

## شرط بازخريد در بيع

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

دانشگاه مازندران، گروه حقوق

### چکیده

از جمله موضوعات قابل بحث در باب بيع، شرط بازخريد در آن است. از زمانهای گذشته تاکنون، این شرط به عنوان حربه‌ای برای فرار از ربا مورد استفاده قرار گرفته است. حال سخن این است که آیا شرط بازخريد در بيع مشروعیت دارد؟ آیا می‌توان در معاملات از آن بهره جست؟ در چه صورتی شرط بازخريد باطل است؟ آنچه در این نوشتار می‌آید بحث و بررسی درباره این موضوع و مشروعیت آن در حقوق اسلام است.

**کلید واژه‌ها:** شرط بازخريد، بيع عینه، بطلان عقد، قصد ربا، شرط باطل، شرط تبانی.

### درآمد

پیش از ورود به اصل بحث، به عنوان مقدمه ذکر نکته‌ای لازم است و آن این است که اصطلاح شرط در اصول فقه و در مباحث فقهی و حقوقی امری است که از عدم آن، عدم مشروط لازم آید ولی از وجود مشروط لازم نیاید (فاضل مقداد، ۴۹)؛ مانند زوجیت دائم که شرط ایقاع طلاق است (قانون مدنی، ماده ۱۱۳۹)؛ به این معنا که اگر زوجیت نباشد قطعاً طلاق واقعی نمی‌شود؛ ولی وجود زوجیت موجب طلاق نمی‌گردد.

شرط که نوعی تعهد و الزام و التزام است گاه به طور مستقل مورد قرارداد و عقد قرار می‌گیرد و گاه ضمن قرارداد که تعهد مستقل دیگری به وجود می‌آید و در اثر این امر جنبه تبعی به خود می‌گیرد؛ در این صورت به آن شرط ضمن عقد می‌گویند (امامی، ۱/۲۶۸)؛ مانند شرط بازخرید در ضمن عقد بیع.

شروط به دو گروه تقسیم می‌شوند: صحیح و باطل. شرط صحیح آن است که موجب حقی برای مشروط‌له برعهده مشروط‌علیه شود؛ به گونه‌ای که مشروط‌له حق مطالبه آن را از مشروط‌علیه داشته باشد. اما شرط باطل عبارت است از شرطی که به نحو صحیح واقع نشود و وفای به آن واجب نبوده و اثر حقوقی بر آن مترقب نگردد. چنین شرطی به تصریح فقها (محقق حلی ۱/۲۸۸؛ انصاری، ۵/۶-۵؛ نجفی، ۲۳/۲۰۱-۲۰۲؛ بجنوردی ۳/۲۷۷؛ امام خمینی، ۵/۱۵۰) عبارت است از شرطی که انجام آن غیرمقدور، بی‌فایده، نامشروع، خلاف مقتضای عقد و یا مجهول باشد؛ به گونه‌ای که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. البته در دو مورد اخیر براساس ماده ۲۳۳ ق.م. بطلان شرط، موجب بطلان عقد می‌گردد. به نظر می‌رسد اساس تقسیم بندی شروط به شرط باطل و مبطل عقد در قانون مدنی محل تأمل باشد زیرا به نظر فقها و با توجه به مفاد ماده ۲۱۷ ق.م. شرطی که جهت معامله را نامشروع کند نیز موجب بطلان عقد می‌شود.

### شرط بازخرید در بیع

شرط بازخرید در بیع می‌تواند به دو صورت تحقق یابد:

- ۱- معامله‌ای منعقد گردد به شرط آن که خریدار پس از مدتی آن را به فروشنده بفروشد. مثلاً دولت ماشین‌آلات کشاورزی را به کسی می‌فروشد، به شرط این که پس از استفاده از آن مجدداً و به قیمت روز به او بفروشد.
- ۲- معامله‌ای به صورت مؤجل (مدت‌دار) منعقد شود و فروشنده شرط کند که خریدار مبیع را به کمتر از مبلغ خریداری شده، نقداً به او بفروشد. این نوع معامله در اصطلاح فقهی به «بیع عینه» معروف است. کلمه عینه (به کسر عین و سکون یا وفتح نون) از ماده «عین» و به معنای مال نقد و حاضر است و چون در بیع عینه مشخص

چیزی را می‌خرد تا آن را نقداً و به کمتر از مبلغ خریداری شده به بائع بفروشد، آن را «بیع عینه» نامیده‌اند (ابن ادریس، ۳۹۳/۱۴؛ شهید اول، ۳۶۲/۳۵؛ بحرانی، الناضره ۹۳/۲۰؛ طریحی، ۲۶۶/۶؛ خوری شرتونی، ۱۰۷۸/۲؛ ابن قدامه، ۱۲۷/۴ و ۱۲۸؛ شریب، ۳۹/۲؛ ابوحیب، ۴۷). مثلاً کسی يك دست لباس را به مبلغ ده هزار تومان به طور نسیه به دیگری بفروشد سپس آن را از مشتری به مبلغ هشت هزار تومان بخرد و مبلغ آن را نقداً پردازد.

