

تحلیل ماهیت عقد تصریف در فقه اسلامی

محمد جمالی^۱، محمد عادل ضیائی^۲، فرید احمد افزالی^۳
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۴/۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۰)

چکیده

عقد تصریف از جمله عقود شایع در عرصه داخلی و بین‌المللی است. در این قرارداد یکی از متعاقدين به صورت شفاهی و یا کتبی شرط می‌کند به دلایلی از قبیل عدم فروش همه یا بخشی از کالا و یا عدم نیاز برخی از آن، مازاد را به فروشنده برگرداند. با توجه به اینکه قطعی بودن معامله و مشخص بودن معقود علیه از جمله شروط صحت عقود مالی است ولی این شرط در این عقد در هاله‌ای از ابهام است، سؤالی که مطرح می‌شود آن است که با وجود این ابهام، ماهیت فقهی این عقد چیست؟ شرط قیدشده در آن چه حکمی دارد؟ در خصوص ماهیت و مقایسه این عقد با عقود متعارف فقهی، با وجود وجوه تشابه این عقد با قراردادهایی همچون خیار شرط، بیع توکیلی و سمساری یا عدم انطباق آن با عقود مذکور، چه‌بسا از جمله یکی از آنها یا به عنوان یک قرارداد مستقل محسوب شود؛ ولی با توجه به انعقاد عقد تصریف با الفاظ بیع و شرط و اینکه مقصود نهایی متعاملان از آن، قرارداد بیع و شرط است، به نظر می‌رسد عقد تصریف همان بیع و شرط باشد، زیرا این دو عقد از شباهتهای بسیاری برخوردارند و این همانندی تا بدانجاست که وحدت و یگانگی این دو عقد را در عین تغایر عناوین، در ذهن ایجاد می‌-

۱. استادیار، گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده

مسئول) / dm_jamali50@ut.ac.ir

۲. دانشیار، گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران /
ziaey@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران /
afzali.faridahmad@gmail.com

کند. اما در مورد قید شرط در عقد تصریف می‌توان گفت به نظر می‌رسد که شرط قیدشده در این عقد بر خلاف مقتضای ذات عقد نیست و در نتیجه موجب بطلان عقد نمی‌گردد.

کلیدواژه‌ها: بیع و شرط، خیار شرط، عقد سمساری، عقد تصریف، عقود مالی، مقتضای عقد.

طرح مسئله

با گسترش دامنه تحولات طرح مسائل نوظهور نیز به طور چشم‌گیری رو به فزونی گذارده است، هر چند این تحولات، از یک سو سبب تسهیل بسیاری از امور گردیده ولی از سوی دیگر سبب شده صحت و سلامت بسیاری از این نوع تصرفات را در هاله‌ای از ابهام قرار دهد به طوری که اختلاف نظر فقهی در مورد صحت یا بطلان برخی از این نوع تصرفات را نیز به دنبال داشته است. یکی از این تصرفات جدید در عرصه تولید و تجارت، تقاضای جنس و خرید از طرف خرده‌فروشان و حتی مراکز پخش از عمده‌فروشان و مراکز تولید به شرط بازپس گرداندن اجناس فروخته‌نشده به آنان است که از آن به عنوان «عقد تصریف» یاد می‌شود. در توضیح این نوع معامله باید گفت که امروزه این نوع قرارداد نه تنها بین فروشندگان مواد غذایی رواج پیدا کرده است و بلکه در سایر اصناف مثل فروشندگان مصالح ساختمانی، فروشندگان دارو، فروشندگان مجلات و روزنامه و... نیز منعقد می‌شود. در قرارداد این معامله، بصورت شفاهی و یا به صورت کتبی قید می‌شود که خریدار می‌تواند به دلایلی از قبیل عدم فروش یا عدم نیاز برخی از کالا، آنها را به فروشنده بازگرداند. وجه تسمیه این نوع عقد به «تصریف» نیز بر مبنای ارتباط معنای لغوی آن است بدین معنی که تصریف در لغت به معنای «قلب و برگرداندن» (ابن فارس، ۱۳۹۹ق، ج ۳، ص ۳۴۲). است، از آنجا که در این قرارداد طرفین بر استرداد برخی از کالا در صورت عدم فروش آن توسط خریدار توافق می‌کنند به این اسم نامگذاری شده است. این تصرف به دلایلی همچون جلب مشتری از سوی مراکز تولید و پخش‌کننده‌های کالا، فروش اجناس توسط فروشندگان و مغازه‌داران، دشواری بازاریابی کالاهای تولیدشده، عدم ترس مغازه‌دار از به فروش نرسیدن اجناس و همچنین در اختیار نداشتن نقدینگی به- وفور منعقد می‌شود و بسیاری از تولیدکنندگان و فروشندگان راه نجات و رونق تجارت خود را در همین عقد تصریف می‌دانند.

برخی از جوانب مجهول این پژوهش عبارت است از:

الف) ماهیت فقهی این نوع قرارداد چیست؟ با توجه به اینکه تصرف و حکم این نوع معامله مبهم است و برخی از شرایط اساسی صحت قرارداد در آن رعایت نمی‌شود، ماهیت این نوع تصرف مبهم است و مشخص نیست که در زیر کدام یک از انواع قراردادها قرار می‌گیرد. چنانچه از جمله عقود معاوضی و بیوع است شامل چه نوعی از آن است؟ آیا فروشنده وکیل تهیه‌کننده است تا به نمایندگی از او اجناس را بفروشد و بقیه را به صاحب اصلی آن بازگرداند؟ آیا خریدار به عنوان سمسار کالا را تحویل گرفته و حقوق و تکالیف سمسار و عامل در خصوص او اعمال می‌شود؟

ب) در صورت بیع بودن این نوع قرارداد، حکم این معامله و شرط قیدشده در عقد چیست؟ آیا درج چنین شرطی در قرارداد سبب بطلان عقد می‌گردد و یا شرط قیدشده در این عقد برخلاف مقتضای ذات عقد نیست و در نتیجه موجب بطلان عقد نمی‌گردد؟

پیشینه تحقیق

با بررسیهای صورت گرفته از طریق اینترنت و جست‌وجو در آن برخی از معاصرین در این باب قدم گذاشته مقالاتی به نگارش گرفته‌اند که در زیر به آنها اشاره می‌شود:

۱- مقاله «العقد علی التصریف دراسة فقهية» اثر دکتر محمد بن سعد دوسری که علاوه بر ذکر مفاهیم مقدماتی در سه باب جداگانه به صورت مختصر عقد تصریف را توضیح و تشریح کرده است.

۲- مقاله «عقد التصریف توصیفه و حکمه» اثر دکتر عبدالله بن ناصر سلمی که علاوه بر بیان مفاهیم مقدماتی عقد تصریف در لغت و اصطلاح، در یک فصل بعضی از صورتهای و حالات عقد تصریف را تشریح کرده است.

برخی از تفاوت‌های این مقاله با مقالات فوق عبارت است از:

۱- در مقالات فوق‌الذکر به صورت دقیق ماهیت این عقد نقد و بررسی نشده است، در حالی که این پژوهش سعی دارد ماهیت این نوع تصرف از قبیل این که آیا در ذیل بیوع قرار می‌گیرد یا نوعی وکالت و یا سمساری است را به صورت دقیق بحث کند.

۲- در مقالات گذشته، وجوه افتراق و اشتراک عقد تصریف با عقود متعارف فقهی ارزیابی نشده است، در حالی که در پژوهش پیش رو، تفاوتها و شباهتها بحث و بررسی شده و برای ایرادات احتمالی وارده پاسخ ارائه گردیده است.

۳- در این پژوهش صورتهای رایج عقد تصریف در میان کسبه بحث می‌شود، در حالی که در مقالات فوق برخی از این حالتها مانند: ارتباط عقد تصریف با سمساری و قول به مستقل بودن آن ذکر نشده است.

پژوهش حاضر بر آن است تا به روش توصیفی تحلیلی ماهیت عقد تصریف را در قلمرو فقه تطبیقی بررسی کند.

ماهیت فقهی عقد تصریف

با توجه به نوپیدا بودن عقد تصریف و با کاوشی که نگارنده انجام داده است، در منابع فقهی تعریفی از آن ارائه نشده است، ولی با توجه به معنای لغوی (برگرداندن) (ابن فارس، ۱۳۹۹ق، ج ۳، ص ۳۴۲) و فهم عرفی مردم از چگونگی انجام آن در میان آنها می‌توان گفت: عقد تصریف عبارت از عقدی است که یکی از متعاقدين در قرارداد آن به صورت شفاهی و یا کتبی شرط می‌کند به دلایلی از قبیل عدم فروش همه و یا بخشی از کالا و یا عدم نیاز برخی از آن، مازاد را به فروشنده برگرداند. با تعریفی که از عقد تصریف ارائه شد، به نظر می‌رسد این عقد از جهاتی با بیع و شرط، بیع و خیار، بیع توکیلی و بیع سمساری شباهت‌هایی دارد، با این حال با توجه به عدم تطابق کامل عقد تصریف با هیچ یک از این موارد، ممکن است گفته شود یک عقد مستقل است. در ادامه دیدگاههای مختلف احتمالی در تبیین ماهیت فقهی عقد تصریف که در ذیل کدام یک از انواع این عقود قرار می‌گیرد ذکر می‌گردد:

۱. بیع و خیار شرط بودن عقد تصریف

با توجه به شرطی که در عقد تصریف وجود دارد، چه‌بسا بتوان این عقد را از جمله مصادیق آن قرار داد. از دیدگاه فقهی خیار شرط عبارت از عقدی است که به موجب آن خریدار و فروشنده و یا یکی از آن دو در خلال مدت معین، بیع را به داشتن خیار میان فسخ و امضا شرط می‌کنند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۵۶۷؛ علیش، ۱۴۰۹ق، ج ۵،

ص ۱۱۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۱۰؛ بهوتی، بی تا، ج ۳، ص ۲۰۲؛ مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۳، ص ۱۳۸).

۱-۱. ویژگیهای خیار شرط

برخی از ویژگیهای بیع به شرط خیار عبارت است از:

الف) الزام وجود لفظ^۴ خیار شرط در بیع خیاری، زیرا بدون اشتراط خیار در عقد بیع، خیار ثابت نمی‌گردد (نمری، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۷۰۱).

ب) بیوعی که در مجلس عقد، تقابض ثمن و مبیع و یا یکی از آن دو شرط است، شرط خیار در آنها جایز نیست، همانند بیع صرف، طعام به طعام، سلم و غیره (همان‌جا؛ نووی، بی تا، ج ۹، ص ۱۹۲؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۵۰۵؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۴، ص ۴۶).

ج) متصل بودن خیار شرط به عقد: از دیدگاه جمهور، ابتدای مدت خیار شرط، متصل و ملحق به عقد است (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۴؛ خرسی، بی تا، ج ۵، ص ۱۱۱؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷؛ مرداوی، بی تا، ج ۴، ص ۶۶؛ ابن‌حزم، بی تا، ج ۷، ص ۳۱۴)، ولی امامیه اشتراط خیار متصل با عقد و منفصل از عقد را جایز می‌دانند و معتقدند که متعاقدین می‌توانند در زمان عقد بیع، ابتدای خیار را مثلاً بعد از دو ماه از تاریخ

۴. فقها درباره ارتباط میان مقاصد و الفاظ به‌کاررفته در انعقاد عقد دیدگاههای متفاوتی را بیان داشته‌اند که به شرح ذیل است: دیدگاه جمهور (حنفیه، مالکیه، حنابله، قولی نزد شافعیه) آن است که ملاک در عقود بر مقاصد و معانی است (ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۲، ص ۲۳؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج ۴، ص ۲۸۲؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۷۳) و از این رو هبه معوض با استناد به این اصل، بیع دانسته می‌شود (ر.ک: کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۵۳؛ نووی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۰۲). هبه منفعت با عوض اجاره محسوب می‌شود (ر.ک: زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۵، ص ۱۰۲). کفالت به شرط برائت اصیل، حواله محسوب می‌شود و بالعکس حواله به شرط عدم برائت محیل، کفالت محسوب می‌شود (ر.ک: ابن‌نجیم مصری، بی تا، ج ۶، ص ۲۳۹). دیدگاه شافعیه، امامیه و قولی نزد حنابله آن است که ملاک در عقود بر صیغه و الفاظ به‌کاررفته در عقد است (ر.ک: خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۵۷؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۱). شافعیه در حالی که در اصل ملاک آن را بر الفاظ می‌دانند، ولی در ترجیح فروعاً فقهی آن اختلاف دارند (ر.ک: سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۶۶).

عقد شرط قرار دهند، با این استناد که ادله لزوم عمل به شرط، عام است (خویی، بی تا، ج ۳، صص ۱۹۲-۱۹۱).

د) معلوم بودن اجل در خیار شرط: فقها در این زمینه دو دیدگاه دارند: دیدگاه جمهور (حنفیه، شافعیه، صحیح و مذهب نزد حنابله و امامیه) آن است که مدت در خیار شرط بایستی معلوم و مضبوط باشد (ابن نجیم مصری، بی تا، ج ۶، ص ۶؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷؛ حجاوی، بی تا، ج ۲، ص ۸۵؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۳۷۴)؛ چه آنکه جهل به مدت، مستلزم غرر در عقد است، حال آنکه پیامبر ﷺ از بیعی که غرر در آن وجود دارد نهی فرموده است (مسلم بن حجاج، بی تا، ص ۱۵۱۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸؛ نووی، بی تا، ج ۹، ص ۲۲۵). اما قولی نزد حنابله آن است که خیار مجهول مطلق و ابدی صحیح و جایز است (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۵۰۲)، ولی مالکیه و امامیه فقط خیار مطلق و ابدی را جایز می دانند نه خیار مجهول (حطاب، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۴۱۴؛ خویی، بی تا، ج ۳، صص ۱۹۰ و ۱۹۲). با توجه به ادله، به نظر می رسد قول جمهور مبنی بر اینکه اجل در خیار شرط بایستی معلوم باشد راجح است، زیرا جهل به مدت، مستلزم غرر در عقد است همانند جهل در مدت پرداخت ثمن در بیع.

۱-۲. مقایسه عقد تصریف با بیع و خیار شرط

عقد تصریف با ماهیت خیار شرط عبارت از عقدی است که یکی از متعاقدين خیار را در مدت معلومی شرط قرار دهد که اگر تا آن مدت کالا به فروش رفت بیع لازم باشد و اگر همه و یا بخشی از آن به فروش نرفت در برگرداندن مازاد به فروشنده حق خیار داشته باشد.

از این رو عقد تصریف از جهاتی با خیار شرط شبیه است، برخی از وجوه تشابه آن عبارت است از:

الف) با توجه به اینکه صیغه در خیار شرط یکی از شروط صحت آن است، بنابراین در صورتی که ماهیت عقد تصریف خیار شرط دانسته شود، این شرط در عقد تصریف نیز یکی از شروط صحت آن به شمار می آید و در عقد تصریف نیز خیار در برگرداندن مازاد کالا در صورت عدم فروش آن در خلال مدت معین به شرط گرفته می شود.

ب) عقد تصریف از جمله عقود است که تقابض در آن شرط نیست و این بیع غالباً به صورت نسبه منعقد می‌گردد، از این رو دخول خیار شرط در عقد تصریف با توجه به عدم شرط تقابض در آن، بایستی جایز باشد.

ج) اگر چه عقد تصریف در میان بازاریان و کسبه کاران بدون تحدید اجل رایج و شایع است، اما از آنجایی که معلوم و معین بودن اجل در عقود مالی یکی از شروط صحت عقد به‌شمار می‌آید و از طرفی بیشتر فقها معتقد بر معلوم و مضبوط بودن اجل هستند، از این رو در عقد تصریف نیز با استناد به قاعده «الْخُرُوجُ مِنَ الْخِلَافِ مُسْتَحَبٌّ» (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۳۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۰) بهتر است این اجل در عقد تصریف نیز معلوم و مضبوط واقع شود. چه مدت در عقد ذکر گردد و یا با استناد به قاعده «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً، بل المعروف بین التجار کالمشروط بینهم» (زحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۳۵۱؛ آل کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵۸) مدت عرفاً نزد متعاقدين معروف باشد.

با توجه به نحوه انجام قرارداد خیار شرط و شباهتهای فوق به نظر می‌رسد عقد تصریف از حیث ماهیت متناسب با بیع و خیار شرط باشد، زیرا این دو عقد از مشترکات و شباهتهای بسیاری برخوردار هستند و این همانندی و مشترکات تا بدانجاست که شبهه وحدت و یگانگی این دو عقد را در عین تغایر عناوین در ذهن ایجاد می‌کند، با این حال تفاوتی میان بیع و خیار شرط و عقد تصریف وجود دارد که برخی از این تفاوتها به شرح ذیل است:

۱- بیع و هبه کالای مشروط در بیع و خیار شرط از جانب مشتری در فقه اسلامی دلالت بر اسقاط خیار از جانب مشتری محسوب می‌شود، در حالی که هدف و قصد مشتری در عقد تصریف با خیار شرط، فروش کل کالا و یا بخشی از آن در خلال مدت خیار است، پس وقتی بخشی از این کالا به فروش رود بایستی خیار مشتری در باقی ساقط شود.

در پاسخ به این ایراد باید گفت بیع و هبه بخشی از کالای مشروط توسط مشتری در خلال مدت مشروط، فقط خیار آن را در بخشی که به فروش رفته است ساقط می‌کند و در همان بخش فروش رفته، بیع لازم می‌گردد، از این رو خیار آن در بخشی که هنوز به فروش نرفته است باقی است، زیرا عقد تصریف غالباً بر کالاهایی جریان دارد که معدود و

شمردنی هستند و در چنین کالاهایی در صورت رضایت متعاقدین مانعی بر تجزیه خیار نیست و عقد با تعدد مبیع تعدد پیدا می‌کند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۲۶۴؛ عاصمی، ۱۳۹۷ق، ج ۴، ص ۳۶۸).

۲- در خیار شرط، اذن بایع و مشتری بر تصرف کالا در خلال مدت خیار، دلالت بر امضای بیع از جانب آنان محسوب می‌شود، از این رو در عقد تصریف نیز بایستی این اذن مستلزم امضای بیع و سقوط خیار از جانب آنان به حساب آید.

در پاسخ به این ایراد باید گفت که: اذن بایع و مشتری بر تصرف کالا در خیار شرط تعبیر بر امضای عقد از جانب آنان است، حال آنکه بایع در عقد تصریف عرفاً تا پایان مدت مشروط از هیچ دخل و تصرفی بر کالا برخوردار نیست، زیرا غالباً در عقد تصریف مشتری بدون اشتراط (برگرداندن کالا در صورت عدم فروش) این عقد را نمی‌پذیرد که در این صورت کالا نزد بایع باقی خواهد ماند که این به مصلحت او نیست، از این رو بایع به هدف بازاریابی کالا از برخی حقوق خویش با رضایت کامل همانند عدم لزوم عقد از جانب مشتری، دست می‌کشد. با توجه به این مطلب این ایراد را می‌توان یکی از تفاوت‌های موجود میان این دو عقد دانست، پس در نتیجه این ایراد بر خیار شرط بودن عقد تصریف وارد است.

۳- دیدگاه ابوحنیفه، شافعیه، اوزاعی، لیث، ابن شبرمه آن است که خیار شرط بیشتر از سه شبانه‌روز جایز نیست (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۱؛ ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۲۰۹؛ نووی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۹۰). مستند این قول روایتی است که نزد پیامبر ﷺ از مردی سخن به میان آمد که در خرید و فروش فریب می‌خورد. پیامبر ﷺ به آن مرد فرمودند: هرگاه معامله کردی بگو: مشروط بر آنکه فریبی در کار نباشد. بعد در هر کالایی که خریدی برایت سه روز خیار باشد اگر راضی بودی نزد خودت نگه دار و اگر راضی نبودی آن را به صاحبش برگردان^۵ (ابن ماجه قزوینی، بی‌تا، ص ۲۳۵۵). حال آنکه عقد تصریف غالباً بر بیشتر از سه شبانه‌روز جریان دارد، که با استناد به این دیدگاه خیار شرط در عقد تصریف را نمی‌توان بر بیشتر از سه شبانه‌روز منعقد کرد.

۵. البانی این حدیث را حسن دانسته است (ر.ک: البانی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۳۵۵، ش ۲۳۵۵).

در پاسخ به این ایراد باید گفت که: مستند این قول حدیث منقذ بن عمرو است و به دلیل تدلیس ابن اسحاق حدیث منقذ بن عمرو ضعیف است، زیرا این حدیث را ابن اسحاق از محمد بن یحیی بن حبان به صورت مرسل روایت کرده است و محمد بن یحیی پیامبر علیه السلام را ندیده و درک نکرده است (نووی، بی تا، ج ۹، ص ۱۹۰؛ بوصیری، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۵۲) و به فرض صحت حدیث، در آن صورت تقدیر خیار بر سه شبانه روز بر مخرج غالب حمل می‌گردد، زیرا غالباً تا سه روز، بصیرت فسخ و لزوم حاصل می‌شود و این قید مقتضی منع زیادت از سه روز نیست (ابن جوزی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۶۸). در ضمن دیدگاه جمهور (حنابله، مالکیه، امامیه، ابویوسف، محمد بن حسن شیبانی، کرخی و طحاوی از حنفیه، ابن منذر از شافعیه، سفیان ثوری، ابن ابی لیلی، حسن بن صالح، اسحاق بن راهویه، ابو ثور، عبیدالله بن حسن عنبری، و داود ظاهری) بر خلاف آن ثابت است، جمهور بر این باورند که در خیار شرط مدت معینی تعیین نشده است، بلکه متعاقدین هر مدتی را که در خیار، شرط کرده باشند جایز است؛ چه آن مدت کم باشد چه زیاد، زیرا خیار شرط در عقد بیع به خاطر حاجت و مصلحت متعاقدین و دفع ضرر از آنها مشروع شده است و گاهی این حاجت در بعضی از کالاها بیشتر از سه روز احساس می‌شود (ابن- قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۴۹۸؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۱؛ نووی، بی تا، ج ۹، صص ۲۲۵-۱۹۰؛ ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۲۲۵؛ خویی، بی تا، ج ۳، ص ۱۹۰).

از مطالب فوق چنین برداشت می‌شود که بر عقد تصریف با ماهیت بیع و خیار شرط ایراداتی وارد است که در نتیجه با اصول عرفی و رایج این عقد در تعارض است و از این- رو بیع و خیار شرط دانستن ماهیت عقد تصریف چندان موجه و مستدل به نظر نمی‌رسد.

۲. بیع توکیلی بودن عقد تصریف

وکالت عبارت از عقدی است که به موجب آن کسی که اهلیت تصرف دارد را همانند خویش برای انجام کاری که شرعاً نیابت‌پذیر است نایب و جانشین خود قرار داد (غیثایی، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۲۱۶؛ خرشی، بی تا، ج ۶، ص ۶۸؛ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۰؛ حجاوی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۳۶۷). از این رو در عقد تصریف تاجر مغاره‌دار را بر فروش کالا جانشین خود قرار می‌دهد.

۲-۱. ویژگیهای بیع توکیلی

برخی از ویژگیهای توکیلی در خرید و فروش عبارت است از:

الف) اجرت و عمل در آن معلوم باشد، چنانچه در ذکر اجرت، سکوت شود، به اتفاق فقها اجرت مثل لازم می‌گردد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص ۲۷؛ خطاب، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۱۸۸؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۴۰۷؛ مرداوی، بی تا، ج ۵، ص ۴۰۴؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۴، ص ۷۵) و چنانچه عمل در آن معلوم نگردد و موکل فيه مطلق بیان گردیده باشد، دیدگاه جمهور (مالکیه، شافعیه، حنابله، امامیه و قول مفتی به نزد حنفیه) آن است که در صورت مطلق بر نقد بلد، عدم نسبه و ثمن مثل حمل می‌شود (بلخی، ۱۳۱۰ق، ج ۳، ص ۵۸۸؛ ابن شاس، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۲۷؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۴۳؛ بهوتی، بی تا، ج ۳، ص ۴۷۴؛ حلی، بی تا، ج ۳، ص ۵۰)، ولی ابوحنیفه معتقد است که در صورت مطلق به قلیل و کثیر و به هر کالایی جایز است (غیتابی، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۲۶۸).

ب) در وکالت بر بیع، اجل بایستی معلوم باشد (عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۴۱۸؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۴، ص ۷۵).

ج) توکیلی در بیع و شراء با اجرت و بدون اجرت جایز است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۹۱؛ ابن جزی کلبی، بی تا، ج ۱، ص ۲۱۶؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۳۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص ۶۸؛ حلی، بی تا، ج ۳، ص ۲۲). چنانچه توکیلی با اجرت انعقاد یافته باشد، در فقه اسلامی اجاره محسوب شده و تمام احکام فقهی اجاره بر آن جاری می‌گردد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۹۱؛ ابن شاس، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۳۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۸؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۴، ص ۷۵).

۲-۲. مقایسه عقد تصریف با بیع توکیلی

عقد تصریف با ماهیت بیع توکیلی عبارت از عقدی است که به موجب آن عمده‌فروش و یا تاجر، خرده‌فروش و مغازه‌دار را وکیل کند که اجناسش را به قیمت معین به فروش برساند و وکیل در برابر فروش کالا اجرت معینی را دریافت کند و آنچه به فروش نرفت را نیز برگرداند.

به نظر می‌رسد عقد تصریف از جهاتی با توکیلی در خرید و فروش شبیه باشد. برخی از وجوه تشابه آن عبارت است از:

الف) در عقد تصریف نیز اجرت و عمل معلوم و معین است، زیرا مقصود و هدف نهایی از آن جا افتادن کالا در بازارهای تجاری و سود حاصله از آن برای طرفین است و این جز با اخذ اجرت بر آورده نخواهد شد.

ب) اگر عقد تصریف با صیغه وکالت انعقاد یافته باشد و ماهیت آن نیز توکیل در بیع دانسته شود، در آن صورت اجاره محسوب گردیده و تابع قوانین و مقررات مربوط به اجاره خواهد بود و از این رو اجل در آن بایستی معلوم باشد.

با توجه به شباهتهای فوق، به نظر می‌رسد که عقد تصریف از حیث ماهیت متناسب با وکالت در بیع باشد، زیرا وکیل، مالکیت بر چیزی ندارد، بلکه نایب موکل است و وکیل وجهی را به موکل خود پرداخت نمی‌کند، بنابراین خللی همانند مجهول بودن مالکیت مبیع و ثمن و مجهول بودن پایان و قطعیت معامله بر قول وکالت بودن عقد تصریف وارد نیست، زیرا موکل اقدام وکیل را در انجام دادن اعمال حقوقی معین و معلوم به منزله اقدام خود می‌داند و آن را به او واگذار می‌کند که به نام و حساب موکل تصرفاتی داشته باشد و به تبع آن، آثار مترتبه از آن نیز به موکل برمی‌گردد، چرا که وکیل فقط در حکم واسطه است. با وجود این شباهتها بر قول به وکالت بودن عقد تصریف نیز ایراداتی وارد است:

ایراد اول: اصل در وکالت بر تبرع و عدم استحقاق اجرت است و از جمله عقود نیست که بر اساس تبادل مشروع شده باشد؛ حال آنکه مقصود از عقد تصریف بازاریابی کالا در بازارهای تجاری و سود حاصله از آن برای طرفین است (حموی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۱۲۱).

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: اخذ اجرت در عقد وکالت امر جایزی است و فقها بر جواز وکالت در قبال عوض اتفاق دارند، زیرا در صورت قول به وکالت بودن عقد تصریف شروط و ارکان عقد اجاره بر آن اعمال می‌گردد.

ایراد دوم: عقد وکالت از جمله عقود جایز است و هر یک از طرفین هر زمان بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند، در حالی که عقد اجاره از جمله عقود لازم است که در عقود لازم، فسخ جز با رضایت طرفین امکان‌پذیر نیست (بلخی، ۱۳۱۰ق، ج ۳، ص ۵۶۷؛ خطیب شریینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۵۷؛ ابن‌قدمه، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص ۷۵؛ آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۱، ص ۳۱۰).

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: بلی، فقها بر این باورند که عقد وکالت از جمله عقود جایز است، زیرا اصل در آن بر تبرع است؛ اما اینکه وکالت با اجرت از جمله عقود لازم است یا جایز، در این زمینه فقها دیدگاه‌های متعددی را بیان داشته‌اند که به قرار ذیل است:

دیدگاه حنفیه، شافعیه، حنابله آن است که وکالت با اجرت و بدون اجرت از جمله عقود جایز است و طرفین هر زمان اراده کنند می‌توانند آن را فسخ کنند، زیرا ملاک، الفاظ به-کاررفته در انعقاد عقد است و این عقد با صیغه وکالت منعقد شده است و استحقاق اجرت، آن را از اصلش خارج نمی‌کند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۱۳۱؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۵۷؛ بهوتی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۶۸)؛ اما مالکیه و امامیه معتقدند که بر وکالت با اجرت احکام اجاره تطبیق می‌گردد و از این رو وکالت با اجرت نزد مالکیه و امامیه از عقود لازم است و جز با رضایت طرفین فسخ نمی‌شود (علیش، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۴۱۶؛ آل کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج ۴، ص ۷۵).

ایراد سوم: ید در عقد وکالت امانی است و در صورت هلاک و تلف شدن بدون تعدی و تفریط، وکیل ضامن نیست (بلخی، ۱۳۱۰ق، ج ۳، ص ۵۶۷؛ ابن شماس، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۳۱؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۵۴؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۴۷؛ آل کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج ۴، ص ۶۹)، حال آنکه عرفاً ید در عقد تصریف ضمانی است و در صورت هلاک و تلف شدن کالا، خرده‌فروش ضامن آن است.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: در صورتی که ماهیت عقد تصریف توکیل در بیع دانسته شود، بایستی تابع قوانین و مقررات توکیل در بیع قرار گیرد و از این رو ید در عقد تصریف با ماهیت وکالت نیز امانی است؛ لیکن پذیرفتن آن، عقد تصریف را از صورت اصلی و شایع امروزی که ضمانی بودن آن است خارج می‌کند.

ایراد چهارم: در وکالت غالباً برای وکیل در خرید و فروش اجناس، محدودیت‌هایی وجود دارد، حال آنکه در عقد تصریف خرده‌فروش و مغازه‌دار در کار خود از آزادی کامل برخوردار است و حق هر دخل و تصرفی بر کالا را دارد.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: در صورتی که ماهیت عقد تصریف، توکیل در بیع دانسته شود، بایستی از مقررات مربوط به توکیل تبعیت شود، که این مسئله با ذات عقد تصریف در تعارض است.

با بررسی وجوه افتراقات و تفاوت‌های فوق به نظر می‌رسد که بر عقد تصریف با ماهیت وکالت ایراداتی وارد است که عقد تصریف را از اصول آن خارج می‌کند، بنابراین ماهیت عقد تصریف توکیل در بیع نخواهد بود.

۳. سمساری بودن عقد تصریف

سمسار اسمی است برای کسی که با دریافت حق معینی واسطه میان فروشنده و خریدار قرار می‌گیرد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۱۱۵؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۶۶؛ نووی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۷۰؛ سبحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص ۴۲۲). از این رو در عقد تصریف تاجر سمسار را با دریافت اجرت معین واسطه قرار می‌دهد.

۳-۱. ویژگی‌های عقد سمساری

الف) الزام وجود لفظ و صیغه‌ای که دلالت بر سمساری داشته باشد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۷۴؛ نفرای، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۱۰؛ انصاری، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۳؛ بهوتی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۴۷؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۲۲۵).

ب) در عقد سمساری اجرت از لحاظ جنس، قدر و صفت معلوم است، زیرا سمسار به منزله اجیر است و پیامبر ﷺ وقتی کسی را اجیر می‌کردند، اجرت آن را معلوم می‌نمودند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۱۱۵؛ تسولی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹۹؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۴۴؛ بهوتی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۱۵۴). این در صورتی است که اجرت در سمسار با مبلغ معینی معلوم باشد اما چنانچه این اجرت درصدی باشد، در این زمینه فقها دیدگاه‌های متعددی را بیان داشته‌اند که به شرح ذیل است:

قول مذهب نزد حنابله، دیدگاه امامیه و قولی نزد مالکیه آن است که تعیین اجرت در عقد سمساری با درصد سود معین جایز است (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص ۳۴۵؛ تسولی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹۹؛ حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۴۷). با این استناد که پیامبر ﷺ با اهل خیبر در برابر نصف آنچه از محصول و یا زراعت به دست می‌آید، معامله کرد (مسلم بن حجاج، بی‌تا، ص ۱۵۵۱؛ ابن‌ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۲۴۸) و اجرت با جزء معینی از ثمن نیز همانند آن است.

دیدگاه حنفیه، مالکیه، شافعیه و ابونور آن است که اجرت با درصد سود معین جایز نیست (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۶۳؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۲۲؛ نووی، بی تا، ج ۱۴، ص ۱۶۸؛ ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۹ق، ج ۴، ص ۴۵۲)؛ با این استناد که مبنای منع اجرت در صدی، وجود جهالت نسبت به آن است، زیرا سمسار نمی داند مبیع به چه قیمتی بفروش می رود، زیرا با افزایش قیمت، اجرت آن نیز افزایش یافته و با نقصان قیمت، اجرت آن نیز نقصان پیدا می کند، که در این صورت در حین قرارداد مقدار اجرت نزد آنها مجهول است (مالک بن انس، ۱۴۲۵ق، ص ۲۵۲۹؛ نووی، بی تا، ج ۱۴، ص ۱۶۸).

ج) در عقد سمساری عمل فرد واسطه بایستی معلوم باشد؛ از این رو ذکر آن به صورت مبهم جایز نیست (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۱۱۵؛ تسولی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص ۳۴۵).

۳-۲. مقایسه عقد تصریف با سمساری

عقد تصریف با ماهیت سمساری عبارت از عقدی است که تاجر یا عمده فروش (عامل)، خرده فروش و مغازه دار را اجیر کند که اجناسش را به قیمتی معین به فروش برساند و در برابر فروش کالا اجرت معینی را دریافت کند و آنچه نتوانست به فروش برساند برگرداند. به نظر می رسد عقد تصریف از جهاتی با سمساری شبیه باشد، برخی از وجوه تشابه آن عبارتند از:

الف) از آنجایی که صیغه در عقد سمساری یکی از شروط صحت سمساری است، از این رو عقد تصریف نیز با الفاظی منعقد می گردد که دلالت بر سمساری داشته باشد.

ب) عمل شخص واسطه و اجرت آن از لحاظ جنس، قدر و صفت در عقد تصریف معلوم است و در اجرت درصدی نیز تابع مربوط به احکام سمساری است.

وجود شباهت های بالا، چنان می نمایاند که عقد تصریف از حیث ماهیت متناسب با سمساری باشد، زیرا:

۱- در عقد تصریف با ماهیت سمساری واسطه وجهی را به عامل پرداخت نمی کند، زیرا واسطه فقط واسطه میان عامل و مشتری است و تمام تصرفات آن بر عامل برمی گردد؛ بنابراین غرر و جهالتی بر این عقد وارد نیست.

۲- در قول به سمساری بودن عقد تصریف خللی همانند مجهول بودن مالکیت مبیع و ثمن، مبهم بودن پایان و قطعیت عقد و مجهول بودن مقدار فروش و عدم فروش وارد نیست، زیرا واسطه فقط نایب عامل است و با این حال، بر دیدگاه سمساری بودن عقد تصریف نیز ایراداتی وارد است:

ایراد اول: ید در عقد سمساری امانی است و در صورت هلاک و تلف شدن بدون تعدی و تفریط، سمسار ضامن نیست، حال آنکه ید در عقد تصریف عرفاً ضمانی است و در صورت هلاک و تلف شدن کالا، خرده‌فروش و مغازه‌دار ضامن آن است.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: اگرچه در مورد ضمانی و امانی بودن ید سمسار فقها دیدگاه‌های متفاوتی را بیان داشته‌اند، ولی در این زمینه جمهور ید سمسار را امانی می‌دانند و بنابراین در صورت تلف شدن بدون تعدی و تفریط، سمسار ضامن نیست، از این رو این ایراد بر عقد تصریف با ماهیت سمساری وارد است (بلخی، ۱۳۱۰ق، ج ۴، ص ۴۱۵؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۶۶؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۷، ص ۳۸۴؛ بهوتی، بی تا، ج ۴، ص ۳۳؛ آل‌کاشف‌الغطاء، بی تا، ج ۲، صص ۱۹۶-۱۸۲).

ایراد دوم: در سمساری غالباً برای سمسار در خرید و فروش اجناس محدودیت‌هایی وجود دارد، از این رو سمسار نمی‌تواند در بیع متوسط فیه طرف مقابل عقد قرار گیرد و کالا را برای خودش خریداری کند، حال آنکه در عقد تصریف خرده‌فروش و مغازه‌دار در کار خود از آزادی کامل برخوردار است و حق هر دخل و تصرفی بر کالا را دارد.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: در صورتی که ماهیت عقد تصریف سمساری دانسته شود، بایستی تابع قوانین و مقررات مربوط به سمساری قرار گیرد که در این صورت عقد تصریف را از ضوابط عرفی و شایع امروزی خارج می‌کند که این مسئله با ذات عقد تصریف در تعارض است.

وجود افتراقات و تفاوتها نمایانگر آن است که ماهیت عقد تصریف سمساری نخواهد بود، زیرا عقد تصریف به صورت تمام و کمال از ویژگیهای عقد سمساری برخوردار نیست.

۴. مستقل بودن عقد تصریف

با توجه به عدم انطباق این قرارداد با عقود مالی معین که بیان شد و نظر به ارتکاز عرفی موجود در مورد این عقد، ممکن است گفته شود عقد تصریف یک قرارداد مستقل است. به همین خاطر ضرورت دارد مسئله از این حیث نیز بررسی شود.

۴-۱. ویژگیهای عقد تصریف

عقد تصریف عرفاً از ویژگیهای زیر برخوردار است:

- الف) عقد تصریف از جمله عقود عینی است، از آنجایی که در عقود عینی قبض مبیع شرط صحت آن است، انعقاد عقد تصریف نیز بدون قبض مبیع صحیح نخواهد بود.
- ب) عقد تصریف از جمله عقود معاوضی است و تملیک در عقود معاوضی در ازای عوض صورت می‌گیرد.
- ج) عقد تصریف یک قرارداد خاص و مستقل در ذات خود است، همانند عقد استصناع، بیع وفا و غیره و منطبق بر بیع و شرط، بیع و خیار، وکالت و سمساری نیست، از این رو عقد واحد، غیر مرکب و مستقل است.
- د) بد در عقد تصریف ضمانتی است و در صورت تلف و هلاک شدن کالا، خرده فروش ضامن آن است.

با استناد به قاعده «الأصل فی العقود الصحة» (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۲۲؛ مرداوی، بی تا، ج ۶، ص ۳۱؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۶، ص ۳۷۸) و قاعده «الثابت بدلالة العرف کالثابت بدلالة النص» (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۲۷)، عقد تصریف صحیح و جایز است و با این حال با توجه به مشترکات و شباهتهای عقد تصریف با ماهیت بیع و شرط، قول به مستقل بودن عقد تصریف قابل نقد و ایراد است، زیرا:

اولاً: اصل بر صحت عقود و حجیت عرف اختلافی است^۶ و با استناد به قاعده «الدلیل إذا تطرق إليه الإحتمال سقط به الإستدلال» (شوشاوی، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ص ۱۳۴) هرگاه دلیل محل شک واقع شود، قابل استناد نخواهد بود.

۶. برای تفصیل موضوع رک: زحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۶۷.

ثانیاً: برای استنباط مسائل مستحدثه و جدید نخست به مسائل فقهی که در شرع حکم آنها تبیین شده است، عرضه می‌شود و قواعد و احکام فقه بر آن تطبیق می‌گردد و در صورت عدم مطابقت، بر قواعد عمومی مراجعه می‌شود، از این رو برای به دست آوردن احکام بر این موارد می‌توان با استقراء موارد مختلف احکام شرعی، به جهت‌گیری مشترکات و تفاوتها دست یافت و در صورت مطابقت، بر مصادیق آن تطبیق داد؛ بنابراین حکم بیع و شرط به علت مشابهتها از حیث ارکان و شروط بر عقد تصریف قابل تطبیق است.

۴-۲. بیع و شرط بودن عقد تصریف

شرط عبارت از التزام امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و یا به عبارت دیگر شرط عبارت از: «الزام و التزام در ضمن عقد است» و از این رو اگر در عقد بیع، رهن به شرط گرفته شود، این اشتراط منجر به التزام امر خارجی است که در اصل عقد بیع وجود نداشته است و در صورت مطلق (بدون قید شرط)، این عقد مستلزم رهن نمی‌گردد؛ در نتیجه، شرط قرارداری مستقل و جدا از قرار عقد است، لیکن زمانی معتبر است که در ضمن عقد قرار گیرد و غرض از عقد، وقوع یافتن شرط است (حموی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۱؛ زرقاء، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۱۹؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۰۷؛ موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۹).

بنابراین با توجه به اینکه در مورد شرط از جانب شارع تعریفی از ماهیت و مفهوم آن وارد نشده است، چنین نتیجه گرفته می‌شود که شرط حقیقت شرعی و تعبدی نیست و مفهوم آن کاملاً عرفی است که مؤید این سخن، عدم تعریف آن از سوی شارع و واگذار کردن آن به فهم مخاطبان و عرف جاری در میان مردم است (موحدی محب، ۱۳۸۷ش، صص ۱۱-۱۰).

۵. ویژگیهای بیع و شرط

بیع و شرط دارای ویژگیهایی است که آن را از سایر عقود مطلق متمایز می‌کند، برخی از این ویژگیها عبارتند از:

الف) وجود کلمات دال بر شرط در صیغ عقد همانند: بشرط کذا، أو علی آن یكون کذا، و یا کلمات و الفاظ مشابه که دلالت بر اشتراط دارد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۳۵۰).
 ب) زاید بودن شرط بر اصل قرارداد: در بیع و شرط، شرط قیدشده در بیع باید یک امر زائد و خارجی باشد، به طوری که عقد بدون آن صحیح باشد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۷۸؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۳۷۰؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۰۷).

ج) متعلق بودن شرط به آینده: شرط قید شده در بیع باید مربوط به امور مستقبل و آینده باشد. همانند: بعثتک هذه الدار بمائة ألف دينار إلى أجل کذا علی أن تعطینی رهنا (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۶۳؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۳۲).

د) مجهول نبودن شرط: هرگاه در ضمن عقد، شرطی گنجانده شود که مجهول باشد به نحوی که جهالت آن موجب ابهام مورد معامله گردد، در یکی از شرایط اصلی و اساسی صحت معامله خلل ایجاد شده و در نتیجه عقد باطل می شود (موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۳۱).

هـ) محتمل الوقوع بودن شرط: از این رو اگر وقوع شرط، محال باشد صحیح نیست، همانند: إن طلعت الشمس من المغرب فقد وکلنتک فی بیع منزلی (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۳۴۲).

و) قرار گرفتن شرط در حین عقد: از این رو شروطی که بعد از لزوم عقد، به عقد ملحق و اضافه می گردند، لغو دانسته می شوند (نوی، بی تا، ج ۹، ص ۳۷۴؛ عاصمی، ۱۳۹۷ق، ج ۴، ص ۴۲۱؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۳۵).

ز) مترتب شدن غرض عقلایی بر شرط: زیرا معمولاً تعهدات و التزامات برای رسیدن به مقصودی عقلایی به وجود می آیند، از این رو آنچه مورد اشتراط واقع می شود بایستی معقول و داری غرض عقلایی باشد، بنابراین شرط بدون نفع و فایده، لغو و باطل خواهد بود (موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۲۵).

ح) جایز و روا بودن شرط: مراد آن است که عقد به چیزی ملتزم شود که شرعاً جایز است، از این رو التزام به فعل حرام چون خمر ساختن انگور و یا انجام دیگر محرّمات و یا التزام به ترک واجب جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۰؛ موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۲۴).

۶. شروط صحت بیع

در صورتی که ماهیت عقد تصریف بیع دانسته شود بایستی از شروط صحت بیع برخوردار باشد و لذا برخی از آنها که با موضوع مرتبط است تبیین می‌شود:

الف) تراضی طرفین، از آنجایی که بعضی از متفکران تراضی طرفین را تنها منحصر بر لفظ نمی‌دانند، از این جهت طرق تعبیر از تراضی مختلف است گاهی این تعبیر با الفاظ (صیغه) است گاهی با اشاره، ارسال رسول یا نامه و یا به صورت معاطات^۷ (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۳۳؛ خطاب، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۲۲۸؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۲۵؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۶؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۱۴۵)؛ ولی امامیه در صورتی ایجاب و قبول با ارسال رسول را جایز می‌دانند که رسول وکیل مرسل (فرستنده) باشد (آل کاشف الغطاء، بی تا، ج ۲، ص ۳۷).

ب) معلوم و معین بودن ثمن و مبیع؛ مطابق این شرط، جهالت نسبت به مبیع و ثمن، موجب می‌شود بیع مصداق معامله غرری به خود گیرد، در حالی که پیامبر ﷺ از بیعی که

۷. فقها ذر زمینه بیع به صورت معاطات دیدگاههای متفاوتی را بیان داشته‌اند که به شرح ذیل است: دیدگاه حنفیه، مالکیه، حنبله، غزالی، نووی، بغوی و متولی از شافعیه، اظهر نزد متأخرین امامیه آن است که بیع بصورت معاطات مطلقاً جایز است، با این استناد که هدف بیع که تراضی طرفین است در آن تحقق می‌یابد، ولی امامیه بیع به صورت معاطات را برای متعاقدين ملزم نمی‌دانند و معتقدند که متعاقدين هر زمان اراده کنند می‌توانند آن را فسخ کنند (ر.ک: غیتابی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۶؛ خرسی، بی تا، ج ۴، ص ۴۳۴؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۲۶؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۴۸۱؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۱۵۴). دیدگاه شافعیه، ظاهریه و قول مشهور امامیه آن است که بیع به صورت معاطات مطلقاً جایز نیست، با این استناد که رضا امری پوشیده و درونی است که هیچ کس به آن اطلاع ندارد از این جهت حکم به سببی ظاهری یعنی صیغه منوط شده است، زیرا فعل در اصل وضع بر رضا دلالت ندارد (ر.ک: خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۲۵؛ ابن حزم، بی تا، ج ۷، ص ۲۳۲؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۷). دیدگاه قدوری و کرخی از حنفیه، ابن سریح و رویانی از شافعیه آن است که بیع به صورت معاطات فقط در اشیاء کم‌ارزش جایز است، مستند این قول عرف و عادت جاری مردم بر آن است (ر.ک: ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۵۱۳؛ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۳). با توجه به ادله به نظر می‌رسد قول به جواز بیع به صورت معاطات راجح باشد. زیرا صیغه و لفظ یکی از راههای پی بردن به رضای درونی است نه تنها راه آن؛ از این رو طرق دیگری چون اشاره، کتابت و فعل همراه با قراین می‌تواند بیانگر رضای درونی طرفین باشد.

فرجام و عاقبت آن معلوم نیست نهی فرموده است (مسلم بن حجاج، بی تا، ص ۱۱۵۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸). چه آنکه جهالت در نهایت سبب منازعه، درگیری و خصومت میان متعاقبین می‌گردد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۵۶؛ خرسی، بی تا، ج ۵، ص ۲۲؛ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۱۳؛ بهوتی، بی تا، ج ۳، صص ۱۶۳ و ۱۷۳؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۲۲۴).

ج) معلوم بودن اجل: اجل و مدت در بیع بایستی معلوم و مضبوط باشد، تا غرر و احتمال ضرر در آن منتفی شود (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۵۳۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۸؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۲۱۹؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۵۴۸).

د) خالی بودن از شروط فاسد: بنابراین اشتراط، شرطی که وجود آن موجب غرر در عقد می‌گردد جایز نیست، همانند اشتراط امر مجهول، مثل اشتراط حمل در خرید شتر؛ از این رو بایستی آنچه در عقد بیع بشرط گرفته شود که از غرض صحیح عقلایی برخوردار باشد و مخالف با کتاب خدا و سنت پیامبر ﷺ و منافی مقتضای عقد نباشد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۶۸؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۳۵۴).

۷. بررسی انواع شروط در بیع

از دیدگاه فقها، حکم بیع و شرط با توجه به شرط قیدشده در بیع و اینکه آیا آن شرط در راستا و مصلحت عقد است یا منافات با مقتضای آن، متفاوت است، تفصیل برخی از این شروط و دیدگاه فقها در مورد آن به شرح ذیل است:

الف) شروط مقتضای عقد: آثار مستقیم هر عقد را که بلافاصله پس از انعقاد به دنبال آن می‌آید و بر آن بار می‌شود، می‌توان مقتضای آن عقد نامید، در واقع مقتضای عقد همان اثری است که طرفین معامله به امید و انگیزه ایجاد آن دست به انعقاد آن عقد می‌زنند (موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۲۹)؛ لذا فقها بر صحت شروطی که همسو با مقتضای عقد باشد اتفاق نظر دارند؛ شروطی چون تحویل ثمن از جانب بایع، یا تصرف بر مبیع از جانب مشتری و شرط حبس مبیع تا استیفای ثمن چون در راستای عقد است و محل پذیرش فقها قرار گرفته است، چه آنکه این شروط بدون قید آنها نیز ثابت هستند (غیثایی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۱۸۰؛ خرسی، بی تا، ج ۵، ص ۸۰؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۲۹؛ مرداوی، بی تا، ج ۴، ص ۳۴۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۱۲).

ب) شروط خلاف مقتضای عقد: فقها در مورد شروطی از قبیل عدم هبه آن از طرف خریدار که بر خلاف مقتضای عقد باشد اختلاف نظر دارند: جمهور (حنفیه، مالکیه، شافعیه، ظاهریه و امامیه) این شرط را فاسد می‌دانند (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۴، ص ۴۳؛ عبدی غرناطی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۲۴۲؛ نووی، بی تا، ج ۹، ص ۳۶۷؛ ابن حزم، بی تا، ج ۷، ص ۳۱۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۱۴). دلیل جمهور نهی پیامبر ﷺ از بیع و شرط است^۸ (ابونعیم اصفهانی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۶۰؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۳، ص ۱۳۵)؛ اما حنابله تنها شرط را باطل دانسته و قائل بر صحت بیع هستند (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۴، ص ۱۷۱) و در نتیجه دلیل بطلان شرط مخالف با مقتضای عقد این است که کتاب و سنت حکم به ممنوعیت تخلف عقد از مقتضای خود می‌کنند بنابراین اگر شرطی مخالف مقتضای عقد باشد، مخالف با کتاب و سنت بوده و باطل است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۲۵؛ موحدی محب، ۱۳۸۷ش، ص ۳۰).

ج) شروط عدم مقتضای عقد و عدم منافی آن: شرطی که مقتضای عقد نیست و منافاتی با عقد نیز ندارد ولی در شرع ثابت شده و مستند آن نصوص شرعی وارده است و نیز از محل قبول فقها می‌باشد. شروطی همچون خیار شرط در بیع، اشتراط اجل در پرداخت ثمن و اشتراط رهن از جمله این دسته است (ابن نجیم مصری، بی تا، ج ۶، ص ۹۲؛ علیش، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۵۸؛ عمران، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۲۹؛ مرداوی، بی تا، ج ۴، ص ۳۴۰؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۷۲۹).

د) شروط عدم ملائم و مناسب عقد، ولی ذی نفع: شرطی که مقتضی، ملائم و مناسب عقد نیست، ولی منفعتی برای فروشنده، خریدار و یا مبیع در پی دارد، مانند اشتراط سکونت یک ماه از جانب بایع. فقها در مورد این شرط دیدگاههای متفاوتی دارند: دیدگاه حنفیه و قولی نزد حنابله آن است که با اشتراط منفعت برای بایع، مشتری و یا مبیع بیع فاسد می‌گردد (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۵۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۴، ص ۱۷۱)؛ لذا منفعت را ربا می‌دانند، زیرا در برابر منفعت مبلغی پرداخت نمی‌گردد و منفعت خالی از عوض

۸. البانی این حدیث را ضعیف دانسته است (رک: البانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۷۰۳، ش ۴۹۱)، ولی بسیاری از فقهای اسلامی بر این حدیث در بسیاری از فروع فقهی استناد و استدلال کرده‌اند، از این رو احتجاج و استدلال آنان به حدیث دلیلی است بر صحت حدیث از جانب آنان.

باقی می ماند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۶۹). دیدگاه مالکیه، قول صحیح و مذهب نزد حنابله و دیدگاه امامیه آن است که در صورت اشتراط منفعت معلوم، عقد و شرط صحیح است (عبدری غرناطی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۲۴۶؛ مرداوی، بی تا، ج ۴، ص ۳۵۱؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۷۲۹). مستند این دیدگاه حدیث جابر بن عبدالله است که پیامبر ﷺ شترش را به یک اوقیه^۱ خرید و جابر سواری آن را تا رسیدن به مدینه منوره بشرط گرفت و پیامبر ﷺ این شرط را در حالی که منفعتی است بدون عوض پذیرفتند (بخاری، ۱۴۲۲ق، ص ۲۷۱۸؛ مسلم بن حجاج، بی تا، ص ۷۱۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸، ص ۹۷۰). دیدگاه شافعیه آن است که اگر در قید آن غرضی به مصلحت عقد وجود داشته باشد، عقد و شرط صحیح است، ولی اگر غرض به مصلحت عقد نباشد (همانند بیع با شرط سکونت یک ماه)، با استناد به حدیث نهی از بیع و شرط، بیع فاسد است (انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۳۲).

ه) شروط عدم مقتضی و منافی عقد و بدون منفعت: فقها در مورد شرطی که مقتضی، ملائم و مناسب عقد نیست و منافاتی با عقد نیز نداشته و منفعتی هم برای بایع، مشتری و یا مبیع به دنبال نداشته باشد اختلاف نظر دارند: دیدگاه جمهور (حنفیه، مالکیه و شافعیه) آن است که بیع صحیح است و شرط لغو است، زیرا با اشتراط آن چیزی را مطالبه نمی کند و عملاً منفعتی ندارد، از این رو شرط لغو است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۵؛ علیش، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۵۹؛ نووی، بی تا، ج ۹، ص ۳۶۴). حنابله و امامیه نیز قائل به آنند که عقد و شرط صحیح است (بہوتی، بی تا، ج ۳، ص ۱۹۰؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۷۳۰). شایان ذکر است که حنفیه شرطی را که در میان مردم متعارف است چه منفعتی برای متعاقدین در پی داشته باشد یا خیر، عقد و شرط را استحساناً صحیح می دانند، با این استناد که عرف و عادت حجتی است که با وجود آن قیاس ترک می شود و اثر تخصیص

۹. اوقیه واحد اندازه گیری مقدار وزنه است و از نظر شرعی مقدار آن با توجه به موزونات مختلف است، از این رو مقدار آن در طلا هفت و نیم مثقال شرعی است که برابر و معادل با ۲۹:۷۵ گرم طلاست. در نقره چهل درهم شرعی است که برابر با ۱۱۹ گرم نقره است و در غیر طلا و نقره ۱۲۷ گرم است که برابر و معادل با چهل درهم شرعی است (ر.ک: قلعه جی و قیبی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۹۷؛ فتح الله، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۷۸).

داده می‌شود، زیرا مستند عرف نص و یا اجماع است. همانند اینکه در بیع جوراب، مشتری شرط کند که بایع جوراب را برایش موزه بسازد و یا در بیع موزه، مشتری شرط کند که بایع آن را برایش کفش درست کند (غیتایی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۱۸۲).

۸. مقایسه عقد تصریف با بیع و شرط

عقد تصریف از جهاتی با بیع و شرط شباهت دارد که برخی از این شباهتها به شرح ذیل است:

(الف) در قرارداد عقد تصریف کلمات و الفاظی وجود دارد که بیانگر وجود شرط است، زیرا در آن به صورت شفاهی و یا کتبی شرط می‌شود به دلایلی از قبیل عدم فروش همه و یا بخشی از کالا و یا عدم نیاز برخی از آن، مازاد را به فروشنده برگرداند. لذا مبانی عقد تصریف بر شرط استوار است و اگر شرط در آن ذکر نمی‌رفت، بدون خلاف حکم بیع بر آن جریان داشت.

(ب) در عقد تصریف همانند بیع و شرط، چیز قیدشده یک امر خارجی است که تأثیرگذار بر ذات عقد نیست و عقد بدون آن شرط صحیح است.

(ج) در عقد تصریف، خرده‌فروش متعهد می‌شود تا در آینده (تا پایان اجل) در صورت توان، کالای خریداری شده را به فروش برساند و در صورت عدم فروش همه و یا بخشی از کالا (مازاد) را به فروشنده برگرداند.

(د) غالباً کالای خریداری شده در عقد تصریف تا پایان اجل به فروش می‌رود، از این رو ظاهراً وقوع شرط در عقد تصریف محال نیست.

(ه) شرط برگرداندن کالا در صورت عدم فروش، مسلماً در عقد تصریف در حین قرارداد عقد و در همان جلسه بشرط گرفته می‌شود.

(و) شرط قید شده در عقد تصریف از غرض عقلایی برخوردار است، زیرا خریدار با اشتراط این شرط می‌تواند در صورت عدم فروش همه و یا برخی از کالا مازاد را به فروشنده برگرداند و فروشنده با اشتراط آن از بازاریابی و جا افتادن کالا در بازارهای تجاری برخوردار می‌گردد، که در نتیجه اشتراط این شرط برای متعاملان سودمند خواهد بود.

به نظر می‌رسد عقد تصریف از حیث ماهیت منطبق بر بیع و شرط باشد، زیرا:

- ۱- این دو عقد از مشترکات و شباهتهای بسیاری برخوردار است و این همانندی و مشترکات تا بدانجاست که وحدت و یگانگی این دو عقد را در عین تغایر عناوین به ذهن متبادر می‌کند، زیرا بر بیع و شرط بودن عقد تصریف هیچ ایرادی وارد نیست.
- ۲- عقد تصریف غالباً با الفاظ بیع و شرط انعقاد یافته و مقصود نهایی متعاملان از آن نیز قرارداد بیع و شرط است و با استناد به قاعده «إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ» (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۱۴؛ سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۲۸؛ آل کاشف-الغطاء، بی تا، ج ۱، ص ۱۷۲)؛ نیازی نیست تا از جوانب دیگر این عقد را بررسی کرد، تا در نتیجه به تصحیح این عقد دست یافت، زیرا این عقد بیشتر به بیع و شرط شباهت دارد و کمتر با الفاظ خیار شرط، وکالت و سمساری صورت می‌گیرد.
- ۳- در عقد تصریف با ماهیت خیار شرط، وکالت و سمساری ایراداتی وارد است که در صورت پذیرش آن، عقد تصریف از اصول و ضوابط عرفی خویش خارج شده و در نتیجه این مسئله با ذات عقد تصریف در تعارض است.
- ۴- شرط قیدشده در این عقد بر خلاف مقتضای عقد نیست و نیز منافاتی با عقد ندارد در نتیجه موجب بطلان عقد نگردیده و تأثیرگذار بر ذات عقد نیست، بلکه ناظر بر حقی از حقوق فروشنده است و متعاملین بر آن تراضی دارند.
- ۵- اصل در عقود بر تراضی است و در عقد تصریف طرفین بر استرداد برخی از کالا در صورت عدم فروش رضایت دارند، پس وقتی متعاقدین در عقد بر شرطی راضی شدند، که آن شرط حرامی را حلال و حلالی را حرام نمی‌کرد، وفا به آن شرط جایز است و تراضی طرفین بر صحت شرط کافی است (ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ج ۲۹، ص ۱۵۵).
- ۶- استدلال به قاعده: اصل در شروط بر صحت است تا مادامی که دلیلی بر بطلان آن وجود نداشته باشد و بر شرط مندرج در عقد تصریف دلیلی بر بطلان آن موجود نیست (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، صص ۲۰۶-۲۰۴، صص ۹۸-۹۶، ص ۲۰۹؛ ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ج ۴، صص ۸۳-۷۹؛ زرکشی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۴۷۰).
- ۷- عقد تصریف متضمن نفع برای بایع و مشتری است و ضرر و ظلمی متوجه هیچ‌یک از طرفین نخواهد بود، زیرا برگرداندن همه کالا و یا برخی از آن در صورت عدم فروش، منفعتی است برای مشتری و توسعه تجارت و بازاریابی و جا افتادن کالا در بازارهای تجاری در صورت مراجعه به عقد تصریف منفعتی است برای بایع.

۸- مجهول بودن پایان و قطعیت این عقد دلالت بر عدم صحت آن نیست، زیرا در شریعت اسلامی بیوعی وجود دارد که پایان و قطعیت در آنها مجهول است، در حالی که فقها بر صحت آنها اجماع دارند. همانند: بیع با خیار شرط.

۹- مجهول بودن مقدار برگشتی و یا عدم برگشتی در عقد تصریف دلیلی بر عدم صحت این عقد نیست، زیرا غالباً انعقاد این عقد بر کالاهای شمردنی جاری است و در کالاهای شمردنی در صورت رضایت متعاقدين مانعی بر تجزیه آنان نیست و عقد نیز با تعدد مبیع تعدد پیدا می‌کند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۲۶۴؛ عاصمی، ۱۳۹۷ق، ج ۴، ص ۳۶۸).

۱۰- فقها بر صحت شروطی که بر خلاف مقتضای عقد نیست و در میان مردم متعارف است، اتفاق نظر دارند، چه منفعتی برای متعاقدين داشته باشد یا نداشته باشد (غیتایی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۱۸۱؛ عبدری غرناطی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۲۴۶؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۲۹؛ بهوتی، بی تا، ج ۳، ص ۱۹۰؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۷۲۹). شرط مندرج در عقد تصریف از جمله شروطی است که به مصلحت متعاقدين است و نیز در میان مردم متعارف است.

۱۱- عقد تصریف به دلایلی همچون جلب مشتری از سوی مراکز تولید و پخش‌کننده-های کالا، فروش اجناس توسط فروشندگان و مغازه‌داران، دشواری بازاریابی کالاهای تولیدشده، عدم ترس مغازه‌دار از به فروش نرسیدن اجناس و هم‌چنین در اختیار نداشتن نقدینگی به‌وفور منعقد می‌شود و بسیاری از تولیدکنندگان و فروشندگان راه نجات و رونق تجارت خود را در همین عقد تصریف می‌دانند. بنابراین با استناد به قاعده «الْحَاجَةُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ، عَامَّةٌ كَأَنَّتْ أَوْ خَاصَّةٌ» (ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۷۸؛ سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۸۸؛ زرقاء، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۰۹؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۱۹) عقد تصریف بنا به حاجت و ضرورت جایز است.

وجود مشترکات و شباهتها بیانگر آن است که بر عقد تصریف با ماهیت بیع و شرط ایرادی وارد نیست، در نتیجه عقد تصریف از حیث ارکان، شروط و احکام تابع قوانین مربوط به بیع و شرط است.

نتیجه

برخی از نتایج حاصل از این پژوهش عبارت است از:

۱. عقد تصریف عبارت از عقدی است که در قرارداد آن یکی از متعاقدین به صورت شفاهی و یا کتبی شرط می‌کند به دلایلی از قبیل عدم فروش همه و یا بخشی از کالا و یا عدم نیاز برخی از آن، مازاد را به فروشنده برگرداند.
۲. با بررسی و مقایسه عقد تصریف با عقود متعارف فقهی آن از قبیل خیار شرط، وکالت در بیع و عقد سمساری به نظر می‌رسد در ذیل بیع و شرط قرار گیرد، چه آنکه این عقد با الفاظ بیع و شرط منعقد شده و مقصود متعاملان از آن قرارداد بیع و شرط است و با سایر عقود مذکور با وجود برخی مشابهات مختلف است.
۳. با توجه به شباهت عقد تصریف با بیع و شرط، این قرارداد تابع قوانین و مقررات مربوط به بیع و شرط قرار می‌گیرد؛ از این رو با توجه به ادله، دیدگاه صحت عقد بیع و شرط و به تبع آن عقد تصریف که از قبیل این نوع عقد است راجح باشد.
۴. در مورد قید شرط در عقد تصریف به نظر می‌رسد که شرط قیدشده در این عقد بر خلاف مقتضای عقد نبوده و نیز منافاتی با عقد ندارد، در نتیجه موجب بطلان عقد نمی‌گردد، زیرا اشتراط این شرط تأثیرگذار بر ذات عقد نیست، بلکه ناظر بر حقی از حقوق فروشنده است و متعاملین بر آن تراضی دارند.

پیشنهادها

با توجه به تمامی مطالب بیان‌شده در این مقاله، پیشنهاد می‌شود جهت بررسی بهتر و دقیق‌تر موضوع تحلیل ماهیت عقد تصریف در فقه اسلامی و گستره دامنه آن، ابتدا صورتهای مختلف و رایج ماهیت عقد تصریف، احکام فقهی و حقوقی آنها و به دنبال آن آثار مترتب بر هر حکمی از احکام فقهی آن به صورت مجزا و مستقل در قالب رساله پژوهشی و دانشگاهی در قلمرو فقه اسلامی به صورت تطبیقی و مقارنه‌ای بحث و تحقیق شود تا از یک سو حق موضوع به صورت کامل ادا گردیده و مفید فایده واقع شود و از سوی دیگر پاسخی برای پرسشهای مطرح‌شده در این خصوص باشد تا سندی در دست قضات قرار گیرد تا بر مبنای آن به دعاوی مربوط به این موضوع رسیدگی کرده و احکام فقهی آن را صادر کنند.

فهرست منابع

- قرآن كريم.
- البانى، محمد ناصرالدين (١٤١٢ق). سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة و أثرها السيئ فى الأمة. رياض: دارالمعارف.
- آل كاشف الغطاء، محمدحسين (بى تا). تحرير المجلة. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- ابن ابى جمهور احسائى، محمد بن على (١٤٠٣ق). عوالى اللثالى العزيمية. قم: سيدالشهداء.
- ابن تيميه، احمد بن عبدالحليم (١٤١٦ق). مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيميه. مدينه: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- ابن جزى كلبي، محمد بن احمد (بى تا). القوانين الفقهيّة فى تلخيص مذهب المالكيّة. بيروت: دارالقلم.
- ابن جوزى، عبدالرحمن بن على (١٤١٥ق). التحقيق فى أحاديث الخلاف. بيروت: دارالكتب العلمية.
- ابن حجر عسقلانى، احمد بن على (١٣٧٩ق). فتح البارى شرح صحيح البخارى. بيروت: دارالمعرفة.
- ابن حزم، على بن احمد (بى تا). المحلى بالآثار. بيروت: دارالفكر.
- ابن رشد، محمد بن احمد (١٤٢٥ق). بداية المجتهد و نهاية المقتصد. قاهره: دارالحديث.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم (١٤٢٣ق). عقد الجواهر التمينية فى مذهب عالم المدينة. بيروت: دارالغرب الإسلامى.
- ابن عابدين، محمدامين بن عمر (١٤١٢ق). رد المحتار على الدر المختار. بيروت: دارالفكر.
- نمرى، يوسف بن عبدالله (١٤٠٠ق). الكافى فى فقه اهل المدينة. رياض: مكتبة الرياض الحديثة.
- ابن فارس، احمد بن فارس (١٣٩٩ق). معجم مقاييس اللغة. بيروت: دارالفكر.
- ابن فهد حلى، احمد بن محمد (١٤٠٧ق). المهذب البارع فى شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- عاصمى، عبدالرحمن بن محمد (١٣٩٧ق). حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع. بى جا: بى نا.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (١٣٨٨ق). المغنى. قاهره: مكتبة القاهرة.
- ابن ماجه قزوينى، محمد بن يزيد (بى تا). سنن ابن ماجه. بى جا: دارإحياء الكتب العربية.
- ابن مفلح، ابراهيم بن محمد (١٤١٨ق). المبدع فى شرح المقنع. بيروت: دارالكتب العلمية.

- ابن نجيم مصرى، زين الدين بن ابراهيم (١٤١٩ق). الأشباه و النظائر على مذهب ابى حنيفة النعمان. بيروت: دارالكتب العلمية.
- همو (بى تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دارالكتاب الإسلامى.
- انصارى، زكريا بن محمد (بى تا). اسنى المطالب فى شرح روض الطالب. بيروت: دارالكتاب الإسلامى.
- انصارى، مرتضى بن محمدامين (١٤١١ق). كتاب المكاسب. قم: دارالذخائر.
- ابونعيم اصفهانى، احمد بن عبدالله (١٤١٥ق). مسند الإمام أبى حنيفة. رياض: مكتبة الكوثر.
- باجى، سليمان بن خلف (١٣٣٢ق). إحكام الفصول فى أحكام الأصول. بيروت: دارالكتاب العربى.
- بخارى، محمد بن اسماعيل (١٤٢٢ق). صحيح البخارى. دمشق: دارطوق النجاة.
- بهوتى، منصور بن يونس (بى تا). كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت: دارالكتب العلمية.
- تسولى، على بن عبدالسلام (١٤١٨ق). البهجة فى شرح التنحفة. بيروت: دارالكتب العلمية.
- بلخى، نظام الدين (١٣١٠ق). الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم ابى حنيفة النعمان. بيروت: دارالفكر.
- حجاوى، موسى بن احمد (بى تا). الإقناع فى فقه الإمام احمد بن حنبل. بيروت: دارالمعرفة.
- حر عاملى، محمد بن حسن (١٤٠٩ق). تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
- همو (١٤١٤ق). هداية الأمة الى احكام الأئمة. مشهد: بنياد پژوهشهاى اسلامى آستان قدس رضوى.
- حسيني عاملى، سيد محمدجواد (بى تا). مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة. بيروت: دارإحياء التراث العربى.
- فاضل مقداد (سيورى حلى)، مقداد بن عبدالله (١٤٠٣ق). نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية. قم: كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- حموى، احمد بن محمد (١٤٠٥ق). غمز عيون البصائر. بيروت: دارالكتب العلمية.
- خرشى، محمد بن عبدالله (بى تا). شرح مختصر خليل. بيروت: دارالفكر.
- خمينى، سيد روح الله (١٤٢١ق). كتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى عليه السلام.
- خطاب، محمد بن محمد (١٤١٢ق). مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل. بيروت: دارالفكر.
- زحيلي، محمد مصطفى (١٤٢٧ق). القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب الأربعة. دمشق: دارالفكر.

- زرقاء، مصطفى احمد (١٤٠٩ق). شرح القواعد الفقهية. دمشق: دارالقلم.
- زركشى، محمد بن عبدالله (١٤١٣ق). شرح الزركشى على مختصر الخرقى. رياض: دارالعبيكان.
- همو (١٤٠٥ق). المنشور فى القواعد الفقهية. كويت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية.
- زيلعى، عثمان بن على (١٣١٣ق). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبى. قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية.
- سبجاني، جعفر (١٤٢٩ق). رسائل فقهية. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- سرخسى، محمد بن احمد (١٤١٤ق). المبسوط. بيروت: دارالمعرفة.
- سيوطى، عبدالرحمن بن ابى بكر (١٤١١ق). الأشباه و النظائر. بيروت: دارالكتب العلمية.
- خطيب شريبنى، محمد بن احمد (١٤١٥ق). مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج. بيروت: دارالكتب العلمية.
- شوشاوى، حسين بن على (١٤٢٥ق). رفع النقاب عن تنقيح الشهاب. رياض: مكتبة الرشد.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٤١٢ق). الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- عمرانى، يحيى بن ابى الخير (١٤٢١ق). البيان فى مذهب الإمام الشافعى. جده: دارالمنهاج.
- عليش، محمد بن احمد (١٤٠٩ق). منح الجليل شرح مختصر خليل. بيروت: دارالفكر.
- حلى، حسن بن يوسف (بى تا). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- همو (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- غيتابى، محمود بن احمد (١٤٢٠ق). البناءية شرح الهداية. بيروت: دارالكتب العلمية.
- عبدرى غرناطى، محمد بن يوسف (١٤١٦ق). التاج و الإكليل لمختصر خليل. بيروت: دارالكتب العلمية.
- خويى، سيد ابوالقاسم (بى تا). التنقيح فى شرح المكاسب. قم: مؤسسه احياء آثار امام خويى عليه السلام.
- فتح الله، احمد (١٤١٥ق). معجم الفاظ الفقه الجعفرى. دمام: مطابع المدوخل.
- فيض كاشانى، محمدمحسن بن شاه مرتضى (١٤٠٦ق). الوافى. اصفهان: مكتبة الامام أمير المؤمنين على عليه السلام.
- قلعه جى، محمد رواس، و قنبيى، حامد صادق (١٤٠٨ق). معجم لغة الفقهاء. بيروت: دارالنفائس.
- كاسانى، ابوبكر بن مسعود (١٤٠٦ق). بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. بيروت: دارالكتب العلمية.
- بوسيرى، احمد بن ابى بكر (١٤٠٣ق). مصباح الزجاجه فى زوائد ابن ماجه. بيروت: دارالعربية.
- مالك بن انس (١٤١٥ق). المدونة الكبرى. بيروت: دارالكتب العلمية.

- همو (۱۴۲۵ق). الموطأ. ابوظبی: مؤسسة زاید بن سلطان آل نهیان.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: مؤسسة الوفاء.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- مرداوی، علی بن سلیمان (بی تا). الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. بیروت: دارإحیاء التراث العربی.
- مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). سلسلة الینابیع الفقهیة. بیروت: دارالتراث؛ الدار الإسلامیة.
- مسلم بن حجاج نیشابوری (بی تا). صحیح مسلم. بیروت: دارإحیاء التراث العربی.
- موحدی محب، مهدی (۱۳۸۷ش). نقش شروط در تحول عقود (رساله دکتری). تهران: دانشگاه تهران.
- نفاوی، احمد بن غانم (۱۴۱۵ق). الفواکه الدوانی علی رسالة ابن ابی زید القيروانی. بیروت: دارالفکر.
- نووی، یحیی بن شرف (بی تا). المجموع شرح المذهب. بیروت: دارالفکر.