

جستجوی عدالت معاوضی و واقعی، و اراده باطنی در بیع شرط مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق معاصر

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۰/۲۸

سید عزت‌الله عراقی^۱

تاریخ تأیید: ۹۲/۱۱/۲۵

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمی‌الدین رستگار جویباری^۲

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید

چکیده

اصل عدالت رئالیستی و معاوضی و اصالت اراده باطنی از اصول مبنایی حقوق قراردادهای مدرن و دارای اهمیت فوق‌العاده در اندیشه حقوقی و قضایی معاصر و راهگشا در موارد مشکل‌می‌باشند. این تحقیق به تطبیق این اصول بر یکی از موارد دشوار و بحث‌انگیز حقوق قراردادها در کشورمان، یعنی بیع شرط می‌پردازد. تلاش شده با تحلیل سه دیدگاه مهم در حکم این معامله، بین این دیدگاه‌ها به نفع عدالت واقعی و عینی، سازش برقرار شود. این فرضیه مطرح شده که نظریه صحت بر ماهیت طبیعی بیع شرط حمل شود که با اقتضای عدالت ایده‌الیستی و نگاه فورمالیستی قابل انطباق است و نظریه بطلان ناظر به صورت انحراف آن از اصل عدالت معاوضی و اراده باطنی مشترک، دانسته شود. امکان احراز قضایی قصد واقعی، به واسطه امارات و اصول، از نظر فقهی تبیین گردیده که مقتضای عدالت رئالیستی و واقعی در موارد دشوار و قابل ترجیح بر مبنای مکتب تحقیقی در حقوق قراردادها می‌باشد. هدف این است که، از حکم طبیعت اولیه این معامله و اصل آزادی اراده، به عنوان ابزاری برای تحمیل قراردادهای ناعادلانه بر علیه طرف آسیب‌پذیر قرارداد استفاده نشود. و از گان کلیدی: عدالت معاوضی و واقعی، بیع شرط و معامله با حق استرداد، شرط ذخیره مالکیت، و شرط بازخرید

مقدمه

در حقوق قراردادها، چند اصل مسلم و مفروض پذیرفته شده که می‌توان بسیاری از محدودیت‌های آزادی اراده و قرارداد و موارد لزوم کنترل تفسیری و مداخله پاترنالیستی و

1. Email: searajhi @ yahoo.com

2. Email: rastegar 52@ yahoo. com

« نویسنده مسئول »

حمایت‌گرانه قضایی یا قانونی در قراردادها را مبتنی و متکی بر آن اصول دانست. به عنوان مهم‌ترین این اصول، می‌توان از اصل معقول و عقلانی بودن، اصل عدالت معاوضی و اصل حاکمیت اراده باطنی طرفین قرارداد و تقدم آن بر اراده ظاهری در موارد شبهه، نام برد. یکی از معاملاتی که در آن‌ها برخورد آزادی اراده با مداخله حمایت‌گرانه و فاصله گرفتن از حقوق مدنی محض و لزوم تفکیک قواعد بازار مبادله سرمایه که غالباً امری و مرتبط به حقوق عمومی است از بازار مالی (مبادله کالاها و خدمات) که در آن قواعد حقوق خصوصی و تکمیلی غلبه دارد، همواره احساس می‌شده بیع شرط است. در سده‌های اخیر در مورد این نوع معامله، به شدت مشکل وجود داشته و در تاریخ حقوق نیز احساس این مشکلات، منشاء بروز سؤالات و ظهور فتاوی فقہی مختلفی بوده است. فردی به غرض تحصیل سرمایه یا با نیاز مالی شدید، اقدام به گرفتن قرض می‌کند، اما به خاطر فرار از مشکلات محاسبه بهره و مستثنیات دین و مالیات ثبت رهن و فروش وثیقه در بازار به قیمت عادلانه و عدم توقف بر مراجعه به دادگاه و نظایر این‌ها، از سوی دهنده پول، به او پیشنهاد بیع شرط داده می‌شود. ضمن بیع، شرط می‌شود اگر فروشنده ظرف مدت معین، مبلغ ثمن را به خریدار برگرداند بتواند ملک فروخته شده را استرداد نماید و در غیر این صورت با گذشتن سر رسید، مبیع به مالکیت مطلق خریدار شرطی درآید (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۹/۳)؛ (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ۲/۲۴۵-۲۴۶)؛ (نراقی ۱۴۱۸ق، ۳۸۴/۱۴)؛ (انصاری، ۱۳۷۸: ۱۲۷/۵)؛ (امامی، ۱۳۷۵: ۵۶۶/۱)؛ (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۰). اما ریسک عدم امکان بازگرداندن مبلغ در موعد معین، را که می‌تواند تنها ناشی از تقصیر فروشنده نباشد بلکه وضع بازار و امنیت مختل شده یا حتی تقصیر خریدار یا هر عامل دیگری در آن اثرگذار بوده باشد، تنها به عهده گیرنده پول مستقر می‌کنند بدون آنکه در مقابل این استقرار ریسک بر عهده او، با بالا بردن قیمت و مبلغ پول، برای او عوض و جبرانی در نظر گرفته شده باشد. اینجاست که از جهت نظری، در مقابل نظریه صحت معامله بیع شرط به نحو مطلق و حتی در موارد وجود تفاوت مهم بین قیمت قراردادی و قیمت بازار، موانعی قابل طرح است. مهم‌ترین موانع عبارتند از: اختلال در رعایت اصل عدالت معاوضی و ادعای مخالفت اراده باطنی مشترک طرفین قرارداد در مورد ماهیت معامله‌ای که واقع ساخته‌اند و امری بودن حکم قانون به حق مالک بر مازاد قیمت وثیقه نسبت به دین؛ و شمول آن نسبت به عقود وثیقه‌ای صریح یا تحت پوشش عنوان دیگر؛ و عدم امکان خروج از این حکم امری با تغییر نام معامله. توجه به این موانع، مقتضی مداخله قانون یا دادگاه در تفسیر قرارداد می‌باشد. در این مقاله ضمن سه بخش ابتدا به طرح مقایسه‌ای زمینه و

پیشینه و دیدگاه‌های مطرح در حکم بیع شرط؛ و سپس به توجیه و تقویت دیدگاه ناظر به عدالت معاوضی؛ و در آخر به بررسی تطبیقی موضوع در نظام‌های حقوقی غربی خواهیم پرداخت.

۱- پیشینه و دیدگاه‌های مطرح در معامله بیع شرط و با حق استرداد

در حقوق ایران و کشورهای اسلامی زمینه رشد این معامله همواره دارای تفاوت عمده‌ای با حقوق کشورهای غربی بوده که از جهت ارتباط با منشاء بروز مشکل، موجب تفاوت جایگاه و اختلاف نظر در نگاه به این مسئله شده است.

۱-۱- جایگاه بیع شرط در نظام‌های حقوقی غرب و اسلام (مقایسه از جهت منشاء بروز مشکل)

رواج این معامله در جوامع غربی نیز، سابقه داشته و مراحل از تحول را طی کرده است، اما از اواخر قرن نوزدهم، و با وضع قوانینی که گرفتن بهره را با کنترل قانونی، تجویز می‌کرد مانند (Usury Law Repeal, act1854) دیگر انحراف در معامله شرطی و پوشش قرار دادن آن برای معاملات ربوی، در غرب کمتر جلب توجه کرده و این معامله تقریباً به حالت طبیعی خود باقی مانده است. با این حال در موارد جایگزین آن مثل اجاره به شرط تملیک و وام خرید با توثیق یا بیع مال خریده شده به بانک، مقرراتی مانند قانون حمایت در برابر وام‌دهندگان (Money Lenders, Act1900) و مقررات شروط ناعادلانه، جلوی پیشرفت انحراف اقتصادی را گرفته است (Cheshire & Burns, 2006: 741). به علاوه در حقوق فرانسه به واسطه شناسایی رهن مقبوض (Nantissement) اعم از منقول (Gage) یا غیرمنقول (Antichrese) به عنوان وثیقه عینی و رهن در قالب نقل، که فقط موجب حق عینی تبعی است نه اصلی، در مواد ۲۳۶۷ و ۲۳۷۱ ق.م.ف؛ و جدا دانستن آن از بیع معلق بر شرط فاسخ که در ماده ۱۶۵۹ ق.م.ف فرانسه آمده و موجب حق عینی اصلی معلق است و با توجه به امکان تشخیص عرفی واقعیت معامله بین این دو ماهیت، با نظر دادگاه به موازنه عوضین، مشکل قضائی پیش نخواهد آمد. اما در سیستم‌های حقوقی که گرفتن بهره را مطلقاً منع کرده‌اند، مثل بیشتر کشورهای اسلامی، جایگزینی این نوع معامله به جای قرض مقرون به رهن، رواج داشته و فعالیت بازار سرمایه در پوشش بازار مالی و عرضه خدمات تسهیل معاملات، انجام گرفته و منشاء سوءاستفاده متخصصان بازار سرمایه از نقاط ضعف بازار مالی با توسل به حیل‌های مختلف ربوی شده است. این تفاوت عمده نشان می‌دهد که در حکم این معامله نمی‌توان قیاس کرد و در

نظام‌های حقوقی منع بهره نیز مثل نظام‌های حقوقی تجویز بهره، یک حکم را بر این معامله جاری ساخت. در برخورد با این مشکل در سایر کشورها مراحل طی شده است. در تاریخ حقوق کشور ما، ابتدا فرمانی از ناصرالدین شاه صادر شد و محاکم عدلیه را از حکم به مالکیت قطعی تمام مبیع شرطی بعد از انقضای مدت و عدم رد ثمن، منع نمود. بعد از آن در بازار سرمایه، بیع قطعی به ضمیمه توکیل بایع در استرداد مبیع با پرداخت ثمن و مال الاجاره زمان گذشته، جایگزین بیع شرط گردید که محاکم آن را مشمول فرمان مذکور نمی‌دانستند. در مقررات متمم قانون ثبت ۱۳۰۷ (ماده ۲) مبیع شرطی، وثیقه تلقی گردید. مقرراتی هم جهت حمایت از گیرندگان پول در سال‌های ۱۳۰۸ و ۱۳۱۰ و ۱۳۱۲ و ۱۳۲۰ و ۱۳۵۱ وضع گردید. قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ نیز، برای معاف کردن بایع از تحمل بار اثبات این امر باطنی خلاف ظاهر اولیه معامله، در مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ا اماره قانونی وضع کرده و مبیع شرطی را وثیقه و نه مال انتقال یافته، معرفی کرده بود که در اصلاحات سال ۱۳۵۱ نیز در ماده ۳۴ و ۳۴ مکرر باقی ماند (امامی، ۱۳۷۵، ۵۶۷/۱ و ۵۷۰)؛ (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۱)؛ و (شهیدی، ۱۳۸۲: ۸۱). اما نظریه شورای نگهبان (ش ۴۸۹۰-۱۳۶۴/۹/۱۹) به خلاف شرع بودن مفاد ماده ۳۴ ق.ت.ا، آن اماره قانونی (فرض قانونی رهن مقبوض برای بیع شرط) را از اثر انداخته و محل تردید قرار داده و مشکل حل نشده باقی گذاشته شده است.

