

فهرست:

در اختیارات و احکام راجع به آن

در اختیارات

انواع معاملات با حق استرداد

خیار مجلس

خیار جبران

خیار شرط

خیار تأخیر ثمن

خیار غبن

خیار عیب

خیار تدلیس

خیار تبعیض صفت

خیار تخلف شرط

در بیع شرط

در معاوضه

معاملات با حق استرداد رهنی

الف- عقد رهن و شرایط تحقق آن:

ب- شرایط مورد رهن

1- لزوم معین بودن مورد رهن

2- تأثیر قبض در عقد رهن

باقی ماندن پاره ای از مشکلات

معامله با حق استرداد رهنی

ضمانت در پرداخت

وکالت در تملک

وثیقه قراردادی

منابع و مأخذ

www.kandoo.cn.com

www.kandoo.cn.com

چکیده مطالب :

هرگاه در بیع برای خریدار شرط خیار شود، در تملیکی بودن عقد تردیدی نیست. بعد از ایجاب، مبیع از آن خریدار است؛ تنها او حق دارد مالکیت موجود را ظرف مدت معینی از بین ببرد و آن را به فروشنده بازگرداند. بنابراین، خریدار در چنین وضعی می تواند موضوع معامله را برای دین خود به رهن بگذارد. این اقدام، به منزله انصراف از خیار فسخ است، زیرا رهن از سوی او لازم است و برای مرتهن نسبت به آن مال حق عینی ایجاد می کند و کسی که نمی تواند مالی را وثیقه دین خویش قرار دهد و احتمال بازگرداندن آن به مالک و فسخ بیع را نیز در سر داشته باشد این دو کار با هم در تعارض است و در نتیجه آخرین تصمیم را باید نافذ شمرد.

ولی اشکال در موردی است که در بیع شرط خیار به سود فروشنده باشد و او بتواند در مهلت معینی ملکیت را دوباره از آن خود سازد چنین بیعی از مصداق های « معامله با حق استرداد است که موضوع این کار تحقیقی می

باشد.»

www.kandoo.cn.com

مقدمه :

معامله با حق استرداد وسیله تملک است. مالک حق خود را به انتقال گیرنده تملک می کند و او را مالک عین و منافع می سازد، منتها این حق را برای خویش محفوظ می دارد که ظرف مدت معینی معامله را بر هم زند و آنچه را که داده است باز ستاند. در فقه این اختلاف در بیع شرط مطرح شده است که آیا مبیع بعد از پایان مهلتی که فروشنده خیار فسخ دارد به خریدار منتقل می شود یا با وقوع بیع تملیک نیز انجام میشود و با استفاده از حق خیار دوباره به فروشنده باز می گردد؟ پاره از متقدمان احتمال نخست را برگزیده اند ولی متاخران بطور قاطع انتقال مالکیت را همراه با عقد بیع پذیرفته اند و قانون مدنی نیز از آنان پیروی کرده است (مواد 363 و 364)

اصطلاح «در معامله با حق استرداد ساخته نویسندگان قانون ثبت است. آنان بدین وسیله خواسته اند تا تمام معاملاتی را که اثر آنها تملیک مورد است و تملیک کننده حق استرداد آن را برای خود محفوظ می دارد زیر یک

www.kandoo.cn.com

عنوان بررسی کنند و احکام خود را محدود به «بیع شرط» نسازند، چنانکه در ماده 33 قانون ثبت آمده است: «نسبت به املاکی که با شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده در صورتی که مال مورد «معامله با حق استرداد» در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد انتقال گیرنده یا قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه یا متفرعات، می تواند بر هر یک از انتقال دهنده یا وارث او و یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است اقامه دعوی نماید و رجوع به هر یک مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود. هرگاه به متصرف رجوع شده و حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرد مدعی نمی تواند برای بقیه به انتقال دهنده رجوع کند و انتقال گیرنده می تواند در صورتیکه 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 متصرف استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد»

و در ماده 34 اموال منقول را نیز تابع احکام مربوط به املاک می کند. (1)

www.kandooon.com

مبحث پنجم - در خیارات و احکام راجعه به آن (1)

1- رای وحدت رویه 23- 26/7/1344: «... در موضوع اختلاف رویه حاصل

میان شعبه اول و شعبه دوم دیوان عالی کشور راجع به استحقاق یا عدم

استحقاق مطالبه اجور در مدت خیار از طرف انتقال گیرنده در معامله حق

استرداد نظر به ماده (34) اصلاحی قانون ثبت مصوب مرداد ماه 1310 که به

موجب آن اصل وجه ثمن و اجور مال مورد معامله در مدت خیار متعلق حق

انتقال گیرنده شناخته شده و نظر به ماده (722) قانون آیین دادرسی مدنی که

به موجب آن در صورتی که مال مورد معامله در تصرف حق اجرت المثل گیرنده

ندارد رای شعبه دوم نتیجتاً مورد تایید است...»

نظریه 4780/7 - 124/6/1377. ح. ق. مواد قانون مدنی راجع به بیع از ماده

(338) الی (463)، هیچ یک نوع مذهب را از موجبات فسخ معامله ذکر نکرده و

به علاوه طبق اصل (20) قانون اساسی تمام افراد ملت ایران در مقابل قانون

متساوی الحقوق هستند و قانونی که معامله با غیر مسلمان را منع کند نیز

www.kandooon.com

تاکنون به تصویب نرسیده است. بنابراین رسیدگیو صدور حکم به فسخ معامله در چنین دعوایی مستند قانونی ندارد.

فقره اول - در خیارات

ماده 396 - خیارات از قرار ذیلند: (1)

زیر نویس:

1- رای اصراری 27/2/1373-12: بر دادنامه تجدید نظر خواسته اشکال وارد است زیرا درست است که در بند 11 سند عادی مورخ 22/2/1368 متداعیین کلیه خسارات را از خود ساقط کرده اند لکن در بند 14 سند مزبور با قید جمله (چنانچه فروشنده در دفترخانه حاضر نشد و یا به هر نحوی از انحاء از انجم معامله استنکاف ورزد بایستی علاوه بر استرداد فوری دریافتی معادل همان مبلغ ... به خریدار پرداخت نماید) برای وی جعل خیار شده استو به عبارت دیگر اسقاط خیارات در بند 11 به نحو عام بوده و بند 14 ذکر خاص بعد از عام و استثنا از کل به عنوان جعل خیار در فاصله بین تاریخ بیع نامه مورخ 22/2/1368 و تاریخ و تنظیم سند در دفترخانه 22/3/1368 در مجلس واحد و قبل از اجرا صیغه است و این استثنا منافاتی با کلیت مذکور در بند 11 ندارد.

بدیهی است با جعل و استفاده از این خیار و انصراف از معامله ولو بدون ادعای
غبن (به هر نحوی از انحاء) و رد کل مبلغ دریافتی از ثمن معامله و معادل آن
وسیله بایع به مشتری اساس بیع منهدم می شود و این معنی با جعل و تعیین
وجه التزان برای تحکیم بیع که اساس استدلال دادگاه صادر کننده رای تجدید
نظر خواسته است متفاوت است و مستفاد از فتوای حضرت آیت الله العظمی
گلپایگانی رضوان الله علیه در پاسخ استفتایی که از معظم له در مورد شده است
موید همین معنی است بنا به مراتب با توجه به بند 14 سند عادی فوق اذکر و
اینکه تجدید نظر خواه با استفاده از خیار مزبور انصراف خود را از معامله اعلام و
از تنظیم سند رسمی خودداری کرده است معامله موضوع سند مورخ
22/2/1368 فسخ شده تلقی و رای دادگاه که مغایر مطالب مذکور در بالا است
نقض می شود. نظریه 2354/7 - 16/4/1379. ح. ق. : معمولاً در اسناد رسمی
مربوط به معاملات قطعی، اسقاط کافه خیارات قید می شود و طرفین آن را امضا
می کنند، اگر سندی دارای چنین عبارتی باشد و طرفین آن را امضا کرده باشند
کلیه خیارات من جمله خیار مجلس ساقط خواهد بود. در صورتی که چنین
عبارتی قید نشده باشد، چون خیار مجلس تا زمانی است که متعاملین از هم

جدا نشده اند با خروج خریدار از دفترخانه و ترک آن محل افتراق حاصل

گردیده است خیار مجلس ساقط است

ادامه ماده 396 انواع معاملات با حق استرداد

1- خیار مجلس .

