

مطالعه تطبیقی بیع وفا در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران و افغانستان

محمود کاظمی^۱، عصمت الله محمدی^۲

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۲۸)

چکیده

بیع وفا که «بیع جایز»، «بیع امانت» و «بیع عهده» هم نامیده شده، نهادی است که در اواخر قرن پنجم هجری در فقه اهل سنت شهرت یافته است و در خصوص ماهیت و احکام آن اختلاف نظرهای شدیدی وجود دارد. در فقه امامیه از آن تحت عنوان «بیع شرط»، «بیع خیاری» یا «بیع الخیار» سخن به میان آمده است. بیع وفا از نظر پیشینه فقهی و برخی احکام، با بیع شرط تفاوت دارد؛ از جمله می‌توان به لزوم توقیت خیار به یک زمان معین در بیع شرط، در فقه امامیه و ممنوعیت توقیت خیار در بیع وفا، در فقه اهل سنت اشاره نمود. اما از آن جهت که هر دو، بر مبنای ضرورتها به وجود آمده‌اند، از نظر ماهیت (عقد بیع و دارای اثر تملیکی)، با هم شباهتهای فراوانی دارند. اما در خصوص ماهیت این عقد و آثار آن در فقه اهل سنت اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد؛ قانون مدنی ایران به تبع فقه امامیه بیع شرط را در مواد ۴۶۲-۴۵۸ ذکر کرده، اما به مرور تحولاتی در احکام آن ایجاد شده است. قانونگذار افغانستان نیز به تبع فقه حنفی بیع وفا را در قانون مدنی آن کشور ذکر کرده است. در این مقاله تلاش شده با مطالعه تطبیقی نهاد حقوقی یادشده در فقه اسلامی (مذاهب مختلف)، ضمن تعیین مبنای تشریح و کاربرد اقتصادی آن، ماهیت و احکام و آثار آن را بررسی و تحولاتی که در حقوق موضوعه در این خصوص صورت گرفته است را بیان کنیم.

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) /

makazemy@ut.ac.ir

۲. دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران / mohammadikababiani@yahoo.com

کلیدواژه‌ها: بیع وفا، بیع شرط، مدت خیار، معامله با حق استرداد، عقد فاسد.

طرح مسئله

بدون شک ایجاد اشکال مختلف عقود و معاملات زائیده نیازهای اجتماعی است که با تحول این نیازها، آنها نیز متحول می‌گردند. بیع وفا که عبارت از معامله با حق استرداد مبیع برای فروشنده و ثمن برای مشتری است، از جمله قراردادهایی است که در دامن همین ضرورت‌های اجتماعی و تحولات زمانی برای نخستین بار در بستر فکری فقیهان حنفی، شکل یافته است. مبنای تشریح این نهاد ارائه راه حل جهت تسهیل امر استریاح و تأمین مالی و جلوگیری از معاملات ربوی بوده است. ماهیت چندگانه این قرارداد، موجب شده تا در خصوص مشروعیت و احکام و آثار آن و ارتباط آن با هر یک از عقود بیع، و رهن، اختلاف نظرهای فراوانی در فقه اهل سنت بروز نماید، به گونه‌ای که برخی بیع وفا را بیع صحیح با اثر تملیکی و برخی دیگر آن را شکلی از عقد رهن با اثر توثیقی و جمعی نیز آن را به عنوان یک عقد مستقل با ماهیت منحصر به فرد دانسته‌اند. این اختلاف نظر به حقوق موضوعه افغانستان که تحت تأثیر فقه حنفی شکل گرفته، راه یافته است. آن چنان که از ظواهر امر روشن است، در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، به ظاهر از چنین نهاد حقوقی نامی برده نشده و در عوض، نهاد «بیع شرط» (بیع خیار یا بیع الخیار) و «معاملات با حق استرداد» به رسمیت شناخته شده است، اما بین این دو شباهتهای زیادی وجود دارد.

در خصوص احکام و آثار این نهاد در فقه امامیه و اهل سنت اختلاف نظرهای شدیدی وجود دارد. به علاوه این نهاد در حقوق موضوعه دستخوش تحولاتی شده است. بر این اساس بر آن شدیم تا احکام و آثار این نهاد مهم و کاربردی را در مذاهب مختلف اسلامی، بررسی و تحولات دو نظام حقوقی ایران و افغانستان که متأثر از دو مذهب مهم اسلامی (امامیه و حنفی) هستند، در این زمینه را بیان کنیم.

انتخاب نظام حقوقی افغانستان از آن جهت است که قانون مدنی افغانستان قانونی جدید و نسبتاً پیشرفته است و تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه از یک سو و فقه حنفی از سوی دیگر در سال ۱۹۷۷ (۱۳۵۵ش) تصویب شده است و ضمن تأثیر از قوانین مدنی پیشرفته جهان، بعد از المجله و قانون مدنی جدید مصر می‌توان آن را نماد قانون موضوعه متأثر از فقه حنفی دانست که تاکنون وضع شده و شرحی فراگیر بر آن نگاشته نشده است. نظام

حقوقی ایران نیز تنها نظام حقوقی متأثر از فقه امامیه است. تبیین ماهیت و احکام این نهاد که یکی از ابزارهای کلاسیک تأمین مالی بوده است، تأثیر مهمی بر حل چالشهای موجود فرا روی سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه‌های اقتصادی در کشورهای اسلامی خواهد داشت و می‌تواند نواقص و محدودیتهای تأمین مالی از طریق عقد رهن در حقوق ایران را برطرف کند.

مفهوم بیع وفا و تمیز آن از عناوین مشابه

در مفهوم بیع وفا و نحوه و شرایط انعقاد آن در مذاهب مختلف اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. در این قسمت مفهوم بیع وفای را روشن کرده و تفاوت آن را از عناوین مشابه بیان می‌کنیم.

۱. مفهوم بیع وفا

بیع وفا^۳ که در مذاهب مختلف اسلامی از آن با نامهای بیع العهده^۴، بیع الأمانة^۵، بیع الطاعة^۶، بیع الجائز^۷ و بیع الثنیا^۸ نیز یاد شده^۹ (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۶۱/۵)، اصطلاح نسبتاً جدید

۳. این اصطلاح در فقه حنفی متداول است و وجه تسمیه آن این است که این عقد متضمن این عهد از ناحیه مشتری است که با رد ثمن توسط بایع، مبیع را به بایع رد کند و او باید به این عهد وفا نماید (ر.ک: ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۶۱/۵).

۴. در فقه شافعی به این اسم نامیده شده، زیرا با انعقاد عقد، این تعهد برای مشتری ایجاد شده که با رد ثمن توسط بایع مبیع را به بایع رد کند (ر.ک: بارودی، ۱۴۳۳ق، ۵۰).

۵. در فقه حنبلی بیع وفا را بیع الأمانة می‌نامند. وجه تسمیه آن این است که حسب نظر حنابله ماهیت این عقد نوعی رهن است و مبیع نزد مشتری امانت است که با پرداخت دین باید آن را به مالک آن مسترد کند (ر.ک: ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۶۱/۵).

۶. برخی از حنفیه آن را بیع الطاعة نامیده‌اند؛ وجه تسمیه آن این است که وام‌دهنده از متقاضی می‌خواهد که خانه‌اش (یا هر مال دیگر) را به او بفروشد و او اطاعت می‌کند، چون نیازمند است (ر.ک: همان‌جا).

۷. برخی از حنفیه آن را به این نام نامیده‌اند، چون این بیع صحیح و جایز است (همان‌جا).

۸. در فقه مالکی به این عنوان نامیده شده و وجه تسمیه آن این است که انعقاد بیع با این کیفیت (که بایع یا مشتری بتواند با رد ثمن یا مبیع، عوض پرداختی را مسترد کند) جنبه استثنایی دارد؛ یعنی استثنایی بر بیع معمولی و مطلق است که در آن چنین اختیاری برای بایع یا مشتری وجود ندارد و طرفین ملزم به آن هستند.

۹. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک: خضیری، ۱۴۳۵ق، ۹.

فقهی است که در کتب فقهی بر مبنای ماهیت حقوقی و احکامی که برای آن قائل هستند، تعاریف متعددی از آن ارائه شده است.^{۱۰} چنانکه مرحوم زلیعی از فقیهان حنفی در کتاب تبیین الحقایق، بیع وفا را عقدی دانسته است که بر اساس آن، «فروشنده مال معینی را در مقابل بدهی که دارد به طلبکار خود می‌فروشد، با این شرط که هرگاه دینش را پرداخت کرد بتواند آن را مسترد نماید»^{۱۱} (زلیعی، ۱۳۱۳ق، ۵/۱۸۳). مرحوم ابن عابدین نیز در کتاب مشهور «رد المختار علی الدر المختار» در تعریف بیع وفا، همین تعبیر را ذکر کرده است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۵/۲۷۶). اما قاضی خان و ابن نجیم مصری به جای استعمال واژه «بدهی»، در تعریف فوق (هرگاه وی بدهی‌اش را پرداخت نماید) که در واقع بیانگر شرط وجود دین میان فروشنده و خریدار برای انعقاد بیع وفاست و از نظر ماهیت این عقد را به رهن نزدیک می‌کند، واژه «ثمن» را به کار برده و مقرر داشته است: «... هرگاه فروشنده ثمن را رد کند، بتواند مبیع را مسترد نماید» (بلخی، ۱۴۱۰ق، ۳/۲۰۹). هرچند مرحوم ابن عابدین، در ضمن تعریف بیع وفا، اشاره به ثمن نکرده، اما او نیز وقتی مثال آن را بیان می‌کند، به این نکته تصریح داشته و به جای عبارت «پرداخت بدهی» از کلمه «پرداخت ثمن» استفاده کرده است (همانجا)^{۱۲}. واضعان «المجلة» نیز در تعریف بیع وفا چنین مقرر داشته‌اند: «بیع وفا فروش یک مال است به شرط حق استرداد ثمن برای خریدار و مبیع برای فروشنده»^{۱۳} (مجلة الأحكام العدلیة، ۱۲۹۳ق، ماده ۱۱۸).

تعبیر مختلف در تعریف بیع وفا، بیانگر این حقیقت است که در خصوص ماهیت این نهاد و آثار آن، بین دانشمندان اسلامی اتفاق نظر وجود ندارد، به گونه‌ای که عده‌ای، مانند قاضی حسن ماتردی و سید ابوشجاع از فقیهان حنفی، این عمل حقوقی را عقد رهن دانسته و آن را در شمار عقود توثیقی قلمداد کرده‌اند؛ با این استدلال که در غالب اوقات، عقد مزبور بین

۱۰. برای مطالعه تعاریف مختلف از بیع وفا رک: سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۰۸ به بعد.

۱۱. هو أن يقول البایع للمشتري بعثت منك هذا العين بدین لك علی، علی أنى متى قضیت الدین فهو لی.

۱۲. صورتُه أن یبیعہ العین بالف، علی انه اذا رد علیه الثمن رد علیه العین.