۱-۲- دیدگاه‌های مطرح در حکم بیع شرط (مقایسه از جهت اختلاف مبانی)

در حکم این معامله سه نوع گرایش فورمالیسم، رئالیسم، و عدالت ماهوی و معاوضی، در سیستم‌های حقوقی مختلف مطرح شده که ضمن بررسی دلایل آن‌ها و توجه به نظر مذاهب مختلف فقه اسلامی، باید دید آیا راه قابل قبولی بر اساس موازین فقه امامیه، برای اتخاذ دیدگاهی عدالت‌جویانه که در آن راه سوءاستفاده از موقعیت ضعیف یک طرف قرارداد، بسته شود وجود دارد.

الف - نگاه فورمالیستی و لفظ‌گرا

فورمالیسم حقوقی، که لفظ را اماره موضوعی برای کشف مقصود باطنی به عنوان معیار شخصی و ذهنی^۱ مفاد قرارداد می‌داند، به صحت مطلق بیع شرط و دادن حق مالکیت مبیع به خریدار شرطی حکم می‌کند. بر این اساس حتی اگر واقعیت معامله برحسب قصد نوعی طرفین،

1. Subjective

یا لاقلاً در قصد بایع، یک فرض با وثیقه بوده و انطباق واقعی بین اراده‌های طرفین معامله مفقود باشد، انطباق ظاهری اراده ابراز شده کافی دانسته می‌شود و از آنجا که به مجرد وقوع بیع، مالکیت مبیع، به مشتری منتقل شده فروشنده فقط با ردّ مبلغی که گرفته در مدت مقرر، می‌تواند عین مبیع را مسترد نماید. در ماده ۴۵۹ ق.م.همین حکم مقرر شده است. ماده ۴۷۳ قانون موجبات و عقود لبنان نیز بیع شرط را (به شرط عدم تعیین مدت بیش از سه سال) صحیح دانسته است، ولی در ماده ۹۱ بیع وفا را (رهن به روش نقل ملک) شمرده و فقط در املاک آن را موجب نقل حيازت و نه مالکیت، دانسته و به این ترتیب برای معامله با حق استرداد ماهیتی جدا از بیع شرط قائل شده است که ظاهراً در این نگاه با قانون مدنی فرانسه (مواد ۱۶۵۹ و ۲۳۶۷ و ۲۳۷۱) هماهنگ می‌باشد (سلیمان بوذیاب، ۲۰۰۳: ۵۶)؛ (سوادکوهی، ۱۳۵۴: ۲ و ۱۰). پیش‌نویس قانون مدنی سابق عراق نیز آن را صحیح دانسته بود (سنه‌وری، ۲۰۰۰: ۱۴۵/۴).

ب- گرایش رئالیستی و محتوانگر (ابطال نسبی و حمل بر رهن)

گرایش رئالیستی که وضعیت نوعی طرفین از حیث منجر شدن به عقد قرارداد را به عنوان ضابطه عینی^۱ و اماره موضوعی بر واقعیت عینی ناشی از توافق طرفین در عالم اعتبار، شناسایی می‌کند، حکم به صحت این معامله به عنوان معامله با حق استرداد (رهن حيازی) و لزوم تبعیت از قصد واقعی طرفین می‌کند. بنابراین قانونگذار قرینه قانونی قاطع و غیرقابل اثبات خلاف، وضع کرده بر اینکه بیع شرط، در حکم رهن است و قصد ابراز و اعلام شده طرفین، لغو می‌گردد و به خریدار فقط این حق داده می‌شود که با فروش عین مال، مقدار طلب خود را وصول کند و مازاد را به گیرنده پول برگرداند. این دیدگاه، حد وسط بین دیدگاه غربی حاکم به صحت و دیدگاه قوانین جدید حاکم به بطلان، می‌باشد و اداره و تفسیر صحیح قرارداد را پیش‌بینی می‌کند. قانون مدنی مصر پیش از ۱۹۲۳، همین نظر را پذیرفته بود و بیع وفا را، روشی برای تأمین دین و وثیقه طلب مشتری و سبب انتقال مالکیت مبیع به مشتری و امکان استرداد آن بعد از ردّ ثمن به مشتری، می‌دانست (همان، ۱۴۸/۴). ماده ۱۳۳۳ ق.م.عراق نیز موافق با مشهور فقه عامه و مجله الاحکام العدلیه (ماده ۱۱۸)، همین دیدگاه را پذیرفته و بیع شرط را از خیار شرط تفکیک کرده و فقط در خیار شرط حکم به صحت می‌کند و فارق بین آن دو را، طول مدت مقرر برای استرداد ثمن دانسته که در خیار شرط، غالباً کوتاه و در بیع شرط غالباً طولانی و مناسب قرض مقرون به رهن، می‌باشد (همان، ۱۴۶ پاورقی)؛ (صبیح المسکونی، ۱۹۷۱: ۲۸۸).

در حقوق ما، ظاهر مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت این است که معاملات با حق استرداد و از جمله بیع شرط را منصرف از بیع حقیقی دانسته، مگر آنکه با امارات و قرائن ثابت شود که در حقیقت بیع مقصود طرفین بوده است (عابدیان، ۱۳۸۸: ۱۴۱). در واقع قانون ثبت، این گونه معاملات با حق استرداد را بر مبنای غلبه، قراردادهایی غیرتملیکی و فقط عهدی و به منزله رهن می‌داند و در این حکم، نه تنها به قصد واقعی طرفین، بلکه به مبنای نظم عمومی هم نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۴/۵-۱۵۵).

ج- گرایش ناظر به عدالت ماهوی و معاوضی (ابطال و رابطه غیر قراردادی)

بر مبنای عدالت معاوضی، می‌توان گفت: در صورتی که فاصله بین مبلغ گرفته شده با ارزش بازاری ملک فروخته شده، به قدری زیاد باشد که فروش آن مال به آن مبلغ، نامعقول و نامتعارف باشد و برای جبران ریسک از دست دادن مال به خاطر عدم قدرت بر بازگرداندن پولی که گرفته شده، ثمن معامله به نفع فروشنده شرطی، به مقداری بالا برده نشده که تحمل آن ریسک را جبران کند دادگاه می‌تواند بر مبنای انصاف و عدالت، و به منظور جلوگیری از غبن فاحش، به ادعای او مبنی بر معیوب بودن رضا و قصد، ترتیب اثر داده و حکم به جبران ضرر او از طریق فسخ و استرداد، یا پرداخت ما به التفاوت قیمت بازار را بدهد. این حکم جلوی سوءاستفاده طلبکار و گرفتن بیش از میزان طلب و اضرار به سایر طلبکاران را می‌گیرد. درست است که به هم خوردن موازنه متأثر از وصف استیثاق یا جعل خیار بوده (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۲۴ ش ۴۲/۷؛ همان، ۱۳۸۲: ۱۵۵)؛ اما اولاً، استیثاق به نفع مشتری بوده نه بایع؛ و نفع قلیل و احتمالی خیار نمی‌تواند تفاوت قیمت در عقود غیرمسامحی را توجیه کند. ثانیاً، نباید بدون جبران معقول و اصلاح قیمت به نفع وثیقه‌گذار یا همراه با تقلیل فاحش قیمت باشد.

از نظر قواعد علم اصول، زمانی می‌توان برای اثبات اعتبار قصد ظاهری بیع شرط، به اماره لفظی توافق طرفین، استناد کرد که وجود یک قرینه عقلیه ضروری دال بر اراده انسان عاقل و متعارف، معامله‌ای عقلانی و متعادل را، مانع از انعقاد آن ظهور نشود. فرض بر این است که تا جبران تفاوت فاحش قیمت ثابت نشود چنین قرینه عقلیه‌ای به طور قاطع مانع انعقاد ظهور لفظ در قصد یک قرارداد ناعادلانه لازم و حکم قانون به ایجاد عینی اثر آن قرارداد در عالم اعتبار حقوقی می‌شود. در حقوق مصر، در مجلس شیوخ (سنا) اختلاف نظری در تأیید حکم پیش‌نویس قانون به صحت بیع شرط پیدا شد و یک نظر طرفدار حذف کلی مواد مربوط به آن و اکتفاء به احکام رهن بود. در فقه عامه، نظر مشهور قدیم بر بطلان آن بوده، اما در بعضی آرای جدیدتر حکم به

صحت آن شده است. در فقه امامیه نیز نظر مشهور قدیم بر صحت آن بوده، اما با لحاظ وضعیت غیرطبیعی و سوءاستفاده آمیز در بکارگیری این معامله در بازار سرمایه، می‌توان از بطلان آن در بعضی موارد سخن گفت.

۱-۳- دلایل مطرح از سوی دیدگاه‌های مذکور

دیدگاه‌های متقابل مزبور دلایلی مطرح کرده‌اند که به ارزیابی آن‌ها خواهیم پرداخت.

الف- دلایل دیدگاه مخالف

مخالفتان حکم به صحت بیع شرط غالباً به دلایل زیر استناد کرده‌اند: ۱- صوری بودن؛ فقط یک معامله ذهنی و نظری است و هدف آن آسان‌تر کردن رهن یا اخذ ربا می‌باشد و وجود احکام رهن (رسمی و حیازی) ما را از ذکر احکام آن مستغنی می‌سازد. ۲- تضعیف مالکیت‌های کوچک؛ بیع شرط مزیت حمایت از مالکیت‌های کوچک را از بین می‌برد و به رباخواران اجازه استملاک آسان اراضی کشاورزان کوچک را می‌دهد. ۳- غلبه نافرجامی هدف فروشنده؛ مالکان خرد تشویق به فروش مال به گمان استرداد در آینده می‌شوند در حالی که غالباً این استرداد ممکن نمی‌شود. ۴- مزیت رهن بر بیع شرط؛ با بیع شرطی نمی‌تواند دوباره مال را به بیع قطعی بفروشد تا بدهی خود را بپردازد اما رهن می‌تواند آن را به بیع قطعی با قیمت واقعی بفروشد تا از عهده دین خود برآید (سنهوری، ۲۰۰۰: ۱۶۳/۴-۱۶۴)؛ (تناغو، ۱۹۷۳: ۳۷۸)؛ (الموسوعه الفقهیه کویت، ۱۹۸۷: ۲۶۱/۹).

در فقه طبق یک نظر، مقتضای قاعده اولیه بطلان بیع شرط است به دلیل: ۱- مخالفت با قاعده منع غرر در اکثر صورت‌های مفروض در این معامله (امام خمینی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۳/۵-۲۲۶)؛ ۲- مخالفت با مقتضای عقد، که استقرار و دوام ملکیت مشتری نسبت به مبیع است (نراقی، ۱۴۱۸ق: ۳۸۸/۱۴)؛ ۳- حیلۀ ربا و مخالفت با قاعده فقهی تحریم ربا (ابن قدامه ۱۹۸۸م: ۴۷/۶)؛ (میرمعزی، ۱۳۸۷: ۴۹).