2- خیار حیوان

3- خیار شرط

4- خیار تاخیر ثمن

5- خیار رویت و تخلف وصف

6- خیار غبن

7- خیار عیب

8- خیار تدلیس

9- خیار تبعض صفقه

10- خیار تخلف شرط

اول - در خیار مجلس

ماده 397- هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده اند اختیار فسخ معامله را دارند . (1)

زیرنویس:

1- نظریه 2345/7 - 16/4/1379. ح.ق: در صورت قید پاسقاط کافه

خیارات ، کلیه خیارات من جمله خیار مجلس ساقط خواهد بود خیار

مجلس تا زمانی است که متعاملین از هم جدا نشده اند و با خروج خریدار

از دفتر خانه و ترک آن محل افتراق حاصل گردیده و خیار مجلس ساقط

است

دوم - در خیار حیوان

ماده 398- اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار

فسخ معانله را دارد.

سوم - در خیار شرط

ماده 399 - در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع

یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.(1)

زیرنویس :

رای اصراری 9/8/1374-26: «... با لحاظ محتویات پرونده و عبارت ذیل قولنامه بدین شرح < هرگاه یکی از طرفین قرارداد از مورد معامله عدول کند چک دویست هزار تومانی طرف به نفع طرف دیگر قابل پرداخت است و طرفین حق هیچ گونه اعتراضی نخواهند داشت. استدلال دادگاه بر عدم قبول حق عدول به عنوان حق خیار، با شرط مذکور در قولنامه مغایر است...»

رای اصراری 9-9/4/1371 ردیف 70/78: اعتراض تجدید نظر خواهان موجه نیست زیرا مندرجات مستند دعوی دایر به تحویل آپارتمان و تنظیم سند انتقال رسمی انتقال رسمی در دفترخانه من حیث المجموع دلالت بر وقوع عقد بیع دارد و برای تجدید نظر خواهان شرطی برای فسخ معامله پیش بینی نشده است.

به رای اصراری 31-30/8/1374 ردیف 74/28 مندرج در پاورقی ماده 362 نیز مراجعه شود. نظریه بیع مدت دار محسوب و مشمول ماده (399) قانون مدنی است.»

ماده 400 - اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد ابتدای آن از تاریخ عقد محسوب است والاتابع قرارداد متعاملین است. (1)

زیر نویس:

1- نظریه 290/7 - 122/2/1376 . ح ق: «در صورت احراز صحت بیع نامه،

تاریخ تنظیم سند ، آغاز خیار شرط و موعد حضور در دفترخانه پایانه خیار

شرط محسوب می شود .. اما اگر در قرارداد مهلتی برای استفاده از خیار

شرط و یا مهلت معینی برای مراجعه به دفترخانه و تنظیم سند رسمی معین

نشده باشد در این صورت طبق مفاد ماده (401) قانون مدنی هم شرط خیار

و هم بیع باطل خواهد بود. اگر سند تنظیمی قولنامه و قرداد بیع در آینده

باشد مورد مشمول ماده (10) قانون مدنی بوده و احکام بیع و خیارات در

آن مورد جاری نیست توافق طرفین معتبر است»

ماده 401 - اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم

بیع باطل است. (1)

زیر نویس:

1- به زیر نویس ماده 399 مراجعه شود.

چهارم - در خیار تاخیر ثمن

ماده 402 - هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تادیه ثمن

یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ

بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می شود.

ماده 403 - اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قراین معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده است خیار او ساقط خواهد شد.

ماده 404 - هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند یا مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود (1) اگر چه ثانیاً به نحوی از انحاء مبیع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد. (2)

زیرنویس :

1- رای اصراری 7-26/3/1371 ردیف 70/61: نظربه اینکه دادگاه بر اساس مندرجات سند مدرک دعوی مورخ 12/9/1364 و اظهارات متداعیین در جریان رسیدگی قضایی وقوع عقد بیع و صحت آن را احراز نموده و مبیع در همان زمان تحویل مشتری بوده و قسمتی از ثمن معامله هم به بایع تسلیم

گردیده است. لذا بایع بر طبق صدر ماده 404 ق.م. از جهت عدم وصول بقیه ثمن معامله حق فسخ معامله را نداشته (است).

2- به پاورقی های مواد 399 الی 401 مراجعه شود.

ماده 405 - اگر مشتری ثمن را حاضر کرد که بدهد و بایع از اخذ آن امتناع نمود خیار فسخ نخواهد داشت.

ماده 406 - خیار تاخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تاخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمی باشد.

ماده 407 - تسلیم بعض ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی کند.

ماده 408 - اگر مشتری برای ثمن ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد بعد از تحقق حواله خیار تاخیر ساقط می شود.

ماده 409 - هرگاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از سه روز فاسد و یا کم قیمت می شود ابتدای خیا از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می گردد.

پنجم - در خیار رویت و تخلف وصف

ماده 410 - هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.

ماده 411 - اگر بایع مبیع را ندیده ولی مشتری آن را دیده باشد و مبیع غیر اوصافی که ذکر شده است دارا باشد فقط بایع خیار فسخ خواهد داشت.

ماده 412 - هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.

ماده 413 - هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقا دیده و به اعتماد رویت سابق معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.

ماده 414 - در بیع کلی خیار رویت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقررہ بین طرفین باشد.

ماده 415 - خیار رویت و تخلف وصف بعد از رویت فوری است.

ششم - در خیار غبن

ماده 416- هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

ماده 417 (اصلاحی 14/8/1370) - غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد. (1)

زیر نویس:

1- ماده 417 مصوب- 18/2/1307 اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

ماده 417 (اصلاحی 8/10/1361) - «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

ماده 418- اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت.

ماده 419- در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد.

ماده 420- خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است. (1)

زیر نویس:

1- نظریه 6128/7-130/8/1372 . ح . ق : فوریت مورد نظر در ماده (420) قانون مدنی همزمان با علم به آن است و چنانچه فردی بعد از مدت طولانی از انجام معامله علم به غبن پیدا کند و فی الفور اقدام به استفاده از خیار بنماید و اسباب وقفه را نیز بتواند در دادگاه ثابت نماید این ترتیب منافاتی با روح ماده مورد نظر ندارد.

ماده 421- اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی شود مگر نه اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد.

هفتم- در خیار عیب

ماده 422- اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله.(1)
زیر نویس 5686/7-11/8/1378 ش.ح.ق : در خصوص عدم صدور پروانه ساختمان به علت کاربری غیر مسکونی ، با عنایت به اینکه عدم تحقق غرض

خریدار کاشف از عیب مبيع نیست حق فسخ معامله برای خریدار محقق به نظر نمی رسد.

ماده 423- خيار عيب وقتى براى مشتري ثابت مى شود كه عيب مخفى و موجود در حين عقد باشد.

ماده 424- عيب وقتى مخفى محسوب است كه مشتري در زمان بيع عالم به آن نبوده است اعم از اينكه اين عدم علم ناشى از آن باشد كه عيب واقعا مستور بوده است يا اينكه ظاهر بوده ولى مشتري ملتفت آن نشده است.

ماده 425- عيبى كه بعد از بيع و قبل از قبض در مبيع حادث شود در حكم عيب سابق است.

ماده 426- تشخيص عيب بر حسب عرف و عادت مى شود و بنا بر اين ممكن است بر حسب ازمنه و امكانه مختلف شود.

