

تحلیل فقهی حقوقی خیار بیع الشرط در نسبت با معاملات با حق استرداد

سعید کرمی^۱

چکیده: در بیع یا رهن بودن بیع الخیار اختلاف نظر است. فقهای امامیه آن را صحیح و ماهیت آن را بیع دانسته‌اند. فقهای اهل تسنن از بیع الخیار به بیع الوفا یاد کرده و آن را رهن تلقی کرده‌اند. بیع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بیع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ ق.م. می‌شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته‌اند، زیرا در این قسم از بیع شرط قصد بایع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست. هرگاه به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می‌آید: اولاً اینکه هر بیع شرط معامله با حق استرداد تلقی می‌گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است، پس باید تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد دانست و روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع، آن را مصداق معامله با حق استرداد نمی‌کند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ ق.م. نیست، زیرا ماده ۴۵۹ ق.م. بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است.

کلیدواژه‌ها: خیار بیع شرط، اصاله‌الصحه، العقود تابعه للقصود، بیع الوفا، بیع، رهن، قانون مدنی، قانون ثبت.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (karami.t54@gmail.com)

مقدمه

در خصوص بیع الخيار در فقه امامیه و اهل سنت اختلاف نظر است. در فقه امامیه واژه خيار بیع الشرط در مبحث خيارات و در ذیل موضوع بیع الشرط مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. فقیهان اهل سنت از واژگان دیگری نظیر «بیع الامانه» «الرهن المعاد» و «بیع الوفا» برای بیع الخيار استفاده کرده‌اند. در بین فقهای امامیه اولین بار علامه حلی اصطلاح «بیع الخيار» را به کار برده است. وی در تذکرة الفقهاء آورده است:

بیع الخيار در نزد ما - امامیه - جایز است و آن عبارت از این است که انسان زمین یا غیر زمین را بفروشد و برای خودش شرط خيار تا یکسال یا بیش تر یا کم تر نماید، بدین صورت که اگر ثمنی را که از مشتری گرفته به او برگرداند حق پس گرفتن میباید داشته باشد و اگر مدت تعیین شده بگذرد و ثمن را بازنگرداند خيارش ساقط و بیع برای مشتری واجب شود (حلی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۲۱).

در بین علمای امامیه از زمان شیخ طوسی تا شیخ انصاری و فقهای پس از ایشان ادعای اجماع بر صحت خيار بیع شرط شده است و کسی در آن تردید نداشته است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۲۷). به طور مثال محقق کرکی می‌فرماید اصل در آن - صحت شرط خيار در رد ثمن - قبل از آنکه اجماع باشد اخبار صحیحیه از ائمه معصومین^(ع) است شیخ طوسی در کتاب الخلاف تصریح به اجماع مبنی بر صحت این عقد نموده است (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۹).

فقهای اهل تسنن در بیان تعریف بیع الوفا اختلاف نظر داشته و تعاریف متعددی ارائه کرده‌اند: «بایع به مشتری بگوید این کالا را به تو فروختم در مقابل دینی که برای تو بر عهده من است، با این شرط که هرگاه دین خود را ادا کردم این کالا به خودم برگردد» (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸، ج ۶: ۱۱). در جای دیگر اظهار شده است: «این کالا را به تو فروختم به شرط اینکه هرگاه ثمن را به تو برگردانم آن را به من بفروشی» (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۴۰۸) و در جای دیگر آمده است: «انسان کالایی را بفروشد به این شرط که اگر ثمن را به او برگرداند مشتری کالا را به او برگرداند» (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۳۸۴).

فقهای امامیه خيار بیع شرط یا همان بیع الخيار را مستحدث ندانسته و روایاتی را از امام صادق^(ع) و امام باقر^(ع) بیان داشته‌اند که دال بر وجود این عقد در آن زمان (مدتها قبل از قرن چهارم) بوده

است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، باب ۷۸). پرسش اصلی ما در این نوشتار معطوف به این است که ماهیت عقد خیار بیع شرط چیست و چه نسبتی با معاملات با حق استرداد در قانون ثبت دارد.

۱- ماهیت خیار بیع الشرط

فقه‌های اهل تسنن در خصوص ماهیت خیار بیع الشرط اختلاف نظر دارند. در این مورد، سه دیدگاه بدین شرح وجود دارد:

۱. بیع الخیار، بیع است (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸، ج ۶: ۱۱).
۲. برخی از فقه‌های حنفیه و مالکیه بر این باورند که بیع الخیار رهن است (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۴۰۸).
۳. دیدگاه سوم قائل به تفصیل است بدین صورت که به طور مثال اگر شرط در بیع ذکر نشود در حق مشتری بیع است و در حق بایع رهن است.

حال پرسش این است که چرا باید این عقد را رهن بدانیم. در کتب فقهی اهل تسنن قاعده‌ای وجود دارد به نام «هل العبرة بصیغ العقود أو بمعانيها» و «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی لالفاظ و المبانی». هم‌چنین در جای دیگر آمده است: «الاصل فی العقود بناؤها علی قول اربابها» (سیوطی، ۱۴۱۱: ۲۱۲؛ زحیلی، ۲۰۰۴: ۳۶۶). بنابراین آنها با استناد به این قواعد مقصود را رهن می‌دانند نه بیع؛ اما واقعاً باید دید این قاعده نسبت به بیع الوفا چه اقتضایی دارد. آنان اظهار داشته‌اند که مقصود از لفظ، لفظی است که با آن عقد انشاء می‌شود و مقصود از معنا، مفهومی است که مقصود متکلم از این لفظ است و بر مقصود او نیز قرینه لفظیه یا غیر لفظیه وجود دارد. برای نمونه، اگر گفته شود: «بعثک بلائمن» قرینه وجود دارد که او حقیقت هبه را قصد کرده، ولی در مقام انشاء لفظ بیع را به کار برده است. در این مورد اگر بگوییم معنی مقدم است باید حکم کنیم که این عقد هبه صحیح است، ولی اگر لفظ را مقدم بدانیم باید گفت این عقد بیع فاسد است (بازاللبانی، ۱۴۰۶: ۱۹، ماده ۳). هم‌چنین در کتاب مقاصد الشرعیه الاسلامیه تألیف محمد طاهر ابن عاشور درباره اینکه احکام شرعیه دایر مدار معانی و اوصاف است نه اسماء و اشکال، آمده است: «مراد از عقود در این قاعده عقود است که مبنی بر اغراض و مقاصد است، نه مبنی بر الفاظ». به همین دلیل با وجود اینکه بیع الوفا به لفظ بیع منعقد شده است، حکم رهن بر آن جاری می‌شود «زیرا بایع با این بیع قصد تملیک مبیع به مشتری را نکرده است، بلکه قصد او دادن وثیقه

برای دین خود است.» حال پرسش این است که قصد بایع چگونه احراز می‌شود تا حمل بر رهن گردد؟ چرا که بر اساس ظهورات الفاظی که بایع با آنها بیع الوفا را انشاء می‌کند بایع قصد تملیک میباید یا به مشتری نموده و فرض بر این است که قرینه‌ای دیگر نیز موجود نیست. با تحلیل موارد مزبور می‌توان اظهار نمود که:

۱. زمانی که طرفین حقیقتاً قصد بیع دارند و قرائن نیز حاکی از آن است، همگان این عقد را بیع می‌دانند.

۲. زمانی که طرفین قصد بیع ندارند، بلکه به‌طور مثال قصد وثیقه دارند و قرینه‌ای نیز حاکی از این قصد است ولیکن قصد خود را با الفاظ بیع بیان می‌دارند، در این صورت نیز باید گفت عقد، رهن است نه بیع.

۳. اما زمانی که قصد متعاقدين برای ما روشن نیست و قرینه‌ای نیز جز ظهورات الفاظ بیع به شرط رد ثمن وجود ندارد، در این صورت باید گفت که ماهیت چنین عقدی بیع است؛ زیرا آنچه حقیقت عقد را بیان می‌کند همان ظهورات الفاظ است.

