

معاملات با حق استرداد غیررسمی با نگرش فقهی^۱

علمی - پژوهشی

علی طالبی*

نجات اله ابراهیمیان**

منصور امینی**

چکیده

از آنجایی که در رویه قضایی ایران، حکومت فعلی، اسناد عادی را دادگاه‌ها معتبر می‌شمارند، بسیاری از مردم برای فرار از محدودیتهای مقرر حاکم در ماده ۳۴ قانون ثبت، معامله با حق استرداد را از طریق سند عادی منعقد می‌نمایند. برخی از قضات با استناد به مفاد قانون مدنی در باب بیع شرط، معامله با حق استرداد را صحیح تلقی می‌نمایند و برخی دیگر این معامله را مشمول احکام ماده ۳۴ قانون ثبت قرار می‌دهند. این مقاله از نظر تعادل عوضین، دو نوع متفاوت از معامله با حق استرداد عادی را شناسایی می‌کند: معاملاتی که از نظر اصول عقود معاوضی مشمول یک عقد صحیح معاوضی قرار می‌گیرند و عقودی که فاقد اوصاف یک عقد معاوضی می‌باشد. قضات باید معامله با حق استرداد را در صورتی که مشمول اوصاف بیع شرط واقعی می‌شود را به رسمیت شناخته و از به رسمیت شناختن معامله با حق استردادهای صوری و غیرواقعی خودداری ورزیده و این معاملات را برای حمایت از طلبکار یا خریدار، مشمول عقد رهن قرار بدهند.

کلید واژه‌ها: معامله با حق استرداد با سند رسمی و غیر رسمی، توصیف قرارداد، شخص ثالث با حسن نیت، بیع شرط

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۱۱/۰۳) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۲/۰۹)

* دکتری رشته حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
ali.talebi64310@gamil.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. نویسنده مسئول
1344ne@gmail.com

*** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران m_amini@sbu.ac.ir

۱- مقدمه

معاملات، همیشه به عنوان وسیله و جهت عقلایی و مشروع انتقال اموال بوده است، به همین خاطر، بخشی از حقوق مدنی اختصاص به شرایط و آثار قرارداد دارد؛ اما معامله با حق استرداد، قراردادی است که حقوق دان را در یک چالش فرو می‌برد، زیرا از یک طرف با رضایت فروشنده‌ای روبرو هستیم که برای تأمین مالی امور شخصی یا شغلی‌اش ریسک انتقال مال خود به دیگری را پذیرفته است و از طرف دیگر با عقدی روبرو هستیم که ثمن متعارف و منصفانه برای آن تعیین نشده است. قانون ثبت در ماده ۳۴ خود، معاملات با حق استرداد را مشمول احکام عقد رهن قرار داده است. از آنجایی که دایره شمول قانون ثبت، صرفاً قراردادهایی هستند که ثبت شده اند و از طرف دیگر با پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۵۷، بخش قضایی نظام، تمایلی به اجرای مفاد مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت ندارد و نیز قاطبه معاملات با حق استرداد در قالب سند عادی تنظیم می‌شوند، سوآلی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا معامله با حق استرداد که در قالب سند غیر رسمی تنظیم می‌شود نیز مشمول احکام معاملات با سند رسمی قرار می‌گیرد یا خیر؟ برخی از قضات با رویکرد نص‌گرایانه، رابطه قانون ثبت و قانون مدنی را تفسیر کرده و معتقد هستند در صورتی که معامله با حق استرداد در قالب سند غیر رسمی تنظیم شده باشد باید به عموم مفاد قانون مدنی در مورد بیع شرط توسل جست و چنین بیعی را صحیح دانست. به عنوان مثال، می‌توان به پرونده کلاسه ۹۸۰۰۷۵ موضوع دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۰۶۸۵ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۲۵ صادر شده از شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که طی آن قضات دادگاه بر این عقیده اصرار دارند که بیع شرط تنظیمی با سند عادی مملک است و سلب اثر تملیکی در معاملات با حق استرداد و بیع شرط، صرفاً ناظر به حالتی است که این گونه قراردادها در قالب سند رسمی تنظیم و امضا شود. رویکرد دومی نیز وجود دارد که معتقد است معامله با سند غیر رسمی نیز، مشمول معاملات با سند رسمی قرار می‌گیرد با این تفاوت، که خریدار این بیع مکلف است اعمال احکام عقد رهن یعنی وصول طلب را از دادگاه مطالبه نماید. در خصوص این رویکرد، به عنوان مثال می‌توان به پرونده کلاسه ۹۴۰۸۶۹ موضوع دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۱۵۱۹۵۰۱۱۳۷ صادر شده از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران ناظر بر دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۱۹۲۰۲۰۰۴۹۵ صادر شده از شعبه دوم دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان تنکابن اشاره کرد که طی آن، دادگاه نخستین استدلال کرد که هدف متعاقدين از انعقاد مبیعه

نامه، قصد انشاء عقد بیع نبوده و هدف این گونه معاملات با حق استرداد، استقراض، وام دادن و وام گرفتن و وثیقه است نه تملیک واقعی و خریدار این معاملات در حکم طلبکار است؛ هرچند این دادنامه پیش گفته در دادگاه تجدیدنظر منتهی به صدور گزارش اصلاحی شده است. در این مقاله، اما از رویکردی دفاع می‌شود که می‌گوید عقود تابع قصد متعاقدين است. توضیح اینکه اگر علت انعقاد معامله با حق استرداد، تملیک نهایی مبیع به خریدار بعد از ناکامی فروشنده از استرداد ثمن بوده است، قضات باید به این علت، احترام بگذارند مگر اینکه از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، به خصوص از نحوه تعیین ثمن و وجود تعادل بین عوضین یا عدم این تعادل، چنین استنباط شود که علت انعقاد معامله با حق استرداد، ایجاد حق عینی تبعی برای خریدار بوده است نه ایجاد حق عینی اصلی. از آنجا که توصیف هر قراردادی با قاضی است، قاضی می‌تواند در مقابل دعوی نظیر الزام به تنظیم رسمی در قراردادهای فاقد تعادل عوضینی، چنین قراردادهایی را به عقد رهن توصیف نماید و با صدور قرار عدم استماع دعوا، خریدار را به وصول طلب خود از طریق مطالبه آثار عقد رهن ارشاد نماید. به منظور اثبات این فرضیه و سکوت قانونگذار، در این مقاله، با روش توصیفی و تحلیلی، در ابتدا به تاریخچه این معاملات پرداخته، سپس نظر به اینکه قوانین و مقررات ما منبعث از فقه امامیه است، به منظور درک بهتر قوانین، نظرات فقهای امامیه هر عصر آورده می‌شود و به منظور تشریح بهتر موضوع و ارتباط میان فقها، نظرات فقهای اهل سنت نیز آورده می‌شود. نظر به اینکه در تحلیل موضوع، متغیرهای با اهمیتی نظیر حمایت از شخص ثالث با حسن نیت، نقش قصد متعاقدين و اینکه توصیف قرارداد در دادرسی بر عهده چه اشخاصی می‌باشد دخالت دارد. بر همین اساس این موارد نیز در تحقیق مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد. در مسأله توصیف قرارداد و نقش قاضی در آن، به اینجا خواهیم رسید که قاضی می‌تواند امر واقع را بر اساس تشخیص خود توصیف نماید و بیع شرط را با استناد به ماده ۳۶۳ قانون مدنی، عقد رهن بنامد. استدلال‌های مخالف، دخالت قاضی در قرارداد و خطراتی که این رویکرد برای حقوق خریدار بیع شرط بوجود می‌آورد را مورد لحاظ قرار خواهیم داد. هر چند برخی با استناد به اصل حرمت ربا و بهره، حتی برای خریدار بیع شرط یا قرض دهنده قائل نیستند.

