

بیع شرط - معاملات با حق استرداد

(بخش اول)

محبوبه مینا*

چکیده

با توجه به مقررات قانون ثبت سال ۱۳۱۰، بیع شرط از حالت بیع بودن خارج و ملحق به عقد رهن گشت. هر چند که فلسفه‌ی این تحول جلوگیری از سوء استفاده‌ی فرصت طلبان بود اما به قصد حقیقی طرفین در معاملات واقعی بیع شرط توجهی نشد. به هر حال در تعارض بین ربای منهی و بیع شرط که امری مجاز است، بدون تردید دومی محکوم است.

منافع مال مورد معامله اختصاص به خریدار دارد و این اثر در حقیقت همان سود بدهی است. از طرفی با توجه به افزایش تورم و کاسته شدن از ارزش پول، به نظر می‌رسد تا حدی که این تعادل برقرار شود، تعلق منافع به وی منعی نداشته باشد یعنی مثل همان مال و نه بیشتر به خریدار برگردد.

در هر صورت بازنگری در مقررات قانون ثبت با توجه به احکام شرعی و واقعیت‌های عقلایی جامعه ضروری است.

کلیدواژه‌ها

بیع شرط - معاملات با حق استرداد - عقد رهن - حق فسخ - مالکیت عین و

منافع

* عضو هیأت علمی دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شیراز



مقدمه

عدالت مفهومی است که بشر از آغاز تمدن با آن آشنا و همواره در جستجوی آن بوده است. هدف از وضع قانون، اجرای نظم و عدالت است. عدالت ایجاب می‌کند که قانون‌گذار بین منافع و مصالح عمومی تا حد امکان جمع کند و پس از بررسی مصالح و مفاسد به وضع قانون پرداخته و با این اندیشه که اوامر و نواهی او برای حفظ جامعه ضروری می‌باشد، تلاش کند که افراد نیرنگ‌باز نتوانند از قانون سوء استفاده کنند و به راحتی آن را متزلزل سازند.

سرنوشت پرفراز و نشیب معاملات شرطی در حقوق ایران نمونه‌ای از این نیرنگ‌هاست. از نمادی مشروع و قانونی تا آن حد سوء استفاده شد که ربای منهی در شرع مقدس اسلام، چهره‌ای قانونی به خود گرفت.

هدف از انتخاب این موضوع، ارائه‌ی کاری مدون جهت بررسی تاریخچه‌ی این نوع معاملات، و تحقیق در این موضوع از رهگذر تغییر قوانین در قبل و پس از انقلاب اسلامی و تطبیق آن‌ها با احکام شرعی است که در هفت گفتار با عناوین زیرتدوین شده‌است:

۱- کلیات ۲- قلمرو بیع شرط - معاملات با حق استرداد ۳- شرایط صحت بیع شرط و معاملات با حق استرداد ۴- آثار این نوع معاملات ۵- تفاوت معاملات با حق استرداد با رهن ۶- اعمال حق فسخ و استرداد ۷- اجرای سند رسمی معامله با حق استرداد.

پرونده‌های علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

گفتار اول: کلیات

الف: تعریف

۱- تعریف بیع شرط

بیع شرط عبارت است از این‌که خیار برای فروشنده در ظرف مدت معینی شرط می‌شود، با بایع در صورتی می‌تواند از حق فسخ استفاده کند که ثمن یا مثل آن را بر حسب قرار داد پرداخت کند. در صورتی که با بایع در مدت مقرر از حق خود استفاده نکند، بیع قطعی می‌گردد. (م. ۴۵۸ ق.م.)^۱





مقررات بیع شرط در قانون مدنی تابع احکام فقهی است؛ منتها با توجه به مقررات مربوط به آن در قانون ثبت اسناد و املاک، بیع شرط از حالت بیع بودن خارج شده است.^۲

بیع شرط در حقوق رم نیز بوده است؛ پس از انعقاد بیع، مشتری مالک مبیع می‌شد اما فروشنده حق داشت که او را ملزم به فروش مجدد مال کند.^۳ اما آنچه در نظام حقوقی امروز مطرح می‌باشد، این است که مالکیت با عقد جدید بر نمی‌گردد بلکه برگشت عوض و معوض در راستای همان عقد اولی است.

در حقوق قدیم فرانسه به جای اصطلاح «بیع شرط»^۴ از اصطلاح «تعهد مجدد ارادی»^۵ استفاده می‌شده است اما قانون مدنی فرانسه^۶ همان اصطلاح حقوق رم را ترجیح داده است.^۷

بیع شرط در حقوق فرانسه با حق باز خرید متفاوت است؛ چون حق باز خرید مستلزم توافق جدیدی است، در حالی که در بیع شرط وضعیت چنین نیست^۸ و در صورت انتقال مال از طرف مشتری به اشخاص ثالث، حقوق معتبری به آن‌ها منتقل نمی‌شود و چون بایع در مال حق دارد، مخاطرات استرداد مبیع بر انتقال گیرنده تحمیل می‌شود.^۹

در حقوق مصر بیع شرط را «بیع الوفاء» می‌نامند؛ چون مشتری باید به عهد خود که همانا رد مبیع است، در هنگام استرداد ثمن وفا کند.^{۱۰}

۲- تعریف معاملات با حق استرداد و مطالعات فقهی

استرداد در لغت به معنای طلب باز پس گرفتن، داده را واپس خواستن، رد کردن خواستن^{۱۱} و باز گردانیدن خواستن^{۱۲} است. در تعریف معاملات با حق استرداد گفته شده است: «مقصود هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است، ملک تملیک شده را استرداد کند».^{۱۳} اصطلاح «معاملات با حق استرداد» ساخته‌ی قانون ثبت اسناد و املاک است؛ بنابر این تعریف باید ملهم از قصد قانون‌گذار باشد. هر چند که اصطلاح معاملات با حق استرداد، حکایت از نقل مال دارد و حقیقت هم همین است و این تعریف با مفهوم معاملات شرطی فقهی و قانون مدنی هم سازگار است، اما از منظر قانون ثبت؛ معاملات با حق استرداد، ترکیبی از عقد قرض و



ره‌ن است که در یک زمان پس از ایجاب و قبول به وجود می‌آید. به همین علت است که برخی از نویسندگان، قید صوری بودن انتقال را در تعریف ذکر کرده‌اند: «معامله با حق استرداد، معامله‌ای است که به موجب آن، شخص مال خود را در ازای وجهی صورتاً به دیگری انتقال می‌دهد ولی حق استرداد آن را در مدت معین با پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد، برای خود حفظ می‌کند».^{۱۴}

به بیان روشن‌تر، معاملات با حق استرداد به مفهوم قانون ثبت عبارت است از: این که یکی از طرفین، مالی را به دیگری به عنوان قرض تملیک می‌کند. (ثمن صوری معامله) اما برای اطمینان از این که وام در زمان مقرر به او برمی‌گردد، مطالبه‌ی وثیقه (مبیع) می‌کند تا در سررسید، در صورت عدم دریافت طلب خود بتواند از محل وثیقه، طلب خود را مسترد کند.

در نهایت اگر معاملات با حق استرداد را به دو قسمت عمده؛ معاملات با حق استرداد حقیقی و صوری تقسیم کنیم، تعریف اول با قسمت اول و تعریف اخیر با قسمت دوم هماهنگ است؛ بدین ترتیب، بیع شرط فقهی و قانون مدنی از معاملات با حق استرداد حقیقی هستند.^{۱۵}

ب: پیشینه‌ی تاریخی بیع شرط - معاملات با حق استرداد

۱- در حقوق ایران

۱-۱- قبل از تصویب قانون مدنی و ثبت طاعات فقهی

در ایران اولین فرمانی که در ارتباط با حرمت ربا صادر شد، فرمان غازان خان در سال ۶۹۸ ه. ق. بود.^{۱۶} پس از صدور این حکم، غازان خان با اعتراض بزرگانی که مجال سخن گفتن داشتند، مواجه شد. پادشاه گفت: «جهت آن می‌فرماییم تا راه معاملات نامحدود مسدود گردد». در این مدت که حکم نافذ گشت، برخی از مردم که ذوق ربا دردل داشتند، اجناسی چند به بهای گران به قرض می‌دادند به حیل آن که معامله و بیع است و صورت ربا ندارد. پادشاه گفت: «اگر ترک چنین حیل‌ها و تزویرها نکرده، فرمان فرماییم تا هر آفریده‌ای که قرض بستاند، اصلاً و رأساً، رأساً و ربح ندهد».^{۱۷}



در خصوص بیع شرط، فرمانی از طرف ناصرالدین شاه قاجار صادر شد. در این فرمان آمده بود که: «املاک مردم، بیع شرط نشود؛ به این معنا که هر وقت مقروض، ادای دین خود را اصلاً و اضافه نمود، صاحب طلب، حق خود را دریافت کرده و ملک را رد کند».^{۱۸} اما چون حد و حدودی برای این کار مشخص نشده بود، غالب بدهکاران درصدد ادای دین خود بر نمی‌آمدند و هر چند سال که می‌گذشت و ادعای ملک خود را می‌کردند، مؤثر واقع نمی‌گشت. ناصرالدین شاه فرمان دیگری صادر کرد:^{۱۹} «قرار بیع شرط یک سال است، به این معنا که بعد از انقضای موعد، طلبکار تا یک سال حق نخواهد داشت که ملک مزبور را تصرف کند و این مدت مهلت خواهد بود که هر وقت مقروض دین خود را ادا نمود، ملک را متصرف شود و پس از انقضای یک سال، اگر چه یک روز باشد، دیگر به هیچ وجه حق نخواهد داشت و صاحب طلب مأذون است ملک بیع شرطی را موافق حکم شرع به ملکیت تصاحب کند و امنای دیوان عدالت، ابداً مأذون نیستند به عرض مدیون رسیدگی کنند و عرض او به هیچ وجه محل اعتنا نخواهد بود».^{۲۰}

