



## The Legislative and Jurisprudential Scope of Transaction With the Right of Restitution and Conditional Sale in Iranian and Egyptian Laws

Farazad baradaran kenari<sup>1</sup>, Sosan narimani<sup>2\*</sup>, Alireza salami<sup>3</sup>

1. PhD Student of Law Department, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Islamic Studies, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 233-248

#### Article history:

Received: 13 Nov 2023

Edition: 06 Jan 2024

Accepted: 05 Mar 2024

Published online: 22 Sep 2024

#### Keywords:

Right of Restitution, Conditional Sale, Jurisprudence, Iranian Law, Egyptian Law.

#### Corresponding Author:

Sosan narimani

#### Address:

Iran, Gorgan, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Faculty of Humanities, Department of Law.

#### Orchid Code:

0000-0002-6160-5797

#### Tel:

09122051844

#### Email:

s.narimani@kiauo.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Purpose:** The legislative and jurisprudential scope of conditional sale and the right of restitution can be examined in laws and texts of Imamiyya and Hanafi jurisprudence. There have been different opinions about conditional sale and the right of restitution which indicate that the terms and rules are the same and at the same time different. In addition, different views have been accepted in terms of both law and jurisprudence.

**Method and Materials:** The present paper is descriptive\_analytical.

**Ethical Considerations :** In writing present paper, the principles of text originality, honesty and trustworthiness have been observed.

**Findings:** In Iranian law, the scope of subject matter is consistent with civil law, registration and Imamiyya jurisprudence and in Egyptian law, it is based on Hanafi jurisprudence and civil law.

**Result:** In Iranian Law, the legislative scope have been mentioned in articles 33 and 34 of civil registration and judicial procedure law and in Egyptian law, the right of restitutin, since the customer is not the owner, he must reject it and the seller has the right to refund and demand the object of sale without observing the period. In Iranian law, the sale is one of the mortgage orders. However, transaction with the right of restitution has been quite different from mortgage rules.

#### Cite this article as:

Baradaran Kenari, F; Narimani, S; Salami, A. **The Legislative and Jurisprudential Scope of Transaction With the Right of Restitution and Conditional Sale in Iranian and Egyptian Laws.** Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ششم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۳

### قلمرو تقنینی و فقهی معامله با حق استرداد و بیع شرط در حقوق ایران و مصر

فرزاد برادران کناری<sup>۱</sup>، سوسن نریمانی<sup>۲</sup>، علیرضا اسلامی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد گرگان، گرگان، ایران.

۲. استادیار گروه معارف اسلامی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** قلمرو تقنینی و فقهی بیع شرط و حق استرداد را می‌توان در قوانین و متون فقه امامیه و حنفی بررسی کرد. در مورد بیع شرط و حق استرداد نظرات متفاوتی وجود دارد؛ که حاکی از دو نظر یکسان و متفاوت بودن این شرایط و احکام می‌باشد و از نظر فقه و حقوق، دیدگاه تفاوت پذیرفته شده است.

**مواد و روش‌ها:** روش این پژوهش توصیفی تحلیلی است.

**ملاحظات اخلاقی:** در نگارش مقاله اصالت متون، صداقتداری و امانتداری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** قلمرو موضوع در حقوق ایران مطابق قوانین مدنی، ثبت، فقه امامیه و در حقوق مصر، مطابق قانون مدنی و فقه حنفی می‌باشد.

**نتیجه:** قلمرو تقنینی در حقوق ایران در ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، مدنی و رویه قضایی است؛ و در حقوق مصر در قانون مدنی وجود دارد. در حقوق مصر حق استرداد، چون مشتری مالک مبیع نمی‌شود، می‌بایست آن را رد نماید و بایع بدون رعایت مدت، حق استرداد و حق مطالبه مبیع را دارد. در حقوق ایران، طبق قانون ثبت، این بیع در زمره احکام رهن است؛ اما معامله با حق استرداد با احکام رهن تفاوت‌های اساسی دارد.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۳۳-۲۴۸

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۲

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۷/۰۱

#### واژگان کلیدی:

حق استرداد، بیع شرط، فقه، حقوق ایران، حقوق مصر.

#### نویسنده مسئول:

سوسن نریمانی

#### آدرس پستی:

ایران، گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد گرگان، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق.

#### تلفن:

09122051844

#### کد ارکید:

0000-0002-6160-5797

#### پست الکترونیک:

s.narimani@kiau.ac.ir

## ۱. مقدمه

معاملات با حق استرداد در حقوق ایران، در سابق مورد سوءاستفاده اشخاص مختلفی قرار می‌گرفت که پس از تصویب مقررات قانون ثبت، به عنوان ضمانت اجرای مؤثری تلقی گردید. این سوء استفاده در سابق، مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی انجام می‌گرفت. از جهاتی در حقوق مصر، موضوع معاملات با حق استرداد و بیع شرط مورد پذیرش قرار گرفته بود و با توجه به تحولات تقنینی، این موضوع بعدها از متون قانون با توجه به استناد برخی حقوقدانان به متون فقهی محذوف گردید.

طرفین معامله یا عقد در حقوق ایران، می‌توانند در مورد استرداد کل یا بخشی از مبیع با یکدیگر توافق کنند و در این خصوص، ماده ۴۵۸ قانون مدنی عنوان می‌دارد که: «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعضی نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن». نیاز به ذکر این موضوع است که چنانچه ثمن، اموال مثلی همچون پول نباشد و از اموال قیمی همچون یک جلد کتاب نقاشی، باشد، در صورت تلف شدن ثمن، می‌بایست بهای آن پرداخت شود و به نظر می‌رسد که بهای روز فسخ ملاک است.

ماده ۹۵۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشتباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است. مع ذلک تشخیص

این معنا با عرف می‌باشد». در راستای قلمرو تقنینی و رویه‌ای حق استرداد و بیع شرط در حقوق ایران می‌توان به رویه‌های قضایی و آراء مختلفی اشاره داشت؛ به عنوان نمونه در دادنامه قطعی یافته شعبه پنجم دادگاه عمومی (حقوقی) دادگستری شهرستان اسلامشهر به شماره ۱۳۹۴/۱۰/۱۵ مورخه ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۱۵۵ که به موضوع شرط فسخ بیع به دلیل عدم قدرت بایع بر تسلیم مبیع اشاره داشت. در این رأی فسخ عقد به جهت عدم قدرت بایع به تسلیم مبیع منوط به طرح دعوی الزام وی به تسلیم مبیع شناخته شده است. در رأی بدوی چنین بیان شده است: «در خصوص دادخواست تقدیمی آقای ع.ش.ز. به وکالت از آقای ص.ع. به طرفیت آقای ع.ف. با وکالت بعدی آقای م. به خواسته صدور حکم مبنی بر اعلان و اعلام فسخ مبیعه نامه مورخ ۸۹/۵/۳۰ به جهت عدم قدرت در تسلیم ثمن یک قطعه زمین به مساحت ۱۶۱ متر مربع به عنوان قسمتی از ثمن معامله، دادگاه با ملاحظه جمیع اوراق و محتویات پرونده، دادخواست تقدیمی خواهان و توجهاً به لازم بدون عقد بیع و اینکه بدو خواهان الزام خوانده را برتسلیم مبیع خواستار نشده و می‌بایست ابتدا وی را ملزم به تسلیم مبیع می‌نمود و در صورت عدم قدرت برتسلیم مبیع یا ثمن (ملک مورد نظر) مبادرت به طرح دادخواست حاضر می‌نمود فلذا دعوی به کیفیت مطروحه قابلیت استماع نداشته و مستنداً به ماده ۲ قانون آئین دادرسی در امور مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد».

