفعه)، لذا در این نوع بیع شریک دیگر حق شفعه ندارد.^{۲۶}

۸- حقوق و تکالیف طرفین

۸-۱- حقوق و تکالیف انتقال‌دهنده

۲۵. احمدی طباطبایی، دکتر محمد جواد، اخذ به شفعه در حقوق ایران و فقه اسلام، ص ۴۴.
 ۲۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، ایقاع، نشر بلد، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۳۰؛ در فقه عامه: سرخسی، مبسوط، ج ۱۳، ص ۱۶۰: «اگر مبیع خانه‌ای باشد و بایع حق خیار شرط داشته باشد، حق شفعه در این ملک پیدا نمی‌شود زیرا خیار بایع مانع خروج مبیع از مالکیت او می‌شود... و وجوب شفعه نیز مبنی بر انقطاع حق بایع است زیرا شفعه برای دفع ضرر است... و چنین ضروری محقق نخواهد شد مگر بعد از انقطاع حق بایع...».

الف) تقاضای ثبت

در نقاطی که هنوز لزوم ثبت عمومی اعلام نشده است، ممکن است نسبت به املاکی که بعداً ثبت آنها لازم می‌شود، بیع شرط یا سایر معاملات با حق استرداد منعقد شود؛ در این موارد هرگاه ثبت املاک آن منطقه الزامی اعلام شود، در خصوص ملکی که موضوع بیع شرط یا سایر معاملات با حق استرداد قرار گیرد، حق تقاضای ثبت برای فروشنده است و نه خریدار. ولی فروشنده مکلف است حق خریدار را در تقاضانامه خود قید کند، اعم از اینکه مدت خیار یا عمل به شرط و به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و نیز اعم از اینکه مورد معامله در تصرف انتقال‌گیرنده باشد یا انتقال‌دهنده. با وجود این، استثنائاً در موارد ذیل حق تقاضای ثبت متعلق به انتقال‌گیرنده است:

- ۱- در صورتی که ملک قبل از تاریخ اجرای قانون ثبت، به‌موجب حکم نهایی دادگاه به ملکیت قطعی منتقل آیه محکوم شده باشد.
- ۲- در صورتی که پس از انقضای مدت حق استرداد، انتقال‌دهنده مالکیت قطعی (بدون حق استرداد) انتقال‌گیرنده را کتباً تصدیق کرده باشد.

ب) حق استرداد - تکلیف پرداختن دین

انتقال‌دهنده، حق دارد با پرداخت دین خود، مال مورد معامله را از وثیقه آزاد کند. این پرداخت هم حق و هم تکلیف انتقال‌دهنده است؛ زیرا از یک طرف حق استرداد مورد معامله است که مطابق ماده ۳۹ قانون ثبت غیرقابل اسقاط است و از طرف دیگر دین محسوب می‌شود و طلبکار حق دارد مطالبه آن را از طریق دفترخانه تنظیم‌کننده سند بخواهد. این‌گونه ماهیت‌ها را در فقه، حکم^{۲۷} می‌گویند.

۲۷. گرجی، دکتر ابوالقاسم، حق و حکم، فصل‌نامه حق، ج اول.

ج) حق درخواست فروش ملک از طریق حراج و انصراف از آن

انتقال‌دهنده بعد از ابلاغ اجراییه بدوی، حق دارد ظرف شش ماه تقاضای فروش مورد معامله را از طریق حراج (مزایده) کند.

در صورتی که تقاضای حراج از طرف انتقال‌دهنده، طی مدت مزبور به اجرای ثبت یا ثبت محل واصل نشد، پس از انقضای هشت ماه مورد معامله (در صورتی که غیرمنقول باشد) با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد (ماده ۳۴ قانون ثبت).

در مورد اموال منقول درخواست مزبور لازم نیست، در صورتی که بدهکار ظرف چهار ماه بدهی خود را نپردازد، مورد معامله به مزایده گذاشته خواهد شد.

در خصوص حق درخواست فروش ملک از طریق حراج تذکر نکات ذیل لازم است:

- ۱- این حق غیرقابل اسقاط است (ماده ۳۹ قانون ثبت).
 - ۲- تقاضا قابل انصراف است و بدهکار می‌تواند با انصراف از تقاضای حراج، دین خود را نقداً پرداخت کند.
 - ۳- یکی از حقوق مهم انتقال‌دهنده این است که مبلغ حراج از مجموع مبلغ طلب، اجور و خسارت دیرکرد و سایر هزینه‌ها شروع شده و به هر حال به کمتر از این قیمت فروخته نشود.
- لازم به ذکر است که مطابق تبصره ۹ ماده ۳۲ قانون ثبت، در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی بانک وام‌دهنده نیز می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه تقاضای حراج مال مورد معامله را بنماید.

۲-۸- حقوق و تکالیف انتقال گیرنده (طلبکار)

الف) حق عینی طلبکار

موجب این حق، در صورتی که طلب طلبکار در موعد مقرر پرداخت نشود. مورد معامله از طریق مزایده فروخته شده و از محل فروش آن طلب طلبکار وصول می‌شود. این حق نیز همانند حق مرتهن در عقد رهن دارای حق تقدم است، با این حال دو تفاوت مشاهده می‌شود:

۱- در عقد رهن در صورتی که رهنه کفای طلب را نکند، طلبکار حق رجوع به سایر اموال مدیون را دارد، در حالی که در معاملات با حق استرداد، طلبکار حق رجوع به سایر اموال مدیون را ندارد.

۲- مطابق تبصره ماده ۳۴ قانون ثبت، حق عینی در عقد رهن قابل اعراض است و بنابراین بستانکار می‌تواند از رهن اعراض کند و عملیات اجرایی را براساس اسناد ذمه پیگیری کند، لیکن در معاملات با حق استرداد حق عینی طلبکار قابل اعراض نیست، زیرا روی دیگر این حق، حق انتقال-دهنده است که دین او فقط از محل فروش مورد معامله پرداخت شود و طلبکار حق رجوع به سایر اموال او را نداشته باشد.

ب) حق تقاضای وصول طلب

مطابق صدر ماده ۳۴ قانون ثبت، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند.

منظور از کلمه «می‌تواند» این نیست که بستانکار حق اعراض داشته باشد و بتواند به جای مراجعه به دفترخانه، به سایر اموال بدهکار رجوع کند، بلکه

منظور این است که وی «فقط می‌تواند» طلب خود را از طریق دفترخانه تنظیم-کننده سند تقاضا کند.^{۲۸}

ج) انتقال‌گیرنده مالک منافع مورد معامله در مدت حق استرداد

در این خصوص قبلاً توضیح داده شد.^{۲۹}

د) حق واگذاری مال مورد معامله به انتقال‌گیرنده در صورت نبودن خریدار

به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت در صورتی که خریداری برای مورد معامله به مأخذ اصل طلب و اجور و خسارت دیرکرد پیدا نشود و نیز در صورتی که در مورد اموال غیرمنقول تقاضای حراج از سوی فروشنده (بدهکار) ظرف مدت شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه نشود، مال مورد معامله به انتقال‌دهنده واگذار می‌شود.

البته در این صورت هرگاه طلبکار قبلاً قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد باید آن را مسترد کند.

۹- انحلال معاملات با حق استرداد

معاملات با حق استرداد نیز نظیر سایر معاملات تابع اصل لزوم قراردادهای (ماده ۲۱۹ ق.م.) می‌باشند؛ با این تفاوت که به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۳۹ قانون ثبت که حقوق مقرر در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷ و ۳۸ برای انتقال‌دهنده را غیرقابل اسقاط می‌داند، و اقاله نیز به معنی توافق طرفین برای اسقاط این حقوق می‌باشد، بنابراین معاملات با حق استرداد غیرقابل اقاله هستند.

۲۸. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، انتشارات ابن سینا، چاپ

۱۳۴۹، شماره ۱۲۲.

۲۹. ر.ک. شماره ۸-۲.

یکی دیگر از اسباب انحلال قراردادها فسخ با اعمال خیار است که در خصوص معاملات با حق استرداد تحت عنوان اعمال حق استرداد مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱۰- اعمال حق استرداد

در بیع شرط، بایع به استناد خیار شرط، حق دارد ثمن را رد کرده و مبیع را مسترد دارد.

در بیع قطع با شرط وکالت نیز بایع حق دارد به استناد وکالت از جانب خریدار در صورت پرداخت ثمن، مبیع را تملک کند. در واقع در هر یک از این موارد و موارد دیگری نظیر آن، بایع حقی را اعمال می‌کند که به موجب آن، مبیع منتقل شده را مسترد می‌دارد. قانون ثبت از این حق، به اصطلاح «حق استرداد» تعبیر می‌کند.