۱-۲- پس از تصویب قانون

اول - قانون مدنی

قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ با الهام از فقه امامیه، مقررات این نوع معامله را در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۴ بیان کرد. علت تصریح قانون‌گذار به این نوع معاملاتی شرطی، رواج آن خصوصاً به قصد استقراض بوده است. انگیزه‌های اقتصادی و مادی ایجاب می‌کند که اشخاص از پول و سرمایه‌ی خود بهره‌برند. از طرف دیگر چون اخذ ربا در اسلام حرام است و عواطف مذهبی مردم، اجازه چنین کاری نمی‌دهد. بسیاری از مردم در قالب بیع شرط سعی کردند که بین این دو عامل متضاد، نوعی توازن برقرار کنند. برای این که به بهره‌ی مال دست یابند و در عین حال اسم ربا را نیاورند، می‌گفتند: «فروشنده، بابت منافع مورد معامله که از طرف خریدار به او اجاره داده شده، ماهانه فلان مبلغ باید در وجه خریدار بپردازد»

در پایان مدت حق فسخ نیز، در صورتی که بدهکار توان پرداخت بدهی خود را نداشت، فروشنده بیع را لازم اعلام می‌کرد. وثیقه‌ی اموال و املاکی که در



ظاهر مبیع و در واقع وثیقه‌ی بدهی بودند، به‌خردار که طلبکار واقعی بود به بهایی معمولاً نازل، منتقل می‌گشت. بر همین اساس، قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۶۳ ق. م. اعلام کرد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». این ضمانت اجرایی کافی نبود؛ چون کشف قصد حقیقی طرفین، کار مشکلی است.

دوم - قانون ثبت

قانون‌گذار در متمم دوم ق. ث. اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۰۷ پیش بینی کرد: «نسبت به املاکی که با شرط خیار، یا به عنوان قطعی، و یا شرط نذر خارج و یا شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با شرط استرداد انتقال داده شده و مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد هنوز باقی است، انتقال دهنده حق دارد تقاضای ثبت کند ولی مکلف است حق طرف را نیز در تقاضا نام‌ی خود قید کند.

هرگاه انتقال دهنده در ظرف مدت بخواهد از حق خود استفاده کند باید با اطلاع اداره‌ی ثبت محل ملک نماید. اگر انتقال دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد، طرف می‌تواند صدور سند مالکیت قطعی خود را نسبت به ملک مورد معامله، که در دفتر املاک به اسم انتقال دهنده ثبت شده است تقاضا نماید.» همان طور که معلوم است حق تقاضای ثبت انتقال دهنده در ضمن مدت حق فسخ و حق تقاضای انتقال گیرنده، پس از پایان مدت حق فسخ پذیرفته شد. در صورتی که بدهکار نمی‌توانست بدهی خود را پرداخت کند، ملک به بستانکار منتقل می‌شد. اثر سوء چنین انتقالی هنگامی ظاهر می‌شد که ارزش مبیع (وثیقه) بیش از اصل بدهی بود. بر همین اساس در راستای همین ماده، قانون‌گذار اعلام کرد: «... اگر انتقال دهنده تا دو هفته از تاریخ ابلاغ ادعا کرد که تفاوت بین قیمت واقعی ملک در روز انقضای مدت حق استرداد و قیمت مقرر بین طرفین، از خمس قیمت واقعی در روز انقضای مدت بیشتر است، باید در ظرف مدت یک ماه به محکمه‌ی صالحه رجوع کند، هرگاه محکمه تفاوت قیمت را معادل خمس یا کمتر دید، حکم خواهد داد. اداره‌ی ثبت املاک، ملک را به طور قطعی به اسم طرف ثبت



نماید و هرگاه تفاوت را بیشتر از میزان فرق دید و طرف نیز تا یک ماه از تاریخ اخطار برای تأیید مازاد از خمس حاضر نشد، محکمه حکم به قیمت مقرر بین طرفین و اجرة المثل قانونی خواهد داد...».

این ضمانت اجرا نیز کافی نبود؛ چون این ماده میزان غبن انتقال دهنده را حداقل خمس قیمت واقعی ملک در نظر گرفته بود که این هم مقدار کمی نیست. سرنوشت انقلابی معاملات با حق استرداد، در سال ۱۳۱۰ رقم خورد. قانون‌گذار در ماده‌ی ۳۳ ق. ث. اعلام کرد: «...اعم از این که مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا درتصرف انتقال گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است. مگر در موارد ذیل...» و برای انتقال مال به انتقال گیرنده باید تشریفات م. ۳۴ ق. ث. رعایت شود با این بیان، بیع شرط از حالت بیع بودن خارج شد و ملحق به عقد رهن گشت. پس از تصویب قانون مذکور، اصلاحاتی بدین شرح انجام شد:

بند سوم ماده‌ی ۳۳ ق. ث. مصوب ۱۳۱۲. م. ۳۴ ق. ث. مصوب مرداد ماه ۱۳۲۰ در ضمن ماده‌ی ۳۴ مکرر ق. ث. در سال ۱۳۲۰ تصویب شد. مجدداً اصلاح ماده‌ی ۳۴ ق. ث. در دی ماه ۱۳۵۱ انجام شد.

آیین‌نامه‌ی اجرایی معاملات شرطی و رهنی، در اردیبهشت ماه ۱۳۵۲ تصویب شد. البته اصلاحاتی در همان سال در آیین‌نامه صورت گرفت. راه سوء استفاده با سلب اثر تملیکی و محدودیت‌های نقل و انتقال تا حدی بسته شد، اما آیا این تمام راه‌حل است یا قانون، اصلاحات دیگری را نیز می‌طلبد؟^{۲۱} سرنوشت پرفراز و نشیب معاملات با حق استرداد به این جا ختم نمی‌شود، شورای محترم نگهبان در تاریخ ۶۴/۹/۱۹ اعلام کرد که ترتیب مقرر در م. ۳۴ اصلاحی ق. ث. هماهنگ با موازین شرعی نیست.^{۲۲}

۲ - حقوق تطبیقی

۲-۱ - حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، بیع شرط تدبیر مناسبی برای کسی که به پول نیاز داشته، بوده است؛ چون در حقوق فرانسه محدودیت‌هایی در ارتباط با عقد رهن





وجود دارد؛ لذا، بیع شرط به عقد قرض و رهن ترجیح داده شده است. در ق.م. فرانسه، رهن (اختیاری) در اموال غیر منقول منعقد می‌شود،^{۲۳} اما موضوع بیع شرط، می‌تواند اموال منقول یا غیرمنقول باشد؛ مضافاً این که رهن اموال غیرمنقول باید با تشریفات انجام شود،^{۲۴} در حالی که توافق خصوصی طرفین در بیع شرط کافی است.^{۲۵} در ضمن این عقد معروف به «عقد مخفی کننده‌ی ربا» گشت.^{۲۶}

۲-۲- حقوق مصر

در حقوق مصر نیز بیع شرط وسیله‌ی مناسبی برای اخفای عقد قرض و رهن گشت.^{۲۷} بر همین اساس، در کشور مصر (بر طبق قانون قدیم) بیع الوفاء در دو قسمت بررسی شد؛ یکی بیع وفای حقیقی و دیگری صوری.^{۲۸} بیع وفای حقیقی، حکم بیع شرط و بیع وفای صوری، حکم عقد رهن را داشت^{۲۹} اما در قانون سال ۱۹۲۳ در صورتی که احراز می‌شد، بیع شرط صوری است، نه تنها احکام عقد رهن، اجرا نمی‌شود، بلکه اثر آن بطلان اعلام شد.^{۳۰} در حال حاضر بیع شرط به کلی از قلمرو قانون مدنی مصر حذف شده است.^{۳۱}

گفتار دوم: قلمرو بیع شرط - معاملات با حق استرداد

الف: از نظر نوع معامله:

بیع شرط از مصادیق خیار شرط و یکی از اقسام معاملات با حق استرداد است، خیار شرط در اکثر معاملات لازم و به طور کلی عقود جایز مطرح می‌شود. گرچه در عقود جایز جعل خیار از یک طرف یا از هر دو طرف بی مورد است؛ چون طرفین یا یکی از آن‌ها (بر حسب مورد) بدون دلیل هم می‌توانند عقد را بر هم بزنند.^{۳۲} البته در برخی از عقود هم چون نکاح^{۳۳} و وقف،^{۳۴} خیار شرط مطرح نمی‌شود و در پاره‌ای از عقود معین نیز، بین صاحب نظران اختلاف است.^{۳۵} معاملات با حق استرداد از دیدگاه ق.ث. چهره‌های گوناگونی دارد؛ قانون‌گذار در م. ۳۳ ق.ث. به برخی از اقسام آن از قبیل: بیع شرط، بیع قطعی با شرط وکالت خارج،^{۳۶} صلح با شرط خیار^{۳۷} و بیع با شرط نذر خارج^{۳۸} اشاره کرده است. اما چون احتمال داشت که معاملات با حق استرداد با چهره‌های دیگری نیز ظاهر





شود، قانون‌گذار تمهیدی کلی اندیشید و در م. ۳۳ ق.ث. اعلام کرد که: «... یا با هر عنوان دیگر با حق استرداد... انتقال داده‌باشد...» حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است. (مگر در موارد استثنایی)

ب: از نظر مورد معامله

در بیع شرط به مفهوم فقهی و قانون مدنی، محدودیتی از لحاظ منقول یا غیر منقول بودن مورد معامله وجود ندارد. اما این ابهام وجود دارد که آیا احکام معاملات با حق استرداد در ق.ث.، تنها شامل اموال غیر منقول می‌شود یا کلی‌تر از آن است؟

منشأ ابهام، نحوه‌ی نگارش ماده‌ی ۳۳ ق.ث. است؛^{۳۹} چون در صدر ماده‌ی ۳۴ ق.ث. تنها از اموال غیر منقول یاد شده است؛ در حالی که در تبصره‌ی یک^{۴۰} و دو^{۴۱} همین ماده در ارتباط با مدت حراج و مهلت پرداخت بدهی از طرف وارث بدهکار، اموال منقول و غیر منقول هر دو ذکر شده است.