در رأی دادگاه تجدیدنظر شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای ص.ع. با وکالت آقای ع.ش.ز. به طرفیت آقای ع.ف. نسبت به دادنامه شماره ۲۷۲ مورخ ۹۴/۳/۱۸ صادره از شعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر که طی آن دعوی وکیل خواهان بدوی مبنی بر اعلام و اعلان فسخ مبیعه نامه مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۳۰ به استناد ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی با قرار عدم استماع دعوی مواجه شده است وارد نمی‌باشد؛ چراکه تا قبل از صدور حکم قطعی مبنی بر عدم امکان تسلیم مبیع پذیرش دعوی فسخ فاقد وجاهت قانونی است. لذا دادگاه با توجه به مجموع اوراق پرونده و تحقیقات معموله و با عنایت به اینکه تجدیدنظرخواه در این مرحله از دادرسی، دلیل خاص یا مطلب متقنی در جهت تزلزل اساس دادنامه معترض عنه ابراز نکرده است و از سوی دیگر دادنامه مزبور بر اساس دلایل ومدارک ابرازی صحیحاً اصدار یافته است و از جهت انطباق با اصول دادرسی و مقررات قانونی فاقد ایراد و خدشه قانونی است. لذا مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه فوق‌الذکر را تأیید و استوار می‌نماید؛ این رأی حضوری و قطعی است.» مطابق رأی فوق‌الاشاره تا زمانی که الزام به تسلیم مبیع مطرح نشده است، دعوی اعلان فسخ بیع مسموع نیست. در نظریه شماره ۲۷۴۰/۹۵/۷ به شماره پرونده ۱۲۶۲-۷۵-۹۵ که در مورخه ۱۳۹۵/۱۰/۲۷ اصدار یافته در پاسخ به این مسائل که در مورد بیع شرط و مقررات اصلاحی ماده ۳۴ قانون ثبت در سال ۸۷ آیا ماهیت بیع شرط مشروعیت دارد و یا اینکه عقد قرض همراه شرط رهن تلقی می‌شود؟ آیا موجب انتقال مالکیت هست یا خیر؟ چنین بیان داشته است که: «اولاً باید در نظر داشت که احکام بیع

شرط موضوع مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی را بدون توجه به احکام قانون ثبت از جمله مواد ۳۳ و ۳۴ آن قانون نمی‌توان بررسی و تحلیل نمود ثانیاً مواد یاد شده از قانون مدنی به خصوص ماده ۴۵۹ به وسیله مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت تخصیص خورده است که با این وصف بیع شرط را می‌توان از اقسام معاملات با حق استرداد تلقی نمود و ثالثاً بیع شرط موضوع قانون مدنی مطابق ماده ۳۴ قانون ثبت (اصلاحی ۸۹/۱/۲۹) که مخصص قانون مدنی می‌باشد (در باب بیع شرط) دیگر مملک نمی‌باشد و به عبارت دیگر لغو اثر تملیکی بیع شرط با توجه به منطوق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت به طور ماهیتی می‌باشد و دیگر مبتنی بر اماره قانونی بر اساس ظاهر نیست. لذا در فرض پرسش با توجه به مراتب فوق بیع شرط از اقسام معامله با حق استرداد بوده و در حکم رهن می‌باشد که احکام رهن با توجه به مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷، ۳۸، و ۴۴ قانون ثبت بر آن جاری می‌باشد، خریدار مانند طلبکار رهنی است که مال خریدار به عنوان عین مرهونه در قبال طلبی که از فروشنده دارد در دست وی می‌باشد.» به طور کلی با توجه به مطالب عنوان شده، منظور از معاملات با حق استرداد، هر عقد معوض و تملیکی است که در آن حق استرداد برای انتقال دهنده تحت هر عنوانی که باشد، درج شده، اعم از اینکه این معامله بیع یا صلح و یا هر عقد معینی که مشمول ماده ۱۰ ق.م. باشد و نیز حق استرداد اعم از این است که اسم آن خیار شرط باشد، یا شرط وکالت یا نذر خارج یا شرط فاسخ یا شرط بازخرید و... به همین خاطر تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت در این مورد چنین مقرر می‌دارد: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جميع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از اینکه



نویسندگان مبحثی تحت عنوان بیع شرط در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ قانون مدنی را در کنار ماده ۳۳ به بعد قانون ثبت را مورد تحلیل قرار می‌دهند و سوال اصلی را در خصوص اثر تملیکی بودن و غیر تملیکی بودن بیع شرط در حقوق ایران و کامن‌لا تحلیل می‌کنند و بیان می‌کنند که در حقوق ایران معاملات حق استرداد و بیع شرط در یک راستا قرار دارند و از نظر حقوق کامن‌لا به نهاد رهن شباهت دارند. وجه تمایز در این است که حقوق کشور انگلیس و آمریکا مورد تطبیق پژوهش مذکور بوده است، اما در این پژوهش حقوق ایران و مصر، با توجه به فقه امامیه و حنفی مورد بحث است.

در مقاله‌ای دیگر تحت عنوان بررسی تطبیقی مشروعیت بیع وفا (بیع شرط) در فقه حنفی و فقه امامیه، نگارش شده توسط اسفندیار صفری و علی صادقی در سال ۱۴۰۱ می‌باشد. نویسندگان در خصوص مشروعیت بیع وفا در فقه حنفی سه نظریه را مطرح می‌کنند. در نظریه اول مشروعیت بیع وفا به عنوان عقد رهن، و نظریه دوم فساد بیع وفا به جهت شرط خلاف ذات عقد و در نظر سوم، بطلان بیع وفا به جهت انطباق واقعیت آن با قرض ربوی می‌باشد. نویسندگان معتقدند که در قانون مدنی مصر بیع وفا باطل است، زیرا با قرض ربوی منطبق می‌باشد. در این مقاله به ادله قائلین به فساد و بطلان می‌پردازند و همچنین رهن بودن در فقه حنفی را تحلیل می‌کنند. وجه تمایز در این است که مفهوم بیع شرط ابتدائاً با حق استرداد مورد بحث قرار می‌گیرد و در کنار بیع شرط در حقوق ایران و مصر حق استرداد در حقوق این دو کشور مورد تطبیق قرار می‌گیرد.