ماده 427- اگر در مورد ظهور عيب مشتري اختيار ارش كند تفاوتى كه بايد به او داده شود به طريق ذيل معين مى گردد:

قيمت حقيقى مبيع در حال بى عيبى و قيمت حقيقى آن در حال معيوبى به توسط اهل خبره معين مى شود. اگر قيمت آن در حال بى عيبى مساوى با قيمتى باشد كه در زمان بيع بين طرفين مقرر شده است تفاوت بين اين

قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارزش خواهد بود. و اگر قیمت مبیع در حال بی عیبی کمتر یا زیادتر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر همان نسبت نگاه داشته و بقیه را به عنوان ارزش به مشتری رد کند.

ماده 428- در صورت اختلاف بین اهل خبره حد وسط قیمتها معتبر است.

ماده 429- در موارد ذیل مشتری نمی تواند بیع را فسخ کند و فقط می تواند ارزش بگیرد:

1- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر.

2- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه.

3- در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود مگر اینکه در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست.

ماده 430- اگر عیب حادث بعد از قبض در نتیجه عیب قدیم باشد مشتری حق رد را نیر خواهد داشت.

ماده 431- در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود بدون اینکه قیمت هر یک علی حده معین شده باشد و بعضی از آنها معیوب در آید مشتری باید تمام آنها را رد کند و ثمن را مسترد دارد یا تمام را نگاه دارد و ارزش بگیرد و تبعیض نمی تواند بکند مگر به رضای بایع.

ماده 432- در صورتی که در یک عقد بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبيع عیبی ظاهر شود یکی از مشتریها نمی تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد مگر با رضای بایع و بنابراین اگر در رد مبيع اتفاق نکردند فقط هر یک از آنها حق ارزش خواهد داشت.

ماده 433- اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می تواند سهم یکی را رد و دیگری را با اخذ ارزش قبول کند.

ماده 434- اگر ظاهر شود که مبيع معیوب اصلا مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است و اگر بعض مبيع قیمت نداشته باشد بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهت تبعض اختیار فسخ دارد.

ماده 435- خیار عیب بعد از علم به آن فوری است.

ماده 436- اگر بایع از عیوب مبيع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب

حق رجوع به بايع نخواهد داشت و اگر بايع از عيب خاصى تبرى کرده باشد فقط نسبت به همان عيب حق مراجعه ندارد.

ماده 437- از حيث احكام عيب ثمن شخصى مثل مبيع شخصى است.

هشتم - در خيار تدليس

ماده 438- تدليس عبارت است از عملياتى که موجب فریب طرف معامله شود.

ماده 439- اگر بايع تدليس نموده باشد مشتری حق فسخ بيع را خواهد

داشت و همچنين است بايع نسبت به ثمن شخصى در صورت تدليس مشتری .

ماده 440- خيار تدليس بعد از علم به آن فوری است.

نهم - در خيار تبعض صفقه

ماده 441- خيار تبعض صفقه وقتى حاصل مى شود که عقد بيع نسبت به

مبيع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت

بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.

ماده 442- در مورد تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری برگردد به طریق ذیل حساب می شود:

آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفردا قیمت می شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بایع نگاه داشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.

زیر نویس :

1- رای اصراری 2/2/1376-2 مندرج در زیر نویس 220 نیز مراجعه شود

ماده 443 - خیار تبعض صفقه وقتی موجب خیار است که مشتری در حین معامله عالم به آن نباشد ولی در هر حال ثمن تقسیط می شود.

دهم- در خیار تخلف شرط

ماده 444- احکام خیار تخلف شرط به طور ی است که در مواد 234 ال 245 ذکر شده است.

فقره دوم- در احکام خیارات به طور کلی

ماده 445- هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود.

ماده 446- خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص

مشروطه قرار داده شود در این صورت منتقل به وراث نخواهد شد.

ماده 447- هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد

منتقل به ورثه نخواهد شد.

سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. (1)

زیر نویس:

1- رای اصراری 4-22/2/1366 ردیف 64/28: به دلالت مندرجات سند

رسمی 62674 که در پرونده مورد استناد قرار گرفته است شش دانگ

یک باب خانه ساخته شده در قطعه زمین پلاک شماره به بیع قطعی مورد

معامله واقع شده و در سند انتقال مزبور تصریح گردیده که طرفین

معامله کلیه خیارات حتی غبن را گرچه افحش باشد ساقط نموده اند با

این ترتیب دعوی خریدار به مفهوم استفاده از خیار برای مطالبه خسارت

مسموع نبوده تا ارجاع به مارشناس مجوز و ضرورت داشته باشد بنابراین حکم فرجام خواسته مخدوش است

ماده 449- فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود
(1)

1- نظریه 5954/7. ح. ق. به موجب ماده (449) قانون مدنی فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود. بنابراین از ماده فوق الذکر و ماده (69) قانون ثبت اسناد و املاک کشور چنین استنباط می گردد که فسخ معامله باید به طرف اعلام شود و کسی که مدعی فسخ معامله است ضرورت دارد که اراده خود مبنی بر فسخ معامله را به طرف دیگر معامله اعلام نماید.

ماده 450- تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد امضای فعلی است مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد.

ماده 451- تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ فعلی است.

ماده 452- اگر متعالمین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آنها امضا کند و دیگری فسخ نماید معامله منفسخ می شود.

ماده 453- در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعالمین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.

ماده 454- هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحا یا ضمنا شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است.

ماده 455- اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مگر اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

ماده 456- تمان انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است.

ماده 457- هر بیع لازم است مگر اینکه یکی از خیارات در آن ثابت شود.

فصل دوم- در بیع شرط (1)

زیر نویس :

1- در خصوص بیع شرط یا «معاملات با حق استرداد» به مواد (33 و 34) (اصلاحی 1351/10/18) و 37 الی 39 قانون ثبت اسناد و املاک مراجعه ش. ماده 458- در عقد بیع متعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار تابع قرار داد متعاملین خواهد بود هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن . (1) زیرنویس:

1- از نظریه 10949/7-10949/12/1379-1 ج.ق. بیع شرطی یا معاملات یا حق استرداد معاملاتی است که سبب انتقال قطعی ملک نمی شوند بلکه در امر مالکیت تا پایان مدت خیار تزلزل وجود دارد و حقوقدانان بر این عقیده اند که چون العقود تابعه للقصد ... به جهت آن که در جامعه ما عموم ث در چنین معاملاتی قصد و اراده حقیقی به نقل و انتقال ملک وجود ندارد بلکه منظور اصلی همان گرفتن وام و دادن بهره است و این معامله وثیقه آن معامله وثیقه آن معامله است لذا آن را فاقد آثار نقل می شناسند ... شورای

نگهبان هم حسب نظریه شماره 4898-19/9/1364 چنین اظهار نموده است که : در بیع شرط خیار و نحو آن که پس از انقضای مدتو عدم اخذ به خیار و انتفای موضوع شرط مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در ماده (34) اصلاحی قانون ثبت مغایر با موازین شرعی است. ماده 459- در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع . بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع 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 نما آتو منافع حاصله از حین عقد فسخ مال مشتری است.

ماده 460- در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.

ماده 461- اگر مشتری در زمان خیار از اخذ ثمن امتناع کند بایع می تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم او معامله را فسخ کند.

ماده 462- 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.

ماده 463- در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.

فصل سوم- در معاوضه

ماده 464- معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد. (1)

زیر نویس:

1- رای اصراری 157-15/12/1368 ردیف 68/55: در وقوع عقد معاوضه

علاوه بر اینکه تحقق شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده 190

قانون مدنی و توالی عرفی بین ایجاب و قبول ضروری است اساساً بر حسب

مفاد نامه ماده 464 قانون فوق الذکر ایتاء و اخذ مال و مسجلین سند آقای

علی، احد از طرفین در مجلس عقد و تنظیم سند معاوضه حضور نداشته و

شرایط اساسی صحت عقد معاوضه محقق نگردیده و بقاء مالکیت آقای

حسن در قطعه زمین موضوع دعوی مستصحب است است.

ماده 465- در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست.

معاملات با حق استرداد رهنی

پیش از بررسی این تلاشها، بطور خلاصه به بررسی شرایط تحقق عقد رهن و بررسی اختلاف نظر فقها در این خصوص می پردازیم.

عقد رهن و شرایط تحقق آن :

الف - مفهوم رهن و اوصاف آن رهن، عقدی است که بموجب آن، مال مدیون، وثیقه طلب وی قرار می گیرد. به بیان ماده 771 ق.م. «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.»

بدین ترتیب عقد رهن سبب می شود که طلبکار وثیقه عینی بیابد و بر آن «حق عینی تبعی» پیدا کند: بدهکار نتواند در آن تصرفی کند که به زیان مرتهن باشد (ماده 793 ق.م) و طلبکار نسبت به استیفای حق خود از قیمت مال مرهون بر دیگر طلبکاران رجحان یابد.

بنابراین می توان اوصاف عقد رهن را بدینگونه خلاصه کرد:¹

1- عقد تبعی است بدین معنی که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد

تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مواد 771 و 775 ق.م)

وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ایران امکان ندارد و وجود سبب دین

- مانند آنچه در ضمان گفته شد - شرط صحت رهن است. از سوی دیگر با

¹ . حقوق مدنی، دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین 4، ش 323

پرداخت دین یا سقوط آن به دلایل دیگر حق مرتهن نیز از بین می رود زیرا مبنای خود را از دست می دهد.

2- عقد عینی است، بموجب ماده 722 ق.م. «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد، داده شود؛ ولی استمرار قبض، شرط به صحت معامله نیست» از لحن و ترکیب این ماده بر می آید که عقد رهن پیش از تسلیم وثیقه به طلبکار واقع نمی شود.

3- عقد رهن از سوی رهن لازم و از جانب مرتهن جایز است. ماده 787 ق.م. آمده که «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است؛ بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم بزند؛ ولی رهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد.»

ب- شرایط مورد رهن:

مانند هر قراردادی، در عقد رهن نیز موضوع قرارداد یعنی مورد رهن، باید مالیت داشته دارای منفعت عقلایی و مشروع باشد. معلوم و معین و قابل نقل و انتقال باشد (ماده 773 ق.م.) علاوه بر اینها گفته شد که در رهن «قبض

مورد رهن» از شرایط وقوع عقد است پس باید مورد رهن، مالی باشد که

بتوان آن را به قبض مرتهن داد، بنابراین استنباط می شود که :

1. مورد رهن باید «عین» باشد، نه دین یا منفعت.

2. مورد رهن باید قابل تسلیم به مرتهن باشد؛ پس رهن مالی که راهن

قدرت بر تسلیم آن را ندارد و مرتهن نیز نمی تواند آن را در قبض خود

درآورد، باطل است.

3. مورد رهن باید ملک راهن باشد یا او حق رهن گذاردن آن را داشته باشد.

از میان شرایط مذکور ، آنچه با موضوع این مقاله مرتبط است، شرط «عین»

بودن مال مرهون و شرط «قابلیت تسلیم» آن است.

1- لزوم عین بودن مورد رهن:

هنگامی که در عقد رهن گفته می شود مورد رهن باید عین باشد، مقصود

«عین معین» است (م 774 ق.م)؛ زیرا قبض مورد رهن ، شرط تحقق رهن

است؛ پس باید مورد رهن وجود خارجی داشته باشد تا قابل قبض و انقباض

باشد؛ بنابراین مالی که در آینده به وجود می آید (منفعت) و عین کلی را که

در شمار دیون قرار می گیرد، نیم توان مورد رهن قرار داد^۲.

² . همان منبع ص 539 ش 353

چون در ماده 774 ق.م.چنین آمده که موضوع رهن باید «عین معین» باشد، چنین برداشت می شود که اموال غیر مادی مانند حق تالیف و سرقتی و مطالبات را نمی توان مورد رهن قرار داد .

اما در مورد اموال مادی ، ارزش آنها را به چه معیاری باید سنجید؟

آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار جنس یا ماده اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است، می توان به رهن داد؟

برای مثال، آیا وثیقه نهادن اسکناس یا اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها، بویژه آنها که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد، رده است یا باطل؟

این پرسشی است که حقوقدانان پاسخهای متفاوتی به آن داده اند و ما به طرح و بررسی آنها خواهیم پرداخت .

2- تأثیر قبض در عقد رهن:

در فقه امامیه بحث است که آیا قبض مال مرهون ، شرط تحقق و صحت عقد رهن است یا نه؛ در این باره سه نظر داده شده است:

1- عقد با ایجاب و قبول، کامل می شود و اجرا مفاد آن، بر راهن لازم می

گردد و قبض و اقباض مال مرهون هیچ اثری در نفوذ عقد ندارد.

2- عقد رهن از عقود است که بدون قبض تحقق نمی یابد و قبض، شرط

صحت آن است؛ زیرا ایجاب و قبول به تنهایی عقد را به وجود نمی آورد.

3- عقد رهن با ایجاب و قبول به وجود می آید نه به نحو عقد لازم؛ اما بعد از

تحقق قبض و اقباض، عقد بر راهن لازم می شود؛ پس قبض، شرط لزوم عقد

رهن است، نه شرط صحت آن.³

قانون مدنی در ماده 772 مقرر داشته است که مال مرهون، باید به قبض

مرتهن یاب ه تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد، داده شود ولی

استمرار، شرط صحت معامله نیست.

با توجه به ذیل ماده که استمرار قبض را «شرط صحت» معامله نمی داند، می

توان استنباط کرد که از نظر فقهای پیروی شده که قبض را شرط صحت

معامله می دانند. هر چند صدر ماده بگونه ای است که قبض را فقط در زمره

الزامات راهن به انجام مفاد عقد می داند. (نظر دسته اول فقها).

³ . در جواهر کلام، قول اول به شیخ طوسی (در خلاف)، ابن ادریس، فاضل، محقق ثانی و شهید ثانی و قول دوم به شیخ مفید و شیخ طوسی (در قول دیگرش) و طبرسی نسبت داده شده است و بعضی گفته اند که معنای، بدن قبض محقق نمی شود که این دلیل را صاحب جواهر سردود می داند و قول سوم را اختیار مقعه می دانند. به نظر صاحب جواهر اول قویتر است زیرا به استناد آیه «او فوالعقود» و استنباط لزوم معامله از آن، اصل عدم اشتراط الرجعه الی ظهور الأدله فی کون العقود هی الاسباب لدلدلاتها من غیر حاجة الی شی آخر»

این نتیجه گیری، مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است؛ زیرا بر خلاف آنچه ادعا شده، مفهوم «وثیقه گذاشتن» با سپردن و تسلیم کردن مال ملازمه ندارد؛ همانگونه که در رهن املاک، با توقیف ملک و تنظیم ملک و تنظیم سند رسمی، مال وثیقه از نقل مصون می ماند طلبکار اطمینان می یابد که در صورت لزوم می تواند آن را از طریق اجرای ثبت به فروش برساند؛ پس چه لزومی دارد که مالک بیهوده از انتفاع و تصرف در حال خود محروم بماند یا آن را به مرتهن بدهد و بازپس گیرد؟ هدف از قبض مورد رهن، این است که مرتهن از حبس مورد رهن و امکان دسترسی به آن مطمئن شود (نه اینکه از آن منتفع گردد) و این اطمینان را با توقیف ملک یا الزام راهن به تسلیم مال غیر منقول می توان ایجاد کرد. پس چه ضرورتی دارد که قبض از عناصر رهن و شرط وقوع عقد به حساب آید و باعث

دشواریهای حقوقی، عملی و اقتصادی فراوان شود؟

از سوی دیگر چون منافع مال مرهون، به راهن تعلق دارد نه مرتهن، جمع بین امر و تسلیم مال به مرتهن دشوار و گاه غیر ممکن است. چگونه می توان تصور کرد که عین خانه یا اتومبیلی در اختیار مرتهن باشد، اما راهن بتواند از منافع اموال خویش بهره ببرد.

این اشکالها را معتقدان به شرطیت قبض نیز دریافته اند و از همین رو ادامه قبض از سوی مرتهن را ضروری نمی دانند و می گویند کافی است عین مرهون لحظه ای به مرتهن تسلیم شود و دوباره در اختیار رهن قرار گیرد. از نظر عرفی نیز چون بیهودگی این امر ثابت شده است، مرتهن در سندها بطور صوری اقرار می کند که مال را قبض کرده و به رضای خویش به رهن باز می گردانند؛ لذا رویه قضایی نباید درباره مفهوم قبض سختگیری کند و چنین امر غیر لازمی را بر اشخاص تحمیل کند؛ بلکه باید استیلائی عرفی بر مورد رهن را در تحقق عقد، کافی بداند و بدینگونه ماده 772 را تعدیل کند.

پس در تعریف قبض مورد رهن باید گفت: «در هر جا که عین مرهون بگونه ای در اختیار مرتهن قرار گیرد که در ید عرف استیلائی معنوی او بر توقیف و فروش آن تأمین شود، قبض تحقق یافته است؛ هر چند که تسلیم مادی نیز

انجام نشده باشد.» (م 368 ق.م.)^۴

رهن دین و اختلاف نظر فقها در آن :
با توجه به اینکه مورد رهن باید «عین معین» باشد، نتیجه گرفته می شود که رهن دین یا منفعت، باطل است. این نتیجه ای است که بعضی فقها از این شرط استنباط کرده اند و نسبت به آن، ادعای شهرت نیز شده و در قانون

⁴ -حقوق مدنی، دکتر کاتوزیان، ص 510-508، ش 328.

مدنی ما انعکاس یافته است؛ حال آنکه مسأله در میان فقها، مورد اختلاف بوده، بسیاری از محققان، آن را پذیرفته اند.

دلیل بطلان رهن ممکن است یکی از موارد ذیل باشد:^۵

1- آیه مربوط به رهن را منصرف به عین بدانیم چون در آیه آمده «فرهان

مقبوضه» و ظاهراً این عین معین است که قابلیت قبض و اقباض را دارد.

2- اجماعی که در سرائر و غنیه بر بطلان رهن دین ادعا شده است؛ که اگر

واقعا چنین اجماعی احراز شود، سه دلیل کافی است.^۶

3- ادله مربوط به رهن، در عین بودن مورد رهن، ظهور دارد؛ ولو این ظهور با

کمک شهرت در اعتبار عین بودن رهن تقویت شود.

4- اصل عملی، بدین معنا که شک داریم آیا برخلاف ظاهر ادله، رهن دین هم

صحیح است یا نه، اصل عدم صحت است.

دلایل مزبور هر چند قابل خدشه است، می تواند بعنوان مستند قائلان به

بطلان رهن دین ارائه شود؛ اما غیر از دلایل فوق، دلایل دیگری نیز مطرح

شده که بعلت پیامدهای فاسدی که دارد، اصول قابل قبولی نمی باشد و نمی

تواند مستند این ادعا قرار گیرد.^۷

⁵-الفقه، سیدمحمد حسین شیرازی، ج 49 (کتاب الرهن)

⁶-الفقه این اجماع، بصورت اجماع ممکن است و اجماع ممکن حجت نمی باشد

⁷-جواهر الکلام، شیخ محمد حسن نجفی، ج 25، ص 116-117

5- یکی از شرایط معتبر در رهن، « قبض مورد رهن » است؛ در صورتی که « دین » امر کلی است که در خارج وجود ندارد، یعنی نمی توان آن را به قبض داد و آنچه را که مدیون می پردازد، خود دین نیست، بلکه مصداقی از آن مفهوم کلی است.

به نظر صاحب جواهر نمی توان مسأله شرطیت قبض را مستند و دلیل بطلان رهن دین دانست؛ زیرا:

اولا: مقتضای چنین دلیلی آن است که اگر قبض را در تحقق رهن شرط بدانیم، رهن دین صحیح است؛ حال آنکه فقهای که قائل به شرطیت قبض هم نشده اند (مانند علامه حلی در قواعد) باز رهن دین را صحیح ندانسته اند.

ثانیا: اگر قبض را شرط عقد رهن بدانیم نه شرط صحت آن، رهن دین صحیح است. نهایتا می توان گفت تا قبض دین صورت نگیرد، بصورت لازم در نمی آید. اما صاحب غنیه با اینکه قبض را شرط لزوم عقد رهن می داند، رهن دین را منع کرده است.

ثالثا: مفهوم قبض در رهن همان است که در بیع صرف وهبه شرط شده و شکی نیست که با تعیین مدیون، قبض دین محقق می شود و به آنچه ادا می گردد، « دین » اطلاق می شود؛ هر چند که فردی از افراد کلی باشد.

رابعاً: اگر دینی که به رهن گذاشته می شود، بر عهده خود مرتهن باشد، دیگر این دلیل کاربردی ندارد، چون دین در قبض مرتهن قرار دارد؛ پس باید رهن دین در چنین فرضی صحیح باشد؛ با این که قائلان به بطلان رهن دین بین این فرض و غیره تفاوتی نمی گذارند.

6- عده ای گفته اند دلیل وجودی رهن آن است که به استیفای ما فی الذمه، اطمینان نیست؛ لذا برای اطمینان خاطر از وصول طلبش، برای ادای دین، وثیقه می خواهد. حال چطور ممکن است دین دیگری را بعنوان وثیقه دین اول قبول کرد.

به نظر صاحب جواهر، این دلیل هم بطلان رهن دین را بطور کلی ثابت نمی کند؛ زیرا: اولاً: در جایی که دین قبض شود و در اختیار مرتهن قرار می گیرد، این دلیل کاربرد ندارد، خصوصاً در حالتی که دین به عهده خود مرتهن باشد.

ثانیا: مردم از حیث خوش حسابی و وضعیت و اعتبار مالی یکسان نیستند؛ چه بسا دیون بعضی افراد حتمی الوصول تلقی شود و بتوان آن را بعنوان وثیقه پذیرفت، اما در مورد بعضی دیگر امیدی به بازپرداخت دین نباشد.

7- در ریاض و برخی کتب، دلیل دیگری بر رابطه بین بطلان رهن دین و قبض آورده شده است؛ بدین بیان که در رهن دین، شک داریم آیا مفهوم قبضی که وجودش در تحقق رهن شرط است، به وجود آمده باشد؛ زیرا ظاهر نصوص وارده حاکی از آن است

که آنچه به قبض داده می شود، باید خود رهنی باشد که موضوع عقد قرار گرفته نه فردی از افراد آن؛ ولو اینکه قبض عرفی به آن اطلاق شود؛ چون قبضی که از ادله به ذهن متبادر می شود، ملازمه ای با قبض عرفی رهن ندارد.

عده ای از قائلان پیشتر رفته، گفته اند در مورد دین، قبض عرفی هم در بعضی موارد وجود ندارد؛ مثل موردی که دین در مالکیت دائن باقی مانده باشد، هرچند وقتی دین به خود مدیون منتقل شده باشد، حکم مقبوض را دارد. اما در چنین فرض هم اطلاقات قبض در نصوص منصرف به قبض حسی است. بنابراین تعجبی ندارد که حتی کسانی که قبض را شرط تحقق عقد رهن نمی دانند، رهن دین را مجاز ندانند، چون در مورد « دین»، قبض حسی آن امکان ندارد.