۲- تاریخچه معاملات با حق استرداد

نیازهای مادی و اقتصادی، بسیاری از افراد را به استقراض وادار می‌نمود و این امر غالباً بدون پرداخت ربح (سود) میسر نمی‌شد و این درحالی بود که دین اسلام، پیروان خویش را از انجام معاملات ربوی منع

کرده بود «واحل الله البيع وحرم الربا» (بقره، ۲۷۵). این منع شرعی، به عنوان سدی محکم در مقابل ثروتمندان جامعه که طالب دادن قرض یا بهره بوده اند تلقی می‌گردید؛ بنابراین ثروتمندان جامعه بدون دریافت سود، معمولاً حاضر به قرض دادن پول به اشخاص نیازمند نمی‌شدند. این مسأله باعث شد به منظور تامین اهداف خویش مبنی بر دریافت اصل پول به همراه سود آن، راههای متعددی با عنوان حیل شرعی و قانونی اندیشیده شود که شاخص‌ترین آن، بیع شرط بود. (شهیدی، ۱۳۸۸، ۷۹) نام دیگر آن بیع استقراضی یا بیع به قصد استقراض بود. (امامی، ۱۳۸۷، ۵۴۴) که در نتیجه آن، شخص نیازمند به پول، مالی از اموال خود را به دیگری در برابر مبلغ معینی (که غالباً وجه نقد بود) می‌فروخت؛ به شرط اینکه ظرف مدت معینی، با رد ثمن، بتواند مبیع را مسترد دارد و معامله را فسخ کند. از طرف دیگر مقرض، (مشتری در بیع شرط) برای دریافت ربح (سود)، می‌توانست در مدت خیار، مال مورد معامله (مبیع شرطی) را به مقرض (بایع در بیع شرط) یا شخص دیگری اجاره دهد و ماهیانه مبلغی را به عنوان اجاره بها دریافت کند که به گونه ای برای مقرض، سود و ربح محسوب می‌گردید. حال اگر پس از انقضای مدت خیار، مقرض (بایع)، رد ثمن نمی‌کرد، بیع قطعی می‌شد و مبیع به ملکیت قطعی و مستقر مقرض (مشتری) در می‌آمد؛ البته به همراه سودی که از پرداخت اجاره بها عایدش می‌گردید، باز هم عین ثمن به همراه سود ناشی از پرداخت اجاره بها، عاید مقرض می‌گردید (و به طور کلی مقرض در هر دو صورت، سود می‌برد و زیانی متوجه او نمی‌شد). این معامله چندان شایع گردید که سایر معاملات تجاری را راکد نمود و اقتصاد کشور را دچار تزلزل کرد به این علت که پولداران به جای آنکه سرمایه خود را در سایر معاملات تجاری و یا امور کشاورزی، بکار برند، آن را صرف انجام معامله بیع شرط می‌نمودند؛ زیرا به گونه‌ای هم می‌توانستند رأس المال (اصل سرمایه) خویش را حفظ کنند و هم می‌توانستند از طریق شرعی و قانونی، کسب سود نمایند (بدون آنکه در دام ربا بیفتند). برای جلوگیری از شیوع این معامله ناپسند، فرمان‌هایی صادر شد که اولین آن توسط غازان خان بوده است. غازان خان به تاثیر از فقه عامه برای جلوگیری از ربا و حيله‌هایی که برای گرفتن ربا صورت می‌گرفت، صادر شده است، به این مضمون: "چون غازان خان دانست که ربا و انواع معاملات نامشروع، متضمن اختلاف جمهور است، خاصه در این روزگار که یکبارگی پای از جاده انصاف بیرون نهاده‌اند. در شعبان ۶۹۸، حکمی روانه فرموده که در تمامت ممالک هیچ آفریده ربا ندهد و نستاند". (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ۲۸۹)

رکود اقتصادی کشور و عدم تمایل سرمایه‌داران به سرمایه‌گذاری در سایر امور تجاری، سبب گردید تا در

زمان حکومت ناصرالدین شاه قاجار حکمی صادر شود، مبنی بر منع محاکم عدلیه از اینکه در رسیدگی به دعاوی متبایعین در معاملات بیع شرط، حکم به مالکیت قطعی مبیع به مشتری کنند، بلکه محاکم عدلیه ملزم‌اند که در معاملات بیع شرط، حکم به این کنند که مشتری (مقرض) باید به اندازه قیمت یا از عین ملک به مقدار ثمن پرداختی و مال الاجاره مقرر بین طرفین استفاده کرده و بقیه از آن بایع باشد.

متأسفانه فرمان مزبور نتوانست از این عمل جلوگیری کند، زیرا پول‌داران و ثروتمندان جامعه، حاضر نبودند به کسی قرض دهند، مگر آنکه ملک آنان را به ثمن ناچیزی و به صورت بیع قطعی به خویش انتقال دهند و از طرف دیگر، چون قصد بایع از بیع شرط، استقراض بود، به این امر تن نمی‌داد (یعنی حاضر نبود مبیع شرطی را به صورت قطعی به ملکیت مشتری در بیاورد)؛ بنابراین به ناچار حيله شرعی و قانونی دیگری اندیشیدند، به این ترتیب؛ که مقترض (بایع)، ملک خویش را به صورت قطعی به مقرض (مشتری) واگذار نماید و مشتری به بایع وکالت خارج دهد که اگر بایع نتوانست در طول مدت معین، ثمن و مال الاجاره زمان سپری شده را بپردازد، بتواند مبیع را مسترد دارد. بدین شکل معاملات ربوی از صورت بیع شرط به صورت بیع قطعی با شرط وکالت خارج در آمد و در نتیجه محاکم عدلیه، فرمان مزبور را شامل آن ندانسته و در صورت عدم عمل به مورد وکالت، حکم به ملکیت قطعی مشتری می‌دادند (همان منبع).

از آنجا که بیع شرط (بیع استقراضی) نقش مهمی را در اقتصاد کشور و گردش پول بازارها ایفا می‌کند و از سوی دیگر، به دلیل رواج این معامله در جامعه و به ویژه دارا بودن ساختمان حقوقی خاص آن برای گرفتن ربح پول، سبب گردید که نویسندگان قانون مدنی در سال ۱۳۰۷، فصل جداگانه‌ای را به این نوع معامله اختصاص داده و آن را به طور مجزا و مستقل مطرح نمایند؛ هرچند که به عقیده برخی از علمای حقوق، به دلیل اینکه وجود شرط خیار، بیع شرط را ممتاز از سایر اقسام بیع می‌کند؛ بنابراین شایسته بود که نویسندگان قانون مدنی از فقه تبعیت کرده و آن را به عنوان یکی از فروع و مسائل خیار شرط مطرح می‌کردند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۷۲)

میان فقهای شیعه و اهل سنت، پیرامون تاریخ پیدایش این نهاد حقوقی (بیع شرط) اختلاف نظر است. از دیدگاه شیعه این تأسیس عقلائیه - حقوقی در اواخر قرن یکم و اوایل قرن دوم قمری وجود داشته و مورد توجه مردم آن زمان قرار گرفته بود، دلیل مستحکم شیعه بر وقوع چنین عقدی در آن زمان، انعکاس آن در روایات متعددی از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) بنیان‌گذاران مکتب شیعه اثنی عشری

است. (حراملی، ۱۴۱۴، ۱۹-۱۸) و چه برهانی از این مستحکم‌تر، که در روایات، اشاره به حکم این نهاد حقوقی شده است و این سبب شده که در میان فقهای شیعه، حتی یک نفر هم یافت نشود که حکمی برخلاف دیگران در این مسأله داده باشد (میرمعزی، ۱۳۸۷، ۲۱-۱۹) به طوری که ادعای اجماع (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۰۲) پیرامون صحت این معامله در میان فقهای شیعه، از واضحات تلقی می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷، ۳۶)

اما فقهای اهل سنت، معتقدند که این نهاد حقوقی پس از عصر اجتهاد و استقرار مذاهب؛ یعنی بعد از قرن چهارم و در اوایل قرن پنجم پدید آمده است و از این جهت، جزء عقود مستحدثه محسوب می‌شود. آن‌ها معتقدند که در عصر مجتهدان و در زمانهای نزدیک به این عصر، مردمی که قصد تحصیل نفع اخروی را داشته اگر به دیگری قرضی می‌داده اند، برای رضای خدا و قرب الی الله بوده است؛ بنابراین از آن جا که قرض ربوی هدف ایشان نبوده است؛ نتیجه می‌گیریم که نیازی به این تأسیس حقوقی به عنوان راه حل شرعی برای حل محذور مذکور (رفع حرمت ربای قرضی) نبوده است؛ اما پس از چندی (در اواخر قرن چهارم و اوایل قرن پنجم قمری)، اوضاع دچار تغییر شد و حب دنیا بر نفوس غالب شد و رعایت مروّت در معاملات، رو به کاستی نهاد و در نتیجه هیچ کس به دیگری مالی را قرض نمی‌داد، مگر اینکه در پی تحصیل نفع و سود برای خویش بود، از طرفی شارع مقدّس از معاملات ربوی منع کرده بود، همین باعث شد تا افراد درصدد یافتن راه حلّی (حیل‌های) شرعی جهت وصول به نفع و بهره برآیند و اقدام به تأسیس نهادی حقوقی به نام بیع الوفاء کنند، تا از این راستا به اهداف خویش (مبنی بر کسب سود) نائل آیند، و ذکر شده که این عقد برای اولین بار در سمرقند (در اوایل قرن پنجم هجری) به وجود آمده است؛ زیرا دو تن از علما و فقهای مذهب نعمانی سیّد ابوشجاع و ابوالحسن ماتریدی که در اوایل قرن پنجم در آن بلاد می‌زیسته اند، پیرامون این عقد سخن رانده‌اند. همین عامل را می‌توان به عنوان مهم‌ترین دلیل برای وجود اختلاف نظر شدید میان فقهای اهل سنت در مورد حکم بیع الوفاء دانست.

۳- تحلیل معامله با حق استرداد از دیدگاه فقها

معامله با حق استرداد، اصطلاحی آفریده قانون‌گذار است و در فقه، فقها از بیع شرط که موردی از موارد معاملات با حق استرداد است، بحث کرده‌اند. رابطه بین بیع شرط و معاملات با حق استرداد، رابطه عموم

و خصوص مطلق است. یعنی هر بیع شرطی، معامله با حق استرداد است، اما هر معامله با حق استردادی بیع شرط نیست؛ زیرا معامله با حق استرداد، ممکن است انواع و اقسام مختلفی داشته باشد. بیع شرط، به دلیل ساختمان حقوقی خاص و ویژگی‌های منحصر به فرد همواره مورد توجه خاص فقها (امامیه و اهل سنت) قرار داشته است، با این وجود، از حیث مفهوم شناسی و به ویژه حکم شناسی، در زمینه این تأسیس حقوقی، اختلافی قابل توجه به چشم می‌خورد، به گونه‌ای که فقهای امامیه به صحت چنین قراردادی اجماع دارند و آن را مملک می‌دانند، منتهی، مالکیت مشتری نسبت به مبیع را متزلزل و غیرمستقر می‌شمارند. در مقابل، قاطبه فقهای اهل سنت، بیع شرط را از جهت صوری بودن، باطل اعلام کرده و آن را مملک نمی‌دانند. وجود چنین اختلافی، بازشناسی و بازپژوهی مبانی فقیهان امامیه و اهل سنت را ضرورت می‌بخشد.

۳-۱- معامله با حق استرداد از منظر فقهای امامیه

بیع شرط نزد فقهای امامیه، بیع لازم و صحیح است و به صحت این بیع، فقها سه دلیل ارائه می‌دهند: اول: عموماتی که بر وجوب وفای به شرط دلالت دارد، مثل قاعده "المومنون عند شروطهم". چون شرط ضمن بیع، یک شرط قابل وفاست. دوم: اجماع فقها بر صحت بیع شرط است. شیخ انصاری در این خصوص بیان می‌کند: "و هو جائز عندنا كما في التذكرة و عن غیرهما الاجماع علیه" (از نظر ما بیع شرط جایز است چنانچه در تذکره و غیر آن به صحت بیع شرط اجماع است). (انصاری، ۱۳۸۲، ۲۲۸) سوم: روایات خاصه که در مورد بیع شرط آمده است. از جمله آن روایات، چهار روایت است که در مکاسب شیخ انصاری آمده است که ما به نقل ترجمه فارسی آن کفایت می‌کنیم:

۱- "از جمله آن روایت، روایت موثقه اسحق بن عمار است. شخصی از امام صادق (ع) پرسید: مرد مسلمانی به فروش خانه اش احتیاج پیدا کرد، سپس به سراغ برادر دینی‌اش رفت و به او گفت: خانه‌ات را به تو می‌فروشم و از این که این خانه، مال تو باشد، تا این که مال غیر تو باشد، برای من محبوب‌تر است؛ منتهی فروش خانه موقوف به یک شرط است و آن این که، باید تو با من شرط کنی که هرگاه، ثمن خانه تو را آورده‌ام و به تو داده‌ام، خانه را به من برگردانی. آیا چنین بیعی صحیح است؟ امام (ع) فرمود: اشکال ندارد؛ اگر ثمن را آورد مشتری باید خانه را به بایع برگرداند. سائل گفت: خانه دارای منافی است؛ این منافع از آن کیست؟ امام فرمود: مال مشتری است؛ آیا نمی‌بینی که اگر خانه بسوزد و از بین برود از مال مشتری حساب می‌شود." (همان منبع، ۱۷۴)

۲- "معاویه بن میسره گفته است: از ابوالجارود شنیدم، در حالی که از امام صادق (ع) راجع به مردی سؤال می‌نمود که خانه‌اش را به دیگری فروخته و مشتری شرط کرد که اگر پول مرا در طول سه سال آورده‌ای، خانه مال تو خواهد بود. شخص فروشنده هم قبل از سه سال پول آن مرد را آورد. امام (ع) فرمود: مشتری باید به شرطی که کرده، وفا کند و شرط به نفع بایع، لازم الاجرا است. آن شخص به امام (ع) عرض کرد: بایع در طول سه سال از پول سود برده است. امام (ع) فرمود: مال اوست و مردم به مال خود مسلط می‌باشند. سپس امام (ع) فرمود: آیا نمی‌بینی که اگر خانه بسوزد از مال مشتری خواهد بود." (همان منبع، ۱۷۵)

۳- "از سعید بن سیار در روایتی صحیح وارد شده، که: ما با اهل روستا معامله می‌کنیم و در مقابل، مالی که به ایشان می‌فروشیم خانه یا زمینی را می‌فروشند، پس ما به آنها وعده می‌دهیم که اگر ثمن را تا مدت معینی که بین ما و ایشان تعیین شده است، رد کنند، مالشان را به آنها برمی‌گردانیم و اگر مدت سپری شد و ثمن مال را نیاورند پس آن مال، ملک آنها می‌شود. رأی شما در باره این خرید و فروش چیست؟ امام (ع) فرمود: اگر درهم را نیاورد، مبیع مال توست و اگر در مدت تعیین شده مال را آورد، پس مبیع را به او رد کن." (همان منبع، ۱۷۶)

۴- حدیث چهارم از ابی الجارود است که امام باقر علیه السلام فرمودند: اگر مالی را به مردی بر یک شرطی بفروشیم (منظور این است که معامله انجام و شرط خیار شود) اگر مال خودت را آورد، باید ثمن را برگردانی، اما اگر مال را نیاورد، بیع و آن جنس، مال تو هست. (حرعاملی، ۱۴۱۴، ۱۸/۱۸) و (بیرامی، ۱۳۹۹، ۳۹)

پس ملاحظه می‌شود در فقه، "بیع شرط" که یکی از بارزترین مصادیق "معاملات با حق استرداد" است، صحیح است.

۳-۱-۱- تحلیل معامله با حق استرداد نزد فقهای متقدم

مفهوم بیع شرط، نزد برخی قداما به این صورت بوده که ایشان، بیع شرط را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: (۱) بیعی که در آن خیار مجلس وجود دارد. (۲) بیعی که حین العقد در آن، شرط سقوط خیار مجلس شود. (۳) بیعی که حین العقد، در آن برای مدت معینی، خیار شرط قرار داده شود. (طوسی، ۱۴۱۷، ۸) و (قمی سبزواری، ۱۳۷۹، ۲۵۶).