## ۲. مواد و روش

پژوهش حاضر یک مطالعه‌ی توصیفی-تحلیلی است. از روش کتابخانه‌ای به منظور جمع‌آوری

بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد اشخاص ثالثی را بدین نحو که به آن مداخله داده باشند»؛ بنابراین در پژوهش حاضر به دنبال تبیین این مسئله هستیم که قلمرو فقهی و حقوقی معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه، حقوق ایران و مصر چیست؟ که پاسخ به این مسئله ذیلاً در مباحث مستقل، مورد بررسی قرار می‌گیرد. در پاسخ به سوال مطرح شده به جستجوی مطالب پرداختیم و این جستجو حاکی از این بود که موضوع بیع شرط و حق استرداد در حقوق ایران و مصر دارای نوآوری است زیرا پژوهشگران بررسی تطبیقی این شرایط و احکام را مورد نظر نداشته‌اند و اکثراً در طی تبیین بیع حق شرط و حق استرداد در قانون مدنی بودند. به همین منظور مقالاتی که در مورد بیع شرط و حق استرداد نزدیک به موضوع مورد بحث می‌باشد را بیان می‌کنیم. در مقاله‌ای تحت عنوان جایگاه بیع شرط و معاملات با حق استرداد با رویکردی در قانون مدنی، نگارش شده توسط فرشته ایلخانی پور و عبدالله بهمن‌پوری در سال ۱۳۹۶ می‌باشد. نویسندگان عقیده دارند که بیع خیار و بیع شرط در یک مفهوم قابل معنا می‌باشد که در قانون ثبت اسناد مفهوم حق استرداد گرفته است. در این پژوهش وضعیت مالکیت مبیع و تملک مجدد فروشنده، حاکی از متزلزل بودن مبیع بوده است و به دنبال جایگاه بیع شرط و حق استرداد در ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت بوده‌اند. اما در این پژوهش تمایز این است که بررسی تطبیقی بین حقوق ایران و مصر از منظر فقه امامیه و حنفی مورد بحث است.

در مقاله‌ای دیگر تحت عنوان معامله با حق استرداد در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا (انگلیس و آمریکا) نگارش شده توسط علی طالبی، نجات‌الله ابراهیمیان، منصور امینی در سال ۱۴۰۲ می‌باشد.

قضایی متعدد مورد نظر این پژوهش می باشد و از نظر فقهی نیز مورد واکاوی قرار می گیرد.

### ۵-۱-۱. قلمرو تقنینی

بیع شرط، موضوعی است که در قانون مدنی و در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ آن مورد تقنین قرار گرفته و شرایط و آثار آن تبیین گردیده و در این خصوص اختلاف نظرات وافر در لسان حقوقدانان و رویه قضایی مورد توجه بوده است. از جهاتی با مصوب شدن ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، معامله با حق استرداد نیز مورد توجه مقنن بوده و جایگاه خود را به بیع شرط واگذار کرده که اثر تملیکی را از آن گرفته و عملاً بیع شرط نسخ شد. البته پیش‌بینی بیع شرط در قانون مدنی موجب سوءاستفاده‌های مختلفی شده بود. (یادگاری، ۱۳۷۹: ۳) که قانون ثبت با تصویب و بعدها با اصلاح مقررات خود در ماده ۳۳ و ۳۴، موجب مقابله با سوءاستفاده کنندگان شده است.

مطابق ماده ۴۵۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار، تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن، قید تمام یا بعضی نشده باشد خیار، ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن» و بالعکس مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی چنانچه بایع به شرایط عقد یا توافق عمل نکند، بیع قطعی شده و مشتری مالک حقیقی مبیع می‌شود. ماده ۴۵۹ قانون مدنی به سبب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت تخصیص خورده و در ماده ۳۴ تقاضای ثبت با فروشنده می‌باشد و در ماده ۳۴ وضع خریدار

داده‌ها و مطالب در این تحقیق استفاده شده است. پژوهشگر در بررسی‌های کتابخانه‌ای از طریق رجوع به مجلات علمی، سایت‌ها و متون تخصصی اطلاعات مورد نیاز مربوط به موضوع مورد مطالعه را جمع‌آوری می‌کنند. همچنین روش فیش‌برداری جهت تجزیه و تحلیل اطلاعات مورد استفاده قرار گرفته است. پژوهشگر، مطالب مورد نیاز خود را از مقالات علمی و متون تخصصی گردآوری کرده و آنها را بطور خلاصه از طریق فیش‌برداری تنظیم می‌کند.

### ۳. ملاحظات اخلاقی

در مراحل مختلف نگارش این مقاله، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

### ۴. یافته‌ها

التهیه در حقوق مصر بیع شرط (اعم از حقیقی و صوری) باطل است. دلیل این امر آن است که چون مشتری مالک مبیع نمی‌شود، باید آن را رد کند و بایع بدون رعایت مدت حق استرداد، حق مطالبه‌ی مبیع را دارد. علی‌هذا تصرف مشتری بر مبیع غیر مملوکانه است که این موضوع در ماده ۴۶۵ قانون مدنی مصر مورد اشاره قرار گرفته است. در حقوق ایران نیز حق استرداد و بیع شرط مورد قبول قرار گرفته است و دلیل آن نیز پذیرش فقه‌های امامیه و متون فقهی موجود در این زمینه به عنوان مبنای فقهی و قانونی است که چالش‌ها و انتقادات وافر نیز در این زمینه وجود دارد.

### ۵. بحث

#### ۵-۱-۱. قلمرو تقنینی و فقهی معامله با حق

#### استرداد و بیع شرط در حقوق ایران

قلمرو حق استرداد و بیع شرط از نظر قانون و فقه با توجه به مواد قانونی ۴۵۸ الی ۴۶۳ و رویه‌های

همچون طلبکار رهنی است با این تمایز که تا زمان اجرای خیار، مالک منافع می‌باشد.