نظر مشهور فقه مالکی و حنبلی و بسیاری از حنفیه و شافعیه بر بطلان آن است. استدلال فقه حنفی، به صوری بودن و تقدم قصد واقعی بر قصد صریح بیع است. استدلال فقه مالک و حنبلی به دلیل سد ذرایع و منع توسل به آن برای گرفتن فایده ربوی بوده (الزحیلی، ۱۹۹۷، ۱۶۳/۱-۱۶۴). رأی مالکیه نیز مستند شده به تردد ماهیت آن بین سلف (در صورت آوردن بایع ثمن را در موعد) و بیع (در صورت عدم آوردن ثمن در موعد)، (ابن رشد، ۲۰۱۰: ۴۹۱/۴)؛ (أبوالولید الباجی، ۱۴۰۴ق: ۲۱۰/۴) و (سنهوری، ۲۰۰۰: ۱۴۸/۴). نظر متأخرین حنفیه و شافعیه بر صحت آن است به دلیل احتیاج مردم به آن و رواج تعامل به آن (عبدالله علی حسین، ۲۰۰۶: ۱۱۸۶/۳ پاورقی ۱).

ب- دلایل دیدگاه موافق و حاکم به صحت بیع شرط

طرفداران نظریه صحت بیع شرط، در استدلال بر آن و پاسخ به اشکالات مخالفان، دلایلی مطرح کرده‌اند که باید در دو مرحله مورد توجه قرار گیرد:

۱- استدلال فقهی مذهبی: عمده‌ترین استدلال فقه مذهبی بر این نظر، بعد از اصل اولی و عمومات (بقره آیه ۲۷۵ و نساء آیه ۲۹)، عبارت است از روایات مستفیضه‌ای که دلالت دارد بر صحت بیع شرط، مانند: الف- موثقه اسحق بن عمار (حرّ عاملی، ۱۴۱۲ق: ۳۵۵/۱۲)؛ ب- روایت معاویه ابن میسره (همان، ۳۵۵/۱۲ و ۳۵۶)؛ و ج- صحیحہ سعید بن یسار (همان، ۳۵۴/۱۲)؛ (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۳۳/۱۹)؛ و بعض روایات دیگر. لکن قدر متیقن دلالت این روایات، حکم به صحت طبیعت و ماهیت بیع شرط است نه صحت هر چه که طرفین قرارداد، با عنوان بیع شرط منعقد کرده‌اند (در نقد دلالت یا دلالت اطلاق: نراقی، ۱۴۱۸ق: ۳۸۶/۱۴)؛ (ایروانی، ۱۳۸۴، ۸۸۷/۲)؛ (خمینی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۶/۴ و ۲۲۷).

۲- پاسخ طرفداران نظریه صحت از ایرادات: طرفداران نظریه صحت بیع شرط و لزوم ذکر مقررات آن در قانون مدنی و عدم نیاز به حذف آن، پاسخ‌هایی از ایرادات مخالفین مطرح کرده‌اند از قبیل: الف- ثبوت حاجت به این نوع معامله نزد عرف و قبول و جاری بودن عمل به آن و موافقت آن با اصل آزادی اراده؛ ب- ادعای پوشش بودن بیع شرط برای ربا کلیت ندارد زیرا، مالک امید به استرداد و مشتری امید به مالک شدن میباید، و نگرانی از سوءاستفاده، با پیش‌بینی اختیار دادگاه در جستجوی قصد واقعی طرفین، مرتفع می‌گردد؛ ج- امکان بیع مال موضوع بیع شرط به صورت معلق بر شرط واقف (ردّ ثمن بیع اول) وجود دارد و این فرق زیادی با بیع مال مرهونه توسط راهن ندارد؛ د- عدم ثبوت اینکه ضرر این نهاد بیشتر از نفع آن است؛ ه- با حذف نصوص قانونی بیع شرط و ابقای قواعد عامه خیار شرط، در عمل بیع شرطی خواهیم داشت که احکام آن تحت کنترل و تنظیم قانون در نیامده و این موجب بدتر شدن وضع می‌گردد (سنهوری، ۲۰۰۰: ۱۴۸/۴)؛ (میر معزی، ۱۳۸۷: ۶۲).

۳- ارزیابی دلایل و پاسخ‌ها: در مورد دلیل نقلی فقه مذهبی و استدلال حقوق طبیعی به آزادی اراده و قرارداد، اشاره کردیم که قدر متیقن آن، ماهیت طبیعی بیع شرط است و در مطلق موارد (که شامل موارد تفاوت فاحش قیمت هم باشد) نمی‌توان بر آن‌ها تکیه کرد. دلایلی که طرفداران صحت بیع شرط مطرح کرده‌اند، اگر چه تا حدی مانع پذیرش نظریه ابطال کلی بوده، اما تصحیح کلی و فورمالیستی بیع شرط و ضرورت پیش‌بینی آن در

قانون به صورت مستقل از رهن یا بیع خیاری، را توجیه نمی‌کند. دلیل مصلحت و اصل آزادی اراده، نیز در صورتی قابل قبول است که مخالف با قواعد امره نباشد و در اینجا مخالف قاعده امره منع از تملک مال مرهونه در ازای ثمن بسیار کمتر، می‌باشد (تناغو، ۱۹۷۳: ۳۸۰) به استناد ماده ۱۰۵۲ و ۱۱۰۸ ق.م مصر (بیان این قاعده در مطالعه تطبیقی اولویت بازخرید، در ادامه می‌آید).

در مصر، کمیسیون خاص مجلس سنا بعد از ملاحظه دلایل دو دیدگاه، تصمیم را موکول به تحقیق از نظر مالکین کوچک کرد و با تجدید نظر در مسئله، رأی به حذف مواد مربوط به بیع شرط و تصریح به منع آن داد تا وجود منع قانونی، مانع توسل افراد به قواعد عامه برای اجرای اهداف سوء از بیع شرط بشود و راه را بر روی غبن غیرقابل کنترل ببندد (سنهوری، ۲۰۰۰: ۱۶۴/۴-۱۶۵). از این رو ماده ۴۶۵ ق.م. مصر (۱۹۴۹) به صراحت بیع شرط را مطلقاً باطل اعلام کرده (که حتی با حقوق اجازه نیز قابل تصحیح نیست) و این تحولی در استدلال به نظم عمومی محسوب شده است (همان، ۱۶۹-۱۷۰) و (تناغو، ۱۹۷۳: ۳۸۰). مؤتمر فقه اسلامی جدّه نیز در دور هفتم (۱۹۹۲) قراری صادر کرد (رقم ۷/۴/۶۷) بر اینکه، حقیقت بیع الوفاء، قرضی است به غرض کسب نفع و بهره و به عنوان حیلۀ ربا به کار رفته و مشهور قائل به عدم صحت آن هستند و نظر مجمع نیز بر عدم جواز آن شرعاً است (وهبه الزهیلی، ۵۲۰۳/۷). در صورت پذیرش این نظریه، اگر مبنای ضمان در مقبوض به عقد فاسد را قراردادی بدانیم تفسیر قضائی یا قانونی بیع شرط به رهن دارای وجهی است همان‌طور که گویا گرایش قانون ثبت ما نیز به همین نظر بوده است، اما اگر مبنای ضمان مذکور را قهری و قاعده لاضرر بدانیم، بر رابطه مذکور قواعد ضمان قهری حاکم خواهد بود که گویی قانون مدنی مصر به این نظر مایل بوده است.

۲- توجیه دیدگاه ناظر به عدالت رئالیستی و معاوضی

در تقویت دیدگاه محدودکننده بر مبنای عدالت معاوضی، ابتدا توضیح مختصری درباره اصول مفروضه عدالت معاوضی و اراده باطنی تقدیم می‌شود و سپس به توجیه فقهی این دیدگاه با توجه به ماهیت آن و امارات و اصول معتبر پرداخته و در نهایت توجیهی که در مورد نظریه شورای نگهبان بر مغایرت حکم قانون ثبت با شرع، می‌توان گفت مطرح شود.

۲-۱- اصول مفروض در حقوق مدرن قراردادها

۲-۱-۱- اصل رعایت عدالت معاوضی

حقوقدانان پیرو سنت ارسطویی گفته‌اند قرارداد، به عنوان یک سیستم خصوصی تخصیص منابع تا زمانی در مسیر طبیعی خود حرکت می‌کند که اطراف قرارداد، خصلت عقلانیت و عدالت توزیعی را رعایت کنند (Gordly, 2001: 268) و (همان، ۲۶۸، ۲۸۶، ۳۰۷). از این دو شرط، در فقه تعبیر می‌شود به اشتراط داشتن منفعت معقول و مشروع و اشتراط وجود تعلق مالکانه یا منتهی به اذن مالک، در موضوع عقد که بازگشت سایر شرایط به همین دو شرط اصلی می‌باشد. در فرضی که عدالت توزیعی به صورت ایده‌آل در جامعه برقرار نباشد، پدیده پول به جای منبع عمومی، به عنوان وسیله فرضی و اعتباری مبادله و قرارداد به کار می‌رود و اگر عدالت معاوضی رعایت شود قرارداد می‌تواند وسیله افزایش ثروت و ترمیم کمبودهای موجود نسبت به عدالت توزیعی ایده‌آل باشد و از اعتبار هنجاری صحت و لزوم وفا، برخوردار گردد. از نگاه منطق ارسطویی، آزادی قرارداد، تنها بر اساس دو مقیاس (عدالت معاوضی) و (عقلانیت) قابل محدود شدن است. عدالت توزیعی به هر فردی اطمینان می‌دهد که سهم عادلانه‌ای از ثروت و اعتبار و قدرت خرید تقسیم شده، خواهد داشت و عدالت معاوضی، حافظ سهمی خواهد بود که او از منابع و اعتبار قانونی دارد به طوری که سهم هر طرف از قدرت خرید، بعد از معامله و معاوضه، همچنان محفوظ و باقی بماند (ارسطو، ۱۳۸۱: ۱۸۱). هر یک از طرفین معاوضه، باید چیزی را بدهد که در ارزش، برابر باشد با آنچه که در مقابل دریافت می‌کند (همان، ۱۷۵) و (Gordly, 2001: 297-308). از آنجا که بدون وجود سود، کسی اقدام به معامله نمی‌کند، او برای برقراری عدالت معاوضی در ارزش معاوضات، متوسل به اصل انصاف شده که حد وسط بین ظلم در سود (حداکثر سود) و ظلم در معامله (حداقل سود دادن) یا به تعبیر دیگر حد وسط بین سود نوعی طرفین می‌باشد و تشخیص سود مناسب برای هر طرف را انصاف می‌داند (همان، ۱۷۹). به جز در موارد تعیین قیمت توسط دولت، قیمت عادلانه و منصفانه همان قیمت بازار است و قیمت انحصاری؛ قیمت سودجویانه؛ و قیمت مبتنی بر سوءاستفاده از نیاز ضروری فرد دیگر، ناعادلانه هستند. اشتراط عدم غبن، استثنایی از قاعده معیاریت قیمت بازار نیست بلکه بسط و توسعه در تعریف قیمت بازار است (M.J.Trebilcock, 1993: 81-116); (Gordly, 2001: 313).