برخی دیگر از قدا نیز، بیع شرط را بیعی می‌دانند که به جهت تخایر، فاقد خیار است. آن ها، تخایر را دوگونه دانسته‌اند: (یکی این که) در عقد بیع، شرط سقوط خیار مجلس شود و (دیگری آن که) پس از عقد بیع، صاحب خیار، از خیار خودش صرف نظر کرده و حکم به تنفیذ بیع کند. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۱۷) چنان چه مشهود است، قدامی امامیه، بیع شرط را به بیعی اطلاق می‌کردند که در آن، شرط جایزی، همچون ثبوت یا سقوط خیار، شده باشد. لیکن به مرور زمان، مفهوم بیع شرط با تحوّل شگرف رو به رو شد و معنای مصطلح و امروزی بیع شرط نیز برگرفته از تعاریف این دسته از فقهاست.

علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء در این زمینه چنین نگاشته است: «بیع شرط از منظر شیعه، بیعی، جایز است که عبارت است از اینکه انسان، زمین (مال غیرمنقول) یا غیر زمین (مال منقول) را بفروشد و برای خویش، تا یک سال یا بیشتر یا کمتر، شرط خیار نماید، که اگر در این مدت، ثمن را به مشتری برگرداند، حق این را پیدا می‌کند که مبیع را مسترد دارد و چنان چه در مدت مذکور نتواند ثمن را بازگرداند، بیع به نفع مشتری لازم (وقطعی) می‌گردد.» (حلی، ۵۲۱).

۳-۱-۲- تحلیل معامله با حق استرداد نزد فقهای متأخر

همانطور که بیان شد، بیع شرط، تا حدودی با تحوّل رو به رو شده است، نمود آن را می‌توان در کتب متأخران یافت؛ که نمونه بارز آن در باب معاملات، کتاب "المکاسب" شیخ انصاری است. ایشان در سلسله مباحث خیار شرط، بیع شرط را این گونه تعریف کرده است: «بیع شرط عبارت است از اینکه بایع چیزی را بفروشد و برای خویش تا مدتی (معین) شرط خیار کند، به صورتی که بتواند ثمن را در این مدت بازگرداند و مبیع را پس بگیرد.» (انصاری، ۱۴۲۹، ۱۲۷). شاید بتوان گفت: این تعریف، یکی از بهترین و جامع ترین تعاریفی است که تاکنون از فقهای شیعه در زمینه بیع شرط ارائه شده است، به طوری که کسی از محشّین، متأخران از او، چندان متعرض این تعریف نشده اند.

۳-۲- تحلیل معامله با حق استرداد نزد فقهای اهل سنت

در فقه اهل سنت، درخصوص بیع شرط، با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این بیع شده، اختلاف نظر وجود دارد؛ فقهای اهل سنت، بیع شرط را امری مستحدث می‌دانند که از قرن چهارم به بعد رواج یافته است و برخلاف فقهای شیعه، که مسأله بیع شرط را ضمن مبحث خیار شرط آورده‌اند، فقهای اهل سنت، در

جای مشخصی به این بحث نپرداخته‌اند؛ برخی آنرا در مبحث «بیع فاسد» مطرح کرده، برخی در مبحث «رهن» و برخی در مبحث «خیارنقد» به این مسأله پرداخته‌اند. (همان، ص ۱۹) علاوه بر این، فقهای اهل سنت، اصطلاحات متفاوتی در مورد بیع شرط بکار برده‌اند؛ برای مثال در حقوق مصر، به آن «بیع الوفاء» گویند. در کتب اهل سنت اطلاعات دیگری نظیر «الرهن المعاد» «بیع الامانه»، «بیع المعامله» و ... نیز به چشم می‌خورد.

فقهای اهل سنت، همانطور که در حکم بیع شرط اختلافی شدید دارند، همچنین در تعریف مفهوم بیع شرط نیز، میان ایشان اختلافاتی چند به چشم می‌خورد که به چند مورد آن اشاره می‌گردد:

عده ای از ایشان، بیع شرط را چنین تعریف نموده‌اند: "بیع شرط" آن است که بایع به مشتری بگوید: این کالا را به فلان قیمت به تو می‌فروشم، به شرطی که، هرگاه ثمن را باز گردانم، مبیع را به من بر می‌گردانی (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ۱۱) برخی دیگر، در تعریف آن چنین نگاشته‌اند: "بیع شرط" عبارت است از این که، بایعی که محتاج به پول نقد است، زمین خویش را به این شرط بفروشد که هرگاه (ظرف مهلت معینی) ثمن زمین را باز گرداند، زمین را باز پس گیرد (سابق، ۸۹).

تعداد دیگری در تعریف بیع شرط می‌گویند: "بیع شرط" عبارت است از این که، شخصی به دیگری کالایی را بفروشد، به این شرط که هرگاه ظرف مهلت معینی بایع ثمن را باز گرداند، مشتری مبیع را مجدد به او بفروشد. (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۴۰۸)

ظاهراً فقهای اهل سنت در تعریف بیع شرط یا به تعبیر دیگر بیع الوفاء، متفق القول نیستند و نشانه این عدم اتفاق، این است که در تعریف اول و دوم، مشتری پس از رد ثمن توسط بایع، موظف است که مبیع را مسترد دارد؛ لیکن در تعریف سوم، مشتری موظف است مبیع را به بایع بفروشد؛ همچنین به ظاهر بر طبق تعریف دوم، بیع شرط، هم در اموال منقول و هم در اموال غیرمنقول راه دارد (البته می‌توان از اشکال اخیر، چنین رفع ید نمود که آوردن مال غیرمنقول، نظیر زمین، در تعریف دوم از باب مورد و مصداق غالب است).

البته در خصوص حکم معامله مزبور، مذاهب چهارگانه اهل سنت اختلاف نظر دارند؛ به طوری که از

منظر فقهای شافعی، بیع شرط با عنوان "الرهن المعاد" معروف است. این دسته از فقها، در حکم این بیع، اختلاف نظر دارند؛ برخی حکم به جواز و صحت چنین بیعی داده و برخی دیگر، به فساد این بیع حکم کرده‌اند. (خلیل محی الدین، ۱۴۱۲، ۴۳ و ۴۲)

و از منظر فقهای مالکی، با عنوان "بیع الثنیا" معروف است. (معلوف، ۱۳۸۵، ۲۱۸/۱) ایشان به اتفاق، حکم به فساد بیع الثنیا داده‌اند. منتهی، برخی معتقدند که: این بیع، از باب اینکه رهنی فاسد است، باطل می‌باشد. (خلیل محی الدین، ۱۴۱۲، ۳۸/۳) و برخی دیگر معتقدند که: علت فساد بیع الثنیا، این است که، چنین بیعی مردّد است بین عقد بیع مطلق و بیع سلف؛ به این شکل، که اگر بایع، ثمن را رد نکند، عقد، بیع است و اگر رد کند سلف است. (ابن رشد، ۱۴۱۵، ۱۳۰/۲).

از منظر فقهای حنفی مذهب، بیع شرط با عنوان "بیع الوفا" معروف است. با تتبع در میان آرای فقهای حنفی، به این نکته پی می‌بریم که اقوال ایشان در زمینه بیع الوفا، متفاوت می‌باشد. به چند مورد به صورت مجمل اشاره می‌گردد. قول اول: عده‌ای حکم به صحت بیع الوفاء داده‌اند. (میرمعزی، ۱۳۸۷، ۲۵) قول دوم: گروهی معتقدند که اگر شرط استرداد به بیع ملحق شود، بیع الوفا فاسد است، هرچند این شرط، پس از مجلس عقد باشد. (خلیل محی الدین، ۱۴۱۲، ۳۰/۳-۳۸) قول سوم: برخی قائل‌اند که بیع الوفاء، در برخی موارد، فاسد است و آن در جایی است که هریک از طرفین، حق فسخ بیع را داشته باشد و در پاره ای موارد، صحیح است، مانند اینکه مشتری، حق استفاده از نمائات مبیع را دارد و در برخی مواقع، رهن است. (باز لبنانی، ۱۴۱۹) و (میرمعزی، ۱۳۸۷، ۲۵).