از جهاتی مطابق نظریه شماره ۸۶۳۸/۷-۱۳۸۱/۱۰/۲۸ اداره حقوقی قوه قضائیه که بیان داشته است که: «اگر چه مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود و در مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ همان قانون هم این موضوع تصریح شده اما مالکیت مشتری نسبت به مبیع متزلزل است»؛ بنابراین در مدت خیار، مشتری نمی‌تواند آن را به دیگری منتقل نماید، زیرا حق مشتری نسبت به مبیع مطلق نیست بلکه مقید به خیار است و در صورتی که مشتری مبیع را به دیگری منتقل کند این انتقال مانع از اعمال خیار به وسیله بایع نخواهد بود و در صورتی که بایع با اعمال خیار معامله را فسخ نماید وضعیت مبیع به حالت قبل از عقد برمی‌گردد. به عبارت دیگر، چنین انتقالی در حکم تلف مبیع نیست و اصل مبیع باید به بایع مسترد شود زیرا معامله دوم برخلاف نص ماده ۴۶۰ قانون مدنی است که نقل و انتقال مبیع را به لحاظ این که منافی خیار بایع است منع نموده است». برخی مواقع طرفین در بیع شرط می‌کنند که عدم پرداخت اقساط ثمن به فروشنده حق فسخ بیع را می‌دهد. در این موارد، اگر معلوم نباشد که این حق فسخ تا چه زمانی باقی است، شرط و بیع باطل خواهد بود. (ماده ی ۴۰۱ قانون مدنی). در این حق فسخ تا چه زمانی باقی است، شرط و بیع باطل خواهد بود. (ماده ی ۴۰۱ قانون مدنی).

در این زمینه، در پرونده‌ای با کلاسه‌ی ۸۷۰۱۲۸ در دادگاه عمومی ... شرکت عمران ...، دادخواستی به خواسته اعلام فسخ قرارداد به طرفیت ب.ه مطرح کرده است و توضیح داده است که در فروش نامه فیما بین، شرط شده است که هر یک از چک‌های

صادر از سوی خریدار وصول نشود شرکت حق فسخ فروش نامه را دارد و حال سه فقره از این چک‌ها وصول نشده است. دادگاه با این استدلال که طبق ماده‌ی ۴۰۱ قانون مدنی، طرفین باید برای خیار شرط اجل تعیین می‌کردند که در ما نحن فیه فقط بیان شده است که در صورت عدم کارسازی چک‌ها، حق فسخ برای شرکت وجود دارد و معلوم نیست تا چه مدتی این حق فسخ موجود است؛ لذا اساساً شرط را باطل و مفسد عقد دانسته و حقی را برای خواهان قابل تصور ندانسته تا قابل اعمال باشد و به استناد ماده‌ی ۴۰۱ قانون مدنی و ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی حکم به بی حقی خواهان صادر کرده است. (بهری و افچنگی، ۱۳۸۸: ۱۹) به طور کلی معاملات با حق استرداد که با تصویب قانون ثبت وارد حقوق ایران شد و نظریات مختلفی از بدو تصویب مطرح گردید ماهیت بیع شرط در قانون مدنی را متحول و دگرگون کرد و با تصویب مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت، اثر تملیکی بیع شرط را از بین برد.

#### ۵-۱-۲. رویه قضایی

همانگونه که بیان شد در خصوص دعاوی حق استرداد و بیع شرط رویه‌های قضایی وجود دارد که به منظور تحلیل مناسب در این مبحث مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### ۵-۱-۲-۱. شرط دعوای استرداد وجه موضوع

##### معامله

مطابق شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۱۳۸۹ مورخه ۱۳۹۱/۱۱/۱۱ که به شرح ذیل اصدار یافته است، دعوی استرداد وجه مورد معامله، مستلزم صدور حکم به بطلان و بی‌اعتباری قرارداد فی مابین متداعیین است و بدون طرح دعوی اخیر، دعوی استرداد وجه مسموع نیست.

رأی دادگاه بدوی: در خصوص دعوی آقای ح.ک با وکالت خانم‌ها الف.ق. و ف.م به طرفیت آقای م.ش به خواسته درخواست تنفیذ معامله فروش سرقفلی (منافع) به جهت مستحق للغير درآمدن و استرداد ثمن معامله به مبلغ پانزده میلیون تومان به انضمام خسارات دادرسی من جمله حق الوکاله وکیل و خسارت تأخیر تأدیه بدین شرح که خوانده مطابق وکالتنامه ۴۴۰۹۱ مورخ ۸۲/۷/۲۲ و به موجب تفویض وکالت ۱۲۲۶۹۱ کلیه منافع و حقوق ناشی از اجاره نامه خود با موجر اصلی (آقای ر.ش) به شماره ۲۱۵۱۳۱ مورخ ۷۳/۱/۲۱ در خصوص مغازه به پلاک ثبتی ۳۰۷۳ فرعی از اصلی ۴۷۳۱ در بخش ۶ تهران را به خواهان منتقل نموده و ثمن معامله رد و بدل گردیده و مغازه فوق تحت تصرف خواهان قرار گرفته، پس از مدتی از زمان فروش به موجب رأی قطعی به شماره ۶۹۰ مورخ ۸۶/۵/۲۴ از شعبه ۱۵ دادگاه محترم تجدیدنظر حکم به تخلیه به لحاظ تغییر شغل صادر گردیده است. لذا تقاضای صدور حکم به تنفیذ و فساد معامله فوق - الذکر به جهت خروج منافع مذکور از مالکیت خوانده قبل از انتقال و استرداد ثمن معامله را نموده است با توجه به محتویات پرونده و نظر به اینکه خواهان هیچ گونه دلیلی مبنی بر داشتن حق فسخ معامله ارائه و اقامه ننموده و در مبایعه نامه نیز چنین حقی برای وی ذکر و بیان نشده است و منافع ملک متعلق به خوانده بوده است ولیکن به لحاظ اینکه مستأجر حق تغییر شغل را نداشته؛ لذا مالک اقدام به تخلیه ملک نموده است، لذا دادگاه بنا به مراتب فوق دعوی خواهان را غیر ثابت تشخیص می‌دهد و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر می‌باشد.

