

Original Article

The Principles Governing Transactions Involving the Right of Restitution and Conditional Sale in Islamic Jurisprudence, Iranian Law, and Egyptian Law

Farzad Baradaran Kenari¹, Soosan Narimani^{*2}, Alireza Salami³

¹ PhD student in Private Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, 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.



[10.22080/LPS.2024.26005.1560](https://doi.org/10.22080/LPS.2024.26005.1560)

Received:

October 6, 2023

Accepted:

March 11, 2024

Available online:

December 21, 2024

Keywords:

Transaction, right of restitution, Condition sale, Transaction price, Egypt, Iranian law

Abstract

Conditional sales and the right of restitution in contracts are concepts that have distinct, yet occasionally overlapping, effects in transactions. In Iran's registration law, these concepts are often used interchangeably. This is evident in jurisprudential texts and legal regulations. In Iranian law, the acceptance of conditional sales has gained traction; however, it is inaccurate to equate the concepts of transactions, the right of restitution, and conditional sales. In Egyptian law, the prevailing opinion among most Egyptian jurists is that since the customer does not acquire ownership, they should reject the transaction. Consequently, the seller retains the right to claim restitution without being bound by the statutory period for such claims. The purpose of this article is to examine the principles governing transactions involving the right of restitution and conditional sales within the legal frameworks of Iran and Egypt. This analysis employs a descriptive-analytical method. We conclude that the principles governing transactions with the right of restitution and conditional sales differ significantly between the two legal systems. In Iranian jurisprudence and law, the foundation of such transactions is based on the right of restitution, as articulated in Emami's jurisprudence. Conversely, in Egyptian jurisprudence and law, these transactions are rooted in Hanafi jurisprudence, which is primarily derived from verses, hadiths, traditions, and reason. These elements are crystallized within the core of legal provisions.

***Corresponding Author:** Soosan Narimani

Address: Islamic Azad University, Gorgan, Iran

Email: S.narimani@kiaau.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

The conditions of sale and the right of return are institutions that have both distinct and overlapping effects in transactions. In certain cases, they share a common nature and foundation, leading to their use as a single concept in our registration rights. This relationship is clearly evident in jurisprudential texts and legal regulations.

In Iranian law, the acceptance of such a sale has become permissible. However, given the general and specific aspects of the absolute nature of the concept of transactions involving the right of restitution and conditional sales—where conditional sales are considered a type of right of restitution—it is inaccurate to equate these two concepts. In contrast to Iranian law, which is grounded in Emami jurisprudence, Egyptian law is based on Hanafi jurisprudence regarding this issue.

After some time, these types of institutions were removed from the legal framework because their foundation was deemed contrary to Islamic law. The majority of Egyptian jurists held the view that since the customer does not become the owner of the goods from the seller, she should reject the transaction, and the seller retains the right to reclaim the goods without adhering to a restitution period. It is important to note that only obligations are discussed in order to address the legal gap.

2. Methods

The present research employs a comparative descriptive analytical method, and the data were collected through library studies.

3. Finding

The findings indicate that both Iranian law and Emami jurisprudence accept transactions involving the right of restitution and conditional sales. In contrast, Egyptian jurists maintain that, due to the formal nature of this issue, conditional sales and transactions involving the right of restitution of property are not permissible. In Iranian law, a conditional sale refers to a transaction in which a condition is stipulated. If the seller delivers all or part of the price to the buyer within a specified timeframe, the seller retains the right to cancel the transaction for all or part of the sale.

4. Conclusion

The results indicate that a key principle is the predominance of transactions involving the right of restitution. It can be asserted that transactions with the right of return are executed under the conditions specified by the legislator in contracts between the seller and the buyer. In this context, the transaction with the right of restitution takes precedence over the agreements made by the parties. Furthermore, it can be argued that another foundational aspect of transactions involving the right of restitution and sale is the primacy of the parties' will and their private contractual agreements.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



علمی پژوهشی

مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط از منظر فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر

فرزاد برادران کناری^۱، سوسن نریمانی^{۲*}، علیرضا سلامی^۳^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، 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.[10.22080/LPS.2024.26005.1560](https://doi.org/10.22080/LPS.2024.26005.1560)

چکیده

بیع شرط و حق استرداد نهادهایی هستند که آثار مختلف و مشترکی در معاملات داشته و البته در برخی موارد ماهیت و مبانی مشترکی نیز دارا هستند به طوری که در حقوق ثبت ایران این دو در مفهومی واحد به کار رفته اند و مطابق ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، این نوع بیع در زمره احکام رهن شناخته شده و جزو اسناد وثیقه است؛ اما مطالعات مختلفی که در زمینه موضوع صورت گرفته، بیانگر آن است که معامله با حق استرداد با احکام رهن تفاوت های اساسی دارد و تنها در برخی اعمال و افعال شباهت دارند. پذیرش چنین بیعی در حقوق ایران مقبول افتاده است لکن به نظر می رسد 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 آن دو صحیح نباشد. بر خلاف حقوق ایران که بر مبنای فقه امامیه است در حقوق مصر این موضوع بر مبنای فقه حنفی می باشد، پس از مدتی این نوع نهادها از قوانین، به دلیل اینکه مبنای آن بر خلاف شرع مقدس اسلام دانسته شد، حذف و باطل اعلام گردید. تفاوت در مبنا و آثار و تشابه در موضوع و شرایط از عمده تفاوت ها و تشابهات دو حقوق ایران و مصر است. نظر اکثر حقوقدانان مصری بر آن بود که چون مشتری مالک مبیع نمی شود، می بایست آن را رد نماید و بایع بدون رعایت مدت حق استرداد حق مطالبه مبیع را دارد. البته تنها تعهدات در باب التزام مطرح است تا خلأ قانونی پر شود. هدف مقاله پیش رو بررسی مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه به روش تحلیلی-توصیفی با تطبیق قوانین ایران و مصر است تا نتایج حاصل از تفاوت نگاه این دو نظام حقوقی ما را در طراحی ایده های جدید برای پرکردن خلأهای قانونی یاری رساند.

تاریخ دریافت:

۱۴ مهر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۲۱ اسفند ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۱ دی ۱۴۰۳

کلیدواژه ها:

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

* نویسنده مسئول: سوسن نریمانی

آدرس: دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران

ایمیل: S.narimani@kiauo.ac.ir

۱ مقدمه

معامله با حق استرداد و بیع شرط از مهمترین اصطلاحات کاربردی است که در راستای تفاوت‌ها و تشابهات آن در میان حقوقدانان و فقها نظرات مختلفی مطرح گردیده است و پیشینه این موضوع در حقوق ایران به دوره ناصرالدین شاه بر می‌گردد (مینا، ۱۳۸۱: ۷۳). برای اولین بار در حقوق ایران و در سال ۱۳۰۷ و با الهام از متون و قواعد فقهی در ماده ۴۵۸ تا ۴۶۴ قانون مدنی به موضوع بیع شرط اشاره گردید و معامله با حق استرداد برای اولین بار در ماده ۳۴ و ۳۳ قانون ثبت مورد توجه مقنن قرار گرفت که قانون ثبت با تصویب و بعدها با اصلاح مقررات خود در مواد مذکور، موجب مقابله با سوء استفاده کنندگان از نهاد بیع شرط در قانون مدنی شده است و ناگفته نماند که این نوآوری و مقابله با سوء استفاده کنندگان، با تدوین مقررات قانون ثبت، انجام گرفته است (زنجانی، ۱۳۹۰: ۱۱۲). از جهاتی در حقوق مصر نیز بیع شرط ابزاری مناسب در جهت اخفای عقد قرض و رهن است و در این کشور بیع الوفاء (یا بیع شرط) در دو قسم بیع وفای حقیقی و بیع وفای صوری مورد بررسی قرار گرفت که بیع وفای حقیقی حکم بیع شرط را داراست و بیع وفای صوری حکم رهن را در برداشت و این تقسیم بندی نیز در کشور مذکور، راه گشای قانونی نگردید که در حال حاضر بیع شرط در حقوق مصر منسوخ و محذوف شده است (سنهوری، ۱۳۸۱: ۴۲). به طور کلی در راستای مقایسه ی دو نهاد (معامله با حق استرداد با بیع شرط) می توان عنوان داشت که هر دو در برخی منابع فقهی و حقوقی یکی عنوان شده است، اما این تعریف صحیح نمی‌باشد چرا که رابطه معامله با حق استرداد با بیع شرط، عموم و خصوص مطلق است به این مفهوم که بیع شرط یکی از اقسام معامله با حق استرداد می‌باشد نه اینکه مفهوم هر دو یکسان باشد.

با توجه به مقدمه ارائه شده، پژوهش پیش رو در راستای تبیین و مقایسه بنیادین بین معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه، حقوق ایران و مصر

کوشیده است تا با بررسی دو فقه امامیه (در حقوق ایران) و فقه حنفی (در حقوق مصر) و مبنا و جایگاه نظریات هر دو فقه در حقوق نوشته دو کشور مذکور به این مسئله که تفاوت معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه، حقوق ایران و مصر چیست، پاسخ دهد. اما قبل از ورود به بحث باید به مفهوم و ماهیت موضوع اشاره داشت. حق فسخ، عموماً برای فروشنده شرط می‌گردد و به این جهت در ضمن قرارداد قید می‌شود که اگر فروشنده ظرف مدت مشخصی، ثمن (پول) معامله را به خریدار برگرداند، حق فسخ معامله و تملیک مجدد مبیع (مال مورد معامله) را دارا می‌باشد. در قانون مدنی به این نوع عقد، «بیع شرط» اطلاق می‌گردد و در قانون ثبت نیز بدان «معامله با حق استرداد» گفته می‌شود و معامله با حق استرداد از قانون ثبت به رویه قضایی وارد شده است و به طور کلی مبنای مورد مطالعه این نوع معامله در ایران، قانون ثبت است (مبلغی و همکاران، ۱۳۹۳: ۶۲). در واقع معامله با حق استرداد، عقدی است معوض، به این مفهوم که بر اساس آن، انتقال دهنده می‌تواند با برگرداندن مبلغی که دریافت نموده، مال تملیک شده را استرداد کند. نیاز به ذکر است که در بیع شرط، خیار برای فروشنده شرط می‌شود و استفاده از این خیار، منوط به پرداخت ثمن از جانب فروشنده است.

در نظریه شماره ۲۷۴۰/۹۵/۷ و شماره پرونده ۹۵-۷۵-۱۲۶۲ در مورخه ۱۳۹۵/۱۰/۲۷ استعلام ذیل در راستای ماهیت و مشروعیت بیع شرط اصدار یافته که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱) در خصوص 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 ذهن تلقی می‌شود؟ آیا موجب انتقال مالکیت هست یا خیر؟

۲) آیا مقررات ماده ۳۴ اصلاحی مذکور اختصاص به [قراردادهای رسمی](#) دارد و محدودیت‌ها مرتبط با دستگاه‌های دولتی است و یا اینکه مطلق است و شامل بیع شرط با سند عادی نیز می‌شود؟

۳) چنانچه شخصی به صورت سند عادی ملکی را با بیع شرط خریداری کند و بایع به شرط در مهلت عمل نکند خریدار برای وصول حق خود چگونه باید احقاق حق کند؟

دراین مورد اختلاف رویه است برخی از همکاران معتقدند که خریدار می‌بایست دادخواست اثبات عقد فرض یا شرط رهن و مطالبه وجه آن مطرح کند و دادگاه با پذیرش آن حکم صادر می‌کند برخی دیگر معتقدند که خریدار می‌بایست دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی مالکیت بیع (بیع شرط) تنظیم کند و دادگاه حکم به انتقال سند مالکیت به نام خریدار می‌دهد ولی ترتیب وصول وجه مطابق مقررات ثبتی است و بیش از طلب خود مالک نمی‌شود (اسدی نژاد و بهارلو قره بلطاقی، ۱۳۹۰: ۵۲).

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه:

۱) اولاً باید در نظر داشت که احکام بیع شرط موضوع مواد ۴۵۸ الی ۴۶۳ قانون مدنی را بدون توجه به احکام قانون ثبت در 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 ۳۴ و ۳۳ 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.

۲) مقررات ماده ۳۴ قانون ثبت اعم از اینکه معامله با سند رسمی انجام پذیرفته باشد، با سند عادی می‌باشد و شامل هر دو نوع معامله می‌گردد.

۳) پاسخ سؤال سوم با توجه به پاسخ به سؤالات اول و دوم روشن است بدیهی است که طلبکار جهت استیفای طلب خود از محل مورد بیع شرط می‌تواند به مرجع قضائی ذیربط مراجعه کند.

به طور کلی، مقررات ماده ۳۴ قانون ثبت اعم از آنکه معامله با سند رسمی انجام گردد و یا با سند عادی، مشمول هر دو نوع معامله می‌گردد (طالب احمدی، ۱۳۹۹: ۷۲).

قانونگذار مصر در سال ۱۹۴۸ با صدور قانون شماره ۵۰/۴۹ وارد عمل گردید که در آن مواد (۴۲۲/۳۳۹) را اصلاح و تصریح کرد که اگر شرط تحقق بیع، مخفی کردن رهن باشد، این نوع بیع باطل تلقی می‌شود. نوع بیع یا رهن تأثیری ندارد و عقد قصدی محسوب می‌شود و اگر شرط شود ثمن با ربا مسترد شود یا مال مبیع در تصرف بایع بماند برخلاف رهن است. در مورد قانون مدنی فعلی مصر، این بیع در تمام اشکال آن باطل تلقی می‌شود، اعم از اینکه موضوع عقد، مال غیر منقول باشد یا مال منقول و خواه این عقد رهن یا بیع واقعی باشد (سنهوری، ۱۳۸۱: ۶۲). به طور کلی در حقوق مصر (بر خلاف حقوق ایران) پس از مدتی این نوع نهادها از قوانین حذف گردید و مبنای آن، نظرات و متون فقهی عنوان گردیده و باطل اعلام شده است چرا که دلیل اصلی این موضوع که حقوقدانان مصری نیز بر آن صحه نهاده‌اند، آن است که مشتری مالک مبیع نمی‌شود، باید آن را رد نماید و بایع بدون رعایت مدت حق استرداد، حق مطالبه‌ی مبیع را دارد و این موضوع در فقه حنفی هم به عنوان معامله ربوی شناخته شده است (طلباطبایی، ۱۳۸۹: ۲۱۸). در ذیل به بررسی مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه، حقوق ایران و مصر به طور مجزا پرداخته می‌شود.

۲ مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه و حقوق ایران

از جمله مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه و حقوق ایران را می‌توان آزادی اراده، غلبه معامله با حق استرداد، اجرای عدالت، نظم عمومی، قاعده لاضرر، اصل عدم سوءاستفاده از حق و تعلیقی بودن بر مبنای شرط فاسخ عنوان داشت. در راستای ارائه مبانی حاکم بر این دو موضوع (معامله با حق استرداد و بیع شرط) هر چند نظرات مختلفی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است ولیکن آنچه نگارندگان به دنبال تبیین آن بوده‌اند بر اساس مطالعه قوانین مختلف همچون قانون مدنی و قانون ثبت بوده و رویه قضایی حاکم نیز مورد نظر بوده، به گونه‌ای که در پیشگفتار مقاله پیش رو به نمونه‌ای از نظریه مشورتی اشاره گردید و از جهاتی نیز قاعده فقهی لاضرر نیز با توجه به اینکه متخذ از حدیث نبوی بوده و حقوق طرفین را در نظر دارد و هیچگونه ورود ضرر به طرفین را نمی‌پذیرد و دلایل متقنی در این خصوص ارائه گردیده، از این جهت به تفکیک به همه مبانی حاکم پرداخته خواهد شد (زنجانی، ۱۳۹۰: ۱۲۵).

۲/۱ آزادی اراده

معامله با حق استرداد و بیع شرط با وجود اراده محقق می‌شود و از این رو اراده به عنوان مبنا و رکن مهم این نوع معاملات و بیع تلقی می‌گردد اما منظور از اراده و ماهیت آن در خصوص بیع شرط چگونه ارزیابی می‌گردد؟ با توجه به اینکه، عقد بیع، قرارداد یا عقدی است که به موجب آن شخصی، مالی را در ازای مال به شخص دیگری واگذار کند به نحوی که مالک مال (فروشنده)، مالکیت کالای خود را در مقابل پول یا مالی که دریافت می‌کند به طرف مقابل (خریدار) انتقال دهد و طرف نیز در مقابل دریافت کالا، پول یا مال خود را به فروشنده بدهد. عقد بیع به محض انشای اراده‌ی طرفین تشکیل دهنده‌ی آن، یعنی بایع و مشتری، تحقق می‌یابد و

دارای اثر حقوقی می‌شود. بیع که به معنای خرید و فروش و داد و ستد می‌باشد و در اصطلاح فقهی ایجاب و قبولی است که بر نقل ملک در مقابل عوض معلوم و معین دلالت می‌کند و اراده نقش بسیار مهمی در ایجاب و قبول دارد از این جهت معامله با حق استرداد و یا بیع شرط بر مبنای آزادی اراده شکل می‌گیرد و این مبنا، ریشه‌ای فقهی دارد و در این خصوص باید عنوان داشت که اراده حقیقی مبنای حق استرداد و بیع شرط نیست ولی از ارکان ضروری است و به همین دلیل در حقوق ثبت، بیع شرط را رهن ثبتی عنوان نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۷۰). به طور کلی مبنای معامله با حق استرداد و بیع شرط، حاکمیت اراده می‌باشد و شرط فسخ در قرارداد بیعی تأثیر می‌گذارد که قابلیت انحلال با اراده را دارا باشد و عقدی که به اختیار و اراده احدی از دو طرف قرارداد یا عقد و یا در نتیجه‌ی تراضی قابل انحلال نباشد با بیع شرط یا شرط خیار نیز برهم نمی‌خورد و از این جهت است که وجود اراده، علی‌رغم شرط بودن به عنوان مبنا نیز قرار گرفته است. مبنای آزادی اراده در معامله با حق استرداد و بیع شرط نیز بر گرفته از آیه «اوفوا بالعقود» و احادیثی است که در این زمینه مورد مطالعه قرار گرفته و خود نیز مبنای بیع شرط و معامله با حق استرداد قرار داده شده است (طالب احمدی، ۱۳۹۸: ۲۱۸).

از مبنای مذکور، چنین استنتاج می‌گردد که، اراده حاکم در جهت ایجاد تعهد نیازمند به اشکال و لفظ خاصی ندارد و چنانچه به طور روشن عنوان نشده باشد، دادرس باید آن را از مقررات قانونی برداشت نماید و مبنای حل اختلاف قرار دهد: به این مفهوم که، در هر صورت واقعه حقوقی را چنان تفسیر نماید که با اراده حقیقی با مفروض طرفین همخوانی داشته باشد و به افسانه، زیرا شخص فقط به اراده خویش متعهد می‌گردد، تأثیر قرارداد محدود به طرفین آن است و هیچ گاه به اشخاص ثالث تجاوز نمی‌کند؛ چرا که حق ایجاد نمی‌کند و تکلیفی به بار نمی‌آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۴) قانون مقدم بر قرارداد است. هدف اصلی قانون که نقشه‌ای از اراده

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 قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن». مستفاد از مقرر ی مذکور می توان عنوان نمود که معامله با حق استرداد در شرایطی که مقنن بیان داشته است در قراردادهای فی مابین فروشنده و خریدار محقق می گردد و با توجه به این موضوع معامله با حق استرداد بر معاملات طرفین غلبه دارد. از این جهت می توان عنوان داشت که مبنای دیگر معامله با حق استرداد و بیع شرط غلبگی اراده و قرارداد خصوصی طرفین است (کاشانی، ۱۳۸۷: ۱۱۸).

برخی نویسندگان حقوقی عنوان داشته اند که در حقوق کنونی، بیع شرط از اقسام معاملات با حق استرداد است و بدون توجه به احکام قانون ثبت به ویژه ماده ۳۳ آن نمی توان از آثار آن سخنی به میان آورد. مقنن بر مبنای غلبه معامله با حق استرداد، این معامله را تملیکی نمی شناسد. به این مفهوم که، در غالب این گونه معاملات، هدف وام دادن و اخذ وثیقه است نه تملیک واقعی یا حقیقی. بنابراین، از روش تعمیم حکم غالب بر کلیه معاملات با حق استرداد می توان این معاملات را از سنخ معاملات رهنی عنوان داشت (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۵۰-۱۵۷).

البته لازم به ذکر است که معامله با حق استرداد مندرج در قانون ثبت و بیع شرط مندرج در قانون مدنی دارای تفاوت ها و تشابهاتی است. برای مثال در خصوص بیع شرط، (برخلاف تأسیس حاکم بر قانون ثبت)، ملکیت مبیع به خریدار انتقال می یابد و مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی اگر فروشنده در زمان مقرر، ثمن را باز نگرداند، بیع قطعی می شود؛ اگر چه این ماده با قانون ثبت اصلاح شده است. در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید. برابر ماده ۴۶۳ قانون مدنی اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن معامله جاری نخواهد بود. به دلیل

عمومی می باشد، در این تلخیص می گردد که گفته های طرفین عقد را تکمیل نماید و رضایت مفروض طرفین را تفسیر نماید. بنابراین، جز در موضوعات خاص که نظم عمومی در خطر می باشد، قانون امری نمی باشد و چهره تکمیلی را داراست. این موارد نیز باید در قانون تصریح گردد، چرا که تنها اراده عمومی می باشد که می تواند آزادی اراده شخص را به طور ویژه محدود نماید. نیاز به ذکر است که اشتباه طرفداران نظریه حاکمیت اراده در آن است که در نظر خود، اشخاص آزادی را در خارج از جامعه تصور نموده اند، بعد با تجمیع آنان، اجتماعی ترسناک درست کرده اند؛ جامعه ای که جز بر مبنای تعهدات خصوصی شکل نمی گیرد و مبنای آن درخواست اشخاصی است که از آزادی قبلی خویش گذشته و به شرایط زندگی جدید تن می دهند. از سویی نمی توان مدعی بود که در شرایط ایده آل نیز هرگز مداخله دادرس در جهت اجرای عدالت، ضروری نیست (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۵۳۴).

ماده ۴۶۳ قانون مدنی، بیع شرطی که احراز شود، قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است و شامل احکام بیع نمی داند و از جهاتی دیگر تبصره «۱» ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک عنوان می دارد: «کلیه معاملات با حق استرداد، ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود، اعم از اینکه معامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد، اشخاص ثالثی را به ای نحو کان مداخله داده باشند». از نظر ماده مذکور، آنچه مهم است اراده باطنی و قصد واقعی انشاء کنندگان به عنوان مبنای این نوع معاملات تلقی می گردد (جوانمردی، ۱۳۸۰: ۵۲).

۲،۲ غلبه معامله با حق استرداد

با توجه به ماده ۴۵۸ قانون مدنی که عنوان داشته است: «در عقد بیع، متعاملین می توانند 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 می توانند شرط کنند

نظریه مزبور، به جای تکیه بر اجتماع شناسی و ضرورت‌های اجتماعی، بر روانشناسی حقوقی اشخاص توجه گردیده است تا اهداف و ریشه تعهد در قوانین و رویه‌های قضایی واضح گردد. بنابراین، با توجه به اینکه نظریه شناس (ریپر) اخلاق اسلامی و مذهبی را بر اخلاق اجتماعی ترجیح می‌دهد، قضاوت‌های اخلاقی به سود عموم بیشتر است و عدالت نیز حکم می‌نماید که منفعت کم‌تر، قربانی منفعت بیشتر شود. بنابراین، می‌توان عنوان نمود «روانشناسی حقوقی» ریپر نظر تعدیل‌یافته‌ای است که از افراط و تفریط‌های فردگرایان و جامعه شناسان به دور مانده و تا اندازه بیشتری با حقیقت‌ها تطبیق می‌نماید، ولیکن، با اولویت قرار دادن ترجیح دادن اخلاق مذهبی بر سایر نیروهای سازنده حقوق خویش نیز به افراط نزدیک‌تر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۸). در نتیجه می‌بایست به این نکته اشاره داشت که مبنای مقنن در قانون مدنی و قانون ثبت به تنهایی موضوع غلبه و سایر مبنای پیش گفته نبوده و انگیزه اصلی، پیشگیری از ظلم کردن سرمایه داران رباخوار می‌باشد که خواستارند با تمهیداتی، ملک نیازمندان را با مبلغی بی ارزش و معادل آنچه قرض داده اند تصاحب نمایند. به عبارتی دیگر، مبنای اصلی این موضوع، اجرای عدالتی است که برقرار کننده نظم عمومی باشد و با آن در ارتباط باشد و نمی‌بایست چنین تلقی نمود که الغاء اثر تملیکی «بیع شرط» نوعی اماره تقنینی و بر اساس ظاهر بوده و با اثبات خلاف آن (قصد واقعی تملیک) محکمه حکم به انتقال مالکیت می‌نماید و از این جهت مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت به روش قاعده ماهوی تقنین گردیده است و دیگر رابطه‌ای با ظاهر نداشته تا خلاف آن قابل اثبات عنوان گردد (طالب احمدی، ۱۳۹۹: ۷۲).

۲،۴ نظم عمومی

یکی دیگر از مبنای که می‌توان در خصوص معامله با حق استرداد و بیع شرط عنوان داشت، نظم عمومی است که به تشریح آن خواهیم پرداخت؛ در مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آئین

این‌که از بیع شرط بیشتر برای قرض گرفتن استفاده می‌شد یعنی خریدار، قرض‌دهنده و فروشنده، قرض‌گیرنده بود و در صورتی که قرض‌گیرنده (فروشنده) نمی‌توانست پولی را که قرض‌دهنده (خریدار) پرداخته است را در مدت معین پس بدهد؛ بیع قطعی می‌شد (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۲۳).

هم اکنون مطابق ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک (نسبت به املاکی که... با حق استرداد... انتقال داده شده است... حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است... تبصره ۱: «کلیه معاملات با حق استرداد... مشمول مقررات راجع به معاملات با حق استرداد خواهد بود...») و مطابق با ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک (در صورتی که بدهکار بدهی خود را نپردازد طلبکار می‌تواند درخواست صدور اجراییه نماید). قانون ثبت اسناد و املاک بیع شرط را به عنوان معامله با حق استرداد محسوب کرده است و در نتیجه مالکیت مبیع به خریدار انتقال پیدا نمی‌کند حتی اگر مال در تصرف او باشد. بنابراین خریدار در بیع شرطی مانند طلبکار با وثیقه است یعنی وثیقه طلب او مبیع است و او برای گرفتن طلبش تنها می‌تواند آن مال را بفروشد. (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۳۱) لازم به ذکر است که مطابق رویه حاکم بر محاکم، مطابق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد، مشتری را در بیع خیار نمی‌توان مالک تلقی کرد. مقررات مواد ۳۵ و ۳۶ قانون ثبت اسناد و املاک، انحراف قصد بایع از حقیقت بیع را به صورت یک فرض قانونی در آورده است و در ماده ۳۴ قانون مذکور، وضع خریدار مانند وضع طلبکار رهنی است با این تفاوت که تا زمان اجرای خیار مالک منافع است (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۶۲).

۲،۳ اجرای عدالت

معامله با حق استرداد و بیع شرط در اجرای قراردادها، به عدالت نزدیک تر است. آزادی اراده اولین مبنای اجرای قرارداد است. اراده شخص سهم خاصی در تشکیل و انحلال تعهدات و معاملات را دارا می‌باشد و مقررات قانونی هیچ وقت اصول اخلاقی و منافع عموم را قربانی اراده اشخاص نمی‌نماید. در

دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب (مصوب فروردین ۱۳۷۹) از نظم عمومی نام برده شده است. در همه تعاریفی که از نظم عمومی به عمل آمده ارتباط نظم عمومی با منافع جامعه به چشم می خورد. قراردادهای خصوصی تا آنجا اعتبار دارند که به نظم عمومی آسیبی وارد نیاورند و این مهم، شامل معامله با حق استرداد و بیع شرط نیز می گردد. نظم عمومی نه تنها در حقوق عمومی بلکه در حقوق خصوصی نیز سرایت دارد و از جمله در زمینه های قضایی، سیاسی و اداری، شغلی، احوال شخصیه، امور خانوادگی، اقتصادی، آزادی و شخصیت انسان و نظائر آن دیده می شود. مثلاً اصول آئین دادرسی، صلاحیت ذاتی محاکم، قواعد عمومی مربوط به ادله اثبات دعوی، دادخواهی در مراجع قضایی و نظائر اینها جزو نظم عمومی هستند و با قراردادهای خصوصی نمی توان آنها را تغییر داد، کسی نمی تواند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را از خود سلب کند یا تعهد کند که به شخص خاصی رأی دهد یا ندهد، مأموران دولت حق تفویض مناصب عمومی خود را به دیگری ندارند. صاحبان بعضی از مشاغل مثل وکالت دادگستری یا داروسازی یا پزشکی نمی توانند اشخاص فاقد صلاحیت را در این مشاغل شریک کنند (کنعانی و فرحزادی، ۱۳۹۱: ۵۷). در نتیجه مبانی اصلی وضع مقرراتی چون مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، اجرای عدالت است که با نظم عمومی در ارتباط است. به همین دلیل است که مقنن در ماده ۳۹ قانون ثبت چنین مقرر داشته که: «حقوقی که در مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۷ و ۳۸ برای انتقال دهنده مقرر است قبل از انقضای مدت حق استرداد، قابل اسقاط نیست. هر قرارداد مخالف این ترتیب باطل و کان لم یکن خواهد بود، خواه قبل از این قانون باشد، خواه بعد و اعم از این که به موجب سند رسمی باشد یا غیررسمی» (جوانمردی، ۱۳۸۰: ۵۴).

۲٫۵ قاعده لاضرر

یکی از مهمترین مبانی فقهی که در راستای معامله با حق استرداد و بیع شرط مورد توجه قرار گرفته

قاعده لاضرر است. در راستای این مبنا و شرط است که معامله با حق استرداد و بیع شرط محقق می گردد. مطابق این قاعده نه فروشنده و نه خریدار نمی توانند ضرری را به یکدیگر وارد نمایند. اما لاضرر در این گونه معامله و بیع به چه مفهومی است و آیا ریشه ای فقهی دارد یا خیر؟ در آیه ۲۸۴ سوره بقره بیان شده است: «و لا یضار کاتب و لا شهید» چنانچه کاتب و شهید، نایب فاعل باشند. معنی و تفسیر این آیه با موردی که فاعل باشند تفاوت دارد با این توضیح که در صورت اول، معنی آیه این است که به کاتب و شاهد بخاطر سندی که برای دین عنوان داشته اند، همچنین ادای شهادتی که در این خصوص نموده اند، نباید ضرر وارد نمود و در صورت دوم، یعنی اگر کاتب و شهید فاعل آن باشند، معنی آیه این است که کاتب دین و شاهد نباید چیزی را که ندیده شهادت دهد. از این جهت استدلالات موجود در خصوص قاعده لاضرر، همگی اخباری می باشد که در این باب مطرح گردیده اند؛ دلیل این موضع، منابع موجود در خصوص قاعده لاضرر (همچون اکثر ابواب فقه) همچون سنت می باشد، این حقیقت دارد که سنت، بیانگر تبیین قرآن در عمل می باشد (بادینی، ۱۳۹۸: ۴۸). با توجه به اینکه پیامبر (ص) پس از هجرت به مدینه به تشکیل حکومت اقدام نمودند، احکام اسلامی که مرتبط به معاملات و روابط مالی، سیاسی و اجتماعی مردم است در حقیقت به وسیله پیامبر (ص) برنامه ریزی و مدیریت شده است. علی هذا، منبع سنت در شاکله حقوق اسلامی، جایگاه مهمی خواهد داشت (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۱۵).

النهاییه آنکه بیع شرط عبارت است از معامله ای که در آن برای فروشنده در زمانی مشخص در صورت باز پس دادن ثمن کالا به خریدار، حقّ خيار، شرط می شود، همچون آنکه فروشنده منزل مسکونی هزار تومانی را به دویست تومان می فروشد و با خریدار توافق نماید چنانچه ظرف یک سال پس از معامله، مبلغ منزل مسکونی را به وی برگرداند حقّ فسخ معامله را خواهد داشت و در اثنای این معامله و

برنمی‌تابد؛ چرا که به حکم عقل و منطق، توازن و تعادل حقوق انسان‌ها و میزان بهره‌مندی آن، بهترین راه هم‌گرایی و نیل به عدالت مورد انتظار است. از این روست که قانونگذار در قانون ثبت با پیش‌بینی دو ماده ۳۳ و ۳۴ اقدام به پیشگیری از سوء استفاده‌هایی نموده که سابقاً از طریق بیع شرط (مندرج در قانون مدنی) توسط متعاقدين قرارداده‌ها به عمل می‌آمده است. (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۷۲) با این حال، قلمرو استفاده از حق، همیشه محل مناقشه بوده است و هر از گاهی، شاهد شکل‌گیری تصمیمات قانونی متفاوت در این حوزه مهم از مسئولیت مدنی هستیم. با تدقیق در ماهیت سوءاستفاده از حق در حقوق ایران می‌توان عنوان نمود که معیار دقیقی در راستای شناسایی سوءاستفاده از حق در حقوق ایران وجود ندارد و تنها معیار ضرر را ملاک قرار داده‌اند. لذا در سوء استفاده از حق به سوء نیت فروشنده یا خریدار نیز استناد می‌شود (وانل، ۱۳۷۵: ۱۶۵). در این دیدگاه، سوء استفاده از حق به رفتار با سوءنیتی تعبیر می‌شود که به موجب آن یک طرف معامله، حق خود را تنها برای وارد کردن زیان به دیگری اجرا می‌کند یا حق مزبور را برای مقصودی به اجرا در می‌آورد که اعطای آن برای مقصود مزبور نبوده است یا هنگامی که اجرای یک حق متناسب با نتیجه‌ای که در ابتدا برای آن در نظر گرفته شده، نمی‌باشد (طالب احمدی، ۱۳۹۸: ۲۹۹). به این مفهوم که سوءاستفاده از حق، سوءنیت را هم به همراه دارد و اصل مزبور، می‌تواند با قاعده حسن نیت مورد بررسی قرار گیرد.

ممکن است با الزام دو طرف به داشتن حسن نیت در دوره پیش قراردادی، استناد به نظریه «سوء استفاده از حق» بی‌فایده به نظر آید و تصور شود اصل حسن نیت ما را به همان نتایجی می‌رساند که به کارگیری نظریه «سوء استفاده از حق» خواهد رسانید، ولی با تأمل بیشتر، تفاوت‌ها معلوم می‌گردد: معیار داشتن حسن نیت به کارگیری مفاهیمی مانند راستی، درستکاری و امانت است، در حالی که معیار سنجش سوء استفاده از حق، قصد زیان رساندن به دیگران است. برابر با نظریه «سوء

قرارداد، فروشنده نمی‌تواند به قصد اضرار به خریدار، اقدامی نامتعارف را تدارک ببیند، از این روست که قاعده لاضرر بر آن است در جهت حمایت از طرفین برآید و هرگونه اضراری را محکوم به جبران کند، البته قاعده حسن نیت نیز به عنوان یکی دیگر از مبانی فرعی این موضوع می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد که به علت اطاله مطالب از بررسی آن ناگزیریم ولیکن اصل عدم سوء استفاده از حق که ارتباط نزدیکی با قاعده مذکور و قاعده لاضرر دارد را ذیلاً مورد مطالعه قرار می‌دهیم (کاشانی، ۱۳۸۹: ۴۸).

در راستای مبنای قاعده لاضرر می‌توان به حکم شماره ۱۳۴۴ مورخ ۱۳۷۱/۰۶/۱۶ که عنوان شده در صورتی که بنای متعاملین بر این باشد که **مبیع** تا زمان استرداد **ثمن** در تصرف مشتری باشد و در عوض وجهی که داده است از منافع ملک استفاده نماید در این نحو معامله، معمول و متعارف آن است که تا موقع فک مبیع و رد ثمن مورد مبیع استفاده مشتری (بلاجهت) و ثمن در دست بایع (بدون منفعت) باشد و مدلول مواد ۳۳ و **۳۴ قانون ثبت** راجع به **خسارت تأخیر تأدیه** با ملاحظه قرائن مندرجه از قبیل قید **(اجرت المسمی)** و غیره منصرف از این مورد بوده و ناظر به مواردی است که بنای متعاملین بر استفاده مشتری از وجه باشد نه از عین مبیع. با تدقیق در حکم مذکور می‌توان عنوان داشت که خسارت تأخیر تأدیه مطابق مدلول ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، در زمانی که مشتری از وجه استفاده نماید امکان پذیر است (شهیدی، ۱۳۸۱: ۷۲).

۲٫۶ اصل عدم سوء استفاده از حق

در جریان معامله با حق استرداد و بیع شرط، چنانچه فروشنده از حق فسخ خود سوءاستفاده نمایند، در این حالت هر یک که ضرری وارد نموده، ملزم به جبران خسارت خواهد بود. ماهیت سوءاستفاده از حق در حقوق ایران را می‌توان مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده لاضرر مورد تطابق قرار داد. زیاده‌خواهی در اجرای حق، نه فقط از نظر اخلاق نکوهیده است، بلکه علم حقوق نیز به‌صراحت آن را

استفاده از حق» هنگامی که شخصی بخواهد حق خود را اجرا کند باید از زیان رساندن به دیگران بپرهیزد، در حالی که در داشتن حسن نیت لزوماً حقی به مورد اجرا گذاشته نمی شود و به دشواری می توان ادعا کرد کسی که قصد اضرار ندارد و تنها در پی سودی است که فرصت ها و اتفاق به او رسانیده سوء استفاده از حق می کند (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۱۸). اهداف اصل حسن نیت و نظریه «سوء استفاده از حق» نیز متفاوتند؛ زیرا اصل حسن نیت به منظور جلوگیری از نیرنگ و گمراهی وضع شده، در حالی که هدف نظریه «سوء استفاده از حق» جلوگیری از زیان رساندن به دیگران است. تفاوت دیگر در جبران های در دسترس خواهان دیده می شود (شهبازی، ۱۳۹۳: ۳۲۶). با استناد به اصل حسن نیت، حکم به جبران زیان داده می شود، در حالی که به استناد نظریه «سوء استفاده از حق» می توان از اجرای حقی که به موجب زیان دیگران می شود جلوگیری کرد (احمدی، ۱۳۹۸، ۴۰۶). به طور کلی معامله با حق استرداد و بیع شرط در شرایط سوء استفاده طرفین از حق خود به ویژه برای فروشنده از بین خواهد رفت. البته نباید غافل شد که تأسیس نهاد معامله با حق استرداد که ابداع قانون ثبت است و مستقل از نهادهایی چون بیع شرط در قانون مدنی است، باعث شده تا رباخواران و سوء استفاده کنندگان از بیع شرط دیگر از چنگال قانون در امان نباشند و این امر موجب پیشگیری از سوء استفاده های احتمالی شده است (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۶۴).

۲،۷ تعلیقی بودن بر مبنای شرط فاسخ

شرط فاسخ ریشه در بحث موردی بیع شرط دارد. در فقه این بحث، همانطور که در منابع فقهی به تفصیل ذکر می شود، در قالب تأسیس «بیع شرط» مطرح شده و آن شرط فسخ در ضمن عقد بیع است که حقّ خیار برای فروشنده در ضمن عقد شرط می شود و البته تحقق آن منوط به ردّ ثمن است (شهیدی، ۱۴۰۱: ۷۲). تفاوت این شرط با خیار شرط آن است حقّ فسخ در خیار شرط یک حق منجز و بی قید و شرط است. اما خیار فسخ در بیع شرط

حقی معلق بر ردّ ثمن است. از این روی، تحلیل ماهیت این تعلیق و تعمیم آن به سایر وقایع از جمله تخلف شرط و اختلاط آن با میحث خیار تخلف شرط (خیار الاشتراط) ساختمان حقوقی پیچیده ای را به وجود آورده است (بحرانی، ۱۳۶۵: ۱۲۵). اغلب حقوقدانان از تعلیق در انفساخ عقد به عنوان «شرط فاسخ» یاد کرده اند. به نظر می رسد این تعبیر درست نیست و تعلیق و شرط را نباید با هم اشتباه نمود. هر چند گاهی به تعلیق، شرط و به عقد معلق عقد مشروط عقد مشروط به معنی اعم گفته می شود؛ ولی باید گفت که بین این دو واژه تفاوت اساسی وجود دارد. تعلیق موکول و وابسته کردن عقد به امر دیگری است، به طوری که براساس نظر برخی حقوقدانان پیش از تحقق امر معلق علیه، ماهیت عقد و آثار عقد بوجود نمی آید (اسدی نژاد و بهارلو قره بلطاقی، ۱۳۹۰: ۱۷). شرط فاسخ ریشه در بحث موردی بیع شرط دارد. با این وجود می توان به چنین نتیجه گیری دست یافت که امروزه، شرط فاسخ، یکی از نهادهای انحلال قرارداد، دانسته می شود. شرط فاسخ، عبارت است از این که دو طرف قرارداد، به هنگام انعقاد آن، شرط می نهند که قرارداد مذکور، به صرف تحقق امری معین در آینده، بدون نیاز به انشای فسخ خود به خود، منفسخ گردد؛ مثلاً در عقد اجاره ای شرط می نهند که اگر محل مأموریت مستأجر تغییر یابد، عقد اجاره، قهراً منفسخ است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۶۵). با این وجود و با توجه به تعاریفی که ارائه گردید، مشخص می گردد که شرط فسخ با شرط فاسخ متفاوت است و آنچه که ملاک نظر در مقاله حاضر می باشد، شرط فسخ می باشد.

همانگونه که طرفین عقد ممکن است اثر عقد را موکول بر شرطی در آینده نمایند، انحلال عقد و از بین بردن تعهد نیز گاهی معلق به وقوع حادثه ای در آینده می شود. چنین شرطی را می توان شرط فاسخ نامید. در قراردادی که شرط فاسخ آمده است، در اثر تراضی، تعهد به طور منجز ایجاد می شود ولی تحقق شرط، آن را خود به خود از بین می برد. از نظر

به این تعریف، فقها و حقوقدانان مصری عنوان می دارند که در بیع شرط، انجام این التزام شرط می شود که این موضوع عقلاً و شرعاً صحیح نیست (سنهوی، ۱۳۹۶: ۱۴۳).

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» و پس از این تعاریفات، ماهیت ایفای تعهد در حقوق کشور مصر و با توجه به مورد تأیید بودن نظر دکتر عبدالرزاق سنهوی که مورد توجه تمام نویسندگان مصر قرار گرفته و در تمام تحقیقاتی که مربوط به کشور مصر می باشد از نظر ایشان در حقوق مصر همچنان که ایشان به آن اشاره نموده است، ماهیت ایفای تعهد را توافق یا قراردادی می دانند که باعث به پایان رسیدن تعهد یا توافق می شود و «قبض موضوع تعهد در هر حال نشانه رضایت متعهد له و حاکمی از قبول او به ایجابی است که از ناحیه متعهد واقع شده است». البته این نظر را با توجه به قسمت دوم از فصل یکم بخش یکم قانون مدنی مصر که عنوان آثار عقد را دارد به وضوح می توان بدست آورد، چرا که نوعی تغییر در عقدی که بین متعاقدين به وقوع پیوسته و باید اجرا شود. در ماده ۱۴۷ قانون مدنی با این مضمون آمده است: «۱- عقد، حقوق بین متعاقدين است. می توان آن را با توافق طرفین یا به جهات مقرر قانون، نقض یا تعدیل کرد». مجاز دانسته شده است و این بیانگر اعلام قانونگذار مصری مبنی بر اینکه متعاقدين عقد در زمان اجرا نیز می توانند یک عقد دیگری که نشأت گرفته از عقد اولیه می باشد را تشکیل دهند که موضوع آن کمتر یا ناقص تر از تراضی اولیه باشد. همچنان که در ماده ۳۴۶ قانون مدنی مصر در مقام تأدیه می خوانیم «تأدیه باید به مجردی که تعهد به طور نهایی بر ذمه مدیون قرار گرفته است، صورت گیرد مگر اینکه توافق یا قانون، خلاف آن را مقرر کرده باشد». اما موضوعی که با حقوق کشورمان شباهت دارد موضوع ایفای یک طرفه متعهد می

تحلیلی بین ساختمان شروط تعلیقی و فاسخ، هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا در مورد اخیر اثر تراضی در شروط تعلیقی و فاسخ، هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا در مورد اخیر اثر تراضی در شروط تعلیقی ایجاد دین و در شروط فاسخ، انحلال و سقوط آن است. پس تمام مباحثی که درباره آثار شروط تعلیقی عنوان می شود، در شرط فاسخ نیز پیش می آید (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۱۷). شرط فاسخ ریشه در بحث موردی بیع شرط دارد. با این وجود می توان به چنین نتیجه گیری دست یافت که امروزه، شرط فاسخ، یکی از نهادهای انحلال قرارداد، دانسته می شود. شرط فاسخ، عبارت است از این که دو طرف قرارداد، به هنگام انعقاد آن، شرط می نهند که قرارداد مذکور، به صرف تحقق امری معین در آینده، بدون نیاز به انشای فسخ خود به خود، منفسخ گردد؛ مثلاً در عقد اجاره ای شرط می نهند که اگر محل مأموریت مستأجر تغییر یابد، عقد اجاره، قهراً منفسخ است (سنهوی، ۱۳۹۱: ۶۸). با این وجود و با توجه به تعاریفی که ارائه گردید، مشخص می گردد که شرط فسخ با شرط فاسخ متفاوت است و آنچه که ملاک نظر در مقاله حاضر می باشد، شرط فسخ می باشد.

۳ مبانی حاکم بر معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه و حقوق مصر

در حقوق مصر، تعهدات در باب التزام مطرح است و بیع شرط و حق استرداد، جایگاهی در حقوق این کشور ندارد، اما مبنای اینگونه تعهدات را می توان 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. التزام که معرب تعهد می باشد در بر گیرنده انجام کاری، دادن شیئی و امتناع از آن معنی شده است و حتی ایفای شی را چنین نوشته اند که: «فالاتزام باعطاء شیء هو عبارة عن نقل ملكية الشيء او تقرير حق عيني عليه، و ليس التسليم الا اثرا من آثار انتقال الملكية» با توجه

باشد که باعث شده در حقوق مصر «بعضی از طرفداران نظریه عقد بودن وفای به عهد در صورت امتناع طلبکار از پذیرفتن موضوع مورد تعهد، ادای دین را نوعی ایقاع بدانند. به نظر دکتر سنهوری در این گونه موارد ایفاء دین فقط با اراده متعهد و از طریق ایداع مورد تعهد صورت می گیرد».

(جوانمردی، ۱۳۸۰: ۴۷)

البته برای نظریه عقد بودن آثاری از سوی یکی از محققین پس از اینکه بیان می نمایند که «عقد بودن وفای به عهد زمانی بیشتر نمایان می شود که میان طرفین در صحت آن اختلاف پیش آید» ارائه شده است که به شرح ذیل می باشد: «الف) میان موفی و موفی له باید تراضی به وفای به عهد وجود داشته باشد. (طوسی، ۱۳۸۶: ۷۶) ب) این تراضی و توافق باید از کسانی صادر شود که اهلیت قانونی برای معامله داشته باشند. ج) هر یک از طرفین باید خالی از عیوب اراده، مثل غلط، اکراه و اشتباه باشند. د) وفا نیز مانند هر تصرف قانونی دیگر دارای محل و سبب است محل آن همان دینی است که باید پرداخت شود و سبب آن قضای دین است. (صالحی، ۱۳۶۷: ۵۲) ه) چون وفای به عهد تصرف قانونی است قواعد عمومی حاکم در اثبات تصرفات قانونی بر آن حاکم است یعنی اثبات وفای به عهد بر عهده مدیون است.» به طور کلی در حقوق مصر مبنای اکثر قراردادهای و تعهدات و معاملات، وفای به عهد و اراده است و از این جهت بیع شرط و معامله با حق استرداد در این کشور، با توجه به صوری بودن، مملک نمی باشد. (طالب احمدی، ۱۳۹۸: ۲۳۶) به طور کلی در معامله با حق استرداد و بیع شرط در حقوق ایران و مصر آثاری نیز حاکم است. از آنجا که مطابق آرای وحدت رویه اصداری از سوی دیوان عالی کشور نیز، عنوان گردیده که بیع شرط، به وسیله خریدار، ایجاد مالکیت نمی نماید و خریدار، مالک آن محسوب نخواهد شد؛ ولیکن بیع شرط یا همان معامله با حق استرداد، این اثر را داراست که منافع مال، تا موعد استرداد ملک، به خریدار تعلق خواهد گرفت. به همین دلیل است که بر اساس ماده ۴۶۰

قانون مدنی، یکی از آثار بیع شرط این است که خریدار، در مهلت شرط، نمی تواند تصرفاتی در مبیع نماید که با حق فسخ فروشنده منافات داشته باشد. (طباطبایی، ۱۳۸۹: ۲۹۹) مثلاً خریدار، نمی تواند ملک خریداری شده به بیع شرط را به دیگری بفروشد، یا آن را تخریب کرده و به نحوی از بین ببرد. یکی دیگر از آثار بیع شرط، این است که چون از لحظه عقد بیع شرطی، مالکیت آن مال (هر چند به صورت متزلزل) به خریدار انتقال پیدا کرده است، منافع حاصله از آن مال، به خریدار تعلق داشته است. در واقع، از لحظه عقد بیع شرط تا زمانی که فروشنده آن را فسخ کند، هر منفعتی که متعلق به مال خریداری شده بوده، مال خریدار است. مثلاً اگر باغ میوه ای با بیع شرطی به دیگری فروخته شده، میوه های آن، تا زمان فسخ بیع، متعلق به خریدار است. (زنجانی، ۱۳۹۰: ۱۳۵)

در مورد ماهیت بیع شرط در حقوق مصر، بسیاری از فقهای متأخر چنین عنوان داشته اند که این بیع، عقد نوینی است که به گونه مطلق نه بیع صحیح است و نه بیع فاسد بوده و نه از تمام جهات، رهن است؛ بلکه دارای ماهیت چندگانه می باشد. از یک نظر همانند بیع صحیح است؛ چون مشتری می تواند 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 نمی تواند مبیع را به دیگری انتقال دهد (مبلغی، ۱۳۹۳: ۵۳). انتقاد مهمی که در حقوق مصر، مطرح شده در مورد بیع شرط، شرط «استرداد مبیع با رد ثمن» است. ادعا می شود این شرط مخالف مقتضای عقد است، به همین دلیل سبب فساد عقد می شود. به باور طرفداران این دلیل، اقتضای عقد بیع، استقرار دوام مالکیت است اما در بیع شرط مالکیت استقرار ندارد. به طور کلی در خصوص قلمرو فقهی و تقنینی بیع شرط و معامله با حق استرداد می توان عنوان داشت که در خصوص ماهیت آن در مصر اختلاف نظر وجود دارد و برخی

۴ نتیجه گیری

در حقوق ایران و فقه امامیه، معامله با حق استرداد و بیع شرط مورد پذیرش قرار گرفته ولیکن فقها و حقوقدانان مصری بر این عقیده اند که به علت صوری بودن این موضوع، بیع شرط و معامله با حق استرداد مملک نیست. معاملات با حق استرداد که در قانون ثبت سال ۱۳۱۰ در راستای معاملاتی همچون بیع شرط که در خصوص آن سوءاستفاده گردیده تقنین شده و آثار تملیکی را از این نوع معاملات سلب کرده و از جهاتی بیع شرط در حقوق ایران، به بیعی اطلاق می گردد که در آن شرط می شود هرگاه فروشنده در مدت زمان مشخص، به طور کلی یا جزئی از ثمن را به خریدار تحویل دهد، حق فسخ معامله را نسبت به تمام یا قسمتی از مبیع خواهد داشت و البته هرگاه به این که برای فسخ، تمام ثمن می بایست داده شود یا بخشی از آن اشاره نشده باشد، خيار فسخ تنها با دادن تمام ثمن قابل اعمال خواهد بود و از این رو بر این نوع معامله مبنای فقهی و حقوقی در هر دو حقوق نوشته ایران و مصر حاکم می باشد.

معامله با حق استرداد در شرایطی که مقنن بیان داشته است در قراردادهای فی مابین فروشنده و خریدار محقق می گردد و با توجه به این موضوع معامله با حق استرداد بر معاملات طرفین غلبه دارد و می توان عنوان داشت، مبنای دیگر معامله با حق استرداد و بیع شرط، غلبگی اراده و قرارداد خصوصی طرفین است. از جهاتی مطابق مبنای فقهی و حقوقی قاعده لاضرر، نباید هیچگونه ضرری به طرفین وارد گردد و در راستای این مبنا و شرط است که معامله با حق استرداد و بیع شرط محقق می گردد. مطابق این قاعده نه فروشنده و نه خریدار نمی توانند ضرری را به یکدیگر وارد نمایند. در جریان معامله با حق استرداد و بیع شرط، چنانچه فروشنده و یا خریدار از حق فسخ خود سوء استفاده نمایند، در این حالت هر یک که ضرری وارد نموده، ملزم به جبران خسارت خواهد بود.

ماهیت آن را رهن و برخی نیز ربای محرم عنوان داشته اند 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 داشته اند (جوانمرد، ۱۳۸۰: ۷۹).

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 (کنعانی و فرحزادی، ۱۳۹۱: ۸۲). فقهی متأخر حنفی بیع شرط را بیع جایز می دانند که به خاطر ضرورت مردم مشروعیت یافته است. به طور کلی در خصوص مشروعیت بیع شرط در حقوق مصر و فقه حنفی که به بیع وفا نیز تعبیر شده، اختلافات وافی به چشم دیده می شود. 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 که نظر سوم مناسط و ملاک عمل فقها و حقوقدانان مصری قرار گرفته است (احمدی، ۱۳۸۸: ۷۲).

مطابق قوانین مصر، تعهدات در باب التزام مطرح می شوند و بیع شرط و حق استرداد، جایگاهی در حقوق این کشور ندارد، اما مبنای اینگونه تعهدات را می توان 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.

یکی از اساسی ترین آثار بیع شرط و معامله با حق استرداد در حقوق ایران این است که از همان لحظه عقد بیع شرط، مالکیت مال فروخته شده، به خریدار انتقال پیدا شده و خریدار، مالک آن مال محسوب می گردد و هرچند، این نوع تعلق مالکیت، متزلزل است؛ چرا که فروشنده، حق فسخ معامله را تا مدت زمان مشخصی دارا بوده و در صورت گذشت این مهلت و بازنگرداندن پول به خریدار، مالکیت، به صورت قطعی منتقل خواهد شد. اما در زمانی که فروشنده، به شرط مذکور در بیع عمل نموده و ثمن را به خریدار برگرداند، می تواند مال خود را مسترد نماید و حتی اگر خریدار از استرداد مال وی خودداری نماید، فروشنده می تواند مبلغ بدهی را به قاضی یا حاکم داده و معامله را فسخ کند. از جهاتی در حقوق مصر هیچگونه بهایی به اینگونه بیع داده نمی شود و باطل است.

به طور کلی مبنای معامله با حق استرداد و بیع شرط در فقه و حقوق ایران در مقایسه با فقه و

حقوق مصر با توجه به متون فقهی موجود و منشأ فقهی آن (فقه امامیه و فقه حنفی) متفاوت بوده و هر چند سابقاً این نوع معامله و بیع مورد پذیرش بوده، ولیکن هم اکنون از قوانین مصر، منسوخ و باطل اعلام گردیده است. البته خلأهای قانونی نیز در راستای این موضوع وجود دارد هر چند این موضوع در حقوق مصر با توجه به عدم پذیرش معامله با حق استرداد وجود ندارد ولیکن در موارد شرط فاسخ، قانونگذار کشور مصر در مواد ۲۶۵ و ۲۶۹، راه حل مناسبی را ارائه نموده و مورد پذیرش قرار داده است در صورتی که شرط فاسخ در قوانین ایران بدون مقرر باقی مانده است. البته شرط فاسخ با خيار شرط و بیع شرط متفاوت بوده و در برخی ارکان تشابهت دارد. در حقوق ایران نیز در برخی موارد راه حل های فقهی مشخصی از سوی فقها مطرح نگردیده و بعضی فقها آن را از باب «ادله شروط» و «روایات باب بیع الخيار» مورد پذیرش قرار داده اند و برخی فقهای امامیه همچون فقهای حنفی از باب «لزوم منجزیت شرط»، «توقف مسببات بر اسباب» و «منافات بیع شرط با مقتضای ذات عقد»، آن را رد و باطل عنوان داشته اند. از این رو در جهت شناسایی ارکان و آثار بیع شرط و معامله با حق استرداد نیازمند تدوین دقیق تر مقررات قانونی در هر دو حقوق ایران و مصر می باشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- Ansari, A. (2009). Good faith theory in contracts, Tehran: Jangal.p.118-132 [In persian]
- Ahmadi, M. R. (2008). A reflection on the concept, foundations and types of commitment, Tehran, Law and Policy Research, No. 26.p.406-421[In persian]
- Asdinejad, S. M.; Baharlu Qara-Beltaghi, J. (2010). Revocation condition, Tehran, Legal Research Journal, 2(1): p.1-17. [In persian]
- Barhani, A.T. (1987). Al-Fatawi al-Kabari, Beirut: Dar al-Kitab al-Alamiya, vol.3. p.125-139[In persian]
- Badini, H. (2019). Comparative study of the compensability of "economic damage" in civil liability, Law Quarterly, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Number 1.p.48-62[In persian]
- Javanmardi, N. (2008). The nature of fulfilling the obligation and examining its examples in Iranian law, Tehran, Law and Policy Research, No. 4.p.147-62[In persian]
- Kanani, M.T.; Farhzadi, A. A. (2012). A comparative study of the rescission condition and its effects, Q. 45, No. 1.p.57-74. [In persian]
- Katouzian, N. (2021). General theory of obligations, Tehran [In persian]
- Katouzian, N. (2021). juristic acts, Tehran, Majd publications.Vol.1.
- Katouzian, N. (2020). Civil Law in the Current Legal Order, Tehran, Majd publications.Vol.2.
- Kashani, M. (2009). Civil rights, special contracts, Tehran: Mizan Legal Foundation.p.48-61. [In persian]
- Katouzian, N. (2022). General Rules of Contracts, Tehran: Athash Publishing Co., vol.1 and 3. [In persian]
- Katouzian, N. (2011). Philosophy of Law. vol.1. Tehran: Printing and Publishing Company [In persian]
- Megamiri, A; Abin, AR; Jamshidian, M. (2013). Sale of a condition in the jurisprudence of Islamic schools of thought, Fiqh al-Maqarn, p.219-234. [In persian]
- Mina, M. (2002). Conditional sale-transactions with the right of return, Rahmanun, No. 1.p.73-96[In persian]
- Senhour, AR.2003). The course on the law of intermediary obligations in the description of the civil law of Egypt, translated by Mohammad Hossein Danesh Kia and Seyyed Mehdi Dammarzi, Qom, Qom University Publications, vol.1
- Shahidi, M.2002). The Fall of Obligations, Tehran: Majd.p.72-95[In persian]
- Shahidi, M. (2022). Civil rights, the fall of obligations, 16th edition, Tehran: Majd Publications. [In persian]
- Shahbazi, M. H. (2015). Civil rights, the basics of the necessity and permissibility of legal actions, first edition,



- Tehran: Mizan publication. [In persian]
- Senhoury, A. R. A. (2011). Obligation in the Civil Law of Egypt, translated by Mehdi Rashoond, Qom, Andisheh Sadegh Magazine, p.68-92. [In persian]
- Senhoury, A. (2018). The course on the law of intermediary obligations in the description of Egyptian civil law, translated by Mohammad Hossein Danesh Kia and Seyyed Mehdi Dammarzi, Qom, Qom University Publications, vol.2. p.143-175
- Saleh, B. (1989). Characteristics of Obligation, Cairo, Al-Azhar Publication, Vol. 20, No. 3 [In persian]
- Taleb Ahmadi, H. (2019). Pre-contractual liability, Tehran: Mizan. [In persian]
- Tusi, M. B. H. (2009). Al-Mabsut fi fiqh al-Amamiyyah, second edition, Tehran: Al-Maktabeh al-Mortazawieh, p. 76. [In persian]
- Tabatabai, S. H. (2011). Sources of Shia jurisprudence, second volume, first edition, Tehran: Farhang Sabz Publications, 23 p. 299. [In persian]
- Vanel, M. (1996). "Hasan Nit", translated by Gholam Ali Seifi and Mansour Amini, Tehran, Lawyers' Association Magazine, No. 165-164.
- Valai, A. (2009). Descriptive Culture of Usul Reforms, Tehran: Nei Publishing, p.118. [In persian]
- Zanjani, A. (2010). Reviewing the generalities of the rulings of Khiyarat, Journal of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Law, Volume 44(1): p.135-154 [In persian]