از دیدگاه فقهای حنبلی، "بیع شرط" با عنوان بیع الامانه، معروف است. ایشان به اتفاق، قائل به بطلان بیع الامانه هستند، تا جایی که برخی از ایشان قائل‌اند که این بیع، نه تنها فاسد است، بلکه از حیل‌های شرعی ربا نیز محسوب می‌شود که البته، از دیدگاه ایشان حیل ربا، باطل است. (بهوتی، ۱۴۱۸، ۱۷۱/۳)

۴- متغیرهای تاثیرگذار در تحلیل معاملات با حق استرداد با اسناد غیررسمی

نظر به اینکه قانون‌گذار به صورت صریح، در مورد معامله با حق استرداد با سند رسمی، در مواد ۳۳ و ۳۴

قانون ثبت، تعیین تکلیف نموده است اما به صورت صریح، حکم چنین معاملاتی را که در غالب اسناد غیر رسمی می‌باشد را تعیین ننموده است؛ همین مهم سبب شده است، در رویه قضایی آراء و نظرات متهافتی صادر شود. چنین امری ناشی از سرایت دادن یا ندادن احکام معاملات با حق استرداد سند رسمی، به معاملات با اسناد غیر رسمی است. چنین عواملی سبب می‌شود تا متغیرهایی نظیر قصد متعاملین، حمایت از خریدار ثالث با حسن نیت و تو صیف قرارداد در تحلیل موضوع اهمیت پیدا کند. بر همین اساس در این بند، به این متغیرهای تاثیرگذار پرداخته می‌شود:

۴-۱- نقش قصد متعاقدين در معاملات با حق استرداد غیررسمی

از جمله ارکان تشکیل معاملات، قصد متعاقدين است. اینکه قصد متعاقدين در غالب الفاظ بیان می‌شود یا اینکه باید به قصد یا اراده باطنی متعاقدين مراجعه نمود، این مهم در تحقیقات دیگر به تفصیل آمده است و احساس گردید بر اساس مبانی حقوقی ما، آن چه در این باره اهمیت دارد، قصد واقعی متعاقدين است نه اینکه صرفاً به الفاظ طرفین توجه شود.

از قواعد پذیرفته در حقوق اسلامی، قاعده "العقود تابعه للقصد" است؛ به این معنی که عقود و قراردادها تابع اراده و قصد طرفین هستند. ظاهراً نخستین فقیه متأخر، فخرالمحققین بوده که به این قاعده، تصریح نموده است. در این خصوص، علاوه بر اجماع و بنای عقلا، به روایاتی نظیر "انما الاعمال بالنیات" و "لکل امر ما نوى" استناد شده است. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۲۱۰/۱)

نظام حقوقی ایران، نظریه فرانسوی ها را، پذیرفته که به روشنی در ماده ۱۹۱ قانون مدنی قابل ملاحظه است و آن این است که، عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. «قانون مدنی ایران، اراده باطنی را اساس تشکیل عقد دانسته و به طور کلی، عمل حقوقی که نتایج ذیل از آن به دست می‌آید: ۱- معامله صوری باطل است؛ زیرا فاقد قصد انشاء یا اراده باطنی است. ۲- سببیت تشکیل عقد، قصد انشاء است و سایر شرائط از جمله ابراز اراده، در قالب "شرط نفوذ و یا صحت" می‌گنجد؛ به طوری که ابراز اراده را نیز شرط اعتبار عقد تلقی می‌کند. (ذیل ماده ۱۹۱ قانون مدنی) ۳- ماده ۴۶۳ قانون مدنی در باب بیع شرط به طور کلی مقرر می‌کند: "اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود. همچنین ماده ۱ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ مقرر می‌کند: "هر محلی که برای سکنی یا کسب یا پیشه یا

تجارت یا به به منظور دیگری اجاره داده شده یا می‌شود در صورتی که تصرف متصرف بر حسب تراضی با موجر یا نماینده قانونی او به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره باشد ... مشمول مقررات این قانون است. در واقع، ملاک برای ایجاد اثر حقوقی، قصد انشاء یا اراده باطنی است. ۴- در صورت ابهام در احراز اراده طرفین باید به به اراده باطنی توجه کنیم و در صورت تعارض با اراده ظاهری، اراده باطنی حاکم است. ۵- ملاک تعیین آثار عقد و مقصود طرفین، مفاد واقعی اراده انشائی است. ۶- عیوبی که در زمان انشای عقد بر اراده اعم از قصد یا رضا، عارض می‌شود، موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد می‌شود.» (امینی، عیسی، ۱۴۰۱، ۹۹)

بنابر این مهم، که قصد واقعی متعاقدين در معاملات اهمیت دارد، این پرسش نیز در معاملات با حق استرداد مطرح می‌شود که قاضی در تحلیل معاملات با حق استرداد باید به قصد واقعی متعاقدين رجوع نماید یا به اراده ظاهری آنها مراجعه کند؟

همانطور که بیان شد، آنچه در این باره اهمیت دارد، قصد متعاقدين از معاملات با حق استرداد است که قاضی باید با مراجعه به آن کشف نماید، آنچه طرفین در مقام معامله برآمدند از باب تضمین است یا قصد آنها انتقال مال می‌باشد؟ قاضی در بررسی این امر باید به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، میزان ثمن پرداختی، روابط طرفین بعد از قرارداد نظیر اینکه آیا مال به طرف معامله تسلیم شده است یا خیر؟ و آیا منافع در اختیار طرف معامله قرار گرفته است یا خیر؟ توجه کرده و در این راستا می‌تواند کشف نماید که اراده و قصد متعاقدين از انجام معامله، انتقال مال یا تضمین آن بوده است؟

اگر به مفاد مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، سخت پایبند باشیم، به نظر می‌رسد اساساً مسأله این مقاله موضوعیت چندانی نخواهد داشت، چرا که بر اساس مواد فوق‌الذکر کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده باید به ثبت برسند که معامله با حق استرداد نیز، به عنوان یکی از مصادیق معاملات رسمی مشمول مفاد ماده ۳۴ قانون ثبت قرار گرفته و اساساً مسأله این مقاله مطرح نخواهد بود. در مورد قولنامه یا سند عادی ناقل مالکیت اموال غیرمنقول ثبت شد، نظریات مختلفی ارائه شده است. تلقی مشهور آن است که حقوق دانان، عمدتاً قائل به اصل عدم اعتبار سند عادی بوده‌اند. (نصیری استیاری، ۱۳۹۱، ۱۰۴)

وقتی دقیق‌تر به موضوع اعتبار معاملات با حق استرداد نگاه کنیم، در می‌یابیم که در هیچ یک از مقررات

موضوعه در عین حال، بی اعتباری معاملاتی که بدون تنظیم سند رسمی در قالب عقد بیع صورت پذیرفته است، پذیرفته و اعلام نشده است تا جائی که مرحوم دکتر شهیدی می‌فرماید: «در هیچ یک از مقررات مربوطه، بطلان و بی‌اعتباری فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی اعلام نشده است. ماده ۴۸ قانون ثبت، هرگز دلالت بر بطلان بیع مال غیرمنقول ندارد و منحصرأ سند ثبت نشده‌ای را که باید به ثبت برسد غیرقابل پذیرش در ادارات و محاکم اعلام کرده است. بنابراین نسبت به موضوع بحث ما آنچه در این ماده مورد توجه قرار گرفته است، سند معامله است نه خود معامله و نسبت به وضعیت مسند یعنی خود معامله، حکمی مقرر نگردیده است و بسنده کردن قانونگذار به اعلام غیرقابل قبول بودن سند در ادارات و محاکم و اعراض از بکار بردن اصطلاح حقوقی "بطلان معامله" با اینکه در مقام بیان آثار ثبت نشدن سند مزبور بوده است قرینه ای قوی بر صحت قرارداد مربوط به عین مال غیرمنقول می‌باشد. در اصطلاح حقوقی و در زمینه تحلیلی نمی‌توان غیرقابل قبول بودن سند معامله را مترادف با بطلان آن دانست. اگر منظور قانونگذار باطل معرفی کردن بیع مال غیرمنقول می‌بود، باید همین اصطلاح روشن "باطل" را نسبت به معامله مذکور بکار می‌برد که اعراض از این اصطلاح به وسیله قانونگذار با فرض باطل بودن عقد قابل توجه نمی‌باشد». (شهیدی، ۱۳۷۱، ص ۱۱-۱۲) خلاصه نظر دکتر شهیدی این است که همانطور که سردفتر شرایط طرفین را برای تنظیم سند رسمی تنظیم می‌کند دادگاه‌ها نیز دارای نقشی شبیه نقش سردفتران هستند. (همان، ۶۱-۶۰)