دادرس شعبه ۱۸۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران - زینی‌وند)  
 رأی دادگاه تجدیدنظر استان: در خصوص تجدید نظرخواهی آقای ح.ک. با وکالت خانم‌ها الف.ق. و ف.م. به طرفیت آقای م.ش نسبت به دادنامه شماره ۷۱۸ مورخ ۹۰/۹/۲۱ صادره از شعبه ۱۸۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته تنفیذ معامله فروش سرقفلی (منافع) به جهت مستحق للغير درآمدن و استرداد ثمن معامله به مبلغ پانزده میلیون تومان به انضمام خسارات قانونی با توجه به استدلال منعکس در آن، منتهی به صدور حکم به بطلان دعوی خواهان گردیده است با بررسی محتویات پرونده و مطالعه لایحه ابرازی وکلای تجدید نظرخواه، نظر به اینکه دعوی حکم به استرداد وجه مورد معامله، مستلزم صدور حکم به بطلان و بی اعتباری قرارداد فی مابین متداعیین می‌باشد و در مانحن فیه، چنین دعوی اقامه نشده، بنابراین دادگاه دعوی به کیفیت مطروحه را قابل استماع ندانسته است و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه بدوی را نقض و قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. این رأی قطعی است (رئیس شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه ربیع‌پور - صداقتی).  
 در آرای مذکور مشاهده می‌گردد که دعوی استرداد وجه مورد معامله منوط به بطلان، فسخ یا بی‌اعتباری معامله است و این موضوع در مرجع بالاتر (دادگاه تجدیدنظر) مورد استناد قرار گرفته است. البته موضوع آراء با بیع شرط که در این نوع معامله، شرط اخذ مبیع از خریدار به فروشنده شرط می‌گردد اندکی متفاوت است ولیکن به نظر می‌رسد که اگر قانونگذار بیع شرط را در قالب رویه مارالذکر



نیز قرار دهد، مناسب خواهد بود هر چند که در رویه مذکور، استرداد ثمن مطرح است.

### ۵-۲-۱-۲. امانی فرض نشدن مبیع در ید

#### مشتری

مطابق شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۴۰۰۲۲۵ مورخه ۱۳۹۲/۰۲/۲۵ فروشنده نمی‌تواند آنچه را که در قالب بیع فروخته است همزمان به صورت امانی نزد مشتری به امانت بسپارد، در نتیجه عدم استرداد مبیع خیانت در امانت نخواهد بود. این موضوع در رأی ذیل مورد اشاره قرار گرفته است که عنوان می‌دارد:

در خصوص تجدیدنظرخواهی شاکی بدوی آقای م.پ نسبت به دادنامه شماره ۱۰۵۴ مورخ ۹۱/۱۲/۲ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی شهر ری که متضمن تبرئه آقای الف.ح از اتهام خیانت در امانت می‌باشد، با توجه به مجموع محتویات پرونده دادنامه مذکور وفق موازین و مقررات قانونی صادر و تجدیدنظرخواهی واصله با هیچ یک از شقوق ماده ۲۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری انطباق ندارد. علی‌هذا دادگاه آن را مردود اعلام و دادنامه تجدیدنظرخواسته را مستنداً به ماده ۲۵۷ همان قانون تأیید و استوار می‌نماید. رأی صادره حضوری و قطعی است. (رئیس شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مستشار دادگاه سلیمی - کمالی)

### ۵-۲-۱-۳. انتقال مبیع به غیر توسط مشتری

#### در بیع شرط

مطابق شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۸۰۲۴۵۳۰۱۱۵۸ مورخه ۱۳۹۴/۰۶/۱۵ در بیع شرط، اقدامات مشتری مبنی بر تصرفی همچون نقل و انتقال که منافی خیار باشد، فاقد وصف کیفری است.

رأی دادگاه بدوی: اتهام خانم ش. ک.پ متولد ۱۳۵۳، بازداشت با عجز از وثیقه با وکالت آقای ق. الف دایر بر الف- خیانت در امانت موضوع شکایت خانم س. م با وکالت آقایان م. ف و ح. م.ز بدین شرح که موکله مبلغ سی و پنج میلیون تومان از مشتکی‌عنه پول گرفته و سند ملکی خود را با اعطای وکالت در اختیار وی قرار داده تا پس از استرداد وجوه اصل سند که به عنوان امانت در اختیار وی بوده به موکل [را] مسترد نماید نامبرده علیرغم اقرار در صورت‌جلسه به اینکه سند ملکی به عنوان امانت در اختیار وی بوده و حق انتقال به غیر را نداشته است ۱۰ روز پس از قرارداد با اعطای وکالت به آقای ش. ملک موکل به آقای ش منتقل نموده است و موضوع شکات خانم م. ع به وکالت آقای ه. الف بدین شرح که خانم ع. به خاطر دوستی با مشتکی‌عنه سند ملک را امانت به وی داده تا وام بگیرد و با توجه به اینکه حق انتقال به غیر نداشته ملک را در رهن آقای ش قرار داده و در نهایت به وی منتقل نموده. ب- اتهام صدور دو فقره چک موضوع شکایت خانم ع به مبلغ سیزده میلیون تومان و آقای م.م به مبلغ پانزده میلیون تومان که وکیل متهم آقای ق. الف در دفاع بیان داشته موکل در خصوص خیانت در امانت با توجه به وکالتنامه- های رسمی موکل حق انتقال به غیر خود را داشته و هیچ مدرکی دال بر اینکه موکل حق انتقال به غیر نداشته از ناحیه شکایت ارائه نگردیده است و در خصوص چک‌ها همه تضمینی و وعده‌دار بوده است دادگاه با عنایت به محتویات پرونده شکایت شکات، تحقیقات دادرسی و اقرار متهم در دادرسی که حق انتقال به غیر نداشته و علیرغم آن ملک را به دیگری واگذار نموده است و دفاع غیر مؤثر وکیل وی به کیفرخواست دادرسی تهران دادگاه اتهام خیانت در امانت را محرز دانسته و مستنداً به ماده

۶۷۴ قانون تعزیرات نامبرده را به تحمل ۱۳ سیزده ماه حبس با احتساب ایام بازداشت قبلی محکوم می‌نماید و در خصوص اتهام صدور چک بلامحل صرف‌نظر از ادعای تضمینی بودن با توجه به اظهارات طرفین و اسناد و مدارک ابرازی تحقیقات معموله و روابط حقوقی فی‌مابین وعده‌دار بودن چک ثابت است دادگاه مستنداً به قانون صدور چک بلامحل نامبرده را از اتهام صدور چک بلامحل مبرا دانسته حکم به برائت وی اعلام وی می‌دارد. رأی حضوری ظرف بیست روز قابل تجدیدنظر می‌باشد (رئیس شعبه ۱۱۷۸ دادگاه عمومی جزایی تهران - جویباری).