با توجه به تبصره‌ی ماده‌ی فوق به نظر می‌رسد ذکر اموال غیر منقول در صدر ماده‌ی ۳۴ ق.ث. از باب مورد غالب بوده و جنبه‌ی حصری ندارد؛ چون معاملات با حق استرداد به قصد قرض، غالباً در اموال غیر منقول بوده است. بنابراین احکام معاملات با حق استرداد، شامل اموال منقول و غیر منقول هر دو می‌شود.

گفتار سوم: شرایط صحت بیع شرط - معاملات با حق استرداد

شرایط انعقاد بیع شرط همانند سایر عقود است، با این تفاوت که چنین معامله‌ای مبتنی بر شرایط فسخ شده است. بر همین اساس باید شروط دیگری فراهم شود تا معامله صحیح باشد. البته بنا بر وحدت ملاک در معاملات با حق استرداد نیز ثبت وجود دارد. این شرایط الزامی به شرح زیر است:

الف: مدت خیار فسخ و استرداد

مدت حق فسخ و استرداد باید معلوم باشد، اما معلوم بودن مدت به تنهایی کافی نیست؛ برای مثال اگر طرفین شرط کنند که در بین یک ماه و یا دو ماه حق فسخ داشته باشند، این حالت موجب جهل به عوضین می‌گردد؛ چون از مصادیق



قاعدہ‌ی ترجیح بدون مرجح است. پس مدت باید به گونه‌ای معین شود که احتمال کمی و زیادی در آن نباشد. زیرا مدت، خود قسطی از ثمن را به دنبال دارد^{۴۲} و با مجهول بودن مدت معلوم نیست که طرف مقابل در چه زمانی مالکیتش مسلم و قطعی می‌گردد.

البته تفاوتی بین مدت مجهول (مانند وقت رفع بحران تورم) و عدم ذکر مدت (مثل این که گفته شود: فلان کالا را می‌فروشم به شرط این که خیار داشته باشم) و ذکر مدت مطلق (همانند این که گفته شود، مدتی خیار شرط داشته باشم) نیست.^{۴۳}

در همه‌ی موارد بالا شرط باطل است اما آیا علاوه بر بطلان شرط،^{۴۴} عقد نیز فاسد است؟^{۴۵} فقیهان در این زمینه اختلاف نظر دارند. مشهور معتقدند که چنین شرطی مفسد عقد نیز می‌باشد، قانون مدنی نظر مشهور را پذیرفته است. (م. ۴۰۱ ق.م.)

ممکن است گفته شود، عرف در چنین مواردی چشم پوشی می‌کند و شرط فاسد را مفسد نمی‌داند. در پاسخ باید گفت: «چشم پوشی عرف هنگامی مؤثر است که شرط بر خلاف شرع نباشد، در حالی که چون غرر در شرط باعث غرر در خود معامله می‌شود به استناد «نهی النبی عن الغرر یا عن بین الغرر» چنین معامله ای محکوم به بطلان است.»^{۴۶}

شافعی نیز در صورت عدم تعیین مدت، عقد را باطل می‌داند. ابو حنیفه گفته است: «اگر در ضمن سه روز عقد تنفیذ شود، معامله صحیح است.» مالک، عقد را صحیح می‌داند و مدت خیار را تا حدی می‌داند که در عرف برای نوع معامله در نظر گرفته می‌شود.^{۴۷} هرچند عده‌ای مدت خیار شرط را در این حالت سه روز می‌دانند؛^{۴۸} اما باید اذعان نمود برای حمل اطلاق کلام بر سه روز، دلیل عقلایی آن را تأیید نمی‌کند، علاوه بر این چنین برداشتی با قصد حقیقی متعاقدین به طور الزامی هماهنگ نیست.

۱- ابتدای مدت خیار

در صورتی که مدت خیار تعیین شده باشد اما ابتدای آن مجهول باشد، اطلاق کلام اقتضا دارد که از ابتدای عقد حساب شود (م. ۴۰۰ ق.م.)، بنابراین مدت



خیار نه از زمان جدایی طرفین و نه پس از تمام شدن سه روز است.^{۴۹} (م. ۴۰۰ ق.م.)

حق فسخ می‌تواند متصل به عقد یا منفصل از آن باشد.^{۵۰} هیچ ایرادی ندارد که عقد در ابتدا لازم و پس از مدتی جایز گردد،^{۵۱} اما شافعی معتقد است که شرط خیار نمی‌تواند منفصل از عقد باشد؛ چون، اگر عقد لازم باشد، از لزوم بر نمی‌گردد.^{۵۲} این استدلال صحیح نیست؛ زیرا، خیار رؤیت تا قبل از رؤیت خیار، تأخیر ثمن تا قبل از سه روز و خیار تفلیس تا قبل از اعسار، قابل اعمال نیست، پس عقد می‌تواند مدتی لازم باشد و با شرایطی از این حالت رجوع کند.

بدین ترتیب اگر فردی سه روز خیار داشت و روز اول را ساقط کرد، دو روز دیگر حق فسخ دارد، اما شافعی معتقد است که اگر روز اول را ساقط کرد، دو روز بعد نیز ساقط می‌شود.^{۵۳}

۲- طول مدت خیار

۲-۱- حقوق اسلام

کسانی که بیع شرط و به طور کلی خیار شرط را صحیح می‌دانند، در طول مدت آن اتفاق نظر ندارند. نظر مشهور فقهای امامیه آن است که این خیار، حداقل و حداکثر ندارد؛^{۵۴} زیرا مغایرتی با عموم ادله‌ی صحت شرط ندارد، مگر این که طولانی شدن مدت، موجب جهل به یکی از عوضین گردد. نظیر خیار شرط برای مدت عمر. بنابراین بطلان چنین شرطی به علت طولانی بودن مدت نیست، بلکه به علت مجهول بودن آن است. شافعی معتقد است که طول مدت خیار بیش از سه روز نیست. ابوحنیفه نیز به این نظر رأی داده است.^{۵۵} اما آیا شرط فاسد است یا موقوف؟ فقهای حنفی می‌گویند: «صاحب خیار در ضمن سه روز یا حتی در لحظات پایانی سه روز اگر عقد را اجازه داد، معامله صحیح می‌گردد».^{۵۶}

حنابله برای مدت حق فسخ، محدودیتی قائل نشده‌اند. تنها مدتی را صحیح نمی‌دانند که موجب جهل به عوضین گردد.^{۵۷} مالکیه مدت خیار شرط را نسبت به موضوعات مختلف متفاوت می‌دانند. در بیع زمین و آن چه متعلق به آن است، نظیر ساختمان و درخت، مدت خیار بیست و شش یا بیست و هشت روز و در



۳:
۳:
۹
⋮





برخی کالاها، مانند لباس تا سه روز و در حیوانات متفاوت است.^{۵۸} و کالاهایی که دوامشان به سه روز نمی‌انجامد، خیارشان از سه روز کمتر است.^{۵۹}

۲-۲- حقوق تطبیقی:

در قانون قدیم فرانسه، مدت حق استرداد سی سال پیش بینی شده بود، اما قانون گذار مایل بود که معامله از حالت شک و ناپایداری رها شود. به همین علت در ماده‌ی ۱۶۶۰ ق.م. فرانسه نهایت مدت حق استرداد، پنج سال پیش بینی شد.^{۶۰} و اگر طرفین حق فسخ را شرط کنند، بدون این که مدت آن را تعیین کنند، بر پنج سال حمل می‌شود.^{۶۱} این قانون جنبه‌ی امری دارد و قاضی نمی‌تواند حکم به افزایش آن بدهد.^{۶۲}

در قانون قدیم مصر^{۶۳} م. ۳۴۱ ق.م. همانند قانون مدنی فرانسه، نهایت مدت حق استرداد پنج سال پیش بینی شد^{۶۴} و مدت نیز به ماه قمری احتساب می‌شد و روز بیع و استرداد جزو مدت مذکور محسوب نمی‌شد.

ب- موضوع خیار و استرداد باید معین باشد

اگر شرط شود که در یکی از دو کالا به طور مردد خیار ثابت باشد، این شرط هم باطل و هم مبطل عقد است. همان طور که مبیع مردد، موجب غرر و بطلان معامله است، خیار مردد بر حسب موضوع نیز باطل است. شافعی و ابوحنیفه تا سه روز چنین شرطی را صحیح دانسته‌اند.^{۶۵} این قول منطقی نیست؛ زیرا اگر چنین شرطی صحیح باشد، هم در طول سه روز و هم پس از سه روز صحیح است.

ج: پیوند شرط با عقد

مشهور فقیهان معتقدند که «شرط باید ضمن عقد باشد تا الزام آور باشد.» بیع شرط نیز از این قاعده مستثنا نیست و به این مورد نیز تصریح کرده‌اند، چون عقد به صورت منجز واقع می‌شود و شرایط قبل و بعد از عقد مؤثر در آن نیست،^{۶۶} مالکيه شرط قبل و بعد از عقد را صحیح نمی‌دانند.^{۶۷} از لحاظ قانونی با توجه به ماده‌ی ۱۰ ق.م. شروط تبانی قبل از عقد و شروط پس از عقد الزام آور می‌باشند.





گفتار چهارم: آثار بیع شرط - معاملات با حق استرداد قبل از اعمال حق فسخ و استرداد

الف: آثار بیع شرط - معاملات با حق استرداد در حقوق اسلام و ایران
۱- آثار بیع شرط در فقه و قانون مدنی
۱- ۱- مالکیت مبیع

در مورد انتقال مبیع به مشتری در زمان خیار در فقه، چند نظر مطرح شده است:

۱- بر طبق نظر مشهور فقهای امامیه به محض انعقاد عقد، مشتری مالک مبیع معین می‌گردد.^{۶۸} قانون مدنی نیز نظر مشهور را پذیرفته است. (م. ۴۵۹ ق.م.) به علت سوء استفاده‌هایی که از بیع شرط‌های صوری می‌شد، قانون‌گذار در م. ۶۶۳ ق.م. اعلام کرد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

اما این سؤال مطرح است که آیا بیع باطل است، چون «ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد» یا این که معیار اراده‌ی باطنی است که قرض و وثیقه است؟ چون العقود تابعه‌ی للقصد، قانون مدنی حکم مسأله را مسکوت گذاشته است.

۲- عقد بیع پس از پایان خیار موجب تملیک مبیع به مشتری است.^{۶۹}

۳- برخی نظری تفصیلی ارائه کرده اند: اگر مشتری خیار داشته باشد، از زمان انعقاد عقد مالک است و اگر بایع یا هر دو خیار داشته باشند، مشتری پس از پایان مدت، مالک مبیع می‌گردد.^{۷۰}

۴- نظر تفصیلی دیگری مطرح شده است: اگر مشتری خیار داشته باشد، مالکیت بایع نسبت به مبیع به نفس عقد از بین می‌رود، اما نسبت به مشتری تا زمانی که خیار تمام نشده باشد، منتقل نمی‌گردد.^{۷۱}

اشکال این نظریه این است که در مدت خیار، بدون مالک است. مبیع یا به مشتری اختصاص دارد یا به بایع. این نظریه مستلزم نوعی تناقض گویی نیز می‌باشد. چون خروج ما از اموال بایع بدین معناست که به مشتری اختصاص یافته است؛ در حالی که بر طبق این نظریه، مشتری نیز مالک نمی‌باشد و مالک نبودن مشتری به معنای مالک بودن بایع است.^{۷۲}



۲-۱- مالکیت منفعت و نمای مبیع

بر طبق نظر کسانی که عقد را موجب مالکیت مبیع نسبت به مشتری می‌دانند، منفعت و نمای منفصل از مبیع به مشتری اختصاص دارد. بر طبق نظر کسانی که بیع را کافی برای ایجاد مالکیت نمی‌دانند و پایان مدت خیار را نیز الزامی می‌دانند، (حال یا بنا بر قول تفصیل یا اطلاق) آیا پایان مدت کاشف نوعی مالکیت مشتری از زمان انعقاد عقد است یا ناقل ملکیت است؟ دو نظر مطرح است؛ نتیجه این اختلاف در دو مورد آشکار می‌شود.^{۷۳}

۱- بر فرض نظریه‌ی کشف، همانند قول مشهور، منافع و نمائات منفصل مال به مشتری و بنا بر قول نقل به بایع اختصاص دارد.

۲- در صورتی که نظریه‌ی نقل را بپذیریم، در طول مدت خیار، چون مال منتقل نشده است، اخذ به شفعه نیز از طرف شریک احتمالی بایع امکان ندارد.

روایاتی قول مشهور را تأیید می‌کند.^{۷۴} البته این روایات و روایاتی که اصل مشروعیت بیع شرط را بیان می‌کند، ناظر به بیع شرط‌های حقیقی است و ظاهراً در زمان صدور روایات مسأله‌ی حيله و تقلب مطرح نبوده است. منتهی اگر قرار باشد از نهادی عقلایی و شرعی استفاده‌ی غیر شرعی، نظیر اخذ ربا شود، بدون تردید، روایات^{۷۵} شامل این مورد نمی‌شود.^{۷۶}

به طور کلی در مورد جواز حيله‌های شرعی جهت رسیدن به امور نهی شده در فقه، دو نظریه وجود دارد؛ پاره‌ای از فقیهان مخالفت خود را با این اصل اعلام کرده‌اند^{۷۷} و درخصوص بیع شرط‌های صورتی، برخی از فقها به طور صریح اظهار نظر کرده و چنین شرطی را باطل اعلام کرده‌اند.^{۷۸}

۳-۱- تصرف مشتری در مبیع شرطی:

تصرف مشتری در مبیع شرطی محدود به اعمالی است که تعارض با خیار بایع نداشته باشد. از جمله این که مشتری نمی‌تواند مال را به ثالثی منتقل کند. (م. ۴۶۰ ق.م.) یا این که تملیک یا واگذاری منافع به دیگران برای بیش از مدت خیار ممنوع است. (م. ۵۰۰ ق.م.)



۲- آثار معاملات با حق استرداد در قانون ثبت

۲-۱- مالکیت عین مورد معامله:

همان‌طور که گفته شد،^{۷۹} قانون‌گذار در ق.م. حکم بیع شرط صوری را مسکوت گذاشته است. اما در م. ۲۳ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰ گامی بلند برداشت و اعلام کرد: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر نوع دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده، اعم از این که مدت خیراری عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منتفی شده یا نشده باشد و اعم از این که ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است مگر در موارد...» با سلب حق تقاضای ثبت از انتقال گیرنده، اثر تملیکی معاملات با حق استرداد سلب شده و این معاملات در ردیف معاملات رهنی قرار گرفتند. انتقال دهنده در حکم بدهکار و انتقال گیرنده در حکم طلبکار قلمداد شد. طلبکار پس از پایان یافتن مدت استرداد، برای وصول طلب خود می‌تواند از طریق دفترخانه‌ی تنظیم‌کننده‌ی سند اقدام کند.

در همین راستا شورای محترم نگهبان، مقررات قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد و نفی اثر تملیکی از آن‌ها را مخالف با موازین شرعی اعلام کرد.^{۸۰} گذشته از اختلافی که در مورد اظهار نظر شورای محترم نگهبان در ارتباط با غیر شرعی بودن قوانین قبل از انقلاب وجود دارد^{۸۱} باید به دو مسأله توجه شود:

۱- سوء استفاده‌ی نوعی از یک عمل قانونی و شرعی، جهت رسیدن به ربا و تملک وثیقه که معمولاً با بهای اندک بوده است. این اثر هنگامی مجری است که احکام معاملات شرطی فقهی و قانون مدنی اعمال شود.

۲- بی‌توجهی به قصد حقیقی طرفین در مواردی که معاملات با حق استرداد حقیقی است و حال آن که قوانین ثبت اعمال می‌شود.

در تعارض این دو مسأله کدام یک را باید ترجیح داد؟ در پاسخ باید گفت:

۱- اکثر احکام معاملات در حقوق اسلام جنبه‌ی عقلایی دارند؛ یعنی، از احکام امضایی هستند و نقش تأسیسی ندارند. بیع شرط نیز از این موارد استثنا





نشده است. بدیهی است که امضای شارع مقدس اسلام بر اساس مصالحی بوده که در آن وجود داشته است. برای مثال، فرد مستمندی، چون نیاز به پول دارد، خانه‌ی خود را به بیع شرط یا یکی از انواع معاملات با حق استرداد منتقل می‌کند و در عین حال حق استرداد را برای خود در ظرف مدت معینی باقی می‌گذارد تا در صورت تمکن مالی بتواند مال خود را مجدداً مسترد دارد. تأیید قانون‌گذار اسلام تصادفی و بیهوده نبوده است و بدون تردید تا زمانی که مصالح باقی هستند، حکم تملیکی بودن بیع شرط باقی است. اما اگر این نوع معاملات، قالبی نوعی، برای سوء استفاده گردند؛ چون مصالح به مفسد تبدیل شده اند، نمی‌توانند مورد تأیید شرع قرار گیرند.

۲- در تعارض حکم ربای منهی که از احکام تأسیسی و توقیفی است با بیع شرط که از احکام امضایی اسلام و امری جایز است، بدون تردید عمل به امر جایز محکوم است.

۳- از طرفی دیگر قانون ثبت با شدت عمل بیش از حدی با مسأله برخورد کرده است؛ چون سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد به عنوان یک اصل استثنا ناپذیر اعلام شده است. در م. ۳۹ ق.ث. می‌خوانیم: «در حقوقی که در مواد ۳۳ و ۳۷ و ۳۸ و ۴۴ 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. اعم از این که به موجب سند رسمی باشد یا غیر رسمی».

هر چند قانون‌گذار به علت سوء استفاده‌های نوعی، اثر تملیکی معاملات با حق استرداد را سلب کرد، اما این به آن مفهوم نیست که کلیه معاملات با حق استرداد صوری باشند، از طرفی دیگر چون کشف حقیقی طرفین که امری مخفی است نوعاً مشکل است: قانون‌گذار یک حکم کلی پیش بینی کرد، اما جای این سؤال مطرح است که چرا نباید ماده، به عنوان یک اماره‌ی نوعی پیش بینی شود، به گونه‌ای که امکان اثبات خلاف آن ممکن باشد. چون ممکن است معاملات شرطی حقیقی بوده‌اشند و مصالحی نیز داشته باشند. آن چه تا کنون در مورد سلب اثر تملیکی از معاملات شرطی گفته شد، در موردی است که خیار شرط به نفع بیایع باشد. اما در مورد این که خیار شرط به نفع خریدار باشد، عقد تملیکی



است و اقدامات حقوقی مشتری بر مال نافذ است. از جمله این که رهن مبیع مانع حقوقی ندارد و این عمل به منزله‌ی انصراف از حق فسخ است.^{۸۲}

۲-۲- مالکیت منافع مورد معامله

اول- طرح و بررسی نظریه‌ی اول:

با توجه به این که منافع در بیع شرط فقهی و قانون مدنی به خریدار اختصاص دارد و با توجه به این که معاملات با حق استرداد در ق.ث. تملیکی نیستند، آیا سلب اثر تملیکی از عین، منافع را نیز شامل می‌شود؟ به دلایل زیر نویسندگان حقوقی اظهار داشته اند که منافع به انتقال گیرنده (خریدار) اختصاص دارد:

یک - التزام خریدار شرطی بر این که طلب را تنها از فروش عین مورد معامله استیفا کند با نوعی تملیک ناپایدار سازگار است. زیرا مرتبه همیشه می‌تواند از رهن بگذرد، این اقدام، حق بر وثیقه را از بین می‌برد و او را در زمره‌ی طلب کاران عادی قرار می‌دهد. (م. ۷۸۷ ق.م. و تبصره‌ی ۶ م. ۳۴ ق.ث.) اما در معامله‌ی شرطی طلب با مالکیت مبیع پیوند ناگسستنی یافته و در آن ادغام شده است. چندان که جز از راه فروش یا تملیک آن قابل وصول نیست. به بیان دیگر برخلاف مرتبه‌ی که حق دارد به سایر اموال مدیون رجوع کند، خریدار شرطی، بر سایر دارایی‌های مدیون هیچ حقی ندارد و تنها بر مبیع حق دارد و این مناسب با نوعی انتقال ناقص و ناپایدار است که مالکیت موقت و تبعی منافع، از آثار آن است.^{۸۳}

در برابر این استدلال نکاتی چند قابل طرح است:

اول: التزام خریدار شرطی به استیفای حق از عین مورد معامله و نه موضوعی دیگر، تنها نوعی محدودیت است و محدودیت استیفا، ملازمه‌ای با انتقال مال ندارد. علاوه بر این برطبق نص صریح م. ۳۳ ق.ث. در زمان انعقاد عقد، هیچ گونه انتقالی انجام نمی‌شود؛ نه ناقص و نه پایدار، هر چند که خود قانون‌گذار در م. ۳۴ و ۳۴ مکرر ق.ث. منافع را متعلق به انتقال گیرنده می‌داند.^{۸۴} اما این نه به جهت انتقال ناقص است، بلکه چون بهره‌ی بدهی است. زیرا فرض بر



این است که بیع، صفت بیعی خود را از دست داده است. بنابراین نیازی به استدلال «انتقال ناقص» نیست.

دوم - بر فرض که محدودیت حق استیفا، ملازمه ای با انتقال داشته باشد، این انتقال نمی تواند ناقص باشد. انتقال، امری بسیط است، و نه مرکب. و امور بسیط دایر مدار وجود و عدم هستند. علاوه بر این بین انتقال ناقص مال و محدودیت در استیفا تفاوت است.

دو- از وصول، چنین استنباط می شود که مالکیت خریدار شرطی بر منافع ترجیح دارد. زیرا آن چه با مصالح اجتماعی و عدالت برخورد دارد و در قانون ثبت منع شده است، قطعی شدن تملیک و تصاحب خریدار شرطی با همان بهای قراردادی است. این اثر را از بیع شرط باید حذف کرد. در حالی که حق خریدار بر منافع، کمترین نتیجه ای است که از بیع تملیکی باقی می ماند و دلیلی بر ازاله ای آن به چشم نمی خورد.^{۸۵}

اما آیا آن چه که با مصالح اجتماعی و عدالت برخورد دارد، تنها سلب اثر تملیکی است؟ آیا استفاده ای منافع توسط انتقال گیرنده؛ خواه به صورت مستقیم یا غیر مستقیم همان ربح بدهی نیست؟ در همین راستا م. ۳۴ و ۳۴ مکرر ق. ث. یک نوع بازنگری را می طلبد. اگر قانون گذار مورد معامله را در حکم وثیقه می داند، چگونه می توان منافع را متعلق به خریدار (وام دهنده) دانست؟ هر چند که بر طبق نظر برخی از فقهای امامیه^{۸۶} و م. ۷۸۶ ق. م. رهن تصرف در رهن را از طرف مرتهن، فاسد و می رسد، حق با فقیهانی است که شرط تصرف در رهن را از طرف مرتهن، فاسد و مفسد عقد می دانند؛^{۸۷} چون انتقال منافع به مرتهن همان سود بدهی است. اما در عین حال باید بین حق مشتری شرطی و عدم اخذ ربا به گونه ای جمع شود.

سه- اگر وام دهنده حاضر به چنین معامله ای می شود، برای آن است که از پول خود استفاده کند و اگر معامله برای او فایده ای نداشته باشد، هرگز حاضر به انجام آن نمی شود.^{۸۸}

چهار- هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۵۵۴ مورخ ۱۹/۲۲/۴۴ در مقام وحدت رویه، رأی شعبه ی دهم دیوان عالی کشور را مبنی بر این که منافع ملک در بیع شرط متعلق به مشتری است. تأیید کرده و چنین اعلام داشته است: «...نظر به م. ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰^{۸۹} که به موجب آن اصل



وجه ثمن و اجور مال مورد معامله در مدت خیار، متعلق حق انتقال گیرنده شناخته شده و نظر به م. ۷۲۲ ق.آ.د.م که به موجب آن در صورتی که مال مورد معامله در تصرف انتقال گیرنده باشد، انتقال دهنده در مدت تصرف، حق مطالبه‌ی اجرت المثل را از انتقال گیرنده ندارد، رأی شعبه‌ی دهم، نتیجتاً مورد تأیید است. این رأی، طبق ماده‌ی واحده وحدت رویه ی قضایی، مصوب تیر ماه ۱۳۲۸ در موارد مشابه لازم الاتباع است»^{۹۰}

دیوان عالی کشور در رأی خود به دو ماده استدلال می‌کند که ظاهراً با یکدیگر در تعارضند. چون بر طبق نص صریح م. ۳۴ ق.ث. اجور مال متعلق به انتقال گیرنده است، اما مضمون م. ۷۲۲ ق.آ.د.م،^{۹۱} حکایت از این دارد که منافع اختصاص به انتقال دهنده دارد. با این بیان که:

- ۱- تعلق اجرت المثل مال به انتقال گیرنده مطلق نیست، چون در برابر استفاده از منافع، انتقال دهنده نیز خسارت تأخیر تأدیه پرداخت نمی‌کند.
- ۲- بین حق مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه از بدهکار و حق مطالبه‌ی اجرت المثل از بدهکار، نوعی تهاتر واقع می‌شود.
- ۳- موضوع تهاتر هنگامی قابل فرض است که مال مورد معامله در تصرف انتقال گیرنده باشد.
- ۴- تهاتر حکایت از ملکیت دارد، اگر منافع اختصاص به انتقال دهنده نمی‌داشت تهاتر نمی‌شد.

دوم- طرح و بررسی نظریه‌ی دوم:

در نقد نظریه‌ی قبل گفته شد که منافع مال نباید به انتقال گیرنده اختصاص یابد؛ چون ربا است. از طرفی، پس از استرداد مورد معامله، ثمنی که به مشتری برمی‌گردد با توجه به نقش تورم، همان ثمن پیشین نیست. در حقیقت نتیجه‌ی عدم پذیرش نظریه‌ی مذکور این است که مشتری، مستحق کسر ارزش پولی می‌گردد و این عادلانه نیست.

در ارتباط با نقش تورم در قرض، فقهای معاصر چند نظر مطرح کرده‌اند:

- ۱- برخی معتقدند که بدهکار مسئول کاهش ارزش پول نیست و با قرار داد هم نمی‌توان آن را، ولو ضمن عقد خارج لازم، شرعی کرد.^{۹۲}





۲- عده‌ای دیگر می‌گویند: برای جلوگیری از چنین ضررهایی وام دهنده به هنگام قرض دادن می‌تواند شرط کند که من این مبلغ اسکناس را که ارزش آن معادل با فلان مقدار پول ثابت یا اسکناس است، به تو قرض می‌دهم و به هنگام بازپرداخت باید این جهت را رعایت کنید و مبلغی را بدهید که دارای چنین ارزشی باشد.^{۹۳}

چنین شرطی ربا نیست؛ زیرا، شرط افزایش نیست. چون در این مورد سه حالت وجود دارد:^{۹۴}

الف- ارزش پول بالاتر برود و ارزش کالا کاهش یابد.

ب- جریان به عکس شود.

ج- تفاوتی صورت نپذیرد.

آن نوع از شرط، ربا محسوب می‌شود که در آن نفع وام دهنده ملحوظ بشود و حال آن‌که در این‌جا سه حالت وجود دارد. هر چند که شرط غالباً حافظ ارزش پول وام دهنده است لکن وی در این حالت، خواهان هیچ سودی نیست، بلکه خواهان مثل مالش از نظر ارزش است.^{۹۵} شاید بتوان گفت که برای حفظ ارزش پول وام دهنده، نیاز به شرط صریح در ضمن عقد نباشد؛ چون این شرط به طور ضمنی وارد قلمرو قرارداد می‌شود. به طور کلی هر کس خواهان مثل همان چیزی است که وام داده است. با این بیان نظر سومی ارائه می‌شود.

۳- خردمندان یک جامعه به هنگام قرض دادن خواهان این هستند که مثل مالشان را از نظر ارزش اقتصادی به هنگام بازپرداخت، دریافت کنند و این خواسته منافاتی با احسان وام‌دهنده نیز ندارد. چون وام‌دهنده سودی دریافت نکرده است، تنها کسر ارزش پولی بر او تحمیل نشده است. چون حفظ ارزش پول ربا نیست و بلکه مثل مال است و از این هم بالاتر اگر حفظ ارزش نشود، مصداق مثل نخواهد بود.

البته نباید این شبهه مطرح شود که در حرمت ربا تردید شده است. به عبارت دیگر، شبهه‌ی حکمی نیست و بلکه موضوعی است و به عنوان یک قاعده‌ی کلی، تشخیص شبهه موضوعی با عرف است.

در تأیید نظر بالا، یکی از فقهای معاصر معتقد است که: «حقیقت و هویت اسکناس عبارت از قدرت بر خرید و قدرت بر توانایی به رفع احتیاجات است و





چنین ارزشی دارای جنبه‌ی عقلایی می‌باشد. پس قرض اسکناس، تملیک مقدار معینی از قدرت خرید خواهد بود. که در برابر، همان مقدار قدرت خرید باید برگردانده شود. پس وقتی دو میلیون تومان قرض گرفته می‌شود، در حقیقت قدرت خریدی برابر با دو میلیون تومان قرض گرفته شده است و موقع ادای بدهی در وقت مقرر، باید همان میزان قدرت خرید هر چند با مبلغ بیشتری اسکناس را پرداخت نماید. در غیر این صورت مقترض، بدهی خویش را تأدیه ننموده است.^{۹۶} بنابراین تا حدی که تورم دخالت دارد، استفاده از منافع با عنوان تهاتر، منعی ندارد اما بیش از این حد ربا محسوب می‌شود.

ب- آثار بیع شرط در حقوق فرانسه:

قبل از اعمال حق استرداد، مشتری مالک مبیع می‌شود اما مخاطرات معامله بر او تحمیل می‌شود. و هنگامی که بایع از حق فسخ استفاده نکند، مال و مخاطراتش در ملکیت او باقی می‌ماند^{۹۷} و مالکیت مشتری قطعی می‌گردد. (م. ۱۶۶۲ ق.م. فرانسه).

مشتری جمیع حقوقی را که بایع دارد کسب می‌کند و با گذشتن مدت قبل از مالک حقیقی و قبل از هر کس دیگری که استناد به حق عینی را رهن مبیع را کند، مالک می‌گردد.^{۹۸} در ضمن مشتری بر هر طلبکار دیگر بایع مقدم است.^{۹۹} بایع شرطی می‌تواند از مشتری دوم، مورد معامله را مسترد دارد، حتی اگر حق استرداد در عقد دوم شرط نشده باشد.^{۱۰۰}

ج- آثار بیع شرط در حقوق برخی از کشورهای عربی

بر طبق قانون قدیم مصر، بیع شرط در صورتی که حقیقی بود، آثار بیع شرط و اگر صوری بود، آثار عقد رهن را داشت. (م. ۳۳۸ و ۳۳۹ اهلی) در این راستا قاضی موظف بود، عقد را بر حسب قصد حقیقی طرفین عقد تفسیر کند.^{۱۰۱} اما تقسیم بیع شرط، به صوری و حقیقی راه‌گشای حل مشکلات نبود؛ چون اگر قصد حقیقی طرفین در دادگاه احراز می‌شد، نهایت ضمانت اجرای معامله‌ی صوری، اجرای حکم عقد رهن بود؛ بنابراین طرفین، بدون نگرانی، معاملات صوری را منعقد می‌کردند. بر همین اساس در سال ۱۹۲۳ نه تنها اثر رهن بر بیع شرط صوری پیش بینی نشد، بلکه ضمانت اجرای آن بطلان اعلام



گردید.^{۱۰۲} اما در قانون جدید مصر به طور کلی بیع شرط (اعم از حقیقی و صوری) باطل اعلام شد.^{۱۰۳} نتیجه‌ی این معامله این است که مشتری چون مالک مبیع نمی‌شود، باید آن را رد کند و بائع، بدون رعایت مدت حق استرداد، حق مطالبه‌ی مبیع را دارد. بنابراین تصرف مشتری در مبیع، غیر مالکانه است.^{۱۰۴} م. ۴۳۳ ق.م. سوریه، ۴۵۴ ق.م. لیبی با م. ۴۶۵ ق.م. مصر هماهنگ است. اما م. ۱۳۳۳ ق.م. عراق، بیع الوفاء را در حکم رهن تصرف می‌داند. بیع شرط در لبنان به موجب م. ۴۷۶ ق.م. مملک است.

پی نوشت ها:

۱. محقق کرکی، جامع المقاصد، ص ۲۹۱؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۵ و تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۶؛ شهید اول، دروس، ص ۳۹۵؛ جمال الدین احمد حلی، المذهب البارع، ج ۲، ص ۳۸۴.
۲. ر.ک.: ص ۷۷، همین مقاله.
3. Baudey Lacantinerie et Leo Siagnant, *Traite Theorique et Pratique De Droit Civil De la Vent et De L.Echange*. p. 611.
4. Vendre a remere
5. retraite conventionel
6. Art. 1059: Le Faculre de rachat ou de remere est un pacte laquel levendeur se reverse de prendre la chose vendue.
7. Armoise Colin, *Course Elementaire de Droil Civil Francais*, p. 549.
8. Marcel Planiol et George Ripert. *Traite' Pratique De Droit Civil*, p. 203.
9. Baudry Lacantinerie et Leo Siagnat, *Traite Theorique et Pratique De Droir Civil De la Vente et De L'echange*, p. 610.
۱۰. محمد عیسی بک، شرح البیع، ص ۶۰۹؛ احمد فتحی زغلول، شرح القانون المدني، ص ۲۵۲؛ انور السلطان، العقود المسماة، شرح البیع و المقایضة، ص ۲۸۳.
۱۱. علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ج ۲، ص ۱۸۱۳.





۱۲. محسد پاشا (متخلص به شاد)، فرهنگ جامع فارسی، ج اول، ص ۲۵۶، حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، جلد اول، ص ۱۶۸؛ محمد معین، فرهنگ فارسی، ج اول، ص ۲۴۷.
۱۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۷۷.
۱۴. داخل گیومه از: سید حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۵۳.
۱۵. رک: ص ۱۳ همین مقاله.
۱۶. غازان خان نواده‌ی چنگیز بود. در سال ۶۷۰ ه. ق. دیده به جهان گشود و در سن ۲۴ سالگی زمام امور را به دست گرفت. ده سال پیش نداشت که پدرش ارغون او را به حکومت خراسان گماشت و امیر نوروز را سرپرست امور او کرد. امیر نوروز که اسلام آورد، سبب شد که غازان خان هم اسلام بیاورد. (چهاردهم شعبان ۶۹۴ ه. ق.) نقل از: علی پاشا صالح، مباحثی از تاریخ حقوق، ص ۱۸۶.
۱۷. رک: رشید الدین فضل الله همدانی، جامع التواریخ، ج ۲، ص ۱۰۸۵.
۱۸. روزنامه‌ی دولت علیه ایران، شماره ۵۶۲، پنج شنبه، ماه صفر ۱۲۸۱ ه. ق. ص ۵.
۱۹. همان منبع.
۲۰. برای دیدن یک نمونه دعوی قبل از صدور فرمان مذکور رک: همان منبع، شماره‌ی ۵۰۹، پنج شنبه، شانزدهم جمادی الاخر ۱۲۷۸ ه. ق.
۲۱. در مبحث آثار، در این رابطه سخن خواهیم گفت.
۲۲. رک: ص ۸۳ همین مقاله.
23. Art. 2114: "L'hypothèque est un droit reel sur les immeubles affetes a l'acquittement d'une obligatio...", Art. 2119: "Les meubles n'ont pas de suite parhypothèque."
24. Art. 2129: "L'hyoteque conventionell en peut etre constitue que par actpasse" en frome authentique devant deux notaites ou devant un notaire etedux temonis.
25. Baudrt Lacantinerie et leo siagnat, *Traite Theorique et Pratique De Droit Civil De Vente et De L'echange*, p. 641.
26. Contrat Pigroratif.
۲۷. دکتر سلیمان مرقس، محمد علی امام، عقد البیع فی التقنین المدنی الجدید، ص ۴۳۰؛ محمد کامل مرسی بک، شرح القانون المدنی الجدید، العقود المسماة، الجزء السادس، عقد



البيع والمقايضة، ص ٤١٨؛ عبدالرزاق سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤ و البيع، قسمت اول، ص ١٤٨.

٢٨. م. ٣٢٨/اهلي و م. ٤٢٣/مختلط.

٢٩. م. ٤٢٢/٣٢٩. (همان قانون)

٣٠. م. ٤٦٥. برای دیدن مذاکرات موافقین و مخالفین حذف این ماده ر.ک.: وزارت القانون المدني، مجموعة اعمال التحصيرية، الجزء الرابع، العقود المسماة، ص ١٦٤ به بعد.

٣١. ر.ک: بخش دوم این مقاله.

٣٢. شهيد ثانی، مسالك الافهام، ج ١، ص ١٤٤.

٣٣. چون نقش عبادی نکاح بر جنبه‌ی حقوقی آن غالب است، لذا نکاح از جمله اعمالی است که احتیاط در آن لازم است و رفع آن تنها با امر معین محقق می‌شود. شافعی نیز به این قول اعتقاد دارد: محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٣؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ص ٥١٦.

در صدق، چون عقد مستقلی از نکاح است، خيار شرط قابل جریان است: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ١، ص ٥١٦ و تحرير الاحکام، ج ١، ص ١٦٧؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٤.

٣٤. چون در وقف، نوعی قصد قربت مطرح است: محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٤.

٣٥. از جمله: ١- هبه‌ی مقبوضه‌ی غیر معوض به بیگانه که متهب در آن تصرف نکرده باشد، برخی از طرف‌داران خيار شرط در این عقد عبارتند از: علامه‌ی حلی، تذکرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٢٢.

٢- بیع صرف: از طرف داران خيار شرط در این عقد: شهيد اول، دروس، ص ٣٦٠ و از مخالفان: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ١، ص ١٤٣.

٣- بیع سلم: این عقد را عده‌ای ملحق به بیع صرف کرده‌اند و گفته‌اند: چون قبض ثمن در مجلس الزامی است. (همانند قبض ثمن و ثمن در بیع صرف) به تفرقی در این دو عقد نیازمندیم که ارتباطی بین طرفین عقد برقرار نشود و خيار شرط باعث می‌شود که لزوم عقد از بین برود و ارتباط ایجاد شود: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ١، ص ٥١٦.

٤- صلح: محقق کرکی در جامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٣ معتقد است که خيار شرط در آن مطرح می‌شود.





۵- مساقات: از مخالفان خیار شرط: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۵۲۲، اما به دلیل عموم «المؤمنین عند شروطهم» باید گفت، خیار شرط منعی ندارد.

۶- اجاره: در مورد اجاره چند نظر وجود دارد: الف- خیار شرط جریان می‌یابد: علامه حلی، ارشاد الازمان، ج ۱، ص ۲۷۵، ب- عده‌ای نظری کاملاً به عکس را پذیرفته‌اند: علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۷، ج- گروهی در اجاره بر کلی تردید کرده‌اند (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۱۷). د- و عده‌ای بر اجاره بر معین تردید کرده‌اند (شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱، ص ۵۱۷).

۷- حواله: از طرف داران خیار شرط: شیخ یوسف بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۱، ص ۷، در ابراء و طلاق بر طبق نظر مشهور خیار شرط مطرح نمی‌شود: علامه حلی، ارشاد الازمان، ج ۱، ص ۲۵۷؛ محمد باقر سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۹۳؛ علامه تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۷.

در خلع و مبارات خیار شرط مطرح نمی‌شود، هر چند مسائل مالی در آن مطرح است، اما این نقش تنها جنبه‌ی فرعی دارد: محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۳. در شفعه خیار شرط مطرح نمی‌شود؛ چون شفعه مبتنی بر تراضی نیست: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، جلد ۱، ص ۵۱۶.

در قسمت، اعم از این‌که مشتمل بر رد باشد یا نباشد، خیار جاری می‌شود: محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۳.

۳۶. در این حالت وام گیرنده ملک را به بیع قطع به وام دهنده واگذار می‌کند و مشتری به بایع، وکالت خارج می‌دهد که در زمان معین، بایع بتواند در برابر پرداخت ثمن و مال الاجاره‌ی زمان گذشته، مبیع را به خود انتقال دهد. در صورت عدم انجام وکالت هیچ تردیدی در ملکیت قطعی مشتری نمی‌باشد.

۳۷. طرفین شرط نذر خارج می‌کنند که هرگاه بایع ثمن را بدهد بتواند ملک را مجدداً باز پس بگیرد.

۳۸. م. ۷۶۰ ق.م. «صلح عقد لازم است؛ اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و برهم نمی‌خورد مگر با خیار یا اقاله، هم چنین ر.ک. به م. ۷۶۱ ق.م.

۳۹. ر.ک.: دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

۴۰. تبصره‌ی یک م. ۳۴ ق.ث.: «در حراج اموال منقول و غیر منقول بدون تشریفات، آگهی خاص در روزنامه، مرکز یا مراکز حراج به عمل می‌آید...».



۴۱. تبصره‌ی دوم م. ۳۴ ق.ت.: «هرگاه بعد از ابلاغ اجرائیه و قبل از واگذاری مال به غیر یا انتقال یا تحویل مال به بستان‌کار، وقوع فوت بدهکار مستنداً با مدرک رسمی اعلام شود، از تاریخ فوت، نسبت به اموال منقول سه ماه و نسبت به اموال غیر منقول شش ماه مهلت خواهند داشت.

۴۲. البته در این مسائل اتفاق نظر وجود ندارد: برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک.: شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۷.

۴۳. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۲۸، میرزا محمد حسین نائینی، منیة الطالب، ج ۲، ص ۴۱.

۴۴. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۳۴؛ شهید اول، دروس، ص ۵۱۹؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ص ۱۲۲.

۴۵. حنابله تنها شرط را باطل می‌دانند: عبد الرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، ص ۱۸۰.

۴۶. شیخ محمد حسین سبحانی، نخبة الازهار، ص ۱۳۶.

۴۷. شهید اول، دروس، ص ۵۲۰.

۴۸. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۳۴؛ شیخ مفید، سید مرتضی درانتصار، ابن براج و ابی الصلاح حلبی این نظریه را پذیرفته‌اند. به نقل از علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۱، ص ۳۵.

۴۹. محمد باقر سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۹۱؛ سیدابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهة، ج ۶، ص ۲۱۲.

۵۰. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۳۴؛ شهید اول، دروس، ص ۵۱۹؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۴۲ و مختلف الشیعة، ج ۱، ص ۳۵۱.

۵۱. محمد باقر سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۲؛ میرزا محمد حسین نائینی، منیة الطالب، ج ۲، ص ۴۰.

۵۲. نقل از علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۲.

۵۳. همان منبع.

۵۴. علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۱۴۲ و تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۶.

۵۵. نقل از شهید اول، دروس، ص ۵۱۸؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۲.





۵۶. عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، صص ۱۷۸ و ۱۷۹. برخی از نویسندگان اهل سنت در مورد طول مدت خیار بیش از سه روز، بین عقود تفاوت گذشته‌اند: با این بیان که، اگر عقد کفاله یا حواله باشد، تجاوز از سه روز لطمه‌ای به عقد نمی‌زند، چون در این عقود تأمل و بررسی بیشتر مطرح است؛ احمد ابوالفتح، المعاملات فی الشریعة الاسلامیة، ص ۲۱۷.

۵۷. عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، ص ۱۷۹.

۵۸. همان منبع، ص ۱۷۸. در مورد حیوان اگر قابل سواری نباشد، تا سه روز خیار ثابت است، در غیر این صورت تا پنج روز خیار وجود دارد.

۵۹. شهید اول، دروس، ص ۵۲۰.

60. Marcel Planiol, George Ripert, *Traite Pratique De Droit Civil*, Tome X., *Contrat Civils, Premiere Partie*, p. 205

۶۱. ذیل م. ۱۶۶۰ ق.م. فرانسه.

۶۲. م. ۱۶۶۱ ق.م. فرانسه.

۶۳. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک.: عبدالرزاق سنهوری، الوسیط، ج ۴، البیع و المقایضه، قسمت اول، ص ۱۵۸؛ محمد کامل مرسی بک، عقد البیع و المقایضه، ص ۴۲۳؛ سلیمان مرقس و محمد علی امام، عقد البیع، ص ۴۳۵؛ احمد فتحی زغلول، شرح القانون المدنی، ص ۲۵۴؛ انور سلطان، العقود المسماة، ص ۳۸۴.

۶۴. برای مطالعه در قوانین دیگر کشورها ر.ک.: م. ۲۸۳ و ۲۸۴ ق.م. ایتالیا م. ۶۸۵ و ۶۸۶ تونس، م. ۵۸۶ مراکش، م. ۴۷۴ و ۴۷۵ لبنان، م. ۱۵۰۸ اسپانیا، م. ۱۵۸۸ پرتقال، م. ۱۵۵۷ و ۱۵۵۸ هند، م. ۱۴۱۵ و ۱۴۱۶ آرژانتین و م. ۵۰۲ آلمان، ق.م. آلمان و م. ۱۱۴۱ برزیل.

۶۵. عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، ص ۱۷۸.

۶۶. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۴؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۱؛ شهید اول، دروس، ص ۵۱۹؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۴۲.

۶۷. عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، ص ۱۷۹.

۶۸. سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۲۸؛ شهید اول، دروس، ص ۳۶۰؛ جمال الدین حلی، المذهب البارع، ج ۲، ص ۳۸۴. حنابله این قواعد را پذیرفته‌اند: عبدالرحمن

الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، ص ۱۸۰. شافعی در یک قولش این نظر را پذیرفته است: عبدالرحمن ابن عمر، شرح الکبیر، ج ۴، ص ۷۰.





۶۹. ابن جنید نقل از شیخ یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۹، ص ۶۲ (بدون ذکر منبع) هماهنگ با قول مالکیه، عبدالرحمن الجزیری، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، ج ۲، ص ۱۸۳.

۷۰. شیخ طوسی نقل از شیخ یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۹، ص ۶۲. منبع مورد استفاده‌ی نویسنده ذکر نشده است. عبدالرزاق سنهوری، *مصادر الحق*، ج ۴، ص ۲۰۴. شافعی در یک قولش این نظر را پذیرفته است.

۷۱. ابوحنیفه این قول را پذیرفته است و مورد را با هبه‌ی قیل از قبض قیاس کرده است: عبدالله بن عمر، *شرح الکبیر*، ج ۴، ص ۷۰.

۷۲. ر.ک.: شیخ یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۹، ص ۶۴، پاورقی شماره (۱).

۷۳. ر.ک.: شیخ یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۹، ص ۶۴.

۷۴. احمد بن مهدی نراقی، *مستند الشیعه*، ج ۲، ص ۳۹۰. هم چنین جهت بررسی بیشتر ر.ک.: محمد باقر سبزواری، *کفایه الاحکام*، ص ۹۳.

۷۵. شیخ حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۳۵۵، باب ۸، حدیث ۲.

۷۶. شرح سوء استفاده در ص ۷۲ بیان شد.

۷۷. ر.ک: دکتر سید محمود کاشانی، *نظریه‌ی تقلب نسبت به قانون*، ص ۸۹ به بعد.

۷۸. عبدالله بن عمر، *شرح الکبیر*، ج ۴، ص ۷۰: «اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض لياخذ غله المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لياخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصريف فيه».

۷۹. ص ۷۳ همین مقاله.

۸۰. نظریه‌ی شماره ۴۸۹۸ در تاریخ ۶۴/۹/۱۹ «شورای عالی محترم قضایی: چون راجع به م. ۳۴ اصلاحی ق.ث. اسناد و املاک ۱۳۵۱/۱۰/۱۵ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سؤال شده بود. در جلسه‌ی رسمی فقهای شورای نگهبان ماده‌ی مذکور، مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح زیر به اکثریت آراء مغایرت آن با موازین شرعی اعلام شد: ۱- در بیع به شرط خيار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبيع به خود پس از انقضای مدت و عدم اخذ به خيار و انتقا موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است؛ بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.





۲- در مورد رهن نیز از لحاظ این که مرتهن در صورتی که از جانب راهن وکالت در فروش نداشته باشد، نمی‌تواند مستقلاً اقدام کند و بعد از مطالبه و امتناع، راهن باید رفع امر به حاکم شرعی نماید و هم چنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیشتر از دین باشد؛ مغایر با موازین شرعی است.

۳- تأخیر در وصول دین در مواردی که حال و مؤجل شده است به مدت هشت ماه یا بیشتر نیز با موازین شرعی مغایرت دارد».

۸۱- عده‌ای (ناصر کاتوزیان، مقدمه‌ی علم حقوق، ص ۱۷۷؛ سید محمد هاشمی، جزوه‌ی حقوق اساسی، قسمت دوم، ص ۷۱. دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی؛ سید محمد خامنه‌ای، مجله کانون وکلا، شماره‌ی ۱۵۳ - ۱۵۲، سال ۱۳۶۹، مقاله‌ی اصل چهارم قانون اساسی، ص ۴۱ به بعد) معتقدند با توجه به اصل ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی، شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی حق فسخ، الغا یا اصلاح دارد. البته بدون تردید از طریق مجلس شورای اسلامی اظهار نظر شورای نگهبان بلا مانع است. گروهی دیگر (دکتر حسین مهرپور، کانون وکلا، شماره‌ی ۱۴۷ و ۱۴۶، سال ۱۳۶۸، اصل چهارم قانون اساسی، ص ۱۷ به بعد؛ سید غلامرضا شهری، حقوق ثبت، ص ۷۳ و ۷۴) معتقدند صلاحیت شورای نگهبان عام است؛ یعنی، با توجه به اطلاق یا عموم اصل چهارم قانون اساسی، شورای نگهبان می‌تواند به طریق اولویت به قوانین و مقررات قبل از انقلاب نظارت کند».

همان طور که معلوم است، اختلاف، در اصل اظهار نظر نیست، گروه اول معتقدند؛ تشریفات شکلی و رسمی این کار باید طی شود.

۸۲. رک: ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۳، عقود اننی و وثیقه‌های دین، ص ۵۵۴.

۸۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۸۰.

۸۴. مقصود از اجور، اجرت المثل مال است. اگر منافع اختصاص به بدهکار داشته باشد، پرداخت اجرت المثل بهای آن به بستان کار بی مفهوم است.

۸۵. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۸۱.

۸۶. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۷۸.

۸۷. عبدالله بن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۳۴۵، شیخ محمد شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص

۱۲۲؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۷۵.

۸۸. سید حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۳۶.





۸۹. در سال ۱۳۵۱ این ماده اصلاح شده است، منتها مقدار مورد استناد به قوت خود باقی است.

۹۰. فرج الله قربانی، *آرای وحدت رویه‌ی حقوقی*، ص ۶۴۰، در ضمن برای دیدن متن دعوی و رأی شعبه ی اول و دهم دیوان عالی کشور به همین منبع رجوع شود.

۹۱. م. ۷۲۲ ق.آ.د.: «در معاملات با حق استرداد که مورد معامله به تصرف دائن داده شده است، دائن حق مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه و مدیون حق مطالبه‌ی اجرت المثل را نسبت به مدتی که مورد معامله در تصرف دائن بوده است، را ندارد».

۹۲. شیخ غلامرضا رضوانی، *مجله‌ی رهنمون*، پاییز ۱۳۷۳، شماره ۶، ص ۹۰.

۹۳. شیخ جعفر سبحانی و شیخ لطف الله صافی گلپایگانی، همان منبع، ص ۹۲.

۹۴. همان منبع.

۹۵. میرزا حسین نوری، *مستدرک الوسائل*، ج ۲، ص ۴۹۲.

۹۶. سید محمد موسوی بجنوردی، *مجله‌ی رهنمون*، پاییز سال ۱۳۷۳، ص ۱۰۹.

97. Marcel Planiol, *Traite Pratique De Droit Civil*, Tome X., *Contrats Civils, Promiere Partie*, p. 209, Henrie, Leon, Jean Mazeaud et Francois Chabas, *Lecons De Droit Civil*, Tome 3, Deuxeme Volume.

۹۸. م. ۱۶۶۵ ق.م. فرانسه.

۹۹. م. ۱۶۶۶ ق.م. فرانسه.

۱۰۰. م. ۱۶۶۴ ق.م. فرانسه.

۱۰۱. محمد کامل مرسی بک، *الملکیه و الحقوق العینی*، ص ۶۰۸، *شرح القانون المدني الجديد*، ج ۶، ص ۴۱۸؛ محمد عیسی بک، *شرح البیع*، ص ۶۰۹.

۱۰۲. م. ۳۳۹ به م. ۴۲۲ به این شکل تغییر یافت: «اذا كان الشرط الوفايي مقصوداً به اخفاء رهن عقاری، فان العقد يعتبر باطلاً لا اثر له سواء بصفة بیعاً او رهنأ»

ر.ک.: سلیمان مرقس، محمد علی امام، *عقد البیع فی التقنین المدني الجديد*، ص ۴۳۱؛ انور سلطان، *العقود المسماة، شرح البیع و المقایضة*، ص ۳۸۳.

۱۰۳. م. ۴۶۵ ق.م. مصر: «اذا احتفظ البایع عند البیع بحق استرداد المبیع خلال مدة معینة وقع البیع باطلا». برای دیدن مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس قانون‌گذاری ر.ک.: *القانون المدني، مجموعة اعمال التحضيرية*، ج ۴، *العقود المسماة*، ص ۱۶۴ تا ۱۸۰.

۱۰۴. عبدالرزاق سنهوری، *الوسیط، البیع و المقایضة*، ج ۴، قسمت اول، ص ۱۶۴.