۱۳. المجله؛ قانونی مدنی است که در زمان خلافت ترکهای عثمانی بر مبنای آرای فقیهان حنفی در قالب ۱۸۵۱ ماده تدوین یافت. این قانون که در سال ۱۲۹۳ قمری تنفیذ گردید، تا سالهای مدیدی به عنوان قانون مدنی در قلمرو آن امپراتوری لازم الاجرا شناخته می‌شد. در حال حاضر نیز در برخی از کشورهای عربی منطقه و افغانستان به عنوان یک منبع مدون فقهی، بخشی از نظام حقوقی آنان را تشکیل می‌دهد.

دائن و مدیون و برای تضمین بازپرداخت دین منعقد می‌گردد و هیچ‌گاه اراده واقعی آنان بر انجام بیع و انتقال مالکیت نیست و با توجه به آنکه در تشخیص ماهیت یک عقد، باید به قصد واقعی طرفین توجه کرد نه به الفاظ و عبارات استعمال شده طرفین^{۱۴}، باید گفت عقد مزبور از نظر ماهیت، رهن بوده و نمی‌توان آن را بیع دانست، هرچند در انعقاد آن از لفظ بیع، استفاده شده باشد (حیدر، ۱۴۱۱ق، ۲۱/۱). با توجه به همین نکته برخی از فقیهان در تعریف بیع وفا، از طرفین عقد، به نام دائن و مدیون و از «ثمن» با عبارت «دین» یاد کرده‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۷۶/۵؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۳/۵). اما در مقابل جمع دیگری از مشایخ بخارا و سمرقند مانند طهرالدین، صدر الشهدید، صدر السعید و نجم‌الدین نسفی از فقیهان حنفی اصرار دارند که عقد مذکور، ماهیت توثیقی نداشته بلکه شکلی از بیع است. از این رو، ایشان در تعریف آن، به جای عبارات «دائن»، «مدیون» و «دین»، از واژه‌های «بایع»، «مشتري» و «ثمن» استفاده نموده‌اند. هرچند میان خود این فقیهان نیز در خصوص اینکه بیع مذکور صحیح است یا فاسد، اختلاف نظر دیده می‌شود (همان، ۱۸۴/۵)، اما از سوی دیگر، از تعاریف مذکور این مطلب ثابت می‌گردد که وجود شرط فسخ در ضمن این عقد (شرط استرداد مبیع برای بایع و ثمن برای مشتری) عقد مذکور را به «عقد بیع با شرط خیابار» نزدیک می‌سازد، زیرا شرط فسخ، مقترن به عقد می‌باشد نه بعد از آن؛ از این رو، هرگاه حق استرداد، بعد از اتمام عقد شرط شده باشد، از نظر ماهیت می‌توان آن را وعده بیع یا عقد «ثنّیا» دانست که در فقه مالکی ذکر شده است (عبری، ۱۹۹۷م، ۲۱).

قانونگذار افغانستان در قانون مدنی آن کشور به تبعیت از آرای معتبر فقه حنفی و دیدگاه واضعان «المجلة»، بیع وفا را در مبحث عقود تملیکی ذکر کرده و ذیل ماده ۱۳۶، آن را چنین تعریف نموده است: «بیع وفا عبارت است از داشتن حق استرداد مبیعه برای بایع و ثمن برای مشتری».

۱۴. ماده ۳ مجلة الأحكام العدلیة مقرر داشته است: «العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ والمبانی». در تفسیر این ماده گفته شده که به هنگام تفسیر قرارداد باید به قصد واقعی متعاقدین توجه کرد نه الفاظی که به کار می‌برند (حیدر، ۱۴۱۱ق، ۲۱). این قاعده شبیه قاعده «العقود تابعة للقصد» در فقه امامیه است.

با بررسی متون فقهی مذهب امامیه به نظر می‌رسد که اصطلاح «بیع وفا» میان فقیهان این مذهب کمتر سابقه داشته و جز در برخی از منابع فقهی^{۱۵}، ذکری از آن به میان نیامده است و به تبع آن در حقوق موضوعه ایران نیز واژه‌ای به نام «بیع وفا» دیده نمی‌شود. بلکه آنچه در قانون مدنی و قانون ثبت اسناد و املاک آن کشور ذکر شده، اصطلاح «بیع شرط» یا «بیع خیاری» و «معامله با حق استرداد» است که در مبحث بعدی ضمن تعریف نهادهای یادشده، وجوه تفاوت و تشابه آنها با بیع وفا را بیان می‌کنیم.

۲. مقایسه بیع شرط با بیع وفا

بیع شرط در حقوق ایران یک نهاد حقوقی است که به تبعیت از فقه امامیه در مواد ۴۵۸ به بعد قانون مدنی ذکر شده است. این نوع بیع در فقه امامیه بر مبنای «خیار شرط» تشریح و تجویز شده است، به گونه‌ای که آن را مصداقی از «بیع با شرط خیار» دانسته، و «بیع الخیار» یا «بیع خیاری» می‌نامند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۵/ ۱۲۷). در تعریف آن گفته شده است: شخص مال معینی را بفروشد و شرط کند که اگر در مدت معین، ثمن را رد کرد، بتواند مبیع را مسترد نماید (همان‌جا). شبیه این تعریف در حقوق موضوعه ایران نیز وجود دارد (امامی، ۱۳۴۰ش، ۳/ ۵۵۹). هرچند در فقه امامیه و حقوق ایران این نهاد از نظر مبانی با «بیع به شرط خیار» یکی است، اما تفاوت‌هایی میان آنها وجود دارد که در آینده بیان خواهد شد.

اصطلاح «بیع الخیار» در اصل مأخوذ از حدیث مشهوری است که در منابع روایی اهل سنت و امامیه ذکر شده است (ابوداود، بی‌تا، ۳/ ۲۷۲؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵/ ۱۷۱). شهید ثانی و حسینی عاملی، دو تن از فقیهان شهیر امامیه، اجماع فقیهان این مذهب در خصوص جواز «بیع الخیار» را نقل کرده‌اند^{۱۶} (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/ ۲۰۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۴/ ۱۹۲). هم‌چنین انصاری از فقیهان به‌نام متأخر امامیه صحت و جواز این بیع را بر مبنای عمومات شرط و نصوص موجود توجیه کرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۵/ ۱۲۷). در

۱۵. محقق حلی از فقیهان به‌نام امامیه در قرن ششم و هفتم هجری این اصطلاح را به معنای «بیع خیاری» یا «بیع شرط» استعمال کرده است (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۷۴). هم‌چنین برخی از فقهای معاصر «بیع الوفا» را استعمال کرده‌اند (ر.ک: جواهری، ۱۴۰۵ق، ۸۲).

۱۶. لاخلاف بین العلماء فی جواز اشتراط الخیار فی البیع... فقد حکى علیه الاجماع؛ و يجوز اشتراط البائع رد المبیع حیث یرد علیه الثمن فی مدة معینة، للأصل و الاجماع (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/ ۲۰۲).

خصوص مبنای تشریح این نوع بیع و احکام و آثار آن در فقه امامیه، مطالب دقیقی وجود دارد که مجال بیان آن نیست.^{۱۷}

اکنون پرسش اصلی آن است که آیا «بیع وفا» از نظر ماهیت حقوقی و آثار و احکام با «بیع شرط» یکی است یا هرکدام از آنها ماهیت مستقل دارند؟ در پاسخ این پرسش باید گفت، حسب آنچه از کتب فقیهان اهل سنت (حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی) استنباط می‌شود اصطلاح «بیع شرط» در فقه اهل سنت وجود نداشته و تنها چیزی که در این زمینه به نحو مشترک مطرح گردیده «خیار شرط» در مفهوم عام کلمه است و اصطلاح معادل «بیع شرط»، «بیع وفا» است که به عنوان مصداقی از بیع با شرط خیار، تشریح شده است، اما در مقام مقایسه بین «بیع وفا» در فقه اهل سنت و «بیع شرط» در فقه امامیه باید گفت بین این دو نهاد شباهتها و تفاوتهایی وجود دارد؛ شباهت این دو نهاد آن است که هر دو عقد تملیکی با شرط خیار هستند و تا زمان بقای عقد، مبیع و ثمن در ملکیت خریدار و فروشنده باقی می‌ماند، هرچند مدت خیار منقضی نشده باشد. چون از دیدگاه فقیهان امامیه، وجود خیار در عقد بیع، مانع انتقال مالکیت مبیع به مشتری نیست و اثر خیار تنها آن است که فروشنده هم‌چنان اختیار فسخ عقد را دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۴/۵). دلیلی که فقیهان امامیه در اثبات انتقال مالکیت مبیع به خریدار در بیع خیاری، بدان تمسک کرده‌اند، همان روایتی است که مشروعیت خیار شرط را ثابت نموده است. زیرا در متن حدیث، از طرفین عقد به عنوان «البیعان» نام برده شده است (البیعان بالخیار)، حال آنکه اگر عقد بیعی منعقد نمی‌شد اطلاق «البیعان» بر آنها صحیح نبود. پس هرگاه بپذیریم عقد تکمیل شده (هرچند با شرط خیار) و عنوان آن، بیع است، دیگر دلیلی بر عدم انتقال مالکیت مبیع یا ثمن به خریدار و فروشنده باقی نخواهد ماند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۱۶/۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۵/۵). بر همین مبنا قانونگذار ایران نیز «بیع شرط» را در قانون مدنی در ذیل مباحث مربوط به بیع که نماد عقود تملیکی است، بیان کرده و در ماده ۴۵۹ به تملیکی بودن آن تصریح و چنین مقرر داشته است: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع...» و در ماده ۳۶۴ بیان داشته است: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است، نه از تاریخ انقضاء خیار...»

۱۷. رک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۲۷/۵ به بعد.

در فقه اهل سنت اگرچه وجود خیار در عقد بیع را مانع انتقال مالکیت مبیع به مشتری می‌دانند (جزیری، ۱۴۲۲ق، ۱۶۳/۲)، چنان که قانونگذار افغانستان نیز بر مبنای این نظریه، ذیل فقره نخست ماده ۶۵۵ قانون مدنی وجود خیار شرط را مانع انتقال عوضین در بیع با شرط خیار دانسته است، اما در خصوص بیع وفا نظر مشهور آن است که با انعقاد عقد، مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود (زیعلی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۴؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ق، ۴۸/۹) و قانونگذار افغانستان نیز به تبعیت از آرای معتبر فقه حنفی و دیدگاه واضعان «المجلة» بیع وفا را در مبحث عقود تملیکی ذکر کرده است (ماده ۱۱۳۶ق.م.اف.) و به صراحت بیان کرده که مادام که بیع فسخ نشده، مبیع ملک مشتری است و خیار مانع انتقال مبیع به مشتری نیست (ماده ۱۱۴۰ق.م.اف.).

اما بین بیع وفا و بیع شرط تفاوت‌هایی وجود دارد؛ از جمله اینکه مطابق نظر فقیهان اهل سنت در بیع وفا نباید مدت خیار معین باشد، زیرا چنانکه در تعریف بیع وفا ذکر شد حق فسخ در بیع وفا موقت به زمان معین نیست، بلکه دائمی است و برای خیار، حدی وجود ندارد و تعیین مدت برای خیار ممنوع است. ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی افغانستان نیز به تبعیت از فقه حنفی به صراحت محدود شدن حق استرداد بایع و مشتری در بیع وفا، به یک زمان معین را منع کرده و هر نوع توافق برخلاف آن را باطل دانسته است؛ در حالی که در فقه امامیه استفاده از حق خیار در بیع شرط، دائمی نبوده و لزوماً باید مدت آن به نحو دقیق معین گردد و الا عقد و شرط باطل خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۱۳/۵). قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه تعیین مدت زمان خیار شرط را تابع اراده طرفین عقد دانسته (ماده ۴۵۸ق.م.) و البته عدم تعیین مدت خیار را موجب بطلان شرط و عقد دانسته است (ماده ۴۵۸ و ۴۰۱ق.م.)^{۱۸}. باید اذعان داشت که مبهم گذاشتن مدت زمان استفاده از حق خیار، یقیناً می‌تواند باعث ایجاد تزلزل و عدم ثبات معامله گردد و در عمل مشکلات فراوانی را برای هر یک از متعاقدين به وجود آورد. با توجه به همین ملاحظات، آن دسته از فقیهان اهل سنت که قائل به جواز خیار شرط به میزان بیش از سه روز گردیده‌اند تعیین دقیق مدت زمان استفاده از این حق را شرط صحت عقد خیاری شمرده و وجود هرگونه ابهام یا جهالت در این خصوص را موجب فساد آن دانسته‌اند (زبیدی حنفی، ۱۳۲۲ق، ۱۹۱/۱). تفاوت دیگری که میان دو

۱۸. در فقه امامیه لزوم تعیین مدت خیار شرط بر مبنای فرار از غرر، توجیه شده است (برای مطالعه بیشتر رک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۱۱/۵ به بعد).

نهاد حقوقی یادشده وجود دارد آن است که در بیع شرط، در فقه امامیه و حقوق ایران حق فسخ معامله صرفاً برای فروشنده به رسمیت شناخته شده است، در حالی که در بیع وفا حق استرداد مبیع یا ثمن برای هر یک از طرفین عقد محفوظ است. بدین معنا که چنانکه بایع می‌تواند شرط کند که اگر ثمن را رد کرد، مبیع را مسترد نماید، مشتری هم می‌تواند شرط کند با رد مبیع بتواند ثمن را مسترد نماید.^{۱۹}

۳. مقایسه بیع با شرط خیار (خیار شرط) با بیع وفا

یکی از انواع بیع، بیع با شرط خیار (خیار شرط) است که فقیهان هر دو فریق (اهل سنت و امامیه) به اتفاق معتقد به جواز آن هستند (بلخی، ۱۴۱۰ق، ۳/۳۸). هر چند از جهاتی بین «بیع وفا» و «بیع با شرط خیار» شباهت وجود دارد ولی این دو از یک دیگر متفاوتند. چنانکه بین «بیع شرط» و «بیع با شرط خیار» در فقه امامیه نیز تفاوت وجود دارد. در خصوص مقایسه بیع وفا در فقه اهل سنت با آنچه تحت عنوان «بیع با شرط خیار» نامیده می‌شود، باید گفت که هر کدام از این دو نهاد، دارای ماهیت مستقل، آثار و مبنای مشروعیت منحصر به خود هستند. خیار شرط اساساً بدان جهت تشریح گردیده تا هر یک از طرفین قرارداد بتوانند با استفاده از آن، خود را از خطر خدعه و فریبی که ممکن است در اثر بی تجربگی در امور معامله، دامن‌گیرشان گردد، حفظ کنند و چنان نشود که یک شخص ناآگاهانه به گونه‌ای در یک عقد گرفتار اصل لزوم قراردادی گردد که تحت هیچ شرایطی توان برآمدن از آن را نداشته باشد. چنانکه نقل شده که در زمان پیامبر اسلام ﷺ شخصی به نام حبان بن منقذ، همیشه در معاملات دچار خدعه می‌شد. وقتی خانواده‌اش از این وضع به آن حضرت شکایت بردند، پیامبر ﷺ راهنمایی فرمودند که هرگاه در آینده، معامله‌ای انجام داد به مدت سه روز برای خود خیار فسخ بگذارد (حمیدی مکی، ۱۹۹۶م، ۵۳۷/۱). بدین سان خیار شرط در فقه اسلامی تشریح گردید. اما بیع وفا به هیچ وجه با این هدف تشریح نگردیده بلکه براساس ضرورت‌های اجتماعی و رفع نیازمندیهای اقتصادی افراد کم‌توان جامعه و در جهت تسهیل استفاده از وام و استریاح و تأمین مالی مبتنی بر وثیقه به وجود

۱۹. باید خاطر نشان ساخت که در فقه امامیه نیز جواز شرط خیار برای مشتری در فرض رد مبیع به بایع، پیش‌بینی شده است، هر چند آن را «بیع خیاری» یا «بیع شرط» به معنای مصطلح نمی‌نامند (رک: آقا ضیاء عراقی، ۱۴۱۴ق، ۵/۱۴۵ به بعد؛ خوبی، بی تا، ۲۶۲/۶).

آماده است (میس، بی تا، ۲). از سوی دیگر، مطابق دیدگاه جمهور فقیهان اهل سنت (به استثنای حنابله)، «بیع با خیار شرط»، برخلاف «بیع وفا»، ماهیت تملیکی نداشته و مورد معامله تا پایان مدت خیار، همچنان در مالکیت بایع باقی مانده و به مشتری انتقال نمی‌یابد (جزیری، ۱۴۲۲ق، ۱۶۳/۲). قانونگذار افغانستان نیز بر مبنای این نظریه، ذیل فقره نخست ماده ۶۵۵ قانون مدنی به صراحت اعلام داشته که هرگاه در معاوضه برای طرفین عقد، خیار شرط، مقرر شده باشد، عوضین از ملکیت هیچ یک آنها خارج نمی‌گردد. در حالی که بیع وفا مطابق دیدگاه فقیهانی که قائل به جواز آن هستند، ماهیت تملیکی داشته و با انعقاد قرارداد، مالکیت مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده انتقال می‌یابد؛ به گونه‌ای که خریدار صلاحیت اعمال هرگونه تصرف به جز تصرفات ناقله، نسبت به مبیع را دارد (ماده ۱۱۴۰ ق.م.اف.). تفاوت دیگری که بین «بیع وفا» با «بیع با شرط خیار» وجود دارد آن است که مطابق نظر مشهور فقه اهل سنت، در بیع به شرط خیار، مدت خیار باید معین و بیش از سه روز نباشد و الا بیع باطل است (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۲۵۴/۴). اگرچه از دیدگاه خود ابوحنیفه، مدت خیار شرط بیشتر از سه روز نمی‌تواند باشد و هرگونه زیادت بر آن، موجب فساد عقد می‌گردد، اما شاگردان او (ابویوسف و محمد) همانند فقیهان حنبلی تعیین مدت خیار را تابع اراده طرفین عقد دانسته و آن را محدود به سه روز نکرده‌اند، مشروط به آنکه طرفین، مدتی را برای آن معین کرده باشند. همین نظر مورد استقبال واضعان «المجلة» قرار گرفته و در ماده ۳۰۰، مدت خیار شرط را تابع اراده و توافق متعاقدين قرار داده‌اند.^{۲۰} با وجود آن، قانون مدنی افغانستان به تبعیت از دیدگاه نخست (ابوحنیفه) تعیین مدت خیار شرط را در همه عقود لازم، به استثنای وقف، حواله و کفالت، بیش از سه روز مجاز ندانسته است (ماده ۶۵۲ ق.م.اف.). در حالی که چنانکه دیدیم در بیع وفا تعیین مدت برای استرداد مبیع ممنوع و هر نوع توافق بر خلاف آن، باطل اعلام شده است.

در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران نیز اگرچه مبنای «بیع شرط» و «بیع با شرط خیار» واحد است، اما بین این دو تفاوت وجود دارد؛ توضیح آنکه در بیع با خیار شرط، خیار منوط به قیدی نیست و با انعقاد عقد و درج شرط خیار، برای مدت معین، یا در زمان معین، برای مشروطه خیار ایجاد می‌شود، در حالی که در بیع شرط، این خیار منوط و مقید به رد

۲۰. ماده ۳۰۰: «مُدَّةُ الْخِيَارِ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ وَبِعَاثَةِ أُخْرَى إِنَّ مُدَّةَ الْخِيَارِ الَّتِي يُتَّفَقُ عَلَيْهَا مُعْتَبَرَةٌ مَهْمَا بَلَغَتْ مِنَ الْأَيَّامِ».

ثمن در مدت تعیین شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۰۷/۱۴-۲۰۶). به عبارت دیگر در بیع شرط در واقع یک حق فسخ مشروط و مقید وجود دارد.^{۲۱} هم چنین بیع شرط در موردی است که با بیع حق فسخ پیدا می کند ولی خیار شرط ممکن است برای با بیع، مشتری، یا حتی شخص ثالث باشد (امامی، ۱۳۴۰ش، ۳۵۶۱؛ ره پیک، ۱۳۸۷ش، ۷۷).
اما شباهتهای دو نهاد «بیع وفا» و «بیع شرط» از یک سو و «بیع با شرط خیار» از سوی دیگر از مطالبی که قبلاً گفته شد آشکار است.

۴. مقایسه معامله با حق استرداد با بیع وفا

اصطلاح «معامله با حق استرداد» برای نخستین بار پس از تصویب قانون ثبت ایران در سال ۱۳۱۰، وارد ادبیات حقوقی ایران شد. معامله با حق استرداد هر نوع عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است مال تملیک شده را مسترد کند؛ خواه صورت معامله بیع، یا صلح با شرط خیار باشد؛ تفاوتی هم نمی کند که امکان استرداد به وسیله شرط ضمن عقد فراهم گردد یا از طریق وکالت (کاتوزیان، ۱۳۹۲ش، ۱۵۴/۵). اگرچه معامله با حق استرداد نوعاً در مورد عقود تملیکی منعقد می شود، اما مستنبط از مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اثر این نوع معامله انتقال مالکیت نیست. فلسفه و هدف تشریح معامله با حق استرداد در حقوق ایران، این بود که قانونگذار جلوی سوءاستفاده افراد غنی و رباخوار را که در قالب بیع شرط، املاک افراد ضعیف و نیازمند وام را با ثمن بخش تصاحب می کردند، بگیرد و اثر تملیکی بیع شرط را سلب کند و آن را به معاملات توثیقی مبدل کند. بدین سان نظر غالب آن است که با وضع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، مواد ۴۵۸ و ۴۶۳ قانون مدنی که اثر تملیکی را برای بیع شرط مقرر می داشت، به طور ضمنی نسخ شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ۵۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ۵۵۹/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲ش، ۱۶۵/۱-۱۶۴). بر این اساس معامله با حق استرداد از لحاظ مبنایی همان «بیع شرط» است که قلمرو آن از بیع شرط وسیعتر است و چنانکه گفته شد شامل هر نوع معامله

۲۱. خاطر نشان می گردد در خصوص اینکه در بیع شرط با رد ثمن به مشتری، بیع فسخ می شود یا خیار فسخ ایجاد می شود یا اینکه خیار ایجاد می شود، ولی اجرای آن منوط به رد ثمن است یا با رد ثمن خود به خود عقد بر مبنای شرط فاسخ، منحل می شود، نظریه های مختلفی وجود دارد (برای مطالعه رک: آقا ضیاء عراقی، ۱۴۱۴ق، ۱۴۷/۵؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۳۱/۴ به بعد؛ خوبی، بی تا، ۲۲۷/۶).

تملیکی با شرط استرداد می‌شود و در واقع بیع شرط را باید یک قسم از اقسام معامله با حق استرداد دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ش، ۱۵۴؛ صفایی، ۱۳۵۱، ش، ۴۳۵/۲).

به نظر می‌رسد که نهاد معامله با حق استرداد نیز بر پایه مبانی فقهی خیار شرط استوار است، زیرا آن‌گونه که قبلاً گفته شد، در هر دو نظام فقهی مورد مطالعه (فقه اهل سنت و امامیه) اشتراط خیار به عنوان یک قاعده عمومی محدود به بیع نبوده و بلکه امکان آن در هر عقد لازمی وجود دارد. چنانکه حلی از فقهای به‌نام امامیه، در کتاب تذکره به همین نکته اشاره نموده و اظهار داشته است که خیار شرط یک خیار مشترک و عام بوده و در تمام قراردادهای لازم می‌تواند وجود داشته باشد^{۲۲} (حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۳/۱۱). بر این اساس با توجه به اینکه ماده ۴۵۸ قانون مدنی ایران تنها یکی از مصادیق معاملات خیاری (معامله با شرط خیار) را بیان کرده، قانون ثبت این کشور که از نظر تصویب نسبت به کتاب نخست قانون مدنی مؤخر است، در صدد تکمیل و تعمیم این خیار نسبت به سایر معاملات و عقود لازم برآمده و تحت عنوان کلی «معامله با حق استرداد»، شرط خیار را به سایر عقود معوض تعمیم داده است، با این تفاوت که قانون لاحق خواسته، با توجه به برخی سوءاستفاده‌ها و بهره‌کشیهای صاحبان سرمایه از افراد کم‌بضاعت و ضعیف جامعه، جلوی این‌گونه سوءاستفاده‌ها را گرفته و با تعمیم معامله با حق استرداد به بیع شرط، انتقال مالکیت به مشتری را از بیع شرط سلب نماید. تا جایی که این تغییرات سبب شده تا این معاملات بیشتر صبغه توثیقی پیدا کنند.

باتوجه به آنچه گفته شد، در مقام مقایسه بین «معامله با حق استرداد» و «بیع وفا» می‌توان گفت که رابطه بیع وفا با این نوع معاملات همانند رابطه آنها با بیع شرط است و با این فرض که ماهیت تملیکی آنها محفوظ باشد، بین آنها رابطه عموم و خصوص مطلق حاکم است؛ معاملات با حق استرداد یک عنوان کلی و فراگیر است که علاوه بر بیع شرط، یا بیع وفا، شامل معاملات معوض دیگر (صلح و...) نیز می‌شود. اما اگر مطابق نظر مشهور حقوقدانان، قائل به توثیقی بودن معامله با حق استرداد باشیم، یقیناً بین آن و بیع وفا تفاوت‌های آشکاری وجود دارد و هرکدام دارای ماهیت و آثار مستقلی خواهند بود.

۲۲. «الأقربُ عندی دخولُ خيارِ الشرطِ فی كل عقدٍ» (حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۳/۱۱).

۵. مقایسه عقد رهن با بیع وفا

هرچند از دیدگاه برخی فقیهان حنفی، بیع وفا ماهیت توثیقی داشته و «بیع» نامیدن آن درست نیست، بلکه باید آن را نوعی «رهن» دانست (بلخی، ۱۴۱۰ق، ۲۰۹/۳؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۷۶/۵)^{۲۳}، اما چنانکه در مبحث مربوط به تحلیل ماهیت «بیع وفا» خواهیم گفت، اکثر فقیهان حنفی و شافعی به ویژه متأخران آنان، با آن مخالفت کرده، «بیع وفا» را نوعی بیع واقعی دانسته که اثر آن انتقال مالکیت به مشتری است (خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ۳۵۲/۲؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ق، ۴۸/۹؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۴/۵). البته سلطه مشتری بر مبیع تا زمان انقضای مدت خیار محدود است و او حق انتقال به غیر را ندارد (همانجا). بدین سان تفاوت آن با عقد رهن آشکار خواهد بود. قانونگذار افغانستان نیز به پیروی از نظر اکثریت فقیهان حنفی بیع وفا را عقد تملیکی دانسته و آن را در مواد مربوط به بیع بیان کرده (ماده ۱۱۳۶ به بعد) و عقد رهن را در بخش مربوط به عقود توثیقی ذکر کرده است (ماده ۱۶۶۵).

در فقه امامیه نیز هرگاه نهاد «بیع شرط» را که مشابه بیع وفا است، بررسی کنیم یقیناً به همین نتیجه دست خواهیم یافت که بیع شرط برخلاف عقد رهن، یک عقد تملیکی است و در این زمینه هیچ‌گونه اختلاف نظری وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۰/۶). به این دلیل در قانون مدنی ایران نیز «بیع شرط» در بخش مربوط به عقد بیع ذکر شده (ماده ۴۵۸ به بعد)، در حالی که عقد رهن در امتداد عقود ضمان و حواله (عقود توثیقی) بیان شده است (ماده ۷۷۱ به بعد). البته چنانکه گفته شد بعد از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک ایران، شک و تردیدهای فراوانی در خصوص اثر بیع شرط و تفاوت آن با عقد رهن، به وجود آمد تا جایی که مشهور حقوقدانان این کشور، بیع شرط را از دایره عقود تملیکی خارج دانسته و آن را مصداقی از «معامله با حق استرداد» و دارای ماهیت توثیقی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ۵۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ۵۵۹/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲ش، ۱۶۵/۱-۱۶۴). مع الوصف معامله با حق استرداد و بیع شرط با عقد رهن تفاوت‌هایی دارند که لزوم قبض در رهن، و حق استفاده خریدار شرطی از منافع مبیع و عدم امکان آن برای مرتهن و... تفاوت‌های اساسی بین این دو نهاد است (کاتوزیان، ۱۳۹۲ش، ۱۵۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ۵۹۹/۴). خاطر نشان می‌گردد که آنچه در تفاوت بین بیع وفا (و بیع شرط) از یک سو، با

۲۳. برای مطالعه بیشتر و نقد و تحلیل این نظریه رک: سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۱۱ به بعد.

عقد رهن (و معامله با حق استرداد) از سوی دیگر گفته شد، به عنوان اصل و در صورت فقدان دلیل برخلاف آن است. اما هرگاه از قراین و شواهد به دست آید که قصد طرفین انعقاد بیع و انتقال مالکیت نیست، بلکه هدف اصلی آنها اخذ رهن برای تضمین بازپرداخت دین است، باید آن را نوعی وثیقه دانست و آثار بیع را نخواهد داشت. به این دلیل ماده ۴۶۳ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «هرگاه در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع مجری نخواهد بود». هم‌چنین ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی افغانستان در این خصوص مقرر داشته است: «هرگاه در بیع وفا، رهن حیازی عقار، مضمّر باشد عقد به اعتبار بیع و رهن هر دو باطل شناخته می‌شود». هم‌داستان با یکی از اساتید به‌نام حقوق مدنی ایران، «اصل حاکمیت اراده به عنوان یک اصل کلی در حوزه قراردادهای اقتضا دارد تا در تفسیر قرارداد به آنچه متعاقدین صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند توجه شود. 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 نه ظاهر الفاظ» (صفایی، ۱۳۵۱، ش، ۴۸/۲).

پیشینه تاریخی بیع وفا و اهمیت آن در رشد اقتصادی جامعه

پیشینه تاریخی و چگونگی تأسیس بیع وفا در فقه اسلامی خواندنی و بسیار آموزنده است و حکایت از کارآیی فقه در حل مشکلات جامعه دارد. هم‌چنین نقش آن در شکوفایی اقتصادی، به عنوان یک روش تأمین مالی، بااهمیت است.

۱. پیشینه تاریخی بیع وفا

بیع وفا از عقود مستحدثه‌ای است که در مراحل ابتدایی تشریح احکام اسلامی یعنی در عصر پیامبر ﷺ و مراحل آغازین تدوین احکام فقهی یعنی در عصر ائمه مذاهب اسلامی، میان مردم شناخته شده نبود به این دلیل از هیچ کدام از ائمه مذاهب چهارگانه اهل سنت و فقیهان امامیه در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت این بیع، نصی روایت نشده است. به عقیده برخی بیع مذکور از اواخر قرن پنجم هجری قمری وارد فقه اسلامی شده و از آن تاریخ به بعد در کتب فقهی احکام و آثار آن بررسی شده است (عبری، ۱۹۹۷، م، ۲۷-۲۶). مطابق این نظریه این عقد نخستین بار در بین اهالی بخارا و بلخ رایج گردیده است. چنانکه ابن‌نجیم مصری در کتاب الاشباه و النظائر در این زمینه چنین نگاشته است: «در میان مردم بخارا اجاره

درازدت رایج گردیده بود که این امر جز در اشجار ممکن نبود. هم‌چنین در میان اهالی بلخ، وام همراه با اجاره املاک رایج شده بود که آن هم جز در باغهای انگور، ممکن نبود، از این رو برای تحقق این هدف، مجبور شدند این معامله را از طریق بیع وفا انجام دهند»^{۲۴} (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ۱۱۱). بارودی از حقوقدانان عرب در اثر مستقلى که در خصوص بیع وفا نوشته است یکی از دلایل ظهور این نوع عقد را در منطقه بخاری و بلخ، فضای سیاسی و اقتصادی حاکم بر آن مناطق در آن برهه زمانی دانسته، چنین اظهار داشته است: «در آن شرایط، آن مناطق در قلمرو حکمرانی سلجوقیان قرار داشت و با توجه به اینکه مناطق مذکور، از جمله مناطق پردرآمد به حساب می‌آمد بیشتر اوقات، صحنه کشمکشهای سیاسی حکام محلی بود. از این رو وضعیت حاکم بر آنجا، از نظر اقتصادی برای اهالی وخیم و زیان‌آور بود. تا جایی که اهالی این مناطق نسبت به مناطق دیگر، از نظر اقتصادی با مشکلات زیادی مواجه بودند. به دنبال این چالشهای اقتصادی موجود، بیع وفا به عنوان راهکاری مناسب جهت تأمین مالی و اخذ وام ابداع گردید. از جانب دیگر در مناطق یادشده، اختلاف فکری و تعصبات مذهبی نسبت به سایر مناطق بیشتر بود و در کنار این امر، موجودیت طوایف و فرقه‌های مذهبی و اعتقادی مختلف اعم از حنفی، شافعی، امامیه، خوارج، قدریه، جهیمیه... زمینه را برای بروز این اختلاف‌نظرها مساعد ساخته بود. به این دلیل بیع وفا به عنوان یک ساز و کار جدید تحت تأثیر چنین شرایط محیطی یا به عرصه وجود گذاشت و ایده آن از این منطقه به مناطق دیگر صادر گردید». (بارودی، ۱۴۳۳ق، ۷۸-۷۵).

اما عده‌ای سابقه تأسیس بیع وفا را به قرن دوم هجری برمی‌گردانند و معتقدند که در آن زمان این نهاد بین فقیهان شناخته‌شده بوده، هرچند رشد و توسعه آن از قرن پنجم به بعد در بلاد ماوراءالنهر آغاز گردید (خضیری، ۱۴۳۵ق، ۱۳؛ زرقاء، ۱۴۳۳ق، ۱۵۵).

۲۴. زیرا در فقه اسلامی بر مبنای روایتی که از پیامبر اسلام ﷺ نقل گردیده، از اجاره ی منافی که هنوز به وجود نیامده و ظهور پیدا نکرده منع گردیده است، به همین دلیل آنها باغهای انگوری را که هنوز انگور آنها ظهور نیافته نبود، نمی‌توانستند با هدف اخذ وام اجاره بدهند. به این دلیل برای امکان استفاده از منافع درختان و باغهای خویش برای تضمین اخذ وام، نهاد بیع وفا را ابداع کردند (رک: عبری، ۱۹۹۷م، ۴۴).

۲. اهمیت بیع وفا در رشد اقتصادی جامعه

می‌توان ادعا کرد که دست‌کم توسعه و گسترش «بیع وفا» در بلاد اسلامی برای اجتناب از معاملات ربوی بوده، اگر نگوئیم تشریح آن بدین منظور بوده است. زیرا در آن زمان، صاحبان ثروت حاضر نبودند در قالب قرض الحسنه (بدون منفعت) و با قصد قربت، به نیازمندان وام بدهند و از سوی دیگر به دلیل حرمت شدید ربا نمی‌خواستند معامله ربوی انجام دهند و این امر موجب حرج و مشقت نیازمندان شده بود (همان، ۱۵۶). برای ایجاد راه حلی که هم منافع صاحبان ثروت را تأمین کند و هم نیاز و مشکل نیازمندان را برطرف نماید، «بیع وفا» از سوی فقیهان پیشنهاد گردید و خیلی زود در بلاد شام، عراق و مصر آن زمان توسعه یافت (همان، ۱۶۴؛ مبلغی، ۱۳۹۳، ش، ۶). به نظر می‌رسد در حال حاضر نیز این نهاد شرعی و قانونی جایگزین مناسبی برای معاملات استرباحی و جلوگیری از وقوع در ربا و انعقاد معاملات ربوی است که معضل اقتصادی کشورهای اسلامی شده است. زیرا افراد جامعه می‌توانند با استفاده از این راهکار فقهی - حقوقی، بدون دغدغه ناشی از خطر ضیاع سرمایه برای توثیق سرمایه‌گذاری و حصول اطمینان از برگشت دوباره سرمایه، از سرمایه‌های نقدی خویش، بهره‌مند گردند و مشکل تأمین مالی و استرباح فعالان اقتصادی را نیز حل کنند (صابری، ۱۳۸۶، ش، ۱۱۰). زیرا معمولاً در این نوع بیع فروشنده به هدف دستیابی به نقدینگی مورد نیاز خود مبیع را در اختیار خریدار (وام‌دهنده) می‌گذارد و خریدار نیز بی‌آنکه گرفتار ربا شود به انگیزه دست‌یافتن به معادلی برای ربح سرمایه خود از منافع آن استفاده می‌کند. این کار در حالی انجام می‌گیرد که وی به بازگشت قطعی همه سرمایه خود اطمینان دارد و می‌داند که اگر آن سرمایه برنگردد مبیع که به مراتب ارزشمندتر از سرمایه اوست در اختیارش خواهد ماند و این، گام مثبتی در جهت تقویت انگیزه سرمایه‌گذاری می‌تواند باشد (همان‌جا).

وضعیت و احکام بیع وفا در فقه اسلامی و حقوق موضوعه

در خصوص وضعیت و احکام بیع وفا در فقه اسلامی اختلاف‌نظرهای زیادی وجود دارد (عبری، ۱۹۹۷، م، ۴۱). به نظر می‌رسد منشأ این اختلافات وجود دو مشرب مختلف در فقه اهل سنت در مورد شکل‌گرایی و معناگرایی در باب عقود است (سنهوری، بی‌تا، ۵۲/۴). فقهای حنفی و شافعی به ظاهر قرارداد و الفاضی که متعاقدين استعمال می‌کنند توجه کرده و آن را ملاک تعیین ماهیت و محتوای عقد قرار می‌دهند. چنانکه امام شافعی ملاک تفسیر

عقد را ظاهر الفاظ دانسته است (شافعی، ۱۹۹۰م، ۷۵/۳)، هم‌چنین از نظر ابویوسف، فقیه حنفی در ازدواج به قصد محلل، اگر شرط تحلیل ذکر گردد عقد باطل است ولی اگر شرط نشود عقد صحیح است، هرچند قصد تحلیل وجود داشته باشد (سنه‌وری، بی تا، ۴/۶۳). این اختلاف در مورد بیع العینة^{۲۵} که به منظور فرار از قرض ربوی منعقد می‌گردد نیز وجود دارد. در مقابل، فقیهان مالکی و حنبلی اراده باطنی متعاقدین را مبنای تعیین ماهیت عقود و احکام آن دانسته و به ظاهر الفاظ توجهی نمی‌کنند (همان، ۷۱/۴). در مورد بیع العینة که در واقع به قصد ربا منعقد می‌گردد، آنان معتقد به بطلان بیع هستند. بر این اساس باید اختلاف نظر در مورد وضعیت، ماهیت و آثار بیع وفا را ناشی از همین اختلاف در مشرب دانست؛ در حالی که حنفیه بیع وفا را نوعی بیع و دارای اثر تملیکی می‌دانند (چون در آن لفظ بیع استعمال شده)، فقهای مالکی آن را رهن و دارای اثر توثیقی می‌دانند، چون قصد متعاقدین تضمین پرداخت دین است. تفصیل این اجمال در ذیل دو مبحث بیان می‌گردد.

۱. وضعیت و احکام بیع وفا در فقه اسلامی

در این قسمت نظریه‌های مختلف در خصوص وضعیت بیع وفا را در فقه اهل سنت و امامیه جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱. فقه اهل سنت

دیدگاه فقیهان اهل سنت در خصوص وضعیت و احکام بیع وفا بسیار متشتت است^{۲۶}، به گونه‌ای که برخی به صحت این عقد نظر داده و برخی آن را عقدی باطل و برخی فاسد می‌دانند؛ برخی ماهیت آن را رهن دانسته و برخی آن را بیع می‌دانند و... (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۳/۵).

۲۵. بیعی که در آن شخص کالایی را که به طور مؤجل خریداری کرده، به طور نقد و با ثمن کمتر به فروشنده یا شخص دیگر می‌فروشد (رک: سنه‌وری، بی تا، ۴/۶۴).

۲۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص وضعیت و احکام بیع وفا در مذاهب چهارگانه فقه عامه، رک: زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۴۸/۵ به بعد؛ ابن نجیم مصری، بی تا، ۱۰/۶ به بعد.

۱-۱-۱. نظریه فساد بیع وفا

در فقه اهل سنت در خصوص وضعیت عقود دو دیدگاه وجود دارد؛ مشهور عقود را به نافذ (صحیح)، باطل و موقوف تقسیم کرده‌اند، اما حنفیه قسم سومی به آن اضافه کرده که «عقد فاسد» است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۵۰۱/۴؛ دبیان، ۱۴۲۲ق، ۶۱/۱ به بعد). بر این اساس واژه «فساد» در فقه عامه به دو معنا استعمال می‌شود؛ در یک معنا «فساد» به معنای باطل است و عقد فاسد همان عقد باطل است (عبری، ۱۹۹۷م، ۱۱؛ میس، بی تا، ۴)؛ مشهور (شافعیه، مالکیه و حنابله)، بر این عقیده‌اند و تفاوتی بین عقد فاسد و باطل قائل نیستند. اما فقیهان حنفی، در کنار عقد صحیح و باطل، قائل به عقد فاسد هستند. به نظر فقهای حنفی اگر تمام ارکان و شرایط عقد وجود داشته باشد و اثر عقد و مقصود از آن حاصل شود، عقد صحیح است که خود دو قسم است: نافذ؛ یعنی عقدی که آثار آن فی الحال ایجاد می‌شود، و موقوف؛ یعنی عقدی که آثار آن منوط به اجازه دیگری است، مانند عقد فضولی (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۵۰۱/۴). اما مقابل عقد صحیح، عقد غیر صحیح است؛ یعنی عقدی که در ارکان و شرایط آن خللی وجود داشته باشد؛ این قسم نیز بر دو نوع است: یا خلل در ارکان آن (شرایط اساسی) است و هیچ نوع اثری ندارد، در این صورت باطل نامیده می‌شود؛ عقد باطل فاقد اثر حقوقی است و نمی‌توان آن را ترمیم کرد؛ مانند عقد مجنون یا غیر ممیز و نیز عقدی که موضوع آن مالیت ندارد مانند بیع مبیته یا خمر. اما قسم دیگر از عقد غیر صحیح، عقد فاسد است. منظور از عقد فاسد عقدی است که ارکان و شرایط اساسی آن وجود دارد ولی فاقد شرایط غیر اساسی است، یا به تعبیر فقهای حنفی اوصاف نامشروع بر آن عارض شده است؛^{۲۷} مثل اینکه مالی به صورت مؤجل فروخته شود و مدت آن معین نشود، یا مدت أجل مجهول باشد (همان جا). هم چنین بیع مکره و بیعی که متضمن حرام از جمله ربا باشد مصداق بیع فاسد دانسته شده است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۵۰۲/۱). حکم عقد فاسد آن است که آثار آن (به عنوان مثال انتقال مبیع در بیع) ایجاد نمی‌شود مگر آنکه طرفی که به نفع وی عقد فاسد دانسته شده، آن را اجرا نماید یا به عبارتی موضوع معامله را قبض نماید. بر این اساس در فقه حنفیه معروف است که عقد فاسد با قبض نافذ و صحیح می‌گردد و اثر آن ایجاد می‌شود (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۳/۵؛ دبیان، ۱۴۲۲ق، ۶۶-۶۵).

۲۷. ماده ۱۰۹ المجله در تعریف عقد فاسد مقرر داشته است: «البيع الفاسد هو المشروع أصلاً، لا وصفاً؛

یعنی انه یکون صحیحاً باعتبار ذاته، فاسداً باعتبار بعض اوصافه الخارجیه».

در مورد وضعیت بیع وفا، به نظر جمهور فقهای اهل سنت، بیع وفا باطل است (طرابلسی حنفی، بی تا، ۱۶۸/۱؛ ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ۱۷۹/۳). اما فقهای حنفی معتقدند که از آن جایی که ارکان و شرایط بیع وجود دارد، نمی توان آن را باطل دانست، اما چون برخلاف مقتضای عقد، که «لزوم» باشد، در ضمن آن شرط شده که بایع بتواند با رد ثمن مبیع را مسترد کند، در حکم بیع فاسد است (همان جا؛ العبری، ۱۹۹۷م، ۴۱، پاورقی ۱).

۱-۲-۱. نظریه بطلان بیع وفا

نظریه دیگر در خصوص وضعیت بیع وفا، بطلان است (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۱۸۴/۵). این نظریه در فقه اهل سنت بیشترین طرفدار را دارد. در فقه حنفی چنانکه گفته شد برخی به فساد و برخی به بطلان بیع وفا معتقد هستند. طرفداران بطلان بیع وفا در توجیه آن گفته اند که در این نوع بیع، بایع قصد واقعی انعقاد عقد بیع و انتقال مالکیت مبیع را ندارد، بلکه هدف او استقراض و تضمین است، بنابراین آن را به عقد هازل^{۲۸} تشبیه کرده، باطل می دانند (عبری، ۱۹۹۷م، ۴۱، پاورقی ۱؛ طرابلسی حنفی، بی تا، ۱۴۷). خاطر نشان می سازد که این نظریه در فرضی است که شرط استرداد مبیع، در ضمن عقد بیع ذکر شود، اما اگر عقد به صورت مطلق واقع شود و بعد از آن طرفین توافق کنند که بایع بتواند با رد ثمن، مبیع را مسترد کند، عقد و شرط صحیح است (همان، ۱۴۸؛ بلخی، ۱۳۱۰ق، ۲۰۹/۳).

اما جمهور فقیهان شافعی، مالکی، و حنبلی، معتقد به بطلان بیع وفا هستند، هر چند در توجیه آن اختلاف نظر دارند؛ در حالی که مالکیه این عقد را به دلیل مردد بودن آن بین بیع و قرض باطل می دانند (عبری، ۱۹۹۷م، ۶۲)^{۲۹}، شافعیه به دلیل فساد شرط ضمن عقد که برخلاف مقتضای ذات عقد و مبطل آن است، این عقد را باطل دانسته اند (همان جا؛ سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۲۹). حنابله نیز به این دلیل آن را باطل می دانند که آن را قرضی می دانند که

۲۸. کسی از روی خوش طبعی و یا خلل دماغی حرفی را بر زبان جاری سازد بدون آنکه قصد پابندی به محتوای آن را داشته باشد را هازل گویند.

۲۹. برخی از مالکیه نیز آن را عقد رهن باطل و دلیل بطلان را شبهه ربا می دانند (ر.ک: سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۱۴ و ۱۲۹).

منجر به ربا می‌شود (سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۳۱)، آنها معتقدند که بیع وفا حيله‌ای برای تحصیل ربا است، هرچند ظاهر آن، بیع است (همان‌جا)^{۳۰}.

۱-۱-۳. نظریه صحت بیع وفا

دیدگاه دیگری که در بین فقهای اهل سنت رواج دارد، صحت بیع وفا است. البته این نظریه در بین متأخران، به‌ویژه فقهای حنفی طرفداران بیشتری دارد (ابن‌نجیم مصری، بی‌تا، ۹/۶-۸). طرفداران صحت بیع وفا در خصوص ماهیت و آثار بیع وفا اختلاف‌نظر دارند؛ به نظر می‌رسد منشأ این اختلاف‌نظر از یک سو، به قصد طرفین و آثار عرفی که بیع وفا به دنبال دارد (که جنبه توثیقی دارد) و الفاظی که طرفین در مقام انعقاد این عمل حقوقی استعمال کرده‌اند؛ یعنی بیع، برمی‌گردد و از سوی دیگر، ناشی از اختلاف روشی است که در خصوص معناگرایی و لفظ‌گرایی در مذاهب مختلف اهل سنت وجود دارد.

۱-۱-۳-۱. بیع وفا، یک نوع وثیقه است

جمعی از فقیهان اهل سنت، بیع وفا را یک نوع وثیقه می‌دانند و آثار عقد رهن را بر آن بار می‌کنند. مطابق این نظر اثر بیع وفا انتقال مالکیت نیست، بلکه مبیع در دست مشتری امانت و وضعیت او همانند وضعیت مرتهن است؛ نه حق انتفاع از مورد معامله را دارد و نه می‌تواند سایر تصرفات مالکانه انجام دهد (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۵/۱۸۳). طرفداران این نظریه در توجیه نظر خود به قصد واقعی طرفین استناد کرده‌اند. به نظر آنها معیار اصلی برای توصیف ماهیت یک عقد، قصد واقعی آنهاست نه الفاظی که استعمال می‌کنند (همان‌جا). بررسی موارد استفاده از بیع وفا ثابت می‌کند که هدف طرفین معامله، استقراض و ایجاد نوعی تضمین برای بازپرداخت وام است، نه انتقال مالکیت (لیلی، ۱۴۲۴ق، ۱۱۱). به این دلیل در این موارد نوعاً بهایی که به عنوان ثمن معامله معین می‌شود به مراتب کمتر از قیمت واقعی مبیع است، چنانکه نوعاً بهای مال مرهون، بیش از مقدار قرض است. این عده، به علاوه، به تعریفی که

۳۰. فقهای حنابله معتقدند که حتی در بیع همراه خیار شرط اگر ثابت شود که مقصود قرض به همراه منفعت است، یعنی مقرض (مشتری) به این نیت بوده که در مدت خیار که مقرر است (بایع) از ثمن استفاده می‌کند او از منافع مبیع بهره‌مند گردد، عقد باطل است (ابن‌قدامة، ۱۴۰۵ق، ۳/۵۳۰؛ سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۳۱).

از بیع وفا ارائه شده استناد کرده‌اند که در آن واژه «دین» استعمال شده است.^{۳۱} این نظریه، که نظر جمعی از فقیهان حنفی است در بین سایر مذاهب طرفداران کمتری دارد (همان‌جا؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۵/۱۸۳).^{۳۲}

۱-۱-۳-۲. بیع وفا، نوعی بیع است

گروهی از فقیهان حنفی، بیع وفا را نوعی بیع صحیح می‌دانند که اثر آن انتقال مالکیت به مشتری است با این قید که در آن، حق فسخ برای بائع یا مشتری وجود دارد (همان، ۵/۱۸۴؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ق، ۹/۴۸). البته به نظر برخی از طرفداران این نظریه، برای این که بیع صحیح باشد نباید شرط فسخ در ضمن آن ذکر شود، بلکه باید بعد از وقوع عقد، طرفین بر آن توافق کنند (بلخی، ۱۴۱۰ق، ۳/۲۰۹؛ سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۴۲). این دیدگاه در بین متأخران حنفی، طرفداران بیشتری دارد (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۵/۱۸۴). البته مطابق این دیدگاه، اثر بیع وفا انتقال مالکیت تام و مطلق به مشتری نیست، و مشتری حق تصرف مالکانه و انتقال مبیع به غیر را ندارد. زیرا او نباید امکان استرداد مبیع از سوی بائع (در اثر پرداخت ثمن) را از بین ببرد (همان‌جا). اگرچه خاستگاه این نظریه در فقه حنفی است، اما برخی از فقیهان شافعی نیز از این نظریه پیروی کرده‌اند (خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ۲/۳۵۲؛ سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۴۳). هم‌چنین برخی از فقیهان حنابله نیز به صحت این بیع نظر دادند (همان، ۱۴۴). عمده‌ترین دلیلی که طرفداران این نظریه برای توجیه نظر خود ارائه کرده‌اند، متعارف بودن این بیع در بین مردم و ضرورت و نیاز مردم نسبت به آن است، به گونه‌ای که اگر این قرارداد را باطل بدانیم موجبات حرج مسلمین و وقوع آنها در ربا فراهم می‌گردد (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ۹۲؛ ابن نجیم مصری، بی تا، ۹/۶؛ کاسانی، ۱۹۸۲م، ۵/۲۰۸).^{۳۳}

۳۱. عقدی است که بر اساس آن، فروشنده عینی را در مقابل بدهی که دارد به طلبکار خود می‌فروشد، با این شرط که هرگاه بدهی اش را پرداخت کرد بتواند آن را مسترد نماید (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۵/۱۸۳).

۳۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص این نظریه و نقد و تحلیل آن رک: سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۰۹ به بعد.

۳۳. در فقه اهل سنت قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن هرگاه امری بر مسلمانان موجب سختی و مضیقه گردد حکم آن تغییر کرده به گونه‌ای که موجب توسعه امر مردم گردد: «ماضاق علیه امر الا اتسع حکمه» (ابن نجیم، بی تا، ۹/۶). برای مطالعه بیشتر در خصوص مبنای این نظریه و نقد و تحلیل آن رک: سعید، ۱۴۲۴ق، ۱۴۱ به بعد.

۱-۲. فقه امامیه

چنانکه گفته شد، در فقه امامیه نهاد مشابه «بیع وفا»، «بیع شرط» یا «بیع الخيار» است، هر چند برخی اصطلاح «بیع الوفا» را نیز استعمال کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۰۴). نهاد «بیع شرط» در فقه امامیه با «بیع و فا» در فقه اهل سنت انطباق کامل نداشته و به لحاظ شرایط، آثار و احکام، تفاوت‌های آشکاری بین آنها وجود دارد ولی اگر بخواهیم وضعیت بیع وفا را در فقه امامیه مطالعه کنیم، چاره‌ای جز مطالعه «بیع شرط» نداریم. این نهاد از ابتدای تاریخ فقه امامیه، برای فقها شناخته شده بوده است. البته «بیع الخيار» در بین قدمای امامیه معنای عام داشت و شامل بیعی می‌شد که در آن برای یکی از طرفین خیار وجود داشته باشد، خواه این خیار در اثر شرط ایجاد شده، یا ناشی از اسباب دیگر، نظیر خیار مجلس یا حیوان باشد (شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ۳۶۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۹/۳؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۸/۲؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ۳۵۳/۱-۳۵۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۴۳). اما به مرور زمان، تا آنجایی که نگارنده تحقیق کرده، تقریباً از قرن هفتم هجری، «بیع الخيار» به قسم خاصی از آنکه برای بایع به شرط رد ثمن، خیار مقرر شده (بیع شرط به معنای خاص) اختصاص داده شده است (محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۷۴؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۵۹)^{۳۴}.

از دیدگاه فقیهان امامیه، بیع الخيار (بیع شرط) یک عقد صحیح است و برای اثبات آن علاوه بر عموماً صحت قراردادهای، به روایات موجود در این خصوص استناد شده و برخی بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند (همان‌جا؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۵/۱۲۷؛ خوبی، بی‌تا، ۲۲۶/۶)^{۳۵}. به علاوه از دیدگاه فقیهان امامیه بیع الخيار (بیع شرط) همان آثاری را دارد که بیع مطلق و صحیح دارد؛ یعنی اثر آن انتقال مالکیت مبیع به مشتری است؛ این امر در فقه امامیه اجماعی است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۱۶۰). به این دلیل فقیهان امامیه در بیع شرط تلف مبیعی را که به قبض مشتری داده شده، از مال مشتری دانسته و منافع مبیع در

۳۴. محقق حلی در رساله‌ای که اختصاصاً در این موضوع نگاشته است در تعریف بیع الخيار آورده است: «يجوز ان يشترط البایع مدة لخيار الفسخ و اعادة الثمن، بحيث تكون تلك المدة ظرفاً للخيار و يجوز ان يعین لرد الثمن و استعادة المبيع وقتاً بعينه بحيث يختص الخيار بذلك الوقت، حسب» (محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۷۴). همچنین حلی در تعریف بیع الخيار نوشته است: «و هو ان يبيعه شيئاً عقاراً او غيره، و يشترط البایع الخيار لنفسه سنةً او اقل او اكثر، ان جاء بالثمن الذي قبضه من المشتري و رده اليه كان احق بالمبيع» (حلی، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۵۹).

۳۵. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ۵/۱۲۷ به بعد.

مدت زمان بین عقد و فسخ توسط بائع را، ملک مشتری می‌داندند (خویی، بی تا، ۲۴۵/۶-۲۴۴)، در توجیه این حکم که تلف مبیع بر عهده مشتری است به صراحت استدلال شده که چون مبیع با عقد بیع، به ملکیت مشتری در آمده است (همان، ۲۴۵). خاطر نشان می‌سازد در بیع الخيار (بیع شرط) اگر چه مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود، اما این امر تام و کامل نیست، و مشتری نمی‌تواند تصرفات ناقله در مبیع انجام دهد و زمینه فسخ و استرداد مبیع را از بائع سلب کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۶۳/۶؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۵۸/۴) و به این دلیل، تلف مبیع موجب سقوط خیار اعلام شده است (همان، ۳۵۴/۴).

۲. وضعیت و احکام بیع وفا در نظامهای حقوقی مورد مطالعه

اختلاف نظر در خصوص وضعیت بیع وفا در فقه اسلامی به نظامهای حقوقی نیز راه یافته است. در این قسمت این موضوع را در حقوق موضوعه افغانستان و ایران بررسی می‌کنیم.

۲-۱. حقوق افغانستان

قانونگذار افغانستان با تبعیت از فقه حنفی، بیع وفا را به‌عنوان یکی از انواع بیع صحیح پذیرفته و در قانون مدنی آن کشور ذیل عنوان «بیوع مختلفه» در ماده ۱۱۳۶ این چنین تعریف کرده است: «بیع وفا عبارت است از داشتن حق استرداد مبیعه برای بائع و ثمن برای مشتری». در قانون مدنی افغانستان به تبعیت از نظر مشهور در فقه اهل سنت اثر بیع وفا انتقال مالکیت مبیع برای خریدار و ثمن برای فروشنده است. ماده ۱۱۴ قانون مدنی افغانستان در این خصوص مقرر داشته است: «مبیعه در بیع وفا تا هنگام استرداد، ملک مشتری شناخته‌شده، قواعد متعلق به مالکیت در آن رعایت می‌شود». اما این مالکیت، مطلق و تام نبوده و خریدار حق ندارد در مبیع تصرفات ناقله انجام دهد. هم‌چنین به منظور حمایت از حقوق فروشنده، حق هرگونه تصرفی که سبب زوال مالکیت مبیع گردد، از مشتری سلب شده است (ماده ۱۱۳۸ ق.م.اف.). از سوی دیگر با توجه به این‌که مالکیت حقی دائمی و توقیت، خلاف مقتضای آن می‌باشد قانون مزبور هرگونه موافقت طرفین عقد در خصوص توقیت حق استرداد به یک‌زمان معین را باطل و کأن لم یکن اعلام کرده است (ماده ۱۱۳۷ ق.م.).

با توجه به آنچه گفته شد این حکم قانونگذار افغانستان قابل نقد است، زیرا اگرچه در بیع وفا، مالکیت مبیع تا زمان استرداد به خریدار منتقل می‌گردد، اما این حق، یک مالکیت

تام و کامل نیست تا بر مبنای آن توقیت استرداد مبیع، به یک زمان مشخص مبطل آن دانسته شود. زیرا از یک سو اثر اصلی مالکیت که عبارت از حق تصرف و انتقال مملوک باشد، وجود ندارد و از سوی دیگر در فرض مذکور با توجه به ابهام و جهالتی که نسبت به زمان استفاده از حق استرداد برای هر دو طرف عقد وجود دارد، یقیناً آنها نخواهند توانست به هدف اصلی که همان استرباح از وجوه نقدینگی است، به درستی نائل گردند، بلکه ممکن است در نتیجه این امر در مواردی میان آنها منازعه و اختلاف بروز نماید. از این رو پیشنهاد می‌گردد قانونگذار افغانستان نیز با توجه به ماهیت چندگانه بیع وفا، مدت زمان استفاده از حق استرداد مبیع یا ثمن را مانند آنچه قانونگذار ایران در بیع شرط انجام داده، مشخص و معین نماید کما اینکه در خصوص خیار شرط، به این امر توجه شده و آن‌گونه که در مباحث قبلی بیان شد، به اتفاق همه فقیهانی که اشتراط خیار شرط برای بیش از سه روز را پذیرفته‌اند، تعیین دقیق مدت زمان استفاده از حق خیار الزامی است و عدم تعیین آن را موجب بطلان شرط و عقد دانسته‌اند (مرغینانی، بی تا، ۲۹/۳).

۲-۲. حقوق ایران

بیع شرط در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه سابقه دیرینه داشته و به قبل از تصویب قانون مدنی برمی‌گردد. تا قبل از تصویب قانون مدنی، با توجه به رواج مذهب تشیع، روابط بین مردم بر مبنای فقه امامیه حل و فصل می‌شد و بدین‌سان بیع شرط، که در فقه امامیه سابقه طولانی داشت، بین مردم شناخته شده بود. در ابتدا این نهاد به عنوان وسیله‌ای جهت تأمین مالی و نقدینگی استفاده می‌شد و اما به مرور زمان وسیله‌ای برای کسب ربا از سوی ثروتمندان گردید و به این دلیل در متون تاریخی آمده است که در اعصار مختلف برخی از حکام مسلمان احکامی در جهت محدود کردن این نوع معاملات، صادر کرده‌اند. از جمله در قرن هفتم هجری، غازان خان از پادشاهان مغول دستوری در جهت ممنوعیت بیع شرط صادر کرده است که در کتب تاریخ معروف است (مینا، ۱۳۸۱ ش، ۷۲). هم‌چنین فرمانی از سوی ناصرالدین‌شاه از حکام عهد قاجار وجود دارد که در آن، بیع شرط محدود و زمان خیار یک سال معین شده است (همان، ۷۳). با تصویب قانون مدنی، در سال ۱۳۰۷، با توجه به عرف موجود از یک سو و تبعیت از فقه امامیه از سوی دیگر، قانونگذار در فصل دوم از باب سوم از قسمت دوم از کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی، در انتهای مواد مربوط به عقد

بیع، مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳ قانون مدنی را به این نهاد اختصاص داد. مستفاد از مواد مزبور آن است که:

- بیع شرط صرفاً در موردی است که صرفاً برای بایع حق فسخ شرط شده باشد (ماده ۴۵۸ ق.م.ا)؛

- بیع شرط یک عقد صحیح است (ماده ۴۵۸ ق.م.ا)، مگر آن‌که ثابت شود صوری بوده و طرفین قصد واقعی برای انعقاد بیع نداشته‌اند (ماده ۴۶۳ ق.م.ا)؛

- اثر بیع شرط تملیک است، هر چند مالکیت متزلزل (ماده ۴۵۹ ق.م.ا)؛

- اگرچه مشتری مالک مبیع شرطی می‌شود ولی نمی‌تواند تصرفات منافی با حق فسخ بایع انجام دهد (ماده ۴۶۰ ق.م.ا)؛

- مدت زمان خیار که از زمان عقد شروع می‌شود، باید معین باشد، هر چند محدودیتی برای میزان آن وجود ندارد (ماده ۴۵۹ ق.م.ا)؛

- در صورت تلف یا اتلاف مبیع نزد مشتری، خیار فسخ بایع ساقط می‌شود؛

- شرط تحقق خیار فسخ آن است که بایع تمام ثمن را مسترد نماید (ماده ۴۵۸ ق.م.ا)؛

- اگرچه بین بیع شرط و خیار شرط تشابه وجود دارد، ولی این دو به لحاظ مبانی از یکدیگر متفاوت هستند.

با تصویب مواد ۳۳، ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت ایران، نهاد جدیدی با نام «معامله با حق استرداد» در حقوق موضوعه ایران رخ نمود^{۳۶}؛ منظور هر معامله معوضی است که در آن یکی از طرفین حق دارد، با فسخ عقد، معوض را مسترد نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۲ش، ۱۵۴). رابطه «معاملات با حق استرداد» با «بیع شرط» رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا هر «بیع شرطی»، «معامله با حق استرداد» است، ولی هر «معامله با حق استرداد» لزوماً «بیع شرط» نیست (همان، ۱۵۰). مطابق مواد قانون ثبت، «معاملات با حق استرداد» تملیکی نیستند و حکم معاملات وثیقه‌ای را دارند و آثار رهن بر آنها مترتب می‌شود که معارض با حکم «بیع شرط» در قانون مدنی است. به این دلیل با تصویب قانون مذکور، تردید جدی در اثر تملیکی «بیع شرط» در حقوق ایران ایجاد شد و عده‌ای از بزرگان معتقدند که «بیع شرط» دیگر تملیکی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ۵۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶ش،

۳۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص این نهاد ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۲ش، ۹۵۵/۵ به بعد.

۵۵۹/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲ش، ۱۶۵-۱۶۴)، اما بعد از انقلاب اسلامی، شورای نگهبان قانون اساسی، طی نظریه‌ای، مواد قانون ثبت را که منافی اثر تملیکی «بیع شرط» در قانون مدنی است، غیرشرعی و منسوخ اعلام کرده است.^{۳۷} با اعلام این نظریه تردیدها در خصوص اثر «بیع شرط» و این که تملیکی یا وثیقه‌ای است بیشتر شد و دکتترین و رویه قضائی در این خصوص بسیار مشتت است. صرف نظر از اختلافات موجود در خصوص صلاحیت شورای نگهبان در مورد نسخ قوانین موضوعه قبلی، به دلیل مخالفت با شرع، به نظر می‌رسد که با وجود این نظریه، حکم بیع شرط، در قانون ثبت، منسوخ و مجدداً احکام قانون مدنی بر آن حاکم شده و باید آن را تملیکی دانست. به‌ویژه اینکه این دیدگاه مطابق با فقه امامیه نیز می‌باشد. به علاوه، عدم پذیرش اثر تملیکی با برخی از آثار این معامله (جواز انتفاع مجانی مشتری یا منتقل‌البه از منافع مورد معامله تا زمان فسخ) تعارض دارد.

نتیجه

۱. بیع وفا عبارت از معامله با حق استرداد ثمن و مبیع از جانب مشتری و بایع است. پیشینه تشریح آن به قرن دوم هجری و فقه مالکی برمی‌گردد، اما رواج و شهرت آن از اوایل قرن پنجم هجری، در فقه حنفی بوده و از آن زمان به بعد فقیهان اهل سنت و برخی از فقیهان امامیه از جمله محقق حلی، از فقهای به‌نام امامیه، در آثار و نوشته‌های خود آن را ذکر کرده‌اند. این اصطلاح در فقه امامیه کمتر استعمال شده و به جای آن واژه «بیع شرط» و «بیع خیاری» یا «بیع الخیار» وجود دارد و البته با بیع وفا تفاوتی دارد. این نهاد بر مبنای خیار شرط توجیه شده است.

۲. به نظر می‌رسد که وجود دیدگاه‌های نسبتاً سخت‌گیرانه جمهور فقیهان اهل سنت به‌ویژه فقیهان حنفی، در خصوص محدود نمودن مدت زمان خیار شرط به سه روز و بقای مالکیت مبیع برای بایع در مدت زمان وجود خیار شرط، موجب شد تا فقیهان حنفی برای رفع ضرورت‌های عامه، عقدی به نام «بیع وفا» را ابداع نمایند. در حالی که اگر مانند فقیهان حنبلی و امامیه، مدت زمان بقای خیار شرط را تابع اراده طرفین قرار می‌دادند و در عین حال قائل به انتقال مالکیت مال مورد عقد به مشتری در مدت زمان خیار بودند، یقیناً نیاز عامه در ضمن همین نهاد فقهی، که ریشه در منابع کهن فقهی و روایی نیز داشت، مرتفع

۳۷. رک: نظریه شماره ۴۸۹۸ مورخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ شورای نگهبان قانون اساسی.

گردیده و هیچ‌گاه ضرورت نداشت با ابداع نهاد دیگری چون بیع وفا، دچار این همه اختلاف- نظر و تشتت آرا گردند.

۳. در فقه اهل سنت و به‌ویژه مذهب حنفی، ضرورتها و نیازهای عامه مردم و ایجاد روشی برای تأمین نقدینگی بدون سقوط در دامن ربا به عنوان بنیادیتیرین مبنا برای تشریح بیع وفا یاد شده است، که این امر بیانگر آن است که هرگاه نیازها، همگانی و فراگیر شود، احکام فقهی توسعه خواهد یافت. بدین سان دست‌کم توسعه و گسترش «بیع وفا» در بلاد اسلامی برای اجتناب از معاملات ربوی بوده، اگر نگوییم تشریح آن بدین منظور بوده است. زیرا در آن زمان، صاحبان ثروت، حاضر نبودند در قالب قرض‌الحسنه (بدون منفعت) و با قصد قربت، به نیازمندان قرض بدهند و از سویی به دلیل حرمت شدید ربا، نمی‌خواستند معامله ربوی انجام دهند و این امر موجب حرج و مشقت نیازمندان شده بود. برای ایجاد راه‌حلی که هم منافع صاحبان ثروت را تأمین کند و هم نیاز و مشکل نیازمندان را برطرف نماید، «بیع وفا» از سوی فقیهان اهل سنت پیشنهاد گردید و خیلی زود در بلاد شام، عراق و مصر آن زمان توسعه یافت. اما در فقه امامیه بیع شرط اگرچه تا حدودی کارکرد بیع وفا را دارد و ممکن است همان ملاحظات اقتصادی و اجتماعی نیز در توسعه آن مؤثر بوده باشد اما این نهاد بر مبنای عمومات راجع به خیار شرط و روایات خاص تشریح و توجیه شده است.

۴. در خصوص وضعیت بیع وفا در فقه اهل سنت اختلاف‌نظرهای زیادی وجود دارد، به گونه‌ای که برخی آن را باطل، برخی صحیح و برخی فاسد می‌دانند. اما گرایش فقه‌های متأخر اهل سنت به سمت پذیرش صحت و اعتبار این قرارداد است. این در حالی است که در فقه امامیه از همان ابتدای تاریخ فقه صحت بیع شرط مورد اجماع بوده است.

۵. در خصوص ماهیت و آثار بیع وفا نیز اختلاف نظر وجود دارد. در حالی اکثر فقیهان اهل سنت، بیع وفا را یک نوع معامله توثیقی دانسته و آثار عقد رهن را بر آن بار می‌کنند، گروهی از فقیهان حنفی، بیع وفا را نوعی بیع صحیح می‌دانند که اثر آن انتقال مالکیت به مشتری است با این قید که در آن حق فسخ برای بائع یا مشتری وجود دارد. اما از دیدگاه فقیهان امامیه، بیع شرط یکی از اقسام بیع صحیح و همان آثار بیع مطلق را دارد و با انعقاد بیع مالکیت مبیع به مشتری انتقال یافته با این شرط که بائع حق دارد با رد ثمن آن را مسترد نماید.

۶. بین بیع وفا در فقه اهل سنت و بیع شرط در فقه امامیه تفاوت‌هایی وجود دارد؛ در بیع شرط تنها بایع خیار دارد ولی در بیع وفا برای بایع و مشتری هر دو ممکن است خیار وجود داشته باشد؛ تعیین مدت خیار در بیع شرط، شرط صحت آن است، در حالی که تعیین آن در بیع وفا باطل تلقی گردیده و نامحدود بودن مدت خیار شرط صحت است.
۷. در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه بیع شرط در قانون مدنی پیش‌بینی شده و همان شرایط و آثار بیع شرط در فقه را دارد. اما با تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و تشریح معامله با حق استرداد در تملیکی بودن بیع شرط در حقوق ایران تردید جدی ایجاد شده است. در حقوق افغانستان به تبعیت از فقه حنفی بیع وفا وارد نظام حقوقی آن کشور شده است که شرطش آن است که مدت خیار نباید معین گردد و اثر آن نیز تملیکی است.
۸. با توجه به حاکمیت قواعد حقوقی سنتی در خصوص مقررات رهن، به عنوان تنها مصداق وثیقه عینی در نظام حقوقی ایران از جمله اشراط قبض و عین بودن موضوع رهن، که در شرایط کنونی سازگاری چندانی با واقعیت‌های حاکم بر جامعه کنونی ندارد و سبب بروز مشکلات فراوانی فرا راه استفاده از این نهاد وثیقه‌ای، در حقوق این کشور علی‌الخصوص در نظام بانکی گردیده است، یقیناً استفاده از نهاد بیع وفا یا بیع شرط می‌تواند راهکار خوبی برای کاهش بسیاری از این چالش‌های حقوقی باشد.

فهرست منابع

- ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن‌رشد، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دارالحدیث، ۱۴۲۵ق.
- ابن‌عابدین، محمدامین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۵ق.
- ابن‌نجیم مصری، زین‌الدین بن ابراهیم، *الأشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفة النعمان*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
- همو، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، بیروت، دارالکتب الإسلامی، بی‌تا.
- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، المكتبة العصرية، بی‌تا.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیة، ۱۳۴۰ش.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- آقا ضیاء عراقی، علی بن محمد، *شرح تبصرة المتعلمین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی ۱۴۱۴ق.
- بارودی، محمدامین، *بیع الوفاء و تطبیقاتها المعاصرة*، لبنان، دارالنور، ۱۴۳۳ق.
- بلخی، نظام‌الدین، *الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم ابی حنیفة النعمان*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الأربعة*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۲ق.
- جعفری لنگرودی، محمد، *حقوق مدنی: رهن و صلح*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ش.
- جواهری، حسن، *الریا فقهیا و اقتصادیا*، قم، مؤلف، ۱۴۰۵ق.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- حمیدی مکی، ابوبکر بن عبدالله، *المسند الحمیدی*، دمشق، دارالسقا، ۱۹۹۶م.
- حیدر، علی، *درر الحکام فی شرح مجلة الأحكام*، بیروت، دارالجیل، ۱۴۱۱ق.
- خضیری، یاسر بن ابراهیم، *الصور المعاصرة لبيع الوفا دراسة فقهية*، عربستان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ۱۴۳۵ق.
- خطیب شریینی، محمد بن احمد، *مغنی المحتاج إلی معرفة معانی ألفاظ المنهاج*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۵ق.

- خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۲۱ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- دبیان بن محمد، المعاملات المالیه اصالةً و معاصرةً، ریاض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ۱۴۲۲ق.
- ره پیک، حسن، حقوق مدنی عقود معین ۲، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ش.
- زبیدی حنفی، ابوبکر بن علی، الجوهر النيرة، مطبعة خيرية، ۱۳۲۲ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی و أدلته، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۵ق.
- زرقاء، مصطفی احمد، العقود المسماة فی الفقه الإسلامی: عقد البیع، دمشق، دارالقلم، ۱۴۳۳ق.
- زیلعی، عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشیة الشلبی، قاهره، المطبعة الكبرى الأمیریة، ۱۳۱۳ق.
- سعید، لیلی بنت عبدالله، «حقیقة بیع الوفا: دراسة فی الشریعة و القانون»، مجلة الأحمدیة، شماره ۱۴، ۱۴۲۴ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- شافعی، محمد بن ادريس، الأم، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۰م.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، المسائل الناصریات، تهران، رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامیة، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- صابری، حسین، «بیع شرط، سازوکاری مشروع برای رهن مستغلات»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۷۷، ۱۳۸۶ش.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱ش.
- طرابلسی حنفی، علی بن خلیل، معین الحکام فی ما یتردد بین الخصمین من الأحکام، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- همو، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران، المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- عبری، سعید بن عبدالله، بیع الوفا و أحكامه فی الفقه الإسلامی، رساله دکتری، دانشگاه اردن، ۱۹۹۷م.
- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها: انحلال قرارداد، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ش.

- همو، دوره عقود معین ۴، حقوق مدنی، عقود اذنی - وثایق دین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ش.
- همو، دوره عقود معین ۱، حقوق مدنی، بیع - معاوضه - اجاره - قرض، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۲ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۸۲م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
- مبلغی، احمد؛ آبین، علیرضا؛ جمشیدیان، مهرداد، «بیع شرط در فقه مذاهب اسلامی»، مجله فقه مقارن، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ش.
- مجله الأحكام العدلیة، کوئته، کتابخانه نور محمد، ۱۲۹۳ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، الرسائل التسع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳ق.
- مرغینانی، علی بن ابی بکر، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- الموسوعة الفقهیة الكويتیة، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیة، کویت، دارالسلاسل، ۱۴۲۷ق.
- میس، خلیل محی الدین؛ فرفور، صالح؛ عبداللطیف، محمد، تقریرات درس بیع وفاء، جامعة الأزهر، بی تا.
- مینا، محبوبه، «بیع شرط - معاملات با حق استرداد (۱)»، مجله رهنمون، شماره ۱، ۱۳۸۱ش.