رأی دادگاه تجدیدنظر استان: بر آن قسمت از دادنامه تجدیدنظر خواسته به شماره ۹۴۰۰۰۱۲۳ مورخ ۲۳/۲/۱۳۹۴ صادره از شعبه ۱۱۷۸ دادگاه عمومی جزایی سابق تهران که ناظر بر محکومیت متهمه تجدیدنظر خواه خانم ش.ک.پ به کیفر سیزده ماه حبس با احتساب بازداشت ایام سابق به اتهام خیانت در امانت موضوع شکایت تجدیدنظر خواندگان خانم‌ها س.م. و م.ع. و به استناد ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) با وصف اینکه متهمه مدت سیزده ماه حبس مقرر در حکم دادگاه بدوی را تحمل نموده ایراد وارد است چه آنکه همان‌گونه که مستندات ابرازی و اظهارات متداعیین و تحقیقات معموله حکایت دارد تجدیدنظر خواندگان ملک خود را به متهمه تجدیدنظر خواه به بیع شرط واگذار و در آن شرط نموده‌اند که اگر در مدت خیار ثمن را بازگردانند عقد فسخ و مبیع مسترد خواهد گردید لیکن متهمه قبل از انقضاء مدت خیار مبادرت به انتقال مبیع به دیگری نموده است و نظر به اینکه به موجب ماده ۴۵۹ قانون مدنی در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود که در این وصف

امانی بودن مبیع در ید مشتری بلا موضوع خواهد بود هرچند که در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال بنماید، مع‌الوصف مبادرت ورزیدن مشتری به این قبیل امور نمی‌تواند صبغه کیفری به روابط مالی طرفین در ما نحن فیه دهد. حتی اگر با تفتن به قوانین مصوب بعدی نظیر مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که در آن اصطلاح (معامله با حق استرداد) یاد شده بر مبنای غلبه، این قبیل معاملات را تملیکی ندانسته و آن‌ها را در زمره قراردادهای وثیقه‌ای قرار دهیم به نظر این ایده نیز نمی‌تواند مغیر ماهیت امر گردیده و موضوع را واجد وصف کیفری نماید خصوصاً اینکه به دستور ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در امور جزایی و در تحقق جرایم عمدی افزون بر علم مرتکب به موضوع باید قصد و نیت سوء او در ارتکاب رفتار مجرمانه نیز احراز گردد بر این منوال آن بخش از حکم تجدیدنظر خواسته که ناظر بر محکومیت متهمه ش.ک.پ به کیفر سیزده ماه حبس به اتهام خیانت در امانت بوده قابلیت تأیید و استواری را نداشته دادگاه توجهاً به بند ب و پ ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری با نقض این قسمت از حکم مورد نظر بر برائت متهمه موصوف از اتهام منتسب اصدار حکم می‌نماید. این رأی قطعی است. (شعبه ۷۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - رئیس و مستشار، محمدعلی بیک وردی - ولی‌الله فتاحی)

در حقوق ایران، پذیرش بیع شرط مقبول افتاده لکن به نظر می‌رسد با توجه به عموم و خصوص مطلق بودن مفهوم معامله با حق استرداد و بیع شرط و اینکه بیع شرط یکی از اقسام حق استرداد است، یکسان دانستن مفهوم و ماهیت آن دو صحیح نباشد از جهاتی رویه قضایی این نوع بیع را قبول دارد و با توجه به شکایت‌های متفاوت این نوع

بیع و معامله را دارای وجوه کیفری تلقی ننموده است. از این رو بد نیست عنوان شود که بیع شرط و معامله با حق استرداد هیچ نوع جایگاه و قلمروی در قوانین کیفری در جهت جرم انگاری به خود ندیده است.

### ۵-۱-۳. قلمرو فقهی

اصطلاح بیع شرط از منظر فقهی، بدان مفهوم است که با بیع کالایی را بفروشد و برای خویش تا زمانی (معین) شرط خیار نماید، به گونه ای که چنانچه بتواند ثمن را در این مدت استرداد کند، مبیع را پس بگیرد. بیع شرط، به دلیل ساختار حقوقی خاص و ویژگی‌های منحصر به فرد، همواره مورد توجه خاص فقها (امامیه و اهل سنت) قرار داشته است؛ به این دلیل، از حیث مفهوم شناسی و به ویژه حکم شناسی، در پیرامون این تأسیس حقوقی، اختلافی قابل توجه به چشم می‌خورد، به گونه‌ای که فقهای امامیه به صحت چنین قراردادی اجماع دارند و آن را مملک می‌دانند، منتها مالکیت مشتری نسبت به مبیع را متزلزل و غیرمستقر می‌شمارند. در مقابل، قاطبه فقهای اهل سنت، بیع شرط را از جهت صوری بودن باطل اعلام کرده و آن را مملک نمی‌دانند (مبلغی و همکاران، ۱۳۹۳: ۵). علی هذا می‌توان عنوان داشت، بیع شرط معامله ای است که در آن برای فروشنده شرط می‌گردد که در صورت باز پس دادن بهای کالا به خریدار در مدتی معین، حق خیار خواهد داشت مانند آنکه فروشنده خانه‌ی هزار تومانی را به دویست تومان بفروشد و با خریدار توافق کند چنانچه ظرف یک سال پس از معامله، بهای خانه را به وی برگرداند حق فسخ معامله را داشته باشد. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳: ۳۶-۳۸) شیخ انصاری در تبیین بیع شرط عنوان داشته است که بیع شرط بدان معناست که با بیع چیزی را بفروشد و برای خویش تا مدتی

(معین) شرط خیار کند، به نحوی که توانایی آن را داشته باشد تا ثمن را در این مدت بازگرداند. (انصاری، ۱۴۲۹، ج ۵: ۱۲۷). در منابع فقهی، بیع شرط، در ضمن عقد بیع مطرح است که حق خیار برای فروشنده در ضمن عقد شرط می‌شود و البته تحقق آن منوط به رد ثمن است. تفاوت این شرط با خیار شرط آن است که حق فسخ در خیار شرط یک حق منجز و بی قید و شرط است. اما خیار فسخ در بیع شرط حقی معلق بر رد ثمن است. از این جهت، تحلیل ماهیت این تعلیق و تعمیم آن به سایر وقایع از جمله تخلف شرط و اختلاط آن با مبحث خیار تخلف شرط (خیار الاشرط) ساختمان حقوقی پیچیده‌ای را به وجود آورده است. (البحرانی، ۱۴۰۸: ۳) رواج شرط فسخ با رد ثمن در معاملات، از گذشته روشی برای گرفتن ربح پول بوده و صاحبان سرمایه با استفاده از ساختمان حقوقی آن، به وام گیرندگان پول می‌دادند (کنعانی و فرحزادی، ۱۳۹۱: ۳۹-۴۰). اکثر فقهای فقه امامیه بر صحت بیع شرط اجماع کرده اند. (ابن براج، ۱۴۱۱: ۵۴) برای مثال علامه حلی (حلی، بی تا، ج ۱: ۵۲۱)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳: ۳۶)، و محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۲۹۲) از جمله مشهور فقها هستند که بر این موضوع صحه نهادند. از منظر فقهای امامیه صحت بیع شرط و معامله با حق استرداد با عموماتی چون «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» تخصیص خورده است و مورد پذیرش قرار گرفته است و این موضوع بر خلاف حقوق مصر و فقه عامه است.

### ۵-۲. قلمرو تقنینی و فقهی معامله با حق

#### استرداد و بیع شرط در حقوق مصر

در خصوص مشروعیت بیع شرط در حقوق مصر و فقه حنفی که به بیع وفا نیز تعبیر شده، اختلافات وافر به چشم دیده می‌شود. در این خصوص در

حقوق مصر سه نظریه مطرح شده است؛ نظر اول بر آن است که مشروعیت بیع شرط به عنوان عقد رهن شناخته می شود نظر دوم نیز فساد بیع شرط به جهت اِشتمال بر شرط خلاف ذات عقد است نظر سوم، بطلان بیع شرط به جهت انطباق واقعیت آن با قرض ربوی است. نظریه سوم، سبب تقنین بطلان بیع شرط در قانون مدنی مصر، اردن و سوریه شده و از جهاتی نیز، با تأثیرپذیری از نظریه اول، قانون مدنی عراق و الجزایر بیع شرط را به عنوان رهن حیازتی تلقی کرده اند. (صفری و صادقی، ۱۴۰۱: ۸۵) برخی از فقیهان حنفی در مصر بیع شرط را دارای مشروعیت دانسته اند، ولیکن در اصل همان رهن بوده و احکام رهن در مورد آن قابل تطابق است (زیلعلی، ۱۳۱۵، ج ۵: ۱۸۳) و (مصری، بی تا، ج ۶: ۸). علت طرفداران این نظریه در حقوق مصر آن است که در بیع شرط، شرط استرداد مبیع با رد ثمن وجود دارد. این موضوع در حقیقت همان استرداد مال مرهونه با پرداخت دین می باشد. از جهاتی دیگر، در عقود به مقاصد و معانی اعتبار داده می شود نه به الفاظی که عاقدین مورد استفاده قرار داده اند. (زیلعلی، ۱۳۱۵: ۱۸۳)

منشأ اختلاف در مورد مشروعیت و عدم مشروعیت بیع شرط، درج شرط «استرداد مبیع با رد ثمن» است. بعضی از فقیهان حنفی و حقوقدانان مصری این شرط را مخالف مقتضای بیع شرط دانسته اند. بعضی دیگر نیز بیع شرط را قالبی برای حيله و رسیدن به ربای محرم شمرده اند. با اِمعان نظر می توان اثبات کرد، شرط استرداد، مخالف مقتضای ذات عقد نبوده، بلکه مخالف مقتضای اطلاق عقد است. شرط مخالف اطلاق عقد بر صحت عقد تأثیری ندارد. از سوی دیگر حتی اگر بتوان به فرض مصداق حيله بودن بیع وفا را اثبات کرد، ولی از مصادیق حيله شرعی نامشروع نیست. گاهی حيله

به معنای چاره جویی قانونی برای رفع نیازهای مشروع اجتماعی بوده و با قصد تقلب و فریب به قانون، تفاوت بنیادین دارد. رهن بودن بیع شرط و عقد مرکب بودن آن نیز منطبق با واقعیت آن نیست (صفری و صادقی، ۱۴۰۱: ۱۰۱). فقهای متأخر حنفی بیع شرط را بیع جایز می دانند که به خاطر ضرورت مردم مشروعیت یافته است. (ابن خوچه، ۱۴۱۲: ۱۵۰)

در حقوق مصر، بیع شرط زمانی عقدی صحیح بود اما در دوره قانونگذاری جدید، مجلس آن را ممنوع اعلام کرد. التزام که معرب تعهد می باشد در بر گیرنده انجام کاری، دادن کالایی و امتناع از آن معنی شده است و حتی ایفای کالا را چنین نوشته اند که: «فالاتزام باعطاء شیء هو عبارة عن نقل ملكية الشيء او تقرير حق عینی علیه، و لیس التسلیم الا اثرا من آثار انتقال الملكية.» (بکیر، ۱۳۶۸، ج ۱: ۲۰)

پس با توجه به موارد فوق، به موجب مواد ۹۰ و ۱۴۴ قانون مدنی مصر «تعهد رابطه ای است حقوقی که هدف از آن حصول منفعت برای یک شخص به واسطه التزام متعهد به انجام یا خودداری از انجام عمل معین است» (السنهوری، ۱۳۸۱: ۱) و پس از این تعاریفات، ماهیت ایفای تعهد در حقوق کشور مصر و با توجه به مورد تأیید بودن نظر دکتر عبدالرزاق سنهوری که مورد توجه تمام نویسندگان کشورمان قرار گرفته و در تمام تحقیقاتی که مربوطه به کشور مصر می باشد از نظر ایشان به عنوان چکیده حقوق مصر استفاده نموده اند می توان گفت که در حقوق مصر همچنان که ایشان به آن اشاره نموده است، ماهیت ایفای تعهد را توافق یا قراردادی (السنهوری، ۱۳۹۰: ۲ / ۳۵۹) می دانند. به همین دلیل است که بر اساس ماده ۴۶۰ قانون مدنی، یکی از آثار بیع شرط این است که خریدار،



## ۶. نتیجه

در خصوص مشروعیت و عدم مشروعیت بیع شرط و معامله با حق استرداد احوال فقهی مختلفی شکل گرفته است که عمدتاً در عدم مشروعیت بیع شرط در فقه عامه و حقوق مصر است. برخی این نوع بیع را مشروع عنوان کرده‌اند و عمدتاً به رهن بودن و ربای محرم استناد نموده‌اند و برخی نیز آن را برخلاف مقتضای عقد و شرایط بیع دانسته‌اند و این موضوع در حقوق مصر با عنوان قرض ربوی تلقی شده و رد شده است و این موضوع بر خلاف حقوق ایران و فقه امامیه بوده چنانچه که با استناد به ادله عمومی باب معاملات و همچنین به روایات خاص، مشروعیت بیع شرط با تحلیل ماهیت آن به عقد بیع مشروط، اثبات شده و مقبول واقع شده است. با تدقیق در قلمرو تقنینی هر دو حقوق نوشته مشخص می‌گردد که عمده اختلاف در پذیرش ماهیت این نوع بیع است به طوری که معامله با حق استرداد نیز تابع همین ماهیت در هر دو حقوق نوشته است. به نظر می‌رسد که قلمرو تقنینی این موضوع با توجه به منشأ و مبنای فقهی آن (فقه امامیه و فقه حنفی) شکل گرفته است. در فقه و حقوق مصر، تعهدات در باب التزام مطرح گردیده‌اند و بیع شرط و حق استرداد، جایگاهی در حقوق این کشور ندارد، اما مبنای اینگونه تعهدات را می‌توان در التزام عنوان نمود. در این کشور، بیع شرط، زمانی عقدی صحیح بود اما در دوره قانونگذاری جدید مصر، مجلس آن را ممنوع اعلام کرد. به طور کلی، در حقوق مصر نمی‌توان مبنایی را برای بیع شرط به علت بطلان این نوع عقد متصور گردید. در حقوق ایران، علی‌رغم حمایت قانونی در ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، که معامله با حق استرداد، مورد توجه مقنن بوده و جایگاه خود را به بیع شرط واگذار کرده، اثر تملیکی را از آن گرفته و عملاً بیع

در مهلت شرط، نمی‌تواند تصرفاتی در مبیع نماید که با حق فسخ فروشنده منافات داشته باشد. مثلاً خریدار، نمی‌تواند ملک خریداری شده به بیع شرط را به دیگری بفروشد، یا آن را تخریب کرده و به نحوی از بین ببرد.

در مورد ماهیت بیع شرط در حقوق مصر، بسیاری از فقهای متأخر چنین عنوان داشته‌اند که این بیع، عقد نوینی است که به گونه مطلق نه بیع صحیح و نه بیع فاسد بوده و نه از تمام جهات، رهن است؛ بلکه دارای ماهیت چندگانه می‌باشد. از یک نظر همانند بیع صحیح است؛ چون مشتری می‌تواند از منافع مبیع استفاده کند. از نگاه دیگر همانند بیع فاسد است؛ چون در آن شرط فاسد گنجانده شده است و آن شرط، حق استرداد مبیع و ثمن است. از منظر دیگر همانند رهن است چون مشتری نمی‌تواند مبیع را به دیگری انتقال دهد (مصری، بی تا: ۹/۶). انتقاد مهمی که در حقوق مصر، مطرح شده در مورد بیع شرط، شرط «استرداد مبیع با رد ثمن» است. ادعا می‌شود این شرط مخالف مقتضای عقد است، به همین دلیل سبب فساد عقد می‌شود. به باور طرفداران این دلیل، اقتضای عقد بیع، استقرار و دوام مالکیت است اما در بیع شرط مالکیت استقرار ندارد (کاسانی، ۱۴۰۸: ۱۷۴/۵). به طور کلی در خصوص قلمرو فقهی و تقنینی بیع شرط و معامله با حق استرداد می‌توان عنوان داشت که در خصوص ماهیت آن در مصر اختلاف نظر وجود دارد و برخی ماهیت آن را رهن و برخی نیز ربای محرم عنوان داشته‌اند و با این تفاسیر در قانون مدنی مصر این نوع بیع، باطل تلقی شده است و دلایل آن را نیز مخالف مقتضای عقد، بیع فاسد، ربا و... عنوان داشته‌اند.

### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش، هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

### پی نوشت:

ماده ۴۶۵ قانون مدنی مصر: «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً».

شرط نسخ شده است؛ روبه قضایی نیز در راستای پذیرش بیع شرط و همچنین معامله با حق استرداد نظریاتی مطرح کرده است. برای مثال، مطابق نظریه شماره ۸۶۳۸/۷ - ۱۳۸۱/۱۰/۲۸ اداره حقوقی قوه قضائیه بیان داشته است که: «اگر چه مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود و در مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ همان قانون هم این موضوع تصریح شده اما مالکیت مشتری نسبت به مبیع متزلزل است». ولیکن روبه قضایی مصر این نوع شرط را در بیع مورد پذیرش و واکاوی قرار نداده است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع

- صفری، اسفندیار؛ صادقی، علی، ۱۴۰۱، بررسی تطبیقی مشروعیت بیع وفا (بیع شرط) در فقه حنفی و فقه امامیه، فقه مقارن، دوره ۱۰، ش ۱۹.
- صفری، اسفندیار، صادقی، علی، بررسی تطبیقی مشروعیت بیع وفا (بیع شرط) در فقه حنفی و فقه امامیه، دو فصلنامه علمی فقه مقارن، سال دهم، شماره ۱۹، ۱۴۰۱.
- طالبی، علی، ابراهیمیان، نجات الله، امینی، منصور، بیع شرط در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ قانون مدنی را در کنار ماده ۳۳ به بعد، فصلنامه مطالعات بین المللی، دوره ۱۹، شماره ۴، پیاپی ۷۶، ۱۴۰۲.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، ۱۴۰۸، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ۵.
- کنعانی، محمدطاهر؛ فرحزادی، علی اکبر، ۱۳۹۱، مطالعه تطبیقی شرط فاسخ و آثار آن، س ۴۵، ش ۱.
- مبلغی، احمد؛ آبین، علیرضا؛ جمشیدیان، مهرداد، ۱۳۹۳، بیع شرط در فقه مذاهب اسلامی، دانشگاه مذاهب اسلامی، دوره ۲، ش ۴.
- محقق کرکی، علی بن حسین، ۱۴۰۸، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، ج ۴.
- یادگاری، محمدعلی، ۱۳۷۹، نگاهی اجمالی به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک و ضرورت اصلاح آن، کانون، ش ۲۱.
- ابهری، حمید؛ افچنگی، زینب، ۱۳۸۸، مفهوم و ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران، تهران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، س ۱، ش ۱.
- ابن براج، قاضی، ۱۴۱۱، جواهر الفقه، قم، جامعه مدرسین.
- ابن خوجه، محمد حبیب، ۱۴۱۲، الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ش ۷.
- البحرانی، ابن تیمیه، ۱۴۰۸، الغتاوی الکبری، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ۳.
- انصاری، سید مرتضی، ۱۴۲۹، کتاب المسائل، قم، مجمع الفکر الاسلامیه، ج ۵.
- ایلخانی پور، فرشته، عبدالله، بهمن پوری، جایگاه بیع شرط و معاملات با حق استرداد با رویکردی در قانون مدنی، اولین همایش ملی علوم اجتماعی، علوم تربیتی، روانشناسی و امنیت اجتماعی، ۱۳۹۶.
- بحرانی، ابن تیمیه، ۱۴۰۸، الغتاوی الکبری، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ۳.
- حلی، حسن بن یوسف، بی تا، تذکره الفقهاء، بیروت، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ج ۱.
- زیلعلی، عثمان بن علی، ۱۳۱۵، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق و حاشیه الشلبی، قاهره، المطبعه الکبری الامیریه، ج ۵.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۳۸۱، التزام در قانون مدنی مصر، ترجمه مهدی رشوند، قم، مجله اندیشه صادق، ش ۸۹.
- صالح، بکیر، ۱۳۶۸، خصائص الالتزام، قاهره، نشریه الازهر، ج ۲۰، ش ۳.

- مصری، ابن نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم، بی تا،  
الأشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان،  
بیروت، دارالکتاب الاسلامی، ج ۶.
- نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهر الکلام فی  
شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه،  
ج ۲۳.







پښتونستان ښوونځي  
پښتونستان ښوونځي  
پښتونستان ښوونځي