به نظر صاحب جواهر این استدلالها هم ضعیف است چون تماماً مبتنی بر ادعاهایی است که دلیلی بر اثباتشان ارائه نشده است، بلکه می توان دلایلی برخلاف آنها ارائه داد. چون همانگونه که ذکر شد، مسأله قبض در رهن، تفاوتی با سایر عقود که قبض در آنها شرط شده ندارد. از سوی دیگر، رهن مال مشاع نیز رهن کلی بر می گردد، ولی صحیح تلقی شده است؛ چون بیان سابق در این موارد هم وثوق و اطمینان خاطر برای مرتهن ایجاد می شود.^۸

صاحب جواهر در نهایت به این نتیجه می رسد که باید بدون شک قائل به صحت رهن دین شد، همانگونه که در کتاب دروس شهید اول این احتمال بیان شده است؛ با اینکه شهید اول قبض را شرط صحت رهن می داند؛ بنابراین پذیرش مسأله در صورتی که قبض را تنها شرط لزوم عقد بدانیم، روشنتر است چه رسد به اینکه اصلاً قبض را در تحقق یا لزوم عقد رهن، شرط ندانیم. (نظر صاحب جواهر).

به هر حال شهرت علمی قائلان به بطلان رهن دین و استدلالهایشان، نویسندگان قانون مدنی را قانع ساخته است که رهن دین را باطل بدانند و اعلام دارند که «مال مرهون عین معین باشد...» (م 774 ق.م) در حالی که هم جامعه کنونی نیاز به رهن اعیان کلی و دیون دارد و هم مبانی استدلال مربوط به بطلان رهن بشدت مورد انتقاد است. موضع حقوقدانان در مورد رهن دین تحلیل مسأله در قالب عقد رهن:

بعضی از حقوقدانان هر چند «عین معین» بودن را در مورد رهن، لازم می دانند، مال را به دو دسته «اصالی» و «آلی» تقسیم می کنند و معتقدند لازم نیست که مورد رهن از مصادیق مال اصالی باشد و می توان مال آلی را نیز به رهن گذاشت.⁹

توضیح آنکه به نظر ایشان «مال اصالی»، مالی است که ذاتاً ارزش دارد، مانند اغذیه، البسه، فرش، خانه، زمین و زر و سیم. و «مال آلی» مالی است که ذاتاً مالیت ندارد، بلکه

⁹ -حقوق مدنی (رهن-صلح)، دکتر جعفری لنگرودی، ص 11-14

نماینده مالی است. مثل اسکناس که لاقل در نظر بعضی به اعتبار اینکه معرف پشتوانه و ارزش مقدار سیم و زر است، مالیت دارد.

اسناد خزانه نیز مال آلی و حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است. همچنین است سهام شرکتهای سهامی، اوراق قرضه و تمبر.

به نظر این مؤلفان، بطور کلی نمی توان گفت این اموال قابل رهن گذاشتن نیست. چون

تعریف «عین معین» بر این اشیاء صدق می کند؛ بخصوص تمبر پست که مانند یک کالا قابل خرید و فروش است. اسناد خزانه نیز بموجب ماده 10 قانون انتشار اسناد خزانه (1340) قابل خرید و فروش می باشند.

ولی وجه نقد را نمی توان رهن داد و اصطلاحاً عین معین در حقوق مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق می شود.

این حقوقدانان با تعبیری که از عین معین می کنند، مفهوم آن را بگونه ای توسعه می دهند که شامل لاقل برخی از اسناد تجاری بشود. علاوه بر این، در لزوم شرطیت قبض در تحقق عقد رهن نیز تشکیل می کنند و معتقدند که قبض مال مرهون، شرط صحت رهن نمی باشد زیرا:

از یکطرف اعمالی که بین متعاقدان عقد رهن پیش از قبض و اقباض صورت گرفته، باطل و خلاف قانون نیست؛ چه اگر باطل باشد، اقباض مال رهن نمی تواند امر باطل را صحیح

گرداند؛ پس منظور از « صحت » در ماده 772 « فعلیت تأثیر » عقد رهن است؛ یعنی عقد رهن ذاتا صحیح است، ولی آثار قانونی آن موقعی ظاهر می شود که اقباض هم محقق شود. از طرف دیگر پس از عقد رهن و پیش از تحویل عین مرهون، رهن تعهد به اقباض ندارد و در واقع عقد رهن در این مرحله، از دو طرف جایز است؛ مگر اینکه عقد رهن ضمن عقد لازمه، شرط شده باشد.¹⁰ بنابراین قبض، « شرط لزوم » عقد رهن تلقی می شود.

بر پایه این استدلالها، پیشنهاد کرده اند که در قانون مدنی، اصلاحاتی راجع به قبض رهن و عین بودن مورد رهن صورت پذیرد.

برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی با اذعان به نیاز جامعه کنونی به رهن اعیان کلی و دیون، وثیقه قراردادن اسناد تجاری را- که وسیله تسهیل بازرگانی داخلی و بین المللی است و از نظر اقتصادی و اخلاقی نیز هیچ زیانی ندارد و امروزه در عملیات بانکی و بازرگانی مرسوم است- حسب مورد، جایزه شمرده اند و این ادعا را که دین نمی تواند وثیقه دین دیگر قرار گیرد، قابل قبول ندانسته اند.¹¹

بر مبنای این نظر، وثیقه نهادن اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها،- بویژه آنها که فروش ارزش مالیشان بطور مسلم امکان دارد درست است؛ زیرا در دید عرف، ارزش

¹⁰- همان منبع، ص 14-11

¹¹- حقوق مدنی (عقود معین)، دکتر ناصر کاتوزیان، ش 353 و 355.

موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال آنهاست؛ پس هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد مورد رهن قرار گیرد، همچنانکه موضوع بیع نیز واقع می شود.

بر عکس سهام و اوراق با نام در حکم سند طلب است و ارزش محتوای آن در زمره اموال غیر مادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه، درست به نظر نمی رسد؛ زیرا در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد.

استدلال ایشان در مورد رهن دین که وثیقه گذاری برخی اسناد تجاری را نیز شامل می شود، بر چند پایه استوار است:

اولاً: رهن دین منافاتی با هدف عقد رهن (ایجاد وثیقه) ندارد؛ چون اشخاص از حیث اعتبار و توانایی مالی و دقت یکسان نیستند و چه بسا دیونی که اعتماد به پرداخت آن از وثیقه عینی بیشتر است.

وانگهی هر اندازه که احتمال وصول نشدن طلب قوی باشد، بازهم بعنوان وثیقه بر درجه اعتبار طلبکار می افزاید و مدیون چنین وثیقه ای در حکم ضامنی است که ذمه او به تعهد مدیون اصلی ضمیمه شده است.

ثانیا: اشکال مربوط به قبض مال کلی نیز بدان وارد نیست؛ زیرا قبض، عقد رهن را کامل می کند، ولی پیش از قبض نیز تراضی طرفین در حدود طبیعت ویژه خود آثاری دارد پس هیچ لزومی ندارد که قبض مورد رهن بیدرنگ انجام پذیرد (مواد 59 و 60 ق. م).

مدیون باید مصداق دین را معین سازد و همان مصداق می تواند بعنوان مظهر دین به قبض داده شود. درست است که عین کلی تنها وجود ذهنی دارد و در جهان خارج، موجود نیست تا بطور حسی به قبض داده شود، ولی این را باید دانست که در داد و ستدها نیز موجودهای ذهنی مورد مطالعه قرار نمی گیرد، بلکه نظر به مصادیق خارجی آنهاست و مفهوم کلی تنها بعنوان نشانه و معیار تعیین آن مصداقها به کار می رود.

ثالثا: موارد نقض این ایراد در قانون مدنی به اندازه ای است که بی اعتباری آن را در رهن ثابت می کند، برای نمونه اگر قبض دین امکان ندارد، چرا هبه که از عقد عینی است و قبض، شرط صحت آن است (ماده 798 ق.م.)^{۱۲} مخصوص عین معین نشده و قانونگذار بطور اطلاق کلمه «مال» را در تعریف آن به کار برده است؟ چرا در بیع که قدرت بر تسلیم مبیع، شرط صحت آن است، بیع کلی جایز شمرده شده است (ماده 350 ق.

م)؟^{۱۳}

^{۱۲} ماده 798 « هبه واقع نم شود مگر با قبول و قبض مهب...»
^{۱۳} - ماده 350 « مبیع ممکن است مقروض باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از اشیاء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد»

رابعاً: هدف از قبض در معاملات، استیلائی عرفی بر مورد آن و در مورد رهن، محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است.

این مفهوم با تسلیم سند مطلب و توقیف آن نزد بدهکار، تحقق می پذیرد و نیازی به قبض مصداق کلی ندارد. وانگهی اگر مورد وثیقه، دینی برعهده خود مرتهن باشد، آیا باز می توان در قبض چنین وثیقه ای تردید کرد؟^{۱۴}

برپایه استدلال مذکور، به نظر این حقوقدانان ماده 774 ق. م برای انجام وتسهیل پاره ای از اعمال تجاری، مزاحمت فراهم آورده است و باید اصلاح شود. باقی ماندن بر پاره ای از مشکلات :

نظریات اساتید سابق الذکر حقوق مدنی کشور ما، گامی است ارزنده در جهت تحقق توثیق اسناد تجاری به معنی عام؛ و با ماهیت حقوقی اینگونه اسناد نیز، کاملاً سازگار است؛ ولی پاره ای از مشکلات را حل نشده باقی می گذارد، زیرا :

الف-وضع و موقعیت اسناد تجاری به معنی خاص (برات، چک، سفته) را با اوصاف و ویژگیهای آن، چندان مدنظر ندارد و توفیق اسناد در درجه حامل یا سهام بی نام شرکتها را درست می داند اما سهام و اوراق تجاری با نام را در زمره اموال غیر مادی به حساب آورده با توجه به لزوم عین بودن وثیقه، رهن آنها را درست تلقی نمی کند؛ حال آنکه

^{۱۴}-حقوق مدنی (عقود معین4)، دکتر کاتوزیان، ش 355

امروزه اسناد تجاری مثل اوراق بهادار (سهام شرکتها اعم از با نام و بی نام و اوراق قرضه)، اسناد خزانه و قبوض انبارهای عمومی (مثل قبض رسید و برگ وثیقه)^{۱۵} در تمامی کشورهایی که بورس اوراق بهادار در آنها وجود دارد، داد و ستد می شود. در آنجا بحثی پیرامون ارزش مالی مسلم اینگونه اسناد وجود ندارد؛ ارزش و خاصیت زایندهگی مالی آنها بمراتب بیشتر از سایر اموال مادی، اعم از منقول و غیر منقول و حتی پول کاغذی است و تردیدهای موجود در امکان توثیق آنها کلاً مرتفع شده است، بلکه بحثهای مربوط به توثیق اسناد تجاری خاص نیز در آنها حل شده است؛ زیرا جای تردید نیست که اسناد تجاری با نام که با قید « به حواله کرد » به صرف ظهر نویسی به دیگری انتقال می یابد، در هر ظهر نویسی به ارزش و اعتبارشان افزوده می شود؛ چون به متعهدان پرداخت و چه سند افزوده می شود و امکان مراجعه دارنده سند را جهت دریافت وجه آن افزایش می دهد.

ب- آنچه هنوز مورد تردید مانده، ماهیت حقوقی اسناد تجاری، از نقطه نظر تقسیم بندی کلی اموال است. شکی نیست که اسناد تجاری در زمره اموال منقول غیر مادی است؛ ارزش مالی آنها نه تنها کمتر از ارزش اموال مادی منقول به شیوه های سنتی نیست، بلکه به مراتب از آنها بیشتر است. این ارزش چنان با عین سند در آمیخته که انتقال،

قبض و اقباض آنها به منزله انتقال و قبض ارزش مندرج در آنهاست و در واقع « سرمایه های نوین» جامعه را تشکیل می دهد.

چنانچه امر دایر گردد، در قلمرو حقوق مدنی و به تبع آن در حقوق تجارت، به پیروی از

تقسیم بندی کلاسیک اموال و اقوال مشهور فقها بویژه در رهن که در زمان تصویب

مقررات آن، اینگونه اموال مادی و غیر مادی رواجی نداشته، همچنان بر لزوم عین بودن

وثیقه توجه شود، مشکل وثیقه گذاری اسناد تجاری بعمنی خاص، همچنان لاینحل

خواهد ماند و این سؤال که آیا آنچه را دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش

است می توان به رهن داد، تماما پاسخ داده نخواهد شد.^{۱۶}

با توجه به اشکالات مزبور، در تلاش برای رفع مشکلات توثیق اسناد تجاری در وضع

کنونی قوانین ما، حقوقدانان راههای عملی دیگری در قالبی غیر از نقد رهن ارائه داده

اند.

وثیقه دین به طرف غیر مستقیم:

1- معامله با حق استرداد:

از آنجا که در معاملات شرطی که معمولاً بصورت بیع یا صلح انجام می شود، قبض، شرط

صحت نیست، می توان از نهاد « معامله با حق استرداد» به جای رهن یا وثیقه استفاده

¹⁶ -بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری» ص 17-19

کرد. نتیجه اینگونه معاملات که دیگر ویژه املاک نیست و طبق ماده 34 قانون ثبت در

اموال منقول نیز اجرا می شود، با رهن شباهت کامل دارد.^{۱۷}

در این معامله، خریدار شرطی که در واقع همان طلبکار است، مال مورد منقول را در

هیچ شرایطی ب موجب عقد تملک نمی کند و تنها می تواند با رجوع به اداره ثبت یا

دادگاه، تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند (ماده 34 ق. ثبت). پس

طلبکاری که مایل به وثیقه گذاردن طلب خویش است، می تواند آن را بطور شرطی و با

حق استرداد به وثیقه گیرنده (مرتهن) انتقال دهد و از بابت آن تحصیل وام نماید. در

نتیجه، هرگاه مبلغی را که به وام گرفته است، نپردازد، خریدار شرطی (وام دهنده) حق

دارد از محل طلب مورد وثیقه، پول خود را وصول کند.^{۱۸}

بعضی از اساتید حقوق تجارت به این نظر انتقاد وارد کرده اند، بدین بیان که :

ظهرنویسی بصورت معامله با حق استرداد، یکی از انواع ظهرنویسی مشروط است؛ چه در

آن، شرط می شود که دارنده فقط در صورتی که ظهر نویس به تعهد خود به موجب

معامله اصلی عمل نکند، حق وصول برات را خواهد داشت. این انتقال مشروط برات

گرچه از نظر اصول حقوقی صحیح است، عملاً ایجاد مشکل می کند و بسیار بعید است

که دست اندر کاران معاملات تجاری (بانکها) آن را بپذیرند؛ براتی که بطور مشروط ظهر

^{۱۷} - ماده 34 قانون ثبت

^{۱۸} - حقوق مدنی، دکتر کاتوزیان، ص 546

نویسی شده و وصول آن منوط به عدم اجرای تعهد اصلی باشد، مورد قبول کسی قرار نمی گیرد؛ زیرا در آن صورت، مراجعه «دارنده شرطی» به متعهد برات، فقط در صورتی که میسر است که دارنده برات ثابت کند ظهر نویس به تعهد خود در معامله اصلی عمل نکرده است. و این آیا با طبیعت برات که متضمن یک تعهد مستقل است، سازگار نیست.

در مورد براتی که به وثیقه گذاشته شده، لاقط ظهر نویسی مجدد بعنوان وکالت،

پذیرفته، شده است؛ اما در مورد براتی که وصول آن موکول به عدم اجرای تعهد اصلی است، همچنین ظهر نویسی میسر نیست؛ برای اینکه دارنده برات (دارنده شرطی) حتی با تحقق شرط (عدم اجرای تعهد از ناحیه ظهر نویس) مالک برات نمی شود تا بتواند آن را مجددا ظهر نویسی کند، حتی به عنوان دخالت؛ بلکه فقط می تواند از نقد کردن آن، طلب خود را به موجب معامله اصلی دریافت کند.^{۱۹}

2- ضمانت در پرداخت:

بدهکاری که طلب از او باید مورد وثیقه قرار گیرد، می تواند ضامن وام گیرنده تلقی شود؛ مثلا تاجری که اسناد خود را بعنوان وثیقه واگذار می کند، ضامن پرداخت آنها شود، باین شرط که وام دهنده در صورتیکه به او رجوع کند که مدیون، دین خود را نپردازد و ضمان باعث انتقال دین نشود. همچنین با این شرط که دین از محل آن مال کلی

¹⁹ - حقوق تجارت تطبیقی، دکتر ربیعا اسکینی، ص 107

پرداخته شود؛ زیرا در این صورت، ضامن باید مصداق تعیین شده دین را همچون وثیقه در نزد خود نگه دارد تا در صورت لزوم مورد استفاده طلبکار قرار گیرد.^{۲۰}

3-وکالت در تملک :

بدهکار می تواند به بستانکار وکالت دهد تا طلب او را وصول کند و هرچه را به دست آورد، نزد خود بعنوان وثیقه نگاه دارد یا بابت طلب، تملک کند.^{۲۱}

4-انتقال صوری:

جهت احتراز از بروز پاره ای مشکلات ناشی از روابط حقوقی فیما بین در راه حل های مذکور، بانکها غالباً وقتی اسناد بازرگانی را به وثیقه می پذیرند، عنوان رهن یا وثیقه به آن نمی دهند و در واقع سند تجاری از طریق ظهنویسی ساده که علی القاعده حاکی از انتقال است، به بانک واگذار می شود (مثل قرارداد خرید دین). در این صورت، ورشکستگی ظهر نویسی تأثیری در حقوق وثیقه گیرنده نخواهد داشت؛ چون مالکیت سند عملاً به بانک انتقال یافته است.

هر چند این راه حل بعنوان یک حيله قانونی مشکلات موجود را مرتفع می سازد، در واقع مغایر با قصد و رضای طرفین و حقیقت موجود است. بانک باید به نحوی این حقیقت را در دفاتر خود منعکس کند؛ مثلاً قید کند که هرگاه وجوه حاصله از این نوع وثیقه، کفاف

²⁰-حقوق مدنی، دکتر کاتوزیان، ص 547، ش 356
²¹-همان منبع

بانک را نمود، مازاد آن را به حساب مشتری خود واریز کند؛ نه اینکه چون ظاهراً مالک سند تلقی می شود، بتواند تمام وجوه حاصل از آن، حتی مازاد بر طلب خویش را تملک کند. لذا رویه معمول بر این است که بانکها در ظهرنویسی بعنوان وثیقه، قرارداد خاصی را با واگذارنده اسناد منعقد می سازند؛ در این قرارداد، مشتری به بانک اختیار تام و تمام می دهد که پس از وصول وجوه ناشی از اسناد تجاری مورد وثیقه، بدوا طلب خود را برداشت و باقیمانده را به حساب مشتری منظور کند.

برخی این راه حل را، قراردادی از مصادیق ماده 10 قانون مدنی محسوب کرده، و آن را در این حد معتبر می دانند و بر این عقیده اند که هرگاه دارنده اصلی اسناد تجاری ورشکسته شود، استفاده وثیقه گیرنده به عنوان مرتهن دارای حق تقدم، موجبی نخواهد داشت.^{۲۲}

5- وثیقه قراردادی

عده ای از حقوقدانان معتقدند که می توان با استفاده از اصل مطروحه در ماده 10 قانون مدنی، قرارداد راجع به توثیق اسناد تجاری را از مصادیق قراردادهای ماده 10 قانون مدنی تلقی کرد نه رهن اصطلاحی. بدین بیان که:

به موجب ماده 10 قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

ایران، اصل حاکمیت اراده در قراردادهای را نمی شناسد و ظاهراً به پیروی از این نظر و طرز فکر، ماده 10 ق. م در سالهای اخیر مورد بی مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است؛ اما به عقیده برخی دیگر از حقوقدانان، این ادعا که مفاد ماده 10 در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی و یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی است، درست نمی باشد؛ زیرا فقهای امامیه، دست کم در بحث شرط، از همین اصل پیروی می کرده اند و گروهی وفای به همه عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد، واجب دانسته اند.²³

حتی ادعا شده که در فقه، مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود با نام و بی نام یعنی بصورت ایقاعات هم پذیرفته است، آن هم در زمانی که هنوز در اروپا بحث تعهدات یکجانبه مطرح نبود. اساساً بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار کشیده شده است.

برپایه این مبانی و ملاحظات و با توجه به اوصاف عقد رهن، برخی از حقوقدانان چنین نظر داده اند که می توان توثیق اسناد تجاری را در قالب قراردادی بر طبق ماده 10 ق. م انجام داد، نه در قالب رهن اصطلاحی.²⁴ این نظر با انتقاد مواجه شده است؛ زیرا ماده 10 در صورتی قابل اعمال است که در خصوص قراردادی، مقررات قانونی مخالف وجود

²³ - دوره حقوق مدنی (تعهدات)، دکتر جعفری لنگرودی، ج 1، ص 123

²⁴ - حقوق مدنی، دکتر سید حسن صفایی، ج 2، ص 442

نداشته باشد. در مورد توثیق اموال، ماده 774 ق.م.رهن هر چیزی را که عین معین نباشد، باطل اعلام کرده است. علاوه بر این، با اعلام این نکته که مال مرهون باید به قبض مرتهن داده شود، راه هرگونه تخطی از ماده 774 را بسته است.²⁵

هرچند بعضی نویسندگان گفته اند که ماده 774 ق.م.ناظر به موردی نیز هست که مال جنبه اعتباری داشته باشد و چون برات یک نوع مال اعتباری است، دین و طلب تلقی نمی شود و رهن گذاشتن آن مخالف ماده مزبور نمی باشد.

اما بعضی دیگر از اساتید، در مقابل می گویند اگر اموال اعتباری و اوراق و اسناد تجاری، کلاً مشمول ممنوعیت ماده 774 قانون مدنی نمی شوند، چرا قانونگذار ضروری دیده که در مواد 114 و 115 لایحه اصلی قسمتی از قانون تجارت (47/12/24)، بر قابل توثیق بودن اسناد تجاری از این قبیل تصریح کند؟

در مواد مزبور، در واقع، توثیق سهام متعلق به مدیران در صندوق شرکت، مجاز شناخته شده است و اگر قانونگذار به هنگام وضع ماده 247 قانون تجارت (راجع به ظهر نویسی برات) نظر به جواز رهن و وثیقه داشت، مسلماً آن را پیش بینی می کرد.

منابع :

- 1- اینترنت-سایت گوگل
- 2- حقوق مدنی (رهن، صلح)، دکتر جعفر جعفری لنگرودی 1349، چاپ اول.
- 3- حقوق مدنی (عقود اذنی-وثیقه های دین، عقود معین 4) دکتر ناصر کاتوزیان، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، 1376، چاپ دوم
- 4- حقوق مدنی، دکتر سید حسین صفایی، 1350، ج 2
- 5- حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها، ج 1 مفهوم عقد، انعقاد قرارداد) دکتر ناصر کاتوزیان، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، 1372، چاپ دوم
- 6- حقوق تجارت تطبیقی، دکتر ربیعا اسکینی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، مهر 1373، چاپ اول