بنابراین منظور از حق استرداد، در معاملات با حق استرداد، حقی است که به موجب آن انتقال‌دهنده می‌تواند، با رد ثمن، مال تملیک شده را مجدداً مسترد کند، اعم از اینکه عنوان این حق، خیار شرط یا شرط وکالت یا حق استرداد و یا هر عنوان دیگری باشد.^{۳۰}

قانون ثبت، انتقال مالکیت را در معاملات با حق استرداد نپذیرفته است (ماده ۳۴ ق.ث.) و بنابراین صحت کاربرد اصطلاح «حق استرداد» که در واقع باید مسبوق به انتقال مالکیت باشد، مورد تردید واقع می‌شود.^{۳۱} به علاوه، قانون ثبت نیز از «رد ثمن» به «پرداخت دین» تعبیر می‌کند (ماده ۳۴ ق.ث.).

۳۰. کاتوزیان، دکتر ناصر. دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۷۷.

۳۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دانشنامه حقوق، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۷۶، ص ۳۶۲.

بنابراین، طرح بحث تحت عنوان «حق استرداد» نیز با اشکال مواجه می‌شود و شاید بهتر بود این گفتار را تحت عنوان «اجرای اختیاری دین» مطرح می‌کردیم. لیکن چون خود قانونگذار، این اصطلاح را به کار برده است، ما نیز این گفتار را تحت همین عنوان مطرح و بررسی می‌کنیم.

۱-۱- شرایط اعمال حق استرداد

معاملات با حق استرداد، به هر شکلی که باشند، مشمول ماده ۳۴ قانون ثبت قرار می‌گیرند. و هر اعتباری که طرفین برای رد ثمن در بیع شرط قائل شوند، جای خود را به ترتیب مقرر در ماده ۳۴ می‌دهد. بنابراین شرایط اعمال حق استرداد را باید در ماده ۳۴ قانون ثبت جست.

الف) لزوم رد ثمن یا پرداخت دین

ماده ۳۴ قانون ثبت، معاملات با حق استرداد را در حکم قرض با وثیقه قرار داده و ثمنی را که خریدار به بایع داده است، طلبی می‌داند که فقط باید وصول آن خواسته شود. از طرف دیگر انتقال‌دهنده اگر بخواهد مال متعلق به خود را که مورد معامله با حق استرداد قرار داده، آزاد کند، باید ثمنی را که دریافت کرده است رد کند.

رد ثمن تکلیفی است برای اعمال حق استرداد.

ب) لزوم رد مثل ثمن

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.

ماده ۶۵۰ قانون مدنی در خصوص عقد قرض چنین مقرر می‌دارد :
«مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند؛ اگرچه قیمتاً
ترقی یا تنزل کرده باشد».

ماده ۴۵۸ قانون مدنی نیز رد مثل ثمن را لازم می‌داند .
رد مثل ثمن ناظر به مورد غالب است که ثمن ، وجه نقد می‌باشد.^{۳۲}
معاملات با حق استرداد نیز همان‌طوری که گفته شد ، به قصد استقراض
صورت می‌گیرند و ثمن هم همیشه وجه نقد است .

قانونگذار در ماده ۳۴ در این خصوص اشاره‌ای نکرده است ، چون آن را
امری بدیهی می‌دانست . به هر حال از مجموع مقررات یاد شده چنین استنباط
می‌شود که انتقال‌دهنده جهت اعمال حق استرداد هیچ نیازی به رد عین ثمن
دریافتی ندارد، بلکه او موظف است برای اعمال حق استرداد و آزادسازی مال
خود از وثیقه ، مثل ثمنی را که دریافت کرده است رد کند .
انتقال‌دهنده ، برای اعمال حق استرداد باید تمام مثل ثمن را به انتقال-
گیرنده رد کند تا مال او از وثیقه آزاد گردد .

ماده ۴۵۸ قانون مدنی در خصوص بیع شرط ، رد تمام مثل ثمن را لازم
می‌داند . این ماده چنین مقرر می‌دارد :

«... در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه
نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد ، خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد
تمام ثمن».

مطابق این ماده ، اصل بر لزوم «تمام مثل می‌باشد، مگر اینکه خلاف آن
تصریح شده باشد».^{۳۳}

۳۲. کاتوزیان ، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۷۵.

۳۳. امامی ، همان، ص ۵۶۲؛ نجفی ، همان، ج ۲۳ ، ص ۳۶ : «اذا اطلق توقف (خیار) علی رد الجمیع
(الثمن) اجماعاً فی اصل المسئله».

در عقد رهن نیز اگر رهن بنخواهد مال خود را از وثیقه خارج کند، باید تمام دین را بپردازد.

ماده ۷۸۳ قانون مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌دارد:

«اگر رهن مقداری از دین را ادا کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می‌تواند تمام آن را تا تأدیه کامل دین نگه دارد مگر اینکه بین رهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.»

از ماده ۳۴ نیز، لزوم رد تمام ثمن استنباط می‌شود. این ماده چنین مقرر می‌دارد:

«... مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و ... شروع شود ... هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد نماید ...».

شروع حراج از کل مبلغ طلب اعم از این است که بستانکار قسمتی از طلب خود را به هر نحوی دریافت کرده یا نکرده باشد. بنابراین حتی اگر قسمتی از طلب یا ثمن، رد شده باشد باز هم تمام مال در وثیقه باقی مانده و اقدام به حراج تمام آن مال خواهد شد.

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

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا طرفین می‌توانند برخلاف ترتیب مذکور شرطی را در ضمن معامله درج کنند؟ یعنی آیا طرفین می‌توانند شرط کنند که هرگاه قسمتی از ثمن رد شد، قسمتی از معامله نیز فسخ شود؟

تنها مانع و عاملی که محدودکننده شروط ضمن عقد می باشد، ماده ۳۹ قانون ثبت است که این ماده نیز قراردادها و شروطی را که حقوق انتقال دهنده یا بدهکار را اسقاط کنند، باطل اعلام می کند، در حالی که اگر طرفین شرط کنند که پرداخت قسمتی از ثمن باعث فسخ قسمتی از معامله شود، نه تنها حقوقی از انتقال دهنده ساقط نمی شود بلکه به نفع او نیز می باشد؛ بنابراین به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، چنین شرطی، صحیح می باشد 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 نیز امکان شرط خلاف را مقرر کرده اند. در فقه نیز چنین شرطی صحیح دانسته شده است.^{۳۴}

ج) چگونگی رد ثمن

منظور از رد ثمن این است که بایع آن را تسلیم خریدار کند، به طوری که خریدار قادر باشد هر تصرفی را بخواهد، در آن بنماید. اگر خریدار از اخذ ثمن امتناع ورزد، بایع می تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم مقام او، عقد را فسخ کند. این ترتیبی است که قانون مدنی در ماده ۴۶۱ مقرر داشته است.

ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، در خصوص معاملات ثبت شده انتقال دهنده را راهنمایی می کند تا به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید. این ماده چنین مقرر می دارد:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد

۳۴. امامی، همان، ص ۵۶۱؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۳۲.

سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند، مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید یا کلیه بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودیعی به دفترخانه تنظیم‌کننده سند موجبات فسخ و فک سند را فراهم کند.

دارنده حق استرداد، در تمام مدت حق استرداد (که در عقد معین شده است) حق دارد با رد عوض دریافتی، مال خود را که در وثیقه است آزاد کند لیکن مهلت اعمال حق او، محدود به زمان معین شده در قرارداد نیست بلکه او می‌تواند تا آخر مدت قانونی حق استرداد از پرداخت دین خود، خودداری کند که در آن صورت «بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند (که در این حالت) دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار برای وصول طلب، اجور و خسارت دیرکرد اجراییه صادر خواهد کرد و به اداره ثبت ارسال خواهد داشت و بدهکار از تاریخ ابلاغ اجراییه هشت ماه مهلت خواهد داشت که نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام کند» (ماده ۳۴ ق.ث.).

مهلت هشت ماه مذکور مخصوص اموال غیرمنقول می‌باشد؛ ولی مهلت مذکور در مورد اموال منقول چهار ماه می‌باشد (قسمت بعدی همین ماده). نهایتاً در مورد اموال غیرمنقول در صورت نبودن خریدار و همچنین در صورتی که تقاضای بدهکار ظرف مدت مقرر (شش ماه) به اجرای ثبت واصل نشود، پس از انقضای هشت ماه ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد. و در مورد اموال منقول نیز پس از چهار ماه بعد از حق استرداد قراردادی، اگر بدهکار بدهی خود را پرداخت، اقدام به مزایده خواهد شد و در صورت نبودن خریدار، مال مذکور به طلبکار واگذار خواهد شد.

بنابراین عملاً مهلت اعمال حق استرداد در مورد اموال غیرمنقول عبارت است از مدت قراردادی به علاوه هشت ماه و در مورد اموال منقول نیز این مهلت، عبارت است از مدت قراردادی به علاوه چهار ماه .

۲-۱۰- اهلیت اعمال حق استرداد

اعمال حق استرداد ، یک روی سکه است ، پرداخت دین نیز روی دیگر آن می‌باشد و سکه مذکور نیز یکی است . در پرداخت دین ، آن‌گاه که مستلزم انتقال مال می‌باشد ، همان‌طور که در مورد معاملات با حق استرداد ، چنین است اهلیت تصرف را قانون مدنی شرط لازم و ضروری دانسته است (ماده ۲۶۹ ق.م.ا).

فقدان اهلیت یا ممنوعیت از تصرف انتقال‌دهنده در معاملات با حق استرداد مسلماً ناشی از جنون یا سفه متعاقب از معامله و یا ورشکستگی او می‌باشد .

ماده ۴۲۳ قانون تجارت چنین مقرر می‌دارد :

«هرگاه تاجر بعد از توقف، معاملات ذیل را بنماید باطل و بلا اثر خواهد بود: ۱- ... ۲- تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد.»

بنابراین ، اعمال حق استرداد ، در صورت جنون یا سفه انتقال‌دهنده، توسط قیم او صورت گرفته و در صورت ورشکستگی او نیز توسط مدیر تصفیه و با رعایت مقررات مربوط به ورشکستگی صورت خواهد گرفت (ماده ۴۱۸ ق.ت.ا).

۳-۱۰- انتقال حق استرداد به وارث

الف) اصل امکان انتقال

حق استرداد یک حق مالی است، زیرا با اعمال آن صاحب آن می‌تواند مال خود را از هرگونه حقی آزاد کرده و مورد نقل و انتقال مجدد قرار دهد (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.). این حق همچون سایر اموال و حقوق متوفی به وراثت او منتقل می‌شود.

ماده ۴۴۵ قانون مدنی در خصوص انتقال قهری اختیار چنین می‌گوید:

«هر یک از خیارات، بعد از فوت منتقل به ورثه می‌شود».

تبصره یکم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت هم این انتقال را پذیرفته است:

«انتقال قهری حق استرداد ...».

بنابراین تردیدی در خصوص انتقال حق استرداد به وراثت وجود ندارد.

در این خصوص سه نکته قابل تذکر است:

نکته اول: هرگاه طرفین در ضمن عقد، اختیار شرط، شرط وکالت و ...

را مقید به شخص انتقال‌دهنده و مباشرت او کرده باشند، در این صورت مطابق

قانون مدنی انتقال آن، نه با قرارداد و نه به‌طور قهری، امکان‌پذیر نیست^{۳۵} و

شرط وکالت نیز خود به‌خود در اثر فوت موکل باطل می‌شود حتی اگر حق به

دیگری داده شده باشد.

لیکن باید گفت، معامله‌ای که عنوان معامله با حق استرداد را پیدا کرده

است، شمول مقررات قانون ثبت بر آن، سبب سلب برخی از آثار می‌شود، از

جمله این آثار همین قید مباشرت در اعمال حق استرداد می‌باشد، زیرا این قید

۳۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۰۸.

به منزله سقوط حق استرداد بعد از مرگ انتقال‌دهنده است که به موجب ماده ۳۹ قانون ثبت این قید باطل و کأن لم یکن می‌باشد. بنابراین چون شرط مباشرت در اعمال حق استرداد باطل است، این حق با وجود چنین شرطی باز هم به ورثه منتقل می‌شود.

نکته دوم: اگر حق استرداد را برای بیگانه قرار داده باشند و خود انتقال‌دهنده هم به موجب ماده ۳۴ حق استرداد داشته باشد، این حق نیز به وراث او منتقل می‌شود (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.)، ولی اگر بیگانه فوت کند، این حق به وراث بیگانه نمی‌رسد، زیرا او داور طرف است که اختیار فسخ را به‌عنوان یک منصب دارد.^{۳۶}

نکته سوم: اگر مورد معامله زمین باشد، آیا حق استرداد به زوجه متوفی منتقل می‌شود؟

این تردید از آنجا ناشی می‌شود که زوجه از زمین ارث نمی‌برد (ماده ۹۴۶ ق.م.). البته در مورد ارث خیار، قانون مدنی ساکت و نظر فقها مختلف است. مبنای اختلاف نظر فقها در مفهومی است که از خیار ارائه می‌دهند: آنهایی که خیار را حقی برای انحلال قرارداد می‌دانند، قائل به انتقال قهری آن به زوجه نیز می‌باشند،^{۳۷} ولی کسانی که حق خیار را حقی برای استرداد مبیع می‌دانند معتقدند زوجه از خیار، ارث نمی‌برد. مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) از این گروه است. مطابق عقیده وی^{۳۸}: حق خیار حقی است برای استرداد مالی که به

۳۶. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۰۸.

۳۷. نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۷۷. به نقل از کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ج ۵، ص

۱۱۶.

۳۸. انصاری، همان، صص ۲۹۰ و ۲۹۲: «ان حق الخیار علقه فی الملک انتقل الی الغیر من حیث التسلط علی استرداد الی نفسه او الیمن هو منصوب من قبله، کما فی الاجنبی، و به عبارت اخی ملک

واسطه عقد منتقل شده است. این حق به وارثی می‌رسد که خود بتواند مال مسترد شده را تملک کند در حالی که زوجه نمی‌تواند چنین کاری کند، پس حق خیار هم به او منتقل نخواهد شد.

در مورد حق استرداد نیز علاوه بر اینکه می‌توان به فرمایش شیخ اشاره کرد باید گفت در معاملات با حق استرداد، مال موضوع معامله به خریدار منتقل نمی‌شود و در مالکیت بایع باقی می‌ماند (ماده ۳۴ ق.ث.)، این مال مستقیماً به سایر وراثت، به غیر از زوجه منتقل می‌شود. پس زوجه بعد از فوت زوج خود، مالک مورد معامله نیست تا بخواهد حق استرداد را اعمال کند.

ب) اثر فوت انتقال‌دهنده در حق استرداد

فوت انتقال‌دهنده در مهلت و چگونگی اعمال حق استرداد مؤثر است که ذیلاً هر دو مورد بحث قرار می‌گیرند:

۱- اثر فوت انتقال‌دهنده در مهلت حق استرداد

هرگاه انتقال‌دهنده در مدت قراردادی حق استرداد فوت کند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا طلبکار می‌تواند به استناد حال شدن دیون متوفی، به وراثت او مراجعه کرده و طلب خود را مطالبه کند یا نه؟

دانستیم که اثر معاملات با حق استرداد، ایجاد دین برای انتقال‌دهنده می‌باشد و مطابق ماده ۲۳۱ ق.ا.ح. نیز «دین مؤجل متوفی بعد از فوت حال می‌شود». از طرف دیگر، همان‌گونه که قبلاً گفته شد ادای دین توسط

لتملك المعروض لنفسه . او لمن نصب عنه و هذه العلقه لا ينتقل من الميت الا الى وراثت يكون كالميت في كونه مالکالان يملك ، فاذا فرض ان الميت باع ارضا بضمن ، فالعلقه المذكوره انما هي لسائر الورثه دون الزوجه لانها بالخيار لاترد شيئا من الارض الى نفسها . و لا الى آخر هي من قبله لتكون كالايجبي المجمول له».

انتقال‌دهنده، در راستای اعمال حق استرداد صورت می‌گیرد. پس باید دید آیا این حق استرداد است که به وراثت منتقل می‌شود، یا دین مورث؟ و بنا به این تکلیف مهلت پرداخت چه مقدار می‌شود؟

مستفاد از مجموعه مقررات قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد، علی‌الخصوص ماده ۳۹ آن، این است که هدف و مقصود قانونگذار، ایجاد و تضمین حقوقی هر چه بیشتر برای انتقال‌دهنده می‌باشد. به همین سبب به نظر می‌رسد، بهتر باشد در تفسیر، باز هم به حمایت از وراثت انتقال‌دهنده بپردازیم تا مقصود قانونگذار تکمیل گردد. به همین خاطر است که تبصره ۲ ماده ۳۴ چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه بعد از ابلاغ اجراییه و قبل از واگذاری مال به غیر یا انتقال یا تحویل مال به بستانکار وقوع فوت بدهکار مستنداً به مدرک رسمی اعلام شود، از تاریخ فوت وارث نسبت به اموال منقول سه ماه و نسبت به اموال غیرمنقول شش ماه مهلت خواهند داشت که نسبت به پرداخت بدهی مورث اقدام نمایند. در هر مورد که مهلت استفاده از حق استرداد بیش از مهلت‌های مذکور فوق باشد باید همان مهلت بیشتر رعایت و احتساب شود.»

صدر این تبصره، حکم را به فوت بعد از ابلاغ اجراییه اختصاص داده است. ابلاغ اجراییه هم، خود بعد از انقضای حق استرداد صورت می‌گیرد (ماده ۳۴ ق.ت.ث). پس چرا بعداً می‌گوید اگر مهلت استفاده از حق استرداد بیش از مهلت‌های مذکور فوق باشد، مهلت بیشتر رعایت می‌شود؟

مگر نه این است که مهلت حق استرداد تمام شده و اجراییه نیز صادر و ابلاغ شده و آن‌گاه بدهکار می‌میرد؟ پس در ظاهر به نظر می‌رسد که در این تبصره یک تعارضی نهفته باشد و لیکن این تعارض را به این صورت می‌توان

رفع کرد که بگوییم حکم این تبصره، اختصاص به فوت بعد از ابلاغ اجراییه ندارد بلکه فوت قبل از آن، یعنی در زمان حق استرداد را نیز شامل می‌شود. مضافاً اینکه این تبصره هم با وجود انقضای مهلت قراردادی حق استرداد به وراثت مهلت می‌دهد و هم اینکه می‌گوید مهلت بیشتر رعایت و احتساب می‌شود. پس به طریق اولی باید قائل به حاکمیت آن در زمان قبل از صدور اجراییه و نیز قبل از انقضای مدت قراردادی حق استرداد شویم و در مورد فوت قبل از انقضای مدت قراردادی می‌بایست مهلت بیشتری را رعایت کرد. به‌طور خلاصه برای حال نشدن دین متوفی در این مورد می‌توان به سه دلیل ذیل تمسک جست:

اول- بنا به ماده ۳۹ و تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت لازم است قرارداد به نفع بدهکار تفسیر شود.

دوم- رابطه بین طرفین حق استرداد مبیع هم حق است و هم تکلیف، حقی است برای مدیون که ماده ۳۴ برای حمایت از حقوق وی تشریح کرده است. آنچه که حال می‌شود دین است نه حق.

سوم - تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت در ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ اصلاح شده است، در حالی که قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲ می‌باشد، پس قانون خاص لاحق قانون عام سابق را تخصیص داده است.

۲- اثر فوت انتقال‌دهنده در چگونگی اعمال حق استرداد

گفته شد که در صورت فوت انتقال‌دهنده، حق استرداد به ورثه او منتقل می‌شود. هرگاه ورثه منحصر به یک نفر باشد در عمل اشکالی ایجاد نخواهد شد، لیکن ممکن است متوفی دارای وراثت متعدد باشد و در اعمال حق استرداد

نیز اختلاف پدید آید؛ برخی بخواهند آن را اعمال کنند و دین خود را بپردازند و برخی دیگر حاضر به پرداخت سهم خود از دین نباشند. پرسش این است که آیا در این صورت، اعمال جزئی از حق استرداد توسط برخی از وراث پذیرفته می‌شود؟

آیا اساساً حق استرداد قابل تجزیه است؟

درخصوص اعمال خیار شرط توسط وراث، قانون مدنی ساکت است، فقها نیز در این خصوص اختلاف کرده‌اند.^{۳۹} مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) معتقد است که خیار برای مجموع وراث ثابت می‌شود. اگر مجموع وراث، عقد را فسخ کردند، کل عقد فسخ می‌شود و اگر نه دلیلی بر ثبوت خیار به‌نحو استقلال وجود ندارد.^{۴۰}

نویسندگان حقوق مدنی نیز معتقدند که خیار، حق بسیط و غیرقابل تجزیه‌ای است و تمام ورثه باید با توافق آن را اعمال کنند و در صورت اختلاف در فسخ، فسخ بلا اثر خواهد بود.^{۴۱}

حق استرداد، که خیار شرط یکی از مصادیق آن می‌باشد، نیز چون مستلزم انحلال معامله می‌باشد، تجزیه در اعمال آن موجب ضرر طرف معامله خواهد شد. به همین سبب تبصره یکم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد: «انتقال قهری حق استرداد به وراث بدهکار موجب تجزیه مورد معامله

۳۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۲۰.

۴۰. انصاری، همان، ص ۲۹۲: «و اما ثبوت الخیار لكل منهم مستقلاً فی حصه فلا يستفاد من نكاح الادلّه فالمتیقن من مفادها هو ثبوت الخیار الواجد للشخصی للمجموع فان اتفق المجموع علی الفسخ، انفسخ فی المجموع، و الا فلا دلیل علی الانفساخ فی شئی منه». مرحوم آیت اله خوئی نیز در مسئله ۱۶۹ منهاج الصالحین همین نظر را دارد.

۴۱. امامی، همان، ص ۵۳۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۲۹.

نخواهد بود». یعنی هیچ یک از وراثت به تنهایی و مستقلاً نمی‌توانند حق استرداد خود را اعمال و سبب تجزیه مورد معامله شوند. در نتیجه، در صورت فوت بدهکار، حق استرداد او تجزیه نمی‌شود و اعمال آن منوط است به همکاری تمامی وراثت.

لیکن بحث به همین جا ختم نمی‌شود، چون تبصره مذکور بعداً امکان پرداخت تمام دین را توسط احد از وراثت مطرح می‌کند. این تبصره در ادامه چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه قبل از صدور اجراییه یا قبل از خاتمه عملیات اجرایی کلیه بدهی و خسارت قانونی و حق اجرا در صورت صدور اجراییه از ناحیه احد از وراثت مدیون در صندوق ثبت یا مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین نماید تودیع شود مال مورد معامله در وثیقه وارث مزبور قرار می‌گیرد. در این مورد هرگاه هر یک از وراثت به نسبت سهم الارث بدهی خود را به وراثت مزبور بپردازد به همان نسبت از مورد وثیقه به نفع او آزاد خواهد شد.»

هرگاه احد از ورثه کلیه بدهی را پرداخت کند، این پرداخت هم در حق خود او، و هم در دارایی سایر ورثه مؤثر است (فک وثیقه).

مسلماً چیزی که بابت دین پرداخت می‌شود همان «ادای دین» می‌باشد، لیکن پرسشی که مطرح است ماهیت پرداخت اضافه به سهم خود از دین می‌باشد. آیا این پرداخت، «ادای دین از جانب ثالث» است؟

در خصوص ادای دین از جانب ثالث ماده ۲۶۷ قانون مدنی چنین مقرر

می‌دارد:

«ایفای دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.»

مطابق این ماده اگر احد از ورثه سهم سایرین را از دین پرداخت کند در صورتی می‌تواند به آنها رجوع کند که مأذون از قبل آنها باشد .
در حالی که می‌بینیم تبصره ۱ ماده ۳۴، نه تنها رجوع ورثه پرداخت‌کننده به سایرین را منوط به اخذ اذن از آنها نمی‌کند بلکه از این هم فراتر رفته و پس از مدیون دانستن سایر ورثه نسبت به وارث پرداخت‌کننده، مورد معامله را نیز وثیقه دین آنها در قبال او می‌داند.

بنا بر این تبصره، می‌توان گفت چنین پرداختی از بحث ادای دین از جانب غیرمدیون خارج بوده و ماهیتاً می‌تواند به منزله قراردادی فی‌مابین ورثه پرداخت‌کننده و طلبکار باشد که به موجب آن پرداخت‌کننده قائم مقام طلبکار می‌شود (ماده ۲۶ آیین‌نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد ۱۳۵۲).

ج) اثر پرداخت یا عدم پرداخت دین توسط وراث

بعد از فوت انتقال‌دهنده، مورد معامله و حق استرداد به وراث او منتقل می‌شود. وراث نیز همچون مورث خود باید برای اعمال حق استرداد، تمام دین را بپردازند، اکنون باید دید، اثر پرداخت یا عدم پرداخت دین توسط وراث چیست؟

۱- پرداخت دین

هرگاه تمام ورثه دین را پرداخت کنند مورد وثیقه فک می‌شود. هرگاه تمام ورثه حاضر یا قادر به پرداخت نباشند احد از وراث می‌تواند تمام دین را پرداخته و قائم مقام طلبکار شود، در این صورت سایر وراث نسبت به سهم خود در مقابل او مدیون می‌شوند و هرکدام می‌توانند مستقلاً دین خود را پرداخته و به همان نسبت مورد وثیقه را آزاد کنند (تبصره ۱ ماده ۳۴ مکرر ق.ث.).

از طرف دیگر ورثه مذکور نیز می‌توانند علیه سایر وراث نسبت به سهم-الارث آنها مبادرت به صدور اجراییه نمایند (ماده ۲۶ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.). هرگاه پرداخت وجه قبل از صدور اجراییه باشد، پس از انقضای موارد مقرر، نسبت به اموال منقول و غیرمنقول و ابلاغ مراتب به سایر وراث و انقضای هشت ماه در مورد اموال غیرمنقول و شش ماه نسبت به اموال منقول و عدم پرداخت بدهی هر یک از ورثه، مورد وثیقه به وارثی که وجه را پرداخته است برابر مقررات تملیک و سند انتقال با ارائه گواهی حصر وراثت به نام او صادر خواهد شد (ماده ۲۸ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.).

۲- عدم پرداخت دین توسط ورثه

دین طلبکار باید تماماً پرداخت گردد تا مورد معامله آزاد گردد (تبصره ۳۴ مکرر ق. ث.)، لیکن ممکن است هیچ یک از ورثه حاضر به پرداخت تمام دین نشوند. در این صورت هریک از وراث، تا دو ماه قبل از انقضای مواعد مذکور در تبصره ۲ ماده ۳۴ اصلاحی (نسبت به اموال منقول سه ماه و نسبت به اموال غیرمنقول شش ماه) حق دارند تقاضای حراج مورد معامله را بنمایند. در این صورت برای حراج مورد معامله اقدام می‌شود و اگر تا قبل از حراج بعضی از ورثه تمامی بدهی و خسارت را ایداع نمایند از حراج خودداری می‌شود (ماده ۲۷ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.).

و هرگاه هیچ یک از ورثه حاضر نشوند تمام دین را بپردازند و نیز هیچ-کدام تقاضای حراج نکنند، به نظر می‌رسد پس از گذشت تمامی مواعد مقرر، مورد معامله به طلبکار تملیک شود^{۴۲} (مستفاد از ماده ۳۴).

۴۲. این ماده اقدام به حراج را منوط به تقاضای بدهکار کرده است و یکی از شرایط واگذاری ملک به خریدار را نیز نرسیدن تقاضای حراج قرار داده است.

۴-۱۰- اسقاط حق استرداد

مسئلاً صاحب اختیار، هر وقت خواست می‌تواند، حق اختیار خود را اسقاط کند،^{۴۳} ولی در مورد معاملات با حق استرداد، وضعیت تفاوت می‌کند. ماده ۳۹ قانون ثبت، هرگونه قراردادی را که متضمن اسقاط حقی از حقوق انتقال‌دهنده، مندرج در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷ و ۳۸ باشد، باطل و کأن لم یکن می‌داند؛ بنابراین اسقاط حق استرداد غیرممکن است.

۵-۱۰- اثر اعمال حق استرداد

همان‌گونه که گفته شد، اعمال حق استرداد باید عملاً و با رد ثمن صورت گیرد. باتوجه به مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر قانون ثبت، اثر رد ثمن یا اعمال حق استرداد این است که مورد معامله آزاد شده و مالک آن می‌تواند هرگونه تصرفی را که بخواهد در آن به‌عمل آورد (ماده ۳۳ ق.م.).

این مطلب را ماده ۳۴ مکرر به‌صراحت و وضوح بیان می‌کند:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید ...».

۱۱- اجرای معاملات با حق استرداد

قبلاً در مورد آثار وضعی معاملات با حق استرداد صحبت شد، این آثار عبارت است از:

۴۳. کاتوزیان، همان، ص ۱۲۹.

اول- انتقال دهنده مالک ثمن می‌شود؛
دوم- ثمن پرداختی به انتقال دهنده دین او محسوب می‌شود؛
سوم - مالکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود و او طلبکار محسوب می‌شود. مبیع نیز وثیقه طلب اوست؛
چهارم- منفعت مال در مدت تعیین شده به خریدار (طلبکار) تعلق دارد. اجرای معامله، مربوط به آثار آن می‌باشد.
اجرای معاملات با حق استرداد مربوط به آثار تکلیفی آنها می‌شود که در این قسمت مورد بحث قرار می‌گیرند.
همان‌طوری که گفته شد، در معاملات با حق استرداد، بایع شرطی یا هر انتقال دهنده با حق استرداد، نسبت به وجهی که به‌عنوان ثمن دریافت کرده است مدیون می‌گردد. این دین در ذمه انتقال دهنده باقی می‌ماند و او موظف است آن را ظرف مدت مقرر شده بپردازد. به همین خاطر انتقال دهنده در قانون ثبت، بدهکار نامیده شده است.
آنچه که در این مبحث از آن تحت عنوان «اجرا» صحبت می‌شود، اجرای همین تعهد انتقال دهنده است.
بدیهی است گاهی انتقال دهنده خود اقدام به پرداخت این دین یا به اصطلاح اقدام به رد ثمن می‌کند که این پرداخت تحت عنوان حق استرداد در مبحث نخست این فصل بررسی شد. اما گاهی نه خود بدهکار و نه وارث و یا ثالث، اقدامی برای پرداخت داوطلبانه این دین به‌عمل نمی‌آورند و به همین خاطر اجرای اجباری آن مطرح می‌شود.
در خصوص چگونگی اجرای اجباری معامله با حق استرداد، باید معاملات با حق استرداد ثبت شده را از معاملات با حق استرداد ثبت نشده، متمایز کرد. مقررات مربوط به اجرای این دو دسته از معاملات متفاوت است.

اجرای معاملات با حق استرداد ثبت نشده، از طریق طرح دعوا در دادگاه و رعایت آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد، در حالی که اجرای معاملات با حق استرداد ثبت شده مشمول مقررات خاصی می‌باشد که قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵/۴/۶ و آیین‌نامه طرز اجرای معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد مصوب ۱۳۵۲، مقرر داشته‌اند. در این قسمت صرفاً اجرای معاملات با حق استرداد ثبت شده مورد توجه قرار می‌گیرد.

با توجه به مادتين ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت تعهداتی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در اثر معامله‌ای ایجاد شده و مندرج در سند رسمی باشند، لازم‌الاجرا هستند، ولی مطابق ماده ۵۰ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی و تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا، ورقه اجراییه را فقط نسبت به موضوعاتی می‌توان صادر کرد که در سند منجزاً قید شده باشند.

اسناد رسمی معاملات با حق استرداد، از حیث دین انتقال‌دهنده منجز می‌باشند و برای صدور اجراییه در مورد آنها نیازی به رسیدگی قضایی نیست.

ماده ۳۴ قانون ثبت در این مورد چنین مقرر می‌دارد:

«... بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده

سند درخواست کند...».

۱۲- صدور اجراییه

۱۲-۱- درخواست وصول طلب

گفته شد در صورتی که سند معامله با حق استرداد در یکی از دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شده باشد، لازم‌الاجرا است و به همین دلیل طلبکار بدون

احتیاج به مراجعه به دادگاههای دادگستری می‌تواند مستقیماً با مراجعه به دفترخانه مذکور وصول طلب خود را بخواهد.

ماده ۳۴ قانون ثبت در این مورد چنین مقرر می‌دارد:

«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 تنظیم-کننده سند درخواست کند.»

چون منظور بستانکار از مراجعه به دفترخانه، صدور اجراییه می‌باشد، او باید فرم‌های مخصوصی را که آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی برای درخواست اجرا پیش‌بینی کرده است، به ضمیمه مدارک لازم، به دفترخانه مذکور تقدیم کند.

اگرچه صدر این ماده صرفاً از اموال غیرمنقول نامبرده است، ولی حکم آن شامل اموال منقول نیز می‌گردد. به‌علاوه، در این مورد اخیر طلبکار می‌تواند حین ابلاغ اجراییه یا پس از آن درخواست بازداشت مورد معامله را نیز بنماید (ماده ۱۱۲ آ.م.ا.ل.).

درخواست صدور اجراییه علاوه بر شرایط عمومی که آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مقرر داشته است، باید مطابق ماده ۲ آیین‌نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ وزارت دادگستری حاوی نکات ذیل نیز باشد:

اول- میزان اصل طلب؛

دوم - میزان اجور عقب افتاده (اگر قبوض اقساطی دارد پیوست نماید)؛

سوم - میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه.

۲-۱۲- مفاد اجراییه

دفترخانه تنظیم‌کننده سند معامله با حق استرداد، بنا به تقاضای بستانکار، مطابق ماده ۳۴ اقدام به صدور اجراییه خواهد کرد. مطابق این ماده اجراییه برای «اصل طلب»، «اجور» و «خسارت دیرکرد» صادر می‌شود:

الف) اصل طلب

منظور از اصل طلب مبلغی است که بدهکار تحت عنوان ثمن دریافت کرده، یا وجهی است که بدهکار برای تضمین آن، مال منقول یا غیرمنقول خود را، با حق استرداد آن به طلبکار تملیک نموده است. اجراییه برای «تمام اصل طلب» صادر می‌شود، حتی اگر طلبکار قبلاً قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد.

ب) اجور

اجور جمع اجرت است. قانون ثبت و ماده ۷۲۲ ق. آ. د. م. سابق منافع مورد معامله را در معاملات با حق استرداد، متعلق به انتقال‌گیرنده یا طلبکار می‌دانند.^{۴۴} به همین دلیل اگر مورد معامله در تصرف انتقال‌دهنده یا بدهکار باشد، او باید اجرت مدت مذکور را به طلبکار بدهد. این اجور در واقع بهره پولی است که تحت عنوان ثمن به بدهکار داده شده است.

۴۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۸۰.

ج) خسارت تأخیر تأدیه

ثمن معامله با حق استرداد عموماً وجه نقد است و در صورتی که انتقال-
دهنده، مبلغ مذکور را ظرف مدت مقرر در سند (مدت حق استرداد) نپردازد،
موظف است مبلغی را علاوه بر اصل و اجور تحت عنوان «خسارت تأخیر
تأدیه» بپردازد.

در رابطه با خسارت تأخیر تأدیه، نکات زیر باید مورد توجه قرار گیرند:

۱- مبدأ خسارت تأخیر تأدیه در معاملات با حق استرداد، تاریخ انقضای
مهلت مقرر در سند می‌باشد و احتساب آن نیازی به مطالبه طلبکار ندارد؛^{۴۵} این
در حالی است که در مورد رهن تصرف، مبدأ مذکور زمان تخلیه و تحویل می-
باشد (تبصره ۴ ماده ۳۴ ق.ث.).

۲- تعلق خسارت تأخیر تأدیه در معاملات با حق استرداد و در رهن
تصرف و به‌طور کلی در دیون و معاملات استقراضی، در صورتی است که وجه
التزامی بین طرفین در ضمن معامله اصلی یا هر نوع قرارداد و معامله دیگری،
به‌طوری که التزام مزبور راجع به معامله اصلی باشد، مقرر نشده باشد و بدهکار
در صورت دیرکرد به‌طور مستقیم به تأدیه آن ملزم نگردیده باشد (تبصره ۴ ماده
۳۴ ق.ث.).

۳- تحدید مبلغ خسارت تأخیر تأدیه: مطابق تبصره ۵ ماده ۳۴ قانون
ثبت و ماده ۳۶ این قانون، مبلغی که به‌عنوان خسارت تأخیر در اجراییه درج
می‌شود نمی‌تواند بیشتر از دوازده درصد در سال باشد. ولی هرگاه در سند،
کمتر از آن شرط شده باشد، همان مبلغ کمتر منظور خواهد گردید.

۴۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۲۶۸.

۴- خسارت تأخیر تأدیه در مورد دیون ورشکسته : گفته شد که مطابق تبصره ۴ ماده ۳۴ قانون ثبت، انتقال گیرنده یعنی همان بدهکار باید علاوه بر اصل طلب و اجور ، خسارت تأخیر تأدیه دین خود را نیز از روز انقضای مدت بپردازد. لیکن نویسندگان حقوق تجارت عقیده دارند جهت یکنواخت کردن وضع طلبکاران و همین طور پیشبرد امور تصفیه ، نباید به دیون ورشکسته بهره- ای تعلق بگیرد.^{۴۶}

هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در پی اختلاف نظر در شعبه اول و سوم آن دیوان در خصوص جواز پرداخت یا عدم پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به طلبکار وثیقه دار ورشکسته، در تاریخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ اقدام به صدور رأی وحدت رویه به شماره ۱۵۵ نموده است که به موجب آن به دیون ورشکسته، بهره ای تعلق نمی گیرد، اعم از اینکه طلبکار وثیقه داشته یا نداشته باشد.^{۴۷}

۳-۱۲- مرجع صدور اجراییه

مرجع صدور اجراییه، دفترخانه تنظیم کننده سند مذکور می باشد . گفته شد که مطابق مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت برای صدور اجراییه نسبت به اسناد معاملات با حق استرداد، احتیاجی به مراجعه به دادگاه نیست، اکنون باید دید آیا طلبکار با داشتن چنین حقی می تواند به دادگاه نیز مراجعه کند، یا اینکه مواد مذکور او را از داشتن چنین حقی محروم کرده اند؟

مرحوم آقای دکتر امامی با توجه به لازم الاجرا بودن سند رسمی، مراجعه دارنده آن را به دادگاه ، تحصیل حاصل دانسته و مصلحت را در این می بیند که

۴۶. قائم مقام ، دکتر محمد حسین ، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، ص ۸۴

۴۷. هیئت عمومی دیوان عالی کشور ، موازین قضایی ، ج ۴، صص ۱۰۷-۱۰۶.

«برای جلوگیری از تراکم دعاوی دادگاهها راهی برای منع رسیدگی دادگاه به سند رسمی در موارد غیرضروری پیش‌بینی شود».^{۴۸}

منظور از «موارد غیرضروری» همان مواردی است که مفاد سند رسمی منجز بوده و دفترخانه رأساً می‌تواند اقدام به صدور اجراییه کند.^{۴۹}

این استدلال مورد پذیرش دادگاهها قرار نگرفته است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در تاریخ ۱۳۶۰/۳/۱۶ با صدور رأی دارنده سند رسمی را مجاز به رجوع به دادگستری دانسته است. متن این رأی چنین است:

«رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور - نظر به اینکه مرجع تظلمات عمومی دادگستری است، فلذا به جز آنچه که در قانون مستثنا شده انواع مختلفه دعاوی از جمله دعاوی مربوط به اسناد رسمی و قبوض اقساطی لازم‌الاجرا در دادگاههای دادگستری قابل استماع و رسیدگی است و حکم ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و املاک مبنی بر اینکه مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم دادگستری لازم‌الاجرا است منافات و مغایرتی با حق و اختیار اقامه دعوا در دادگاههای دادگستری ندارد و لازم‌الاجرا بودن اسناد مزبور مزیتی است که در قانون برای چنین اسنادی در نظر گرفته شده است تا صاحبان حق بتوانند از هر طریقی که مصلحت و مقتضی می‌دانند، برای احقاق حق خود اقدام نمایند. بنابراین رأی شعبه نهم دادگاه صلح تهران که بر وفق نظر فوق صادر گردیده صحیح و مطابق موازین قانونی است.

این رأی بر طبق ماده ۳ اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مرداد ماه ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».^{۵۰}

۴۸. امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۸۳

۴۹. همان.

۵۰. رأی شماره ۱۲ وحدت رویه، ردیف ۹/۵۹ روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰، قسمت رویه‌های قضایی، ص ۱۶.

۴-۱۲- اجرائیه علیه چه کسی صادر می‌شود

اصولاً اجرائیه به طرفیت بدهکار صادر می‌شود (ماده ۳۴ ق.ث.). لیکن ممکن است مالک موضوع معامله شخص دیگری غیر از بدهکار و دارنده حق استرداد باشد. چنانچه شخصی حاضر شود در مقابل دین موجود دیگری مال خود را به طلبکار انتقال دهد با این شرط که هرگاه مدیون یا مالک، دین مذکور را پرداخت کردند، مال مذکور مسترد گردد، این معامله همان‌طوری که قبلاً نیز گفته شد مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح بوده و معامله با حق استرداد است (تبصره ۱ م ۳۴ ق.ث.). اکنون پرسش این است که در این موارد، اجرائیه به طرفیت چه کسی صادر و ابلاغ می‌شود؟ در این رابطه در قانون ثبت تصریحی نشده است، لیکن ماده ۱۱۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی چنین می‌گوید:

«در مواردی که وثیقه‌دهنده غیر از مدیون اصلی است ابلاغ اجرائیه و سایر عملیات اجرایی باید به طرفیت مالک وثیقه جریان یابد و در عین حال مراتب باید به مدیون نیز ابلاغ شود تا از جریان کار، آگاه گردد مگر اینکه ابلاغ به او متعسر باشد.»

۵-۱۲- ارسال اجرائیه به اداره ثبت و اطلاع به بدهکار

پس از اینکه دفترخانه بنا به تقاضای طلبکار اجرائیه را صادر کرد، باید آن را جهت اجرا به اداره ثبت بفرستد (ماده ۳۴ ق.ث.). این کار باید ظرف ۴۸ ساعت صورت گیرد (ماده ۱ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.). به علاوه، دفترخانه باید مراتب را به آخرین نشانی بدهکار یا مالک از طریق پست سفارشی اطلاع دهد و برگ اجرائیه را به ضمیمه قبض پست سفارشی جهت ابلاغ اجرائیه و عملیات اجرایی به ثبت محل ارسال دارد.

هرگاه محل اقامت متعهد در سند قید نشده و یا به جهات دیگر احراز محل اقامت میسر نباشد، ثبت محل موضوع اجراییه را به طور اختصار یک نوبت در یکی از جراید کنیرالانتشار محل یا نزدیکتر به محل آگهی خواهد نمود (تبصره ۳ ماده ۳۴).

۶-۱۲- ابلاغ اجراییه

ابلاغ اجراییه مطابق مواد ۱۴ به بعد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی به عمل می آید. به علاوه، آیین نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد نیز در این خصوص مقرراتی را طی مواد ۵ به بعد وضع کرده است که باید رعایت شوند؛ چون اشاره به همه این مقررات موجب تطویل بلاجهت کلام خواهد شد از این کار صرف نظر کردیم.

۷-۱۲- محل اقامت متعهد

اقامتگاه متعاملین همان است که در سند قید شده است؛ متعاملین مادام که تغییر اقامتگاه خود را قبل از صدور اجراییه به دفترخانه و قبل از ابلاغ به اجرا با نشانی صحیح و ذکر شماره پلاک محل اقامت اعم از خانه و مهمانخانه و غیره که بتوان اجراییه را به آنجا ابلاغ کرد اطلاع ندهند کلیه برگها و اخطاریه های اجرایی به محلی که در سند قید شده ابلاغ می شود و متعهد نمی تواند به عذر عدم اطلاع متعذر گردد (تبصره ۳ ماده ۳۴).

۱۳- ترتیب اجرا

۱-۱۳- تقاضای حراج و انصراف از آن

منظور از حراج «فروش مال (و یا اموال) در حضور جمع به وسیله عرضه آن به جمعیت به این ترتیب که پیشنهادکننده بالاترین قیمت، مشتری (برنده حراج) محسوب است»^{۵۱} می‌باشد.

باید توجه داشت، در شروع حراج مبلغی برای قیمت فروش عرضه نمی‌شود. این در حالی است که ماده ۳۴ مقرر می‌دارد:

«مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوقی و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد».

پس باید گفت، کاربرد اصطلاح «حراج» در این ماده، درست نیست و آنچه که باید صورت گیرد «مزایده» است نه حراج، زیرا در مزایده قیمت معینی به‌عنوان مبدأ و مأخذ شروع آن در نظر گرفته می‌شود.^{۵۲}

تقاضای حراج (مزایده) موضوع معامله اصولاً حق بدهکار می‌باشد. مطابق ماده ۳۴ قانون ثبت، در مورد اموال غیرمنقول، بدهکار می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه درخواست نماید که ملک از طریق حراج (مزایده) به فروش برسد. در این صورت اجرای ثبت یا ثبت محل، پس از انقضای شش ماه، اقدام به حراج (مزایده) خواهد کرد.

بدهکار می‌تواند تا قبل از فروش ملک، از تقاضای خود منصرف شود؛ در این صورت حراج (مزایده) مزبور موضوعاً منتفی خواهد بود.

در مورد اموال منقول، اعم از اینکه اجراییه نسبت به تمام یا باقیمانده طلب صادر شده باشد، هرگاه بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه،

۵۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، واژه حراج.

۵۲. همان، واژه مزایده.

نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید، مال موضوع معامله توسط اجرای ثبت به حراج (مزایده) گذاشته می‌شود.

تبصره ۹ ماده ۳۴ قانون ثبت، در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی، به بانک وام‌دهنده (طلبکار) نیز حق داده است ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه تقاضای حراج کند. مطابق این تبصره، پس از انقضای مدت مذکور اقدام به حراج (مزایده) خواهد شد، اعم از اینکه بدهکار تقاضایی برای حراج کرده یا نکرده باشد.

۲-۱۳- اقدام به مزایده و زمان آن

تقاضای حراج (مزایده) از سوی هر کسی صورت گرفته باشد، اجرای ثبت یا ثبت محل، در مورد اموال غیرمنقول پس از انقضای شش ماه و در مورد اموال منقول پس از انقضای چهار ماه، اقدام به مزایده خواهد کرد.

مطابق تبصره یکم ماده ۳۴ قانون ثبت، حراج (مزایده) اموال منقول و غیرمنقول بدون تشریفات انتشار آگهی خاص در روزنامه، در مرکز یا مراکز حراج به عمل می‌آید.

ختم عملیات حراج یا مزایده نباید از دو ماه تجاوز نماید و انجام حراج یا مزایده باید در هفته آخر دو ماه مذکور صورت گیرد.

همان‌طور که گفته شد، مقامی که اقدام به مزایده اموال بدهکار می‌کند، اجرای ثبت یا ثبت محل می‌باشد، لیکن در مورد بدهکار ورشکسته این‌طور نیست؛ فروش اموال بدهکار ورشکسته توسط اداره تصفیه صورت می‌گیرد (رای وحدت رویه شماره ۱۵۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۴۷/۱/۱۴).

۳-۱۳- مهلت نهایی بدهکار برای پرداخت دین

بدهکار در مورد اموال غیرمنقول هشت ماه و در مورد اموال منقول چهار ماه بعد از صدور و ابلاغ اجراییه ، حق دارد دین خود را پرداخت و مورد معامله را از وثیقه بودن آزاد کند.

بعد از گذشت این دو دوره، موضوع معامله یا از طریق مزایده به فروش می‌رود و یا به طلبکار تملیک می‌شود؛ در هر صورت امکان استرداد آن با پرداخت دین توسط بدهکار ، دیگر وجود نخواهد داشت .

۱۴- ختم اجرا

عملیات اجرایی که با صدور اجراییه و ابلاغ آن به بدهکار شروع شده بود، در موارد زیر خاتمه پیدا می‌کند:

۱-۱۴- پرداخت طلب بستانکار

هرگاه طلب بستانکار از طرف خود بدهکار یا از محل فروش مال موضوع معامله به طریق مزایده پرداخت شود ، عملیات اجرایی خاتمه پیدا می‌کند (تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر و تبصره ۸ ماده ۳۴ ق.ث.).

۲-۱۴- واگذاری مورد معامله به انتقال گیرنده

مطابق قانون مدنی ، هرگاه در معاملات با حق استرداد ، انتقال دهنده ظرف مهلت مقرر ثمن را رد نکند ، با انقضای مدت ، مال موضوع معامله ملک طلق خریدار می‌شود (مواد ۱۰ و ۳۹۹ و ۴۵۶ ق.م.).

با وجود این، قانون ثبت این اثر را از معاملات با حق استرداد سلب کرده و موضوع معامله را وثیقه طلب انتقال گیرنده قرار داده است.

هدف قانونگذار این بوده است که انتقال مال به انتقال گیرنده را در کنترل خود قرار داده و مانع از آن شود که انتقال گیرنده چیزی بیشتر از طلب خود به دست آورد.

معذک در مواردی، قانونگذار امکان واگذاری موضوع معامله را به انتقال گیرنده پیش بینی کرده است. این موارد به شرح زیر است:

الف) در خصوص اموال غیر منقول

اول - در صورت نبودن خریدار؛

دوم - در صورتی که تقاضای بدهکار (برای حراج ملک) ظرف مدت مقرر (شش ماه) به اجرا یا ثبت محل واصل نشود (ماده ۳۴ ق.ت.ث.).

ب) در خصوص اموال منقول

چنانچه مال به قیمتی بیش از طلب موضوع معامله و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه های قانونی تا روز حراج به فروش نرود (ماده ۳۴ ق.ت.ث.).

هرگاه موضوع معامله، مال غیر منقول باشد، با سند رسمی و هرگاه مال منقول باشد با تحویل آن به انتقال گیرنده واگذار می شود (ماده ۳۴ ق.ت.ث.).
در خصوص واگذاری موضوع معامله به انتقال گیرنده تذکر دو نکته ضروری است:

۱- لزوم رد وجوه دریافتی توسط انتقال گیرنده در صورت واگذاری مورد معامله به او

ممکن است انتقال دهنده و یا ثالث قبل از واگذاری موضوع معامله به انتقال گیرنده، قسمتی از طلب او را پرداخت کرده باشند. این پرداخت

همان‌طوری که قبلاً گفته شد، سبب فک هیچ قسمتی از مورد معامله نخواهد شد؛ تا وصول تمام طلب، مال موضوع معامله نیز به‌عنوان وثیقه باقی می‌ماند. مع‌ذلک، ممکن است نهایتاً به دلایلی که گفته شد، مال موضوع معامله به انتقال‌گیرنده واگذار شود. در این صورت انتقال‌گیرنده باید وجوهی را که دریافت کرده است مسترد دارد، زیرا خود او قبلاً همین مال را در مقابل ثمنی که اکنون عنوان طلب را داراست، از انتقال‌دهنده گرفته بود، پس اکنون که مال مذکور به‌طور قطعی به او واگذار می‌شود، نباید هیچ قسمتی از ثمن مذکور نزد او باقی باشد، چرا که این امر باعث دارا شدن بلا جهت او می‌شود و چون او نمی‌تواند بلا جهت دارا شود باید آن را به انتقال‌دهنده مسترد دارد.

هرگاه انتقال‌گیرنده از استرداد این وجه خودداری ورزد چه باید کرد؟ شورای عالی ثبت در رأی شماره ۸۹ خود به تاریخ ۱۳۴۵/۷/۳۰ چنین بیان داشته است:

«چنانچه بستانکار حاضر به تودیع مبلغ مورد اشتباه به نفع مدیون نباشد آگهی قهراً تجدید خواهد شد».

مطابق این رأی شورای عالی ثبت، باید مجدداً اقدام به مزایده شود، ولی چون مزایده از مبلغ ثابتی (مبلغ طلب، اجور عقب افتاده و خسارات دیرکرد) شروع می‌شود و این کار یک بار انجام شد و نتیجه‌ای نداد، باید تجدید آگهی برای «حراج» که عبارت است از فروش مال به هر مبلغ بیشتری که خریدار پیدا کند، صورت گیرد که این را هم قانون نپذیرفته است. به‌موجب قانون، در صورت نبودن خریدار، مال به طلبکار واگذار می‌شود.

در نتیجه به نظر می‌رسد تجدید آگهی صحیح نباشد. بهتر است که از انتقال رسمی یا تحویل مال به انتقال‌گیرنده خودداری گردد تا او وادار به استرداد وجوه دریافتی شود.

ماده ۳۴ در مورد بانک‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی مقرر می‌دارد که وجوه دریافتی از اصل طلب مسترد می‌گردد. به موجب این قسمت از ماده، هرگاه طلبکار، مؤسسه یا شرکت دولتی و یا بانک بوده و وجوهی را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری مورد معامله به او، فقط آن قسمت از وجوهی را که بابت «اصل طلب» دریافت کرده است باید مسترد کند. پس اگر طلبکار مذکور (بانک، شرکت یا مؤسسه دولتی) وجهی را تحت عنوان دیگری غیر از «اصل طلب» دریافت کرده باشد، ملزم به رد آن نخواهد بود.

۲- عدم کفایت مورد معامله نسبت به طلب

ماده ۷۸۱ قانون مدنی در خصوص عقد رهن چنین مقرر می‌دارد:

«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 برای نقیصه به رهن رجوع کند».

مع‌ذلک، با ترتیبی که ماده ۳۴ قانون ثبت در خصوص فروش مورد وثیقه (اعم از رهن و معاملات با حق استرداد) مقرر می‌دارد، در مورد رهن و معاملات با حق استرداد، مرتهن و انتقال‌گیرنده چنین حقی ندارند.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد:

«... مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد. در صورت نبودن خریدار ... ملک به موجب سند انتقال رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد. هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد دارد».

این ماده سه نکته را بیان می‌کند:

اول - مورد معامله به کمتر از مبلغ مزایده فروخته نخواهد شد؛
دوم - اگر به این قیمت خریداری پیدا نشد ملک به انتقال‌گیرنده واگذار می‌شود؛

سوم - اگر بستانکار مبلغی را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او، مبالغ مذکور باید مسترد گردند.

در نتیجه 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:

اولاً) مورد معامله در مقابل ثمن مندرج در سند به طلبکار واگذار می‌شود و این در واقع همان چیزی است که خود طرفین در سند می‌خواسته‌اند و عادلانه است.^{۵۳}

ثانیاً) بستانکار نه تنها حق رجوع به سایر اموال را ندارد،^{۵۴} بلکه حتی اگر مبلغی را قبلاً دریافت داشته بود نیز باید رد کند.^{۵۵}

۵۳. کاتوزیان، عقود اذنی و وثیقه‌های دین، همان، ص ۵۹۲؛ جعفری لنگرودی، رهن و صلح، همان، ص ۹۰.

۵۴. بند سوم ماده ۳۸ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۲/۱۰/۲۸ بیان می‌داشت، اگر موضوع معامله در تصرف ثالث باشد طلبکار می‌تواند به دادگاه رجوع کند و هرگاه حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرد مدعی می‌تواند برای بقیه به انتقال‌دهنده رجوع کند؛ به نظر می‌رسد این حق رجوع طلبکار به سایر اموال بدهکار که در این ماده آمده است، به موجب ماده ۳۴ اصلاحی نسخ شده است، زیرا به موجب ماده ۳۴ موضوع معامله هیچ‌گاه به کمتر از مبلغ اجراییه (اصل طلب، اجور، خسارات دیرکرد) به فروش نخواهد رفت، پس امکان رجوع به سایر اموال بدهکار موضوعاً منتفی است.

۵۵. رأی شماره ۱۹۲۹ مورخ ۱۳۲۷/۱۲/۲۴ شعبه چهارم دیوان عالی کشور، دکتر احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی، ص ۸۵.

۳-۱۴- استثناء: امتیاز بانک‌ها

در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی، هرگاه مورد معامله در حراجی که به میزان مجموع مبلغ طلب و خسارات، عوارض، حقوق و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، صورت می‌گیرد به فروش نرود، مجدداً اقدام به حراج می‌شود؛ لیکن این بار مبلغ حراج عبارت است از مبلغی که ارزیاب برای مال معین کرده است.

هرگاه بهای ارزیابی شده، بیشتر از مجموع طلب و خسارات و هزینه‌های قانونی تا روز حراج باشد، حراج از همان مجموع مبالغ و هزینه‌ها شروع می‌شود و اگر ارزیابی کمتر از این میزان باشد، بانک می‌تواند تا تعیین نتیجه قطعی حراج درخواست بازداشت سایر اموال مدیون را تا میزان باقیمانده طلب بنماید.

در هر حال، هرگاه مال موضوع معامله در حراج بار دوم به فروش نرسد، پس از اخذ کلیه حقوق، عوارض و هزینه‌های قانونی، مال مزبور به مبلغ شروع حراج به موجب سند رسمی به بانک واگذار می‌شود.

هرگاه مبلغی از طلب بانک باقیمانده باشد، از سایر اموال مدیون، تا میزان باقیمانده طلب بانک، ارزیابی و پس از قطعیت بهای ارزیابی، از طریق حراج به شرح فوق، استیفا خواهد شد (تبصره ۹ ماده ۳۴ ق.ت.ث.).

نتیجه

نظر به سوءاستفاده‌ای که از بیع شرط و معاملات مشابه آن شده است، قانون ثبت ایران، فقه عامه، قانون مصر، عراق و انگلیس هر کدام به طریقی در صدد مقابله با این گونه سوءاستفاده‌ها برآمدند.

در حال حاضر مقررات مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت ناظر بر معاملات فوق می‌باشند. به موجب این مقررات هیچ‌کدام از معاملات مورد نظر در عمل تملیکی نمی‌باشند. در این مورد فروشنده بدهکار و خریدار طلبکار محسوب می‌شود. خریدار نمی‌تواند خود را مالک مال بداند و باید طلب خود را از طریق اجرای ثبت یا دادگاه مطالبه کند. قانون ثبت با مداخله در معامله بیع شرط می‌خواهد از سوءاستفاده و حيله در این گونه معاملات جلوگیری کند. قانون ثبت برای نیل به این مهم، فروش موضوع معامله و پرداخت اصل طلب، اجور و خسارت دیرکرد طلبکار را پیش‌بینی کرده است. هرگاه این امر شذنی نبود، یعنی خریداری برای ملک مذکور پیدا نشد، آن‌گاه بر مبنای معامله اولیه، مال مذکور به مالکیت طلبکار (خریدار) درمی‌آید.

فهرست منابع :

الف) منابع فارسی

- ۱- احمدی طباطبایی، دکتر محمدجواد، اخذ به شفعه در حقوق ایران و فقه اسلام.
- ۲- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، ج اول، چاپ ۱۳۷۰.
- ۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، رهن و صلح، چاپخانه آفتاب، ۱۳۴۹.
- ۴- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ۵- جناتی، آیت‌اله محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، انتشارات کیهان، زمستان ۱۳۷۰.
- ۶- کاتوزیان، دکتر ناصر، عقود معین، ج سوم (عقود اذنی - وثیقه‌های دین)، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۴.
- ۷- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دوازدهم، مهرماه ۱۳۶۹.
- ۸- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- ۹- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره عقود معین، ج اول، معاملات معوض، عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- ۱۰- کاشانی، دکتر سید محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، دانشگاه شهید بهشتی (دانشگاه ملی)، چاپ دوم، سال ۱۳۵۴.

ب) منابع عربی

- ۱- نجفی، شیخ محمد حسن (معروف به صاحب جواهر)، جواهر الکلام: شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۹۴ هـ. ق.

- ۲-ردالمختار علی الدر المختار : حاشیه ابن عابدین ، دار الاحیاء التراث العربی ، ج چهارم، بیروت، بی تا .
- ۳- شهید ثانی ، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، ج سوم، منشورات جامعة النجف الدینیة، بی تا.
- ۴-الفتاوی الهندیة، شیخ نظام و گروهی از علمای هند ، ج سوم ، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۵- شیخ شمس الدین سرخسی ، المبسوط، با کوشش حاج محمد افندی تونسسی (فقه حنفی)، سال ۱۳۲۴ ، بی تا .
- ۶- عبدالله بن احمد بن قدامه (معروف به ابن قدامه)، المغنی، در فقه حنبلی و مقایسه آن با سایر مذاهب ، چاپ عالم الکتب ، بیروت، بی تا.
- ۷- شیخ مرتضی انصاری ، کتاب المكاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ ششم، ۱۳۸۰.

ج (مقالات و قوانین

- ۱-مجموعه قوانین و مقررات روزنامه رسمی ، سال ۱۳۶۴ .
- ۲-مهرپور، دکتر حسین ، مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶ و ۱۴۷، بهار و تابستان ۱۳۶۸ .

د) حقوق انگلیس

- 1- Kevin , Gray , Elements of Land law, University lecturer in Law, Cambridge.
- 2- Jenk, Edward , The Book of English Law Entity on Contracts, Vol. 2 , Specific Contracts , 1994.
- 3- Chitty on Contracts, 1994, Vol. 2, No. 41-002.