

## شرط بازخرید در بیع

دکتر علی اکبر ایزدی فرد  
دانشگاه مازندران، گروه حقوق

### چکیده

از جمله موضوعات قابل بحث در باب بیع، شرط بازخرید 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 بازخرید در بیع مشروعیت دارد؟ آیا می‌توان در معاملات از آن بهره جست؟ در چه صورتی شرط بازخرید باطل است؟ آنچه در این نوشتار می‌آید بحث و بررسی درباره این موضوع و مشروعیت آن در حقوق اسلام است.

کلید واژه‌ها: شرط بازخرید، بیع 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 طلاقی 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 مترتب 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 تقدماً 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 قدامة، ۱۲۷/۴ و ۱۲۸؛ شریینی، ۳۹/۲؛ ابوحیب، ۴۷). مثلاً کسی یک 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 تقدماً بپردازد.

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 ثن می‌شود و تملیک 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، النهایة، ۸۸/۱۳؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۲۸/۱۴؛ همو، تلخیص المرام، ۳۳۹/۳۵؛ محقق حلی، ۲۸۰/۲ و ۲۹۵؛ شهید ثانی، شرح لمعه ۵/۳؛ 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 جوهر (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 تقدماً 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 میباید به این ترتیب دوباره در اختیار بائع اولی قرار می‌گرفت و وجه نقدی که قیمت واقعی آن بود در دست قرض‌گیرنده می‌ماند و او به موجب بیع اول ما به التفاوت قیمت واقعی و ثمن‌المسمای 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 باز خرید معامله‌ای است صوری که مبنای آن دو معامله بی‌درپی 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 باز خرید

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

دلیل اول: روایاتی وجود دارد مبنی بر این که هرگاه در بیع عینه شرط باز خرید صورت گیرد معامله باطل است؛ از جمله روایت حمیری در *تقریب الاستاد* 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 باز خرید نشده و هر دو به آن راضی باشند، اشکالی در آن نیست.

در روایتی دیگر مانند همین پرسش را حسین بن منذر در محضر امام صادق (ع) مطرح می‌کند. امام (ع) می‌فرماید: «اذا كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم یبع و كنت بالخيار ان شئت لم تشتر، 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 بايع 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 ظهیر الجور و اورثهم الذل؟ قال له جابر: لا بقیت الی ذلك الزمان. و متی یکون ذلك یابی انت وامی؟ قال (ص): اذا ظهر الربا یا یونس هذا الربا فان لم تشره رده علیک. 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 میرانشان 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 (مذکره/الفتاها، ۵۴۶/۱ - هجو، قواعد الاحکام، سلسله‌الاینابیع، ۵۴۹/۱۴) علت بطلان شرط بازخريد را لزوم دور دانسته‌اند؛ به این معنا که انتقال مبیع از ملك بايع به ملك مشتری متوقف است بر حصول شرط و حصول شرط نیز متوقف است بر انتقال ملك به بايع. استاد محمدجواد مغنیه در توضیح دلیل دور گوید: شرط بازخريد در بیع عینه مستلزم محال است، چون معنا و مفهوم آن این است که مشتری در واقع مالك 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 ملك بايع به واسطه بیع دوم خود قرینه روشنی است برای این که مبیع پیشتر به تملك مشتری درآمده است؛ پس نهایت چیزی که از شرط استفاده می‌شود این است که تملك بايع 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 بايع نخست باشد. مثلاً بايع به مشتری بگوید: این کالا را به تو می‌فروشم مشروط بر این که تو نیز آن را را به فلانی بفروشی. درحالی که اجماع فقها بر این 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 (سلسله‌النبیایع، ۳۷۱/۳۵) در ارتباط با بطلان شرط بازخرید در بیع عینه 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 بر این مال فروخته شده از میان نبرده است.

به نظر شهیدثانی (شرح‌لمعه، ۵۱۸/۳) استدلال مزبور ضعیف است؛ زیرا چه بسا ممکن است غرض بايع این باشد که ابتدا مشتری مالك 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 بازخرید 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 بازخرید این اقتضا را سلب نمی کند. نهایت این که مشتری بر اساس شرط بازخرید به نحو تعهد تبعی ملتزم می شود که مبیع را به بایع بفروشد. به علاوه این که در پاره ای موارد برجین 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 برعهده 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 بازخرید، در موردی می باشد که قرض دهنده قصدش ربا است.»

### نتیجه بحث

آنچه به نظر می رسد این که شرط بازخرید 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 بازخرید 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 بازخرید 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 قرض‌الحسنه، 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 پیراهتی 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، سلسله‌النبایع، 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؛ زلیمی، 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 این 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 ضمن الناس بالدینار و الدرهم و تبايعوا بالعینه... انزل الله علیهم بلاءاً، فلا یرفعه حتی یراجعوا دینهم»؛ 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 مبيع 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 این 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 حيله و تبانی نباشد والا جایز نیست. (ابن قدامه، ۱۲۸/۴).

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 فقهایان حرام و باطل بوده و مبطل عقد نیز می باشد؛ زیرا شرط بازخرید جهت معامله را نامشروع کرده و براساس ماده ۲۱۷ ق.م.ع عدم مشروعیت جهت معامله موجب بطلان عقد می گردد.

ممکن است گفته شود براساس ماده ۲۳۲ ق.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 می گردد.

در پاسخ می توان گفت: درست است که معامله دوم - که همان شرط بازخرید است - با فساد شرط اول باطل می گردد؛ اما معامله نخست چون مبتنی بر شرط بازخرید است نیز باطل می شود؛ 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 اخلال به ارکان و شرایط صحت عقد فاسد می کند. 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.) نامشروع کرده و براساس ماده ۲۱۷ ق.م.ع معامله باطل می گردد. 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 عقدولی 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. (مجنوردی، ۲۵۱/۳ - امامی، ۱/ ۲۶۸ - مجنوردی 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<sup>۱</sup> 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 ذلك 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 به عنوان 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 برانجام به آن توافق کرده و عقد را براساس آن واقع کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نشود. (بجنوردی، 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 بر اساس اعتماد و توثیق به مشتری، بایع امیدوار به بازخرید آن از او باشد، در این صورت عقد صحیح بوده ولی مکروه است؛ هر چند به نظر برخی از فقیهان صحت این مورد نیز خالی از اشکال نیست.» (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>۱</sup> در صورتی که شرط بازخرید در بیع عینیه مقصود طرفین بوده و عقد بر اساس 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 جوهر به نوعی بدان اشاره کرده است<sup>۲</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 لفة بمعنى الالتزام و الالتزام يل مطلق المجلع.» (حاشیه بر مکاسب 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 بر اساس همان شرط باشد، شرط صحیح بوده و در عقد تأثیر می‌گذارد. (عنائم/لایم/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 سلسله‌التالیفات الفقهية ۱۵/۴ و ۳۵)

برخی از فقیهان شرط تبانی را مثل شرط ضمنی دانسته و آن را لازم الوفاء می‌دانند. (بجنوردی، 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 (سلسله‌الینایع، ۵۲۸/۱۴) معتقد به کراهت شرط بازخرید 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 سلسله‌الینایع الفقهیة، علی اصغر مروارید، چاپ اول، بیروت، مؤسسه فقه‌الشیعة، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌حزم اندلسی، *الحلی*، بیروت، دارالافتاویة الجديدة.
- ابن‌رشید، ابوالولید محمد بن احمد، *بدایة‌المجتهد و نهایة‌المقتصد*، قم، انتشارات شریف رضی.
- ابن‌قدامة، عبدالله بن احمد، *المغنی فی فقه‌الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دارالفکر.
- ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر سعده، *اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین*، بیروت، دارالجلیل.
- ابوجیب، سعدی، *القاموس‌الفقهیة لغة و اصطلاحا*، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- احمد بن حنبل، مسند، بیروت، دارصادر.
- اصفهانی، سید ابوالحسن موسوی، *وسیلة‌النجاه*، چاپ ششم، نجف اشرف، المكتبة‌المرتضویة.
- امام خمینی، روح‌الله الموسوی، *البیع*، تهران، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۰ش.
- بجنوردی، سید میرزا حسن موسوی، *القواعد الفقهیة*، قم، دارالکتب العلمیة، ۱۳۸۹ق.
- بحرانی، شیخ یوسف، *المحدثات الناضرة فی احکام‌العقود الطاهرة*، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.
- بروجرودی عبده، محمد، *کلیات حقوق اسلامی*، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ق.
- تهبانوی، محمد بن علی، *کشاف اصطلاحات‌الفتون*، 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، سیدجواد، *مفتاح‌الکرامة فی شرح قواعد‌العلامة*، بیروت، مؤسسه‌اللیت.
- الخوری الشرتونی، سعید؛ *اقرّب‌الموارد*، قم، مکتبه‌ایه‌الله‌المرعشی نجفی.
- الدردیر، احمد؛ *الشرح‌الکبیر مع حاشیة‌الدسوقی*، بیروت، دارالفکر.
- الریحلی، وهبه؛ *الفقه‌الاسلامی و ادلته*، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- زبلی، فخرالدین؛ *تبیین‌الحقایق*، چاپ اول، مصر، ۱۳۱۳ق.
- شاطبی، ابواسحاق؛ *المواقات*، 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.» (مختلف‌الشیعة / ۳۵۰)

- شرینی، شیخ محمد الخطیب؛ *معنی المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج*، بیروت، دارالفکر.
- شهید اول، محمدبن جواد مکی عاملی؛ *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، چاپ در سلسله التبايع الفقهية.
- شهید ثانی، محمدبن جمال الدين مکی عاملی؛ *شرح لعه (الروضه البهية في شرح اللمعة الدهشقية)*، بیروت، دارالعالم الاسلامی.
- *مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام*، قم، دارالهدى للطباعة و النشر.
- شیخ انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد؛ *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- *تهذيب الاحكام*، چاپ دوم، بیروت، دارصعب و دارالتعارف.
- *المخلاف*، چاپ در سلسله التبايع الفقهية.
- *النهاية*، چاپ در سلسله التبايع الفقهية.
- طریحی، شیخ فخرالدين، *مجمع البحرين*، چاپ دوم، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۶۲ش.
- عاملی، شیخ حر (محمدبن الحسن)، *وسايل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، بیروت، دارحیاء التراث العربی.
- علامه حلی، شیخ جمال الدين ابومضور الحسن، *تذكرة الفقهاء*، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الانار الجعفرية.
- *تلخیص المرام*، چاپ در سلسله التبايع الفقهية.
- *قواعد الاحكام*، چاپ در سلسله التبايع الفقهية.
- *مختلف الشيعة*، تهران، مکتبه نینوی الحديث.
- فاضل مقداد، جمال الدين المقداد بن عبدالله السیوری، *نقد القواعد الفقهية على مذهب الامامية*، قم، مکتبه آية الله المرعشي، چاپ ق.
- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، *ترمينولوجی 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 الفائدة والبرهان*، قم، مؤسسه نشراسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- محقق قمی، میرزا ابوالقاسم، *غنائم الايام في مسائل الحلال والحرام*، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۹ق.
- محقق کرکی، شیخ علی، *جامعة المقاصد في شرح القواعد*، چاپ اول، قم، مؤسسه اهل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- مغنیه، محمدبن جواد، *فقه الامام جعفر الصادق ع*، چاپ دوم، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۷۷م.
- نائینی، میرزا محمدحسین، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، چاپ سنگی، رحلی، موجود در کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ش.
- یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه کتاب المكاسب*، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.