در فقه امامیه در بین متأخرین برای اولین بار فخرالمحققین در کتاب *ایضاح الفوائد* قاعدة «العقود تابعة للقصد» را طرح می‌کند. مرحوم نراقی و میر عبدالفتاح مراغی به تفصیل به این قاعدة پرداخته‌اند و زوایای آن را از حیث دلالت و تطبیق بر فروع بیان کرده‌اند (محقق نراقی، ۱۴۰۸: ۵۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۶۷). یکی از معانی قاعدة «العقود تابعة للقصد» آن است که وقوع عقد بر کیفیات خاص، متوقف به قصد آنها در عقد می‌باشد. در نتیجه، اگر قصد کیفیات مقصود به خاطر اینکه عقد برطبق آنها واقع شود، لازم است، پس به ناگزیر باید اماره‌ای دال بر هر کدام از کیفیات مقصود در متن عقد آورده شود، زیرا قصد خالی و بدون اماره دال بر آن اعتبار ندارد.

حال اگر عاقد یکی از کیفیات را قصد کند و اماره‌ای را که بر آن دلالت نماید نیاورد، مانند آنکه با لفظی که مطلق است و می‌تواند قابل حمل بر هر دو معنا باشد قصد لزوم یا قصد جواز کند؛ یا به عکس لفظی را که دلالت بر تزلزل دارد ذکر کند ولی قصد لزوم نماید و لفظ دال بر لزوم را ذکر کند و قصد جواز عقد کند؛ در این صورت آیا باید بر بطلان حکم کرد؟ در فرض اول، اماره و دالی وجود ندارد و بنابراین یا باید حکم بر صحت هر دو مورد کرد، زیرا به یکی از دو شرط قصد یا لفظ می‌توان اکتفا کرد، لذا اصل قصد به معامله حاصل می‌باشد. بنابراین باید در هر دو فرض تابع لفظ شد، یا تابع قصد بود.

به نظر می‌رسد قصد عاری از لفظ، اعتباری ندارد. اگر شخص قصد نوع و کیفیت خاصی داشته و وقوع آن را اراده کرده باشد که فرضاً عقد جایز باشد، هرچند در صورت ظهور لفظ و حکایت آن از لزوم، باید از حکم ظاهر لفظ پیروی کرد لیکن مجرد قصد تأثیری در عقد و نوع آن نخواهد داشت. آنچه فی‌الجمله مقصود بوده، اصل معامله است و نوع آن از ظهور لفظ استفاده نمی‌شود. در حقیقت قصد نوع در کیفیت از هیچ اماره و اصلی استکشاف نشده است. این مانند آن است که کسی در زمان قصد بیع بگوید «وهبت». بی‌گمان لفظ وقتی معتبر است که حکایت از مقصود نماید. در چنین صورتی مقصود او «هبه» نبوده است و بنابراین نه بیع واقع می‌شود و نه هبه، زیرا اولی لفظ دالّ نداشته و دومی مقصود نبوده است. البته می‌توان گفت که برای استکشاف قصد دو راه وجود دارد: لفظی که بر قصد دلالت کند یا اصلی که از آن حکایت نماید. در فرض مسئله اصل تطابق اراده واقعی با اراده ظاهری نشان می‌دهد که مقصود عاقد، معنی ظاهری لفظ است. بنابر اظهار یکی از فقهای متأخر می‌توان در مسئله قائل به تفصیل شد. به این معنا که هرگاه با عدم علم به قصد واقعی عاقد، بتوان براساس یک اصل عقلایی قصد واقعی را از ظاهر لفظ استکشاف کرد، باید حکم بر صحت براساس ظهور لفظ نمود؛ اما در صورت علم به قصد یا اقرار عاقد به قصد کیفیت خاص، میان قصد و ظاهر لفظ تعارض وجود خواهد داشت. اعتبار اقرار عاقد از باب صحت اقرار نیست بلکه از باب «ما لا یعمل لا من قبله» می‌باشد، لکن اثبات قصد به تنهایی کافی نیست؛ قصد ثابت شده لفظ دال ندارد و لفظ دال موجود مقصود نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۱۶).

۱-۱- مفاد قاعده تبعیت عقد از قصد

این قاعده را به اعتبار کثرت فروع و وسعت دامنه کاربردی آن می‌توان از قواعد مهم در فقه و حقوق به شمار آورد. نقش تعیین‌کننده اراده در عقد، نکته اساسی در این قاعده است که از مباحث مهم حقوقی نیز به شمار می‌رود. نه تنها فقهای امامیه مکرراً به این قاعده در ابواب مختلف استناد کرده‌اند، بلکه فقهای اهل سنت نیز همواره به این قاعده تمسک کرده و گاهی از آن به قاعده «الامور بقاصدها» تعبیر کرده‌اند و برای اثبات آن به آیات نیز استدلال نموده‌اند (جوزی، ۱۴۱۱، ج ۳: ۹۵).

اراده و قصد، نقش اساسی در انشاء و تکوین عقد دارد و ایجاد التزامات ناشی از عقد در حقیقت از اراده عقدی نشئت می‌گیرد. قاعده «العقود تابعه للقصد» نزد فقهای امامیه، بیانگر این

حقیقت است و فقهای اهل سنت نیز با تعبیرهای مختلف، این اصل را به طور اجمال پذیرفته‌اند (ابوزهره، ۱۳۷۵: ۲۵۰؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۳: ۲۳۶).

فقها و حقوق‌دانان اراده عقدی را به دو نوع باطنی و ظاهری تقسیم کرده‌اند: اراده باطنی حالتی است که از آن به نیت تعبیر می‌شود. نیت یا اراده باطنی دارای دو عنصر اساسی است: اختیار و رضا. اختیار عبارت از قصدی است که به یک امر مقدور که ممکن‌الوجود و العدم است، تعلق می‌گیرد و شخص مختار می‌تواند یکی از آن دو را برگزیند. اختیار در عقد، به مجرد اراده اجرای لفظی عقد یا چیزی که می‌تواند جایگزین لفظ باشد، حاصل می‌شود. به همین دلیل است که اختیار با هزل منافات ندارد، ولی با اکراه جمع نمی‌شود. رضایت به حالتی از اختیار گفته می‌شود که اشباع شده و به نهایت خود رسیده باشد و به آن حالت، میل و رغبت نیز می‌گویند. حالت رضایت همواره شامل اختیار می‌شود اما البته عکس آن نیز صادق نیست؛ بنابراین رضایت با هزل سازگار نیست و با اکراه و خطا نیز جمع نمی‌شود (بزودی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۰۵۰۳).

فقهای حنفی انعقاد عقد را منوط به اختیار دانسته و رضایت را شرط صحت آن شمرده‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۳۷). فقهای شافعی، مالکی و حنبلی اختیار و رضایت را متلازم شمرده‌اند و تحقق یکی از آن دو را بدون دیگری ممکن ندانسته‌اند. بنابراین نظریه، عبارت و لفظ عقد باید به گونه‌ای ادا شود که حاکی از اختیار و رضایت باشد تا بیان‌کننده اراده باطنی عاقد محسوب گردد (محمصانی، ۱۹۸۳، ج ۲: ۳۰).

اراده ظاهری عقد در حقیقت همان مفاد ظاهری لفظ است که بیان‌کننده قصد عاقد می‌باشد. از آنجا که اراده ظاهری با لفظ عقد کشف می‌شود، می‌توان گفت که امری بسیط است و اختیار و رضایت در آن قابل تفکیک نیست. می‌توان از اراده باطنی به قصد و از اراده ظاهری به لفظ تعبیر کرد؛ اما در مقایسه آن دو و تشخیص اینکه کدام بر دیگری حاکم و غالب است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای اهل سنت اراده ظاهری (لفظ) را بر اراده باطنی (قصد) حاکم شمرده‌اند و در نتیجه حکم به صحت تصرفات ناشی از عقد کرده و آن را مقتضای ظاهر لفظ عقد دانسته‌اند (سنهوری، ۱۹۵۳، ج ۱: ۸۴). برخی دیگر به دنبال دلیلی گشته‌اند تا مطمئن شوند اراده باطنی عاقد، همان مفاد ظاهری عقد است. براساس این نظریه در حقیقت اراده باطنی، حاکم محسوب می‌شود (محمصانی، ۱۹۸۳، ج ۲: ۳۰).

فقهای حنبلی در مواردی که از قراین، عمل بایع به قصد مشتری از خرید اشیائی مانند انگور،

برای ساختن شراب به دست می‌آید، خرید و فروش انگور را حرام دانسته و به بطلان آن رأی داده‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۳۷). فقهای حنبلی و مالکی نیز خرید و فروش زمینی را که به قصد ایجاد کارگاه شراب‌سازی انجام می‌گیرد، حرام و باطل شمرده‌اند. بیش‌تر فقهای شافعی و حنفی به اراده‌ی ظاهری (لفظ) اعتماد کرده و حتی معاملات صوری را نیز صحیح دانسته‌اند و حکم به جواز معاملاتی که در باطن آن، نیت ربا وجود دارد، صادر کرده‌اند (ابو زهره، ۱۳۷۵: ۲۴۹). محمد ابو زهره در کتاب *الملکیه و نظریه العقد سعی کرده که مبنای فقهای حنفی را با مفاد قاعده «العبره» وفق دهد. وی در این زمینه می‌گوید: مراد از «قاعده العبره بالمعانی ...» آن نوع اراده‌ی باطنی است که لفظ، دلالتی صریح بر آن نداشته باشد و مقصود از اراده‌ی باطنی در نظریه تطابق آن است که لفظ عقد بر آن دلالت ظاهری دارد. تردیدی نیست که هرگاه تطابق دو اراده‌ی ظاهری و باطنی احراز شود، تمامی آثار شرعی عقد بر آن مترتب می‌گردد، اما اگر چنین احرازی حاصل نگردد ممکن است دو حالت به وجود آید:*

الف. اراده‌ی حقیقی و باطنی بر عقد وجود نداشته باشد که عقد صرفاً حالت صوری و غیر انشائی پیدا می‌کند، مانند عقد مجنون و صبی غیر ممیز.

ب. وجود اراده‌ی حقیقی و باطنی مشکوک باشد که این حالت در مواردی پیش می‌آید که از آن به عیوب اراده یا عیوب عقد تعبیر می‌شود:

در عقد صوری ممکن است قرارداد به سه صورت زیر منعقد شود:

۱. حالت تباین که ملاک آن توافق متعاقدين بر ظاهر عقد، بدون توجه به حقیقت عقد و مفاد واقعی آن است. مانند موردی که تظاهر به عقد یا اقرار صوری به آن می‌کنند یا با توسل به عقد ظاهری، اموال خود را از ظالم و سارق نجات می‌دهند. عقد صوری گاه در مقدار ثمن یا مهر تحقق می‌یابد، درحالی که اصل عقد کاملاً حقیقی و با اراده‌ی باطنی صورت گرفته است؛ مانند مواردی که قصد تظاهر به مهر زیاد یا ثمن در میان است.

۲. عقد هازل که از الفاظ عقد معانی دیگر منظور می‌شود و حتی ظاهراً نیز قصد برخورد معنی، وجود ندارد (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۰۹). فقهای حنبلی و مالکی، هزل را در عقود که قابل نقض و فسخ می‌باشند و احکام آنها بر اسبابشان با تأخیر مترتب می‌شوند، باطل دانسته ولی در مواردی چون نکاح و طلاق نافذ شمرده‌اند؛ اما فقهای شافعی، عقد هازل را به‌طور مطلق صحیح دانسته و در صورتی که هازل راضی شود، عقد او را لازم تلقی کرده‌اند.

۳. عقد مجنون و مغمی علیه و صبی غیر ممیز که عبارت و لفظ عقد به نحوی باشد که قصدی بر آن تعلق نگرفته و لفظ بیانگر معنی مقصود نباشد. در هیچ کدام از اینها اراده حقیقی و باطنی عقد وجود ندارد. نظیر عقد کسی که به خطا لفظ عقد را به کار می‌گیرد یا از روی فراموشی آن را بر زبان می‌راند.

برخی از فقهای اهل سنت به استناد حدیث «ثلاث جدهن و هزلهن جد: النکاح و الطلاق و العتق» در موارد فوق حکم به صحت عقد داده‌اند، ولی اکثر فقها، حکم به بطلان داده‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۴: ۴۴؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸: ۱۷۶).
این مدعا می‌تواند با صور ذیل قابل تحلیل باشد:

اول: عقد بدون اراده تحقق نمی‌یابد، همان‌گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد. بر این اساس، عقد غافل، نائم، ناسی، هازل، غلط و مست که قصد بر انشاء عقد ندارند، باطل است. قاعده «العقود تابعه للقصد» به این معنا، دارای کلیتی است که شامل همه عقود می‌شود و معنی آن شرطیت اراده و قصد در عقود و عدم تحقق عقد بدون قصد است. مفاد قاعده براساس این تفسیر شامل ملازمه وجودی بین تحقق قصد و تحقق عقد نمی‌گردد. این ملازمه را می‌توان به دو صورت مورد بحث قرار داد:

الف. ماهیت قصد ملزم تحقق عقد است که یقیناً این ملازمه باطل است.
ب. قصد هنگامی که در عقد متعلق به چیزی می‌شود، معنایش این است که عقد تحقق یافته و عقد در این قصد مؤثر است و بر این اساس مفاد قاعده چنین می‌شود: «هر چیزی که در عقد قصد شده است»، بنابراین عقد تابع آن معنای قصد شده است.

دوم: عقد تابع قصد است. به این معنا که عقد از اموری است که احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول دارد و دو شیء که عوض و معوض قرار گیرد. بعد از آنکه عقد با این ارکان به وجود آمد، هر عقدی دارای اثر خاص است؛ مانند تملیک عین یا تملیک منفعت یا توکیل و امثال آن. هم‌چنین هر عقدی دارای اثر خاصی است؛ مانند فوریت، تراضی، لزوم، جواز، تنجیز و تعلیق. نهایت اینکه عقد دلالت و ماهیتش را مشخص می‌کند. مفاد عقد در این خصوصیات (اصول و فروع) تابع نوع قصد است. بنابراین هنگامی که عاقد یکی از این امور را قصد می‌کند، عقد هم بر آن امور دلالت خواهد کرد.

سوم: نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد. اگر شخص قصد بیع داشت عقد بیع، و اگر

قصد عاریه داشت، عقد عاریه واقع می‌شود و در صورت قصد هبه، عقد هبه تحقق می‌یابد. بر اساس این مفاد، قاعده «العقود تابعه للقصد» به عقود اختصاص نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لایقع» می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۱۸).

۲-۱- کاربرد قاعده «العقود تابعه للقصد»

با توجه به مفاد قاعده «العقود تابعه للقصد» که می‌توان آن را در سه معنای زیر خلاصه کرد، موارد کاربرد قاعده را در قوانین و مقررات مورد ارزیابی قرار می‌دهیم:

مفاد این قاعده در چند معنا قابل بحث است:

مفاد اول: برای تحقق عقد وجود اراده ضروری و مسلم است.

مفاد دوم: عقد، تابع قصد است به این معنی که عقد از اموری است که با قصد مشخص می‌شود. هر عقدی احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول دارد و دو شی که عوض و معوض قرار گیرند.

مفاد سوم: نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد. اگر شخص قصد بیع داشت، عقد بیع واقع می‌شود و اگر قصد عاریه، عاریه تحقق می‌یابد. براساس این مفاد، قاعده «العقود تابعه للقصد» اختصاص به عقود نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لایقع» است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۸ و ۱۱۹).

در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». شرط اساسی برای تحقق عقد، بلکه تمام اعمال حقوقی، وجود قصد است. قصد همان اراده است که به اراده باطنی و ظاهری تقسیم شده است. اراده باطنی به تنهایی برای تحقق عقد کافی نیست بلکه لازم است به نحوی ظهور خارجی بیابد. برای تشخیص اینکه آیا عمل حقوقی از روی قصد تحقق یافته است یا خیر، باید به شرایط اساسی صحت عمل شخص توجه کرد. از جمله اینکه شخص عاقل و بالغ و رشید باشد و عمل را در حال مستی، بیهوشی، خواب و سایر اموری که مخل صحت اراده است، انجام نداده باشد. بدین ترتیب می‌توان گفت آنچه را که قصد کرده تحقق می‌یابد.

ماده ۱۹۵ قانون مدنی می‌گوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است». عقد بودن اراده در این خصوص تحقق نمی‌یابد

همان گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد. کما اینکه در ماده ۱۹۹ قانون مدنی: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.» در ماده ۲۰۳ قانون مدنی: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از دو طرف معامله واقع شود» نیز بدان تصریح شده است.

بنابر فتوای مشهور فقهای امامیه هرگاه رضایت و طیب نفس برای مکره حاصل شود و پس از عمل اکراه شده به آن رضا دهد عقد یا ایقاع صادر شده از روی اکراه صحیح خواهد بود. لذا به همین دلیل است که معامله مکره غیر نافذ است نه باطل. ماده ۲۱۸ قانون مدنی بیان نموده که: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین که به‌طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.» در مورد این ماده به نظر می‌رسد که باید گفت هرگاه معلوم شود معامله به‌طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است خواه با قصد فرار از دین باشد یا به دلایل دیگر و درواقع صوری بودن علت اصلی بطلان است نه «قصد فرار از دین»؛ چون اگر با قصد فرار از دین معامله صحیحی انجام گیرد نباید حکم به بطلان آن داد. البته برخی معتقدند که این ماده، مفهوم مخالف ندارد؛ یعنی نمی‌توان گفت معامله‌ای که بدون قصد فرار از دین به‌طور صوری یا با قصد فرار از دین به‌طور غیر صوری انجام شود صحیح و نافذ است.

در ماده ۳۴۶ قانون مدنی آمده است: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست.» می‌توان حکم ماده ۳۴۶ ق.م. را به سایر موارد تسری داد، مثلاً اجاره و ودیعه و امثال آن. در عقدی که از روی اکراه واقع شده است باید گفت آنچه واقع شده مورد قصد قرار نگرفته است، یعنی «ما وقع لم يقصد». به عبارت دیگر، اراده و قصد معیوب بوده و صلاحیت خلق آثار حقوقی تمام و کامل را ندارد، اما رضای بعدی عاقد می‌تواند آن را کامل کند.

مطابق ماده ۴۴۸ قانون مدنی: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط کرد.» شروط جزء عقد هستند و حیات خود را از عقد می‌گیرند. اصل آزادی اراده به متعاقدين این اختیار را می‌دهد تا در ضمن عقد شروطی را مقرر دارند. خیار حقی است که ممکن است در شرایط خاصی برای هر یک از طرفین یا هر دوی آنها و یا حتی شخص ثالث به وجود آید. هر کس می‌تواند حق خود را در مورد یا مواردی اسقاط کند. البته طبق ماده ۹۵۰ ق.م، هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند؛ اما این حکم منافاتی با اسقاط جزئی حق در امری جزئی ندارد. کسی نمی‌تواند بگوید برای من هرگز

خیاری به وجود نمی‌آید، هرچند می‌تواند خیارات خود را در یک معامله خاص ساقط کند. پس آنچه در عقد متعلق قصد طرفین واقع شود، در صورتی که منافاتی با اصول و حقوق مسلم نداشته باشد و به عبارت دیگر مخالف قانون نباشد قابلیت اجرا داشته و محترم است.

مواد دیگری از قانون مدنی که می‌توانند به عنوان مصادیق قاعده «العقود تابعه للقصد» تلقی گردند عبارتند از ماده ۴۵۸ قانون مدنی:

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 در ماده ۴۵۹ قانون مدنی آمده است:

در بیع شرط، به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود 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 می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد.... .

بنابراین با انجام معاملات شرطی به شرح مذکور مبیع به صورت معلق و مشروط در مالکیت مشتری قرار می‌گیرد و به محض انقضای مدت مندرج در سند شرطی و عدم رد ثمن از طرف بایع، بیع قطعی گردیده و مبیع مال مشتری می‌گردد.

۲- اقتضای اصل عملی در خیار بیع شرط

اقتضای اصل عملیه در شبهات حکمیه فساد در معاملات است. مرحوم خوانساری می‌فرماید: «ان الاصل فی المعاملة عندهم الفساد» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳: ۳۴۵). هم‌چنین در جای دیگر اظهار شده است که ساری و جاری بودن این اصل در شبهات حکمیه در عقود و ایقاعات اجماعی است از این رو برای اثبات صحت بیع الخیار نیازمند استفاده از ادله معتبر هستیم که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بسیاری از متقدمین و متأخرین از فقهای بزرگ امامیه بر صحت خیار بیع الشرط ادعای اجماع نموده‌اند؛ اما با توجه به ادله و استنادات ادله مزبور، واقعیت آن است که اجماع مذکور مدرکی است و اجماعی معتبر است که کاشف از رأی و نظر معصوم^(ع) باشد. از این رو به نظر می‌رسد، توجه به ادله عامه و بیانات عام در قرآن و روایت، ما را به اصاله الصحه و اثبات صحت این نوع از

بیع رهنمون می سازند.

۱-۲- اصالة الصحة

شیخ انصاری آورده است که فقها تا زمان محقق کرکی اصل فساد را در عقود حاکم می دانسته اند، اما از زمان محقق به بعد اصل صحت را جاری می کنند. در اینکه قلمرو اصل صحت چه مواردی را شامل می شود اختلاف نظر است. محقق کرکی بر این باور است که بعد از کامل شدن عقد اگر در شرطی از شروط عقد تردید شود اصل صحت جاری می شود. وی این اصل را در عقود و ایقاعات جاری می داند. از نظر شیخ انصاری نظر قوی تر آن است که با توجه به اصل صحت، مثل سیره قطعی و حکم عقل به لزوم اختلال نظام، اصل صحت در همه موارد جاری می شود و فرقی بین قبل از استکمال و بعد از استکمال نیست. شیخ در شک مشتری در اهلیت بایع به دلیل صغر حکم به صحت عقد بیع می دهد. در واقع از نظر شیخ انصاری تحقق و وقوع عرفی معامله تنها شرط اجرای اصل صحت است و هیچ تمایزی بین شروط عقد، شروط متعاقدين و شروط عوضین وجود ندارد. در دیدگاه محقق نائینی به دلیل اینکه مستند اصل صحت در عقود اجماع بوده و برای اجماع اطلاقی نیست تا همه موارد شک در صحت و فساد را شامل شود، لذا بر قدر متیقن اکتفا شده و آن جایی است که شک در ناحیه سبب باشد. بدین معنا که هرگاه شک شود عقد واجد شرایط معتبر باشد اصل جاری می شود اما اگر شک مربوط به اهلیت متعاقدين یا عوضین باشد باید به سایر اصول عملیه حسب اقتضای مورد مراجعه نمود (فروغی، ۱۳۹۶: ۹۲-۹۰).

محقق بجنوردی برای اصالة الصحة سه معنا ذکر نموده اند:

معنی اول آن است که چنانچه فعل از غیر صادر شده باشد و حرمت و حلیت آن فعل شک شود، بنا را بر جواز و حلیت می گذارند.

معنای دیگر ترتب آثار صحت وضعی است در هر مورد چنانچه فعلی از غیر صادر شود و صحت و فساد آن عملی برای دیگر آن منشأ اثر باشد بنا را بر صحت آن عمل می گذارند.

معنای سوم که به نظر می رسد در ما نحن فیه، عمده دلیل بنای عقلا در تمامی اعصار و امصار و نیز فحوای روایت حفص بن غیاث است که: «لَوْلَمْ يَجْزِ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ». در اینجا از عموم علت استفاده می شود که هرچه موجب تعطیل شدن بازار و تجارت مسلمین باشد مورد نفی شارع مقدس قرار گرفته است.

ادله عامه عقود نظیر «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» که در سوره مائده آمده است و هم چنین روایاتی نظیر «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم» موجب می شوند که در صورت شک در اشتراط یا مانعیت چیزی برای عقد و معاملات اصل اصاله الفساد دچار تحول و انقلاب گردد و به اصل ثانوی و عقلانی که صحت معاملات مقتضای آن است، تغییر یابد. از این رو، بنای عقلا در تمام عصرها و نسل ها و در همه جوامع، اعم از جامعه دینی یا عرفی، این است که اصل را بر صحت دانسته اند.

این اصل اکنون یکی از اصول مسلم حقوقی در دنیا به شمار می رود و از آن به آرای محموده یاد می شود. از دیگر سو، حمل صحت در عقود و معاملات مبتنی بر صحت واقعی است، نه صحت الفاعل، زیرا اگر حمل بر صحت مبتنی بر صحت عندالفاعل باشد این حمل نیست و لغویت پیش می آید و نزد عرف عقلا معتبر نخواهد بود. بنابراین جریان اصل صحت مبتنی بر دو شرط است: شرط اول درباره جریان قاعده که منوط به احراز عنوان عمل باشد. هرگاه معامله و فعلی از شخصی صادر شود و آن عقد و معامله معنون به یکی از عناوین باشد و اگر در صحت و فساد آن عنوان شک شود بنای عقلا حمل بر صحت آن عنوان است، ولی اگر اصل عنوان مشکوک و غیرمحرز باشد، اصل صحت دچار تزلزل می شود، زیرا قصد عنوان از برای این قاعده به منزله موضوع است. از دیگر سو، آیات و روایات مذکور بر صحت شروط به نحو کلی و عام دلالت دارند (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۹).

امام خمینی^(ره) در کتاب *البیع* در صحت بیع الخيار آورده اند که: «تقدم ما بدل علیه و هو عموم ادله الشرط عدم المانع عقلاً و شرعاً» (امام خمینی، ۱۴۱۰: ۴۰۱).

متقدمین از فقها به عموم این دلیل بر اثبات صحت شرط در ابواب مختلف استفاده کرده اند و دلالت آن را بر صحت شرط امری مسلم پنداشته اند. برخی فقهای متأخر نیز که درباره مفاد این دلیل بحث کرده اند همه پذیرفته اند که «المؤمنون عند شروطهم» یا بالمطابقه و یا بالالتزام دلالت بر صحت جمیع شروط می نماید مگر در مواردی خاص که استثنا شده است.

به نظر می رسد دلالت روایت بر صحت شروط به نحو عام امری مسلم و پذیرفته شده است، زیرا مدلول مطابقی این روایت یا صحت شروط است و یا وجوب تکلیفی و یا وضعی و یا مفهومی است که هر سه را در بر می گیرد. افزون بر این «الشرط جائز بین المسلمین» که صریحاً دلالت بر صحت شرط می نماید نیز مؤید همین دیدگاه است. دیگر اینکه هرگاه جریان قاعده متوقف بر

وقوع عمل در خارج است، در صورتی که عمل در خارج واقع شود و شک در صحت و فساد آن به اعتبار فقدان جزء و یا شرط و یا وجود مانع باشد این عمل حمل بر صحت می‌شود؛ اما اگر هنوز عملی در خارج واقع نشده باشد نمی‌توان عملی را که هنوز واقع نشده و در آینده واقع می‌شود حمل بر صحت نمود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۶۳).

شرط دوم اینکه اصاله الصحه در کلیه معاملات جاری است. اصل صحت در کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، جاری است و بر اصاله الفساد در معاملات مقدم است. بنای عقلا نیز بر این استوار است که هر جا احتمال اختلال در معامله برود اصل صحت بر آن معامله حاکم است. محقق بجنوردی در این زمینه بیان نموده‌اند: مدرک قاعده منحصر به اجماع نیست، بلکه عمده دلیل آن بنای عقلا است و این بناء و سیره اختصاص به شرایط عقد ندارد، بلکه در هر جا که احتمال اختلال معامله برود - چه از ناحیه شرایط عقد، چه از ناحیه شرایط متعاقدين یا عوضین - اصل صحت محکم است، زیرا موضوع قاعده نزد عقلا عبارت است از احراز عنوان معامله و شک در صحت و فساد آن مطلقاً. هم‌چنین، گرچه اجماع دلیلی لبی است و بنابراین اطلاق ندارد و باید به مقدار قدر متیقن اخذ شود، لکن اگر اجماع بر عنوانی قائم باشد که معقد آن اطلاق داشته باشد حکم دلیل لفظی پیدا می‌کند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۳۶).

امام خمینی^(ره) مستثنیات ادله صحت شرط را تحت عنوان شروط صحت مورد بحث قرار داده‌اند. این شروط عبارتند از: شرط فی نفسه جایز باشد، باید در نزد عقلا دارای غرض قابل توجه باشد، مخالف کتاب و سنت نباشد، منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشد، شرط مجهولی که موجب غرر شود نباشد، شرط مقدور و قابل انجام باشد، شرط محال نباشد، شرط منجز باشد و در متن عقد مورد التزام قرار گیرد.

امام خمینی در مبحث صور بیع‌الخیار ابتدا در صورتی که خیار معلق یا موقت به باشد اشکال کرده‌اند که اگر چنین شرطی باشد که مستلزم غرر و جهالت در مشروط و بیع است، زیرا مشتری نمی‌داند که در چه زمانی رد ثمن تحقق می‌یابد، در نتیجه نمی‌داند که از چه زمانی با بیع خیار دارد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۳). ایشان پس از آنکه صور متعدد بیع‌الخیار را مطرح می‌کنند در خاتمه می‌فرمایند اشکال غرر و جهالت در اکثر صورت‌بندی‌ها وارد است. بنابراین صورت‌هایی که در آنها غرر وجود دارد بر اساس قواعد عام باطل است و برای اثبات آنها باید به ادله خاصه و اجماع استناد نمود (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۱۴-۳۱۳).

۳- اقسام بیع الخيار

شیخ انصاری در کتاب مکاسب در خصوص اقسام بیع الخيار صورت‌های مختلفی را ذکر کرده‌اند که بدین شرح است:

۱. از جهت انواع ثمن: ثمنی که شرط رد آن می‌شود یا عین خارجی است و یا کلی فی‌الذمه یا مثلی یا قیمی یا پول، و یا کالا است. همگان معتقدند که خیاریع الشرط در همه این صورت‌بندی‌ها صحیح است، زیرا ادله صحت عقد و بیع و شرط شامل آن می‌شود.
۲. از جهت رد ثمن: رد عین یا بدل ثمن ممکن است مشروط در بیع الخيار شده باشد و یا ممکن است رد کل یا بعض الثمن شرط شده باشد. در این صورت‌ها ممکن است مشروط رد ثمن به مشتری یا ولی یا وکیل او باشد. هریک از این صورت‌بندی‌ها اگر مشکل ثبوتی یا اثباتی نداشته باشد بر اساس ادله عامه و جوب و فایده شرط، باید بر طبق آن عمل کرد (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ج ۵: ۱۳۲).

امام خمینی در دو صورت فوق اشکال وارد نموده‌اند: یکم در صورت شرط رد بدل ثمن با فرض وجود عین ثمن و دوم شرط رد ثمن به صورت مطلق و بدون تعیین جهت. هم‌چنین طرح سؤال شده است که آیا در صورت وجود عین ثمن رد بدل آن کافی است یا نه؟ (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۳۳).

به نظر می‌رسد در صورتی که با بیع شرط کند که با رد بدل، بیع فسخ شود و ثمن به ملک مشتری و مبیع به بایع برگردد؛ سپس بعد از فسخ، یک معامله و قرارداد جدید منعقد گردد که در آن ثمن با بدلش معاوضه گردد، اشکال ثبوتی و اثباتی پیش نخواهد آمد. هم‌چنین است اگر رد بدل ثمن به مشتری مقدمه تحقق خیاریع یا فسخ یا اقاله باشد، بدین نحو که اگر بایع شرط کند هرگاه بدل ثمن را آورد، مبیع از آن مشتری شود اشکالی پیش نخواهد آمد.

ایراد زمانی تحقق پیدا می‌کند که با یک شرط دو مطلب به دست آید: اول آنکه رد بدل، فسخ فعلی یا مقدمه فسخ یا اقاله باشد. دوم آنکه بدل ثمن معاوضه شود. در این صورت اشکال ثبوتی و اثباتی حضرت امام وارد است.

صاحب‌جواهر بر فرضی که خیاریع معلق بر رد ثمن باشد، اشکال می‌کند. از دیدگاه ایشان تعلیق در بیع و مانند آنچه در نفس عقد باشد و چه در متعلق عقد باشد ممنوع است. امام خمینی به این اشکال پاسخ داده‌اند که اگر خیاریع معلق بر، یا موقت به رد ثمن در رأس سال باشد، گرچه جهالت

منتفی است ولی خارج از محل بحث است. محل بحث جایی است که خیار معلق بر، یا موقت به رد ثمن در ظرف یک سال باشد و در چنین فرضی جهالت وجود دارد، زیرا معلوم نیست که بایع در چه زمانی در ظرف یک سال آینده ثمن را رد خواهد کرد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۳۳).

دیدگاه شیخ اصفهانی در پاسخ به غرر آن است که «جهالت با تعیین مدت دفع می‌شود و متعارف نیز چنین است که شرط می‌شود که ثمن در سر سال تا یک یا دو روز یا بیش‌تر رد می‌شود» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۸۹). بنابراین اگر رد ثمن در ظرف یک سال انجام شود، امام خمینی بیان می‌دارد که مستلزم غرر است و فرقی هم بین توقیت و تعلیق نیست.

امام خمینی در صورتی که رد ثمن شرط فسخ باشد اشکالی را طرح کرده‌اند. ایشان می‌فرمایند: اگر «تقیید فسخ به رد ثمن» به این معنی باشد که «بدون رد ثمن حق فسخ ندارد» این شرط باطل است، زیرا خیار همان حق فسخ است و اطلاق خیار با تقیید فسخ به رد ثمن تنافی دارد؛ اما اگر این شرط، به شرط ترک اعمال خیار برگردد اشکالی ندارد، ولی اگر تخلف کرد و قبل از رد فسخ نمود نفوذ و عدم نفوذ فسخش بر این امر مبتنی است که آیا می‌توان از این شرط استفاده حکم وضعی کرد یا نه، و این محل بحث و چالش است (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۳۴).

امام خمینی در فرض اینکه رد ثمن فسخ فعل در بیع‌الخیار باشد قائل به تفصیل شده‌اند: اگر شرط انشای فسخ به سبب رد باشد همانند معاطات در بیع اشکال ندارد، ولی باید در حین رد ثمن، انشای فسخ را قصد نماید؛ اما اگر شرط وقوع فسخ به سبب رد ثمن به گونه‌ای که رد ثمن حتی بدون قصد انشای فسخ نیز سبب فسخ باشد در این صورت صحت چنین شرطی مبتنی بر آن است که دلیل شرط در اثبات سببیت چیزی که سبب عرفی یا شرعی نیست کافی باشد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۴).

به نظر می‌رسد که این تفصیل چندان ضرورتی نداشته باشد، زیرا اگر شرط عبارت باشد از وقوع فسخ به سبب رد ثمن بدون قصد انشای فسخ بلکه به قصد رهن یا از روی غفلت، در این صورت برای اشتراط چنین شرطی غرض عقلایی وجود ندارد و عقلاً چنین چیزی را شرط نمی‌کنند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۹۶).

صورت دیگر از صور خیار بیع‌الشرط، رد ثمن قید انفساخ عقد بودن است. نسبت به این صورت گفته شده است که شرط نتیجه نافذ نیست و ادله حاکی از وجوب تکلیفی‌اند و جمع بین حکم تکلیفی و وضعی به لفظ واحد میسر نیست. حضرت امام خمینی در پاسخ فرموده‌اند: قول به

امتناع جمع بین حکم تکلیفی و وضعی بی‌اساس است. جمع بین این دو بدین شکل که بگوید: «اوفو بالشروط» امکان‌پذیر است، زیرا وفا همان عمل به مقتضای شرط است، لذا اگر وفا شرط فعل باشد که لزوم عمل انجام آن فعل است و اگر شرط نتیجه باشد وفا به آن با ترتیب و ترتب آثار نتیجه تحقق می‌یابد. بنابراین جمع بین این دو به نحو ایجاب انفاذ ممکن است. در ادامه حضرت امام به روایات متعدد و مستفیضه‌ای استناد می‌کنند که در آنها ائمه^(ع) بر صحت شرط نتیجه به قول پیامبر^(ص) که فرمود: «المومنون عند شروطهم» استناد کرده‌اند (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۰۶).

هم‌چنین، امام خمینی در پاسخ به انفساخ عقد از حین رد ثمن و انفساخ عقد بدون سبب می‌فرماید: سبب فسخ همان شرط است کما اینکه در سایر شروط نتیجه نیز چنین و انفساخ دارای سبب خاصی نیست تا شرط نتواند جایگزین آن شود. انفساخ عقد بعد از تحقق آن شرط اقتضا می‌کند نه عقد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۰۷).

امام خمینی در پاسخ به ایراد شیخ انصاری که می‌فرمایند: انفساخ بیع را نمی‌توان با شرط محقق ساخت، بیان داشته‌اند که تحقق عنوان بیع نیز به سبب اشتراط مانعی ندارد، زیرا ماهیت بیع عبارت است از مبادله مال با مال، و الفاظ و اسباب فعلی عقود، اسباب تحقق این مبادله‌اند و جزء ماهیت بیع نیستند. بنابراین شخص می‌تواند تبادل بین مال خود را با مال دیگری در ضمن یک عقد شرط نماید. در این صورت اگر مشروط‌علیه قبول کند تبادل تحقق یافته و عنوان بیع به آن صدق می‌کند و سبب همان شرط است و تعاقب با شرط و قبول آن حاصل شده است. افزون بر این قیاس انفساخ عقد با عقد، قیاس مع‌الفارق است، زیرا انفساخ نظیر سقوط خیار است نه نظیر تعاقب (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۵).

۴- خیار بیع الشرط و مقتضای عقد

برخی از فقه‌های اهل تسنن خیار بیع الشرط - بیع الوفا - را فاسد می‌دانند. آنان اظهار داشته‌اند که بیع الوفا شرط مخالف مقتضای عقد است. دبیر کل مجمع فقه اسلامی در جده می‌گوید: شرط در بیع الوفا مخالف مقتضای عقد است. شیخ محی‌الدین المیس، یکی از اعضای مجمع فقه اسلامی، می‌گوید: مالکیه، حنابله و متقدمین از علمای حنفی و شافعی بیع الوفا را فاسد می‌دانند. وجه فساد این است که در این شرط اگر ثمن را بایع رد نماید مشتری باید بیع را به بایع تسلیم کند، مخالف با مقتضای بیع و حکم آن است. مقتضای بیع آن است که مشتری ملکیت مستقر و دائم نسبت به بیع

داشته باشد، ولیکن در بیع الوفا مشتری نگران است و این شرط به نفع بایع است و دلیل معینی که دلالت بر جواز نماید وجود ندارد. در نتیجه چنین شرطی فاسد است که موجب فساد بیع می شود. عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد نیز مورد اتفاق فقهای امامیه است. مراد آنها از شرط مخالف مقتضای عقد آن شرطی است که جمع آن با عقد عقلا و یا عرفا ممکن نباشد؛ یا به این دلیل که با آثار عرفی ذات عقد منافات دارد و یا به این دلیل که شرط با مضمون حقیقی و مقومات حقیقت عقد تنافی دارد. از این رو قدر مشترک همه آنها را می توان در این دانست که شرط مخالف مقتضای ذات عقد آن است که جمع چنین شرطی با عقد عقلا یا عرفا ممکن نباشد. البته شرط بیع الخيار این چنین نیست که مخالف مقتضای عقد باشد، چرا که با ذات عقد و آثار و لوازم عقلی و عرفی آن منافات ندارد. اینکه بیان شد که با ملکیت مستقر و دائم منافات دارد صحیح نیست، چرا که ملکیت مستقر از آثار اطلاق عقد است نه از آثار ذات عقد. اصل ملکیت از آثار ذات بیع است بدین نحو که بیع به شرط عدم ملکیت مشتری نسبت به مثنی و عدم ملکیت بیع نیست. بنابراین شروطی که با ذات عقد منافات ندارند و تنها با اطلاق عقد منافات دارند مخالف مقتضای عقد نیستند و در صورتی که منعی از جهات دیگر در آنها موجود نباشد نافذ و معتبرند. صورت بندی صحیح و جایز در خصوص خيار بیع الشرط از دیدگاه امام خمینی را می توان اینگونه بیان کرد: خيار مقید به رد ثمن شرط بیع است، اعمال فسخ مقید به رد ثمن است، رد ثمن فسخ فعلی باشد، رد ثمن قید انفساخ عقد باشد، رد ثمن شرط وجوب اقاله بر مشتری باشد، خيار معلق بر یا موقت به رد ثمن در رأس سال باشد به گونه ای که موجب جهالت و غرر نشود، بایع بر مشتری شرط کند که اگر ثمن را رد کرد مشتری مبیع را به او تملیک کند و بایع شرط کند که با رد ثمن مبیع ملک او شود.

۵- ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و بیع شرط

ماده ۳۴ قانون ثبت که در خصوص معاملات رهنی و شرطی و به طور کلی معاملات با حق استرداد بحث و گفت و گو می کند در سال ۱۳۵۱ ش. مورد تصویب قرار گرفته است. در ماده ۴۵۸ ق.م. آمده است: «در عقد بیع، متعاملین می توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خيار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و...» و هم چنین در ماده ۴۵۹ ق.م. آمده است:

در بیع شرط، به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود با قید خیاریع. 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....

بنابراین با انجام معاملات شرطی به شرح مذکور مبیع به صورت معلق و مشروط در مالکیت مشتری قرار می گیرد و به محض انقضای مدت مندرج در سند شرطی و عدم رد ثمن از طرف بایع، بیع قطعی گردیده و مبیع مال مشتری می گردد.

پیش از تصویب ماده ۳۴ و مکرر قانون ثبت در سال ۱۳۵۱، برخی از این مواد قانون مدنی نهایت سوءاستفاده را نموده و با دادن وام به افراد نیازمند با سودهای کلان و کمرشکن، املاک باارزش آنها را در قبال ثمن بخش به بیع شرطی خریداری می نمودند و چون افراد مذکور پس از انقضای مدت قادر به بازپرداخت ثمن معامله و سود و بهره کلان آن نبودند ملک از آن مشتری (اعطاکننده وام) می گردید و از این طریق بسیاری از رباخواران صاحب مال و اموال باارزش و گران قیمت در مقابل پرداخت مبلغی ناچیز می شدند.

در سال ۱۳۵۱ قانون گذار برای جلوگیری از سوء استفاده کنندگان از فرصت های قانونی و برای نظارت و حاکمیت قانون بر معاملات شرطی و از طرفی نظم و انسجام بخشیدن به معاملات رهنی که بین بانک ها و مشتری آن منعقد می گردید اقدام به تصویب ماده ۳۴ و مکرر قانون ثبت نمود.

در ماده ۳۴ (اصلاحی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸) آمده بود: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار می تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند...» که در اجرای قانون مذکور بدهکار می تواند ظرف ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه درخواست حراج ملک خود را بنماید که در این صورت ملک مذکور را از طریق برگزاری حراج (که مبلغ آن از کل طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه های قانونی آن شروع و به کم تر از آن داده نمی شد) فروخته و ثمن معامله به بستانکار تحویل می گردید و مقرر شده بود که در صورت نبودن خریدار و همچنین در صورتی که بدهکار ظرف مدت ۶ ماه مذکور تقاضای حراج نکند در آن صورت پس از انقضای مدت هشت ماه از تاریخ ابلاغ، ملک با

اخذ کلیه حقوق و عوارض قانونی به بستانکار واگذار گردد.

در صورتی که تقاضای حراج از طرف بدهکار به اداره ثبت واصل می‌گردد، اداره مذکور مکلف بود نسبت به اجرای عملیات حراج اقدام نماید و اگر مورد رهن بیش از مبلغ کل طلب و خسارت و عوارض قانونی آن به فروش می‌رسید مازاد بر طلب باید به بدهکار مسترد می‌گردید، هر چند که در عمل چنین اتفاقی رخ نمی‌داد، زیرا بدهکاران بنا به دلایل مختلف عمدتاً از این فرصت قانونی جهت تقاضای حراج استفاده نمی‌نمودند و در نتیجه باگذشت زمان، ارزش املاکی که در رهن بانک‌ها قرار داشت روز به روز افزایش می‌یافت، به طوری که هیچ‌گونه تعادل اقتصادی و ارزش مالی بین وام دریافتی بدهکار و خسارات متعلقه با ارزش ملک وجود نداشت و به عبارتی ارزش ملک بسیار بیش‌تر و افزون‌تر از میزان بدهی بود و در نتیجه با عدم تقاضای حراج و یا در صورت برگزاری عملیات حراج و نبودن خریدار تمامی ملک مورد وثیقه در قبال مبلغ مورد رهن به بستانکار منتقل می‌گردید.

از طرفی ماده ۷۸۱ ق.م. تصریح دارد: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است؛ و اگر برعکس حاصل فروش کم‌تر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند.»

هر چند در ماده ۳۴ سابق در مواردی که مورد رهن به مرتهن واگذار می‌گردید، بستانکار موظف بود هرگاه قسمتی از طلب خود را که دریافت کرده بود به راهن مسترد نماید، اما در مورد ارزیابی رهنه و ایجاد تعادل بین میزان بدهی و ارزش مورد رهن سخنی به میان نیامده بود جز در مواردی که عملیات حراج انجام می‌گردید که در آن صورت هم مبلغ پایه حراج از مبلغ طلب و خسارات قانونی آن شروع می‌شد و نه از مبلغ و ارزش روز مورد وثیقه. برعکس، اگر مورد وثیقه به هر دلیلی تکاپوی طلب طلبکار را نمی‌نمود مرتهن حق رجوع به راهن را نداشت جز در مورد تبصره ۶ ماده ۳۴ که آن‌هم از طریق اعراض از رهن و تبدیل سند وثیقه‌ای به سند ذمه‌ای، که در آن صورت می‌توانست معادل طلب خود از اموال دیگر بدهکار نیز استیفا نماید. ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت به دلیل شیوع این مدل از بیع، معاملاتی را پیش‌بینی کرد که از آن به معاملات با حق استرداد یاد می‌شد. از جمله احکام معاملات با حق استرداد این است که این معاملات شبیه معاملات رهنی هستند. به عبارت دیگر، این معاملات موجب انتقال مال نمی‌شوند. بیع شرط نیز از معاملات این نوع از حق استرداد شناخته شد و حق تقاضای ثبت تنها از طرف شخص انتقال‌دهنده

موردپذیرش قرار گرفت، هرچند اصلاح دو ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیش تر بر فرایند تشریفات انجام اینگونه معاملات تکیه دارد و در جهت جلوگیری از سوءاستفاده از اینگونه معاملات ارزیابی می شود، ولیکن رویه جاری در معاملات همانند گذشته روال خود را طی می نماید.

بعد از اصلاح این ماده عده ای بر این باورند که چیزی به نام بیع شرط در قانون مدنی ایران وجود ندارد و احکام آن نسخ شده است. لذا بیع شرط تابع قانون معاملات با حق استرداد است. بیع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بیع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی می شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته اند، زیرا در این قسم از بیع شرط قصد بایع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست اگر به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می آید: اولاً، اینکه هر بیع شرط، معامله با حق استرداد تلقی گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است. پس بایع باید تمام بیع های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد بداند و روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع آن بیع را مصداق معامله با حق استرداد نمی کند.

مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیست، زیرا ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است.

در واقع بیع شرط قسم خاصی از بیع خیاری است، زیرا در بیع شرط اولاً، خیار شرط اختصاص به فروشنده دارد درحالی که در بیع خیاری ممکن است علاوه بر فروشنده خیار برای خریدار یا ثالث شرط شده باشد (ماده ۳۹۹ ق.م). ثانیاً، اعمال خیار در بیع شرط منوط به پرداخت ثمن است. به عبارت دیگر، صرف اعلام فسخ در بیع شرط برای انحلال کافی نیست و انشای فسخ باید همراه با رد ثمن باشد (مانند اخذ به شفعه)، درحالی که در سایر بیع های خیاری صرف ابراز اراده صاحب خیار مبنی بر فسخ برای انحلال بیع کافی است (کاتوزیان، ج ۵: ۱۵۰).

معامله با حق استرداد نسبت به بیع از یک جهت عام تر است، زیرا فقط به بیع محدود نمی شود و عنوان صلح را نیز دربرمی گیرد و از جهت دیگر خاص تر است زیرا موضوع آن به املاک محدود

است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۰).

باید بین بیع شرط با معامله رهنی تفاوت قائل شد. در بیع شرط قبض شرط صحت نیست اما در رهن چنین است. در بیع شرط منافع متعلق به خریدار است اما در معامله رهنی، مرتهن مالک منافع نیست (ماده ۷۷۲ ق.م). مورد معامله در بیع شرط ممکن است کلی باشد، اما مرهونه باید عین معین باشد (ماده ۷۷۴ ق.م). مقصود از عبارت معامله با حق استرداد، استرداد و وثیقه و آزاد کردن وثیقه است نه استرداد مالکیت. از همین رو، در تبصره دوم ماده ۳۳ قانون ثبت، حق تقاضای ثبت را به وثیقه‌دهنده داده است نه به طلبکار. عبارت انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده در تبصره ماده ۳۳ قانون ثبت نظر به ظاهر الفاظ معامله با حق استرداد دارد که صوری است و گرچه اگر مقصود انتقال مالکیت بوده باشد دیگر بیع شرط صوری نبوده، بلکه حقیقی است و مطابق قاعده مالکیت باید از انتقال‌گیرنده تقاضای ثبت پذیرفته می‌شد. از همان روست که برابر ماده ۴۶۳ قانون مدنی تقاضای ثبت از مدیون (ناقل ظاهری به طرف) پذیرفته می‌شود و وصول طلب بستانکار (منتقل‌الیه ظاهری) تابع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت است.

نتیجه‌گیری

خیار بیع شرط یا بیع‌الخیار از دیدگاه امامیه بر اساس ادله و عمومات آن صحیح دانسته شده است و ماهیت آن را بیع دانسته‌اند. فقهای اهل تسنن از بیع‌الخیار به بیع‌الوفا یاد کرده‌اند. آنها بر این باورند که بیع‌الوفا دارای ماهیت بیع واقعی نیست، بلکه ماهیت آن به رهن شبیه است. آنان این معامله را صحیح ندانسته و اظهار داشته‌اند که این معامله ربوی است و حیلۀ ربا در آن وجود دارد. هم‌چنین این شرط را خلاف مقتضای عقد دانسته و عقد را باطل شمرده‌اند. امامیه بر این باور است که خیار بیع‌الشرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست، خلاف مقتضای ذات عقد، یعنی عقلاً و عرفاً جمع آن شرط، با عقد ممکن نباشد. دلیل دیگر که امامیه برای صحت خیار بیع شرط بیان نموده، قاعده اصاله الصحه است. این قاعده بر کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، حاکم است.

بیع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بیع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی می‌شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین

جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته‌اند؛ زیرا در این قسم از بیع شرط قصد باع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست. هرگاه به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می‌آید. اولاً، اینکه هر بیع شرط معامله با حق استرداد تلقی می‌گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است پس باید تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد دانست. روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع، آن بیع را مصداق معامله با حق استرداد نمی‌کند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیست، زیرا ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است. با توجه به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و اصلاحیه آن در اسفند ۱۳۸۶ مواد قانون مدنی موصوف و تحلیل حقوقی صورت گرفته و با توجه به مبانی عقلی و شرعی آن نباید مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون مدنی را نسخ شده تصور نمود.

منابع

- ابن تیمیه. (۱۴۰۸ق.). *الفتاوی الکبری*، لبنان: دار الکتب العلمیه.
- ابن عابدین. (۱۴۱۵ق.). *حاشیه ردالمختار*، قم: دارالفکر.
- ابن قدامه، محمد. (۱۳۸۸ق.). *المغنی*، قاهره: دارالفکر العربی.
- ابن نجیم مصری، زین الدین. (۱۴۱۸ق.). *البحر الرائق فی شرح کنزالدقائق*، بیروت: دارکوب العلمیه.
- ابو زهره، محمد. (۱۳۷۵ق.). *الملکیه و نظریه العقد*، قاهره: دارالفکر.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق.). *حاشیه المکاسب*، تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع، الناشر المحقق المطبعه، المعلمیه، الطبعة الاولى.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق.). *کتاب البیع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الرابعة.
- بازاللبانی، سلیم رستم. (۱۴۰۶ق.). *شرح المعجله*، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.). *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین دارینی، قم: نشر الهادی.
- بزودی، علی. (۱۴۱۸ق.). *کشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام*، بیروت.
- جوزی، ابن قیم. (۱۴۱۱ق.). *اعلام الموقعین*، لبنان.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق.). *تفصیل وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البیت.

- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق.). *العناوین الفقہیہ*، قم: مؤسسه نشر جامعه مدرسین.
- حلّی، یوسف بن مطهر. (۱۴۱۰ق.). *تذکرۃ الفقہاء*، مکتبه الرضویہ لاحیاء الآثار الحجویہ المؤسس الشیخ عبدالکریم التبریزی.
- زحیلی، د. محمد. (۲۰۰۴م.). *القواعد الفقہیہ علی المذہب الحنفی و الشافعی*، کویت: مجلس النشر العلمی جامعہ الکویت، الطبعة الثانية.
- سنهوری، احمد. (۱۹۵۳) *مصادر الحق فی فقه الاسلامی*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. (۱۴۱۱ق.). *الاشباه والنظائر*، بیروت: دارالفکر.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد. (۱۴۲۰ق.). *کتاب المکاسب*، تحقیق لجنه التحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- _____. (۱۳۷۴) *المکاسب*، قم: دهاقانی، چاپ سوم.
- طوسی، محمدحسن. (۱۴۱۷ق.). *الخلاف*، تحقیق سید علی خراسانی، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- فروغی، سید علیرضا. (۱۳۹۶) *منطق استنباط (اصول فقه)*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶) *حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر یلدا، چاپ اول.
- محقق نراقی، احمد. (۱۴۰۸ق.). *عوائد الایام*، قم: مکتبه بصیرتی.
- مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.). *عناوین*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ممحسانی، صبحی. (۱۹۸۳م.). *النظریه العامه للموجبات والعقود*، بیروت.