



## معامله با حق استرداد در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا (انگلیس و آمریکا)\*



علی طالبی\*\* - نجات‌اله ابراهیمیان\*\*\* - منصور امینی\*\*\*\*

This is an open access article under the CC BY license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

### چکیده

همزمان با وضع قانون مدنی ایران، مبحثی تحت عنوان بیع شرط در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ آن گنجانده شده بود، با وضع مواد ۳۳ به بعد قانون ثبت موضوعی با عنوان «معامله با حق استرداد» جای خود را به بیع شرط داد که اثر تملیکی را از آن گرفته و عملاً بیع شرط منسوخ شد. سؤالی که این پژوهش در پی پاسخ به آن می‌باشد این است که با توجه به اینکه معامله با حق استرداد اثر تملیکی را از بیع شرط گرفته است وضعیت تملیکی یا غیرتملیکی بودن بیع شرط در نظام حقوقی کامن‌لا چگونه است؟ روش مطالعه و تحقیق در این مقاله به صورت تحلیلی، توصیفی می‌باشد. هدف از نگارش این مقاله پاسخگویی با مطالعه تطبیقی به وضعیت تملیکی یا غیرتملیکی بودن بیع شرط است. آنچه که به عنوان نتیجه این پژوهش حاصل گردیده است این است که معاملات با حق استرداد که به معاملات شرطی نیز موسوم است، در نظام حقوقی کامن‌لا به نهاد رهن شباهت دارد، البته تا قبل از اینکه تملیکی بودن از این معاملات سلب شود. آمریکا، «معامله با حق استرداد»، در قالب رهن و قرارداد وام مسکن، شناخته می‌شود.

### کلیدواژگان

معامله با حق استرداد، بیع شرط، قرض، حق رهنی، حد واسط

\* این مقاله برگرفته از رساله دکتری حقوق خصوصی علی طالبی است.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

\*\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، نویسنده

مسئول / ایمیل: [nebrahimian@ctb.iau.ir](mailto:nebrahimian@ctb.iau.ir)

\*\*\*\* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

**مقدمه**

فرآیند وضع‌عنوانی در قالب بیع شرط، در قانون مدنی ایران، موجب بروز و ظهور سوء استفاده‌های فراوان از بیع شرط شد. به این منظور و در جهت جلوگیری از این اقدام ناپسند و سوء استفاده‌هایی که از بیع شرط شده بود، ماده ۳۳ قانون ثبت در سال ۱۳۵۱ وضع گردید که طی آن، مملکت بودن بیع شرط که جزء آثار آن بوده است، خاصیت خود را از دست داده و بیع شرط در قالب قرارداد تهرینی و توثیقی توجیه گردید. در بیان موضوع مقاله می‌توان گفت که اگر بگوئیم فلسفه حقوق خصوصی، جلوگیری از دارا شدن بلاجهت است، سخنی به گزاف نگفته‌ایم. معاملات همیشه به عنوان وسیله و جهت عقلانی و مشروع انتقال اموال بوده است، به همین منظور بخشی از حقوق مدنی اختصاص به شرایط و آثار قرارداد دارد. از یک سو وقتی به بیع شرط به عنوان یک تأسیس حقوقی در قانون مدنی نگاه می‌کنیم، در می‌یابیم که تملیک مبیع، جزء آثار عقد بیع می‌باشد؛ بنابراین وقتی دو اراده انشائی در کنار هم قرار گرفته و توافقات و تعهداتی را در قالب قرارداد بیع به منصفه ظهور می‌رسانند، مفهوم آن این است که طرفین قرارداد در ذهن خویش به آثار و تبعات آن که همانا رسیدن فروشنده به ثمن و نیز، رسیدن خریدار به مبیع باشد، دل بسته‌اند. در واقع، طرفین قرارداد از تلاقی دو اراده، تملیکی بودن عقد بیع را در اذهان تداعی و تجسم کرده بودند؛ اما معامله با حق استرداد، نگاهش تملیکی بودن بیع شرط نمی‌باشد، بلکه در فرآیند تقنینی، مقنن، بیع شرط را مثل قراردادهای رهنی و وثیقه‌ای پنداشته است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا در نظام حقوقی کامن‌لا نیز بیع شرط، دارای آثار تملیکی بوده یا مثل معامله با حق استرداد در حقوق ایران، همان آثار و شرایط قراردادهای رهنی را دارد؟ فرضیه‌ی مربوط به سؤال اصلی این است که ماهیت معامله با حق استرداد در حقوق ایران، اثر انتقال مالکیت را، از هر عقد تملیکی و معوض که قابل استرداد است، گرفته و بر عوض، اثر وثیقه‌ای و بر معوض اثر قرضی بار می‌کند. در جواب باید گفت که نظیر این اقدام در نظام حقوقی کامن‌لا نیز وجود دارد و بر بیع شرط، نام قرارداد رهنی نهاده شده است.

**۱- پیشینه پژوهش**

در خصوص موضوع بیع شرط و معامله با حق استرداد در حقوق ایران، تاکنون مقالات و پایان‌نامه‌های متعددی نگارش یافته است که در تمامی این پژوهش‌ها، ابعاد مختلف قضیه، نظیر تعریف، ماهیت، اوصاف و آثار حقوقی این گونه قراردادهای، مقایسه بیع شرط با سایر عقود مشابه و نیز مطالعه تطبیقی بیع شرط مورد بررسی قرار گرفته است.

در مقاله‌ای با عنوان آثار معاملات با حق استرداد در حقوق ایران، به نویسندگی محمدرضا امیدی و زیبا مرادی (امیدی و مرادی، ۱۳۹۹: ۲۴۱-۲۲۸)؛ (Omidi, Moradi, 2020: 228-241) که در نشریه

مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه به چاپ رسیده است، نویسنده تلاش کرده است ضمن بررسی ابعاد حقوقی معامله با حق استرداد به مقایسه آن با بیع شرط و موارد مشابه در حقوق ایران بپردازد. در پژوهشی دیگر با عنوان بررسی معاملات با حق استرداد در نظام حقوقی ایران، نوشته ریحانه طاهری‌زاده (طاهری‌زاده، ۱۳۹۸: ۷-۱)؛ (Taherizadeh, 2019: 1-7) که در مجله علمی فقه، حقوق و علوم جزا انتشار یافته است، نویسنده به بیان این موضوع پرداخته که معامله با حق استرداد عقدیست مفروض قانون‌گذار که در حکم معاملات استقرایی و وثیقه‌ای می‌باشد.

در بررسی موضوع معامله با حق استرداد، یکی از موضوعاتی که از دیدگاه پژوهشگران حقوقی دارای اهمیت هست، مقایسه معامله با حق استرداد با سایر عقود مشابه می‌باشد. در این راستا، در مقاله‌ای تحت عنوان مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد با رویکرد رویه قضایی، نوشته غلامعلی صدقی (صدقی، ۱۳۹۹: ۱۲۴-۱۰۷)؛ (Sedghi, 2020: 107-124) که در دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی به چاپ رسیده است، نویسنده با بیان آثار معامله با حق استرداد، حق استرداد ملک تملیک شده را با رد عوض برای انتقال دهنده محفوظ نگاه داشته و در تعاقب آن با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت و رویه قضایی، اعتقاد دارد که منافع در معامله با حق استرداد به خریدار اختصاص داشته و این امر به دلیل آن است که به لحاظ نقش تورم و کاهش ارزش پول، عدالت معاوضی در مورد خریدار نادیده گرفته نشود. از این رو تعلق منافع به وی در قالب تهاتر و تحقق تعادل نسبی موجه می‌نماید.

در بررسی معامله با حق استرداد در حقوق ایران، یکی از موضوعاتی که مسکوت مانده است موضوع شرط حفظ مالکیت می‌باشد که این امر در حقوق انگلیس، به صراحت در قانون بیان شده است. در این رابطه، اکبر فتحی، بهرام درویش و محمدتقی عابدی در نوشتاری با عنوان معامله با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس (فتحی، درویش و عابدی، ۱۴۰۱: ۵۳۷-۵۵۵)؛ (Fathi. Darvish & Abedi, 2022: 537-555) که در فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، منتشر گردیده است، یافته‌ها و نتایج مدنظر پژوهشگران این است که در حقوق ایران، اصطلاح معامله با حق استرداد موضوع ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک، به بیع محدود نمی‌شود و ناظر به املاک است. در حقوق انگلیس، رهن در قالب قرارداد رهن به دو شیوه رهن قانونی و رهن قهری متبلور می‌شود؛ در حالیکه در حقوق ایران با استخراج مقررات عقد وثیقه در مجموعه قوانین متعدد و پراکنده، چنین ترتیبی حاصل نگردید. همچنین در حقوق ایران، با سلب اثر تملیکی بیع شرط و تأسیس نهاد معامله با حق استرداد، برخلاف حقوق انگلیس، هیچ یک از عقود توثیقی منجر به انتقال مالکیت مورد وثیقه به دائن نمی‌شود تا در صورت ایفای دین توسط مدیون، مجدداً مالکیت مدیون به حکم قانون برگردد؛ بلکه مالکیت مورد وثیقه همچنان به وثیقه‌گذاران تعلق داشته و وثیقه‌گیرنده تنها حق عینی تبعی با امتیازات حق تقدم و حق تعقیب به دست آورده هر چند مورد وثیقه در قبض و تصرف دائن قرار گرفته باشد.

## ۲- چارچوب مفهومی و مبانی نظری

در این بخش از پژوهش به تعریف و ماهیت معامله با حق استرداد پرداخته خواهد شد.

### ۲-۱- معامله با حق استرداد

هریک از نویسندگان حقوقی در رابطه با معامله با حق استرداد تعریفی را ارائه می‌نمایند که در جای خود بهره‌ای از واقعیت دارند. همانطوریکه یکی از حقوق‌دانان آنرا عقد مستقلی می‌داند که به واسطه آن، یکی از متعاقدین مبلغی را به دیگری قرض می‌دهد و در مقابل مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی می‌پردازد که پس از انقضاء مدت، طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد. چنان که ملاحظه می‌شود، تعریف مذکور با اراده‌ی ظاهری در معاملات با حق استرداد، مثل بیع شرط هماهنگی ندارد؛ زیرا چنین معامله‌ای حکایت از قرض ندارد. حقوق‌دان دیگری، اصولاً اصطلاح معاملات با حق استرداد را نفی می‌کند؛ زیرا معتقد است چنین معاملاتی ناقل نیستند و عنوان صحیح آن را معاملات وثیقه‌ای غیر منقول نهاده است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱: ۱۷۷۲؛ Jafari, Langeroudi, 2022: 1772).

### ۲-۲- ماهیت معامله با حق استرداد در حقوق ایران

یکی از مشخصات عقد بیع، تملیکی بودن آن است؛ در بیع متقابل تملیک به صورتیکه در بیع مطرح می‌شود انجام نمی‌گیرد و تنها تعهداتی برای طرفین ایجاد می‌شود که در کمیسیون اقتصادی اروپا نیز قرارداد بیع متقابل به عنوان یک قرارداد عهدی مطرح و تأیید گردید (بهدادی‌نیا و ضیایی، ۱۴۰۱: ۱۸۵)؛ (Behdadinia & Ziaei, 2023: 185). اگرچه اصطلاح معامله با حق استرداد، از نقل مالکیت حکایت می‌کند و این معنا با مفاهیمی در قانون مدنی و فقه تحت عنوان معاملات شرطی، سنخیت دارد؛ از این رو، برخی از حقوق‌دانان در تعریف آن نوشته‌اند: معامله با حق استرداد، معامله‌ای است که به موجب آن، شخص مال خود را در ازای وجهی صورتاً به دیگری انتقال می‌دهد ولی حق استرداد آن را در مدت معین با پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد برای خود حفظ می‌کند (صفایی، ۱۳۹۵: ۵۶)؛ (Safaei, 2017: 56). به بیان روشن‌تر، معاملات با حق استرداد به مفهوم قانون ثبت، عبارت است از اینکه یکی از طرفین معامله، مالی را به دیگری به عنوان قرض تملیک می‌کند (ثمن صوری معامله) اما برای اطمینان از اینکه وام در زمان مقرر به او برمی‌گردد مطالبه وثیقه (مبیع) می‌کند تا در سررسید در صورت عدم دریافت طلب خود بتواند از محل وثیقه، طلب خود را مسترد کند؛ در نهایت اگر معاملات با حق استرداد را به دو قسمت عمده معاملات با حق استرداد حقیقی و صوری تقسیم کنیم، تعریف اول با قسمت اول و تعریف اخیر با قسمت دوم هماهنگ است؛ بدین ترتیب بیع شرط فقهی و قانون مدنی از معاملات با حق استرداد حقیقی هستند.

### ۲-۳- حق استرداد در بیع مشروط در نظام حقوقی کامن‌لا

در نظام حقوقی کامن‌لا (آمریکا و انگلیس) واژه Mortgage به نهاد معامله با حق استرداد شبیه

هستند، اما مهم‌ترین معادلی که برای معاملات با حق استرداد در حقوق انگلیس می‌توان در نظر گرفت، معاملات مشروط می‌باشد. معامله یا بیع مشروط<sup>۱</sup> ناظر بر نوعی از بیع است که شامل حق استرداد کالا از طریق حفظ عنوان مالکیت فروشنده بر مبیع می‌باشد. بر این اساس، بایع تا زمانی که تمام ثمن را تأدیه نکند، فروشنده همچنان مالیت قانونی مبیع را در اختیار دارد، ولو مبیع را دیگر در تصرف خود نداشته باشد. بیع مشروط از طریق حفظ عنوان مالکیت برای فروشنده، حق استرداد را برای وی محفوظ نگاه می‌دارد تا زمانی که ثمن تأدیه گردد و تمامی تضمینات و وثائق آزاد شوند. در آن مرحله عنوان مالکیت به بایع منتقل می‌گردد و هم‌زمان با آن حق استرداد نیز ساقط می‌شود.

### ۳- تاریخچه

نیازهای مادی و اقتصادی، بسیاری از افراد را به استقراض وادار می‌نمود و این امر غالباً بدون پرداخت ربح (سود) میسر نمی‌شد و این درحالی بود که دین اسلام، پیروان خویش را از انجام معاملات ربوی منع کرده بود «واحل الله البیع و حرم الربا» (بقره، ۲۷۵). این منع شرعی، به عنوان سدی محکم در مقابل ثروتمندان جامعه که طالب دادن قرض یا بهره بوده‌اند تلقی می‌گردید؛ بنابراین ثروتمندان جامعه بدو دریافت سود، معمولاً حاضر به قرض دادن پول به اشخاص نیازمند نمی‌شدند. این مسأله باعث شد به منظور تامین اهداف خویش مبنی بر دریافت اصل پول به همراه سود آن، راههای متعددی با عنوان حیل شرعی و قانونی اندیشیده شود که شاخص‌ترین آن، بیع شرط بود. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۷۹)؛ (Shahidi, 2008: 79) نام دیگر آن، بیع استقراضی یا بیع به قصد استقراض بود. (امامی، ۱۳۸۷: ۵۴۴)؛ (Emami, 2007: 544) که در نتیجه آن، شخص نیازمند به پول، مالی از اموال خود را به دیگری در برابر مبلغ معینکه غالباً وجه نقد بود می‌فروخت (امامی، ۱۳۸۷: ۵۳۹)؛ (Emami, 2008: 539).

به شرط اینکه طرف مدت معینی، با رد ثمن، بتواند مبیع را مسترد دارد و معامله را فسخ کند. از طرف دیگر مقرض، (مشتري در بیع شرط) برای دریافت ربح (سود)، می‌توانست در مدت خیار، مال مورد معامله (مبیع شرطی) را به مقترض (بایع در بیع شرط) یا شخص دیگری اجاره دهد و ماهیانه مبلغی را به عنوان اجاره بها دریافت کند که به گونه‌ای برای مقرض، سود و ربح محسوب می‌گردید، حال اگر پس از انقضای مدت خیار، مقترض (بایع)، رد ثمن نمی‌کرد، بیع قطعی می‌شد و میبجه ملکیت قطعی و مستقر مقرض (مشتري) در می‌آمد، البته به همراه سودی که از پرداخت اجاره بها عایدش می‌گردید، باز هم عین ثمن به همراه سود ناشی از پرداخت اجاره بها، عاید مقرض می‌گردید (و به طور کلی مقرض در هر دو صورت، سود می‌برد و زبانی متوجه او نمی‌شد). این معامله چندان شایع‌نگردید که سایر معاملات تجاری را راکد نمود و اقتصاد کشور را دچار تزلزل

<sup>1</sup>. Conditional Sale

کرد؛ به این علت که پولداران به جای آنکه سرمایه خود را در سایر معاملات تجاری و یا امور کشاورزی، بکار برند، آنرا صرف انجام معامله بیع شرط می‌نمودند؛ زیرا به گونه ای هم می‌توانستند رأس المال (اصل سرمایه) خویش را حفظ کنند و هم می‌توانستند از طریق شرعی و قانونی، کسب سود نمایند (بدون آنکه در دام ربا بیفتند) (مبلغی و جمشیدیان، ۱۳۹۳، ۷-۸)؛ (Mobaleghi & Jamshidian, 2015: 7-8)

برای جلوگیری از شیوع این معامله ناپسند، فرمان‌هایی صادر شد که اولین آن توسط غازان خان بوده است. در تاریخ حقوق ایران، غازان خان در سال ۶۹۸ قمری، فرمان حرمت ربا را صادر کرد. رکود اقتصادی کشور و عدم تمایل سرمایه داران به سرمایه گذاری در سایر امور تجاری، سبب گردید تا در زمان حکومت ناصرالدین شاه قاجار نیز، حکمی صادر شود؛ مبنی بر منع محاکم عدلیه از اینکه در رسیدگی به دعاوی متبایعین در معاملات بیع شرط، حکم به مالکیت قطعی مبیع به مشتری کنند، بلکه محاکم عدلیه ملزم اند که در معاملات بیع شرط، حکم به این کنند که مشتری (مقرض) باید به اندازه قیمت یا از عین ملک به مقدار ثمن پرداختی و مال الاجاره مقرر ثمن پرداختی بین طرفین استفاده کرده و بقیه از آن بایع باشد. (مبلغی و جمشیدیان، ۱۳۹۳، ۱۱)؛ (Mobaleghi & Jamshidian, 2015: 11)

#### ۴- بررسی تطبیقی معامله با حق استرداد

در این بخش به بررسی مقایسه‌ای معامله با حق استرداد با بعضی از عقود مشابه در حقوق ایران پرداخته و در ادامه به مطالعه تطبیقی موضوع معامله با حق استرداد در نظام حقوقی ایران و نظام حقوقی کامن‌لا با بررسی شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود خواهیم پرداخت.

##### ۴-۱- مقایسه معامله با حق استرداد و عقد قرض در حقوق ایران

در معاملات با حق استرداد، هدف اصلی طرفین، قرض گرفتن وام گیرنده و سود بردن نام دهنده است. اما معامله ای که در خارج منعقد می‌شود عقد قرض نیست و با هدف اصلی طرفین کمی متفاوت است. سؤالی که مطرح می‌شود این است که چرا طرفین، عقد قرض منعقد نمی‌کنند؟ چرا این عقد خاص را انتخاب می‌کنند؟ شاید دلیل این مطلب این باشد که برخی افراد سودجو، کاری با قرض الحسنه و ثواب ندارند. آنها به فکر سوددهی سرمایه خود هستند. عقد قرض، عقدی است مبتنی بر احسان و نیکی. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۵۹)؛ (Katouzian, 2007: 259). شخصی مالی را به دیگری قرض می‌دهد تا هر وقت شخص نیازمند توانست، دین او را ادا کند اما برخی از سرمایه داران دوست ندارند اموالشان را کد بماند و دنبال سود بیشتر می‌گردند. از این رو، بیع شرط را انتخاب می‌کنند تا با استفاده از این عقد، ربای بیشتری نصیبشان شده و در نهایت در صورت عدم پرداخت دین از سوی بدهکار، وثیقه را تملک کنند؛ اما قانون‌گذار با تصویب معاملات با حق

استرداد در قانون ثبت، تا حدودی مانع از رسیدن این اشخاص به اهدافشان شد. با جود این، بعد از تصویب قانون ثبت نیز، اشخاص روابط مالی و دینی خود را بر مبنای این معاملات پایه گذاری می‌کنند نه عقد قرض. دلیل دیگر این مطلب این است که اگر در عقد قرض، مقرض (مدیون) مفلس شود شخص مقرض (طلبکار) کاری از پیش نمی‌برد؛ اما در معاملات با حق استرداد، شخص وثیقه ملکی دارد. بنابراین تأمین و تضمین بیشتری در مقابل طلب خود دارد و از این رو، برای او جای نگرانی وجود ندارد. سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که عقد تابع قصد طرفین است، در این معاملات، اگرچه ظاهراً عقد قرض نیست اما در باطن هدف طرفین عقد، قرض است و لذا باید این معاملات نهایتاً عقد قرض باشند، اما چه تفاوت‌هایی وجود دارد که این دو عقد بر یکدیگر منطبق نیستند؟ پاسخ این است که از جهات مختلفی بین عقد قرض و معامله با حق استرداد تفاوت وجود دارد.

از لحاظ نحوه انعقاد عقد: در عقد قرض فقط یک معامله انجام می‌شود. ولی در معاملات با حق استرداد، معمولاً چند معامله انجام می‌شود که به طور غالب سه معامله با هم واقع می‌گردد. (بیع قطعی، عقد رهن و وکالت). شاید گفته شود در عقد قرض هم می‌شود وثیقه، قرار داد و بعد از عقد قرض، عقد رهنی برای همان موضوع قرض منعقد کرد؛ اما جواب این است که این رهن با عقد قرض جداست؛ دو عقد مجزا هستند. عقد رهن، تبعی است و عقد قرض بدون عقد رهن صحیح و درست است، اما در معاملات با حق استرداد، اینگونه نیست. شخص نمی‌خواهد یکی از معاملات را انجام دهد بلکه قصد او انجام هر سه معامله در یک زمان واحد است. فرضاً اگر فروشنده وام، عقد رهن را نخواهد منعقد کند، با بیع عقد بیع را منعقد نمی‌کند.

از لحاظ تملیکی بودن ماده ۶۴۸ قانون مدنی درباره عقد قرض مقرر می‌دارد: «قرض عقدی است که به موجب آن احد از طرفین، مقدار معینی از مال خود را به دیگری تملیک می‌کند. بنابراین تعریف، عقد قرض یک عقد تملیکی است. عقد قرض سبب انتقال موضوع آن به وام‌گیرنده می‌شود. وام‌گیرنده مدیون است که مثل آن چه را گرفته پس دهد ولی مالکیت او نسبت به عین مال قطعی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۷۲)؛ (Katouzian, 2007: 172) اما در معاملات با حق استرداد اگرچه قصد واقعی طرفین قرض باشد باز هم قانون این معاملات را مملکت نمی‌داند و اثر تملیکی این معاملات سلب شده است. از لحاظ تلف شدن موضوع معامله نیز، عقد قرض با معامله با حق استرداد متفاوت است. در عقود تملیکی از جمله عقد قرض، قاعده ضمان معاوضی حاکم است. ماده ۶۴۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مقرض است. این حکم در نتیجه تملیکی بودن عقد قرض است، در حالی که در معاملات با حق استرداد اثری از تملک نیست. لذا ضمان معاوضی هم معنا ندارد و در این معاملات قاعده امانت حکم فرماست.

از لحاظ مدت دار بودن نیز، عقد قرض با معامله با حق استرداد تفاوت دارد. در عقد قرض از

آنجا که قرض الحسنه مورد عنایت و توجه پروردگار متعال است مدت معنی ندارد، چون بر اساس احسان و نیکی بنا شده است. از این رو، در ماده ۶۴۸ قانون مدنی، قانون گذار در مقام بیان تعریف قرض، هیچ اشاره‌ای به مدت زمان رد مثل موضوع قرض، نمی‌کند. این سکوت در مقام بیان، مبین این مطلب است که در عقد قرض، مدت شرط صحت عقد نیست. از مفهوم ماده ۶۵۱ قانون مدنی چنین برمی‌آید که اگر برای اداء قرض به وجه ملزومی اجل تعیین نشده باشد، مقرض می‌تواند هر وقت بخواهد طلب خود را از مقرض بخواهد. از سوی دیگر، مقرض در پرداخت دین آزاد است و هر زمان که بخواهد می‌تواند آن را بپردازد؛ حتی آزاد است به جای مثل مالی که به او نملیک شده است عین آن را به هم مقرض بدهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۶۹)؛ (Katouzian, 2007: 269)

اما در معاملات با حق استرداد اینطور نیست و قانون به صراحت در ماده ۳۴ قانون ثبت اشاره کرده است که در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد. پس در معاملات با حق استرداد باید مدت معین شود. ذکر مدت، شرط صحت این معاملات است و عدم ذکر مدت، موجب بطلان معاملات است؛ چون جهل به آن موجب جهل به عوضین است. در نتیجه معامله غرری و باطل است. علاوه بر اینکه حقوق ثبت جنبه آمره و نظم عمومی دارد و لذا عدم رعایت قانون آمره موجب بطلان عقد می‌شود. (البته در عقد قرضی که مدت تعیین شده باشد مقرض می‌تواند بعد از انعقاد عقد هر وقت بخواهد مثل را از مقرض مطالبه کند. ماده ۶۵۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: اگر برای اداء قرض به وجه ملزومی اجل تعیین شده باشد مقرض می‌تواند قبل از انقضای مدت طلب خود را مطالبه کند. از مفهوم مخالف این ماده برمی‌آید که اگر در قرض مدتی تعیین شده باشد، مقرض موقع می‌تواند هر وقت بخواهد طلب خود را مطالبه کند؛ بنابر آنچه گفته شد معاملات با حق استرداد، با عقد قرض از لحاظ قصد واقعی طرفین ممکن است تطابق و هماهنگی داشته باشد و در بسیاری موارد در هر دو عقد قصد طرفین قرض گرفتن است؛ اما معاملات با حق استرداد با توجه به تفاوت‌هایی که برشمردیم، در واقع عقد قرض نیستند و با آن متفاوتند، اگرچه قانونگذار ثبت اثر قرض و وثیقه را به آنها داده است. این تفاوت‌ها حاکی از این است که این دو عقد بر یکدیگر منطبق نبوده و نمی‌توان معامله با حق استرداد را در قالب قرض قرار داد.

#### ۴-۲- تفاوت‌های معامله با حق استرداد و عقد رهن

اما این دو عقد تفاوت‌هایی نیز دارند که عمده تفاوت‌های این دو عقد به شرح ذیل می‌باشد:

#### ۴-۲-۱- رجوع یا عدم رجوع به اموال دیگر مدیون

در معاملات با حق استرداد به موجب قانون ثبت، اگر بدهکار بدهی خود را نپردازد مورد معامله ارزیابی شده و با برگزاری مزایده به قیمت طلب یا بالاتر فروخته خواهد شد. به عبارت دیگر، مال مورد معامله به قیمت کمتر از طلب و حقوق اجرایی فروخته نمی‌شود. لذا طلبکار فقط نسبت به این

<sup>۱</sup> تبصره ۹ ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱: «حراج باید به میزان کل مبلغ طلب و خسارت و حقوق و عوارض (ادامه در صفحه بعد)



مال مورد معامله حق عینی دارد در صورت فک نشدن بدهی نمی‌تواند به اموال دیگر مدیون مراجعه کند. اما در رهن، این موضوع متفاوت است. به موجب ماده ۷۸۱ قانون مدنی، 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 راهن مراجعه کند؛ لذا انتقال گیرنده در معاملات با حق استرداد به بقیه اموال انتقال دهنده به غیر از مورد معامله نمی‌تواند دست یابد اما مرتهن نسبت به عین مرهونه حق عینی داشته و نسبت به دیگر اموال راهن (در صورت عدم کفایت قیمت وثیقه) حق شخصی دارد. البته شاید بتوان گفت که ماده ۳۴ قانون ثبت ناظر به موردی است که مال به قیمت معادل طلب طلبکار یا بیشتر فروخته شود و در این ماده حکمی راجع به موردی که مال به کمتر از طلب طلبکار فروخته شود وجود ندارد و لذا باید به قواعد عمومی مربوطه به رهن در قانون مدنی مراجعه کرد و در صورت فروش مال به قیمت کمتر از طلب طلبکار، وی حق رجوع به سایر اموال بدهکار را دارد. به هر حال از ماده ۳۴ قانون ثبت در مورد معامله با حق استرداد چنین حکمی استنباط نمی‌شود.

#### ۴-۲-۴- تفاوت از حیث منافع مورد معامله

پس از انعقاد عقد رهن منافع عین مرهون همچنان از آن راهن است، مگر اینکه شرط خلاف شود (ماده ۷۸۶ قانون مدنی) ولی در معامله با حق استرداد، منافع مورد معامله به انتقال گیرنده تعلق دارد.

#### ۴-۲-۳- تفاوت از لحاظ شیوه استیفای حق

در مورد شیوه استیفای حق نیز، با اینکه ماده ۳۴ معاملات شرطی و رهنی را یکسان کرده است، در ماده ۳۳ مقرراتی وجود دارد که ویژه معامله با حق استرداد است و در رهن راه ندارد، هر نوع انتقال از سوی انتقال دهنده یا انتقال گیرنده نافذ نیست و بر همین مبنا قانونگذار تنها از متصرف ثالث سخن می‌گوید. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۶۰۰؛ (Katouzian, 1998: 600) و در پایان ماده ۳۳ آمده است:

در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث باشد، انتقال گیرنده یا قائم‌مقام قانونی او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه و متفرعات می‌تواند به هر یک از انتقال دهنده یا وارث او و یا کسی که این مورد معامله را متصرف است اقامه دعوا نماید و رجوع به هر یک مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود. هرگاه به متصرف رجوع شده و حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرده، مدعی نمی‌تواند برای بقیه به انتقال دهنده رجوع کند و انتقال گیرنده می‌تواند در صورتی که متصرف عالم به معامله اولیه بوده برای بقیه طلب خود در حدود مدتی که مورد معامله در تصرف متصرف بوده به مشارالیه مراجعه کند، اعم از اینکه

(ادامه از صفحه قبل) عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود. اگرچه ماده ۳۴ مذکور حذف گردیده اما در ماده ۳۴ جدید سال ۸۶ در این مورد تکلیف را روشن نموده است، لذا همچنان بر اساس این تبصره عمل می‌شود.

متصرف استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد.

در معامله با حق استرداد، جهت استیفای حق چون معامله اثر تملیکی ندارد، طلبکار باید به مقامات عمومی مراجعه کند، ولی در بیع شرط یا رهن در صورت وکالت، احتیاجی به مراجعه به مقامات عمومی برای تملک نیست.

#### ۴-۲-۴- تفاوت از جهت محدودۀ حق طلبکار

در معاملات با حق استرداد، حق طلبکار محدود به مورد معامله است. انتقال دهنده مسئولیتی از نظر عدم برابری مورد معامله با طلب ندارد، ولی در رهن، اگر مرتهن این نابرابری را مشاهده کرد می‌تواند از رهن اعراض کند. (صدقی، ۱۳۹۹: ۱۱۶-۱۱۵)؛ (Sedghi, 2021: 115-116).

#### ۴-۳- معامله با حق استرداد در 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 منقول یا غیر منقول 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.

در کامن لو مقرر شده بین طرفین الزام آور بود. یعنی در صورتی که در موعد مقرر مدیون قادر به پرداخت دین خود نمی‌شد، مورد معامله ملک طلق وام‌دهنده می‌شد. بعداً انصاف بنا به مشکلاتی که کامن لو ایجاد می‌کرد، در مواردی از جمله در Mortgage دخالت کرد و با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این عقد و الزام آوردن 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.

به هر حال، مالکیت مورد معامله به وام‌دهنده منتقل می‌شود ولی وام‌گیرنده 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 به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف Mortgage استفاده کند، مقررات عقد بیع اعمال نشود (عسگری، ۱۳۸۵: ۲۲۹-۲۳۰)؛ (Asgari, 2007: 229-230).

معامله با حق استرداد موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک حقوق ایران، که پس از سوءاستفاده از بیع شرط قانون مدنی، در سال ۱۳۱۰ تصویب شد؛ ابزاری است که از نظر کارکردی برابر با حق وثیقه است. البته این ماده به موجب قانون اصلاح ماده ۳۶ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ حذف و ماده ۳۶ مکرر آن در سال ۱۳۸۹ اصلاح شده است. معامله با حق استرداد در حقوق ایران که معمولاً در قالب عقد بیع و عقد صلح صورت می‌گیرد، نتایج مشابه با عقد رهن و حق وثیقه دارد (کیبیری شاه‌آباد و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶۲)؛ (Kabiri & et.al, 2018: 162). رواج بیع شرط در

جوامع غربی نیز، سابقه داشته و مراحلی از تحول را طی کرده است اما از اواخر قرن نوزدهم و با وضع قوانینی که گرفتن بهره را با کنترل قانونی، تجویز می‌کرد دیگر انحراف در معامله شرطی و پوشش قرار دادن آن برای معاملات ربوی، در غرب کمتر جلبتوجه کرده و این معامله تقریباً به حالت طبیعی خود باقیمانده است. با اینحال در حقوق انگلیس در موارد جایگزین آن مثل اجاره به شرط تملیک و وام خرید با توفیق یا بیع متال خریداریشده به بانک، مقرراتی مانند قانون حمایت در برابر وامدهندگان و مقررات شروط ناعادلانه، جلوی گسترش انحراف اقتصادی را گرفته است (عراقی، رستگار جویباری، ۱۳۹۳: ۱۷۱)؛ (Araghi & Rastegar J, 2015: 171).

لذا مشابهت معاملات با حق استرداد در حقوق ایران با عقد رهن در حقوق انگلیس، به بررسی حق وثیقه در حقوق انگلیس می‌انجامد. به نظر می‌رسد، در حقوق انگلیس، مهمترین عنصر حق وثیقه بر روی یک مال و در واقع جوهر هر حق توثیقی خاص، حق اولویت و رجحان وثیقه گیرنده در برابر غرامت است. در حقیقت مفهوم حق وثیقه با اعطای حق تقدم به وثیقه گیرنده بهعنوان کلیدی برای حل رقابت بین ادعاهای مختلف اشخاص ثالث، نسبت به اموال متعهد شناخته می‌شود. (ساعدی، ۱۳۹۳، ۱۸)؛ (Saedi, 2015: 18). در نظام حقوقی انگلستان انواع متفاوتی از ابزارهای وثیقه به رسمیت شناخته شده است بین این ابزار از سه جهت تمایز وجود دارد. الف: از جهت خاستگاه این ابزار که آیا مبتنی بر قانون هستند یا بر انصاف؟ ب: از جهت لزوم قبض که بر این اساس در برخی موارد قبض ضرورت دارد و در برخی دیگر، قبض لزومی ندارد. ج: از جهت نقش اراده در ایجاد این ابزار که بین ابزار وثیقه مبتنی بر قرارداد و حقوق وثیقه ناشی از قانون تمایز وجود دارد.

#### ۴-۳-۱- عقد وثیقه در نظام حقوقی انگلیس

معامله با حق استرداد موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک حقوق ایران، که پس از سوءاستفاده از بیع شرط قانون مدنی در سال ۱۳۱۰ تصویب شد؛ ابزاری است که از نظر کارکردی برابر با حق وثیقه است؛ البته این ماده به موجب قانون اصلاح ماده ۳۶ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ حذف و ماده ۳۶ مکرر آن در سال ۱۳۸۹ اصلاح شده است. معامله با حق استرداد در حقوق ایران که معمولاً در قالب عقد بیع و عقد صلح صورت می‌گیرد، نتایج مشابه با عقد رهن و حق وثیقه دارد (کیبیری شاه‌آباد و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶۲)؛ (Kabiri & et.al, 2018: 162).

رواج بیع شرط در جوامع غربی نیز، سابقه داشته و مراحلی از تحول را طی کرده است اما از اواخر قرن نوزدهم و با وضع قوانینی که گرفتن بهره را با کنترل قانونی، تجویز می‌کرد دیگر انحراف در معامله شرطی و پوشش قراردادن آن برای معاملات ربوی، در غرب کمتر جلب توجه کرده و این معامله تقریباً به حالت طبیعی خود باقیمانده است (McGhee, 2005: 10).

با این حال در حقوق انگلیس در موارد جایگزین آن مثل اجاره به شرط تملیک و وام خرید با توثیق یا بیع مال خریداری شده به بانک، مقرراتی مانند قانون حمایت در برابر وامدهندگان و مقررات شروط ناعادلانه جلوی گسترش انحراف اقتصادی را گرفته است (عراقی و رستگار جویباری، ۱۳۹۳).

(۱۷۱)؛ (Araghi & Rastegar, 2015: 171). لذا مشابهت معاملات باحقوق استرداد در حقوق ایران با عقد رهن در حقوق انگلیس، به بررسی حق وثیقه در حقوق انگلیس می‌انجامد به نظر می‌رسد، در حقوق انگلیس، مهم‌ترین عنصر حق وثیقه بر روی یک مال و در واقع جوهر هر حق توثیقی خاص، حق اولویت و رجحان وثیقه گیرنده در برابر غرامت است (Martin & Hanbuy, 1993: 12).

در حقیقت مفهوم حق وثیقه با اعطای حق تقدم به وثیقه گیرنده به عنوان کلیدی برای حل رقابت بین ادعاهای مختلف اشخاص ثالث، نسبت به اموال متعهد شناخته می‌شود (ساعدی، ۱۳۹۳: ۱۸)؛ (Saedi, 2014: 18). در نظام حقوقی انگلستان انواع متفاوتی از ابزارهای وثیقه به رسمیت شناخته شده است بین این ابزار از سه جهت تمایز وجود دارد (Goode, 2003: 106): الف) از جهت خاستگاه این ابزار که آیا مبتنی بر قانون هستند یا برانصاف؟؛ ب) از جهت لزوم قبض که بر این اساس در برخی موارد قبض ضرورت دارد و در برخی دیگر قبض لزومی ندارد؛ ج) از جهت نقش اراده در ایجاد این ابزار که بین ابزار وثیقه مبتنی بر قرارداد و حقوق وثیقه ناشی از قانون تمایز وجود دارد.

#### ۴-۴- معاملة با حق استرداد در حقوق آمریکا

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، معاملة با حق استرداد در قالب رهنو قرارداد وام مسکن شناخته می‌شود که در این رابطه سه نظریه حقوقی در مورد وام مسکن وجود دارد: الف) نظریه مالکیت، ب) نظریه حق رهن یا حق وثیقه و ج) نظریه حد واسطه. این سه نظریه، به طور خاص، به عملیات مربوط به وام مسکن، ارتباط پیدا می‌کنند و از این جهت کلید درک تفاوت‌های موجود نسبت به عملکرد وام‌های مسکن در سراسر حوزه‌های قضایی آمریکا را فراهم می‌کنند.

#### ۴-۴-۱- نظریه مالکیت در حقوق آمریکا

طرفداران نظریه مالکیت بر این باورند که در یک عقد رهن، کلیه حقوق مالکانه مال مورد رهن، از رهن به مرتبه منتقل می‌شود و این حقوق مالکانه تا زمانی که کلیه حقوق رهن نسبت به عین مرهونه به دلیل عدم پرداخت دین سلب شود، محفوظ می‌ماند. البته در این راستا فقط تعداد کمی از ایالت‌های آمریکا، این نظریه را پذیرفته‌اند. بر اساس نظریه مالکیت، رهن، سندی است که مالکیت را به شکل مشروط به مرتبه منتقل می‌کند. (حقوق وام دهنده در یک قرارداد وام با رهن تضمین می‌شود) و البته حق فک رهن نیز برای رهن (قرض گیرنده در قرارداد وام مسکن) محفوظ است.

در حقیقت حفظ حقوق بازخرید مال مورد رهن از سوی رهن، واقعی است که انتقال مالکیت را تحت این نظریه، به شکلی مشروط ارائه می‌کند. بنابر این، وام‌های مسکن در حوزه‌های قضایی که از نظریه مالکیت پیروی می‌کنند، ممکن است به عنوان اعمال در نظر گرفته شوند که می‌توان

<sup>1</sup>. Mortgage

<sup>2</sup>. Title Theory

آن‌ها را اسناد مشروط نامید.

اگرچه، قانونی که بر اساس آن رهن مورد پذیرش قرار می‌گیرد، توسط دادگاهها برای شناسایی راهن به عنوان مالک ملک مورد رهن در حوزه‌های قضایی که تابع تئوری مالکیت هستند تفسیر می‌شود؛ با این حال در تئوری مالکیت، سلب مالکیت به عنوان یک راه حل در صورت نکول راهن از پرداخت وام، بدون مراجعه به دادگاه صورت می‌گیرد.

#### ۴-۲- نظریه حق رهن یا وثیقه‌ها حق حبس مال در نظام حقوقی آمریکا

نظریه حق رهن یا وثیقه یا حق حبس مال<sup>۱</sup>، بر این عقیده است که رهن، به نوعی شبیه به حق حبس و وثیقه است؛ به نحوی که بر اساس رهن، مرتهن (رهن‌گیرنده) فقط حق حبس و گروکشی نسبت به یک مال را دارد و راهن هم مالکیت واقعی خود بر عین و منافع را حفظ می‌کند مگر اینکه سلب حق مالکیت نفع مرتهن به دلیل عدم پرداخت دین رخ دهد. اکثر ایالت‌های آمریکا این نظریه را پذیرفته‌اند. گاهی اوقات از این نظریه با عنوان نظریه رهن‌های انصافی یاد می‌شود. بر اساس تئوری حق رهن یا وثیقه، رهن به نفع مرتهن بر روی ملک مرهونه عمل می‌کند ولی مالکیت واقعی بر روی عرصه برای راهن محفوظ است.

توقیف قضایی<sup>۲</sup> که معمولاً با فروش ملک مورد رهن همراه است، اغلب به عنوان راه حلی برای راهن که از پرداخت دین نکول می‌کند در حوزه‌های قضایی که تابع تئوری حق رهن یا وثیقه هستند، ضروری است و البته مشخص شده است که این فرآیند دست‌وپاگیر، وقت‌گیر و پرهزینه است.

در نتیجه وام‌دهندگان در حوزه‌های قضایی که تابع این نظریه هستند، اغلب به ابزارهای غیر رهنی برای تضمین بازپرداخت وام متوسل می‌شوند که این اسناد معمولاً به شکل اسناد امانی<sup>۳</sup> و یا در ایالت جورجیا، به شکل سند تضمین بدهی یا سند ضمانت<sup>۴</sup> است. این اسناد همیشه به منظور انتقال مالکیت یک قسمت از اموال غیرمنقول عمل می‌کند و استفاده همه جانبه از چنین اسنادی در حوزه‌های قضایی که تابع تئوری حق رهن یا وثیقه هستند، عموماً برای متزلزل ساختن تأثیر رهن به کار گرفته می‌شوند.

#### ۴-۳- نظریه حد واسط در حقوق آمریکا

بر اساس آنچه نظریه حد واسط<sup>۵</sup> و وام مسکن نامیده می‌شود، زمانی که یک رویداد نکول بر اساس قرارداد وام رخ می‌دهد، رهن به عنوان عاملی برای ایجاد حق حبس یا حق وثیقه بر ملک مرهونه

<sup>1</sup>. Lien Theory

<sup>2</sup>. Equitable Theory Mortgage

<sup>3</sup>. Judicial foreclosure

<sup>4</sup>. Trust deeds

<sup>5</sup>. Security deed

<sup>6</sup>. Intermediate Theory

تلقی می‌شود. پس از چنین مدتی، همان رهن تحت نظریه مالکیت تعبیر می‌شود. این امر با گنجاندن شرطی در قرارداد وام به اینکه وام گیرنده مجاز است مالکیت واقعی اموال مورد وثیقه را با توافق صریح و به شرط پرداخت دین حفظ کند و وام دهنده نیز می‌تواند در صورت عدم اجرای تعهد مبنی بر بازپرداخت از سوی وام گیرنده بدون مراجعه به دادگاه، کلیه حقوق رهن را نسبت به عین مرهونه به دلیل عدم پرداخت دین سلب نماید یا نسبت به فروش عین مرهونه برای تصفیه بدهی رهن اقدام نماید. در ایالات متحده آمریکا، تعداد ایالت‌هایی که تابع نظریه حق رهن یا وثیقه هستند از تعداد ایالت‌هایی که تابع تئوری مالکیت یا تئوری حد واسط هستند بیشتر است.

در ایالت‌هایی که تابع نظریه مالکیت هستند، قراردادهای وام مسکن در قالب عقد رهن منعقد می‌شود، مالکیت واقعی نسبت به عین و عرصه در قبال تضمین یک بدهی انتقال می‌یابد؛ در حالی که رهن همچنان مالکیت منافع، حق استفاده و بهره‌مندی از دارایی خود را حفظ می‌کند ولی مالکیت عین و عرصه به طرف دیگر عقد یعنی مرتهن (وام دهنده) انتقال می‌یابد. همچنین در ایالت‌هایی که تابع تئوری رهن یا وثیقه هستند، موضوعات مربوط به تضامین و اسناد امانی دوباره طراحی شده‌اند به نحوی که هم اکنون یک نوع رهن غیرتملیکی<sup>۳</sup> را بر مالکیت ملک مرهونه تحمیل می‌کنند و این در حالی است که رهن همچنان مالکیت خود را بر عین، عرصه، منافع و حق استفاده و بهره‌برداری از مال مرهونه را برای خود نیز حفظ می‌کند. در هر حال آنچه که تئوری حد واسط بیان می‌کند این است که وام گیرنده، مالکیت خود را بر مال مرهونه حفظ می‌کند، اما وام دهنده نیز می‌تواند اگر وام گیرنده از پرداخت وام، نکول<sup>۴</sup> کند مالکیت رهن بر مال مورد رهن را سلب کند (البته این سلب مالکیت، بدون رسیدگی‌های قضایی صورت گیرد).

### نتیجه‌گیری

آن‌چه که در حقوق ایران تحت عنوان معاملات شرطی و یا معاملات با حق استرداد، موسوم هست، در نظام حقوقی کامن‌لا (انگلیس و آمریکا) به نهاد رهن شباهت دارد، البته تا قبل از این که تملیکی بودن از این معاملات سلب شود. زیرا بر اساس معامله با حق استرداد، خریدار (انتقال دهنده) به شخصی که جهت تأمین مایحتاج زندگی خود به وجوه نقدی نیاز دارد، ثمنی را در قالب وام، به فروشنده (انتقال گیرنده) می‌دهد و در ازای آن، انتقال گیرنده مال خود (اعم از مال منقول یا غیر منقول) را به عنوان تضمین یا وثیقه باز پرداخت به موقع ثمن، به خریدار (انتقال دهنده) منتقل و تسلیم می‌نماید، با این شرط که چنان‌چه انتقال گیرنده، ظرف مهلت مقرر، ثمن دریافتی را پرداخت نماید،

<sup>1</sup>. Legal title

<sup>2</sup>. Equitable title

<sup>3</sup>. Nonpossessory liens

<sup>4</sup>. Default

مجدداً مالک مال مورد انتقال گردد، اما در نظام کامن‌لا، در صورتی که گیرنده وام در موعد مقرر ثمن و یا بدهی خود را نپردازد، انتقال دهنده مالک طلق مال مورد انتقال می‌گردد. لکن با توجه به مشکلاتی که به واسطه برقراری مالکیت برای دهنده وام ایجاد شده بود، نظام حقوقی کامن‌لا، با استفاده از قاعده انصاف، شرط مدت را در اینگونه معاملات برداشته و بهمدیون حق داد که هر وقت خواست، بتواند با بازپرداخت وام، مورد معامله را مسترد کند. در حقوق ایران، با سلب اثر تملیکی بیع شرط و تأسیس نهاد معامله با حق استرداد بهموجب قانون ثبت مصوب سال ۱۳۵۱، میتوان گفت، برخلاف حقوق انگلیس، هیچ یک از عقود توثیقی در حقوق ایران، منجر به انتقال مالکیت مورد وثیقه به دائن نمی‌شود تا در صورت ایفای دین توسط مدیون، مجدداً مالکیت مدیون بهحکم قانون برگردد و دلیل این مطلب ماده ۳۳ قانون ثبت است که بیان میدارد: حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است؛ در غیر این صورت حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد؛ بنابراین در حقوق ایران، مالکیت مورد وثیقه همچنان به وثیقه گذاران تعلق دارد و وثیقه گیرنده، تنها حق عینی تبعی با امتیازات حق تقدم و حق تعقیب به دست می‌آورد، هرچند مورد وثیقه در قبض و تصرف دائن قرار گرفته باشد.

### منابع فارسی

۱. امامی، ح. (۱۳۸۷). *حقوق مدنی*. تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. امیدی، م.، و زیبا، م. (۱۳۹۹). آثار معاملات با حق استرداد در حقوق ایران. *فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، ۶(۲)، ۵۷-۳۵.
۳. بهدادی‌نیا، ی. و ضیایی، س. (۱۴۰۱). ماهیت حقوقی قراردادهای جدید نفتی ایران (IPC) از منظر حقوق بین‌الملل و حقوق ایران، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، ۱۹(۱)، ۱۹۶-۱۷۷.
۴. جعفری لنگرودی، م. (۱۴۰۱). *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۵. درویش، ب.، عابدی، م. و فتحی، ا. (۱۴۰۱). معاملات با حق استرداد و شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و حقوق انگلیس. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۵(۵۵)، ۸۵-۷۴.
۶. ساعدی، ا. (۱۳۹۳). مقایسه وثیقه‌های تجاری و مدنی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس) *پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی*، دانشگاه قم.
۷. شهیدی، م. (۱۳۸۸). *حقوق مدنی ۶، عقود معین*. تهران، انتشارات مجد.
۸. صفایی، ح. (۱۳۹۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. تهران، نشر میزان.
۹. صدقی، غ. (۱۳۹۹). مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد با رویکرد قضایی. *دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی*، ۳(۵)، ۵۸-۲۸.
۱۰. طاهری‌زاده، ر. (۱۳۹۸). بررسی معاملات با حق استرداد در حقوق ایران. *نشریه فقه، حقوق و علوم جزا*، ۵(۱۴)، ۱۴۹-۱۴۵.
۱۱. عراقی، ع. و رستگار جویباری، م. (۱۳۹۳). جستجوی عدالت معاوضی و واقعی و اراده باطنی در بیع

- شرط. دوفصلنامه مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق معاصر، ۸(۱۴)، ۶۷-۵۸.
۱۲. عسکری، ح. (۱۳۸۵). معاملات با حق استرداد در حقوق ایران. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۹(۴۴)، ۹۷-۱۱۲.
۱۳. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۶). عقود معین، جلد ۴. تهران، نشر گنج دانش.
۱۴. کاتوزیان، ن. (۱۳۷۶). عقود معین (عقود اذنی، وثیقه‌های دین). جلد ۴، تهران، انتشارات مدرس.
۱۵. کبیری‌شاه‌آباد، ح.، عیسائی‌نفرشی، م.، و شهبازی‌نیا، م. (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی رویکرد وحدت-گرایی یا کثرت‌گرایی در خصوص ابزار توفیق اموال منقول در نظام حقوقی ایالت متحده آمریکا، انگلستان و ایران. فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲(۴)، ۴۵-۵۷.
۱۶. مبلغی، ا.، جمشیدیان، م. (۱۳۹۳). مقاله بیع شرط در فقه مذاهب اسلامی. دوفصلنامه فقه مقارن، ۲(۴)، ۱۱۴-۱۲۶.

#### English References

- Black, S. (2009). *Law Dictionary*, 9<sup>th</sup> ed., NY: Thompson Reuters.
- Durfee, Edgar N. (1912). *The Lien or Equitable Theory of the Mortgage*, Some Generalizations University.
- Goode, R. (2003). *Legal Problems of credit and security*. 3rd ed. London Sweet & Maxwell, 21(2), 157-180.
- [https://law.mofidu.ac.ir/article\\_17957.html](https://law.mofidu.ac.ir/article_17957.html).
- <https://www.investopedia.com/ask/answers/062415/what-difference-between-Possessory-lien.asp>.
- <https://realestatelicensewizard.com/title-theory-vs-lien-theory>.
- US. Bank V. Ibanez, Massachusetts supreme Judicial Court, SJC-10694, January 7, 2011, See: *Bank Stocks Slump On Foreclosure Ruling*, New York: Times Dealbook.
- Martin, J., Harold Greville, H. (1993). *Modern Equity*. Sweet & Maxwell.
- McGhee, J. (2005). *Snell's Equity*. Sweet & Maxwell.

#### Transladed References to English

- Araghi, E., Rastgar Jooybari, M. (2014). Searching for Compensatory and True Justice and Innate Will in Conditional Sale, *Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Contemporary Law, Bimonthly of Comparative Law*, 8(14), 58-67. **(In Persian)**
- Askari, H. (2006). Transactions with Right of Return in Iran Law, *Judicial Studies*, 9(44), 97-112. **(In Persian)**
- Black, S. (2009). *Law Dictionary*, 9<sup>th</sup> ed., NY: Thompson Reuters.



4. Behdadnia, Y., & Ziyaei, S.Y. (2022). Legal Nature of Iran Petroleum Contracts in International and Iranian Law. *International Studies Journal (ISJ)*, 19(1), 177-196.
5. Darvish, B., Abedi, M., & Fat'hi, A. (2022). Transactions with Right of Return and the Condition of Possession in Iran and England Laws, *International Judicial Studies*, 15(55), 74-85. **(In Persian)**
6. Durfee, Edgar N. (1912). "The lien or Equitable Theory of the Mortgage", Some Generalizations University.
7. Emami, H. (2008). *Civil Law*, Tehran, Islamic Publications. **(In Persian)**
8. Goode, R. (2003). *Legal Problems of credit and security*. 3rd ed. London Sweet & Maxwell, 21(2), 157-180.
9. <https://realestatelicensewizard.com/title-theory-vs-lien-theory>.
10. [https://law.mofidu.ac.ir/article\\_17957.html](https://law.mofidu.ac.ir/article_17957.html).
11. <https://www.investopedia.com/ask/answers/062415/what-difference-between-Possessory-lien.asp>.
12. Jafari Langrudi, M. (2022). Rights Terminology, Tehran: Ganje Danesh. **(In Persian)**
13. Kabiri Shah Abad, H., Tafreshi, I., & Shahbazinia, M. (2017). Comparative Study of Unitarianism and Pluralism Approach on the Achievement of Transferable Properties in the Law of the United States, England and Iran, *Journal of Comparative Law Studies*, 2(4), 114-126. **(In Persian)**
14. Katouzian, N. (1997). *Nominate Contracts (Permissive Contracts and Religion Bails)*, Vol. 4, Tehran, Modares Publications. **(In Persian)**
15. Katouzian, N. (2007). *Nominate Contracts*, Vol. 4, Tehran, Ganj Danesh Publications.
16. Martin, J., Harold Greville, H. (1993). *Modern Equity*. Sweet & Maxwell.
17. McGhee, J. (2005). *Snell's Equity*. Sweet & Maxwell.
18. Mobaleghi, A., Aeen, A., & Mehrdad J. (2014). The Article of Conditional Sale in Islamic Religions Jurisprudence. *Bimonthly of Symmetric Jurisprudence*, 2(4), 114-126. **(In Persian)**
19. Omidi, M., & Ziba, M. (2020). The Effects of Transactions with Right of Return in Iran Law, *Political Science Studies, Law and Jurisprudence*, 6(2), 35-57 **(In Persian)**
20. **(In Persian)**
21. Saedi, E. (2014). The Comparison of Commercial and Civil Bails (Comparative Study in Iran and England Laws). *MA Thesis of Private Law*, University of Qom. **(In Persian)**

22. Safaei, Hossein (2016). *Civil Law Preliminaries*, 2 Vol., Tehran: Mizan Publications. **(In Persian)**
23. Sedghi, G. (2020). The Comparison of Mortgage Contract with Right of Return with Judicial Approach. *Bimonthly of Jurisprudence and Private Law*, 3(5), 28-58. **(In Persian)**
24. Shahidi, M. (2009). *Civil Law 6 (Nominate Contracts)*, Tehran, Majd Publications. **(In Persian)**
25. Taherizadeh, R. (2019). Investigating Transactions with Right of Return in Iran Law Journal of Jurisprudence, *Law and Criminal Science*, 5(14), 145-149. **(In Persian)**
26. US. Bank V. Ibanez, *Massachusetts supreme Judicial Court*, SJC-10694, January 7, 2011, See: *Bank Stocks Slump On Foreclosure Ruling*, New York: Times Dealbook.