والبته در مقابل، برخی از حقوقدانان از جمله دکتر سید حسن امامی، اصل را بر عدم اعتبار اسناد عادی می‌دانند. ایشان در این مورد بیان داشته است: «در سندی که منسوب به امضاء یا مهر یا اثر انگشت کسی باشد نمی‌تواند بر علیه او موثر قرار گیرد، مگر آنکه انتساب آن نزد دادگاه مسلم گردد...» عدم پاسخ یا سکوت کسی که سند علیه او ابراز شده، منحصرأ نمی‌تواند قرینه صحت انتساب سند به او قرار گیرد و این شخص، صدور سند را از جانب منتسب الیه بپذیرد و یا اگر نسبت به اصالت آن تعرض نماید، اصالت آن در دادگاه اثبات شود، چنین سندی "اعتبارسند رسمی" را دارد، بدین معنا که انکار و تردید در مقابل آن، با توجه به مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۹۲ قانون مدنی شنیده نمی‌شود. (امامی، ۱۳۹۷، ۱۶۹)

گذشته از همه این دیدگاه‌ها، با نگاهی اجمالی به سند و مقررات حقوقی حاکم بر آن، در می‌یابیم که با توجه به عدم دخالت مأموران رسمی در تنظیم اسناد عادی، چنان چه نسبت به آن‌ها انکار و تردیدی تحقق یابد. نمی‌توان آن‌ها را معتبر دانست و اعاده اعتبار نیازمند ارائه دلیل از جانب استناد کننده خواهد

بود و این بر خلاف مقتضای اصل صحت است. به عبارت دیگر، اصل صحت، نسبت به اسناد عادی جریان نمی‌یابد، چرا که در صورت جریان یافتن اصل صحت در این مقام، صرف انکار، کارساز نبوده و به منظور بی اعتباری این اصل، وجود دلیل یا اماره ضروری خواهد بود. (نصیری استیاری، ۱۳۹۱، ۱۰۶)

بنابراین؛ با توجه به توضیحاتی که داده شد و دیدگاه مختلف حقوقدانان نیز مورد بررسی قرار گرفت، در اعتبار معاملات با حق استرداد از طریق سند عادی، هیچ شک و تردیدی وجود ندارد، لکن با توجه به اینکه موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک اختصاص به قراردادهای رسمی دارد و اگر بایع در معاملات با حق استرداد عادی، در مهلت مقرر به شرط عمل نکند، خریدار برای وصول حقوق خود، چون امکان مراجعه به اداره ثبت را ندارد، ناچار است به دادگاه مراجعه کند تا بعد از صدور حکم مبنی بر تنفیذ قرارداد بتواند آن را از طریق اجرای احکام دادگاه به اجرا گذارد.

۴-۱-۲- حمایت یا عدم حمایت از شخص ثالث با حسن نیت

ممکن است تحت رویکرد ضد سرمایه داری برخی بخواهند معامله با حق استرداد غیر رسمی و عادی را باطل تلقی نمایند. با این استدلال که آن چه طرفین می‌خواستند قابل تحقق نیست و آن چه که واقع شده مورد قصد آنها نبوده است. طرفین قصد تحقق عقد رهن را داشتند ولی عقد بیع شرط را محقق کردند. بنابراین، عقد منعقد شده باطل بوده و خریدار برای وصول طلبش می‌تواند به فروشنده رجوع نماید، این رویکردی خطرناک خواهد بود. چرا که هم خریدار را از منافع پولش محروم می‌کند و هم از تضامین استرداد پولش می‌کاهد. بنابراین، با نظریه بطلان قرارداد بیع شرط عادی به شدت باید مقابله کرد. از سوی دیگر، وقتی قرارداد بیع شرط عادی را صحیح بدانیم آثار آن در خصوص بهره مندی خریدار از منافع ثمن پرداختی اش متفاوت خواهد بود. چرا که در فرض پذیرش چنین قراردادی هر چند مالکیت خریدار بر مبیع یک مالکیت متزلزل و ناپایدار است، به همین جهت مالکیت موقت و تبعی خریدار نسبت به منافع ثمن از آثار چنین قراردادی خواهد بود. البته در خصوص این موضوع (منافع زمان عقد تا فسخ) به ضرس قاطع، پاسخی برای آن یافت نشد، همانگونه که یکی از اساتید حقوق می‌گوید: " پاسخ مسأله را در هیچ متنی به صراحت نمی‌توان یافت و سایه ای از ابهام بر آن باقی است ولی از اصول، چنین استنباط می‌شود 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 باید از بیع شرط حذف کرد؛ در حالی که حق خریدار بر منافع، کمترین نتیجه‌ای است که از بیع تملیکی باقی می‌ماند و دلیل قاطعی بر ازاله آن بر چشم نمی‌خورد." (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۸۱-۱۸۰)

در مورد منافع، برخی اساتید معتقدند که حمایت از فروشنده با نفی مالکیت عین برای خریدار، حاصل می‌آید ولی منافع، منطقاً باید متعلق به او باشد و نقشی بیشتر از یک طلبکار بیابد. شاید تکامل اجتماعی نیز همین وضعیت را ایجاب کند زیرا اجتماع زنده است و تا زمانی که از هر پدیده‌ای، نفسی بیرون آید، آن را می‌بیند و می‌پذیرد. اگر مصالح اجتماعی لازم می‌دارد که بیع را به حقیقت دیگری تبدیل کنیم، مصالح حقوقی نیز ایجاب می‌کند که در مورد این تبدیل به موارد ضروری اکتفا شود و از درهم ریختن قواعد اجتناب گردد. در مورد منافع، اگر طرفین توافقی نداشته باشند، همانطور که در رهن تصرف نیز منفعت در اختیار مرتهن است، به آسانی می‌توان مالکیت منفعت را برای خریدار شرطی تأیید کرد. او باید مبیع-رهن را در آغوش کشد و از وصول طلب خود اطمینان یابد. افزون بر این، مسئولیت تلف مبیع در دوران بیع، بعد از قبض، با اوست و منطقاً باید منافع را در برابر آن، تملک نماید (الخراج بالضمان).

به نظر می‌رسد این عقد، (معامله باحق استرداد) ماهیتی مستقل دارد. (عقد معین) و از این رو، باید بر اساس اهداف خود تحلیل شود، ولی قرابت آن با رهن می‌تواند راهشگای برخی از مسائل باشد. برای مثال در صورتی که مال مورد رهن تلف شود، وجهی که از بابت خسارت به جای آن داده می‌شود، خود به خود، رهن و وثیقه بدهی محسوب می‌شود. این مشابهت مانع تفاوت‌هایی از جمله در مالکیت خریدار نسبت به منافع نیست، زیرا برخلاف رهن که نیازمند تصریح است (رهن تصرف)، در معامله با حق استرداد، مالکیت منافع برای مشتری، موافق اصل خواهد بود. در برخی روایات آمده است که اگر در مبیع شرطی، «عَلَّه» (درآمد و منفعت) باشد، متعلق به مشتری خواهد بود: «الْعَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي»؛ زیرا مسئولیت تلف عین، برخلاف رهن که امانت است، با مشتری خواهد بود و به حکم قاعده «الخراج بالضمان» باید منافع را مالک شود: «أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اخْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ». با این بیان، اگر مورد معامله ی با حق استرداد تلف شود، به صورت کلی یا جزئی، مشتری حق دارد خسارت آن را دریافت و به منظور اطمینان از حصول طلب، به عنوان جایگزین مال تلف شده، در حکم اصل مال تلقی و نزد خود نگه دارد و اگر در نحوه نگهداری اختلاف شود، با ملاک قواعد رهن، امینی بین طرفین توسط دادگاه تعیین می‌شود.

۴-۳- توصیف قرارداد

توصیف قرارداد به معنای شناسایی عنوان و طبیعت عمل حقوقی با استفاده از قالب های قانونی، جهت تعیین گستره حقوق و تعهدات طرفین می باشد. توصیف قرارداد از مقوله تفسیر قرارداد متمایز می باشد چرا که تفسیر قرارداد به کشف مقصود مشترک طرفین مربوط است و یک امر ماهوی به حساب می آید ولی توصیف قرارداد در راستای احترام به اراده طرفین نمی باشد، بلکه به کشف مصداق قانونی قرارداد، مرتبط است و جزء امور حکمی تلقی می شود. توصیف قرارداد، مرحله پس از شناسایی ماهیت قرارداد می باشد که به وسیله یکی از عناوین عقود معین انجام می پذیرد اما در مورد قراردادهای خصوصی که میان افراد شکل می گیرد می توان با توجه به اثری که متعاقدين از عقد خواسته اند، حسب مورد قرارداد را صلح یا عقد نامعین توصیف کرد. زمینه های توصیف قرارداد، در مسائلی همچون تحول عقد، صورت سازه های طرفین، عقود مختلط و تشخیص ماهیت های توصیف نشده در قانون ظهور یافته است. تحول عقد را در حقوق ایران می توان با عنایت به مصادیق موجود در فقه امامیه، توجه به هدف نهایی متعاقدين، وجود عناصر یک قرارداد صحیح و اصل استحکام عقود، به رسمیت شناختن که پس از تشخیص عقد دوم، قرارداد قابل توصیف است. همچنین؛ گاه ممکن است به علت ناآگاهی از نظام عقود و قراردادهای یا به علت انگیزه مشروع یا نامشروع، عنوان اصلی عقد پنهان بماند که در اینجا، دادرسی بدون اعتماد بر عنوان انتخابی طرفین وصف صحیح را به قرارداد اعطا می نماید. عقود مختلط را نیز با توجه به اینکه عقود، جزء ماهیت خود را حفظ می کنند و یا یکی از عقود بر سایرماهیتها غلبه دارد، توصیف می شوند. برای توصیف قرارداد که به عنوان یک عمل قضایی از سوی دادرسی انجام می پذیرد، لازم است ابزارهایی همچون قصد طرفین، عرف و عادت و قواعد و اصول حقوقی در اختیار قاضی قرارگیرد. با توصیف قرارداد، احکام عقد مشخص و قوانین تکمیلی تمیز داده می شوند و از حیث ایجاد مسئولیت یا سلب مسئولیت کیفری حائز اهمیت است. در واقع برخی از آثار قرارداد وجود یا عدمشان دائر مدار توصیف قرارداد می باشد. (صالح، ۱۳۹۲)، پایان نامه) تمییز میان تفسیر قرارداد از توصیف، یکی از نکات اصلی در رسیدگی به حل و فصل اختلافات قراردادی طرفین است. توصیف پس از تفسیر واقع می شود؛ چرا که در صورت نیاز به توصیف قرارداد، قاضی مکلف است مفاد توافق طرفین را بررسی و در صورت وجود ابهام در قرارداد، تفسیر کند و سپس با شناسایی ماهیت توافق، آن را توصیف نماید. باید توجه داشت که تفسیر قرارداد، یک امر موضوعی است؛ در حالی که توصیف آن یک امر حکمی می باشد.

(امینی، ۱۴۰۱، ۲۱۲-۲۱۱).

اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد، به آن چه متعاقدین، صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند، توجه شود. الفاظ قرارداد بر خلاف سابق، مقدس و قاطع شمرده نمی‌شوند و تا حدی معتبر هستند که مبین اراده واقعی طرفین قرارداد باشند. اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند، اراده واقعی آنان باید در نظر گرفته شود و ملاک تفسیر قرارداد باشد. خلاصه آنکه قاضی هنگام تفسیر قرارداد، باید در کشف اراده متعاقدین بکوشد و برای قرارداد همان آثاری را قائل شود که آن‌ها خواسته‌اند؛ مگر اینکه کشف اراده طرفین ممکن نباشد که در این صورت، قاضی به معنی متعارف الفاظ و اعمال رجوع خواهد کرد (ماده ۲۲۴ قانون مدنی). عنوانی که طرفین به قرارداد داده‌اند، مانند عنوان بیع، اجاره، ضمان، قرض و امثال آنها، قاطعیت ندارد و قاضی می‌تواند با توجه به اراده واقعی طرفین، قرارداد را توصیف کند و عنوان دیگری برای آن قائل شود. مثلاً اگر متعاقدین به قرارداد خود عنوان ضمان یا بیع بدهند، قاضی مکلف نیست آن را قبول و احکام ویژه‌ی ضمان و بیع را در باره قرارداد اجرا کند، مگر آنکه اراده باطنی طرفین چنین اقتضایی داشته باشد و نیز اگر کسی در درمقابل طلبکاری بگوید: تعهد می‌کنم که بدهی مدیون ترا بپردازم، این تعهد را می‌توان ضمان عقدی به مفهوم قانون مدنی تلقی کرد و قایل به انتقال دین از ذمه بدهکار اصلی به ذمه شخص ثالث گردید، هرچند که لفظ ضمان و ضامن به کار نرفته باشد، مگر اینکه معلوم شود که مقصود طرفین، بقاء دین بر ذمه بدهکار اصلی بوده است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رای اصراری مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۲ قاطع نبودن عناوین عقود و لزوم توجه به اراده واقعی طرفین را پذیرفته است. (صفایی، ۱۳۹۶، ۵۷-۵۶)

ماهیت عقد، یک امر قصدی است و بدون آن قابل تحقق نیست؛ به عبارت دیگر قصد، جزء ماهیت عقد است و قوام عقد وابسته به قصد است، مقصود قاعده «العقود تابعه للقصد» این است که چون عقدها اعم از آن که مالی باشند یا غیرمالی، معاوضی باشند یا غیرمعاوضی، در حقیقت ربط و پیوند تعهدات و اعتباراتی است که بین موجب و قابل برقرار شده است و این معنی امری است نفسانی و قصدی، پس تا مادامی که طرفین قصد عنوان عقد را نکرده باشند، عقد مورد نظر محقق نخواهد شد و تحقق اعتبارات متعاقدین اثباتاً و نفیاً منوط به قصد و اراده طرفین می‌باشد. همچنین برای تحقق یک عمل حقوقی دو طرفه، تنها اراده انشائی یکی از دو طرف کافی نیست بلکه لازم است اراده هر دو طرف در ایجاد عقد هماهنگی و همکاری داشته باشد، این هماهنگی موقعی میسر است که آنچه را یک طرف، انشاء آن را

قصد می‌کند طرف دیگر نیز همان را قصد کند؛ در غیر این صورت معامله ای به وجود نخواهد آمد، اراده انشائی طرفین باید در نوع عقد، و ماهیت مورد و توافق قصد با مصداق خارجی باشد. آن چه در فقه نشان داده می‌شود، آن است که نظرها به حکومت تراضی واقعی و بی اعتباری "عقد وانمود شده" گرایش دارد، هرچند که بیشتر نویسندگان به آن بی اعتنا مانده اند و بحثی بدین اهمیت را مهجور گذارده اند. در فقه عامه، پاره ای از محققان و سرآمد آنان "ابن قیم جوزی" بر اعتبار مقصود واقعی پافشاری کرده اند و فصلی را به تحریم حيله اختصاص داده‌اند. (اعلام الموقعین، ۱۷۳ به بعد) قانون مدنی در این باره حکمی ندارد ولی از ماده ۱۹۱ قانون مدنی که اعلام می‌کند "عقد محقق می‌شود به قصد انشاء..." و مفاد ماده ۱۹۶ قانون مدنی که پنهان ماندن طرف اصلی عقد را مانع نفوذ آن نمی‌بیند، چنین بر می‌آید که عقد واقعی و پنهان شده بر عقد صوری و تدلیسی حکومت دارد و دو طرف پای بند به آن هستند. این استنباط را سایر موادی که حکومت اراده باطنی را بر اراده ظاهری ترجیح می‌دهد تأیید می‌کند و دیدیم که پیشینه تاریخی قانون نیز همین نتیجه را نشان می‌دهد. این قاعده بارها در قوانین به صراحت اعمال شده است، از جمله در ماده ۴۶۳ قانون مدنی آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳۳۰-۳۳۱)

بنابراین در معامله با حق استرداد، آن چه که به عنوان عقد وانمود شده در رابطه بین دو طرف عقد رخ می‌نمایند؛ اگر وقوع عقد بیع، آن هم در قالب عقد بیع شرط باشد، با توجه به صوری بودن آن و عدم قصد طرفین در انجام معامله می‌توان به بطلان آن حکم داد، چرا که "ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع" و چنین حکمی که در بر دارنده بطلان معامله صوری در مانحن فیه می‌باشد، در تعارض آشکار با اصل حاکمیت اراده قرار می‌گیرد. لکن اگر چنین عقدی را صحیح تلقی نماییم، باز با تعارض اراده ظاهری و اراده باطنی مواجه می‌شویم "ما قصد لم یقع و ماوقع لم یقصد". در توصیف چنین قراردادی بهترین راه برای برون رفت از قضیه توصیف قرارداد در معامله با حق استرداد، تلقی چنین معامله ای به عقد رهن صحیح بوده و این امر و پنداشت قرارداد به عنوان عقد رهن خروج از بن بست ایجاد شده را راحت تر می‌نماید در واقع معامله با حق استرداد که بیع شرط مصداقی از آن هست و مملک نیست، چنانچه در تنظیم آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی، وقتی سند وثیقه‌ای را تعریف می‌کنند، عبارت سند رهنی را بکار نمی‌برند بلکه اصطلاحی که در آیین نامه مزبور بکار گرفته شده، اصطلاح سند وثیقه‌ای است که شامل رهن هم می‌شود؛ شامل حق استرداد نیز می‌گردد و احکام سند وثیقه‌ای بر آن جاری می‌نمایند. معامله با حق استرداد، فقط اختصاص به اسناد ثبتی ندارد؛ بلکه اسناد عادی را هم شامل

می‌شود یعنی احکام معامله با حق استرداد در اسناد عادی هم، جاری می‌شود. دادگاه عمومی هنگام بررسی سند عادی، آن را بیع تلقی نمی‌کند و دعوی الزام به تنظیم (انتقال رسمی) را غیرقابل استماع می‌داند و دقیقاً با آن مثل یک سند وثیقه ای برخورد می‌نماید. وحکم قضیه در این مورد آن قدر شدید است که حتی مشتری در صورت عدم پرداخت ثمن از ناحیه فروشنده، حق فروش مبیع در معامله با حق استرداد و لو با سند عادی را ندارد و در این خصوص حتی اگر وکالت هم داده شود این وکالت هم باطل است؛ چرا که در اینجا فقط حاکم حق فروش را دارد.

۵- نتیجه

بیع، از عقود است که جوامع انسانی برای نقل و انتقال اموال، آن را تجویز کردند. علیرغم این مهم، بیع اقسام مختلفی به خود می‌گیرد و یکی از این اقسام بیع، معامله با حق استرداد است. مشروعیت معامله با حق استرداد هم در فقه و هم در حقوق با موانعی روبرو است. در فقه مانع اصلی پذیرش صحت این معاملات، اصل تبیعت عقد از قصد است و در حقوق به جز این اصل، مخالفت این عقود با حقوق موضوعه نیز یکی از موانع پذیرش صحت آن می‌باشد. از نظر حقوق موضوعه، ماده ۳۴ قانون ثبت، معاملات با حق استرداد را مشمول احکام عقد رهن قرارداده است. از آن جا که قانون ثبت، اختصاص به معاملاتی دارد که در دفتر اسناد رسمی ثبت شده باشند، به نظر می‌رسد، معاملات با سند عادی از شمول این قانون خارج بوده و این قضات هستند که در مقام رسیدگی به اختلافات طرفین معامله با حق استرداد عادی، باید این موضوع را که آیا هدف طرفین، انعقاد عقد مملک بوده یا توثیق دین، مورد بررسی و امان نظر قرار دهند.

منابع فارسی

- ۱- امامی، سیدحسن، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامیه
- ۲- امامی، سید حسن، (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، جلد ۶، تهران، انتشارات اسلامیه
- ۳- امینی، عیسی (۱۴۰۱) حقوق قراردادهای، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۴- بیرامی، احسان، (۱۳۹۹)، تحلیل فقهی شرط رد ثمن در بیع شرط (با تکیه بر مکاسب شیخ انصاری و شروح آن)، سال چهارم، شماره ۱۶
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۰)، تاریخ حقوق ایران، نشر گیلان

- ۶- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۱)، فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
- ۷- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۸)، حقوق مدنی ۶، (عقود معین)، تهران، انتشارات مجد
- ۸- صالح، ایمان، (۱۳۹۲)، توصیف قرارداد در حقوق مدنی ایران (پایان نامه کارشناسی ارشد)
- ۹- صفایی، سید حسین (۱۳۹۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، (قواعد عمومی قراردادها)، تهران، نشر میزان
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها - جلد ۱- شماره ۱۲۷ به بعد. به ویژه ۱۲۹ و جلد ۳ و جلد ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران، انتشارات مجد
- ۱۲- محقق داماد، سیدمصطفی، و دیگران. (۱۳۷۹). حقوق قرارداد در فقه امامیه. تهران، انتشارات سمت
- ۱۴- نصیری استیوار، هادی (۱۳۹۱)، جایگاه اصل صحت در اسناد رسمی و عادی. مجله کانون وکلای دادگستری، دوره جدید، سال هشتم، شماره ۲۵ و ۲۶

منابع عربی

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن رشد، محمدبن احمد (۱۴۱۵)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، تحقیق: خالد عطار، قم، دارالفکر
- ۳- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، (۱۴۱۷)، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، تحقیق: ابراهیم بهادری و دیگران، مؤسسه امام صادق (ع)
- ۴- ابن عابدین، محمدامین بن عمر، (۱۴۱۵) ردالمختار، دارالفکر
- ۵- ابن نجیم مصری، زین الدین (۱۴۱۸) البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، تحقیق: زکریا عمیرات، بیروت
- ۶- باز لبنانی، سلیم رستم، (۱۴۱۹) شرح المجله، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- ۷- بهوتی، منصور بن یونس، (۱۴۱۸) کشف القناع، بیروت، دارالکتب العلمیه
- ۸- حر عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۱۴)، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم، موسسه ال البيت (ع) لاحیاء التراث
- ۹- حر عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۱۴)، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم، موسسه ال البيت (ع) لاحیاء التراث

- ۱۰- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، بی جا، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا
- ۱۱- خلیل محی الدین، (۱۴۱۲)، بیع الوفاء بی جا، مؤتمر مجمع الفقه الاسلامی
- ۱۲- سابق، سید، فقه السنه، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا
- ۱۳- شهیدثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه
- ۱۴- طوسی، (۱۴۱۷)، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، تحقیق: سیدعلی خراسانی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۱۵- قمی سبزواری، علی بن محمد، (۱۳۷۹)، جامع الخلاف و الوفاق، قم، پاسدار اسلام
- ۱۶- معلوف، لوئیس، (۱۳۸۵)، فرهنگ بزرگ جامع ترین ترجمه المنجد با اضافات، ترجمه احمد سیاح، تهران، اسلام
- ۱۷- میرمعزی، حسین، (۱۳۸۷)، بیع الخيار از منظر فقه و اقتصاد، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- ۱۸- نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۷)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه