

Original Article


Rereading the Right to Demand Registration of Immovable Property in Transactions with the Right of Restitution from the Point of View of the Registration Law

Seyed Mohsen Razavi Asl*

Ph.D. of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Lecturer on Registration Law of Tolo Mehr Institute of Higher Education, Qom, Iran



Citation Seyed Mohsen Razavi Asl, **Rereading the Right to Demand Registration of Immovable Property in Transactions with the Right of Restitution from the Point of View of the Registration Law.** *J. Law Political Stud.*, 2023, 3(3), 153-166.

 <https://doi.org/10.48309/ilps.2023.3.1>



Article info:

Received: 27 July 2023

Accepted: 12 October 2023

Available Online: 01 December 2023

ID: JLPS-2310-1079

Checked for Plagiarism: Yes

ABSTRACT

Considering the strictness of the legislator in accepting the request for registration of real estates that are subject to transactions with the right of restitution and accepting the request for registration of such properties from the transferor pursuant to Article 33 of the Registration Law, except in cases where the confirmation of the transfer- The giver or the decision of the judicial authority from the transferee of the transferee's request for registration is accepted - on the condition that the right of restitution expires and the transferee's ownership is certain and no objection is received - it is clear that the legislator of registration, transactions with the right of restitution is not included in the transfer of ownership transactions, and this issue indicates that in the registration law, transactions with the right of return and specifically, examples such as conditional sale, are not considered among the transfer of ownership items. Therefore, in this research, which was carried out with a descriptive-analytical method and a library method, this issue and the necessity of preserving the public interest from the point of view of the registration law, considering the prevalence of such transactions in the society, has been investigated, and such a result It has been concluded that although according to Iran's civil law and the opinions of Shia jurisprudence scholars, conditional sale and other types of transactions with the right of restitution are valid contracts, However, in order to protect the public rights of the people of the society and to prevent the abuse of the benefited people and the exploitation of the needy class of the society, according to the provisions of Article 33 of the Registration Law, the legislator has decreed that in the case of real estates that are subject to transactions with the right of restitution, even in If the return deadline has expired and the property is in the hands of the transferee, the transferor's request for property registration will still be accepted.

Keywords:

Conditional sale, peace of mind, transactions with the right of restitution, usurious transactions, registration law.

بازخوانی حق بر تقاضای ثبت اموال غیرمنقول در معاملات با حق استرداد از دیدگاه قانون ثبت

سید محسن رضوی اصل*

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، مدرس حقوق ثبت مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر قم، قم، ایران



ارجاع سید محسن رضوی اصل، بازخوانی حق بر تقاضای ثبت اموال غیرمنقول در معاملات با حق استرداد از دیدگاه

قانون ثبت، نشریه حقوق و مطالعات سیاسی، دوره ۳، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۲: ۱۶۶-۱۵۳.

doi <https://doi.org/10.48309/ilps.2023.3.1>

چکیده



اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۵ مرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش: ۲۰ مهر ۱۴۰۲

تاریخ آنلاین شدن: ۱۰ آذر ۱۴۰۲

کد مقاله: JLPS-2310-1079

کلیدواژگان:

بیع شرط، صلح محاباتی، معاملات با حق استرداد، معاملات ربوی، قانون ثبت.

باتوجه به سخت گیری های مَقَن در پذیرش تقاضای ثبت املاکی که مورد معاملات با حق استرداد قرار گرفته اند و پذیرش درخواست ثبت این قبیل املاک از انتقال دهنده به موجب ماده ۳۳ قانون ثبت، مگر در مواردی که با تصدیق انتقال دهنده و یا رأی مرجع قضایی از انتقال گیرنده درخواست ثبت پذیرفته می شود آن هم به شرط انقضای موعده حق استرداد و قطعیت مالکیت انتقال گیرنده و عدم وصول اعتراض معلوم می گردد که قانون گذار ثبت، معاملات با حق استرداد را مشمول معاملات ناقل مالکیت ندانسته و این مسئله حاکی از آن است که در قانون ثبت، معاملات با حق استرداد و به طور مشخص، مصادیقی چون بیع شرط از عداد اسباب ناقل مالکیت دانسته نشده اند. لذا در این تحقیق که با استفاده از شیوه توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه ای انجام شده است، این مسئله و ضرورت حفظ مصلحت عموم از دیدگاه قانون ثبت با توجه به شایع بودن این قبیل معاملات در جامعه مورد بررسی قرار گرفته است و چنین نتیجه گیری شده است که اگر چه مطابق قانون مدنی ایران و نظرات علمای فقه شیعه، بیع شرط و سایر انواع معاملات با حق استرداد، از جمله عقود معتبر می باشند ولیکن قانون گذار با هدف حفظ حقوق عامه مردم جامعه و جلوگیری از سوءاستفاده افراد سودجو و استثمار طبقه نیازمند جامعه، مطابق مفاد ماده ۳۳ قانون ثبت، چنین مقرر نموده که در مورد املاکی که مورد معاملات با حق استرداد واقع شده اند، حتی در صورتی که موعده استرداد منقضی شده و ملک در ید انتقال گیرنده باشد، باز هم تقاضای ثبت ملک از انتقال دهنده پذیرفته خواهد شد.

مقدمه

تصرف انتقال گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است؛ زیرا با وجود حق استرداد در معامله صورت گرفته، مالکیت متعامل متزلزل است ولیکن برای حفظ حقوق وی، مطابق تبصره ۲ ماده ۳۳ مذکور، انتقال دهنده موظف است در هنگام تنظیم اظهارنامه و در ستون مربوطه حق انتقال گیرنده را تحت این عنوان که ملک، مورد معامله بیع شرط یا سایر عناوین معامله با حق استرداد است، قید نماید و ضمن تصریح به نام و سایر مشخصات وی در اظهارنامه ثبتی، حق موصوف و نام و

مطابق ماده ۳۳ قانون ثبت، املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده باشند و به طور کلی املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده باشند، اعم از این که مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در

همین جهت اگر پیش از حصول معلق‌علیه، منتقل‌عنه فوت نماید، ورثه وی ملک مذکور را به ارث می‌برند، البته با حفظ حقوق منتقل‌الیه، و وظیفه پرداخت مالیات برارث نیز بر عهده ورثه متوفی است و تلف چنین مورد معامله‌ای نیز از مال منتقل‌عنه است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۴) لذا در موارد مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، انتقال‌دهنده حق درخواست ثبت داشته و تنها می‌بایست حق منتقل‌الیه را در اظهارنامه قید نماید و مورد مذکور در ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت، استثنائی بر موارد مذکور در خصوص معاملات با حق استرداد است که به دلیل رابطه عاطفی میان مصالح و متصالح که منجر به عدم رعایت تعادل ارزش عوضین شده است، اجازه درخواست ثبت به متصالح، البته با قید حق فسخ مصالح، داده شده است. ولیکن آن چه که در این مقاله مورد بررسی می‌باشد این است که چرا در صورت انقضای مدت حق استرداد و یا اسقاط این حق توسط دارنده حق استرداد و تصرف ملک به وسیله انتقال‌گیرنده باز هم قانون گذار ثبت تأکید می‌نماید که در معاملات با حق استرداد، حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است؟ به همین منظور، در این تحقیق ابتدا ماهیت معاملات با حق استرداد مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به این مسئله پرداخته می‌شود که بر چه مبنایی در این‌گونه معاملات می‌توان حق تقاضای ثبت را برای انتقال‌دهنده در نظر گرفت و برای حفظ حقوق انتقال‌گیرنده چه باید کرد.

۱- معنای لغوی و اصطلاحی معاملات با حق استرداد

«استرداد» از نظر لغوی به معنای طلب بازپس‌گرفتن، داده واپس خواستن و رد کردن خواستن (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲/ ۱۸۱۳) و بازگرداندن خواستن (عمید، ۱۳۶۵: ۱/ ۱۶۸؛ معین، ۱۳۶۰: ۱/ ۲۴۷) آمده است و از لحاظ اصطلاح حقوقی، «حق استرداد» حقی است که به موجب آن مدیون در معاملات با حق استرداد می‌تواند با رد طلب بستانکار، مال مورد وثیقه را تحت تصرف کامل خود درآورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۷۳۲) و عنوان «معاملات با حق استرداد» اصطلاح حقوقی جدیدی است که قانون گذار ثبت آن را وارد ادبیات حقوقی ایران نموده است.

مشخصات طرف معامله باید در آگهی‌های نوبتی نیز قید شوند. همچنین تکلیف مشابهی در ماده ۱۱۶ قانون ثبت برای راهن در قبال مرتهن پیش‌بینی شده است که این تکلیف به املاکی اختصاص دارد که از طرف وثیقه‌گذار، درخواست ثبت می‌شوند و وثیقه طلب مرتهن محسوب می‌گردند و راهن ضمن تسلیم اظهارنامه ثبتی به نام خود، مکلف به قید حق صاحب وثیقه در اظهارنامه است. ولی در خصوص صلح محاباتی، باتوجه به این که در این عقد به طور عمدی تعادل ارزش عوضین را به دلیل وجود روابط عاطفی میان مصالح و متصالح رعایت ننموده‌اند و از جمله عقود مبتنی بر احسان و ارفاق است، مطابق ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت، درخواست ثبت از متصالح با قید حق فسخ برای مصالح پذیرفته می‌شود. (بهرامی، ۱۳۹۴: ۳۳۴ و ۳۴۱) اما ایرادی که به ماده ۳۰ مزبور گرفته می‌شود آن است که اولاً صلح غیرمحاباتی نیز اگر با حق فسخ برای مصالح همراه باشد، چنین بوده و متصالح در هنگام تقاضای ثبت می‌بایست در اظهارنامه تنظیمی، حق فسخ مصالح را قید نماید؛ لذا چه نیازی به قید صلح محاباتی در این ماده است؟ و ثانیاً در بیع محاباتی نیز چنین بوده و متعامل می‌تواند با قید حق فسخ بایع در اظهارنامه تنظیمی، اقدام به درخواست ثبت ملک مورد معامله نماید؟ در نتیجه به نظر می‌رسد بهتر بود قانون‌گذار در ماده مذکور به صلح محاباتی و غیرمحاباتی و همچنین دیگر معاملات محاباتی پرداخته و برای درخواست‌کننده ثبت ملک، قید حق فسخ طرف مقابل را الزامی می‌کرد. عده‌ای بر این باورند که در بیان تفاوت میان ماده ۳۳ قانون ثبت با ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت و در مقام پاسخ‌گویی به اشکالات مطرح شده، باید به این نکته توجه داشت که در عقود معلق مانند بیع معلق و یا صلح معلق، باید تقاضای ثبت از شخصی پذیرفته شود که مال خود را به دیگری منتقل نموده است، زیرا در چنین معاملاتی، تملیک ملک به طور نهایی در حین ایجاب و قبول عقد واقع نمی‌شود، بلکه پس از عقد هم کماکان منتقل‌عنه مالک ملک بوده و خریدار فقط دارای حق عینی نسبت به مورد معامله است و به

است و همین امر موجب می شود تا افراد سودجو از این نیاز و ضرورت پیش آمده به دنبال کسب سود باشند و با قرض ربوی سعی نمایند تا با کم ترین زحمت، سود سرشاری را به دست آورند و از آن جایی که در تمامی ادیان الهی، معاملات ربوی منع شده است، همواره به دنبال راهی بوده و هستند که به عمل خود جنبه شرعی و قانونی بدهند که شاخص ترین این طرق که مورد سوءاستفاده این افراد قرار گرفته است، بیع شرط است که از مصادیق بارز معاملات با حق استرداد تلقی می گردد و نام دیگر آن بیع استقراضی یا بیع به قصد استقراض است (امامی، ۱۳۸۷: ۱/ ۵۴۴؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۷۹).

که در نتیجه آن، فردی که نیاز به استقراض پول دارد، در ازای دریافت آن پول، یکی از اموال خود را به فرد قرض دهنده (مقرض) در ازای مبلغ معینی که همان وجه مورد استقراض می باشد، می فروشد مشروط به این که چنان چه ظرف مدت تعیین شده در ضمن عقد بیع، بتواند آن مبلغ را رد نماید، مبیع مزبور را مسترد کند و معامله را فسخ نماید. از سوی دیگر، فرد قرض دهنده (مقرض) که مشتری در بیع شرط می باشد، برای دریافت سود (ربح) پول خود می تواند در مدت خیار، مال مورد معامله را به فرد قرض گیرنده (مقترض) که همان بایع در بیع شرط می باشد یا شخص دیگری اجاره دهد و ماهیانه مبلغی را به عنوان اجاره بها دریافت کند که در واقع برای مقرض، سود و ربح مال قرض داده محسوب می گردد. (مبلغی و آیین و جمشیدیان، ۱۳۹۳: ۷) در میان فقهای شیعه و اهل سنت در خصوص مبدء پیدایش این نهاد حقوقی اختلاف نظر وجود دارد زیرا از دیدگاه فقهای شیعه، این تأسیس عقلائی و حقوقی در اواخر قرن اول و اوایل قرن دوم هجری قمری وجود داشته و مبتلا به مردم آن دوران بوده است و دلیل فقهای شیعه بر این مدعا، روایات متعددی است که از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) در این خصوص نقل شده است. (حرّ عاملی، ۱۴۱۴ ق: ۱۸/ ۱۸ و ۱۹).

(نجفی، بی تا: ۱۱؛ گلشاد گیلانی و علیپور قوشچی، ۱۳۹۵: ۷۴) قانون گذار ثبت در متمم دوم قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۰۷ چنین مقرر نمود که: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی با شرط نذر خارج یا شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با شرط استرداد انتقال داده شده و مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد هنوز باقی است، انتقال دهنده حق دارد تقاضای ثبت کند ولی مکلف است حق طرف را نیز در تقاضانامه خود قید کند. هرگاه انتقال دهنده در ظرف مدت بخواهد از حق خود استفاده کند باید با اطلاع اداره ثبت محل ملک نماید. اگر انتقال دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد، طرف می تواند صدور سند مالکیت قطعی خود را نسبت به ملک مورد معامله که در دفتر املاک به اسم انتقال دهنده ثبت شده است، تقاضا نماید.» (مینا، ۱۳۸۲: ۷۴) سپس قانون گذار ثبت در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، طی ماده ۳۳ اصلاحی ۱۳۱۲/۱۰/۲۸، حق تقاضای ثبت املاکی را که مورد معامله با حق استرداد قرار گرفته باشند را، اعم از این که مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده، به انتقال دهنده داده است. لذا مطابق مواد قانون ثبت، بالاخص ماده ۳۳ و ۳۴ این قانون، بهترین تعریف «معاملات با حق استرداد» را می توان این گونه بیان نمود: «منظور از معامله با حق استرداد، هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با ردّ 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 خارج» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۷۷)

۲- ماهیت معاملات با حق استرداد

مسئله نیاز به استقراض جهت رفع برخی نیازهای ضروری افراد از دیرباز تا کنون در جوامع مختلف بشری وجود داشته

به قاعده لاضرر نسبت به طرف دیگر که از آن عقد متضرر گردیده، رفع می شود و در نتیجه، وی حق فسخ عقد را به دست می آورد. (صادقی مقدم و شیخ، ۱۳۹۸: ۳۶)

۴- آیا معاملات با حق استرداد یک عنوان مستقل است یا اصطلاحی حقوقی است برای مصادیق متعدّد؟

برخی از حقوق دانان در خصوص معامله با حق استرداد قائل به این نظرند که معامله ای است که به موجب آن شخص، مال خود را در ازای وجه دریافتی ظاهراً به دیگری انتقال می دهد؛ ولی حق استرداد آن را در مدت معینی با بازپرداخت وجه دریافتی و امور عقب افتاده و زیان دیرکرد، برای خود حفظ می نماید. (صفایی، ۱۳۹۵: ۲/۴۵۳) لذا با عنایت به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، معامله با حق استرداد از دیدگاه آن ها عقد مستقلی است که به موجب آن احدی از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می دهد و در مقابل مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی می پذیرد که پس از انقضای مدت مزبور، طلب خود را از طرف مقابل دریافت و مال مورد وثیقه را نیز به وی مسترد می کند. بنابراین بر طبق نظر این دسته از حقوق دانان، معامله با حق استرداد عقد واحدی است که از نظر تحلیل حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه می باشد و به عبارت دیگر، مخلوطی از عقد قرض و عقد وثیقه (رهن) است. (امامی، ۱۳۸۷: ۵۴۸؛ صدقی، ۱۳۹۹: ۱۱۱؛ نظری سرمازه و حیدری، ۱۴۰۰: ۲۰؛ فاطمی قمشه، ۱۴۰۰: ۴۶) دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق بر این نظر است که هر عقدی که موضوع آن مال غیرمنقول بوده و به عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار بستانکار قرار داده شده باشد تا طبق شرایط قانونی، در صورتی که مدیون از پرداخت دین امتناع نمود، از محل آن مال وثیقه طلب خود را تأمین کند، چون در این معاملات نقل عین صورت نمی گیرد لذا ذکر کلمه استرداد که نقل مال را به ذهن متبادر می نماید صحیح نبوده و عنوان صحیح برای این گونه از معاملات را باید «معاملات وثیقه ای غیرمنقول» نهاد و معاملات استقراضی اعم از معاملات با حق استرداد می باشد زیرا ممکن است قرض

و اشارات ائمه معصومین (علیهم السلام) به این نهاد حقوقی مستدل ترین و محکم ترین دلیل و برهان فقهای شیعه بر اعتبار و صحت این گونه از معاملات می باشد و همین امر سبب شده است تا در میان فقهای شیعه در خصوص صحت این معاملات ادعای اجماع شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۳/۲۰۲).

و حتی یک نفر را نمی توان یافت که حکمی بر خلاف سایرین در این خصوص داده باشد. اما فقهای اهل سنت بر این عقیده اند که این نهاد حقوقی بعد از قرن چهارم و در اوایل قرن پنجم هجری قمری یعنی پس از عصر اجتهاد و استقرار مذاهب پدید آمده است و از این منظر جزو عقود مستحدثه تلقی می گردد. (میرمعزی، ۱۳۸۷: ۲۷ و ۲۸؛ مبلغی و آیین و جمشیدیان، ۱۳۹۳: ۹) قاطبه فقهای اهل سنت بیع شرط را از جهت صوری بودن مملک نمی دانند و آن را باطل دانسته اند و این در حالی است که فقهای امامیه بالاجماع قائل به صحت چنین قراردادی هستند و آن را مملک می دانند ولیکن معتقدند که مالکیت خریدار در این گونه معاملات نسبت به مبیع، متزلزل می باشد. (مبلغی و آیین و جمشیدیان، ۱۳۹۳: ۲۶)

۳- مبنای حق فسخ در معاملات با حق استرداد

فقهای شیعه در باب مبنای ایجاد حق فسخ عقد برای احدی از طرفین معاملات با حق استرداد مبانی مختلفی را برگزیده اند. غالب فقها از قاعده لاضرر و لزوم جلوگیری از ورود ضرر و زیان به عنوان مبنای حق فسخ نام برده اند و برخی از متأخرین از فقها نیز حکومت اراده و تخلف از شرط صریح یا ضمنی را مبنای حق فسخ دانسته اند ولیکن در بین حقوق دانان در این خصوص بحث زیادی انجام نشده است؛ زیرا بیش تر آنان با نظر فقها در خصوص مبنای حق فسخ بر اساس قاعده لاضرر موافق بوده اند و معتقدند در مواردی که عقدی منجر به ورود ضرر و زیان غیرعادلانه به احدی از طرفین عقد شود و از آن جایی که این زیان غالباً منتسب به رفتار یا حتی گفتار طرف مقابل است، حکم لزوم با استناد

بدون وثیقه باشد یا وثیقه آن مال منقول باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۷۷۲).

لذا وی معتقد است که «معاملات وثیقه ای» عنوان کلی دیگری است که به معاملات با حق استرداد داده شده است و آن عبارت است از «هر معامله ای که به موجب آن شخصی (اعم از این که 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 خواه نه.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۲۹۴).

در نتیجه از دیدگاه این گروه از حقوق دانان، «معاملات با حق استرداد» عبارت است از این که یکی از طرفین، مالی را به عنوان قرض به دیگری تملیک می کند اما برای اطمینان از این که وام در زمان مقرر بازپرداخت می گردد، مطالبه وثیقه و رهن می کند تا در موعد مقرر در صورت عدم دریافت طلب خود بتواند از محل وثیقه مزبور، طلب خود را وصول نماید. (صدقی، ۱۳۹۹: ۱۱۱).

به عبارت دیگر با توجه به نظر این گروه از حقوق دانان می توان معاملات با حق استرداد را این گونه تعریف نمود که عقدی است تشریفاتی و لازم که به موجب آن یک طرف عقد در مقابل دریافت وجه، مالی اعم از منقول و غیرمنقول را برای مدت معینی وثیقه بازپرداخت آن قرار می دهد و با پرداخت دین، اعم از اصل طلب و عنداللزوم خسارات تأخیر تأدیه، مورد وثیقه آزاد می گردد و در غیر این صورت و عدم انصراف طلبکار از استیفای مطالبات خود از محل وثیقه (اعراض) با تقاضای وی و صدور اجرائیه از طریق دفاتر اسناد رسمی، عقد مذکور منتج به نقل مالکیت می گردد. (روشن قبری، ۱۳۸۷: ۲۲) همچنین از آن جایی که به اعتقاد برخی از حقوق دانان معامله با عقد مترادف است از این عقد به معامله تعبیر شده است زیرا تفاوت معامله و عقد را در این دانسته اند که معامله بیش تر رنگ و بوی اقتصادی دارد و به همین دلیل اصطلاح معامله به عقود مالی و معوض اختصاص یافته است (رفیعی، ۱۳۷۸: ۵۴).

لذا معامله در معنای اخص به هر نوع رابطه حقوقی که موضوع آن امور مالی باشد اطلاق می گردد. (شهیدی، ۱۳۸۲:

۲؛ نظری سرمازه و حیدری، ۱۴۰۰: ۱۶).

اما از دیدگاه برخی دیگر از حقوق دانان، معاملات با حق استرداد یک عقد مستقل نبوده و هر معامله تملیکی و معوض 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 قید شده باشد، معامله با حق استرداد محسوب می گردد و تبصره ماده ۳۳ قانون ثبت بیان گر این اماره است که خلاف تعریف فوق غیرقابل اثبات است: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آن که در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد، مشمول جمیع مقررات راجع به معاملات با حق استرداد خواهد بود، اعم از این که معامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد، اشخاص ثالثی را به ای نحو کان مداخله داده باشند.» (گلشاد گیلانی، ۱۳۹۵: ۷۴).

لذا مطابق این دیدگاه، اصطلاح «معامله با حق استرداد» بیان شده در ماده ۳۳ قانون ثبت، از جهتی عام تر از بیع شرط است و از منظری دیگر، خاص تر از آن می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۷۲).

از این نظر عام تر است که به بیع شرط محدود نمی شود و هر معامله تملیکی را شامل می شود مانند صلح و از این جهت خاص تر است که ناظر به املاک می باشد. (گلشاد گیلانی، ۱۳۹۵: ۷۴).

همچنین در ماده ۳۳ قانون ثبت، منظور از بیع با شرط وکالت این است که در عقد بیع، شرط شود که بایع وکیل خریدار باشد تا در مدت معینی بتواند با ردّ ثمن دریافتی، مبیع را به خود منتقل و مسترد نماید و منظور از شرط نذر خارج مذکور در این ماده این است که طرفین عقد بیع، شرط نذر می نمایند که هرگاه بایع، ثمن دریافتی را به مشتری رد کرد، مبیع مجدداً ملک او باشد. (عسکری، ۱۳۸۵: ۲۲۳).

در نتیجه، مطابق تعریف این گروه از حقوق دانان، معامله با حق استرداد یک عقد مستقل در کنار سایر عقود نیست بلکه

می گرفت، چنان که در مباحث فقهی بدین نحو به مباحث بیع شرط پرداخته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳/۱۵).

اما بیع شرط که به لحاظ ماهوی دارای اثر تملیکی است با گذشت زمان از مسیر اصلی خود منحرف شده و وسیله ای برای سوءاستفاده سرمایه-داران و رباخواران از افراد ضعیف جامعه شد تا از طریق ساختار و کارکرد این نهاد فقهی و حقوقی بتوانند افراد بی بضاعت جامعه را در مضیقه قرار دهند و املاک آن ها را از دستشان خارج کنند زیرا به اعتقاد برخی فقها و حقوق دانان، هدف بایع در بیع شرط، در واقع استقرار است ولی برای این که موضوع جنبه شرعی داشته باشد و عنوان ربا پیدا نکند، قرض گیرنده (بایع) ملک خود را به قرض دهنده (خریدار) می فروشد و پولی را که دریافت می کند در جهت رفع نیازمندی های خود مصرف می نماید و به همین علت است که در عقد بیع شرط قید می شود که چنان چه بایع مثل آن چه را که گرفته است به مشتری مسترد کند، می تواند عقد بیع را فسخ نماید. (امیراقدم و برجی، ۱۳۹۲: ۱۵؛ گلشاد گیلانی و علیپور قوشچی، ۱۳۹۵: ۷۴ و ۷۵).

مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی که مقرر داشته است: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود با قید اختیار برای بایع، بنابراین اگر به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس، بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است» انتقال مالکیت به خریدار در بیع شرط به محض انعقاد قرارداد صورت می-گیرد، ولیکن با وجود حق فسخ برای بایع، تا زمان انقضای موعد حق استرداد، این مالکیت متزلزل و شکننده است و به همین دلیل است که برخی حقوق دانان، از خصوصیات بارز معاملات با حق استرداد را آن می دانند که مال مورد وثیقه به موجب این عقود از مالکیت مالک اولیه خارج نمی شود و از جمله خواهد بود بر این ادعا را ماده ۳۳ قانون ثبت دانسته اند که مطابق آن

اصطلاحی است جهت معرفی آن دسته از معاملاتی که قانون ثبت اقدام به حذف برخی از آثار آن ها کرده است. پس این عقود معوض و تملیکی نظیر بیع شرط یا صلح با حق استرداد، اصالت و ماهیت خود را به عنوان بیع یا صلح از دست نمی دهند. (نظری سرمازه و حیدری، ۱۴۰۰: ۲۱).

۵- نقد دیدگاه قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد و تفاوت آن با قانون مدنی و فقه شیعه

در حقوق ایران، صور احتمالی حق استرداد عبارت‌اند از: شرط خیار، شرط نذر خارج، شرط وکالت و حق استرداد به‌طورکلی. البته از تبصره یک ماده ۳۳ قانون ثبت چنین استفاده می گردد که قانون گذار، معاملات با حق استرداد را احصاء ننموده و فقط در بیان برخی مصادیق، آن هم مصادیق بارز آن بوده است. (نظری سرمازه و حیدری، ۱۴۰۰: ۲۲) در قانون مدنی دومین عقد لازمی که احکام آن مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، بیع شرط می باشد و چون بیع شرط به لحاظ ماهوی بیع است با حق خیار برای بایع، صحیح آن بود که مطالب مربوط به آن به‌عنوان ادامه مباحث بیع و در همان بخش مربوط به بیع بیان می گردید و این بیان احکام بیع شرط به‌عنوان یک مبحث مستقل در قانون مدنی نشان دهنده اهمیت خاصی است که نسبت به این عقد در زمان تدوین و تصویب قانون مدنی وجود داشته است و بنا بر همین اهمیت فوق العاده به دلیل شیوع و ابتلای آحاد مردم به انجام چنین عقدی و تأثیر زیاد آن بر مسائل اقتصادی بوده است که به صورت بخشی جدا بدان پرداخته شده است. (گلشاد گیلانی و علیپور قوشچی، ۱۳۹۵: ۷۴).

در واقع، شیوع و رواج این گونه از معامله به ویژه استفاده از ساختمان حقوقی آن برای گرفتن سود (ربح) پول، نویسندگان قانون مدنی را بر آن داشت تا فصل مستقلی را به آن اختصاص دهند، در حالی که آن چیزی که بیع شرط را از سایر انواع بیع متمایز می سازد، وجود خیار شرط در آن است و بجا بود که در ضمن مباحث خیار شرط مورد بررسی قرار

است: «نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود.» لذا مالکیت نمات و منافع منفصله مورد معامله در معاملات با حق استرداد، از آن خریدار می باشد و این نشان می دهد که به محض وقوع عقد، مالکیت خریدار بر مورد معامله مستقر می گردد ولیکن به دلیل وجود حق فسخ، این مالکیت متزلزل می باشد و به محض استفاده فروشنده از حق فسخ خود، این مالکیت زایل می گردد و نکته جالب آن جا است که با وجود تحقق این مالکیت متزلزل برای خریدار، همچنان علقه مالکیت فروشنده نیز به نوعی به مورد معامله وجود دارد و به همین علت است که قانون گذار در ماده ۶۶۲ قانون مدنی به تاسی از فقه امامیه مقرر داشته است که: «اگر مبیع به شرط به واسطه فوت مشتری به ورثه او منتقل شود، حق فسخ بیع در مقابل ورثه به همان ترتیبی که بوده است باقی خواهد بود» و البته این ماده نشان دهنده مالکیت خریدار در معاملات با حق استرداد بر مورد معامله نیز می باشد زیرا اگر مال مورد معامله به مالکیت خریدار در نمی آمد، قاعدتاً با فوت وی نیز نباید به ورثه وی منتقل گردد و لذا در معاملات با حق استرداد، با فوت خریدار چون مالکیت وی به محض عقد بر مورد معامله مستقر شده است، مال مورد معامله به ورثه وی منتقل می شود و از طرف دیگر، چون همچنان علقه مالکیتی بین فروشنده و مال مورد معامله با وجود حق فسخ به صورت ضعیف باقی مانده است، این حق فسخ وی در برابر ورثه باقی خواهد ماند. البته در بحث منافع و نمات حاصله در مورد معاملات با حق استرداد بایستی بین این گونه معاملات با عقد رهن تفاوت قائل شد؛ زیرا اگر چه قانون گذار در ماده ۳۴ قانون ثبت، معاملات رهنی و با حق استرداد را با هم ذکر نموده است و به نوعی برای معاملات با حق استرداد اثر رهنی قائل شده است، ولیکن باید به این نکته توجه نمود که منافع منفصله مورد معامله در معاملات با حق استرداد مطابق مفاد مواد ۲۸۷ و ۴۵۹ قانون مدنی به خریدار تعلق دارد که در واقع

حق تقاضای ثبت ملک در معاملات با حق استرداد از فرد انتقال دهنده پذیرفته می شود و تدوین مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و تأسیس عنوان جدید «معاملات با حق استرداد» را به منظور سلب اثر تملیکی از بیع شرط جهت جلوگیری از تقلب و سوءاستفاده از قانون بیان نموده اند. (نجفی، بی تا: ۱۱ و ۱۲؛ کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۲ / ۲۵۱)

همچنین این عده از حقوق دانان در جهت اثبات نظریه خود به ماده ۶۶۰ قانون مدنی استناد نموده اند که مطابق آن: «در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید» و این را به معنی محدود نمودن سلطه خریدار نسبت مبیع در معاملات با حق استرداد دانسته اند که حکایت از عدم انتقال مالکیت مورد معامله در معاملات با حق استرداد دارد و لذا خریدار در معاملات با حق استرداد و به طور مشخص بیع شرط نمی تواند مورد معامله را بفروشد یا تلف کند یا رهن دهد و به عبارت دیگر، علاوه بر عدم حق بر انتقال مالکیت، حتی حق انجام تغییرات اساسی در مورد معامله را ندارد و این با قاعده تسلیط و عموم حدیث نبوی «انّ الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۳ ق: ۱ / ۲۲۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳ ق: ۲ / ۲۷۲).

در تضاد می باشد مگر این که عقود و معاملات با حق استرداد را ناقل مالکیت محسوب ننماییم. از سوی دیگر، قانون گذار در قسمت آخر ماده ۴۵۹ قانون مدنی چنین مقرر داشته است که در بیع شرط، نمات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ، مال مشتری است و این نشان می دهد که قانون گذار در بیع شرط برای خریدار حق مالکیت قائل شده است که نمات و منافع حاصله را از حین عقد تا حین فسخ که مالکیت خریدار بر مورد معامله پایان می پذیرد از آن وی دانسته است. اگرچه قانون گذار در ماده ۴۵۹ قانون مدنی در خصوص نمات حاصله در بیع شرط، بین نمات و منافع متصله و منفصله فرقی نگذاشته است ولی تفصیل آن را می توان از ماده ۲۸۷ قانون مدنی به دست آورد که مقرر نموده

همان ربح و سود پول پرداختی وی در ازای مبیع است، ولی منافع عین مرهونه در عقد رهن، چه منافع و نمآت منفصله و چه منافع و نمآت متصله، متعلق به راهن است مگر آن که بین طرفین شرطی بر خلاف آن شده باشد (امیر اقدم و برجی، ۱۳۹۲: ۱۹؛ صدقی، ۱۳۹۹: ۱۲۲).

و این بدان علت است که عقد رهن ناقل مالکیت نمی باشد ولیکن عقود و معاملات با حق استرداد و بالاخص مصداق بارز آن یعنی بیع شرط، ناقل مالکیت مورد معامله به خریدار هستند.

حال سؤالی که مطرح می شود آن است که با وجود آن که قانون گذار در قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه و نظر مشهور فقهای شیعه، بیع شرط و سایر انواع معاملات با حق استرداد را دارای اثر تملیکی دانسته است، چرا قانون گذار ثبت در مواد ۳۳ الی ۳۹ قانون ثبت، اثر تملیکی معاملات با حق استرداد را از آن ها زائل نموده و ماده ۴۰ این قانون را به عنوان ضمانت اجرای این مواد قرار داده است؟ جهت پاسخ به این پرسش توجه به زمینه وضع این مواد حائز اهمیت می باشد زیرا قانون گذار در ابداع و ایجاد اصطلاح «معاملات با حق استرداد» جهت برخی از انواع معاملات که در فقه امامیه و حقوق موضوعه کشور ما مسبوق به سابقه بوده و می باشند، ملاحظات و اهدافی را مد نظر داشته و لحاظ نموده است که دست یابی به این اهداف با سایر ابزارهای حقوقی موجود در زمان وضع مواد ۳۳ به بعد قانون ثبت میسر نمی گردید که عبارتند از: حمایت از افراد بدهکار و بی بضاعت جامعه در مقابل سرمایه داران سودجو، جلوگیری از شیوع و گسترش معاملات ربوی با استفاده از ساختار حقوقی و مشروعیت فقهی این دسته از معاملات بالاخص بیع شرط و در نهایت، هدایت منابع مالی موجود در سطح جامعه به سوی فعالیت های مولد اقتصادی بجای انجام معاملات ربوی با استفاده از معاملات با حق استرداد. لذا وضع این مواد قانونی به نوعی بیان گر نیازهای اجتماعی و اقتصادی جامعه در زمان وضع آن ها می باشد که با تحولات اجتماعی رخ داده در جامعه ایران بعد از

انقلاب اسلامی، به نظر می رسد برداشت های دیگری از سوی نهادهای قضایی و رسمی کشور از این مواد قانونی بدون در نظر گرفتن اهداف اولیه قانون گذار از تصویب آن ها شده است که با اهداف مزبور در تعارض قرار می گیرد. (روشن قنبری، ۱۳۸۷: ۱۸)

در خصوص معاملات با حق استرداد باید به این نکته توجه داشت که در ابتدا متشرعین در معاملات شرطی سعی بر این داشتند تا بین ثمن و مثن معامله تناسب ارزشی رعایت شود. در نتیجه، با بیع هیچ گاه حقوق خود را ضایع شده نمی دید و هرگاه مطابق شرط مندرج در معامله اراده می کرد می توانست از حق خیار خود استفاده نماید. اما رفته رفته این نوع از معاملات جنبه صوری به خود گرفت و ماهیت آن به صورت وثیقه ای در انجام معاملات استقراضی تلقی شد و به همین علت، دیگر بین ثمن پرداختی با قیمت واقعی ملک مورد معامله تناسبی وجود نداشت (طاهری زاده، ۱۳۹۸: ۵).

لذا مصادیق مختلف معاملات با حق استرداد و به خصوص بیع شرط به مرور زمان بدین نحو انجام می گردید که معاملاتی با حجم بالا و در قالب عقود مشخص بیع شرط و غیره واقع می شد که اکثریت موارد آن بنا بر عرف اجتماع و طبق قصد حقیقی طرفین، ربوی و تنها عده قلیلی از آن به واقع به نحو بیع شرط شرعی و مانند آن که مشمول آیه ۲۷۵ سوره مبارکه بقره که می فرماید: «... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...» می باشند واقع می گردیدند و بر طبق مرجحات با بیع تعادل و ترجیح مذکور در اصول فقه امامیه، در تراحم حکمین بایستی به اهم عمل نمود که همان حرمت ربا می باشد نه این که با تخصیص اکثر، هنوز بیع شرط را دارای اعتبار تام دانست. این مسئله به نوعی در قانون مدنی نیز مورد توجه قانون گذار قرار گرفته است و به همین دلیل در ماده ۴۶۳ این قانون مقرر داشته است که «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد با بیع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود» و به همین علت، قانون گذار ثبت در این خصوص ابتدا ماده ۲ قانون متمم قانون ثبت را در دی ماه ۱۳۰۷ به تصویب رساند که

شرط) را مطرح کرد به نحوی که برخی آن را قانون حمایت از بدهکار می نامیدند. (روشن قنبری، ۱۳۸۷: ۱۹).

در همین راستا و طی اصلاحاتی که در سال ۱۳۵۱ نسبت به برخی مواد این قانون انجام شد، قانون گذار برای جلوگیری حداکثری از سوء استفاده کنندگان از فرصت های قانونی موجود در خصوص بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد و در راستای نظارت و حاکمیت هرچه بیشتر قانون بر معاملات شرطی و از طرفی ایجاد نظم و انسجام بخشیدن به معاملات رهنی که بین بانک ها و مشتریان آن ها منعقد می گردید، اقدام به تصویب مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت نمود که طبق این مصوبات، اثر تملیکی را از کلیه معاملات با حق استرداد سلب کرده و بر آن ها صرفاً اثر وثیقه ای بار نمود. پس از آن در سال ۱۳۸۶ ماده ۳۴ مزبور اصلاح و ماده ۳۴ مکرر حذف گردید و بدین نحو، معاملات با حق استرداد دیگر دارای اثر تملیکی نبوده و قانون گذار ثبت، هرگونه معامله با حق استرداد را تنها مفید قرض دانست و حقوق وام دهنده را منحصر به حق درخواست صدور اجرائیه از اجرای ثبت جهت مزایده مال مورد وثیقه، آن هم در صورت رعایت مهلت حداکثری معین شده در ماده ۳۴ قانون ثبت اعلام نمود. (گلشاد گیلانی و علیپور قوشچی، ۱۳۹۵: ۷۵)

پس از انقلاب اسلامی چون راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۳۳ این قانون در خصوص مطابقت با موازین شرعی بحث های زیادی در جامعه حقوقی و فقهی مطرح گردید، شورای عالی قضایی وقت در این خصوص از فقهای شورای نگهبان کسب تکلیف نمود که این شورا در جلسه رسمی مورخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ مواد مذکور را مورد بحث و بررسی قرار داده و به شرح زیر با اکثریت آراء طی نظریه شماره ۴۸۹۸ مغایرت نظر قانون گذار ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد و ترتیبات قانونی مقرر در ماده ۳۴ قانون ثبت را با موازین شرعی اعلام نمود:

«... در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع خود، پس از انقضای مدت و عدم اخذ

مطابق آن برای نخستین بار بیع شرط را با شرایط خاصی مقید و محدود نمود بدین ترتیب که به انتقال دهنده (بایع) تکلیف نمود که حق طرف مقابل (خریدار) را در تقاضانامه ثبت ملک قید نماید و این قانون فقط منصرف به املاک بود (روشن قنبری، ۱۳۸۷: ۱۹ و ۲۵).

و در نتیجه طبق آن، قانون گذار حق تقاضای ثبت ملک را توسط انتقال دهنده در مدت حق فسخ و حق تقاضای ثبت ملک توسط انتقال گیرنده را پس از پایان مدت حق فسخ پذیرفته است و در صورتی که فروشنده در معاملات با حق استرداد نمی توانست بدهی خود را پرداخت نماید، ملک به بستانکار منتقل می شد. اثر سوء چنین انتقالی هنگامی ظاهر می شد که ارزش مبیع بیش از اصل بدهی بود. بر همین اساس و در راستای مفاد این ماده، قانون گذار اعلام کرد که «... اگر انتقال دهنده تا دو هفته از تاریخ ابلاغ ادعا کرد که تفاوت بین قیمت واقعی ملک در روز انقضای مدت حق استرداد و قیمت مقرر بین طرفین از خمس قیمت واقعی در روز انقضای مدت بیشتر است، باید ظرف مدت یک ماه به محکمه صالحه رجوع کند. هر گاه محکمه تفاوت قیمت را معادل خمس یا کمتر دید، حکم خواهد داد اداره ثبت املاک، ملک را به طور قطعی به اسم طرف ثبت نماید و هرگاه تفاوت را بیشتر از میزان فوق دید و طرف نیز تا یک ماه از تاریخ اخطار برای تأیید مازاد از خمس حاضر نشد، محکمه حکم به قیمت مقرر بین طرفین و اجره المثل قانونی خواهد داد...» که البته این ضمانت اجرا کافی به نظر نمی رسید چون این ماده میزان غبن انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد را مازاد بر خمس قیمت واقعی ملک در نظر گرفته است که این مهم مقدار کمی نمی باشد. (مینا، ۱۳۸۲: ۷۴ و ۷۵).

سپس با تصویب قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰ برای نخستین بار اصطلاح «معاملات با حق استرداد» توسط قانون گذار به کار برده شد و اثر تملیکی را از معاملات شرطی سلب نمود و مواد ۳۳ و ۳۴ این قانون، با توجه به مواد ۳۸ و ۳۹ آن، حمایت بی سابقه ای از افراد بدهکار (بایع در بیع

مفسده بوده و رعایت مصلحت جامعه در ترک آن باشد، از آن عمل دوری می کنند. این وضعیت در جامعه کنونی ما، در خصوص معاملات با حق استرداد به چشم می خورد و در حال حاضر نیز همانند زمان تصویب قانون ثبت و اصلاحات بعدی آن، اکثر قریب به اتفاق معاملات با حق استرداد، نه به قصد انجام بیع، بلکه به قصد انجام معاملات ربوی و کسب سود از قرض دادن پول به افراد نیازمند جامعه و تصاحب اموال آنان، بالاخص اموال غیرمنقول آن ها که عمده دارایی و شاید تنهایی دارای این افراد هستند، منعقد می گردند و این بسیار متفاوت از قصد شارع در امضای معاملات با حق استرداد و به تبع آن، قصد قانون گذار از تصویب مواد قانون مدنی در این خصوص است. از سوی دیگر، در تعارض میان احکام مربوط به معاملات ربوی که از احکام تأسیسی و توقیفی اسلام هستند با احکام معاملات با حق استرداد و در رأس آن ها بیع شرط که از احکام امضایی اسلام و فقه شیعه و در واقع به عنوان امری جایز محسوب می شوند، عمل به امر جایز در جایگاه محکوم قرار می گیرد و در همین راستا است که شدت عمل قانون-گذار ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد و سلب اثر تملیکی از این گونه معاملات به عنوان یک اصل غیرقابل خدشه، توجیه پذیر می نماید و به همین دلیل مقنن در ماده ۳۹ قانون ثبت چنین مقرر داشته است که حقوق مندرج در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷ و ۳۸ این قانون برای انتقال دهنده، قبل از انقضای مدت حق استرداد، قابل اسقاط نیست و هر قراردادی مخالف این ترتیب باشد، باطل و کأن لم یکن خواهد بود، خواه قرارداد مذکور قبل از تصویب این قانون منعقد شده باشد و خواه بعد از تصویب آن و نیز اعم از اینکه قرارداد مزبور به موجب سند رسمی باشد یا سندی غیررسمی. البته برخی معتقدند که هرچند قانون گذار به علت سوءاستفاده های نوعی، اثر تملیکی را از معاملات با حق استرداد سلب نموده است، ولیکن این به آن مفهوم نیست که کلیه معاملات با حق استرداد صوری باشند و از طرف دیگر، چون کشف قصد حقیقی طرفین چنین معاملاتی، امری مخفی بوده و احراز آن

به خیار و انتفای موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین، ترتیبات مقرر در این ماده (۳۴ قانون ثبت) در مورد آن مغایر با موازین شرعی است...» (نجفی، بی تا: ۱۷)

اما باید توجه داشت که علت وضع مقررات سخت گیرانه قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد، بالاخص در هنگام تقاضای ثبت املاکی که مورد چنین معاملاتی واقع شده اند، آن است که سوءاستفاده از یک عمل قانونی و شرعی جهت رسیدن به مقاصد نامشروعی چون سود ربوی و تملک مال مورد وثیقه، آن هم با بهایی اندک، با اهداف وضع احکام فقهی و قوانین موضوعه، چه در فقه امامیه و چه قوانین ایران، در تضاد بوده و به همین علت، قانون گذار در ماده ۴۶۳ قانون مدنی لزوم احراز قصد بیع به نحو حقیقی را در بیع شرط جهت اجرای احکام بیع در این گونه معاملات ضروری دانسته است، ولیکن احراز چنین قصدی، به خصوص زمانی که معامله با تنظیم سند رسمی انجام شود، بسیار مشکل خواهد بود زیرا طرفین معامله، ذیل سند تنظیمی گواهی می نمایند که از «مفاد سند مطلع شدم» و در این صورت مطابق ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی دیگر ادعای انکار یا تردید نسبت به مفاد و مندرجات چنین سندی مسموع نخواهد بود و این در حالی است که بی توجهی به قصد حقیقی طرفین در معاملات با حق استرداد، زمینه سوء استفاده افراد فرصت طلب و سودجو را از این مقررات قانونی و فقهی فراهم آورده است و این مسئله، عدم توجه قانون گذار ثبت به انجام برخی معاملات با حق استرداد به صورت حقیقی، به خصوص با انجام اکثریت مصادیق این معاملات به صورت صوری را قابل توجیه می نماید. ضمن آن که باید به این نکته توجه نمود که بیش تر احکام فقهی معاملات در اسلام و فقه شیعه جنبه امضایی داشته و بر مبنای سیره جاری عقلا هستند و جایگاه تأسیسی ندارند و بیع شرط نیز جزو همین احکام است و جنبه امضایی شارع نیز در جایی معتبر است که مصالح عموم جامعه مسلمین به خطر نیفتد و به عبارت دیگر، انجام معامله جنبه عقلایی داشته باشد، و آلا جمیع عقلای عالم به محض اینکه عملی دارای

نوعاً مشکل است، قانون گذار یک حکم کلی وضع نموده است و لذا مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت را باید به عنوان یک اماره نوعی محسوب نمود به گونه ای که امکان اثبات خلاف آن ممکن باشد (مینا، ۱۳۸۲: ۸۴).

ولیکن با توجه به حجم بسیار زیاد معاملات انجام شده در جامعه کنونی و تنظیم اسناد این معاملات هم به صورت رسمی و هم به صورت عادی و با توجه به اینکه خود قائلین به این نظریه نیز اذعان می نمایند که احراز قصد حقیقی طرفین معامله از انجام معاملات با حق استرداد، امری مشکل و به نوعی غیرممکن است، عمل به مقررّه قانونی مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت را شاید بتوان تنها راه حل مشکل سوءاستفاده و استثمار طبقات ضعیف جامعه دانست و لذا مطابق دستور قانون گذار ثبت در ماده ۳۳ قانون ثبت، در خصوص املاکی که مورد معاملات با حق استرداد واقع شده اند، تنها انتقال دهنده حق تقاضای ثبت چنین املاکی را دارد و می تواند اظهارنامه ثبت ملک را تکمیل نموده و به اداره ثبت محل وقوع ملک تحویل دهد و بایستی انجام معامله بیع شرط یا سایر انواع معاملات با حق استرداد بر مورد تقاضا را به همراه نام و مشخصات انتقال گیرنده، در ستون مربوطه در برگه اظهارنامه قید نماید.

نتیجه گیری

از مجموع مطالب بیان شده در این مقاله می توان این گونه نتیجه گرفت که اگرچه معاملات با حق استرداد به عنوان یکی از احکام امضایی فقه شیعه جهت رفع نیازمندی اقشار ضعیف جامعه به اخذ پول موردنیاز با فروش اموال، بالخصوص اموال غیرمنقول خود و قراردادادن زمانی برای باز پس دادن وجه دریافتی و استرداد مال خود از خریدار و با تأسی به سیره جاری عقلایی میان جامعه مسلمین وضع شده است و قانون گذار نیز در قانون مدنی از احکام شرعی مندرج در فقه امامیه تبعیت نموده است ولیکن قانون گذار ثبت با توجه به سوءاستفاده های زیادی که از این ساختار فقهی و حقوقی جهت استثمار طبقه نیازمند جامعه می شد و در تقابل باهدف

شارع مقدس از وضع بیع شرط و سایر انواع معاملات با حق استرداد بود و در راستای تأمین حداکثری منافع و مصالح جامعه و تنظیم روابط حقوقی میان افراد جهت کاهش هرچه بیش تر دعاوی مطروحه در مراجع قضایی، در قانون ثبت اسناد و املاک اثر تملیکی را از انواع معاملات با حق استرداد سلب نمود تا منفعتی اهم که همانا جلوگیری از شیوع معاملات ربوی در جامعه است را فدای موارد قلیل بیع شرط با قصد حقیقی بیع ننماید و از سوی دیگر، اگرچه در برخی موارد نادر، طرفین معامله با انجام بیع شرط و سایر انواع معاملات با حق استرداد با قصد حقیقی بیع، اقدام به انعقاد چنین عقودی می نمایند و شاید در این گونه موارد باید قائل به عدم اجرای مقررات کلی و نوعی قانون ثبت بشویم، ولی باید توجه نمود که شدت عمل حداکثری قانون گذار ثبت در سلب اثر تملیکی در معاملات با حق استرداد به این دلیل است که احراز قصد حقیقی طرفین معامله در معاملات با حق استرداد، چه معامله با سند عادی تنظیم شده باشد و چه با سند رسمی، بسیار مشکل و به نوعی غیرممکن است و در نتیجه حمایت قانون گذار به نحو مطلق از مقررّه قانونی مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و قائل شدن به پذیرش حق تقاضای ثبت املاکی که مورد معامله با حق استرداد واقع شده اند از انتقال دهنده، در راستای تأمین حداکثری حقوق عامه و در جهت حفظ منافع اقشار آسیب پذیر جامعه و جلوگیری از شیوع معاملات ربوی در جامعه اسلامی ضروری می باشد و این توجیه کننده مواضع کلی و سخت گیرانه قانون گذار ثبت در مواجهه با معاملات با حق استرداد و سلب اثر تملیکی از این گونه عقود به صورت کلی و بدون استثناء می باشد.

منابع و مأخذ

۱. ابن ابی جمهور. (۱۴۰۳ ق). *عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث اللاتیئیه*، جلد اول، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع).
۲. امامی، سید حسن. (۱۳۸۷). *حقوق مدنی*، ج ۲۸، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامییه.

۳. امیر اقدم، ریما و حسن برجی. (۱۳۹۲). «مقایسه عقد رهن با معاملات با حق استرداد»، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۱۹.
۴. بهرامی، داریوش. (۱۳۹۴). حقوق ثبت املاک در ایران، چ ۳، تهران، انتشارات میزان.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق، چ ۶، تهران، انتشارات گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۳). حقوق ثبت: ثبت املاک، چ ۷، تهران، انتشارات گنج دانش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، موسسه آل البیت (ع) لإحياء التراث.
۸. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا، ج ۱۵، تهران، دانشگاه تهران، انتشارات روزنه.
۹. رضوی اصل، سید محسن. (۱۴۰۱). کلیات حقوق ثبت املاک، ویرایش دوم، قم، مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر قم.
۱۰. رفیعی، محمدتقی. (۱۳۷۸). مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین المللی، قم، انتشارات بوستان کتاب.
۱۱. روشن قنبری، عطاءاله. (۱۳۸۷). «معاملات با حق استرداد در گذر زمان»، ماهنامه کانون، سال پنجاهم، دوره دوم، شماره ۸۰.
۱۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه.
۱۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۶ (عقود معین)، تهران، انتشارات مجد.
۱۵. صادقی مقدم، محمدحسن و جواد شیخ. (۱۳۹۸). «از «استرداد» تا «فسخ»: مطالعه تطبیقی سیر تاریخی شناسایی حق
- فسخ و مبنای آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، دانش حقوق مدنی، سال هشتم، شماره یک، پیاپی ۱۵.
۱۶. صدیقی، غلامعلی. (۱۳۹۹). «مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد با رویکرد رویه قضایی»، فقه و حقوق خصوصی، سال سوم، شماره ۵.
۱۷. صفایی، حسین. (۱۳۹۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، دوره دو جلدی، تهران: میزان.
۱۸. طاهری زاده، ریحانه. (۱۳۹۸). «بررسی معاملات با حق استرداد در نظام حقوقی ایران»، فقه، حقوق و علوم جزا، سال چهارم، شماره ۱۴.
۱۹. عسکری، حکمت الله. (۱۳۸۵). «معاملات با حق استرداد در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴.
۲۰. عمید، حسن. (۱۳۶۵). فرهنگ فارسی عمید، دوره سه جلدی، تهران: امیرکبیر.
۲۱. فاطمی قمشه، ناهید السادات. (۱۴۰۰). معاملات با حق استرداد، تهران، انتشارات قانون یار.
۲۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱). حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، ج ۲، چ ۳۱، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چ ۴، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۷، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۵. گلشاد گیلانی، گیچه و سلمان علیپور قوشچی. (۱۳۹۵). «بررسی معامله با حق استرداد: نگاهی به بیع شرط از منظر قانون مدنی و قانون ثبت»، پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۱.
۲۶. مبلغی، احمد و آیین، علیرضا و جمشیدیان، مهرداد. (۱۳۹۳). «بیع شرط در فقه مذاهب اسلامی»، فقه مقارن، سال دوم، شماره ۴.
۲۷. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ ق). بحار الانوار، ج ۲، چ ۲، قم، انتشارات مؤسسه الوفاء.
۲۸. معین، محمد. (۱۳۶۰). فرهنگ فارسی، دوره ۶ جلدی، تهران، انتشارات امیرکبیر.

۲۹. میرمعزی، حسین. (۱۳۸۷). *بیع الخیار از منظر فقه و اقتصاد، تهران، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی*.
۳۰. مینا، محبوبه. (۱۳۸۲). «بیع شرط - معاملات با حق استرداد»، رهنمون، شماره های یک و دو (بخش اول).
۳۱. نجفی، ایرج. (بی تا). «نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی»، ماهنامه کانون، سال چهل و ششم، دوره دوم، شماره ۴۲.
۳۲. نظری سرمازه، محمدعلی و مریم حیدری. (۱۴۰۰). «بررسی معاملات با حق استرداد در حقوق ایران و تطبیق آن با کشور سوئیس»، پژوهش نامه فرهنگ و معارف دینی، ج ۲، شماره ۱، پیاپی ۳.