

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ششم، بهار- تابستان ۹۲، صفحات ۸۵-۱۲۶

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۳/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۴/۲۷

بررسی فقهی و حقوقی ماهیت بیعانه

عباداله رستمی چلکاسری^۱

محمد علی نژادی گورابجواری^۲

چکیده

ماهیت بیعانه هم در حقوق موضوعه و هم در میان فقها کمتر مورد توجه بوده و می‌تواند بحثی تازه و قابل تأمل باشد. میان ماهیت بیعانه و دیگر نهادهای حقوقی شباهت‌های زیاد و ظریفی وجود دارد که گاه باعث شده است، ماهیت آنها در توجیه و بررسی ماهیت حقوقی بیعانه به کار گرفته شود، بدون عنایت به این امر که علاوه بر مشابهت‌ها، تفاوت‌هایی میان آنها نیز وجود دارد و ما در این نوشتار به آنها خواهیم پرداخت.

به‌رغم سکوت قانون‌گذار و اجمال قانون مدنی در خصوص این موضوع، به صرف پرداخت بیعانه نمی‌توان قائل به انعقاد عقد بیع گردید، چرا که هنوز ایجاب و قبولی به صورت قطعی میان طرفین صورت نگرفته است و به تبع آن، آثار عقد بیع را نیز نخواهد داشت. وجه التزام، تعهد یک طرفی به بیع، تعهد متقابل به بیع، عقد معلق و امثال آنها نیز نمی‌توانند قالب‌های مناسبی برای توجیه بیعانه باشند. به همین دلیل با توجه به ادله فقهی و مبانی حقوق ایران در این باره و بررسی آنها به این نتیجه می‌رسیم که بیعانه ماهیت خاص و مختص به خود را دارد و به عنوان پرداخت مقداری از کل ثمن معامله محسوب می‌گردد و در صورت تشکیل عقد در آینده، جزء ثمن اصلی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: بیعانه، بیع عربون، وجه التزام، شرط ابتدایی، تعهد به بیع.

۱- E-rostamy@guilan.ac.ir
m.alinzhadde@gmail.com

۱- استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان
۲- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

۱- مقدمه

دادوستدهای فراوانی روزانه میان افراد جامعه صورت می‌پذیرد در اکثر معاملات انجام گرفته، طرفین سرمایه کافی برای انعقاد عقد ندارند، ولی از طرف دیگر تمایل به انعقاد قرارداد یا خرید کالای مورد نظر خود را به علت موقعیت و شرایط خوب آن دارند. برای ابراز این تمایل، مقداری از ثمن پرداخت می‌شود تا در صورت تشکیل و انعقاد عقد در آینده، جزیی از کل ثمن محسوب شود.

قانون‌گذار کشور ما برخلاف قانون‌گذاران دیگر کشورها که در قوانین مدنی و در باب عقود و معاملات خود، حداقل یک ماده قانونی را به بیعانه اختصاص داده‌اند، در این خصوص ساکت است، که این امر موجب اختلافات و سوءاستفاهایی در پاره‌ای از معاملات و گشایش باب تفسیرهای نادرست از این نهاد حقوقی شده است. ولی در این میان همواره عرف بر آمده از میان مردم و جامعه، حاکم بر اینگونه روابط بوده و روابط میان آنان، را در تنظیم و شکل‌گیری قراردادهای و تعهدات ناشی از آنها نظم بخشیده است.

مقایسه و بررسی ماهیت بیعانه با نهادهای فقهی و حقوقی و امکان انطباق یا عدم انطباق آن با نهادهای مزبور نیاز به تأمل و بررسی دارد. در میان فقها به این موضوع و مباحث پیرامون آن کمتر پرداخته شده یا نسبت به آن با این عنوان اشاره‌ای نشده است. ولی، نهاد مشابهی وجود دارد که می‌توان قسمی از آن را شبیه به بیعانه دانست.

بررسی ماهیت بیعانه، آثار و احکام مرتبط با آن در نظام حقوقی ما و در میان حقوق‌دانان معاصر مورد توجه چندانی واقع نشده و در آثار مکتوب عده قلیلی از نویسندگان، جز در حد اشاره کوتاه و تعریفی مختصر و کلی، کاری تخصصی در باب موضوع حاضر دیده نمی‌شود. تنها کار تخصصی و در خور تأمل که می‌توان از آن یاد کرد، مقاله‌ای با عنوان پیش بها (بیعانه)، است که در آن نویسنده محترم، تنها به بررسی لزوم بیعانه از دیدگاه فقهی و ادله مرتبط با آن پرداخته است. مقاله اخیر و دیگر مطالب مرتبط با موضوع پژوهش حاضر که بصورت پراکنده و محدود در ضمن کتب مختلف حقوقی موجود بوده است، در پژوهش حاضر مورد توجه قرار گرفته است.

پاسخ به این سوالات که آیا می‌توان ماهیت بیعانه را وجه التزام دانست و احکام و آثار آن را برای بیعانه بکار برد؟ یا ماهیت بیعانه را نوعی شرط [ضمنی، ابتدایی، تبانی و یا ...] دانست؟ یا اینکه آن را عقد معلق بدانیم؟ و یا وعده یک طرفی بیع و یا تعهد به انتقال بیع با آثار و احکام مترتب به آنها؟ و یا آنکه ماهیتی جدا و مستقل از آنها بدانیم؟ نیاز به بحث و بررسی دارد که در این تحقیق سعی شده است با بررسی ماهیت هر یک از نهادهای یاد شده به سوال‌های مطرح شده در بالا پاسخ داده شود.

۲- تعریف بیعانه

در بیان مفهوم لغوی بیعانه نظرهای متفاوتی وجود دارد، بیشتر آنها از لحاظ شکلی با یکدیگر متفاوت بوده ولی همه آنها از لحاظ محتوا معنای واحدی را می‌رسانند. در جایی آمده است، بیعانه پولی است که خریدار برای انجام دادن معامله به فروشنده می‌دهد (معین، ۱۳۷۱، ۱: ۶۲۹) و این کلمه را مترادف با پیش‌بها و پیش پرداخت دانسته‌اند. در جای دیگر آمده است، بیعانه، پول کمی که در هنگام خرید متاعی دهند، تا پس از تحویل گرفتن متاع مابقی پول را بدهند، قسمتی از بهایش است که قبلاً از برای استحکام معامله داده می‌شود (دهخدا، ۱۳۴۵، ۱۲: ۵۵۴). همچنین در تعریف بیعانه از جهت حقوقی، اینگونه بیان شده است، بیعانه، مقداری از ثمن است، که از باب اطمینان بایع به تحقق بیع، از جانب مشتری به او پرداخت می‌شود، خواه تسلیم مدت داشته باشد [مانند بیع سلم]، خواه مدت نداشته ولی آوردن مبیع و تحویل دادن آن نوعاً مستلزم زحمت و یا هزینه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ الف: ۱۲۲، همان، ۱۳۵۷، ۱: ۶۳۰ همان، ۱۳۸۶، ۲: ۱۰۴).

به علت شرایط مالی و اقتصادی در معاملات بزرگ و سنگین، پرداخت تمامی ثمن معامله، به یکباره و بصورت کامل برای خریدار مقدور نمی‌باشد، از طرف دیگر او نمی‌خواهد فرصت و موقعیت خوبی را که برای انعقاد معامله پیش آمده است، از دست دهد. به همین دلیل برای آنکه تصمیم جدی و حسن نیت خود برای انعقاد عقد مورد نظر را به فروشنده نشان دهد، مقداری از بهای مورد معامله را به فروشنده [بایع]، می‌پردازد تا علاوه بر آنکه قصد خود به تشکیل عقد را به بایع نشان دهد این اطمینان خاطر را در او ایجاد نماید که در

خرید مبیع و انعقاد عقد مصمم است.

همانگونه که در تعریف بیعانه آمده است، محققان هدف از پرداخت بیعانه را ایجاد اعتماد و اطمینان از طرف مشتری [خریدار]، در فروشنده [بایع] دانسته اند. در واقع همواره در بیشتر عقود و معاملات شرایط برای انعقاد به هنگام عقد برای طرفین آن آماده و فراهم نیست، مواردی پیش می آید که نیاز به تشکیل بیع برای دو طرف احساس می شود ولی زمینه انشای فعلی آن یا تنظیم سند رسمی انشاء به علت فقدان شرایط قانونی تشکیل عقد یا تنظیم سند رسمی تشکیل عقد و یا به دلیل ناتوان بودن یکی از دو طرف یا هر دو طرف برای اجرای مفاد عقد و تسلیم آنچه به وسیله عقد بر عهده او مستقر می شود، فراهم نیست (شهیدی، ۱۳۷۵: ۲۴). در این حالت، توافق و گفتگوهای طرفین عقد، از لحاظ قصد و رضا برای معامله و گفتگوهای مقدماتی و ابتدایی برای تشکیل، مقدار، اوصاف و ... مبیع و ثمن گذشته و طرفین به طور جدی مجاب به انعقاد عقد هستند. در واقع در اینگونه از قراردادهای روابط طرفین از حد گفتگوی ابتدایی فراتر رفته و التزام خود را به عقدی که در آینده منعقد خواهد شد، با پرداخت قسمتی از کل ثمن به طور ضمنی اعلام می نمایند و در صورت شرط شدن میان طرفین و یا با توجه به اوضاع و احوال قضیه، در صورت استنکاف طرفین از انعقاد معامله، و یا تخلف هر یک از آنها از انجام تعهدات خود، مقدار ثمن پرداخت شده یا معادل آن به عنوان جبران خسارات وارده به طرف دیگر پرداخت می شود.

۳- بررسی ماهیت بیعانه از جهت فقهی

بحث تعهدات طرفین نسبت به یکدیگر، وفاداری و پابندی آنان نسبت به تعهدات و توافقات برقرار شده و راههای اجبار و ملتزم ماندن آنان در میان فقها بیشتر به زمان بعد از تشکیل عقد برمی گردد و نسبت به تعهدات و ضمانت اجراهای توافقات منعقد شده قبل از تشکیل و انعقاد عقد، برخلاف دیگر مباحث در باب عقود، در کتب اکثر فقها بحثی به میان نیامده است، ولی عده ای از فقها، از نهاد مشابهی با عنوان بیع «عربون یا آربون»، یاد کرده اند که این نوع از بیع مورد اشاره حقوق دانان معاصر نیز بوده است، اما هر یک تفسیر و برداشت متفاوت از این نهاد فقهی داشته اند. واقع آن است که تعریفی که فقها در کتب خود

از بیع عربون یا آربون کرده‌اند، بسیار کلی و گسترده است که خود بر چند نوع تقسیم می‌شود و نیاز به بررسی و تأمل در هر یک از انواع یاد شده دارد. ولی قبل از آن، در گفتاری جداگانه، تعریف این نوع از بیع و سابقه تاریخی آن را، مورد اشاره قرار خواهیم داد.

۳-۱- بیع عربون و سابقه تاریخی آن

عربون، به فتح عین و راء و عربون و العربان با ضمه عین و سکون راء، اسمی است، غیر عربی (ابن منظور^۱، ۱۴۱۴، ۱: ۵۹۲، عبدالمنعم، بی تا، ۲: ۴۹۰). به گفته المعجم الوسیط، عربون یعنی «مقداری از بها که پیشتر، پرداخت می‌شود، تا اگر معامله انجام پذیرفت، بخشی از بهای کامل باشد و گرنه، از آن فروشنده باشد.» (معرفت، ۱۳۷۴: ۱۴۹)^۲.

ابن اثیر می نویسد، «کالایی را خریده و به صاحب آن، چیزی پرداخت کرده باشد، تا اگر معامله انجام یابد، بخشی از بها به حساب آید و گرنه، از آن صاحب کالا باشد و خریدار، حق بازگرداندن آن را ندارد.» و گفته شده است؛ [منظور امام مالک است] «کسی چیزی را خریده و درهمی را کمتر یا زیادت، پرداخته است و میگوید، اگر این کالا را گرفتیم، معامله انجام می‌پذیرد و گرنه، درهم از آن توست»^۳ (طوسی، ۱۳۴۳، ۳: ۲۰۲).

در برخی از کتب روایی آورده‌اند که، پیامبر اکرم (ص) بیع عربون را نهی فرموده است (ابن ماجه، ۱۴۱۰، ۲: ۷۳۸؛ ابی داود، ۱۴۱۰، ۳: ۲۸۳؛ بیهقی، ۱۴۰۴، ۵: ۳۴۲). همچنین گفته شده است که شافعی بر این موضوع ادعای اجماع کرده است (حلی، ۱۴۱۴، ۱۲: ۱۷۴). از شافعی بیان شده است، «إنَّه لیس بصحیح، لآنه شرط أن یکون للبائع شیء بغير عوض، فهو کما لو شرط للأجنبي»^۴. «این صحیح نمی‌باشد [پرداخت عربون]، زیرا چنین شرطی

۱- الرُّبُونُ وَ الرُّبُونُ؛ كَلِمَةٌ مَا عَقَّدَ بِهَ الْبَيْعَةَ مِنَ الثَّمَنِ، أَعْجَمِيٌّ أُغْرِبُ. قَالَ الْفَرَاءُ: أُغْرِبْتُ إِغْرَابًا، وَ عَرَّبْتُ تَغْرِيْبًا إِذَا أَعْطَيْتَ الرُّبَانَ.
 ۲- نویسنده مقاله بیع عربون را معادل قولنامه در حقوق کنونی امروز دانسته و تا پایان مقاله همواره بر این نظر بوده‌اند که خود جای تأمل دارد.

۳- قال ابن الاثير: «وفيه أنه نهى عن بيع العربان، وهو أن يشتري السلعة و يوضع إلی صاحبها شيئاً علي أنه إن أمضي حسب من الثمن، و إن لم يمض البيع كان لصاحب السلعة ولم يرتجع المشتري، يقال: أعرب في كذا، وعرب، وعربن، وهو عُربان، و عُربون، و عُربون. قيل: سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع، أي إصلاحاً و إزالةً فساد، لئلا يملكه غيره بائناً. وهو بيع باطل عند الفقهاء، لما فيه من الشرط والغرر، وأجازة أحمد، و روى عن ابن عمر إجازته، وحديث النهي منقطع».

برای بایع چیزی به عنوان عوض در بر ندارد، و آن همانند شرط کردن برای بیگانه است» (قدامه، ۱۴۱۷، ۴: ۳۱۳؛ قدامه المقدسی، ۱۴۰۵، ۴: ۶۶).

در بیان صحت بیع عربون آمده است، «عربون، و أربان و أربون. و العامّة یقولون، ربون. و هو أن یشتری السلعة فیدفع درهما أو دیناراً علی أنّه إن أخذ السلعة، کان المدفوع من الثمن و إن لم یدفع الثمن و رد السلعة، لم یسترجع ذلک المدفوع».

«ممکن است موردی (کالایی) را بخرید، درهم یا دیناری را برای گرفتن آن مورد، از ثمن مصرف (پرداخت) کنید. اگر باقی مانده ثمن را پرداخت نکرد مورد (کالا) رد (داده) نمی‌شود و آن مقدار پرداخت شده باز گردانده نمی‌شود» (الرافعی، ۱۴۱۷، ۴: ۱۳۴؛ قدامه، پیشین: ۳۱۳؛ شافعی، ۱۴۰۸، ۴: ۳۱۳؛ قدامه المقدسی، پیشین: ۶۶).

از فقهای شیعه ابو علی محمد بن احمد بن جنید اسکافی، بیع عربون را جایز شمرده است، «العربون من جمله الثمن و لو شرط المشتري للبايع انه ان جاء بالثمن، و الا فالعربون له، کان عوضاً عما منعه من البیع و هو التصرف فی سلعته»، «عربون بخشی از بهاست. و اگر خریدار، برای فروشنده چنین شرط کند که اگر بها را پرداخت، معامله تمام است و گرنه، مبلغ عربون، در ازای این که فروشنده مدتی از فروش و تصرف در کالا خود، باز نگاه داشته شده بود، از آن اوست» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۰: ۹۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ۲: ۱۲۲؛ معرفت، پیشین: ۱۵۳).

در جواز بیع عربون حدیثی از امیرالمنین [ع]، به نقل از امام صادق [ع]، در کتب اربعه آمده است. وهب از امام صادق علیه‌السلام روایت می‌کند که آن حضرت به نقل از امیرمؤمنان علیه‌السلام فرموده‌اند، «لَا یَجُوزُ الْعَرَبُونَ إِلَّا أَنْ یَكُونَ نَقْدًا مِنَ الثَّمَنِ»، «عربون [پرداخت چیزی به فروشنده] جایز نیست، مگر آن که به عنوان پرداخت بهای کالا باشد.» (شیخ صدق، ۱۴۰۹، ۴: ۱۹۸؛ کلینی، ۱۴۰۱، ۱۰: ۲۳۳؛ طوسی، ۱۳۴۳، ۷: ۲۳۴؛ حرعاملی، بی‌تا، ۱۲: ۴۰۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۴، ۱۹: ۲۷۷). در شرح حدیث یاد شده این چنین آمده است، «در عرف آن مردم چنین بوده که بخاطر آنکه صاحب متاع جنس را نفروشد و برای مشتری نگه دارد مبلغی به فروشنده می‌دادند که اگر مشتری پسندید وجه را بابت قیمت محسوب

دارد و اِلا پس دهد، و امام علیه‌السلام می‌فرماید این الزام‌آور نیست چون معاملاتی واقع نشده مگر اینکه جنس را خریداری کرده باشد و مبلغی از ثمن را اداء کند تا بعداً بقیه را پرداخته مال را تحویل بگیرد» (قمی، ۱۴۰۹، ۴: ۲۶۹).

همانگونه که ملاحظه می‌شود، بیع عربون از سوی فقها مورد نهی واقع نگردیده است و به نظر می‌رسد دلایل کسانی که قائل به صحت چنین بیعی هستند، محکم‌تر و پسندیده‌تر از اقوال مخالف باشد. برای بیع عربون اقسامی بر شمرده‌اند، به این ترتیب که در بعضی موارد عقد به وقوع می‌پیوندد و بین طرفین درباره پرداخت ثمن و یا دوام عقد توافقی‌هایی صورت می‌گیرد، ولی در مواردی دیگر بیع صورت نمی‌پذیرد، بلکه میان طرفین برای انعقاد آن عقد توافقی‌هایی می‌شود. میان این دو صورت تفاوت‌هایی وجود دارد، که در ادامه به آنها اشاره خواهیم کرد.

۳-۲- انواع بیع عربون

بیع عربون به سه قسم تقسیم می‌شود، برای روشن ساختن اینکه کدام قسم با ماهیت بیعانه منطبق می‌باشد از سه قسم یاد شده به اختصار یاد میکنیم.

۳-۲-۱- بیع عربون با شرط خیار فسخ

در بیان این نوع از بیع عربون، گفته شده است، بیع واقع می‌شود، مشتری قسمتی از ثمن را می‌دهد و مدتی معین می‌کند تا اگر در آن مدت مبیع را رد کرد، حقی بر آن مقدار از ثمن که داده نداشته باشد و اگر در آن مدت از حق خیار فسخ خود استفاده نکرد، باقی ثمن را هم بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ (ب)، ۱: ۴۱۱). یعنی، گاهی چنین فرض می‌شود که از همان آغاز، توافق و قراردادی بر خرید و فروش یا اجاره صورت پذیرفته و برای یکی از طرف‌های قرارداد یا برای هر دوی آنها حق عدم تسلیم یا حق فسخ، تا زمان معینی (برای نمونه تا زمان ثبت رسمی قرارداد) در نظر گرفته شده است؛ در چنین صورتی هیچ اشکال و تردیدی در درستی و نفوذ عقد وجود ندارد و تنها نکته‌ای که در این فرض وجود دارد این است که تحقق قرارداد اجاره یا بیع از همان هنگام توافق اولیه بوده و در نتیجه نقل و انتقال از همان زمان محقق شده و همه حقوق عینی قرارداد از همان زمان بر آن مترتب می‌شود و

به همین دلیل تمام شروط لازم برای صحت عقد، باید در همان زمان وجود داشته باشد و اگر فسخی هم صورت گیرد اثر آن نه از هنگام عقد، بلکه از هنگامی است که یکی از طرفها به فسخ اقدام کرده است (هاشمی، ۱۳۷۶: ۶۶).

ابن ماجه، در تعریف این نوع از بیع عربون می نویسد، «عربان، یعنی کسی حیوانی را در برابر صد دینار می خرد، آن گاه دو دینار به عنوان قولنامه [بهتر است گفته شود پیش پرداخت]، می پردازد و می گوید، اگر این حیوان را نخرم، این دو دینار از آن تو باشد.» (معرفت، پیشین: ۱۵۰).

این نوع از بیع عربون را نمی توان قالب مناسبی برای بیعانه دانست، زیرا،

الف) در این حالت عقد بیع میان طرفین به شکل کامل و صحیح منعقد شده و طرفین از همان لحظه انعقاد عقد مالک مبیع و ثمن می شوند و همانگونه که در ماده ۳۶۴ قانون مدنی آمده است، «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار...»^۲

ب) در این نوع از عقود، طرفین با رضایت و توافق یکدیگر درباره آثار عقود منعقد شده میان خود که تسلیم مبیع و ثمن است، تصمیم گرفته و انتقال هر یک از آنها را می توانند مشروط به شرایطی همراه با حق خیار برای خود یا شخص ثالثی نمایند [ماده ۳۹۹ قانون مدنی]، در واقع اینکه مقداری از ثمن بعد از عقد پرداخت شود و مابقی مقید به زمان خاصی باشد، که

۱- در عبارت ابن ماجه آمده است: «العربان أن يشتري الرجل دابةً بمائة دينار، فيعطيه دينارين عربونا. فيقول: إن لم أشتري الدابة، فالديناران لك» (ابن ماجه، ۱۴۱۰، ۲: ۷۳۹). به نظر میرسد، منظور از کلمه بیشتری (خریدن)، که در قسمت اول جمله آمده است، دلالت از قصد خرید، مشتری دارد، چرا که همانگونه که در ادامه جمله آمده است، پرداخت دو دینار از جانب وی به عنوان پیش پرداخت است و بیان این جمله که: اگر این مبیع (حیوان) را نخرم، دو دینار پرداخت شده از آن تو (فروشنده) باشد، گویای قصد خرید اوست. همچنین برای صحت موضوع می توان به ادامه عبارت ابن ماجه که به دنبال نقل و قول یاد شده، آمده است اشاره کرد. «وقيل: أن يشتري الرجل الشيء، فيدفع إلي البائع درهما أو أقل أو أكثر. ويقول: إن أخذته، وإلا فالدرهم لك»، یعنی، «و گفته شده است: کسی چیزی را خریده و درهمی، کمتر یا زیادتر پرداخته است و می گوید: اگر این کالا را گرفتم، معامله انجام می پذیرد و گرنه، درهم از آن توست».

۲- این ماده از فقه گرفته شده، زیرا در میان فقیهان امامیه مشهور است، که مبیع از زمان عقد منتقل میشود نه از تاریخ پایان مهلت خیار، چنانکه محقق در شرایع می نویسد: «المبيع يملك بالعقد و قبل به بانتقضاء الخيار و الاوّل اشبه» و مفاد این گفته را نویسندگان پس از او بارها تکرار کرده اند. - به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱، ج ۱۰، انتشارات شرکت سهامی انتشار ۱۳۸۷.

پرداخت شود، یا در اقساط مختلفه پرداخت شود، تأثیری در عقد تشکیل شده ندارد.

۳-۲-۲- بیع عربون به همراه شرط فاسخ

در تعریف این نوع از بیع اینگونه آمده است، بیع، واقع می‌شود و مشتری مقداری از ثمن را می‌دهد تا هرگاه باقی را در مدت معین ندهد بیع، منفسخ شده و بیعانه هم مال بایع باشد. در این صورت حق فسخ وجود ندارد (جعفری لنگرودی، پیشین: ۴۱۱).

تفاوت این نوع از بیع عربون با نوع قبل [بیع عربون به همراه شرط خیار فسخ]، این است که دو طرف می‌توانند شرط کنند، قرارداد پس از مدتی پایان یابد یا در اثر رویداد ویژه‌ای خود به خود منحل شود... این رویدادها ممکن است برخلاف میل و تصمیم دو طرف رخ دهد و عقد را منحل سازد. به همین جهت نباید آن را با شرط خیار، که فسخ را منوط به انشاء عمل حقوقی از سوی مشروط له می‌کند، اشتباه کرد. در شرط انفساخ، هر دو طرف در انحلال قرارداد تصمیم می‌گیرند و آن را منوط به وقوع حادثه‌ای می‌کنند، در حالی که در شرط خیار همه چیز منوط به اراده مشروط له است. از این تحلیل می‌توان نتیجه گرفت که شرط انفساخ تابع احکام خیار شرط نیست؛ نهادی است جداگانه که نفوذ آن را باید بر طبق قواعد کلی و طبیعت عقد سنجید... با وجود این، اگر شرط انفساخ منوط به وقوع حادثه‌ای باشد که در اختیار یکی از دو طرف است، به خیار فسخ بسیار نزدیک می‌شود، با این تفاوت که صاحب خیار مسلط بر انفساخ عقد می‌گردد نه فسخ آن، مانند شرط انفساخ بیع در صورت رد ثمن (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (ب)، ۵: ۱۴۰).

۳-۲-۳- بیع عربون با وعده به بیع

عربون به این معناست که خریدار چیزی به فروشنده می‌دهد که اگر معامله انجام شود، آن از بهای کالا به شمار آید و اگر معامله به هم خورد، خریدار آن را پس نگیرد و در مقابل استفاده‌ای باشد که از کالا برده است (بروجردی، ۱۴۲۹، ۲۲: ۹۶۱). در این نوع از بیع عربون، شخصی مالی را می‌پسندید و مقداری وجه یا کالا به صاحب آن مال می‌داد و از او می‌خواست که تا مدت معینی آن را به کسی نفروشد، زیرا او می‌خواهد آن را بخرد، اگر در آن مدت نیامد و نخرید مبلغی را که از قبل داده است [و قرار بود که در صورت وقوع بیع،

جزء ثمن گردد]، متعلق به طرف دیگر باشد (جعفری لنگرودی، پیشین: ۴۱۱). همانگونه که ملاحظه می‌شود، این نوع از بیع عربون مورد اشاره، برخلاف دو قسم قبلی آن، با ماهیت بیعانه شباهت و نزدیکی بیشتری دارد. ولی اینکه آیا می‌توانیم این نوع از بیع عربون را وعده به بیع بدانیم یا خیر؟ خود نیاز به تأمل و بررسی دارد که در جای خود بررسی شده است.

۴- بررسی ماهیت بیعانه در حقوق ایران

در حقوق ما بر خلاف قوانین دیگر کشورها^۱، نه تنها در قانون مدنی، بلکه در دیگر

۱- در مورد ماهیت بیعانه در قوانین خارجی میان نویسندگان حقوقی ما اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای آن را مترادف واژه Arrhes دانسته و در تعریف آن بیان داشته‌اند: مبلغی پول یا مال منقول است که یک طرف عقد بطرف دیگر در موقع انعقاد عقد میدهد و به سه صورت دیده میشود:

الف - به دهنده آن، حق فسخ می‌دهد ولی آن مبلغ یا کالا از مالکیت او در صورت فسخ، خارج میشود. این قسم در حقوق قوم بابل پیش از اینکه عقود لازم را بشناسند وجود داشت و مبلغ آن زیاد بود و اختصاص به بیع نداشت.

ب - علامت وجود و تحقق عقد بود یعنی جنبه اثباتی داشت و کاشف از تحقق عقد بود و اختصاص به بیع نداشت، در حقوق رم وجود آن، شناخته شده است. مبلغ آن، قابل ملاحظه نبود و حق فسخ در این صورت وجود نداشت.

ج - بیعانه محسوب می‌شود [در حقوق کنونی فرانسه] و حق فسخ وجود ندارد و تمام یا مقداری از خسارت تخلف از تعهد محسوب است [ماده ۱۵۹۰ قانون مدنی فرانسه و ماده ۳۳۶ به بعد قانون مدنی آلمان] (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ (ب)، ۱: ۴۱۲).

برخلاف این دسته از حقوق‌دانان، عده‌ای دیگر در بررسی بیعانه در حقوق کشور فرانسه با استناد به ماده ۱۵۹۰ قانون مدنی آن کشور بیان داشته‌اند: ماده ۱۵۹۰ قانون مدنی فرانسه بر آن است، که هرگاه بیع با دادن بیعانه واقع شده باشد، هر یک از متعاملین می‌توانند آن را بر هم بزنند. چنانکه مشتری بیع را برهم بزند، بیعانه را از دست می‌دهد و چنانچه بایع آن را منحل نماید دو برابر بیعانه به مشتری مسترد می‌دارد. این امر از حقوق رومی دوره ژوستینیان اقتباس شده است (امامی، ۱۳۷۷، ۱: ۴۵۶).

اما برخلاف حقوق‌دانان پیشین، عده‌ای دیگر از آنان به پیروی از نظر قبل در بررسی بیعانه در میان حقوق کشورهای بیگانه دست به تفکیک زده و بیان داشته‌اند: در حقوق فرانسه، با توجه به ماده ۱۵۹۰ قانون مدنی آن کشور، بیعانه نشانه وجود حق فسخ برای دهنده آن یا هر دو طرف قرارداد است، یا به بیان دیگر، بیع با بیعانه همراه با شرط فاسخ معلق است. برعکس، در حقوق آلمان و سویس دادن بیعانه را نشانه تأکید بر استواری معامله می‌دانند که به نظر می‌رسد با مبانی حقوق ما سازگارتر باشد (کاتوزبان، ۱۳۸۷ (الف)، ۱: ۶۳).

قانون مدنی مصر نیز برای پایان دادن به اختلاف و تردید، بیعانه را دلیلی بر جواز عدول از انجام قطعی معامله گرفته است، لذا حقوق‌دانان این کشور در این باره اشاره می‌نمایند: عقد مقرون به بیعانه، مرحله‌ای غیر قطعی در معامله نهایی است، لذا عدول از آن جایز است. ایشان با توجه به ماده ۱۰۳ قانون مدنی جدید مصر بیان می‌نمایند: هرگاه به هنگام وقوع عقد، بیعانه پرداخت شود و طرفین به صراحت یا به طور ضمنی قصد خود را از پرداخت بیعانه تأکید بر معامله اعلام نکنند، پرداخت بیعانه دلیلی بر این می‌باشد که طرفین خواستار اعطای حق عدول از عقد برای یکدیگر شده‌اند، خواه در عقد بیع باشد یا اجاره یا هر عقد دیگری، و اگر در خلال مدتی که می‌توانند از حق مزبور استفاده کنند عدول نکنند، عقد قطعی می‌گردد و لازم است باقیمانده ثمن مورد توافق به مبلغ

قوانین نیز مصداقی با عنوان بیعانه مورد اشاره قانون‌گذار ما قرار نگرفته است، که این خود باب اختلاف نظرهای فراوان، تفسیرها و قیاس‌های غیر قابل قبول از دیگر ماهیت‌های حقوقی را برای توجیه بیعانه گشوده است، بدون آنکه اندکی به شباهت‌ها و تمایزات آنها با شکل و ماهیت بیعانه توجه شود. ما در اینجا به برخی از نهادهای مشابه با بیعانه که از مصادیق شایع در توجیه ماهیت بیعانه هستند، اشاره خواهیم نمود و به شباهت‌ها و تمایزات آنها نیز خواهیم پرداخت.

۴-۱- بیعانه و وجه التزام

اولین و ابتدایی‌ترین فرضیه‌ای که در بررسی ماهیت بیعانه به ذهن می‌رسد، تطبیق ماهیت بیعانه با وجه التزام می‌باشد. از آنجا که میان این دو تشابهات شکلی فراوانی وجود دارد، این دو در بیشتر موارد در یک معنا به کار رود. این شباهت‌ها نباید باعث شود که تصور نماییم بیعانه و وجه التزام به یک معنا بوده و برای جستجوی احکام بیعانه به وجه التزام رجوع نموده و احکام و مقررات آن را در مورد بیعانه نیز مجرا بدانیم، چرا که در میان آن دو جدا از شباهت‌های ظاهری، تفاوت‌های اساسی و ماهوی فراوانی وجود دارد که باعث جدایی آن دو از یکدیگر می‌شود، این نکته ظریف از دید پاره‌ای از حقوق‌دانان نیز در حقوق موضوعه پوشیده نبوده و به آن اشاره داشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف)، ۱: ۶۳).

۴-۱-۱- وجه التزام

التزام که جمع آن التزامات است در لغت به معنای همراه بودن، ملازمه داشتن، به گردن گرفتن، ملزم شدن به امری می‌باشد (معین، پیشین: ۲۳۵). تعاریف متفاوتی از وجه التزام شده است، وجه التزام مبلغ توافقی است که طرفین پیش از وقوع خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تاخیر اجراء آن معین می‌نمایند (طاهری جبلی، ۱۳۷۳: ۱۴۲). برخی دیگر نیز دست به تفکیک زده و وجه التزام را به، وجه التزام قضایی [تعیین خسارت توسط دادگاه]،

پرداخت شده [بیعانه] جهت تکمیل عقد ضمیمه گردد، ولی اگر یکی از آن دو در مدت مذکور از عقد عدول نماید، ضروری است مبلغی معادل پیش پرداخت به عنوان جریمه عدول به دیگری بپردازد (السنهوری، ۱۳۸۲، ۱: ۱۴۳).

وجه التزام غیر قراردادی [تعیین خسارت توسط قانون] و وجه التزام قراردادی یا توافقی، تقسیم کرده‌اند و در تمایز میان آنها بیان داشته‌اند، در وجه التزام قضایی و غیر قراردادی برخلاف وجه التزام قراردادی، عنصر اراده و توافق طرفین وجود ندارد (عادل، ۱۳۸۰: ۸۸؛ قربان وند، ۱۳۸۷: ۲۹؛ حسین آبادی، ۱۳۸۱: ۴۸). عده‌ای دیگر نیز از وجه التزام با عنوان شرط جزایی یا شرط جزا یاد کرده‌اند (جعفری لنگرودی، پیشین: ۴۰۴؛ همان، ۱۳۸۱، ۵: ۳۷۴۸).

وجه التزامی که با توافق طرفین شکل می‌گیرد ممکن است، در ضمن عقد و یا بعد از آن و به موجب قرارداد جداگانه‌ای بوجود آید. می‌توان با توجه به تعاریف فوق و دسته بندی هایی که وجود دارد، در تعریف وجه التزام بیان داشت: «حق مطالبه مبلغی است که در نتیجه توافق طرفین در ضمن عقد و در صورت عدم انجام تعهدات ناشی از آن، برای طرفین محقق می‌شود».

۴-۱-۲- شباهت‌ها و تفاوت‌های وجه التزام با بیعانه

۴-۱-۲-۱- شباهت‌های وجه التزام با بیعانه

الف) وجه التزام و بیعانه معمولاً ضمن و یا قبل از تشکیل عقد مورد توافق طرفین آن قرار می‌گیرد.

ب) در هردوی آنها، مشتری یا مشروط علیه، متعهد به پرداخت است.

ج) مقدار بیعانه و وجه التزام همواره مشخص است.

د) زمان مطالبه هر دو نیز همواره مشخص و تعیین شده می‌باشد.

ه) هر دو جز قوانین تکمیلی بوده و طرفین می‌توانند بر خلاف آنها توافق نمایند.

۴-۱-۲-۲- تفاوت‌های وجه التزام با بیعانه

الف) مهمترین ویژگی که درباره وجه التزام می‌توان بیان داشت این است که، وجه التزام تعهد فرعی بر تعهد اصلی است، یعنی در ابتدا، انجام تعهد اصلی مورد نظر طرفین می‌باشد

نه مقدار وجه التزامی که در ضمن آن قرار داده شده است. در واقع همان گونه که بیان شده است فرض اینکه وجه التزام تعهد اصلی یک قرارداد باشد فرضی غلط است (طاهری، ۱۳۵۴: ۵۷) در حالی که بیعانه همواره، جزئی از ثمن معامله بوده و از تعهدات اصلی طرفین در عقد بشمار می رود نه تعهد فرعی ناشی از عقد.

ب) وجه التزام ماهیتاً شرط جبران خسارات حاصل از عقد تشکیل شده است، آنهم با توافق طرفین، یعنی در واقع وجه التزام، جانشین خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا سوء انجام تعهد یا تاخیر در انجام تعهدات می باشد، همین ویژگی وجه التزام باعث شده است که از آن با عنوان جریمه مالی عدم انجام تعهد نیز یاد شود (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ۲۲۹، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ (ب)، ۱: ۴۰۴؛ عادل، پیشین: ۹۰) در حالی که ماهیت بیعانه نمی تواند جبران خسارت باشد، چرا که پرداخت آن از طرف مشتری به عنوان قسمت و جزئی از کل ثمن در جهت اجرای تعهدات اصلی طرفین در عقد می باشد.

ج) مطالبه وجه التزام همواره پس از عقد و در صورت عدم انجام یا تاخیر در انجام تعهد و یا مطالبه ذینفع [مشروط له] صورت می گیرد، آن هم با رعایت شرایط و مقرراتی که در قانون پیش بینی شده است [ماده ۲۳۷ به بعد قانون مدنی]، ولی بیعانه غالباً پیش از عقد و به رضای مشتری، بعنوان حسن انجام معامله پرداخت می شود و برای مطالبه آن نیازی به اقامه دعوا و وجود شرایط قانونی برای مطالبه آن نمی باشد.

د) از ویژگی ها و خصوصیات وجه التزام این است که باید وجه نقد و پول باشد، یعنی، متاع و کالا نمی تواند وجه التزام قرار گیرد (طاهری جبلی، ۱۳۷۳، ۱۴۵، طاهری، ۱۳۵۴، ۵۷) در حالی که برخلاف وجه التزام، می توان قائل بر آن بود که طرفین بتوانند با تراضی، مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) را به عنوان بیعانه قرار دهند. در واقع پرداخت بیعانه به عنوان جزئی از ثمن مبیع می باشد و ثمن یکی از عوضین عقد بیع محسوب می شود و همان گونه که بیان شده است؛ «هر آنچه که عنوان مال بر آن صدق نماید، اعم از عین، منفعت و حق، می تواند عوض مبیع قرار گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف)، ۱: ۴۳؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۳). در حالی که وجه التزام، همان گونه که بیان شد، ماهیتاً نوعی جبران خسارت یا ضمانت اجرا

می‌باشد که به تصریح قانون‌گذار باید مبلغی مشخص و معلوم باشد (۳۳۰ق.م)، مگر در موارد خاص که تعیین آن بر عهده دادگاه می‌باشد.

با توجه به مطالب یاد شده می‌توان گفت میان وجه التزام و بیعانه هرچند از لحاظ شکل ظاهری شباهت‌هایی وجود دارد ولی جهات افتراق آنها به اندازه‌ای است که مانع از آن می‌شود که احکام و مقررات وجه التزام را برای بیعانه قابل اجرا بدانیم. میان آنها ماهیتاً تفاوت‌های بارزی وجود دارد و این مسئله همواره مورد توجه دادگاه‌ها و رویه قضایی بوده و آنها را دو نهاد جدا از یکدیگر دانسته و در آرای خود از آنها در کنار [عرض] یکدیگر یاد کرده‌اند، نه در طول هم و با یک ماهیت^۱.

۱- در پرونده شماره ۹۳۷/۳۶ شعبه ۴ دادگاه بخش تهران، مدعی به استناد قولنامه و گواهی سردفتر، دائر بر اینکه معامله در روز موعد انجام نشده است، درخواست الزام خوانده را به پرداختن وجه التزام مقرر بین طرفین می‌کند و در ضمن از دادگاه می‌خواهد که حکم به استرداد مبلغ بیست هزار ریال بیعانه‌ای که به فروشنده پرداخته است بدهد. در این دعوی، به اثبات رابطه علیت بین تخلف خوانده و انجام نشدن معامله توجه نشده است و مدعی می‌خواهد با اثبات «انجام نشدن معامله» وجه التزام و بیعانه را بگیرد و دادگاه بدین شرح درباره دعوی رای می‌دهد.

«در خصوص مطالبه مبلغ بیست هزار ریال وجه التزام:

نظر به اینکه به موجب مفاد قولنامه مورد استناد، استحقاق هر یک از طرفین نسبت به مطالبه وجه التزام مخصوص موردی است که عدم انجام معامله صرفاً مستند به تخلف طرف دیگر قرارداد باشد، و با این ترتیب خواهان برای اثبات صحت دعوی باید آمادگی خود در اجرای قرارداد و امتناع خوانده را از آن در دادگاه مدلل دارد.

و نظر به اینکه گواهی دفتر ۹۸ که حاکی است بعلت اختلافات طرفین معامله در روز ۱۳۳۳/۳/۱۶ انجام نگردیده به هیچ وجه نظارتی به بیان علت عدم انجام معامله و امتناع یکی از طرفین از اجرای قرارداد ندارد، لذا خواهان محکوم به بی حقی می‌شود.»

«و در خصوص مبلغ بیست هزار ریال بیعانه:

نظر به اینکه مستندات خواهان با عدم تکذیب خوانده محمول بر صحت و حاکی از اینست که خوانده مبلغ مزبور را بعنوان بیعانه قطعه زمین شماره ۲۸۲ در تاریخ ۱۳۳۳/۳/۱۲ از خواهان دریافت داشته و معامله مزبور نیز بعلت اختلاف طرفین انجام نگردیده است و نظر به اینکه خوانده هیچگونه دلیلی که پرداخت وجه مزبور یا استحقاق خود را در تملک آن اثبات کند بدادگاه تقدیم نکرده است و مطابق مفاد قسمت اخیر قولنامه و با توجه به اینکه معلوم نیست خواهان از انجام معامله خودداری کرده باشد دعوی ظاهراً بنظر صحیح میرسد و خواننده با استناد ماده ۳۰۱ قانون مدنی محکوم میشود که وجوه زیر را به خواهان بپردازد...» (کاتوزیان، ۱۳۸۷الف)، ۱: ۸۳.

همانگونه که ملاحظه می‌شود، دادگاه در رای خود میان وجه التزام و بیعانه تمایز قائل شده و آن دو را یکی ندانسته، بلکه دو نهاد مستقل از یکدیگر یاد کرده و به صورت جداگانه نسبت به آنها تصمیم‌گیری و فصل خصومت نموده است.

۴-۲- بیعانه و انواع شروط

گاهی افراد قبل از انعقاد عقد اصلی، در ضمن یک عقد یا جدای از آن، صریحاً یا ضمناً و یا بدون آنکه عقدی به دنبال آن بیاید، نسبت به یکدیگر تعهداتی را می‌پذیرند، که برخی از آنها صحیح و درست و برخی دیگر نیز باطل می‌باشد. به جهت شباهتی که میان انواع شروط و بیعانه وجود دارد، در این گفتار به بررسی ماهیت انواع شروط موجود با بیعانه می‌پردازیم.

۴-۲-۱- مفهوم شرط

۴-۲-۱-۱- مفهوم لغوی

شرط در لغت به معنای علامت، عهد، پیمان و تعلیق چیزی به چیز دیگر است، همچنین در معنای شرط آمده است: «الزام الشيء و التزامه فی البیع»، الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن را در بیع گویند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۲: ۳۳۵). در منابع فقهی نیز فقها برای روشن شدن معنای اصطلاحی این واژه و فهم درست روایاتی که متضمن این کلمه هستند، به تبیین مفهوم لغوی و عرفی شرط همت گماشته‌اند (قرشی، ۱۴۱۲، ۴: ۱۵؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۶: ۳۸؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۰: ۳۰۵؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۴: ۲۵۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۷: ۳۲۹).

۴-۲-۱-۲- مفهوم اصطلاحی

برای معنای اصطلاحی شرط تعاریف زیادی از جهات مختلف آورده‌اند.^۱ در قرآن مجید، واژه شرط به صورت مفرد نیامده است؛ ولی صورت جمع آن یعنی اشراط به کار رفته است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱: ۱۲) در علم اصول فقه آنچه را از عدمش، عدم چیزی دیگر لازم می‌آید، اعم از آنکه از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر شرط آن چیز می‌دانند. شرط

۱ - علاقمندان می‌توانند برای دیدن تعاریف مختلف شرط از جهات متفاوت به کتاب قواعد فقه بخش مدنی، آقای دکتر سید مصطفی محقق داماد، ج ۲۱، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی ۱۳۸۸، و همچنین، مقاله آقای غلامرضا ذاکر صالحی، با عنوان شرط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین، ص ۱۴۳ و ۱۴۴، مجله مقالات و بررسیها، ش ۷۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، رجوع نمایند.

در اصطلاح منطق و فلسفه نیز، امر لازم برای تحقق امر دیگری است، که مشروط نامیده می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۷).

در حقوق، عقد مشروط، عقدی است که در آن شرطی درج شده و دربردارنده یک یا چند التزام فرعی است که التزام اصلی را مقید می‌سازند. به دیگر سخن، عقد مشروط عقدی است که علاوه بر تعهدات اصلی که موضوع عقد را تشکیل می‌دهد، یک یا چند تعهد فرعی دیگر نیز در آن وجود دارد. قرار یا التزام یاد شده ممکن است صریحاً در متن عقد ذکر شده باشد که از آن به «شرط صریح»، تعبیر می‌کنیم و امکان دارد عقد بر آن استوار باشد هر چند در متن عقد ذکر از آن به میان نیامده باشد، که آن را «شرط ضمنی» یا «شرط بنایی» می‌نامیم (قنوتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، ۱۳۷۹: ۱۶۱). شرط الحاقی یا شرط بعدی نیز شرط دیگری است که پس از تشکیل عقد، طرفین الحاق و انضمام آن را به عقد انشاء شده قبلی اراده می‌کنند (شهیدی، پیشین، ۴۲). شرط دیگری که می‌توان از آن یاد کرد، شرط ابتدایی یا بدوی است که در تقسیم بندیهای یاد شده قرار نمی‌گیرد و همواره جداگانه آن را مورد بررسی قرار می‌هند.

۴-۲-۲- شرط ضمن عقد

شرط ضمن عقد معمولاً در یک معنای عام و یک معنای خاص بکار برده می‌شود،

۴-۲-۲-۱- شرط ضمن عقد در معنای عام آن

در معنای عام شرط ضمن عقد آمده است، ماهیتی اعتباری و غیر مستقل است که در ضمن عقد انشاء می‌شود و برخلاف عقد یا ایقاع خود مستقلاً انشاء نمی‌گردد (شهیدی، پیشین: ۲۱). به عنوان مثال در خلال عقد بیع شرط می‌شود مبیع در فلان موقع تحویل داده شود و یا در ضمن عقد نکاح، زوجه با زوج شرط کند که او را از وطن خود خارج نکند، بی تردید به این التزام تبعی، شرط گفته می‌شود و اگر وفای به شرط را واجب بدانیم، باید به این قبیل شرطها وفا شود، زیرا قطعاً بر چنین التزامی، عنوان شرط صدق می‌کند. همچنین عموم آیه [المؤمنون عند شروطهم] شامل آن می‌شود و لازم الوفاء خواهد بود (شکاری، ۱۳۷۷: ۷۳).

۴-۲-۲- شرط ضمن عقد در معنای خاص آن

این شرط که از آن به عنوان شرط ضمنی نیز یاد می‌شود، عبارت از شرطی است که در ایجاب و قبول نه به صورت صریح و نه به طور اشاره ذکر نمی‌شود، ولی با لحاظ انس جامعه وجود شرط، معهود در عرف و مورد شناسایی است به گونه‌ای که اگر عقد به طور مطلق هم انشاء شود، وجود شرط مزبور در آن عقد، در ذهن عرف انعکاس می‌یابد؛ مانند اینکه، کارخانه‌ای مورد معامله قرار گیرد اما در معامله از وسایل و ابزار مکانیکی موجود لازم برای بهره‌برداری از کارخانه به عنوان توابع مورد معامله نامی برده نشود، که در این مثال این وسایل و ابزار به حکم عرف، به عنوان شرط ضمنی وابسته به عقد، داخل در معامله خواهد بود (همان: ۴۱).

میان شروط تبانی [بنایی]، که در گفتار بعد به آن اشاره خواهیم کرد و همین قسم از شرط ضمنی، ضمن عقد، هر چند شباهت‌هایی از این جهت که هر دو شرط در عقد ذکر نمی‌شود و آن دو به هنگام انشای عقد مورد لحاظ و متعلق اراده طرفین قرار می‌گیرد، وجود دارد، اما تفاوت‌هایی میان آنها موجود می‌باشد، که باعث تمایز آنها می‌شود. لکن صحیح نمی‌باشد که تعهد ضمنی را همان تعهد [شرط]، تبانی [بنایی]، بدانیم (جعفری لنگرودی، پیشین: ۱۲۸) چرا که شرط بنایی، مورد لحاظ خاص طرفین و معهود ایشان است، در حالی که شرط [تعهد] ضمنی، ضمن عقد معهود در نزد عرف است و به این جهت مورد لحاظ طرفین در عقد قرار می‌گیرد (شهیدی، پیشین: ۴۱).

۴-۲-۳- شروط تبانی یا بنایی

شرط تبانی، شرطی است که پیش از عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته است، هر چند که ضمن معامله مورد تصریح قرار نگرفته باشد، اما به هنگام انشای عقد در اراده طرفین قرار می‌گیرد و طرفین عقد را بر مبنای آن شرط می‌کنند. این‌گونه شرط در عبارات قرارداد انعکاس ندارد، اما فرض این است که به هنگام انشاء عقد با لحاظ شرط در اراده طرفین وارد می‌شود؛ مانند اینکه در خرید و فروش کارخانه‌ای، پیش از ایجاب و قبول، نسبت به فروش محصول کارخانه توافق کنند، سپس ایجاب و قبول بدون ذکر شرط، با بنای بر آن شرط

واقع گردد که شرط مزبور به عنوان شرط تبانی یا بنایی معتبر تلقی می‌گردد (همان: ۴۲) مثال قانونی آن نیز در ماده ۱۱۲۸^۱ قانون مدنی آمده است، که همواره مورد اشاره حقوق‌دانان بوده است، البته بغیر از این ماده از قانون مدنی، مواد ۱۱۱۳، ۴۱۰ و ۴۱۳ آن قانون نیز از سوی برخی نویسندگان ادعا شده، که برای آن دلایلی نیز ارائه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۱۵؛ رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶: ۱۲۵) دو ماده اخیر مورد اشاره، [مواد ۴۱۰ و ۴۱۳]، مورد تردید عده‌ای از حقوق‌دانان قرار گرفته، که برای آن استدلال‌هایی نیز بیان داشته‌اند (شهیدی، پیشین، ۴۷).

فقیهان راجع به مشروعیت شرط بنایی سه دیدگاه، تحت عنوان بطلان، صحت و تفصیل مطرح کرده‌اند. شرط تبانی به نظر مشهور فقیهان لازم الوفا نیست (رفیعی و شجاعی، پیشین: ۱۲۳) بلکه شرط می‌بایست در قالب عقد و متن آن ذکر گردد و شرطی که خارج از عقد مورد توافق قرار می‌گیرد، صحیح نیست.

مطابق نظر عده دیگری از فقیهان شرط تبانی مانند شرط ضمنی و شرط مصرح لازم الوفا است (شهیدی، پیشین: ۴۸) در برابر این دیدگاه‌ها، جمعی دیگر از فقیهان با توجه به دو نظریه پیشین، بیان داشته‌اند که اصولاً شرطی که در متن عقد ذکر می‌گردد، الزام‌آور است و شرط بنایی نیز صرفاً هنگامی که از لوازم عقد باشد، به گونه‌ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت نماید، معتبر است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۲: ۴۰۷).

۴-۲-۴- شرط ابتدایی یا بدوی

شروط ابتدایی، شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده، بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می‌کند، که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرط‌هاست (همان: ۱۲۳؛ خویی، بی‌تا، ۷: ۳۵۲) در تعریف دیگر آمده است، هر شرطی که در ضمن عقدی نیامده یا مبتنی بر آن نباشد و به

۱- ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا متبانی بر آن واقع شده باشد.»

طور کلی شروط و تعهدات مستقل شروط ابتدایی تلقی می‌شوند، همانند اینکه شخص بگوید، ملتزم می‌شوم که ۱۰۰ دینار به تو بپردازم یا تعهد می‌کنم فلان کار را انجام دهم (قنوتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، پیشین: ۹۶). عده‌ای نیز آن را مترادف با عقود نامعین دانسته و بیان داشته‌اند، شرط ابتدایی یک تعهد قراردادی ناشی از اراده دو طرف می‌باشد، منتهی اراده‌ای که در هیچ یک از قالب‌های مربوط به عقود با نام و معین شرعی قرار نگرفته به جهت استقلالی که از عقد دارد، تحت عنوان شرط یا الزام ابتدایی، مورد بحث قرار می‌گیرد و در حقیقت، مترادف با عقد نامعین است (رستمی، ۱۳۹۰: ۱۱۵). همچنین در جای دیگری آمده است، شروط ابتدایی یا شروط بدوی، شروطی است که در ضمن عقد نیامده باشد، بلکه به طور مستقل و خارج از عقدی خاص و معین بین دو طرف مقرر گردد (جعفر زاده، ۱۳۷۶: ۸۷).

به نظر برخی مراد تعهد یک طرفی است و آن تعهدی است لازم که شخص به قصد یک طرفی خود علیه خود ایجاد می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲(الف): ذیل شروط ابتدایی). در مورد اعتبار شروط ابتدایی و الزام‌آور بودن آن فقط شمار اندکی از فقهایان نظر مساعد داشته‌اند و بسیاری از آنان شرط ابتدایی را الزام‌آور ندانسته و بعضاً آن را باطل قلمداد کرده‌اند (قنوتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، پیشین: ۹۶).

در مورد ماهیت شروط ابتدایی در حقوق کنونی آمده است، شروط ابتدایی یا اراده‌های خارج از قالب‌های معین و امضایی در فقه اسلامی با عنایت به کل ساختار حقوق اسلامی و لحاظ جمیع عناصر موجود، امری است که بنا به نظر مشهور، نفوذ و اعتبار لازم را ندارد. اما همین اراده‌های آزاد‌انگه که در پرتو قوانین موضوعه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند طبیعتی دیگر می‌یابند. حقوق موضوعه ایران اصل را بر آزادی قراردادهای نهاده است و تنها مانع نفوذ آن را برخورد با نظم عمومی به معنای وسیع کلمه قرار داده است.

در حال حاضر، قراردادهای خارج از عقود معین، مشروط به نبود موانع، دارای اعتبار و نفوذ کامل می‌باشند (بهشتیان، ۱۳۸۷: ۸۵).

با بررسی عقد مشروط و انواع شروطی که امکان دارد در ضمن عقد و یا قبل از آن

صریحا یا ضمنا و یا جدای از آن بیاید، در می‌یابیم که،

۱- شرط ضمن عقد به معنای عام و فراگیر خود که یکی از انواع شرط [فعل، صفت، نتیجه]، می‌باشد و همچنین شرط ضمن عقد به معنای خاص خود نمی‌تواند، ماهیت بیعانه را توجیه نماید، چرا که:

اولاً: هر یک از آن شروط با توافق طرفین در هنگام تشکیل عقد و یا پس از آن به عقد منعقد شده، الحاق می‌شود (شروط الحاقی) (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۳: ۱۱۸)، که در این حالت عقدی میان طرفین تشکیل شده است.

ثانیاً: هر یک از آن شروط تعهد فرعی به عقد اصلی بوده که منشاء ایجاد آنها عقد می‌باشد، در حالی که پرداخت بیعانه همان‌گونه که قبلا بیان داشته‌ایم، قسمتی از تعهدات اصلی طرفین در عقد می‌باشد، نه از تعهدات فرعی ناشی از شرط ضمن آن.

ثالثاً: تعهدات طرفین در بیعانه همچون شرط ضمن عقد یک طرفی نبوده که در آن یکی از طرفین عقد ذینفع [مشروط له]، و طرف دیگر آن متعهد [مشروط علیه] باشد، بلکه با پرداخت بیعانه [که قسمتی از کل ثمن معامله بوده]، از جانب یک طرف و تعهد او به پایبندی به این تعهد و تشکیل عقد در آینده برای طرف دیگر [بایع]، نیز این تعهد الزام‌آور می‌باشد و او را نیز متعهد می‌سازد که به توافق مورد اشاره احترام گذاشته و به آن پایبند باشد.

۲- شرط تبانی یا بنایی نیز نمی‌تواند قالب مناسبی برای بررسی ماهیت بیعانه باشد، چرا که:

اولاً: به همان دلایل سه گانه‌ای که در شماره قبل بیان داشته‌ایم.

ثانیاً: طرفین در اوصاف و یا دیگر جزئیات مورد معامله یا ثمن با یکدیگر توافق و شرطی نکرده‌اند که عقد آنان بر مبنای آن توافقات صورت گرفته باشد، بلکه در واقع هدف از پرداخت بیعانه، تشکیل و انعقاد عقد اصلی می‌باشد و نه تعهدات ضمن آن. به بیان دیگر، تشکیل خود عقد منظور طرفین می‌باشد، نه شروط بین متعاملین که به صورت مذاکره

مقدماتی در میان آنها به عمل آمده است.

۳- شروط ابتدایی [بدوی]، نیز هر چند از سوی فقها مورد نهی قرار گرفته است، ولی با آنکه عده‌ای از حقوق‌دانان (ذاکر صالحی، ۱۳۸۳: ۱۵۶؛ شکاری، پیشین: ۸۳؛ بهشتیان، پیشین: ۸۵) در مقام پاسخگویی به اشکالات یاد شده از سوی آن دسته از فقهای که شرط ابتدایی را جایز نمی‌دانند، برآمده و برای اشکالات آنان پاسخهای مستدلی از آیات و روایات یافته و ارائه داده‌اند. ولی با توجه به ماهیت شروط ابتدایی [تعهد یک طرفه الزام‌آوری که شخص یک جانبه بر علیه خود و بدون آنکه عقدی به دنبال آن تشکیل شود]، باید گفت، شرط ابتدایی نیز ماهیت مناسبی برای بیعانه نمی‌باشد، زیرا:

اولاً: بیعانه و پرداختن آن نمی‌تواند تعهد و الزام یک طرفی باشد، بدون آنکه عقدی به دنبال آن بیاید.

ثانیاً: برخلاف شرط ابتدایی ماهیت بیعانه با انواع بیع عربون که در فقه از آن یاد شده است، تمامی اقسام آن، دارای طرفدارانی میان فقها بوده و اکثر فقها بیع عربون را مجاز می‌دانند.

۴-۳- بیعانه و عقد معلق

میان بیعانه و عقد معلق، شباهت‌هایی وجود دارد که باعث می‌شود گاه بیعانه را نوعی عقد معلق بدانند، ولی جدا از شباهت‌های ظاهری موجود در میان آنها، تمایزاتی وجود دارد که باعث جدایی آن دو از یکدیگر می‌شود.

۴-۳-۱- تعریف عقد معلق

تعلیق در لغت به معنای در آویختن چیزی به چیز دیگر است. در فقه معاملات، تعلیق به معنای وابسته ساختن عقد به یک امر احتمالی از سوی متعاقدين است (قنواتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، پیشین: ۱۴۵). تعلیق این است که پس از ابراز قصد و انشاء نتیجه ناشی از عقد یا ایقاع، کالا یا بعضاً به طور نهایی بلافاصله پدید نیاید، بلکه پیدایش آن متوقف بر امری در آینده باشد، خواه آن امر حتمی الوقوع باشد [مانند مرگ موصی که اثر وصیت

تملیکی موقوف به مرگ او است و مرگ حتمی الوقوع است]، و خواه در آینده محتمل الوقوع باشد (اختری، ۱۳۷۹: ۱۴۷).

در ماده ۱۸۹ قانون مدنی آمده است، «عقد منجز آن است که تاثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود»، پس، هرگاه طرفین عقد اثر ناشی از آن را بدون هیچ قید و شرطی بوجود آورند، عقد را منجز می‌گویند و در صورتی که اثر منظور را موکول به وقوع شرط دیگری کنند، عقد معلق است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۵۱) به عبارتی دیگر عقد معلق، عقدی است که با اراده منجز طرفین واقع می‌شود و یک رابطه حقوقی میان آنان پدید می‌آورد، لیکن تا وقوع امر دیگری که در عقد پیش‌بینی شده است تاثیر کامل آن به تاخیر می‌افتد (صفایی، ۱۳۸۶، ۲: ۲۷) به عنوان مثال پدری می‌خواهد خانه خودش را به پسرش ببخشد، ولی نمی‌خواهد این بخشش بدون هیچ قیدی باشد و بلافاصله پسر مالک آن شود، بلکه می‌خواهد برای تشویق پسر به تحصیل دانش، خانه خود را به او بدهد، لذا می‌گوید خانه‌ام مال تو، هرگاه دانشکده را تمام کردی و لیسانس گرفتی و پسر هم قبول می‌نماید (امامی، پیشین: ۱۶۳).

۴-۳-۲- انواع عقد معلق

عده‌ای از حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۶؛ احمدی، ۱۳۸۶: ۲۹) اشکال مختلف عقد معلق را بر سه نوع تعلیق در انشاء، تعلیق در منشاء و تعلیق در اثر دانسته و در تعریف آنها بیان داشته‌اند:

۴-۳-۱- تعلیق در انشاء

در این فرض فعل ایجاد کردن، یعنی عقد به معنی مصدری موکول به امر دیگری می‌شود، به عبارت دیگر، انشاء تعهد یا انتقال در زمان عقد نیست، بلکه هنگام حصول معلق علیه است و به تعبیر دیگر، پیدایش وجوب موکول به تحقق شرط است، بنابراین اگر کسی به دیگری بگوید مزرعه را به شما به مبلغ صد میلیون ریال می‌فروشم، اگر تا یک سال دیگر خانه‌ای برای من در زمین بسازی، تعلیق در انشاء صورت گرفته است (شهیدی، پیشین: ۶۸).

۴-۳-۲-۲- تعلیق در منشاء

در این نوع از تعلیق، فعل خلق کردن و ساختن منجز است و معلق نیست و اراده طرفین در جهت ایجاد کردن ماهیت عقد، حرکت می‌کند، منتهی آن ماهیت ایجاد شده، یعنی عقد به معنی حصولی، مطابق خواسته طرفین، باید فقط در صورت حصول معلق علیه تحقق پیدا کند نه به طور آزاد، مانند اینکه مزرعه را به مبلغ صد میلیون ریال به شما فروختم، اگر ظرف یک سال برای من خانه بسازی (همان: ۶۹).

۴-۳-۲-۳- تعلیق در اثر

در این فرض نیز، تعلیق در منشاء است، ولی عاقد، تملیک پس از وقوع معلق علیه را انشاء می‌کند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۲۹). مثالی که می‌توان برای عقد معلق با تعلیق اثر، در قانون مدنی ایران ارائه داد، وصیت تملیکی است که ماهیت آن پس از ایجاب موصی و قبول موصی له محقق می‌شود، لیکن اثر آن که انتقال موصی به، به موصی له است، معلق بر فوت موصی است (ماده ۸۲۷ ق.م) (شهیدی، پیشین: ۶۸).

درباره درستی هر یک از انواع عقد معلق نظرهای گوناگونی ابراز شده است، که بررسی آنها از مباحث ما خارج می‌باشد، ولی خلاصه آنها این است که،

۱- اکثر حقوق‌دانان عقد معلق را اگر تعلیق در منشاء باشد درست می‌دانند (امامی، پیشین، ۱۶۷، عدل، ۱۳۵۴، ۵۰، صفایی، پیشین، ۲۸، کاتوزیان، پیشین، ۶۱، بهرامی احمدی، پیشین، ۳۱).

۲- با وجود سکوت قانون مدنی، اکثر حقوق‌دانان و فقها، بر بطلان عقد معلق با تعلیق در انشاء اتفاق نظر دارند (امامی، پیشین: ۱۶۷؛ عدل، پیشین: ۳۶۸؛ عمید، ۱۳۴۲: ۱۲۶؛ لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۵؛ صفایی، پیشین: ۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸؛ همان، ۱۳۸۸: ۵۴؛ شهیدی، پیشین: ۷۱؛ طاهری، ۱۴۱۸، ۲: ۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۳: ۵۰؛ قمی، ۱۴۱۳، ۲: ۱۰؛ زنجانی، ۱۴۱۹، ۹: ۳۲۵۱؛ عاملی، ۱۴۰۰، ۲: ۲۳۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۲: ۴۳۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۴: ۵۸۹؛ فیاض، ۱۳۸۷، ۲: ۴۳۸).

۳- برای تشخیص اینکه اراده طرفین تعلیق در انشاء است یا تعلیق در منشاء، گفته شده است که هرگاه الفاظی که طرفین برای بیان قصد و نیت خود استفاده می‌نمایند، صیغه مستقبل باشد، تعلیق در انشاء بوده و هرگاه از صیغه ماضی استفاده شود، تعلیق در منشاء می‌باشد، البته بستگی به قصد و اراده طرفین دارد که از کدام صیغه برای بیان مقصود خود استفاده می‌نمایند (شهیدی، پیشین: ۶۸).

با بررسی انواع عقد معلق در می‌یابیم که هیچ‌کدام از آنها، نمی‌تواند برای ماهیت بیعانه قالب مناسبی باشد. زیرا:

۱- تعلیق در انشاء همان‌گونه که اشاره نموده‌ایم، اکثر فقها و حقوق‌دانان، نظر به عدم صحت و بطلان آن دارند و به همین دلیل دیگر جای بررسی در آن باقی نمی‌ماند.

۲- در مورد تعلیق در اثر که به نوعی تعلیق در منشاء نیز می‌باشد و در شکل‌گیری عقد با تعلیق در منشاء یکی بوده اما در آثار با یکدیگر متفاوت می‌باشند باید گفت:

الف) عقد معلق با تعلیق در منشاء که در آن عقد شکل گرفته ولی تنها اثر آن موکول به یک حادثه خارجی محتمل الوقوع شده است با بیعانه که در آن عقد هنوز شکل نگرفته و قرار است در آینده قصد ابرازی طرفین به انعقاد عقد منتهی شود، متفاوت می‌باشد.

ب) پرداخت مقداری از ثمن مورد معامله به عنوان بیعانه، نمی‌تواند حاکی از انشاء معلق عقد در آینده باشد، چرا که همان‌گونه که بیان داشته‌ایم تعلیق در انشاء فاقد اثر است.

ج) همچنین نباید بیعانه را با تعلیق در اثر عقد یکی دانست، چرا که در این حالت نیز همچون تعلیق در منشاء، عقد میان طرفین به صورت صحیح شکل می‌گیرد ولی اثر آن از زمان پیوستن آخرین جزء عقد به آن (پس از وقوع معلق علیه) نمایان می‌شود، در حالی که در بیعانه هنوز عقدی شکل نگرفته و تعهدات طرفین صرفاً در قالب توافقات اولیه می‌باشد.

د) طرفین در بیعانه می‌توانند، بدون دلیل و مانع قانونی برخلاف توافقات خود از انعقاد و تشکیل عقد خودداری کرده و منصرف شوند، ولی در عقد معلق طرفین بسته به نوع عقد، نمی‌توانند، بدون دلیل و مواردی که در قانون پیش بینی شده است، عقد منعقد را منحل

نمایند.

۴-۴- بیعانه و وعده یک طرفی بیع

ماهیت دیگری که از آن می‌توان در بررسی بیعانه یاد کرد، وعده بیع یا وعده یک طرفی بیع می‌باشد، که به بررسی آنها می‌پردازیم.

۴-۴-۱- مفهوم وعده یک طرفی بیع

در تعریف وعده یک طرفی بیع آمده است، و وعده بیع [اخبار یک یا دو نفر]، به دیگری از وقوع عقدی که بعداً بین آن دو نفر واقع خواهد شد بدون اینکه تعهد یا انتقالی صورت گیرد و به همین جهت منشاء اثر حقوقی نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ (الف): ۴۶۴). در جایی که یکی از دو طرف مفاد عقد نهایی و شرایط آن را انشاء و وقوع عقد را موکول به اراده طرف دیگر می‌کند، بدین گونه که، هرگاه او نیز به مفاد عقد رضایت دهد، بدون نیاز به اراده و انشاء دیگری، عقد واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۳۷۷)، یعنی تنها یکی از دو طرف که به طور معمول فروشنده است، تعهد می‌کند، در این پیمان، فروشنده شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع اعلام و انتقال آن را موکول به تمایل خریدار می‌کند، به گونه‌ای که اگر او پیشنهادهای او را بپذیرد عقد واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف): ۶۸).

به عنوان مثال: فروشنده قالیچه‌ای، پس از توافق درباره شرایط معامله، چون خریدار را در تردید می‌بیند، اعلام می‌کند که خریدار تا سه روز حق دارد یا قالیچه را باز گرداند یا قیمت آن را بدهد. در این فرض، عقد بیع تنها به اراده و رضای خریدار واقع می‌شود و به انشاء دوباره فروشنده نیاز ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۳۷۷) درست است که در چنین حالتی خرید و فروش انجام نشده، ولی اراده فروشنده چنان است که اگر به تصمیم خریدار ضمیمه شود بیع را واقع می‌سازد و نیازی به انشای مجدد فروشنده ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف): ۶۹).

مثال حقوقی که برای وعده یک طرفی قرارداد بیان شده است، ماده ۱۲ قانون عملیات

بانکی بدون ربا است^۱. با توجه به آن ماده، اگر بانک کشاورزی می خواهد به کشاورزی وام خرید کمباین بدهد، کمباین را خود بانک خریداری می کند و به کشاورز اجاره می دهد و مقرر می دارد اگر تا ده سال دیگر پول کمباین را پرداخت کردی، کمباین به ملکیتت در خواهد آمد. یعنی از حالا ایجاب می کند با تعهد به نگهداری ده ساله و کشاورز نیز آن را می پذیرد ولی از حالا مالک کمباین نمی شود. به این نوع عمل حقوقی اجاره به شرط تملیک هم می گویند (بهرامی احمدی، پیشین: ۵۸). هرچند میان اجاره به شرط تملیک و مباحث ماهوی مترتب به آن در نحوه انتقال ملکیت، که آیا تعهد به فعل است یا تعهد به نتیجه، با وعده یک طرفی قرارداد تفاوت وجود دارد، ولی از آن جهت که میان آن دو در نوع شکل گیری عقد تفاوت چندانی وجود ندارد، شاید بتوانیم ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی را مثال حقوقی خوبی برای وعده یک طرفی قرارداد بدانیم.

۴-۲-۴- مشابَهت‌ها و تفاوت‌ها

وعده یک طرفی بیع، خود نوعی قرارداد است که با توافق خریدار و فروشنده واقع می شود، تعهد ناشی از آن تنها برای یکی از آن دو است و دیگری فقط از آن سود می برد، ولی پیمانی است الزام آور که از برخورد اراده های آنان به وجود می آید و به همین جهت وعده بیع، هرچند یک طرفی باشد، همیشه الزام آور است. فوت و حجر نیز خللی به آن وارد نمی سازد و وارثان متوفی، به قائم مقامی از او از حق او بهره مند شده و به تعهدات ناشی از آن نیز پایبند می باشند (کاتوزیان، پیشین: ۶۹).

با توجه به مطالب بیان شده درباره وعده یک طرفی بیع و بیعانه هرچند در نگاه اول اینگونه به ذهن می آید که میان آنها هیچ گونه تفاوتی وجود نداشته و حتی شباهت های ظاهری و شکلی میان آنان از جهت آنکه در هر دو هنوز عقدی شکل نگرفته است، وجود دارد، ولی میان آنان تفاوت هایی نیز هست که باعث می شود، نتوان گفت بیعانه همان وعده

۱- ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی، بانکها می توانند، به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، اموال منقول و غیر منقول ربا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر انجام اجاره به شرط تملیک و استفاده خود، خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک به مشتری واگذار نمایند.

یک طرفی بیع است. تمایزاتی از قبیل:

۱- وعده یک طرفی بیع همواره از جانب بایع [فروشنده] است ولی در بیعانه، همواره مشتری مقداری از ثمن را به قصد انعقاد بیع پرداخت می نماید.

۲- وعده یک طرفی بیع، همان گونه که آمده، تعهدی از ناحیه یک طرف عقد است، که کاملاً بیان شده، یعنی در واقع از ناحیه یک طرف، قرارداد واقع شده و با ضمیمه شدن اراده طرف دیگر به آن، عقد کامل و در عالم خارج ماهیت حقوقی به خود می گیرد. در حالی که در بیعانه، صرف پرداخت مقداری از ثمن معامله از ناحیه یک نفر که همواره مشتری است، نشانه تشکیل کامل عقد از ناحیه او نمی باشد.

۳- در وعده یک طرفی بیع، تعهد شخص بر پایبند بودن به تعهدی که کرده است برای او ایجاد التزام کرده و ضمان آور است. در واقع نمی تواند از آن عدول نماید، در حالی که در بیعانه، تعهدات طرفین برای تشکیل عقد ضمان آور نبوده و طرفین می توانند از تشکیل عقد منصرف شوند، بدون آنکه این انصراف برای آنان تعهدآور باشد، مگر آنکه شرط خلافی شده و آن مقدار پرداختی را به عنوان وجه التزام قرار داده باشند.

۴- از آنجا که در وعده یک طرفی بیع که شاید بتوان یکی از مصادیق آن را اجاره به شرط تملیک دانست و یا دیگر مصادیق آن در انواع داد و ستدها، چون موضوع تعهد مال معین و یا در حقیقت، تملیک آن مال معین به طرف دیگر است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهدله ثابت می شود، یک حق دینی خالص نیست، بلکه حقی است که ارتباط به مال معین مزبور دارد و این حق مرتبط به مال معین، نوعی حق عینی است که طبق آن متعهدله می تواند، متعهد را به فروش آن مال به خود ملزم نماید (شهیدی، ۱۳۷۵: ۳۲). در حالی که در بیعانه، هنوز چنین حقی برای هیچ یک از طرفین ایجاد نشده و تعهدات طرفین در قبال یکدیگر صرفاً یک تعهد شخصی و معمولی می باشد که هر یک می توانند از آن عدول نمایند.

۴-۵- بیعانه و وعده متقابل بیع

وعده متقابل بیع (قولنامه) نیز به لحاظ شکل و ماهیت خاصی که در حقوق ما دارد، یکی

دیگر از نهادهایی می‌باشد که می‌تواند ما را در شناسایی ماهیت بیعانه کمک نماید. این نهاد حقوقی به لحاظ موقعیت خاص و کاربرد بسیار زیادی که در جامعه دارد و از آنجا که همواره با مباحث بیعانه درهم آمیخته است، گاهی با بیعانه یکی تلقی شده است ولی علی‌رغم مشابهت‌های فراوان موجود میان آنها، تمایزات اساسی نیز در بین آنها موجود می‌باشد.

۴-۵-۱- تعریف وعده متقابل بیع (قولنامه)

در تعریف قولنامه اینگونه آمده است، ورقه‌ای که خریدار و فروشنده به یکدیگر می‌دهند که پیش از معامله قطعی، در فاصله بین قول و معامله قطعی فروشنده مورد معامله را به دیگری نفروشد و خریدار سر موعد آن را بخرد (معین، ۱۳۷۱، ۲: ۲۷۴۹).

عده‌ای مفهوم قولنامه (تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع) را بسیار جزئی و در سه اصطلاح، لغوی، عرفی و حقوقی آن مورد بررسی قرار داده‌اند (شاگری، ۱۳۸۲: ۱۴۴). در تعریف حقوقی قولنامه آمده است، قولنامه، نوشته‌ای است، غالباً عادی حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی است. این توافق‌ها مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی هستند (جعفری لنگرودی، پیشین: ۵۵۲).

۴-۵-۲- ماهیت وعده متقابل بیع

از مصادیق بارز قراردادهای خصوصی که در عرف معاملات، رواج گسترده‌ای یافته است، تعهد به بیع یا به عبارتی وعده بیع می‌باشد که در عرف معاملات و روابط حقوقی و نیز در محاکم دادگستری به قولنامه معروف است^۱ (علیزاده، ۱۳۸۳: ۷۲).

در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام دادن معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند، که در آن دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند (کاتوزیان، پیشین: ۵۶)، در این فرض، طرفین

۱- آقای دکتر شهیدی، انتخاب عنوان قولنامه را برای وعده متقابل بیع در مباحث حقوقی مورد انتقاد قرار داده و معتقدند که این‌گونه قراردادها را بایستی «قرارداد تشکیل بیع» نامید.

مایل نیستند که مفاد عقد اصلی در خارج تحقق یابد، می‌خواهند ملتزم به انجام آن شوند و انشاء نهایی عقد مورد نظر را موکول به تراضی دیگری سازند. برای مثال: داوطلب خرید زمینی هنوز تمام پول آن را فراهم نکرده است و مالک نیز می‌بایست مقدمات انجام معامله را فراهم آورد. درباره شرایط معامله به توافق رسیده‌اند، لیکن آماده انشای نهایی نیستند. پس، خریدار تعهد می‌کند که زمین را به مبلغ معین بفروشد و فروشنده نیز در برابر او ملتزم به انتقال می‌شود. رابطه این دو شخصی است و هیچ حق عینی از پیمان بوجود نمی‌آید. به همین جهت، معمول است که مبلغی از ثمن به عنوان بیعانه پرداخت شود و «وجه التزام» انجام ندادن معامله قرار گیرد. بدین ترتیب که، هرگاه خریدار نقض عهد کند، حقی بر آن نداشته باشد، اگر فروشنده امتناع ورزد مقدار بیعانه پرداخت شده را با اضافه معادل آن به خریدار بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۳۷۷). به همین دلیل می‌توان گفت چنین تراضی در حدود مفاد خود برای طرفین آن الزام‌آور است و آنان نمی‌توانند به سادگی از انجام تعهدات خودداری کرده و آن را منحل نمایند.

بی‌تردید، قرارداد مزبور یکی از قراردادهای مشمول ماده ۱۰ ق.م و معتبر است. همچنین، مطابق ماده ۲۱۹ آن قانون، «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» و نیز طبق مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م عقد طرفین معامله را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌کند و هرکس تعهد به انجام یا ترک عملی کند، ملتزم به انجام آن خواهد بود (شهیدی، پیشین: ۲۹).

۴-۵-۳- شباهت‌ها و تفاوت‌های بیعانه با وعده متقابل بیع

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، میان تعهد به بیع [قولنامه] و بیعانه شباهت‌های شکلی و ماهوی فراوانی وجود دارد، تا جایی که ممکن است این اشتباه را در ذهن مخاطب ایجاد نماید که آن دو یکی می‌باشند.

۴-۵-۳-۲- شباهت‌های میان وعده متقابل بیع و بیعانه

در بیان شباهت‌های میان بیعانه با تعهد به بیع می‌توان گفت:

۱- در هر دو ایجاب و قبول میان طرفین صورت نمی‌گیرد یا به تعبیر دیگر، عقدی منعقد نمی‌شود.

۲- مقداری از کل ثمن معامله به نشانه تصمیم به انجام معامله، یا حسن انجام معامله، با شرط وجه التزام به صورت صریح یا ضمنی به طرف دیگر پرداخت می‌شود.

۴-۵-۳- تفاوت‌های میان وعده متقابل بیع و بیعانه

هرچند تعهد به بیع، شباهت‌های بسیار و نزدیکی با بیعانه دارد، ولی میان آنها تفاوت‌هایی نیز وجود دارد که باعث جدایی آنان از یکدیگر می‌شود:

۱- تعهد به بیع برای طرفین آن الزام‌آور بوده، ولی صرف پرداخت مقداری بیعانه برای طرفین آن تعهد و الزامی را به همراه ندارد، مگر آنکه شرط خلافی شده باشد. یعنی اگر در تعهد به بیع یکی از طرفین از اجرای تعهد خود، خودداری نماید، طرف دیگر می‌تواند، الزام او را از دادگاه درخواست نماید ولی در پرداخت بیعانه اینگونه نیست.

۲- در بیعانه پیمانی که به شکل مکتوب به همراه وجه التزام باشد، میان طرفین منعقد نمی‌شود. در واقع، صرف پرداخت قسمتی از ثمن معامله به معنای بستن قرارداد نمی‌باشد.

۳- در قولنامه، آن مقدار خساراتی که به عنوان ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد و با عنوان وجه التزام مقرر می‌شود، همواره شکل مکتوب داشته و در قرارداد منعقد شده فیما بین طرفین قید می‌شود، از طرف دیگر، مقطوع و منحصر به آن مقدار توافق شده میان طرفین آن می‌باشد «... و حاکم نمی‌تواند او را (متخلف را)، به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.» (ماده ۲۳۰ قانون مدنی)، در حالی که در بیعانه، ضمانت اجرایی به شکل مکتوب و مقطوع موجود نمی‌باشد. بلکه ضمانت اجرای موجود در بیعانه یا به شکل صریح یا ضمنی و یا با توجه به اوضاع و احوال و غلبه عرفی حاکم بر آن می‌باشد.

۴- در واقع پرداخت بیعانه خود جزیی از تعهد به بیع یا همان قولنامه به شمار می‌آید، که با توافق طرفین و شرط ضمن آن، در صورت تخلف از انجام تعهدات، تبدیل به وجه التزام می‌شود.

۵- همان‌گونه که قبلاً بیان شده است، طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی اجرای عقودی که طبق قانون واقع شده باشند لازم است، و قرارداد مشمول بیع نیز یکی از عقود محسوب می‌شود و معنی لازم‌الاجرا بودن عقد، ثبوت تعهد و تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است (شهیدی، پیشین: ۳۱)، پیمان مقدماتی با امضاء قولنامه واقع می‌شود و حق ثابت و معینی به وجود می‌آید، که بر مبنای آن می‌توان متعهد را به انعقاد عقد اصلی اجبار کرد. یعنی تعهد به بیع، الزام آور بودن خود را از قانون و مفاد پیمان و قراردادی که طرفین با یکدیگر بسته‌اند می‌گیرد، در حالی که بیعانه از چنین خصیصه و پشتوانه‌ای برخوردار نبوده و طرفین می‌توانند از بستن عقد اصلی منصرف شوند، مگر آنکه شرط خلافی شده باشد.

۶- تعهد به بیع [قولنامه]، معمولاً در معاملاتی نسبتاً بزرگ، میان طرفین به عنوان مقدمه عقد نهایی و به منظور تمهید وسایل آن عقد منعقد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، پیشین: ۳۸۰)، که در آن طرفین برای، ابراز حسن نیت و تمایل خود به تشکیل عقد، مقداری از ثمن معامله را که عنوان بیعانه دارد، پرداخت می‌نمایند، اما این دلیل بر آن نیست که آن را منطبق بر ماهیت بیعانه بدانیم.

بیعانه، هم در معاملات بزرگی که در آنها قولنامه تنظیم می‌شود و هم معاملاتی که در آنها سندی عادی با عنوان قولنامه [تعهد متقابل به بیع]، تنظیم نمی‌شود، برای ابراز حسن نیت و تصمیم به تشکیل عقد اصلی، پرداخت می‌شود. در این میان تفاوتی نمی‌کند که بیعانه در معاملات بزرگ با قواعد خاص و ویژه‌ای که طرفین به توافق رسیده‌اند، یا عقود کوچک که هیچ‌گونه توافقی در آن میان طرفین صورت نگرفته است، پرداخت شود.

۷- در واقع، بیعانه ماهیتی مطلق، با شکل خاص خود می‌باشد، که می‌توان از نحوه پرداخت آن، در دیگر عقود نیز استفاده کرد و چون مقرراتی برای آن در قانون پیش‌بینی نشده و عمده مقررات آن برآمده از عرف و اراده طرفین است، آنها می‌توانند برخلاف ماهیت آن با یکدیگر تراضی نمایند. ولی این دلیل بر آن نمی‌شود که اگر بیعانه در هر یک از آن عقود قرار گیرد، ماهیت آنها را شامل بیعانه نیز دانسته و تابع احکام آنها بدانیم، چرا که خود

جدای از تمامی این بحث‌ها، قالب و ماهیتی مستقل دارد که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۶- ماهیت بیعانه

پس از بررسی نهادهای مزبور که برخی از آنها به لحاظ شکل ظاهری و برخی دیگر از لحاظ محتوایی و پاره‌ای نیز از هر دو حیث با ماهیت بیعانه نزدیک بودند، میتوان گفت، هیچ یک از آنها همانگونه که آمده است، نمی‌توانند شکل و قالب مناسبی برای بیعانه باشند. هر چند که گاه، شباهت‌هایی که میان آنان وجود دارد و به آنها اشاره شد، باعث می‌شود برخی به اشتباه از بعضی از آن نهادها در بررسی و توجیه بیعانه استفاه نمایند، ولی هیچ کدام از آنها نمی‌توانند ماهیت بیعانه را به خوبی توجیه نمایند.

در واقع، بیعانه قالب و ماهیت خاص و مختص به خود را دارد. همانگونه که یاد شده، نهاد مشابهی در فقه به نام بیع عربون وجود دارد که قسمی از آن شبیه به بیعانه در حقوق موضوعه می‌باشد اما با یک شکل و اسمی متفاوت از آن یاد شده است. هرچند این موضوع از نظر قانون‌گذار ما دور مانده و از آن در قانون مدنی یاد نشده است، ولی وجود آن مورد قبول همه حقوق‌دانان و عرف جامعه که اساس و مقررات حاکم بر آن را در این شرایط [سکوت قانون]، بیان می‌دارد، قرار گرفته است. تنها درباره شکل و ماهیت آن است، که در میان آنان اختلاف نظر وجود دارد.

با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین در تشکیل و انعقاد قراردادها که در نظام حقوقی ما، با ماده ۱۰ قانون مدنی مورد پذیرش قانون‌گذار بوده و همواره اهرمی برای طرفین یک قرارداد می‌باشد که به وسیله آن هر آنچه را می‌پسندند و دوست دارند بر یکدیگر تحمیل نمایند، البته در حدودی که توافقات آنان مخالف صریح قانون و اخلاق حسنه نباشد (ماده ۱۰ و ۹۷۵ ق.م). آنچه به عنوان نتیجه می‌توان بیان داشت، این است که، بیعانه نمی‌تواند چیزی جز:

«برقراری حق تقدم در خرید برای مشتری» باشد و با توجه به تعاریف و مباحث

مطرح شده در تحقیق حاضر، در تعریف این نهاد حقوقی می‌توانیم اینگونه بیان نماییم که، «بیعانه، مبلغی از ثمن (بهاء) مبیع عقد آینده^۱ است، که از جانب خریدار به منظور ابراز قصد و انعقاد معامله در آینده به فروشنده پرداخت می‌شود، با این شرط صریح یا ضمنی که در صورت تخلف هر یک از طرفین در انجام توافقات برقرار شده، مبلغ پرداخت شده از باب جبران خسارت و ضمانت اجرای خودداری از انجام آن توافقات (وجه التزام)، به ملکیت طرف مقابل درآید».

زیرا:

اولاً: صرف پرداخت مقداری از ثمن معامله از جانب [مشتري]، به بايع [فروشنده]، صرفاً حق تقدم در خرید مورد معامله برای مشتری ایجاد نمی‌کند.

ثانیاً: با این پرداخت الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌شود و طرفین آزاد هستند که از تصمیم خود منصرف شوند. مگر آنکه به وجه ملزومی به صورت صریح یا ضمنی و یا با غلبه عرفی بر آن، خود را ملتزم نموده باشند.

ثالثاً: در صورت خودداری هر یک از طرفین از تشکیل عقد، مشتری می‌تواند مقدار ثمنی را که به عنوان پیش پرداخت، پرداخته است، مسترد دارد، مگر آنکه شرط خلافی شده و یا در صورت سکوت با توجه به اوضاع و احوال و غلبه عرفی، معادل همان مقدار وجه التزام تعیین شده باشد، که در این حالت، در صورت خودداری بايع از تشکیل عقد، علاوه بر استرداد مقدار اولیه ثمن باید معادل آن مقدار را نیز به عنوان ضمانت اجرای تخلف از تعهد به مشتری مسترد دارد، و همچنین در صورت خودداری مشتری از انعقاد عقد، وی حق ستاندن آن مقدار پرداخت شده را ندارد.

رابعاً: برقراری مدت در تشکیل این‌گونه قراردادها که به همراه پرداخت مقداری از ثمن معامله است، چیزی جز تاکید نمی‌باشد. چرا که تعیین مدت از اوصاف عقد و تعهدات طرفین

۱ - منظور از عقد آینده، عقد اصلی و هدف نهایی طرفین است که هنوز به صورت کامل منعقد نشده است، به همین دلیل خریدار قبل از انعقاد آن، برای ابراز نیت خود به تشکیل عقد اصلی، مقداری از ثمن را به بايع پرداخت می‌نماید.

در پرداخت مقداری از ثمن نمی‌باشد، بلکه مربوط به ذات و ماهیت توافق طرفین (عقد) می‌باشد، تا از آن رفع جهالت کرده و آن را از مجهول بودن در آورد.

خامساً: حق تقدم در خرید که با پرداخت مقداری از ثمن معامله برای مشتری ایجاد می‌شود، قطعاً بیع نمی‌باشد، چرا که هنوز ایجاب و قبولی به صورت قطعی صورت نگرفته است، بلکه تنها حق تقدم و امتیازی برای مشتری در خرید میبایست باشد. همچون حق تقدم در خرید سهام جدید شرکت سهامی توسط سهامداران سابق آن (ماده ۱۶۶ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت).

سادساً: این حق تقدم در خرید آثار عقد کامل را نداشته، حقی برای طرفین نسبت به مال مورد معامله ایجاد نمی‌کند و طرفین در تصمیم‌گیری و انتخاب خود نسبت به انعقاد عقد آزادند.

۵- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از مجموع مباحث مطرح شده در این پژوهش می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- ماهیت بیعانه را نمی‌توان با بیع عربون و انواع برشمرده شده برای آن در فقه که مورد اشاره قرار گرفته است منطبق دانست، چرا که همانگونه که آمده است، دو نوع اول از بیع مورد اشاره یعنی بیع عربون با حق خیار فسخ و بیع عربون با شرط فاسخ به دلیل شکل‌گیری و انعقاد عقد اصلی از بحث ما خارج بوده و نوع سوم آن که به صورت وعده بیع می‌باشد، نیز به جهت تمایزاتی که میان این گونه بیع و بیعانه وجود دارد و به آنها اشاره داشته‌ایم، نمی‌تواند قالب و شکل مناسبی برای بیعانه باشد.

۲- ماهیت بیعانه با وجه التزام مندرج در ضمن و بعد از عقد نیز، متفاوت است. چرا که ماهیت وجه التزام همانگونه که آمده است ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات طرفین عقد می‌باشد و با ماهیت بیعانه که هدف از آن، تشکیل و انعقاد عقد است، متفاوت است. در واقع با تصریح طرفین در ضمن پرداخت مقداری از ثمن معامله که به عنوان ابراز حسن نیت خود به طرف دیگر صورت می‌گیرد، می‌توانند آن را تبدیل به وجه التزام نمایند تا در صورت

تخلف مشتری از انعقاد عقد در آینده، آن مقدار بهای پرداخت شده به عنوان جبران خسارات حاصل از تخلف به بایع تعلق گیرد.

۳- بیعانه را نمی‌توان شرط ضمنی یا ابتدایی دانست، چرا که هر یک از شروط یاد شده همانگونه که آمده است، تعهدی فرعی بر تعهد اصلی عقد می‌باشند، در حالی که در پرداخت بیعانه، هدف نهایی طرفین انعقاد عقد اصلی در آینده می‌باشد. بیعانه، شرط ابتدایی نیز که از آن یاد کردیم نمی‌تواند باشد، چرا که همانگونه که آمده است، بعد از پرداخت بیعانه، عقد اصلی میان طرفین منعقد می‌شود، در حالی که چنین حکمی در شرط ابتدایی یا بدوی وجود نداشته و عقدی به دنبال آن تشکیل نخواهد شود.

۴- ماهیت بیعانه با عقد معلق به جهت آنکه در بیعانه ایجاب و قبولی برای انعقاد عقد، شکل نمی‌گیرد تا حصول آن را موقوف به حادثه‌ای بدانیم، نیز قابل انطباق نمی‌باشد.

۵- بیعانه، وعده یک طرفی بیع و وعده متقابل بیع نیز نمی‌تواند باشد. چراکه توافق آنها همچون وعده متقابل بیع شکل مکتوب به خود نگرفته و طرفین اراده قاطع خود را برای تشکیل عقد به همراه وجه التزامی مقطوع و صریح بیان نداشته‌اند. وعده یک طرفی بیع نیز نمی‌تواند باشد، چرا که در بیعانه، بایع این اراده را دارد که از تصمیم خود منصرف شود و یا مبیع را به کس دیگری بفروشد.

۶- بنابراین بجا و درست است که ماهیت بیعانه را صرفاً حق تقدم خریدار در خرید مبیع آینده بدانیم، آنهم با شرایط و احکام خاص و مختص به خود که همواره اراده طرفین معامله نقش مؤثر و تعیین کننده‌ای در تعیین احکام و آثار آن دارد.

با توجه به مطالب بیان شده پیشنهاد می‌گردد،

بیعانه و مباحث پیرامون آن، همچون قانون کشورهای دیگر مورد توجه قانون‌گذار ما نیز قرار گیرد و با تصویب حداقل ماده قانونی در باب عقود و معاملات، به اختلاف نظرها و تفسیرهای نادرست و متفاوت از عرفهای گوناگونی که در سطح جامعه وجود دارد، خاتمه داده شود.

منابع

نخست: کتاب‌ها

الف) فارسی

- ۱- امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، «حقوق مدنی»، ج ۱، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
- ۲- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۶)، «کلیات عقود و قراردادها»، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲ الف)، «ترمینولوژی حقوق»، چاپ ششم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- ۴- ----- (۱۳۷۲ ب)، «دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)»، ج ۱، بی جا، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- ۵- ----- (۱۳۸۶)، «کتاب الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)»، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- ۶- ----- (۱۳۸۱)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- ۷- ----- (۱۳۵۷)، «دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت»، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۸- ----- (۱۳۸۷)، «تاثیر اراده در حقوق مدنی»، چاپ دوم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- ۹- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۵)، «لغت نامه»، ج ۱۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات چاپخانه دانشگاه تهران.
- ۱۰- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۱- ----- (۱۳۸۷)، «شروط ضمن عقد»، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.

- ۱۲- ----- (۱۳۸۸)، «حقوق مدنی ۶»، چاپ دهم، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۳- صفایی، سید حسین (۱۳۸۶)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی [قواعد عمومی قراردادها]»، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، انتشارات میزان.
- ۱۴- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ هـ ق)، «حقوق مدنی»، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۵- عدل، مصطفی (۱۳۵۴)، «حقوق مدنی»، چاپ هشتم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- ۱۶- عمید، موسی (۱۳۴۲)، «هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران»، بی جا، تهران، انتشارات چاپخانه علمی.
- ۱۷- عزیزاده، حسن (۱۳۸۳)، «قراردادهای پیش فروش آپارتمان»، چاپ اول، تهران، انتشارات میثاق عدالت.
- ۱۸- قاسم زاده، سید مرتضی، «اصول قراردادها و تعهدات»، چاپ نهم، تهران، انتشارات دادگستر.
- ۱۹- فنواتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، جلیل، سید حسن، ابراهیم (۱۳۷۹)، «حقوق قراردادها در فقه امامیه»، چاپ اول، تهران، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها [سمت].
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ الف)، «دوره عقود معین»، ج ۱، چاپ دهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۲۱- ----- (۱۳۸۷ ب)، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۵، چاپ پنجم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۲۲- ----- (۱۳۸۸)، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۲۳- ----- (۱۳۹۰)، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۳، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

- ۲۴- ----- (۱۳۸۹)، «*اعمال حقوقی*»، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، «*قواعد فقه بخش مدنی*»، ج ۱، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۶- معین، محمد (۱۳۷۱)، «*فرهنگ لغت فارسی*»، ج ۱ و ۲، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر.

ب) عربی

- ۲۷- ابن بابویه، شیخ صدوق (۱۴۰۹ هـ ق)، «*من لایحضره الفقیه*»، مترجمان، غفاری، علی اکبر و محمد جواد صدر بلاغی، ج ۴، چاپ اول، تهران، نشر صدوق.
- ۲۸- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ هـ ق)، «*لسان العرب*»، ج ۱، چاپ سوم، بیروت، انتشارات دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر.
- ۲۹- اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی (مجلسی دوم) (۱۴۰۴ هـ ق)، «*مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*»، ج ۱۹، چاپ دوم، تهران، انتشارات دار الکتب الإسلامیة.
- ۳۰- بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ هـ ق)، «*حدائق*»، ج ۲۰، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۱- بروجردی، حسین طباطبایی (۱۴۲۹ هـ ق)، «*منابع فقه شیعه*»، مترجمان، حسینیان قمی، مهدی- صبوری، محمد حسین، جلد ۲۲، چاپ اول، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.
- ۳۲- البیهقی، احمد بن الحسین (۱۴۰۴ هـ ق)، «*سنن بیهقی (السنن الکبری)*»، ج ۵، چاپ اول، بیروت، انتشارات دار الفکر.
- ۳۳- حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، «*وسائل الشیعه*»، ج ۱۲، بی جا، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۳۴- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ هـ ق)، «*تذکره الفقهاء*»، ج ۱۲، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

- ۳۵- ----- (۱۴۱۳ هـ ق)، «مختلف الشیعه»، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- ۳۶- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ هـ ق)، «مستمک العروه الوثقی»، ج ۱۲، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه دار التفسیر.
- ۳۷- خوانساری نجفی، موسی بن محمد (۱۳۷۳)، «منیه الطالب»، ج ۱، بی جا، تهران، مطبعه حیدریه.
- ۳۸- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ هـ ق)، «جامع المدارک فی شرح مختصر النافع»، ج ۴، چاپ دوم، قم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان.
- ۳۹- خوبی، ابوالقاسم (بی تا)، «مصباح الفقاهه»، ج ۷، بی جا، قم، انتشارات وجدانی.
- ۴۰- الرفاعی، عبد الکریم بن محمد (۱۴۱۷ هـ ق)، «العزیز شرح الوجیز»، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- ۴۱- زنجانی، سید موسی شبیری (۱۴۱۹ هـ ق)، «کتاب نکاح»، ج ۹، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- ۴۲- السجستانی، ابو داود سلیمان ابن الاشعث، (ابی داود) (۱۴۱۰ هـ ق)، «سنن ابی داود»، ج ۳، چاپ اول، بیروت، انتشارات دارالفکر.
- ۴۳- السنهوری، عبد الرزاق احمد (۱۳۸۲)، «الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید از دوره تعهدات»، ترجمه آقایان، محمد حسین دانش کیا و سید مهدی دادرزی، ج ۱، چاپ چهارم، قم، انتشارات دانشگاه قم.
- ۴۴- شافعی، قفال مصری (۱۴۰۸ هـ ق)، «حلیه العلماء فی معرفه مذاهب الفقهاء»، ج ۴، چاپ اول، اردن، مکتبه الرساله الحدیثه.
- ۴۵- طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ هـ ق)، «مجمع البحرین»، ج ۴، چاپ سوم، تهران، انتشارات کتابفروشی مرتضوی.
- ۴۶- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵)، «تهذیب الاحکام»، ج ۷، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دار

الکتب الاسلامیه.

- ۴۷- ----- (۱۳۴۳)، «النهاییه»، ج ۳ و ۲، بی‌جا، تهران، چاپ دانشگاه تهران.
- ۴۸- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۰۰ هـ ق)، «القواعد و الفوائد»، ج ۲، چاپ اول، قم، انتشارات کتابفروشی مفید.
- ۴۹- عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن (بی‌تا)، «معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیه»، ج ۳، بی‌جا، قاهره، انتشارات دار الفضیله.
- ۵۰- فیاض، محمد اسحاق (۱۳۸۷)، «منهاج الصالحین»، ج ۲، چاپ دوم، قم، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان.
- ۵۱- قدامه، موفق الدین ابن (۱۴۱۷ هـ ق)، «المعنی»، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، انتشارات دار عالم الکتب.
- ۵۲- قدامه المقدسی، عبد الله بن أحمد بن محمد (۱۴۰۵ هـ ق)، «الشرح الكبير»، ج ۴، چاپ اول، بیروت، انتشارات دار الكتاب العربی للنشر والتوزیع.
- ۵۳- قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲ هـ ق)، «قاموس قرآن»، ج ۴، چاپ ششم، تهران، انتشارات دار الکتب الإسلامیه.
- ۵۴- القزوینی، محمد بن یزید (ابن ماجه) (۱۴۱۰ هـ ق)، «سنن ابن ماجه»، ج ۲، چاپ اول، بیروت، انتشارات دار الفکر.
- ۵۵- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ هـ ق)، «فروع کافی»، ج ۱۰، چاپ اول، قم، ناشر، دار الحدیث للطباعه و النشر.
- ۵۶- گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی) (۱۴۱۳ هـ ق)، «جامع الشتات فی أجوبه السؤالات»، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مؤسسه کیهان.
- ۵۷- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ هـ ق)، «تاج العروس من جواهر القاموس»، ج ۱۰، چاپ اول، بیروت، انتشارات دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع.

- ۵۸- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ هـ ق)، «*التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*»، ج ۶ چاپ اول، تهران، انتشارات مرکز کتاب للترجمه و النشر.
- ۵۹- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵)، «*القواعد الفقهیه*»، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- ۶۰- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۰۴ هـ ق)، «*جواهر الکلام*»، ج ۳۳، چاپ هفتم، بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی.

ج) مقالات حقوقی

- ۶۱- اختری، محمد علی (۱۳۷۹)، «*عقد معلق در حقوق امامیه*»، ماهنامه کانون وکلا، شماره ۱۹.
- ۶۲- اختری، محمد علی (۱۳۷۸)، «*قولنامه*»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶.
- ۶۳- بهشتیان، سید محسن (۱۳۸۷)، «*مفهوم و اعتبار شروط ابتدایی*»، ماهنامه کانون وکلا، شماره ۸۱ و ۸۲.
- ۶۴- تسخیری، محمد علی (۱۳۸۴)، «*شروط جزایی در عقود*»، ماهنامه فقه اهل بیت، شماره ۴۴.
- ۶۵- جعفر زاده، عسکر (۱۳۷۶)، «*شروط؛ اقسام و احکامش*»، ماهنامه کانون وکلا، شماره ۲.
- ۶۶- حسین آبادی، امیر (۱۳۸۱)، «*بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد*»، مجله آموزه‌های فقهی (الهیات و حقوق) شماره ۶.
- ۶۷- ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۸۳)، «*شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین*»، مجله مقالات و بررسیها، شماره ۷۶.
- ۶۸- رستمی، کهنی، عباداله و محمود (۱۳۹۰)، «*بررسی لزوم قولنامه در فقه امامیه*»، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره ۱.
- ۶۹- رفیعی، شجاعی، محمد تقی و کیوان (۱۳۸۶)، «*تأملی فقهی - حقوقی در شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات*»، مجله پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۵.
- ۷۰- شاکری، محمدرضا (۱۳۸۲)، «*قولنامه و اعتبار آن در معاملات*»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۳.

- ۷۱- شکاری، روشنعلی (۱۳۷۷)، «شرط ابتدایی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۹.
- ۷۲- شهیدی، مهدی (۱۳۷۱)، «قرارداد تشکیل بیع»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.
- ۷۳- طاهری جلیلی، محسن (۱۳۷۳)، «بررسی مسائلی حقوقی و عرفی قرارداد عادی و غیر رسمی [قولنامه]»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۱۰.
- ۷۴- طاهری، ناصر (۱۳۵۴)، «ماهیت حقوقی قولنامه و آثار آن»، نشریه کانون وکلا، شماره ۱۳۲.
- ۷۵- عادل، مرتضی (۱۳۸۰)، «توافق بر خسارت در قراردادها»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳.
- ۷۶- قربان وند، محمد باقر (۱۳۸۷)، «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.
- ۷۷- معرفت، محمد هادی (۱۳۷۴)، «داد و ستد قولنامه‌ای، ماهیت، مشروعیت و احکام آن»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱.
- ۷۸- هاشمی، شاهرودی سید محمود (۱۳۷۶)، «پیش بها [بیعانه]»، مجله فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۰.