شرط بازخرید به معنای اول صحیح بوده و هیچ‌گونه منافاتی با مقتضای عقد بیع ندارد، زیرا در بیع نخست خریدار واقعاً مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود و تمليك و تملك نیز صورت می‌گیرد. در حقیقت، اثر شرط بازخرید (بیع دوم) با اثر عقد (بیع اول) منافاتی پیدا نمی‌کند؛ اما شرط بازخرید در مورد دوم محل اشکال و تأمل است. به نظر مشهور فقهای امامیه شیخ طوسی، النهایه، ۸۸/۱۳؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۲۸/۱۴؛ همو، تلخیص المرام، ۳۳۹/۳۵؛ محقق حلی، ۲۸۰/۲ و ۲۹۵؛ شهید ثانی، شرح لمعه ۵۱۵/۳؛ کرکی، ۲۶۲/۴؛ بحرانی، ۱۲۷/۱۹ و ۱۲۸ و ۱۹۳/۲۰؛ شیخ انصاری ۹۳/۳؛ و نجفی، ۱۰۸/۲۳ تا ۱۱۰). بیع عینه صحیح است و به گفته صاحب جواهر (۱۰۸/۲۳-۱۱۰) هیچ کس در آن اختلافی ندارد؛ در صورتی که بیع اول مشروط به بیع دوم نبوده و شرط بازخرید در آن انجام نگیرد؛ اما اگر فروشنده از ابتداء با خریدار شرط کند که کالا را پس از خریدن به قیمت کمتر به او بفروشد، نظر مشهور بر بطلان آن است و صاحب مفتاح الکرامه بر آن ادعای اجماع کرده است. (حسینی عاملی، ۴۹۶/۴). به نظر برخی از فقها از جمله سید ابوالحسن موسوی اصفهانی (۲۹/۲ و ۳۰) اگر کسی برای ادای دینش از قرض دهنده چیزی را به صورت مدت‌دار بخرد، سپس آن را نقداً و به قیمت کمتر به او بفروشد، در صورتی که در بیع نخستین شرط بازخرید نشده باشد، این معامله صحیح است.

بنابراین دو معامله پی‌درپی ولی بدون شرط بازخرید، سبب بطلان بیع نمی‌گردد. آنچه موجب بطلان آن می‌شود این است که فروشنده شرط کند خریدار مبیع را به کمتر از قیمتی که خریده به او بفروشد؛ زیرا غالباً این‌گونه معاملات در موردی تحقق می‌یابد که قرض دهنده مالی را نسیه و به بیشتر از قیمت واقعی به

قرض گیرنده می‌فروشد مشروط براین که خریدار آن را به قیمت واقعی و نقداً به بائع بفروشد و مبیع به این ترتیب دوباره در اختیار بائع اولی قرار می‌گرفت و وجه نقدی که قیمت واقعی آن بود در دست قرض گیرنده می‌ماند و او به موجب بیع اول ما به التفاوت قیمت واقعی و ثمن المسمای بیع اول را (در واقع به عنوان ربح) به بائع نخستین مقروض می‌شد. (لنگرودی، ۴۸۴ و ۴۸۵).

در حقیقت با این توصیف می‌توان گفت بیع عینه به شرط بازخرید معامله‌ای است صوری که مبنای آن دو معامله پی‌درپی و مشروط به یکدیگر می‌باشد و در واقع هدف از آن رباخواری است و به گفته محدث بحرانی (۲۰/۹۴ و ۹۵) حیل‌هایی است که برای فرار از ربا به کار می‌رود.

#### ادله بطلان شرط بازخرید

از آنچه بیان شد این نکته بدست آمد که شرط بازخرید به طور مطلق موجب بیع نمی‌گردد و با مقتضای عقد بیع که تملیک عین مبیع در مقابل ثمن است، منافات پیدا نمی‌کند. شرط بازخرید در صورتی باطل است که محل وقوع آن در بیع عینه باشد. حال سخن در علت بطلان چنین شرطی است و اینکه فقیهان به چه دلیل شرط بازخرید در بیع عینه را باطل می‌دانند؟

دلیل اول: روایاتی وجود دارد مبنی براین که هرگاه در بیع عینه شرط بازخرید صورت گیرد معامله باطل است؛ از جمله روایت حمیری در *قرب‌الاسناد* از علی بن جعفر است که گوید: از برادرم موسی بن جعفر (ع) در مورد مردی که لباسی را به ده درهم به طور نسیه به کسی می‌فروشد آنگاه همان متاع را به پنج درهم نقداً از او می‌خرد؛ پرسیدم آیا این معامله صحیح است؟ ایشان فرمود: «اذا لم یشرط ورضیا فلا بأس» (عاملی، ۳۷۱/۱۲)؛ یعنی در صورتی که در معامله شرط بازخرید نشده و هر دو به آن راضی باشند، اشکالی در آن نیست.

در روایتی دیگر مانند همین پرسش را حسین بن منذر در *مخضر امام صادق (ع)* مطرح می‌کند. امام (ع) می‌فرماید: «اذا کان بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع و کنت بالخیار ان شئت لم تشتتر، فلا بأس». (همان، ۳۷۱) به این معنا که اگر بیع

دوم به گونه‌ای باشد که خریدار در فروش یا عدم فروش آن مختار باشد و فروشنده نیز در خرید یا عدم آن اختیار داشته باشد، معامله صحیح بوده و اشکالی در آن نیست. از این روایت استفاده می‌شود هرگاه بیع عینه به گونه‌ای باشد که مشتری در فروش مبیع به دیگران غیر از بایع اختیاری نداشته باشد، معامله باطل است.

در برخی از روایات اساساً به دلیل تحقق ربا در صحت چنین معامله‌ای اشکال شده است. مثل روایت یونس شیبانی که گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: هرگاه کسی چیزی را به دیگری بفروشد و هر دو بدانند که این معامله صوری است و به زودی فروشنده به خریدار مراجعه کرده و آن را از او می‌خرد؛ آیا چنین معامله‌ای صحیح است؟ امام (ع) فرمود: «یا یونس إن رسول الله (ص) قال لجابر بن عبد الله: کیف انت ظهر الجور و اورثهم الذل؟ قال: فقال له جابر: لا بقیت الی ذلك الزمان، و متی یکون ذلك باپی انت و امی؟ قال (ص): اذا ظهر الربا یا یونس هذا الربا فان لم تشتتره رده عليك. قال: قلت: نعم، قال (ع): فلا تقرینه فلا تقرینه» (طوسی، التهذیب، ۱۹/۷ - عاملی، ۱۲/۳۷۱)؛ یعنی: ای یونس! همانا رسول خدا (ص) به جابر بن عبدالله فرمود: چگونه‌ای هرگاه جور و ستم در جامعه آشکار شود و ذلت و بدبختی میراثشان گردد؟ امام (ع) فرمود: جابر به رسول اکرم (ص) عرض کرد آیا تا آن زمان زنده‌ام؟ پدر و مادرم فدایت باد. آن هنگام چه زمانی است؟ رسول اکرم (ص) فرمود: این امر در زمانی است که ربا در جامعه آشکار گردد. ای یونس! این معامله ربا است و تو آن را انجام نده. یونس گوید: گفتم: بله (همین است که می‌فرمایی) امام (ع) فرمود: پس بدان نزدیک نشو، پس بدان نزدیک نشو.

دلیل دوم: برخی از فقیهان از جمله علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۵۴۶/۱ - همو، قواعد الاحکام، سلسله‌الایناییع، ۵۴۹/۱۴) علت بطلان شرط بازخرید را لزوم دور دانسته‌اند؛ به این معنا که انتقال مبیع از ملک بایع به ملک مشتری متوقف است بر حصول شرط و حصول شرط نیز متوقف است بر انتقال ملک به بایع. استاد محمدجواد مغنیه در توضیح دلیل دور گوید: شرط بازخرید در بیع عینه مستلزم محال است، چون معنا و مفهوم آن این است که مشتری در واقع مالک مبیع نشود مگر این

که آن را به بایع برگرداند. در حقیقت مفهوم این شرط آن است که کسی بگوید: این جنس را به تو نمی‌دهم مگر این که آن را به من بدهی. (مغنیه، ۱۷۷/۳ و ۲۴۳).

به نظر شهیدثانی (شرح‌لمعه، ۵۱۶/۳-۵۱۸) دلیل دور قابل خدشه است؛ زیرا اصل مالکیت مشتری در بیع نخست معلق به شرط بازخرید (یعنی بیع دوم) نشده تا مستلزم دور باشد؛ بلکه لزوم و ثبوتش متوقف بر شرط اول است بر بیع نخستین؛ در نتیجه متوقف (یعنی لزوم بیع نخستین) غیر از متوقف‌علیه (یعنی بیع نخستین) است و این دور نیست تا اشکالی به دنبال داشته باشد.

وی گوید: «نقل مبیع از ملک بایع به واسطه بیع دوم خود قرینه روشنی است براین که مبیع پیشتر به تملك مشتری درآمده است؛ پس نهایت چیزی که از شرط استفاده می‌شود این است که تملك بایع در بیع دوم بر تملك مشتری در بیع نخستین متوقف است ولی این که تملك مشتری نیز متوقف بر تملك تابع باشد، از شرط چنین چیزی استفاده نمی‌شود.»

وی سپس می‌افزاید: «اگر شرط مزبور مستلزم دور باشد پس در بقیه موارد که در بیع دوم در معامله شرط می‌شود نیز همین محذور پیش آمده و در نتیجه نباید هیچ شرطی صحیح باشد؛ به‌ویژه این که اگر شرط، بیع دوم به غیر بایع نخست باشد. مثلاً بایع به مشتری بگوید: این کالا را به تو می‌فروشم مشروط براین که تو نیز آن را به فلانی بفروشی. درحالی که اجماع فقها براین است که شرط مزبور صحیح بودن و هردو بیع نافذ است.» بنابراین با توجه به توضیحات مذکور به نظر می‌رسد که اصلاً لزومی ندارد ما در بطلان شرط بازخرید به دلیل دور تمسک بجوییم.

دلیل سوم: برخی از فقیهان از جمله شهید اول (سلسله‌الینایب، ۳۷۱/۳۵) در ارتباط با بطلان شرط بازخرید در بیع‌عینه استدلال دیگری را مطرح نموده‌اند به معنای این که با این شرط، فروشنده واقعاً قصد بیع و اخراج مبیع از ملکیت خود نداشته و رابطه خود را براین مال فروخته شده از میان نبرده است.

به نظر شهیدثانی (شرح‌لمعه، ۵۱۸/۳) استدلال مزبور ضعیف است؛ زیرا چه بسا ممکن است غرض بایع این باشد که ابتدا مشتری مالک مبیع بشود، پس آن را از طریق خریدن از مشتری تملك کند و این امر (یعنی ملکیت خود را مترتب ساختن بر

مالکیت مشتری) دلالت ندارد بر این که وی قصد بیع نداشته تا در نتیجه عقد باطل باشد. بلکه باید گفت اصولاً شرط انتقال مبیع از مشتری به بایع به واسطه بیع دوم، لازمه اش این است که در بیع نخستین قصد نقل و انتقال مبیع به مشتری و ثمن به بایع تحقق پیدا کند؛ زیرا انتقال دوم متوقف بر انتقال نخستین است و کسی که قصد انتقال نداشته باشد، چگونه می تواند چنین شرطی را مطرح کند.

به نظر می رسد اشکال شهیدثانی بر استدلال شهید اول در صورتی وارد است که معامله به گونه صوری و به قصد ربا صورت نگرفته باشد که در این مورد اثر شرط بازخريد با اثر عقد بیع نخست قابل جمع بوده و هیچ گونه منافاتی میان آن دو نیست؛ زیرا مقتضای ذات عقد ربیع آن است که مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن شود و شرط بازخريد این اقتضا را سلب نمی کند. نهایت این که مشتری بر اساس شرط بازخريد به نحو تعهد تبعی ملتزم می شود که مبیع را به بایع بفروشد. به علاوه این که در پاره ای موارد بر چنین شرطی فایده عقلایی نیز مترتب است؛ مثلاً دولت ماشین آلات کشاورزی را به کسی می فروشد به شرط این که پس از استفاده از آن به او بفروشد و فایده اش این است که اگر مبیع تلف شد، ضمانت آن بر عهده خریدار است؛ اما اگر معامله به گونه صوری و نه به قصد بیع بلکه به منظور رباخواری انجام پذیرد، در این صورت استدلال شهید اول قوی می نماید. ویژه این که غالباً بیع عینه با شرط بازخريد، در موردی می باشد که قرض دهنده قصدش ربا است.»

### نتیجه بحث

آنچه به نظر می رسد این که شرط بازخريد در بیع به تنهایی باطل نیست؛ زیرا نه مستلزم دور است و نه منافاتی با مقتضای عقد بیع دارد و قصد بیع نیز در آن وجود دارد. تحقق بطلان شرط بازخريد فقط در مورد بیع عینه است. با توجه به این که غالباً این گونه معاملات - همان گونه که گفته شد - در موردی است که طلبکار برای گرفتن سود مورد نظر از بدهکار آن را انجام می دهد؛ از این رو آنچه از مجموع روایات که به نظر محدث بحرانی (۱۲۸/۱۹) بهترین دلیل بر بطلان شرط بازخريد است، می توان استنباط کرد که علت بطلان شرط مزبور در بیع عینه به دلیل تحقق ربا

و انجام معامله‌ای صوری برای فرار از ربا است. چنانچه در تعریفات جرجانی (۶۹) آمده است: «بیع عبارت از این که شخصی از کسی تقاضای قرض کند اما او به جای قرض الحسنه، جنسی را به قیمت بالاتر به او بفروشد.»

تهانوی (۳۵۶/۱) نیز در توضیح «بیع عینه» گوید: «بیع عینه آن است که شخصی از کسی ده درهم وام طلب کند اما او به علت سودجویی بگوید که من جای پول پیراهنی را که در بازار ده درهم قیمت دارد به دوازده درهم به تو می‌فروشم و پس از این معامله، خریدار، پیراهن مزبور را به ده درهم به او می‌فروشد و در نتیجه وام خود را به دست آورده و دو درهم سود به بازاری رسانده است. و بعضی صورت این بیع را چنین بیان داشته‌اند که وام‌دهنده پیراهن را به مبلغ دوازده درهم به متقاضی وام می‌فروشد سپس شخص ثالث مجدداً پیراهن را به مبلغ ده درهم به صاحب اولی آن می‌فروشد و ده درهم را که از او می‌گیرد به متقاضی وام می‌دهد. در نتیجه متقاضی به مطلوب خود رسیده و وام‌دهنده دو درهم سود برده است.»

عموم فقیهان نیز بیع عینه به شرط بازخرید را در موردی دانسته‌اند که زمان پرداخت دین فرا رسیده ولی بدهکار در ادای آن عاجز باشد؛ از این رو طلبکار کالایی را به مدیون به نحو مؤجل (مدت‌دار) و به قیمتی چند برابر می‌فروشد و آنگاه همان جنس را به قیمتی کمتر ولی به نقد از او می‌خرد تا بدین وسیله بدهکار دینش را ادا کند (ابن ادریس، سلسله‌الینابیع، ۳۹۳/۴ و ۳۹۴؛ بحرانی، ۹۳/۲۰؛ ابوحیب، ۲۷۰؛ زحیلی، ۴۷۶/۴) و طلبکار نیز به سود مورد نظر خود دست یابد. (شوکانی، ۲۰۷/۵ - زحیلی، ۴۶۷/۴). از این رو به نظر شیخ طوسی هرگاه طلبکار در انجام معامله مزبور شرط بازخرید نکند و مدیون بتواند مال را به دیگری بفروشد تا قرضش را ادا کند، اشکالی ندارد. (طوسی، الاستبصار، ۸۰/۳).

به هر حال همان‌گونه که محقق کرکی (۲۶۲/۴) گفته است: «در مورد عدم صحت شرط بازخرید در بیع عینه به علت صوری بودن معامله و قصد ربا بین فقیهان امامیه هیچ اختلاف نظری وجود داشته و همه بالاتفاق قائل به بطلان آن هستند.»

فقیهان عامه (ابن‌رشد، ۱۴۰/۲ و ۱۴۱؛ دردیر، ۷۹/۳؛ زیلمی، ۵۳/۴ و ۵۴؛ ابن‌حزم، ۴۷/۹) نیز در مورد بطلان شرط بازخرید در بیع عینه به دلیل مذکور



با علمای امامیه وحدت نظر دارند. حتی شماری از آنان بازخرید را گرچه به صورت شرط هم نباشد نیز باطل می‌دانند؛ از جمله ابن قدامه (۱۲۷/۴) گوید: «اگر کسی متاعی را مدت دار بفروشد، جایز نیست آن را به کمتر از ثمنی که فروخته بخرد. وی نظر مزبور را عقیده اکثر اهل علم از جمله احمد و مالک و اصحاب رأی (حنیفه) می‌داند.»

به نظر آنها دلیل حرمت آن روایتی است از رسول اکرم (ص) که فرمودند: «اذا ضن الناس بالدينار و الدرهم و تباعوا بالعينه... انزل الله عليهم بلاءاً، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»؛ یعنی: زمانی که مردم به دینار و درهم بخل ورزند و با آن معامله عینه کنند... خداوند بر آنها بلایی نازل می‌کند و این بلا باقی می‌ماند تا این که مردم به دین خود از این امر بازگشت نمایند.

در میان علمای عامه تنها شافعی، بیع عینه را تجویز کرده است. (زیلمی، ۴/۵۳ و ۵۴؛ ابن رشد، ۱۴۱/۲؛ ابن قدامه، ۱۲۷/۴). به نظر وی اولاً حدیث مزبور ضعیف است.<sup>۱</sup> ثانیاً مشتری با قبض مبیع مالک آن می‌شود؛ پس فروش آن به بایع به هر مقدار از ثمن جایز است؛ همان‌گونه که بایع می‌تواند آن را از غیر مشتری بخرد چه با همان ثمن یا به ثمن دیگر، به مقدار بیشتر یا کمتر. به نظر می‌رسد نظر شافعی در صورتی صحیح است که بیع عینه - همان‌گونه که علمای امامیه گفته‌اند - بدون شرط بازخرید واقع شود. حتی ابن قدامه که خود از مخالفان بیع عینه به طور مطلق است، اعتقادش بر این است که در بیع عینه بایع می‌تواند کالایش را به جنس ثمن بیشتر از آنچه فروخته، خریداری کند در صورتی که این امر از روی حیله و تبانی نباشد والا جایز نیست. (ابن قدامه، ۱۲۸/۴).

پژوهش‌های علمی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱- ابن حزم نیز معتقد است این روایت ضعیف است؛ زیرا عالیه زن ابواسحاق مجهول الحال بوده و به جز شوهرش، کسی از او حدیثی نقل نکرده است و فرزندش یونس را شعبه و یحیی بن قحطان و احمد بن حنبل تضعیف کرده‌اند.

### شرط بازخرید به نحو تبانی

تا اینجا بحث درباره شرط بازخرید در بیع عینه بود که اگر صریحاً در متن عقد بیاید به اتفاق همه فقیهان حرام و باطل بوده و مبطل عقد نیز می‌باشد؛ زیرا شرط بازخرید جهت معامله را نامشروع کرده و براساس ماده ۲۱۷ ق.م.ع.م عدم مشروعیت جهت معامله موجب بطلان عقد می‌گردد.

ممکن است گفته شود براساس ماده ۲۳۲ ق.م.ع.م شرطی که نامشروع باشد، باطل است ولی مبطل عقد نیست؛ از این رو هرگاه در بیع عینه شرط بازخرید شود، شرط (معامله دوم) باطل است ولی معامله اول صحیح بوده و آثار حقوقی بر آن مترتب می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت: درست است که معامله دوم - که همان شرط بازخرید است - با فساد شرط اول باطل می‌گردد؛ اما معامله نخست چون مبتنی بر شرط بازخرید است نیز باطل می‌شود؛ زیرا هر شرطی که وجود آن موجب اختلال عقد یا عوضین یا سایر ارکان معامله گردد فاسد بوده و عقد را نه از جهت فساد شرط بلکه به دلیل اختلال به ارکان و شرایط صحت عقد فاسد می‌کند. بنابراین هرگاه شرط بازخرید به دلیل قصد ربا باشد، بطلان آن جهت معامله را که یکی از شرایط اساسی صحت معامله است (ماده ۱۹۰ ق.م.ع.م) نامشروع کرده و براساس ماده ۲۱۷ ق.م.ع.م معامله باطل می‌گردد. مثل این که کسی انگور را بفروشد به این شرط که مشتری از آن شراب درست کند؛ که هم شرط باطل است و هم بیع.

حال اگر شرط بازخرید به صراحت در ضمن عقد (بیع عینه) مطرح نشود بلکه قبل از وقوع عقد طرفین بر آن توافق کنند، سپس عقد را بدون ذکر شرط در متن عقد ولی بر مبنای آن منعقد سازند، در این صورت میان فقهای امامیه در صحت یا عدم صحت بیع اختلاف نظر است. محقق حلی (۲/۲۹۵) و علامه حلی

۱- شرطی که در ضمن عقد قرارداد و تعهد مستقل دیگری همراه با ایجاب و قبول به وجود آید و در اثر این امر نسبت به آن جنبه تبعی به خود گیرد، آن را شرط ضمن عقد گویند. (بجنوردی، ۳/۲۵۱-امامی، ۱/۲۶۸-بروجردی عبده، ۲۰)

(سلسله‌الینابیع، ۵۲۸/۱۴) عقد را در چنین موردی مکروه دانسته‌اند؛ اما به نظر محقق اردبیلی (۳۳۱/۸) و صاحب‌جوهر (۳۱۵/۲۳) هم شرط باطل است و هم عقد.

مبنای اختلاف میان فقیهان در این مورد، همان‌گونه که شیخ انصاری گفته در ارتباط با اعتبار یا عدم اعتبار شرط تبانی در عقد است؛ به این معنا اگر شرط تبانی که قبل از عقد می‌آید ولی عقد مبتنی بر آن است مانند شرطی باشد که در متن عقد ذکر شده باشد و در آن تأثیر دارد، در این صورت بطلان شرط به عقد سرایت کرده و آن را باطل می‌کند والا اگر قائل به تأثیر شرط تبانی نباشیم، عقد باطل نیست.

فقیهانی نظیر محقق و علامه حلی چون شرط تبانی را در عقد بی‌اثر می‌دانند، از این رو شرط بازخرید به نحو تبانی را موجب بطلان عقد نمی‌دانند؛ اما فقیهانی مانند محقق اردبیلی و صاحب‌جوهر که قائل به تأثیر مشروط تبانی در عقد می‌باشند، شرط بازخرید به صورت تبانی را مبطل عقد می‌دانند. البته محقق اردبیلی در ارتباط به این عبارت علامه حلی در قواعد که گفته: «و یکره لوکان قصدهما ذلک و لم یشرطاه» (سلسله‌الینابیع، ۵۲۸/۱۴) گوید: «مراد از «قصدهما» در این جمله عبارت است از موردی که اعاده مبیع در فکر و قلبشان باشد ولی آن را نه به طور لفظی شرط کنند و نه در قصد و نیتشان باشد؛ یعنی در اندیشه بایع این باشد که مشتری وقتی کالا را خرید دوباره به او بفروشد و این از باب اعتماد و اطمینان به مشتری است نه به‌عنوان وفای به شرط؛ در چنین صورتی معامله صحیح است ولی کراهت دارد. اما اگر قصد طرفین مبتنی بر شرط بازخرید باشد و قبل از وقوع عقد بر آن توافق کنند و عقد را براساس آن محقق سازند، ظاهر این است که معامله منعقد نمی‌شود؛ هرچه که شرط را در متن عقد ذکر نکرده باشند.» (محقق اردبیلی، ۳۳۱/۸ و ۳۷۲).

صاحب‌جوهر نیز در ارتباط با این عبارت علامه گوید: «در این صورت نیز عقد باطل است چون بنای آن دو و در حقیقت مبتنی بر شرط است؛ اگرچه لفظاً

۱- شرط تبانی عبارت است از شرطی که قبل از عقد طرفین برالتزام به آن توافق کرده و عقد را براساس آن واقع کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نشود. (مجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲۵۲/۳)

۲- ممکن است گفته شود قصد و نیت امری است باطنی و امروزه امضای سند رسمی بیانگر تمام شدن معامله است. بنابراین قصد طرفین هرچه باشد تأثیری در بطلان معامله ندارد. در پاسخ باید گفت: در واقع معامله که مبتنی بر شرط بازخرید به نحو تبانی باشد باطل است ولی اثبات آن منوط به ارائه ادله محکم است.

آن را ذکر نکنند. آری اگر واقعاً طرفین چنین شرطی را در نیت و قصدشان نداشته و بر آن توافقی هم نکرده باشند ولی براساس اعتماد و توثیق به مشتری، با بایع امیدوار به بازخرید آن از او باشد، در این صورت عقد صحیح بوده ولی مکروه است؛<sup>۱</sup> هر چند به نظر برخی از فقیهان صحت این مورد نیز خالی از اشکال نیست.<sup>۲</sup> (نجفی، ۲۳/۳۱۵).

در میان علمای عامه «ابن قیم» نیز قائل به اعتبار و تأثیر شروط تبانی در ضمن عقد است؛ اما «شافعی» با آن مخالف بوده و معتقد است اگر شرط بر عقد مقدم باشد تأثیری در عقد ندارد. (شربینی، ۲۰۸/۳). ابن قیم گوید: جمهور اهل علم در این مورد با شافعی مخالف بوده و معتقدند که شروط تبانی در عقد مؤثرند. (ابن قیم، ۳/۱۷۲ و ۱۷۳).

### نتیجه بحث

با توجه به اعتبار شرط تبانی و تأثیر آن در عقد<sup>۲</sup> در صورتی که شرط بازخرید در بیع عینیه مقصود طرفین بوده و عقد براساس آن واقع شود ولی در متن عقد صراحتاً ذکر نگردد، معامله باطل است؛ همانند موردی که شرط بازخرید به صراحت در متن عقد بیاید؛ زیرا شرط تبانی در واقع به گونه‌ای شرط ضمن عقد محسوب می‌شود؛ چنانچه صاحب جواهر به نوعی بدان اشاره کرده است<sup>۳</sup> (نجفی، ۲۳/۳۱۵)؛ چون «هر شرطی که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود ولو آن که درباره شرط قبل از انعقاد عقد مذاکره شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد.»

۱- البته کراهت، حکمی اخلاقی است و از لحاظ حقوقی منشأ اثر نیست.

۲- سیدمحمدکاظم یزدی در مورد شرط تبانی گوید: «مقتضی القاعده وجوب الوفاء به ذلك لصدق الشرط علیه، فانه لغمه بمعنى الالتزام والالتزام بل مطلق المجلع.» (حاشیه بر میکاسب ۱۱۷/۲) نیز محقق قمی گوید: هرگاه قبل از انشاء معامله طرفین بر شرطی توافق کنند و نسبت به آن تصمیم بگیرند آنگاه هنگام اجرای صیغه آن را مسکوت گذاشته ولی معامله‌شان براساس همان شرط باشد، شرط صحیح بوده و در عقد تأثیر می‌گذارد. (مغناّم/الایام/۵۸۰)

۳- وی در بحث خیارات گوید: «اگر قبل از عقد طرفین شرط کنند که خیار بعد از عقدشان نباشد ولی در متن عقد آن را ذکر نکنند، شرط صحیح بوده و عقد بانفس ایجاب و قبول تحقق پیدا می‌کند... دلیل ما این است که مانعی از صحت شرط مزبور وجود ندارد و اصل نیز جواز آن است و عموم اخبار در مورد شرط شامل آن نیز می‌گردد.» (المخلاف، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیہ ۱۴/۳۵ و ۱۵)

برخی از فقیهان شرط تبانی را مثل شرط ضمنی دانسته و آن را لازم الوفاء می‌دانند. (مجنوردی، ۲۵۳/۳). به نظر شیخ انصاری اعتبار شروط تبانی به مقتضای قواعد فقهی است (انصاری، ۲۱/۳) و به نظر شیخ طوسی اصل بر جواز شرط تبانی بوده و عموم اخبار در مورد شرط شامل این مورد هم می‌شود. حتی علامه حلی که در قواعد الاحکام (سلسله‌الینابیع، ۵۲۸/۱۴) معتقد به کراهت شرط بازخريد به نحو شرط تبانی است، در مختلف‌الشیعه شرط تبانی را صحیح و مؤثر در عقد می‌داند.<sup>۱</sup>

### منابع و مأخذ

- ابن‌ادریس، ابومنصور محمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیه، علی‌اصغر مروارید، چاپ اول، بیروت، مؤسسه فقه‌الشیعه، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌حزم اندلسی، *المحلی*، بیروت، دارالافتاء الجدیده.
- ابن‌رشد، ابوالولید محمد بن احمد، *بدایه‌المجتهد و نهایه‌المقصد*، قم، انتشارات شریف رضی.
- ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد، *المغنی فی فقه‌الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دارالفکر.
- ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر سعد، *اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین*، بیروت، دارالجلیل.
- ابوجیب، سعدی، *القاموس‌الفقهیه لغه و اصطلاحاً*، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- احمد بن حنبل، *مسند*، بیروت، دارصادر.
- اصفهانی، سید ابوالحسن موسوی، *وسیلة‌التجاه*، چاپ ششم، نجف اشرف، المکتبه‌المرتضویه.
- امام خمینی، روح‌الله الموسوی، *البیع*، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۰ش.
- مجنوردی، سید میرزا حسن موسوی، *القواعد الفقهیه*، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۳۸۹ق.
- بحرانی، شیخ یوسف، *الحدائق‌الناضرة فی احکام‌العتره‌الطاهرة*، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.
- بروجردی عبده، محمد، *کلیات حقوق اسلامی*، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ق.
- تهانوی، محمد بن علی، *کشاف اصطلاحات‌الفنون*، چاپ اول، بیروت، مکتبه‌اللبنان، ۱۹۶۶م.
- جرجانی، میرسید شریف، *التعریفات*، چاپ اول، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۰۶ش.
- حجتی اشرفی، غلامرضا؛ *مجموعه قوانین اساسی-مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ش.
- حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه*، بیروت، مؤسسه‌ال بیت.
- الخوری الشرتونی، سعید؛ *اقرب‌الموارد*، قم، مکتبه‌آیه‌الله المرعشی نجفی.
- الدردیر، احمد؛ *الشرح‌الکبیر مع حاشیه‌الدسوقی*، بیروت، دارالفکر.
- الزحیلی، وهبه؛ *الفقه‌الاسلامی و ادلته*، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- زبلی، فخرالدین؛ *تبیین‌الحقایق*، چاپ اول، مصر، ۱۳۱۳ق.
- شاطبی، ابواسحاق؛ *المواقفات*، بیروت، دارالفکر.

۱- وی گوید: «اگر طرفین قبل از عقد شرطی کنند و عقد را مبتنی بر این شرط واقع سازند، شرطشان صحیح بوده و در عقد تأثیر دارد.» (مختلف‌الشیعه / ۳۵۰)

- شریب، شیخ محمد الخطیب؛ *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دارالفکر.
- شهید اول، محمدبن جواد مکی عاملی؛ *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، چاپ در سلسله النبیایع الفقهیه.
- شهید ثانی، محمدبن جمال الدین مکی عاملی؛ *شرح لمعه (الروضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیه)*، بیروت، دارالعالم الاسلامی.
- *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، دارالهدی للطباعة و النشر.
- شیخ انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد؛ *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- *تهذیب الاحکام*، چاپ دوم، بیروت، دارصعب و دارالتعارف.
- *الخلاف*، چاپ در سلسله النبیایع الفقهیه.
- *النهایه*، چاپ در سلسله النبیایع الفقهیه.
- طریحی، شیخ فخرالدین، *مجمع البحرین*، چاپ دوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۶۲ش.
- عاملی، شیخ حر (محمدبن الحسن)، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دارحیاء التراث العربی.
- علامه حلی، شیخ جمال الدین ابومنصور الحسن، *تذکره الفقهاء*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الایثار الجعفریه.
- *تلخیص المرام*، چاپ در سلسله النبیایع الفقهیه.
- *قواعد الاحکام*، چاپ در سلسله النبیایع الفقهیه.
- *مختلف الشیعه*، تهران، مکتبه نینوی الحدیثه.
- فاضل مقداد، جمال الدین المقداد بن عبدالله السیوری، *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، قم، مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ ق.
- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- *مجموعه قوانین اساسی-مدنی، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ش.
- محقق اردبیلی، احمدبن محمد، *مجمع الفائده والبرهان*، قم، مؤسسه نشراسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- محقق قمی، میرزا ابوالقاسم، *غنائم الایام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۹ق.
- محقق کرکی، شیخ علی، *جامعه المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ اول، قم، مؤسسه اهل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- مغنیه، محمدبن جواد، *فقه الامام جعفر الصادق (ع)*، چاپ دوم، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۷۷م.
- نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، چاپ سنگی، رحلی، موجود در کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ش.
- یزدی، سیدمحمد کاظم، *حاشیه کتاب المکاسب*، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.