این طریق جبرانی در حقوق قراردادها مطرح شده اما امروزه با کمرنگ شدن مرز اراده توافقی یا قانونی بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت غیرقراردادی، بعضی از حقوقدانان جدید مواردی از این

دست را قابل اندراج در مصادیق قاعده (دارا شدن ناعادلانه) دانسته‌اند و ماده ۱۶۷۳ ق.م. فرانسه را بر آن حمل کرده‌اند (Hedley, 2004: 78); (Simon Whittaker, 1998: 399 footnote 11).

۲-۱-۲- اعتبار اراده باطنی

فقهاء در بیان نتیجه اشتراط قصد متعاقدين نسبت به مدلول عقد، گفته‌اند: «اگر طرفین قرارداد قصد لفظ یا معنا را نداشته یا اراده جدی آن‌ها به ایجاد مدلول عقد تعلق نگرفته باشد، مثل موارد صوری بودن یا هزل، یا قصد معنایی مغایر با مدلول عقد را داشته یا به نحو مجاز یا غلط، انشای معنایی غیر از بیع را کرده‌اند در آن صورت بیع واقع نمی‌شود؛ زیرا بیع، متعلق قصد آن‌ها نبوده و آنچه مقصود آن‌ها بوده هم اگر متوقف بر سبب خاص باشد واقع نخواهد شد» (انصاری، ۱۳۷۸: ۲۹۵/۳). این اصل، ریشه در حقوق روم داشته که علت عمده و مؤثر در ایجاد تعهد و دین، اراده باطنی است و اراده ظاهری تنها قرینه‌ای بر آن است که قابل اثبات خلاف می‌باشد. اگر چه قوانین جدید، در پرتو نظریه ژرمنی حقوق تعهدات، در حالات استثنایی به تقدم اراده ظاهری و ترتب اثر بر آن حکم کرده‌اند، اما در مرحله تشکیل قرارداد و به خصوص در مواردی که در مظنه اعمال نفوذ و سوءاستفاده موقعیتی از سوی یک طرف قرارداد باشد (مثل قراردادهای الحاقی) به تقدم اراده باطنی قائل شده‌اند. پذیرش نظریه سبب نیز در حقوق روم، در مسیر اعتبار دادن به اراده باطنی دانسته شده است (سنهوری، ۲۰۰۰، ۹۵/۱ و ۹۸)؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۲۷/۱)؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۴). قانون مدنی ما اگر چه در مسئله بیع شرط به راه سنتی و فورمالیسم گرایش نشان داده است، اما در ماده ۴۶۳، راه را برای نظر به قصد واقعی بایع، در پیش روی دادگاه باز گذاشته و می‌گوید: «اگر در بیع شرطی معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». این امر در تطبیق قاعده قابلیت ابطال معامله صوری است که در ماده ۲۱۸ ق.م. آمده، و از موارد استثنایی توجه قانونگذار به قصد باطنی قرارداد می‌باشد. دکتربین حقوقی نیز اثبات صوری و پوشش بودن بیع برای رهن را با جمیع طرق اثبات ممکن دانسته است (تناغی، ۱۹۷۳: ۳۸۰ پاورقی ۱ و ۲). نتیجه اینکه با اثبات خلاف این ظاهر عقد و احراز قضایی اینکه مقصود طرفین معامله، رهن بوده نه بیع، دیگر نمی‌توان ظاهر لفظی بیع را پوششی قرار داد برای توافق برخلاف حکم قطعی و امری رهن، یعنی عدم سقوط حق رهن بر عین مال رهن. مرحوم سید نیز در پاسخ به سؤالی درباره ادعای اضطرار و صوری بودن بیع شرط، پس از نفی تأثیر ادعای اضطرار، می‌گوید: «مگر آنکه اثبات کند که بیع او

صوری بوده و قصد بیع نکرده» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۴۹). شیخ مفید نیز در مقنعه می‌گوید: «إذا اقترن الی البیع اشتراط فی الرهن أفسده» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۶۲۴).

۲-۲- توجیه فقهی دیدگاه ناظر به عدالت معاوضی

در تبیین این نظر از نگاه فقه مذهبیه، ابتدا بحثی در ماهیت بیع شرط و امکان تفسیر آن به نحو موافق با مقتضای این نظریه خواهیم داشت و سپس به ذکر وجوه فقهی قابل طرح در دفاع از آن و در نهایت به بیان امارات قضایی و اصول قابل رجوع در موارد شبهه، اشاره کنیم.

۲-۲-۱- ماهیت بیع شرط

تحقیق در ماهیت بیع شرط در دو مرحله قابل طرح است: الف- جنس معامله؛ ب- نوع معامله. الف- جنس بیع شرط: مشهور فقیهان، بیع شرط را مصداق خيار شرط دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۷۸: ۱۲۷/۵). بعضی حقوقدانان آن را مصداق شرط فاسخ و مغایر با خيار شرط، به حساب آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱۷ و ۱۱۹)؛ در حالی که قانون مدنی فرانسه خيار فسخ بلکه کل خيارات را شرط فاسخ شمرده است (ماده ۱۱۸۳، ۱۱۸۴، ۱۳۵۹) (مسکونی، ۱۹۷۱: ۳۸۸)؛ و (عبدالله علی حسن، ۲۰۰۶: ۱۴۲۷). اگر بیع شرط را شامل شرط انفساخ هم بدانیم اعم خواهد بود و اگر شرط خيار را شرط واقف بدانیم (که این نظر بعض فقهاء و بعض مذاهب فقهی مثل حنفیه لا اقل در بعض صور است)، بیع شرط هم مشتمل بر شرط واقف خواهد بود. در صورت اول مفاد بیع شرط مرکب خواهد بود از: ۱- انتقال؛ ۲- حق فسخ یا انفساخ در أجل، اما در صورت دوم بسیط است؛ یعنی انتقال ملک در صورت انقضای اجل. ثمره بحث در موارد شبهه و دشوار ظاهر می‌شود که وضعیت نابرابر طرفین، مانع از رجوع به اقتضای اطلاقی عقد نسبت به مفاد مرکب می‌شود و رجوع به اصل عدم که موافق با مفاد بسیط عقد است می‌شود.

ب- فصل و نوع بیع شرط: برای شناخت نوع آن باید به وجوه محتمل ذیل در جایگاه شرط ردّ ثمن، توجه شود: ۱- قید تعلیقی خيار است؛ ۲- قید زمانی خيار یا قید خيار محدود به زمان معین؛ ۳- قید فسخ است؛ ۴- خودش فسخ فعلی است؛ ۵- قید انفساخ است؛ ۶- شرط التزام مشتری به اقاله؛ ۷- شرط التزام او به بیع مجدد آن به بایع به نحو شرط فعل؛ ۸- همان، اما به نحو شرط نتیجه؛ ۹- شرط واقفی است برای بیع مجدد منضم به بیع اول با همان ثمن؛ ۱۰- همان قبلی اما با ثمن زیادتر یا کمتر؛ ۱۱- شرط استرداد مبیع (اثر فسخ) باشد نه فسخ.

در دو صورت اول (قیدیت برای خیار) بیع لازم بوده و زمان حدوث خیار منفصل از بیع است و قبل از ردّ ثمن، امکان فسخ فعلی یا قولی وجود ندارد. اشکال امتناع عقلی تعلیق و جهالت مدت را (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۴۱/۲۳)، در این صور وارد ندانسته‌اند به خاطر معلومیت مجموع مدت و عدم اعتبار تنجیز در شروط انصاری و اصفهانی و میرزای رشتی و آخند و نائینی هم این پاسخ را تأیید کرده‌اند (انصاری، ۱۳۷۸: ۴۷۶/۲)؛ (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۸۹/۴).

در صورت سوم (قید فسخ) مفاد بیع معلق بر شرط فاسخ است و مفاد شرط، ثبوت خیار معلق بر شرط واقف (ردّ ثمن) است. در صورت چهارم بعد از ردّ ثمن دیگر نیازی به انشای فسخ نیست. در صورت پنجم و یازدهم (قید انفساخ یا ترتب اثر بر فسخ) بیع منضم به شرط خیار و انشای فسخ همزمان واقع شده (خمینی ۱۴۰۹ق: ۵۲۱/۱)، لکن نتیجه انشای فسخ، معلق شده بر شرط واقف که ردّ ثمن است. در وجه پنجم، اشکال شده که انفساخ اتوماتیک بیع در صورت ردّ ثمن، مخالف قاعده توقف مسببات شرعی بر اسباب است (نراقی، ۱۴۱۸ق: ۳۸۶/۱۴) و (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۳۷/۲۳)؛ (انصاری، ۱۳۷۸: ۱۳۱/۵ و ۵۹/۶-۶۰). لکن با این فرض که انشای فسخ همراه انشای بیع و جعل خیار، انجام شده اما نتیجه‌اش معلق بر شرط واقف یعنی ردّ ثمن بوده، عدم ورود اشکال، روشن می‌گردد (حائری، ۱۴۰۹: ۵۵)؛ (خمینی، ۱۴۱۰ق: ۱۰۷/۴ و ۱۵۵ و ۳۳۵)، (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۸۳/۱۷ و ۱۳۶)؛ (انصاری، ۱۳۷۸: ج ۶). اشکال نائینی به تناقض در قصد و لازم آمدن عدم بیع از وجود آن هم وارد نیست به خاطر اختلاف زمان اثر انشای فسخ از زمان انشای بیع و شرط خیار (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۹۰/۴). در صورت‌های ۶ و ۷ و ۸ نیز شرط واقف علیه مشتری است و در دو صورت اولی، اجبار ممتنع یا نیابت حاکم از او در اقاله یا بیع مجدد امکان‌پذیر است و بر هیچ‌یک از این سه وجه اشکالی نشده (طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ۴۷۵/۲)؛ (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۹۱/۴)؛ (حائری، ۱۴۰۹ق: ۵۴).

صورت ۹ و ۱۰، انضمام دو بیع در یک بیع است که بیع اولی نقد است و در بیع دومی، خریدار همان بایع در بیع اول است که آن را نسبه می‌خرد. این بیع در فقه معروف است به (بیعتان فی بیع) و در آن، صور مختلفی از جهت نسبه بودن یا اختلاف عوضین در جنس یا عدم آن و تفاضل در مقدار یا عدم آن مطرح است و در صورت نسبه بودن هر دو با اتحاد جنس و یا تفاضل مقدار با نقدیت بیع اولی، شبهه ربا یا بیع دین به دین و دوری و صوری بودن، مطرح شده است (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۲۵/۱۹)؛ (قمی، ۱۳۸۵: ۱۱۹/۱ و ۱۲۷ و ۲۰۵)؛ (انصاری، ۱۳۷۸: ۵۴/۶ و ۲۲۵ و ۲۳۲).

همه این وجوه به موجب قواعد عامه عقد و شرط و خیار، صحیح هستند و در مورد روایات دال بر صحت بیع شرط نیز همه این احتمالات داده شده است، اگر چه بعض فقهاء آن‌ها را ناظر به فسخ فعلی منحصر به رد ثمن، دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ۱۸۹/۸؛ انصاری، ۱۳۷۸: ۱۲۹/۵-۱۳۰)؛ (نائینی، ۱۴۱۸ق: ۸۲/۳). بعضی روایات نیز ناظر به تعلیق انفساخ یا حصر فسخ در رد ثمن هستند (انصاری، همان)؛ و بعضی انتقال ملک به مجرد بیع را دلیل بر عدم تأخر حدوث خیار بعد از رد ثمن، دانسته‌اند (نجفی، پیشین: ۴۰/۲۳).

حال ممکن است چند امر واقع شود: ۱- ادعای صوری بودن معامله و تعلق قصد واقعی به معامله دیگری؛ ۲- قبل از رد ثمن، اقدام به بیع آن مال به ثالث به قیمت واقعی، بشود؛ ۳- رهن گذاشته شود نزد ثالثی برای گرفتن وام جهت رد ثمن به مشتری شرطی؛ ۴- با ادعای این که معامله به نحو انضمام دو بیع بوده و مشتری اولی در صورت تأخیر رد ثمن به او حق استملاک مبیع را ندارد و فقط حق حبس دارد که همان فایده رهن است و معامله بعدی بایع اول فضولی نبوده و با رد ثمن، فک ملک صورت می‌گیرد و فقط تکلیفی بر عهده او ثابت است که در مقام تسلیم ثمن باید آن مال را فروخته و مثل رهن، آزاد کند. در این موارد تردید، در مقام تفسیر قرارداد بین وجوهی که منتج به فضولی شدن تصرف او می‌شود و بین وجه پنجم و نهم و دهم که این نتیجه را ندارد، وظیفه دادگاه چیست؟ به نظر می‌رسد می‌توان گفت: از آنجا که خیار به نفع بایع جعل شده و وجوه دیگر احتمالات به جز وجه پنجم و نهم و دهم، همگی به نفع مشتری هستند و حق بایع را محدود می‌کنند و در واقع اقدام بایع بر آن‌ها مشکوک است، اصل عدم و ظاهر حال و قاعده لزوم تفسیر قرارداد به نفع طرفی که در موقعیت ضعیف‌تر قرار دارد اقتضاء می‌کند حمل آن را بر اشتراط انفساخ به رد ثمن به نحو شرط نتیجه یا حمل بر وجه نهم و دهم که انضمام دو بیع می‌باشد.

۲-۲-۲- وجوه فقهی قابل طرح در دفاع از عدالت معاوضی در بیع شرط

علاوه بر توجیهاات فقهی پیش گفته که بر اساس موازین فقه امامیه هم قابل پذیرش است، می‌توان توجیهاات ذیل را نیز مطرح کرد:

الف- اگر بیع شرط را امری خلاف قاعده بدانیم، با توجه به اینکه مقتضای اصل عملی در شبهات حکمیة معاملات، فساد است (نراقی، ۱۴۲۲ق: ۱۱۲)؛ و با وجود احتمال انصراف اطلاق دلیل به قدر متیقن، در مورد شک ناشی از غبن، دلایل صحت عقد، قاصر از شمول آن بوده و حمل بر بیع به ثمن المثل حال، بهترین و عادلانه‌ترین راه‌حل اختلاف است.

ب- این توجیه اصولی که عموماً صحت عقد و شرط، قطعاً تخصیص خورده به شرط مخالف کتاب و سنت، و مراد از این مخالفت قطعاً و به دلالت اقتضاء، محدود به مخالفت لفظی نیست و شامل رسیدن به نتیجه عملی ارتکاب حرام، هم هست. شرط ربوی و اکل به باطل، مسلماً مصداق شرط مخالف کتاب هستند. در مورد بیع شرط با نقصان زیاد قیمت یا طول زیاد مدت، عوض یا سبب نابرابر در بیع به منزله فقد سبب یا عوض در مقابل بخشی از مبیع است و مصداق اکل مال به باطل و مخالف کتاب است و بلاعوض ماندن بخشی از مبیع، خلاف مقتضای ذات عقد معاوضی نیز می‌باشد و از این رو از شمول عموماً صحت و لزوم، خارج است و همان‌طور که جهل مغبون دلیل بر عدم قصد او به معاوضه جزئی که در مقابلش عوضی دریافت نکرده خواهد بود اضطرار او نیز اماره و ظاهری نوعی است که دلالت بر عدم قصد او نسبت به نوع آن معامله دارد. اگر هم قائل به انحلال اجزای عوضین نشویم جعل عوض با قیمت بالاتر که بعد از انقضای مدت، به ملک مطلق درآید، با رهن دین ربوی مناسب‌تر است و تردید در اینکه عنوان ربا مختص به ربای لفظی است، یا شامل همه موارد صدق ماهیت و معنای آن می‌شود، شبهه مفهومی شرط مخالف کتاب است و در شبهات مفهومی خاص، تمسک به عام (ادله صحت بیع و شرط) جایز نیست.

ج- توجیه دیگری بر مبنای فقه عامه و نظریه غیرمشهور فقه امامیه و حتی بنابر نظر مشهور فقه امامیه، قابل طرح است، به اینکه به طور کلی عقود خیاری مفید تملیک فوری نیستند. این نظر به فقه حنیفه و شافعیه نسبت داده شده که خیار شرط را مانع تحقق تملیک فوری به ضرر کسی که خیار به نفع او جعل شده، می‌دانند و مالکیه مطلقاً انتقال ملک را متوقف بر انقضای مدت خیار دانسته‌اند (الجزیری، بی‌تا: ۱۸۱/۲ و ۱۸۳)؛ (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۱ ش ۳/۱ و ۵۱ ش ۲۵/۲)؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۹/۵ ش ۹۵۰). در فقه امامیه نیز این نظر به اسکافی مطلقاً و به شیخ طوسی در خصوص خیار بایع یا مشترک، نسبت داده شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ق: ۸۴/۲). لکن این نظر از سوی مشهور فقهای امامیه پذیرفته نشده و اثر بیع خیاری را ملک فوری، اما متزلزل دانسته‌اند. نظریه عدم فوریت انتقال، در حقوق روم قدیم مطرح بوده که بعد از ژوستینین تغییر کرده است. به طور کلی در نظام‌های حقوقی، در باب زمان انتقال مالکیت و انتقال ریسک، در قراردادهای فروش دو دیدگاه مختلف وجود دارد. یک دیدگاه، بر مبنای آزادی و استقلال اراده فردی و مفهوم پیشروانه‌تر مالکیت، بیع را به تنهایی سبب انتقال مالکیت به خریدار می‌داند. صریح ماده ۱۵۸۳ و ظاهر م ۷۱۱ و ۱۱۳۸ ق.م فرانسه دلالت دارند بر انتقال مالکیت و ریسک به مجرد وقوع بیع. بلژیک

و ایتالیا و انگلیس و چین و ژاپن و دانمارک نیز با همین دیدگاه همراه هستند. مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ ق.م. ما نیز در کل بیع‌های خیارى و ماده ۴۵۹ ق.م. در خصوص بیع شرط، به تبع مشهور فقهاء، بیع را سبب انتقال ملک دانسته و فقط در ماده ۳۷۸ ق.م. که انتقال ریسک یعنی ضمان معاوضی را متوقف بر تسلیم دانسته در این جهت از حقوق فرانسه فاصله گرفته است (صفایی و ... : ۱۳۸۴: ۱۴۳).

دیدگاه دوم که مبتنی بر تضمین امنیت معاملات و حمایت از اشخاص ثالث بوده بیع را به تنهایی سبب انتقال مالکیت نمی‌داند بلکه آن را صرفاً موجب تعهداتی بر عهده طرفین می‌داند. قانون مدنی آلمان در ماده ۴۳۳، به صراحت این نظریه را اتخاذ کرده و حقوق سوئیس و اتریش و اسپانیا و هلند و آفریقای جنوبی و نروژ و روسیه نیز در این دیدگاه با آن همراه است (امینی، ۱۳۸۲: ۱۵۵، ۱۶۵، ۱۶۸، ۱۷۰). یکی از آثار تفکیک زمان بیع از زمان انتقال مالکیت، این است که نظر به عهدی بودن بیع خیارى تا زمان انقضای مدت مقرر و تملیکی نبودن آن، فروش مال مورد بیع، صحیح می‌باشد و تصرفات مالکانه باع در مبیع شرطی (به جز در صورت فقد حسن نیت) مجاز خواهد بود (امینی، ۱۳۸۲: ۱۵۸). بنابراین اگر باع شرطی ادعا کند که برای تهیه پولی که به عنوان ثمن می‌توانسته مسترد کند اقدام به بیع آن مال قبل از سررسید به قیمت بالاتر یا به همان قیمت کرده یا تقاضای اجازه مزایده را از دادگاه بکند دادگاه برای منع او از این کار وجهی ندارد و فقط می‌تواند مبیع را نزد خریدار به عنوان حبس و یا وثیقه عام نگاه دارد تا فروشنده، ثمن را از خریدار بعدی وصول کرده و به او تحویل دهد و عین مال را گرفته و به مشتری دوم که به قیمتی بالاتر خریده تحویل دهد. حتی بر مبنای انتقال فوری مالکیت هم، اگر چه این معامله باع، فضولی بوده اما با ادای ثمن در موعد، دیگر نمی‌توان گفت که نفوذ آن توقف بر اذن مشتری اول دارد، اگر چه بعضی فقهاء چنین گفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۵۲). زیرا از باب (من باع شیئاً ثم ملکه) قابل تصحیح و غیرموقوف بر اخذ اجازه می‌باشد (مشتری شرطی، قبل از تملک از او هنوز اجازه نکرده بود تا ثمن داخل در ملک او شود و بعد از تملک از او نیز دیگر نیاز به اجازه او نیست). در صورت عدم ادای ثمن در موعد، هم می‌توان گفت که انتقال فوری مالکیت حتی بر نظریه مشهور فقه امامیه نیز، اثر اطلاق عقد بیع است نه مقتضای ذات بیع و این اطلاق، انصراف دارد به مواردی که نابرابری فاحش در ارزش عوضین وجود نداشته باشد. در غیر این صورت نمی‌توان بر علیه فروشنده به اطلاق عقد بیع استناد کرد و قائل به فوریت انتقال گردید. سکوت کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ در ماده ۴ و اکتفا کردن به ذکر تعهد باع به انتقال دادن مالکیت در ماده ۳۰، می‌تواند مؤید همین نگاه دانسته شود که انتقال فوری، مقتضای اطلاق است نه مقتضای ذات بیع.

۲-۲-۳- امارات قضائی و عرفی

حتی اگر حکم قانون به حمل بیع شرط را در موارد تفاوت فاحش قیمت و عدم جبران ریسک، برخلاف مقصود ظاهری معامله را نپذیریم لکن هنوز جای طرح اماره قضایی و حتی اماره قانونی موضوعی، از نظر شرعی باز است. وجود وضعیت‌هایی مانند، ۱- نابرابری در قدرت معاملی در نوع بیع شرطها؛ ۲- وجود دین سابق ادا نشده؛ ۳- اضطراب بایع؛ ۴- اشتراط مدت طولانی برای رد؛ ۵- تفاوت فاحش قیمت واقعی با قیمت قراردادی؛ ۶- اشتراط رد مبلغی بالاتر از مبلغ دریافتی؛ ۷- ابقای مبیع در حیات بایع به عنوان اجاره؛ ۸- عدم جبران ریسک با تغییر قیمت به نفع بایع؛ ۹- هر دلیلی مثل بینه و قرائن که ثابت کند مقصود اخفای رهن حیازی بوده نه بیع. اگر چه هر یک به تنهایی دلیل بر مغایرت قصد واقعی با قصد ابراز شده نیستند (طباطبایی یزدی، همان)، اما از اجتماع آن‌ها برای نوع دادگاه و انسان متعارف، اطمینان و وثوقی پیدا می‌شود که ما را از مطالبه دلیل اثباتی از بایع، بی‌نیاز می‌سازد و می‌تواند به عنوان اماره نوعی قانونی یا قضائی، مورد استناد دادگاه قرار بگیرد (سنه‌وری، ۲۰۰۰: ۱۶۹/۴ ش ۸۸ و ۱۵۲ پاورقی).

دلایل شرعی صحت بیع شرط، ناظرند به فرض طبیعی و عادی و عقلائی بودن مورد آن، یعنی فروش مال به کسی که فروشنده به خاطر تعلق عاطفی که به عین مال دارد و امید خرید دوباره مال را در دل می‌پروراند، او را لایق و مناسب برای جایگزینی مالکیت خود می‌داند، نه موارد اضطراب بایع و مهارت خریدار رباخوار در استملاک مال ضعفاء و درماندگان یا کشاورزان ضعیف از طریق بیع شرطی با قیمت غیرعادلانه. برای وضوح مطلب خوب است که به روایات مستند صحت بیع شرط، نظر شود. بنابراین نمی‌توان حکم فقهاء به صحت ماهیت طبیعی این معامله را دلیل اصرار بر صحت آن در مواردی دانست که به وضوح، اجحاف و غبن فاحش و سوءاستفاده از موقعیت معاملی یک طرف و عدم جبران تحمیل ریسک بر طرف ضعیف‌تر، در آن مشاهده می‌شود. فقهاء در مقام تبیین اصل عدم مخالفت شرط با شرع، به این اصل اولیه یعنی حمل احکام شرعی بر ماهیت طبیعی آن‌ها و امکان زوال موضوعی طبیعت آن‌ها به هر سببی، از جمله به سبب اشتراط و حکومت ادله احکام عناوین عارضی بر ادله احکام اولیه و امکان تفاوت بین حکم طبیعی و حکم فعلی اشاره کرده‌اند (انصاری، همان: ۳۳-۳۲/۶) و (خوئی، ۱۴۱۴: ق: ۶۰/۲).

۲-۲-۴- توجیه و تحلیل نظریه شورای نگهبان در مورد بیع شرط

نظریه شورای نگهبان (شماره ۴۸۹۰-۱۹/۱۳۶۴/۹) به خلاف شرع بودن مفاد ماده ۳۴ ق.ت، اماره قانونی را که در آن مطرح شده بود از اثر انداخته است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۵۱ و ۴۵۸) و (شهری، ۱۳۷۹: ۴۵).

در تحلیل این نظریه شورای نگهبان، بین نویسندگان حقوقی کشور ما دو نگاه مطرح است: یک نگاه ناظر به تردید در اعتبار آن است، به این دلیل که در قانون اساسی ایران، شورای نگهبان جایگاه دادگاه حافظ قانون اساسی را ندارد و فقط نظارت استصوابی بر مجلس که نهاد صالح و منحصر برای وضع قانون است (اصل ۵۸ ق.ا.س)، دارد و حق إنشاء یا نسخ و الغاء یا اصلاح قانون را ندارد (اصول ۹۴ و ۹۶ ق.ا.س). بنابراین نسخ قانون مصوب سابق فقط از طریق وضع و تصویب قانون جدید امکان دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۶) و (خامنه‌ای، ۱۳۶۹: ۹)؛ و نیز (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۷۴). از این رو در نظیر دیگر مسئله چون حق سرقفلی و کسب و پیشه، با آنکه شورای نگهبان نظر به مخالفت آن با شرع داده اما دادگاه‌ها به قانون عمل می‌کنند تا زمانی که با وضع قانون دیگر نسخ شود (شهری، ۱۳۷۹: ۴۶).

نگاه دوم، نگاهی تأییدی است با استناد به عموم و اطلاق اصل ۴ قانون اساسی و نظریه تفسیری خود شورای نگهبان از آن (شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸) و با توجه به ماده ۲۵ و ۴۰ قانون دیوان عدالت اداری (۱۳۸۵)، به صلاحیت شورای نگهبان برای اظهار نظر در مورد قوانین گذشته از جهت مغایرت با شرع (مهرپور، ۱۳۶۸: ۲۰) و (محقق، ۱۳۸۸: ۴۶۰) و (شهری، ۱۳۷۹: ۴۶ و ۴۸) و (راسخ، ۱۳۹۰: ۹۵، ۹۶ و ۱۰۲).

به نظر می‌رسد اولاً صلاحیت اظهار نظر شورای نگهبان در مسئله مغایرت با شرع یا عدم آن به طور کلی فقط از جهت حکم اولی و در قلمرو آن، استصوابی است. اما در مسئله اجرای قانونی که بعد از تکمیل فرآیند تصویب، با لحاظ جمیع آنچه باید در مقام وضع قانون لحاظ گردد و جلب مصلحت و نفع یا دفع ضرر، نهایی شده و مسئله‌ای حاکمیتی و نیز موضوعی می‌باشد، صلاحیت مشورتی و استفتائی خواهد بود و از منابع فرعی حقوق محسوب می‌گردد. به خصوص که در قوانین گذشته نیز مسئله موافقت با شریعت به شدت توسط فقهای مورد تأیید مراجع فقهی مذهبی وقت، مورد نظارت استصوابی قرار می‌گرفته و فرآیند قانونگذاری از جهت انطباق با شرع و قانون اساسی اصولاً مورد اختلال و مناقشه نبوده است. وانگهی بدیهی است که اعضای شورای نگهبان به مرور زمان عوض می‌شوند و ظهور نظریه‌ای جدید در شورای نگهبان که قانونی سابق را مخالف شرع بدانند نمی‌تواند خللی در اعتبار قانون سابق به وجود آورد.

از همین رو در موارد اختلاف مجلس با شورای نگهبان در مسئله مشروعیت قانون مصوب مجلس یا عدم آن در مرحله وضع قانون هم، نظر فقهی معتبر رهبر و بنیانگذار انقلاب بر بقای صلاحیت مجلس بر اصرار بر مصوبه خود، با دستور تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام به

عنوان مرجع مشورتی صالح قانونی و مقدم بر شورای نگهبان، صادر شده و در قانون اساسی بازنگری شده هم درج شده است. همچنین در نامه صادره از ایشان (به تاریخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۶) خطاب به رئیس جمهور وقت، به شمول و عموم دایره اقتدار سیاسی قانون اساسی که بالاترین مقام آن، ولایت فقیه می‌باشد از محدود و مقید شدن به تشخیص فقهی شورای نگهبان، اشاره کرده و با ارشاد نگاه قوه مجریه، در واقع نگاه سایر قوی و حتی خود شورای نگهبان را نیز اصلاح و مرزها را تعیین نموده است. اقدام ایشان در جلسه ملاقات اعضای شورای نگهبان سه روز بعد از تاریخ فوق، به دفع شبهه تضعیف شورای نگهبان، به خوبی دلالت دارد بر اینکه هدف از نامه مزبور اصلاح نگاه شورای نگهبان بوده است. اگر چه نگرانی مذهبی مرجعیت فقهی نسبت به نظارت بر تصمیمات حکومتی و عدم پیش‌بینی سازوکار حقوقی برای آن در قانون اساسی، همچنان باقی گذاشته شده و به قلمرو تأثیر افکار عمومی و روابط سیاسی غیررسمی بین ولایت فقیه با مرجعیت فقهی مذهبی محول گردیده که مطلب دیگری است و با ارشادی بودن آرای مشهور فقیهان قابل جمع می‌باشد.

نتیجه اینکه هر گونه اظهار نظر شورای نگهبان که خارج از فرآیند قانونی وضع قوانین صادر شده باشد در ردیف استفتاهای فقهی و نظریه‌های مشورتی صادره از مراجع معتبر بوده و جنبه ارشادی دارد که در موارد سکوت قانون می‌تواند مستند دادگاه‌ها قرار گیرد، اما در موارد معارضه با قانون، فقط منبع ارشادی برای اصلاح قوانین است نه منبع نهایی برای عمل؛ و اینکه باز جای طرح اماره قضایی و حتی اماره قانونی موضوعی، از نظر شرعی باز است و می‌توان ماده ۳۴ قانون ثبت را در مقام وضع اماره موضوعی قانونی دانست نه اماره قانونی حکمی، که در آن صورت واضح است که تشخیص فقیه اصولاً از دایره ارشادی بودن بیرون نمی‌رود. پس می‌توان نظریه اول را قابل انطباق با اصول علمی و آکادمیک دانست که عاری از افراط‌گرایی مذهبی و نزدیک به مقتضای مکتب تحقیقی در حقوق است که هولمز از آن دفاع کرده و با ابطال دیوان عالی یا شورای نگهبان، قوانین حمایتی را به دلیل مخالفت با اصل آزادی اراده و حقوق طبیعی، مخالفت می‌کرد (فیلیپ مالوری، ۱۳۸۸: ۳۳۲-۳۳۳). در نظام‌هایی که برای دادگاه‌ها اختیار نظارت بر قوانین را پذیرفته‌اند نیز تنها در صورت مخالفت و معارضه یک قانون با حق و قانون اساسی یا منطق و عقل یا اشتغال بر تناقض یا محال بودن اجراء ابطال قانون در دادگاه را جایز دانسته‌اند که مورد بحث، از مصادیق هیچ کدام آن‌ها نیست، وگرنه همان‌طور که اساقفه سبعة هم در حکم مشروطه در ۱۶۸۸م گفته بودند، صلاحیت ذاتی برای رسیدگی موضوعی در تصمیم‌های قانونی (وضع و اصلاح و لغو قانون)، مختص پارلمان است (لرد دنینگ، ۱۹۹۱: ۵۲، ۳۶۸، ۳۶۹).

۳- بررسی تطبیقی بیع شرط در نظام‌های حقوقی غربی

۳-۱- بیع شرط در حقوق انگلیس و فرانسه و آلمان

در حقوق غربی با توجه به قوانین تجویز بهره‌کنترل‌شده و عدم ابتلاء به مشکل استتار قرض در لباس بیع شرط، بیع شرط را معامله‌ای معلق بر شرط فاسخ دانسته و حکم به صحت آن می‌کنند. قانون مدنی فرانسه یک‌بار در ماده ۱۶۵۹ تا ۱۶۷۳، آن را مطرح و حکم به صحت آن و ایجاد حق عینی اصلی مالکیت در اثر آن، کرده است، که در قانون مدنی آلمان نیز ماده ۴۵۶ BGB با عنوان قرارداد خرید مجدد^۱ از آن نام برده و حکم به صحت آن شده، و بار دیگر در مواد ۲۳۶۷ تا ۲۳۷۱، به عنوان رهن غیر منقول مقبوض یا حیازی^۲ و قسمی از رهن مقبوض^۳ که یکی از اقسام چهارگانه وثیقه عینی^۴ است مطرح و از اسباب پیدایش حق عینی تبعی دانسته شده است (سوادکوهی، ۱۳۵۴: ۳). اما در هر دو مورد فوق، قانون مدنی فرانسه، هم در ماده ۱۶۷۳ و هم در ماده ۲۳۷۱، حکم به لزوم بازپرداخت مازاد مابه‌التفاوت قیمت مبیع از مقدار دین، کرده است. در حقوق انگلیس عنوان مطرح شده (Conditional Sale) است (Garner, 2004: 1364, 314)؛ که ماهیت آن در مواردی از معاملات مثل اجاره به شرط تملیک و وام خرید کالا و قراردادهای مصرف، قابل مشاهده است و مقررات قانون شروط ناعادلانه و قانون حمایت از مصرف‌کننده بر آن‌ها حاکم می‌باشد. به علاوه در موارد آن می‌توان اهمیت و استحکام اصولی را دید که راه را بر سوءاستفاده از آزادی قرارداد به نفع طرف قوی‌تر معامله می‌بندد.

۳-۲- مصادیق بیع شرط در حقوق انگلیس و فرانسه

در حقوق غربی نهاد بیع شرط را می‌توان در این موارد ملاحظه کرد. یکی حق اولویت بازخرید (کالا یا رهن) است که قابل انطباق و شباهت است با قالب جدیدی که متخصصان بازارهای مالی، از آن با عنوان قراردادهای آتی^۵ استاندارد شده و توافقی‌های باز خرید^۶ در اقتصاد استفاده می‌کنند (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۸۳، ۲۰۷، ۲۵۱)؛ و دیگری، شرط ذخیره مالکیت است. مطالعه تطبیقی این دو نهاد در بحث بیع شرط دارای نفع لاقول تنوریکی می‌باشد.

الف- حق اولویت بازخرید (Redemption): یکی از اصول زیربنایی حقوق رهن این است که رهن‌دارای یک حق انصافی بر استرداد مال مرهونه است. در حقوق انگلیس این حق تا

1. Wiederkauf
 2. Antichrese
 3. Nontissment
 4. Surret Reelle
 5. Future contracts
 6. Repurchase Agreements

سررسید وعده دین، یک حق کامن لا محسوب می‌شود، اما بعد از آن یک حق انصافی خواهد بود، زیرا موضوع اصلی رهن، تضمین دین است و مادام که این تضمین باقی است وجهی برای خارج کردن مال از ملک راهن به صرف قصور از ایفای دین در سر وعده وجود ندارد و حق مرتهن بر ملک رهنی فقط برای رسیدن به پولش است نه حقی مطلق و مستقل. بنابراین قاعده نهایی این است که راهن باید حق گرفتن قیمت واقعی زمینش را حتی بعد از سررسید دین، داشته باشد. در انگلستان، قانون ثبت املاک ۱۹۲۵، و ماده ۲۳ (بند ۱ قسمت الف) همان قانون ۲۰۰۲، برای مرتهن نسبت به ملک مرهونه‌ای که در مورد آن اعمال حق استرداد، امکان داشته باشد، حق درخواست ثبت را نفی کرده است (Cheshire and Burns, 2006: 722, 724, 735).

این حق انصافی در همه موارد واقعیت و اگذاری توثیقی، وجود دارد چه در قالب رهن انجام شده باشد یا غیر آن. کشف قصد واقعی اطراف دعوی، امکان‌پذیر است. مطابق یک قاعده کامن لا در دعوی Janson علیه Eyres (۱۹۸۱)، هیچ رهنی نمی‌تواند با عبارتی فنی تغییر ماهیت بدهد مگر با توافق بعدی (Ibid. 736 footnot 119). سیستم انصاف برای اطمینان از حفظ حق رهن، دو قاعده مهم وضع کرده است: یکی حق استرداد، حقی غیرقابل نقض و توافقی برخلاف یا اسقاط است، چون توافق برخلاف آن مخالف مقتضای ماهیت عقد است، اما قابل تعویق برای مدت مناسب هست. بنابراین در صورتی که مدت تعویق، نامعقول یا بسیار کوتاه باشد به طوری که حق استرداد را امری موهوم بسازد، می‌تواند توسط دادگاه باطل اعلام شود (Cheshire & Burns, 2006: 740). در فقه امامیه نیز بیع رهن به نفع مرتهن عقدی تشریفاتی است و شرط نتیجه انتقال ملک بعد از سررسید دین، را شرطی فاسد و برخلاف کتاب و سنت، دانسته‌اند (انصاری، همان: ۵۹/۶) و (طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ۵۱۳/۸). قاعده دوم، محدود بودن منافع جنبی که مرتهن می‌تواند از مال موضوع رهن ببرد است. در صورتی که این منافع ناعادلانه یا نامعقول^۱ باشند یا به طور ناعادلانه‌ای حق استرداد را محدود کنند قابل منع می‌باشد (بند ۱ ماده ۵ قانون کنترل قراردادهای مصرف ۱۹۹۹، چشایر و ... ص ۷۴۱). در حقوق فرانسه حق بازخرد کالا با عنوان (Redemption) در ماده ۱۶۵۹ و حد آن در ماده ۱۶۷۳ ق.م.پیش‌بینی شده است.

ب- شرط ذخیره و حفظ مالکیت: در حقوق روم چهار نوع شرط ترتیب‌دهنده فسخ بیع وجود داشت: ۱- تخصیص ظرف مهلت معین^۲ یعنی ظرف مدت معین اگر خریدار بالاتر پیدا شد فسخ بشود؛ ۲- قرارداد صلح تجربه و آزمایش (خيار تروی)؛ ۳- صلح کمیساریا که با خيار

1. Unconscionable
2. indiem addict

تأخیر ثمن از مدت معین قابل انطباق است؛ و ۴- صلح با خرید^۱، که گاهی پوششی می‌شود برای وام ربوی که توسط انتقال همراه با فیدوسی ضمانت شده است. فیدوسی تضمینی بود که در آن بعد از ردّ ثمن، منتقل‌الیه موظف بود به ردّ مثن، اما این نوع فروش امانی قبل از ژوستینین رواج داشت و از زمان او محو شد و مایز آن از رهن، وجود حق تصرف مشتری بود (Zimmermann, 1996: 510) و (ژان فیلیپ لوی و ... ۱۳۸۶: ۱۱۹، ۱۶۲، ۴۷۵). در حقوق انگلیس، اعتبار آن از ماده ۱۷ و ۱۹ قانون بیع کالا استنباط می‌شود؛ (Atyah, 2001: 315, 335, 469) (Marsh, 1994: 250); (marsh, Ibed & Atyah, 2001: 470).

سه صورت برای چنین شرطی تصویر شده: ۱- تعلیق انتقال مالکیت بر پرداخت کامل ثمن، که برای بایع حق امتیازی به وجود نمی‌آید مگر در صورت ثبت رسمی و بقای عین مال؛ ۲- منع انتقال مالکیت به خریدار تا زمان وصول کل ثمن، که هر مقدار از ثمن پرداخت شده مالکیت همان مقدار از مبیع منتقل می‌شود؛ ۳- شرطی که برای بایع حق بر منافع بیع کالا و حتی بیع محصول ساخته شده از آن کالا را به وجود می‌آورد. این شرط در بیع تجاری مواد اولیه و ابزار صنعتی، بیشتر رواج دارد. ریسک‌ها متوجه بایع مشروط له است، اما معمولاً خلاف آن شرط می‌شود و هزینه بیمه کردن برعهده مشتری گذاشته می‌شود (Marsh, 1994: 251). در حقوق فرانسه نیز اگر چه این معامله هم بر ماده ۲۳۶۷ ق.م و هم با ماده ۱۶۵۹ قابل تطبیق است، اما به خاطر خروج مال از دست مالک به دست مرتهن و کاسته شدن از اعتبار مالک، امروزه کمتر مورد استفاده واقع می‌شود (سوادکوهی، ۱۳۵۴: ۳). حقوق فرانسه به طور سنتی مخالف شرط احتفاظ مالکیت بوده و لذا در قانون مدنی ماده‌ای به آن اختصاص نداده و یکی از دلایل آن مغایرت با قاعده انتقال عوضین به مجرد عقد حتی قبل از تسلیم، است که در ماده ۱۵۸۳ ق.م فرانسه مقرر شده بود. این وضع تا تصویب قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ ادامه داشت و در قانون اخیر این شرط پذیرفته شد (Marsh, 1994: 256). در حقوق آلمان با اینکه نظریه قدیمی حقوق روم بر عدم انتقال ملک بعد از بیع تا زمان تسلیم ثمن پذیرفته شده و استرداد عین مبیع توسط بایع نیازی به فسخ ندارد (ماده ۴۳۳ ق.م BGB آلمان) اما چون این حکمی قابل توافق برخلاف، می‌باشد در ماده ۴۵۶ ق.م شرط احتفاظ مالکیت پذیرفته شده و وجود آن دلیل فرضی بر قصد انتقال مالکیت قبل از پرداخت کامل ثمن با جعل خیار فسخ یا شرط انفساخ دانسته می‌شود (Ibid. 257, 259) و (دسوقی، ۱۹۸۴: ۲۷۴).

تحلیل شرط احتفاظ مالکیت، به اینکه نقل فوری ملک، مقتضای طبیعت و اطلاق عقد است نه مقتضای ذات و نه مقتضای نظم عمومی، و توافق بر تعلیق انتقال مالکیت به ادای کامل ثمن در

1. Pactum de Retrovendendo

مدت معین در قالب شرط مذکور^۱ صحیح است (Dalloz; 1952: T11.N133)، در مورد بیع شرط نیز قابل طرح است. به این بیان که در آن بایع، به خاطر تفاوت ثمن قراردادی از ثمن بازاری، برای خودش احتفاظ مالکیت مبیع می‌کند تا بتواند در مدت معین ثمن ناقص را به مشتری مسترد داشته و مبیع را برگرداند؛ و یا اینکه دو بیع منضم واقع شده که در بیع دوم مالکیت مبیع به محض وقوع عقد به مشتری (همان بایع شرطی) منتقل شده و توقف بر ادای ثمن ندارد. قاعده‌ای که می‌گوید: در بیع ائتمانی مدت‌دار، نسبت به نقل ملکیت، قانون جانب مشتری را می‌گیرد و مشتری با صرف نظر از دفع ثمن مالک مبیع می‌شود (Charles Duguet, 1980: 287). در دوران امر بین ظاهر اطلاق بیع شرط در جعل خیار برای بایع بدون احتفاظ مالکیت، و ظاهر رضایت به قیمت بسیار پایین در احتفاظ مالکیت، بر فرض که قائل به تقدم ظاهر دوم به نفع بایع شرطی نشویم بعد از تساقط، اصل فساد در معاملات حکم می‌کند به معامله رهن عام با آن نه مبیع منتقل شده است.

نتیجه‌گیری

اگر چه اصل آزادی اراده و قرارداد، مقتضی پذیرش مسامحه در توازن عواید طرفین معامله است اما اولاً، هدف قرارداد برقراری عدالت معاوضی در جامعه از طریق بازار می‌باشد و نابرابری نامعقول در نتیجه قرارداد برای طرفین و عدم جبران ریسک طرفی که در معرض ضرر قرار می‌گیرد، موجب اخلال به هدف قرارداد که مبنای آزادی قرارداد است می‌شود و این امر می‌تواند مبنایی برای محدودیت آزادی اراده دانسته شود؛ و ثانیاً اصل حاکمیت اراده باطنی در قراردادهای و تقدم آن بر اراده ظاهری در موارد اشتباه در ماهیت عقد و نیز ضابطه عینی^۲ ناظر به وضعیت محیط بر عقد، در کشف اراده باطنی طرفین و تقدیم آن بر ضابطه ذهنی و شخصی^۳، می‌تواند مجوز مداخله قضایی در اصلاح معامله و تضمین عدالت معاوضی و حاکمیت انصاف، دانسته شود؛ و ثالثاً در بازار سرمایه که به شدت مرتبط به حقوق عمومی است لزوم نظارت حاکمیتی بر بازار سرمایه، جهت جلوگیری از ربا و سودجویی وام‌دهندگان و سوءاستفاده از نیاز مالکان خرد، مبنای محکم و مدرنی است که مقتضی تجویز مداخله و وضع امارات قانونی یا پذیرش امارات قضایی و عرفی و ضابطه‌های عینی و نوعی در احراز قصد واقعی از معامله است تا راه سودجویی غیرعادلانه را بر روی سوءاستفاده‌کنندگان از نقاط فراغ احکام فقهی و قواعد حقوق مدنی، مسدود نماید. از این رو پیشنهاد می‌شود که از نظریه فقهی و دیدگاه شورای نگهبان در مورد بیع شرط و موارد مشابه آن

1. Pactum Reservation Domini

2. Objective

3. Subjective

برداشتی مضیق شود تا فقه و حقوق، ابزاری برای سوءاستفاده در بازار سرمایه، قرار نگیرد و مرجع نهایی در چنین مسئله دشواری، انصاف و عدالت واقعی و معاوضی و حقوق تحقیقی باشد.

منابع

الف - فارسی

۱. ارسطو؛ *اخلاق نیکوماخوس*، ترجمه صلاح‌الدین سلجوقی، تهران، نشر عرفان، ۱۳۸۶.
۲. امامی، سیدحسین؛ *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
۳. امینی، منصور؛ انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظام‌های حقوقی آلمان، فرانسه و ایران، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲، شماره ۳۷.
۴. فلیپ لوی، ژان؛ کاستالو، آندره؛ *تاریخ حقوق تعهدات*، ترجمه رسول رضایی، تهران، مجد، ۱۳۸۶.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *تئوری موازنه*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
۶. _____؛ *حقوق ثبت*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
۷. _____؛ *دائرة المعارف حقوق تعهدات، مدنی و تجارت*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
۸. حمیدیان، حسن؛ *نظارت بر قانونگذاری در ایران و امریکا*، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
۹. خامنه‌ای، سید محمد؛ «اصل ۴ قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، ۱۳۶۹، شماره ۴.
۱۰. سوادکوهی، فتح‌الله، *رهن قضایی*، تهران، نقش جهان، ۱۳۵۴.
۱۱. شهری، غلامرضا؛ *حقوق ثبت اسناد و املاک*، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۹.
۱۲. شهیدی، مهدی، *عقود معین ۱*، تهران، مجد، ۱۳۸۲.
۱۳. صفایی، سید حسین و همکاران؛ *بیع بین‌المللی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۱۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۱۵. عابدیان، میرحسین، *در تکاپوی عدالت*، میزان، ۱۳۸۸.
۱۶. مالوری، فیلیپ؛ اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۸.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱ و ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ و ۱۳۸۷.
۱۸. _____؛ *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، فروزش، ۱۳۷۴.
۱۹. _____؛ *مقدمه علم حقوق*، تهران، بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی؛ *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۱. معصومی‌نیا، غلامعلی، *ابزارهای مشتقه*، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۸۷.
۲۲. میر معزی، سید حسین؛ *بیع الخيار از منظر فقه و اقتصاد*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.

جستجوی عدالت معاوضی و واقعی، و اراده باطنی در بیع... ۱۰۹

۲۳. مهرپور، حسین؛ «اصل ۴ قانون اساسی و شمول آن»، مجله کانون وکلا، ۱۳۶۸، شماره ۱۴۶.
۲۴. میرزای قمی، ابوالقاسم؛ *رسائل الميرزا القمي*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۵.

ب- عربي

۲۵. ابن رشد؛ *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، جلد ۴، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب، ۱۴۳۱ ه.ق.
۲۶. ابن قدامه؛ *المعنى*، قاهره، هجر، ۱۹۸۸ م.
۲۷. أبو الوليد الباجي؛ *المنتقى*، جلد ۴، بيروت، دارالكتاب العربي، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۸. البحراني، يوسف؛ *الحدائق الناضرة*، جلد ۱۹، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۹. الخراسانی آخند، محمد کاظم؛ *حاشیه کتاب المكاسب*، قم، نشر وزارت ارشاد اسلامی، طبع اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
۳۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد؛ *الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد*، جلد ۱، بيروت، لبنان، ۲۰۰۰ م.
۳۱. اصفهانی، محمد حسین؛ *حاشیه کتاب المكاسب*، جلد ۴، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۲. الجزیری، عبدالرحمن؛ *الفقه علی المذاهب الاربعه*، مصر، بی تا.
۳۳. الامام الخمينی، روح الله؛ *کتاب البيع*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۴. _____؛ *تحریر الوسيله*، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۳۵. انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، جلد ۲ و ۳ و ۵ و ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی ۱۳۷۸.
۳۶. ایروانی نجفی، علی؛ *حاشیه مکاسب*، جلد ۲، تهران، انتشارات کیا، ۱۳۸۴ ش.
۳۷. بوذیاب، سلیمان؛ *مبادئ القانون المدني*، بيروت، مجد، ۱۴۲۳ ه.ق.
۳۸. تنافو، سمیر عبدالسید؛ *عقد البيع*، مصر، منشاه المعارف، اسکندریه، ۱۹۷۳ م.
۳۹. حائری، شیخ عبدالکریم؛ *تقریرات بحث خیارات*، رضا مدنی کاشانی، قم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۴۰. حرّ عاملی، محمد حسن؛ *وسائل الشیعه*، جلد ۱۲، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۲ ه.ق.
۴۱. الجزیری، عبدالرحمن؛ *الفقه علی المذاهب الاربعه*، جلد ۲، مصر، بی تا.
۴۲. خوئی، سید ابوالقاسم؛ *مستند العروه الوثقی «صلوه»*، جلد ۲، قم، حوزه علمیه، ۱۴۱۴ ه.ق.
۴۳. دسوقی ابواللیل، ابراهیم؛ *البيع بالتقسیت و البيوع الاثمنیه الاخری*، کویت، ۱۹۸۴ م.
۴۴. دنینگ، لرد؛ *آفاق القانون فی المستقبل*، هنری ریاض و عبد العزیز صفوت، بيروت، دارالجيل، ۱۹۹۱ م.
۴۵. رشتی، میرزا حبیب الله؛ *فقه الامامیه، الخيارات*، به قلم: سید محمد کاظم خلخالی، قم، مطبعه داوری، ۱۴۰۷ ه.ق.
۴۶. الزحیلی، وهبه؛ *الفقه الاسلامی وادلته*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۲۴ ه.ق.
۴۷. سبزواری، سید عبدالاعلی؛ *مهذب الاحکام*، نجف، ۱۴۰۲ ه.ق.
۴۸. الشهید الاول، محمد بن مکی العاملی؛ *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم، مکتبه المفید، ۱۴۰۰ ه.ق.

٤٩. طباطبايى يزدي، سيد محمد كاظم؛ *حاشيه كتاب المكاسب*، جلد ٢، قم، مؤسسه طيبه لاحياء التراث، ١٤٢٩ ه.ق.
٥٠. طباطبايى، سيد على؛ *رياض المسائل*، جلد ٨، قم، مؤسسه النشر الاسلامى، ١٤١٩ ه.ق.
٥١. طوسى، محمد بن الحسن؛ *المبسوط*، جلد ٢ و ٣، مرتضويه، ١٣٨٧ ه.ق.
٥٢. عبدالله على حسين؛ *المقارنات التشريعيه*، جلد ٣، مصر، دارالسلام، ٢٠٠٦ م.
٥٣. المسكونى، صبيح؛ *القانون الرومانى*، بغداد، ١٩٧١ م.
٥٤. مفيد، *المقنعه*، قم، انتشارات كنگره هزاره شيخ مفيد چاپ اول، ١٤١٣ ه.ق.
٥٥. *الموسوعه الفقيهيه الاسلاميه*، كويت، وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلاميه جلد ٩، ١٩٨٧ م.
٥٦. نجفى، محمد حسن؛ *جواهر الكلام*، جلد ٢٣، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٩٤ ه.ق.
٥٧. النائينى، محمد حسين؛ *منيه الطالب*، به قلم موسى النجفى الخوانسارى، قم، مؤسسه النشر الاسلامى، ١٤١٨ ه.ق.
٥٨. نراقى، احمد؛ *مستند الشيعه فى احكام الشريعه*، جلد ١٤، مؤسسه آل البيت، ١٤١٨ ه.ق.

ج - لاتين

59. Atyah P; 2001, *The Sale of Goods*, Tenth Edition, longman, Pearson aducation.
60. Dalloz; 1952, "*Reportior do droit commercialet de societies*", Tome II, No. 133.
61. Garner, Blacks; 2004, *Law Dictionary*, 8ed, Thomson West.
62. Charles Duguet; 1980, *La reserve de propriete*, Rapport De Charles Duguet (La Conference generale des tribunaux de commerces Doctrine), Gaz. Pal.
63. Cheshire & Burns; 2006, *Modern Law of Real Property*, 17ed, Oxford.
64. John Bell & Sophie Boyron & Simon Whittaker; 1998, *Principles of French Law*, Oxford.
65. James Gordly; 2001, "*Contract Law in the Aristotelian Tradition*", In: *The Theory of Contract Law, New Essays*, Ed by Peter Benson, Cambridge University Press.
66. P.D.V.Marsh; 1994, *Comparative Contract Law*, England, Frannc, Germany.
67. Gower. Reinhard Zimmermann; 1996, *The Law of Obligations*, Roman Foundations of the CivilianTradition, Oxford.
68. Steven Hedley; 2004, "*Unjust enrichment: the same old mistake?*", in *The Law of Obligations: connections and boundaries*, Ed by Andrew Robertson, UCL Press.
69. Michel Trebilcock; 1993, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge.