



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماسټری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

بیعانه

در فقه اسلامی و قوانین افغانستان

رساله ماسټری

محصل: میر عبدالوهاب انصاری

استاد رهنما: دوکتور نجیب الله صالح

سال ۱۴۰۰ هـ ش - ۱۴۰۱ هـ ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

بیعانه

در فقه اسلامی و قوانین افغانستان

رساله ماستری

محصل: میر عبدالوهاب انصاری

استاد رهنما: دوکتور نجیب الله صالح

سال: 1400 هـ ش - 1443 هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

د پیاوړتیا د فقہ و قانون

بورډ ماسټری

تصدیق نامه

محترم میر عبدالوهاب ولد میر شاه ناصر: ID نمبر SH-MSF-98-577 محصل نور هلم فقہ و قانون که رساله ماسټری خویش را زیر عنوان: پیعانه در فقه اسلامی و قوانین افغانستان په روز چهارشنبه ۱۳۸۰/۱۲/۳ تاریخ ۱۴۰۰ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۸ (نمره به عدد) جستاد و جنت (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۲	دکتور مصباح الله عبدالباقي	عضو هیات	
۳	دکتور نجیب الله صالح	استاد رہنما و رئیس جلسه	

معاون علمی

امر بورډ ماسټری

اهداء

تقديم به والدین گرامی ام الله متعال عمر ایشان را طولانی سازد و در حفظ خود داشته باشد و تقديم به تمام اعضای فامیل خویش که مشکلات زیاد را با بنده متقبل شدند و هكذا تقديم به موسسین پوهنتون سلام و اساتذہ محترم که طی چهار سمسٹر به طور صادقانه دروس را برای ما ارائه نموده اند و همچنان به تمام افرادی که در این زمینه با بنده از هیچ نوع همکاری های خویش دریغ نورزیده اند تقديم مینمایم.

تقدیر و شکر

به اساس مصداق این قول الله متعال « لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ » {ابراهیم/8}

سپاس الله متعال را که توفیق ترتیب این بحث را برایم اعطاء نمود و سپاس گذاری از مسولین پوهنتون سلام می نمایم که در عصر حاضر مطابق به نیازمندی های تعلیمی و تحصیلی چنین نهادی را تاسیس نموده اند و از تماما مسولین این پوهنتون سپاس گذاری می نمایم که در عرصه رشد و ترقی این پوهنتون به ویژه بخش ماستری تلاش خستگی ناپذیر خویش را نموده اند و از استادان محترم سپاس گذاری می نمایم که طی چهار سمستر، آن چنانکه لازم بود دروس خویش را ارائه فرموده اند و از استاد محترم د/نجیب الله صالح که در ترتیب این بحث با من از هیچ نوع کمک و همکاری خویش دریغ نوزید و کما حقہ با بنده همکاری مشفقانه نمود سپاس گذاری می نمایم.

خلاصه تیزس

بحث تعهدات طرفین نسبت به یکدیگر و وفاداری و پایبندی آنان نسبت به تعهدات و توافقات برقرار شده و راه های اجبار و ملزم ماندن آنان در میان فقها بیشتر به زمان بعد از تشکیل عقد بر می گردد و نسبت به تعهدات و ضمانت اجرای توافقات منعقد شده قبل از تشکیل و انعقاد عقد، بر خلاف دیگر مباحث در باب عقود، در کتب اکثر فقها بحث به میان نیامده است، ولی عده ای از فقها، تحت عنوان بیع عربون از اربون، یاد کرده اند که این نوع از بیع مورد اشاره حقوق دانان معاصر نیز بوده است، اما هریک تفسیر و برداشت متفاوت داشته اند و تعریفی که فقها در کتب خود از بیع عربون یا اربون یاد کرده اند، بسیار کلی و گسترده است و نیاز به بررسی و تأمل دارد و تعریفی که در قانون مدنی افغانستان تحت عنوان بیعانه صورت گرفته، طوری بوده که شخص مالی را بخرد و مبلغی را به عنوان پیش پرداخت به بایع بپردازد که اگر متاع مزبور مورد پسند وی قرار گرفت آن مبلغ از ثمن محسوب گردد و اگر مورد پسند مشتری قرار نگرفت پول متذکره مال بایع باشد از اینکه: بیعانه در قوانین نافذ کشور کمتر مورد مطالعه قرار گرفته است و می تواند مبحث جدید و قابل تأمل باشد و از طرف دیگر بیعانه در معاملات مالی، ارزش مهم را دارا می باشد بخاطر اینکه اکثراً طوری می شود که دو شخص بین خود معامله مالی را انجام میدهند بعداً یک طرف معامله پشیمان گردیده و یا در معامله متذکره خود را خساره مند فکر می کند و همین طرف معامله نیاز به طریقی دارد که بواسطه آن از این عقد خود را طوری خارج نماید که به طرف مقابل نیز خساره وارد نگردد و این طریقه بیعانه است و توسط بیعانه شخص می تواند خود را از این عقد خارج نماید و هکذا به علت شرایط مالی و اقتصادی در معاملات بزرگ و سنگین، پرداخت تمامی ثمن معامله، به یکبار و بصورت کامل برای خریدار مقدور نمی باشد، از طرف دیگر او نمی خواهد 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)، می پردازد 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 چون در جامعه در مورد جواز و عدم جواز اخذ بیعانه نظریات مختلف وجود دارد به همین لحاظ در این تحقیق در مورد تکلیف و حکم شرعی بیعانه بحث صورت گرفته است و این تحقیق با نتیجه گیری به دو زبان دری و انگلیسی و پیشنهادات به پایان رسیده است

فهرست

صفحه	عناوین
1.....	مقدمه
6.....	فصل اول مفاهیم
6.....	مبحث اول: بیع
6.....	مطلب اول- تعریف بیع
7.....	مطلب دوم – معنی مال:
8.....	مطلب سوم – موقف قانون مدنی افغانستان:
8.....	مطلب چهارم – تقسیمات بیع:
12.....	مبحث دوم – بیعانه
17.....	فصل دوم تکلیف بیعانه و حکم آن
.....	مبحث اول تکلیف بیعانه
17.....	مطلب اول تکلیف شرعی صورت دوم بیعانه
17.....	فرع اول - تمییز بیعانه از شرط جزائی:
18.....	فرع دوم - فرق بیعانه با قسط معجل:
19.....	فرع سوم- تمییز بیعانه از اقاله:
20.....	فرع چهارم- تمییز بیعانه از خیار نقد:
24.....	فرع پنجم - فرق بین بیعانه و هبه:
25.....	مطلب دوم – بعضی از صورت های عقد بیع است که با بیعانه مشابهت دارد
26.....	مطلب سوم – بیان صحت صورت سوم مشابهت عقد بیع با بیعانه
28.....	مطلب پنجم- تکلیف قانونی بیعانه:
32.....	فرع سوم - بیعانه و وجه التزام:

- 36.....مبحث دوم- حکم بیعانه «عربون»
- 36.....مطلب اول – مانعین صورت دوم بیعانه(عربون)
- 37.....جز اول – حکم صورت دوم بیعانه در نزد احناف:
- 37.....جز دوم – حکم صورت دوم بیعانه نزد مالکیها:
- 37.....جز سوم – حکم صورت دوم بیعانه نزد شوافع:
- 39.....مطلب سوم – مجیزین صورت دوم بیعانه (عربون)
- 39.....جز اول – فریق اول:
- 39.....جز دوم – فریق دوم:
- 40.....مطلب چهارم – دلایل فریق اول:
- 42.....مطلب پنجم – دلیل فریق دوم:
- 42.....مطلب ششم – مناقشه ادله و تحدید رأی راجع
- 56.....مطلب هشتم – حکمت بیعانه:
- 56.....فرع اول –حکمت منع صورت دوم بیعانه:
- 57.....فصل سوم شروط بیعانه و عدول اخذ و قبض بیعانه
- 57.....مبحث اول- شروط بیعانه:
- 57.....مطلب اول – شروط متعلق به بیعانه
- 58.....مطلب دوم - شروط متعلق به عقد
- 62.....مطلب سوم – شروط متعلق به وقت پرداخت بیعانه:
- 63.....مبحث دوم – پرداخت بیعانه و استرداد آن در قانون مدنی افغانستان:
- 66.....مطلب دوم –توضیح بیعانه مدنی و تجارتي و فرق ایشان:
- 68.....مطلب سوم - حکم عدول از دفع و قبض بیعانه در قانون مدنی افغانستان:
- 68.....فرع دوم حکم عدول از قبض بیعانه:
- 70.....فصل چهارم بیعانه از حیث اشخاص، عقود، زمان، مقدار و ارث

- 70.....مبحث اول – بیعانه از حیث اشخاص و عقود.
- 70.....مطلب اول- بیعانه از حیث اشخاص
- 70.....مطلب دوم – بیعانه از لحاظ عقود
- 72.....جز اول – چگونگی جریان بیعانه در عقود معینه:
- 73.....جز دوم – چگونگی جریان عربون در عقود غیر معینه:
- 74.....فرع سوم – چگونگی جریان بیعانه در عقد نافذ لازم:
- 74.....فرع چهارم – چگونگی جریان بیعانه در عقد نافذ غیر لازم (عقد جایز):
- 75.....جزء اول – عقود لازم غیر قابل فسخ و چگونه گی جریان بیعانه در آن:
- 75.....جزء دوم –عقود لازم قابل فسخ و چگونگی جریان بیعانه در آن:
- 75.....جزء سوم –عقود لازم برای یکی از عاقدین و چگونگی جریان بیعانه در آن:
- 76.....جزء چهارم –عقود غیر لازم برای عاقدین و چگونه گی جریان بیعانه در آن:
- 76.....مطلب چهارم – جریان بیعانه در عقودیکه بالای منافع صورت می گیرد.
- مطلب پنجم – نظر فقها در مورد جاری شدن و عدم جاری شدن خیار شرط در عقد اجاره:
- 77.....
- 78.....مطلب ششم- بیعانه در عقد نکاح
- 78.....مطلب هفتم – مناقشه دلایل:
- 80.....مبحث دوم – بیعانه از حیث زمان:
- 80.....مطلب اول – مدت خیار شرط
- 83.....مطلب دوم – تصرف در مبیع در خلال مدت انتظار:
- 84.....مطلب سوم – اثر خیار شرط بر عقد
- 85.....مطلب چهارم – هلاک مبیع و بیعانه در خلال مدت انتظار
- 86.....مطلب پنجم – صورت های هلاک مبیع و بیعانه:
- 86.....مطلب ششم – اثر تسلیم بدلین در خلال مدت انتظار

87.....	مطلب هفتم – مقدار مبلغ بیعانه:
88.....	مطلب هشتم – شرط گذاشتن بیعانه مستقل از ثمن میب
89.....	مطلب نهم – ارث بیعانه:
91.....	نتیجه گیری:
94.....	پیشنهادهات
96.....	فهرست احادیث و آثار
98.....	منابع – مأخذ

مقدمه

الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله و بعد.

داد و ستد های 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 اموال مورد نظر خود را به علت موقعیت و شرایط خوب آن دارند. برای ابراز این تمایل، مقداری از ثمن پرداخت می شود تا در صورت تشکیل و انعقاد در آینده جزئی از کل ثمن محسوب شود.

در قانون مدنی و قانون تجارت افغانستان صرف شش ماده قانونی برای بیعانه اختصاص یافته است (سه ماده در قانون مدنی و سه ماده در قانون تجارت) و این امر موجب اختلافات و سوء استفاده ها در معاملات و گشایش باب تفسیر های نادرست شده است ولی در این میان همواره عرف برآمده از میان مردم و جامعه، به این گونه روابط بوده و روابط میان آنان را در تنظیم و شکل گیری قرار داد ها و تعهدات ناشی از آنها بهبود بخشیده است.

در عصر حاضر بیعانه یکی از صورت های معروف در تعامل داد و ستد قرار گرفته است، به همین لحاظ سوال های زیادی در مورد حکم شرعی بیعانه صورت گرفته است که در صورت انصراف از عقد، اخذ بیعانه برای بایع جائز است یا ناجایز؟ و هکذا در صورت انصراف بایع از عقد، اخذ معادل بیعانه برای مشتری جایز است یا ناجایز؟ در این تحقیق سعی شده است که به سوالات متذکره پاسخ داده شود.

اول: اهمیت موضوع

بررسی بیعانه از دو جهت دارای اهمیت خاص می باشد اول اینکه: بیعانه در معاملات مالی ارزش مهم را دارا می باشد بخاطر اینکه اکثراً طوری می شود که دو شخص بین خود معامله مالی را انجام میدهند بعداً یک طرف معامله پشیمان گردیده و یا در معامله متذکره خود را خساره مند فکر می کند و همین طرف معامله نیاز به طریقی دارد که بواسطه آن از این عقد خود را طوری خارج نماید که به طرف مقابل نیز خساره وارد نگردد و این طریقه بیعانه است و توسط بیعانه شخص می تواند خود را از این عقد خارج نماید دوم اینکه: امروز در معاملات مالی رائج و عقود جدید بیعانه از جمله ای معاملات مهم

به شمار می رود تا اطمینان و آرامش طرفین عقد حفظ گردیده و از تلاعب و فریب در معاملات جلوگیری به عمل آید به همین اساس بیعانه مورد استفاده قرار میگیرد.

دوم: اسباب اختیار موضوع

- درکشور ما افغانستان در مورد بیعانه بحث صورت نگرفته است و با چند مواد قانون، نمی توان مشکل مالی طرفین عقد را حل نمود
- در مورد اخذ بیعانه در شهرکابل عرف ثابت وجود ندارد، و گمان های مختلف افراد در مورد بیعانه باعث گردید که این موضوع را اختیار نمایم
- اختلاف در مورد مقدار بیعانه که در اکثر موارد منجر به اختلافات در بازارها می شود

سوم: اهداف موضوع

- بیان معنی بیعانه و تمیز بین بیعانه و عقود مشابه آن
- دانستن حکم شرعی راجح بیعانه
- معرفت اسباب اختلاف فقهاء در مورد مشروعیت تعامل به این معامله

چهارم: سوالات

سوالات اصلی

1. مقصود از بیعانه چه است؟
2. حکم شرعی بیعانه چه است؟

سوالات فرعی

- 1- هرگان بیعانه دهنده و یا بیعانه گیرنده از ابرام عقد منصرف شوند، تکلیف استرداد بیعانه چیست؟
- 2- در صورتی که تنفیذ عقد غیر ممکن گردد، تکلیف بیعانه چیست؟

پنجم: پیشینه تحقیق

در گذشته بحث های ضمنی و بحث های مستقل در این مورد صورت گرفته است که اهم آن قرار ذیل است:

- رفیق. یونس المصری، بیع العربون و بعض المسائل المستحدثة فیہ، ط2، ج، دمشق، دار المکتبی، 1430 هـ ق این بحث بخاطر اینکه بعض سوالات محدود را پاسخ داده است بسیار مختصر است.
- ماجد بن عبدالرحمن الرشید، احکام البیع العربون و تطبیقاته المعاصرة، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیة المملكة العربیة السعودیة، 1429/1428 هـ ق در این بحث، بخش قانونی بیع عربون توضیح نگردیده است بالخصوص قانون افغانستان.
- به همین اساس نیاز بود تا یک تحقیق مستقل در مورد بیع عربون تحریر گردد که موارد فقهی و قانونی در آن رعایت گردد و پاسخگو به نیاز مندی های جامعه در این عرصه باشد به همین اساس این بحث شامل همه موارد فوق الذکر بالخصوص بخش قانونی بیع عربون در روشنی قوانین افغانستان مورد بحث قرار داده شده است.

ششم: روش تحقیق

روشی که در نوشتاری این بحث بکار گرفته شده است کتابخانه ای و مقایسوی بین متون فقهی و قانونی می باشد. و عمدتاً نکات که در روش تحقیق اصول مراعات گردیده میتوان قرار آتی به آنها پرداخت:

1- در این بحث ابتداء یک مسئله مطرح گردیده است بعداً حکم آن بیان شده است تا مقصود آن مسئله واضح شده باشد.

2- اگر یک مسئله از موارد اتفاقی باشد حکم آن مسئله با دلیل آن ذکر گردیده است

3- در مورد مسئله اختلافی قرار ذیل عمل صورت گرفته است

الف- زمانیکه یک بخشی از مسئله اختلافی باشد و بخش دیگری آن اتفاقی باشد، بخش اختلافی آن مسئله ذکر شده است.

ب- ذکر اقوال علماء در مورد مسئله و بیان اینکه کدام یکی از اهل علم به آن مسئله قول نموده است.

ج- اخذ اقوال علماء از مصادر اصلی آن

د- ذکر ادله اقوال علماء و بیان مناقشه و جوابیکه در زمینه صورت گرفته است.

ه- ذکر ترجیح قول راجح و بیان سبب ترجیح

4- از ذکر اقوال شاذه اجتناب شده است.

5- علامه گذاری آیات و بیان سوره

6- تخریح احادیث از مصادر اصلی آن و ذکر درجه حدیث و احادیثکه در صحیحین (بخاری و

مسلم) ذکر گردیده صرف به تخریح آن اکتفا شده است نوشتاری احادیث در متن و معلومات در مورد تخریح در پاورقی

7- تخریح آثار از مصادر اصلی آن و ذکر حکمی که بالای آن صورت گرفته است.

8- به جز از کبار صحابه و ائمه و علماء معاصرین از دیگر افرادیکه اسماء ایشان در متن یاد می شود مختصر به معرفی گرفته شده اند.

9- از ذکر القاب مثل دکتور، امام و غیره بجز از ائمه اربعه هم در متن و هم در پاورقی اجتناب شده است.

10- خاتمه بحث، شامل خلاصه بحث، اهم نتایج و پیشنهادات می باشد.

هفتم: مشکلات تحقیق

مشکلاتیکه در تحریر این تحقیق به پیش آمده است زیاد بوده و لی مهم آن مشکلات دست رسی به منابع اصلی بوده و اینکه این موضوع در کتب معتبر فقه حنفی اصلاً مورد بحث قرار نگرفته است و چیزی که بسیار باعث درد سر میشد مطابقت موضوع تحقیق با قوانین افغانستان بالخصوص قانون مدنی بوده که در اکثر موارد متن ماده قانون مدنی دارای اشتباهی لفظی بوده و یا اینکه از کتاب مرشد الحیران غلط ترجمه شده بود و همین موضوع باعث مشکلات زیاد گردید.

هشتم: ساختار تحقیق

این تحقیق شامل پیشگفتار، مقدمه و چهار فصل می باشد که فصل اول شامل مفاهیم (بیع و بیعانه) می باشد. که مشتمل بر دو مبحث است و هر مبحث شامل مطالب می باشد.

فصل دوم شامل تکلیف و حکم بیعانه می باشد که مشتمل بر دو مبحث و هر مبحث شامل مطالب می باشد

فصل سوم شامل شروط، پرداخت و استرداد بیعانه می باشد که مشتمل بر دو مبحث و هر مبحث شامل مطالب می باشد.

فصل چهارم در مورد بیعانه از حیث - اشخاص، عقود، زمان، مقدار و ارث آن می باشد که شامل سه مبحث بوده و هر مبحث شامل مطالب فروع و اجزاء می باشد.

فصل اول

مفاهیم

در این فصل به طور مقدماتی از مسایل عمومی پیرامون هریک از بیع و بیعانه به بحث میپردازیم؛ بناء این قسمت دربرگیرنده مطالب ذیل میباشد:

مبحث اول: بیع

مبحث دوم: بیعانه

مبحث اول: بیع

مطلب اول- تعریف بیع

فرع اول - معنای لغوی بیع:

کلمه بیع مصدر قیاسی عرب «باع، یبئع»، از باب «ضرب یضرب» می باشد؛ و «بیع» و همچنان «شراء» در اصل لغت عرب از کلمات اضداد میباشند، به این معنی که هر یک در معنی دیگری، یعنی هر یک هم به معنی خریدن و هم به معنی فروختن استعمال می شود، ولی در عرف مردم و به تبع آن در اصطلاح فقهاء کلمه «بیع» به معنی فروختن و «شراء» به معنی خریدن خاص گردیده است.¹

فرع دوم - تعریف اصطلاحی بیع:

فقهاء احناف بیع را تعریف نموده اند که عبارت است از "مبادلة مال به مال"² و بعضی از آنها³ می گویند: "مبادله مال به مال به طریق اکتساب"، پس قید اکتساب را به آن می افزایند تا مبادله هبه به هبه از تعریف خارج گردد؛ زیرا مبادله هبه با آنکه یک تبادل مالی است، ولی مقصود از آن اکتساب نبوده بلکه تبادل مذکور به طریق تبرع می باشد.

1. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی، (الطبعة الثالثة، 1414 هـ. ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر، جلد 8، ص 23. البستانی، فواد افرام، (ب. ط، 1370 هـ. ش). المنجد الأبجدی = فرهنگ ابجدی، ترجمة: رضاء مهیار، طهران: الإسلامية، ص 199. الزرقاء، مصطفى أحمد، (الطبعة الثانية، 2021م). العقود المسماة فی الفقه الاسلامی، عقد البیع الاسلامی فی ثوبه الجدید، دمشق: دار القلم، ص 21 و 22.
2. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء فی الخلافة العثمانیة، (ب. ط، ب. ت). مجلة الاحکام العدلیة، ماده (105)، تحقیق: نجیب هواینی، کراتشی: نور محمد، کارخانه تجارت کتب، آرام باغ،
3. ملا خسرو، محمد بن فرامرز، (ب. ط، ب. ت) درر الحکام شرح غرر الاحکام، مصر: دار إحياء الکتب العربیة، جلد 2، ص 142.

و همچنان به قید "مالی بودن مبادله"، مبادله مال به منفعت خارج می گردد؛ زیرا چنین تبادله اجاره بوده و بیع محسوب نمی گردد.¹

تعریف راجح: تعریف وهبة الزحیلی است که در کتاب خویش الفقه الاسلامی و ادلته چنین ذکر کرده است (هو مبالاة شیئ مرغوب فيه بمثله علی وجه مفید مخصوص ای بإيجاب أو تعاط. و خرج بقید: (مفید) مالا یفید کبیع درهم بدرهم. و غیر المرغوب: مثل المیتة والدم والتراب)² ترجمه: بیع مبادله چیز است که میل و رغبت میشود به مثل آن به طریق فائده مند و مخصوص یعنی به گفتار و با به عمل و به قید مفید آنچه مفید نیست مثل بیع یک درهم به درهم، و غیر مرغوب، مثل خود مرده، خون و خاک از این تعریف خارج می گردد.³

مطلب دوم - معنی مال:

مال از نظر احناف عبارت است از: "آنچه طبع انسان به آن میل داشته و ذخیره نمودن آن برای وقت نیاز ممکن باشد"⁴ بناءً از نظر احناف، صفت مالیت تنها بر اعیان جاری گردیده و منافع و حقوق محض مثل حق ابتکار و حق امتیاز، مال پنداشته نمیشوند؛ زیرا در مفهوم مال قید "ذخیره شدن"⁵ معتبر میباشد، و این قید در مورد منافع و حقوق محض صدق نمیکند؛ پس منافع و حقوق مال نبوده بلکه "ملک" میباشد؛ زیرا ملک دارای مفهوم وسیعتری میباشد؛ چنانچه احناف ملک را تعریف میکنند به: "آنچه به طریق اختصاص قابلیت تصرف را داشته باشد"⁶

1. گرچه بعضی از احناف بر تعریفی که ذکر نمودیم قید (تراضی) را نیز اضافه می نمایند، الزرقاء، مصطفی احمد، (الطبعة الثانية، 2021م). العقود المسماة فی الفقه الاسلامی، عقد البیع الاسلامی فی ثوبه الجدید، دمشق: دار القلم، ص 21. ولی ابن الهمام در زمینه می گوید: "ظاهر این است که قید تراضی در معنی لغوی بیع نیز ملحوظ میباشد؛ زیرا از قول عرب: «باعه و باع زید عبده» تنها مبادله رضایت جانبین فهمیده می شود و اهل لغت راجع به گرفتن به زور و اعطای بدل آن بدون تراضی، کلمه بیع را به کار نمی برند" ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، (ب. ط. ب. ت) فتح القدر، دمشق: دار الفکر، جلد 6، ص 247. پس بنابر توضیح فوق معلوم می گردد که معنی تراضی حتی در مفهوم لغوی بیع نیز ملحوظ بوده، و به این طریق در تعریف بیع، به قید مذکور ضرورت نمی باشد، ولی ملا خسرو راجع به علت عدم ذکر قید «تراضی» می گوید: "تا تعریف بیع، بیع صادر از شخص مکره را نیز در بر گیرد؛ زیرا بیع مکره با آنکه غیر لازم می باشد ولی در اصل، بیع وی منعقد پنداشته می شود". ملا خسرو، محمد بن فرامرز، (ب. ط. ب. ت) درر الحکام شرح غرر الاحکام، مصر: دار إحياء الكتب العربية، جلد 2، ص 142.

² - وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 5، ص 3305

³ - جهت وضاحت موضوع به این کتب احناف مراجعه گردد (البدائع: ج 5، ص 133، فتح القدر: ج 5، ص 73، حاشیه ابن عابدین: ج 4، ص 3 و

⁴ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، (ب. ط. ب. ت). مجلة الاحكام العدلية، ماده (126)، تحقیق: نجیب هواینی، کراتشی: نور محمد، کارخانه تجارت کتب، آرام باغ،

⁵ - وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 5، ص 3305

⁶ الزرقاء، مصطفی احمد، (الطبعة الاولى، 1999م). المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامی (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم، ص 123 و 127.

ولی مذاهب دیگر مال را به تعاریف مختلف طوری تعریف نموده اند که شامل منافع نیز می‌گردد¹ که در این مورد وهبة الزحیلی در الفقه الاسلامی و ادلته چنین تحریر نموده است (أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروها مالا متقوما؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها)² جمهور فقهاء مال متقوم میدانند زیرا مقصود از اعیان منافع آن است.

پس در اخیر میتوان به این نتیجه رسید زمانیکه مال از نظر احناف شامل منافع نگردد، پس مبادله منافع نیز، به هر طریقی که باشد، بیع محسوب نمی‌گردد.

مطلب سوم – موقف قانون مدنی افغانستان:

قانون مدنی افغانستان با آنکه در قسمت تعریف بیع، از فقه حنفی پیروی نموده و آنرا چنین تعریف نموده است: ماده (1035) قانون مدنی: "عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالیکه ثمن مبیعه باشد" ولی از جانب دیگر در معنی مال توسع نموده، و به پیروی از جمهور فقهاء، منافع را نیز از جمله اموال شمرده است: ماده (472) قانون مدنی: "مال عبارت است از عین و یا حقیکه نزد مردم قیمت مادی داشته باشد؛" پس به این طریق معلوم می‌گردد که از نظر قانون مدنی افغانستان، منافع و حقوق محض نیز میتوانند مورد معامله در عقد بیع قرار گیرند، مثل بیع حق ابتکار و غیره؛ زیرا منافع نیز در نزد از جمله حقوقی بوده که دارای قیمت مادی می باشد

نکته دیگر در مورد تعریف قانون مدنی افغانستان از بیع این است که قانون مدنی افغانستان به پیروی از فقه، از ثمن به مطلق مال تعبیر نموده است که به این طریق عقد بیع شامل بیع مطلق، مقایضه صرف و سلم می‌گردد.³

مطلب چهارم – تقسیمات بیع:

بیع به اعتبارات مختلف تقسیمات متعددی دارد که در اینجا صرف به بیان مهمترین انواع آن می‌پردازیم:

فرع اول – تقسیم بیع به اعتبار مبیع:

بیع به اعتبار مبیع به چهار قسم تقسیم میشود:

¹ . وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (المطبعة الأولى). الموسوعة الفقهية، مصر: مطابع دار الصفاة، جلد 36، ص 31 و 33.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج5، ص 3306

³ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

1. بیع مطلق: و آن مبادله عین¹ به نقد² می باشد. و بیع مطلق مشهور ترین نوع آن است که حتی اکثراً از لفظ بیع همین نوع آن اراده می شود.
2. بیع صرف: و آن عبارت است از مبادله نقد به نقد.
3. بیع مقایسه: که عبارت است از مبادله عین به عین
4. بیع سلم: مبادله دین به عین می باشد یعنی در آن ثمن معجل و مبیع مؤجل می باشد.³

فرع دوم – تقسیم بیع به اعتبار روش تعیین ثمن:

بیع به اعتبار طریقه تعیین ثمن به سه قسم تقسیم میشود:

جزء اول – بیع مساومه: و آن بیع است که ثمن در آن به موافقه طرفین تعیین میگردد بدون توجه به ثمن که مبیع به آن خریده شده است. و بیع مساومه شایعترین نوع بیع میباشد؛ زیرا بایع عادة میخواهد تا رأس المال⁴ را کتمان کند.

جزء دوم – بیع مزایده: و آن به این طریق است که بایع متاع خود را در معرض فروش قرار میدهد، و مشتری ها، یکی بر دیگری در ثمن آن می افزایند، و به این ترتیب ثمن آخرین داوطلبی (که بیشترین مقدار می باشد) به حیث ثمن در بیع تعیین می گردد.

و در مقابل بیع مزایده، خرید به مناقصه قرار دارد، این طور که مشتری خرید یک متاع را با اوصاف معینه آن مطرح میکند، پس کمترین قیمتی که از طرف آخرین فروشنده عرضه میگردد، به حیث ثمن در عقد قرار میگیرد. قابل تذکر است که عقد مناقصه با آنکه در کتب فقهی دیده نشده است، ولی بر آن احکام عقد مزایده قابل تطبیق میباشد.

جزء سوم – بیوع امانت: به آن بیع گفته میشود که در آن ثمن مساوی با رأس المال، یا بیشتر و یا کمتر از آن تعیین می گردد.¹

1- مقصود از عین چیزی است که معین و مشخص باشد، مثل میز، چوکی، پارتمان و غیره علی حیدر، خواجه امین أفندی، (الطبعة الاولى، 1991م9. درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، دار الجیل، جلد 1، ص 129.

3. مقصود از دین آنچه است که در ذمه انسان ثابت میگردد، برابر است که نقود باشد مثل مقداری از پول بر ذمه شخصی، و یا غیر نقود مثل مکیلات و موزونات مانند مقدار معین از توده گندم قبل از افراز. علی حیدر، خواجه امین أفندی، (الطبعة الاولى، 1991م9. درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، دار الجیل، جلد 1، ص 128. علی حیدر، خواجه امین أفندی، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، دار الجیل، جلد 1، ص 113 و 114.

4. رأس المال عبارت از اصل مال، بدون فایده و زیادت، میباشد. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (المطبعة الأولى). الموسوعة الفقهية، مصر: مطابع دار الصفاة، جلد 9، ص 9

و بیوع امانت نیز سه نوع میباشند:

(الف) بیع مباحه: که ثمن در آن بیشتر از رأس المال تعیین میگردد.

(ب) بیع تولیه: و در آن ثمن مساوی با رأس المال تعیین میگردد.

(ج) بیع وضیعه که گاهی به آن بیع نقیصه و بیع حطیبه (از حط به معنی کاستن) نیز گفته میشود: و آن عبارت از بیعی است که در آن ثمن کمتر از رأس المال تعیین میگردد.

و اگر قسمتی از مبیع در مقابل قسمتی از رأس المال فروخته شود، به آن بیع إشراک یا بیع اشتراک² (به اعتبار شریک نمودن یا شریک شدن غیر در مبیع) گفته میشود، ولی با توجه به اینکه بیع اشراک از یکی از انواع فوق الذکر خارج نمی باشد، بناً در اینجا بیع اشراک را قسم مستقلی نشمردیم.³

فرع سوم - تقسیم بیع به اعتبار حکم شرعی آن:

بیع به اعتبار حکم شرعی آن، به اساس تحقق یا عدم تحقق ارکان و شرایط آن، به انواع مختلف تقسیم میگردد، چنانچه احناف نخست بیع را به صحیح و غیر صحیح تقسیم نموده و بیع غیر صحیح را به فاسد و باطل تقسیم مینمایند، و همچنان بیع صحیح را به نافذ و موقوف، و بیع نافذ را به لازم و غیر لازم تقسیم مینمایند.⁴

فرع چهارم - موقف قانون مدنی افغانستان:

قانون مدنی افغانستان با پیروی از فقه حنفی، تقسیمات مذکوره عقد را مورد تأیید قرار داده و احکام متعددی را بر آنها بنا نموده است، ولی بعضی از این تقسیمات در قانون مدنی طور پراکنده در خود بحث بیع ذکر گردیده و بعض دیگر آنها را قانون مدنی تابع قواعد عمومی عقود ساخته است. به طور مثال ماده (1036) قانون مدنی به تقسیم بیع از نگاه مبیع پرداخته و در زمینه چنین صراحت دارد: "بیع عین به پول، بیع مطلق و همچنین در قسمت دوم مبحث بیع، "بیع پول به پول بیع صرف و بیع عین به

1. و این دسته از بیوع را از آن جهت امانت مینامند که مشتری بایع را در مورد رأس المال (ثمنی که به آن مبیع را خریداری نموده است)، امین و مورد اعتماد قرار میدهد. وزارت الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (المطبعة الأولى). الموسوعة الفقهية، مصر: مطابع دار الصفوة، جلد 9، ص 9

2. بیع مذکور در میان فقهاء احناف به نام إشراک (بر وزن إفعال) مشهور میباشد، ولی گاهی از آن به اشتراک (بر وزن افتعال) هم تعبیر می شود، طوری که ابن العابدین، در رد المختار (ابن عابدین، محمد امین بن عمر، الطبعة الثانية، 1992م) رد المختار علی الدر المختار، بیروت: دار الفکر، جلد 6، ص 132). آن را «بیع الاشتراک» نامیده است و قانون مدنی افغانستان نیز در ماده (1067) از آن به بیع اشتراک تعبیر نموده است.

3. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (المطبعة الأولى). الموسوعة الفقهية، مصر: مطابع دار الصفوة، جلد 9، ص 9 و 10.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج5، صص 3393 الى 3398

عین مقایسه شناخته می شود. همچنین در قسمت دوم مبحث بیع، تحت عنوان "بیوع مختلفه"، ماده (1124) عقد سلم را چنین تعریف می کند: "سلم عبارت است از بیع ثمن اجل به ثمن عاجل"، پس طوریکه دیده می شود، ماده (1124) سلم را صراحتاً نوعی از بیع شمرده است.

و به همین ترتیب ماده (1068) قانون مدنی به تقسیم دوم بیع، یعنی تقسیم بیع از نگاه روش تعیین ثمن پرداخته است: "عقد بیع به صورت مرابحه که عبارت است از فروش به مثل ثمن شراء با ربح معلوم که عبارت است از فروش به مثل ثمن اول، و اشتراک که عبارت است از فروش بعضی مبیعه به بعضی ثمن، و وضعیه که عبارت است از فروش کمتر از ثمن اول، جواز دارد". پس طوریکه ملاحظه می گردد ماده فوق در حقیقت صرف به بیان بعضی از انواع تقسیم بیع به اعتبار تعیین ثمن، یعنی تنها به بیان بیوع امانت پرداخته است، و دو نوع دیگر تقسیم مذکور که بیع به مساومه و بیع به مزایده یا به مناقصه می باشد، در این ماده ذکر نگردیده است، ولی عدم ذکر بیع مساومه شاید به اعتبار واضح و رایج بودن آن باشد؛ زیرا اکثریت مطلق بیوع فعلی به شکل مساومه صورت می گیرد؛ اما راجع به بیع مزایده قانون مدنی آن را در ضمن مباحث دیگر در موارد متعددی از مبحث عقد (ماده: 527) و مبحث بیع (مواد: 1106، 1146 و 1258) و همچنین در ضمن احکام عقود مختلف دیگر، - بیان نموده و بر آن احکام متعددی را مرتب ساخته است، ولی راجع به مناقصه همان طوریکه فقهاء معاصر در متون فقهی صراحتاً حکمی را نیافتند، به همین ترتیب در قانون مدنی هم صراحتاً چیزی در مورد آن به چشم نمی خورد، بناءً در مورد مناقصه احکام مربوط به مزایده قابل تطبیق می باشد.

اما تقسیم سوم بیع که تقسیم آن از نگاه حکم شرعی می باشد، قانون مدنی راجع به تقسیم مذکور و اقسام آن هیچ تصریحی در بحث بیع ندارد؛ زیرا تقسیم مذکور بر اساس مقدار تحقق و عدم تحقق ارکان و شرایط بیع استوار می باشد، بنابر این همان طوریکه قانون مدنی ارکان عمومی و شرایط بیع را تابع احکام عمومی عقود ساخته است، به همین ترتیب تقسیم ناشی از تحقق و عدم تحقق ارکان بیع را نیز تابع احکام عمومی عقد گردانیده است.¹

¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

مبحث دوم - بیعانه

در بیان مفهوم لغوی بیعانه نظر های متفاوتی وجود دارد، بیشتر آنها از لحاظ شکلی با یکدیگر متفاوت بوده ولی همه آنها از لحاظ محتوا معنای واحدی را می رسانند.

مطلب اول- تعریف بیعانه:

فرع اول - تعریف لغوی

بیعانه از «بیع» عربی و «انه» دری ترکیب یافته است که به معنی پیش پرداخت قسمتی از قیمت معقود علیه است و بیعانه مترادف عربون است و عربون از ریشه «عرب» گرفته شده است¹ و برای عربون شش لغت استفاده شده است²

عربون: بضم حرف اول و سکون حرف دوم به وزن عصفور

أربون: بضم حرف اول و سکون حرف دوم به وزن عصفور

عربو: بفتح حرف اول و سکون حرف دوم به وزن حلزون

أربون: بفتح حرف اول و سکون حرف دوم به وزن حلزون

عربان: بضم حرف اول سکون حرف دوم به وزن قربان

أربان: به ضم حرف اول و سکون حرف دوم به وزن قربان

ابن منظور در لسان العرب می فرماید: «العَرَبِيُّونَ والعَرَبِيُّونُ والعَرَبِيَّانُ عبارت از آن است که عام مردم آنرا (الاربیون) می نامند».

و همچنان می فرماید: «العَرَبِيَّانُ والعَرَبِيُّونُ والعَرَبِيُّونُ: عبارت از آن ثمنی است که عقد به آن صورت می گیرد، لفظ عجمی است که در زبان عرب استفاده شده است.

و همچنان ابن منظور می فرماید: «الإعراب فی البیع أن یقول الرجل للرجل: إن لم آخذ هذا البیع بكذا، فلك كذا، و كذا من مالی ... یقال: أعرب فی كذا، و عَرَّبَ، و عَرَّبَنُ، و هو عَرَبَانُ،

¹- نظام الدین عبدالله، حقوق و وجایب، ج 1 ص 61

²- لسان العرب، ابن المنصور، ماده عربین، ج 13، ص 284

و عَرَبُونَ، و عَرَبُونَ وَقِيلَ: سُمِيَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعْرَابًا لِعَقْدِ الْبَيْعِ، أَيِ إِصْلَاحًا، وَ إِزَالَةَ فِسَادٍ، لئَلَّا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ بِاشْتِرَائِهِ...»¹

ترجمه: إعراب در بیع این است که یک شخص برای شخص دیگری بگوید: اگر این مال را به این قدر پول خریداری نکردم، پس به این اندازه و این قدر مال من از تو باشد ... و گفته شده است که بیعانه را عربون به خاطری می نامند که اصلاح در عقد بیع صورت می گیرد و از آن فساد می شود تا کسی دیگری با خرید مالک آن نشود.

در صحاح آمده است (العربون و العربون و العربان: آن است که عام مردم آنرا (الأربون) می نامند.² در الفقه الاسلامی و ادلته چنین آمده است « فی العربون ست لغات أفتح العين و الراء، و ضم العين و إسكان الراء. و عربان بالضم و الإسكان، وهو أعجمی معرب، و أصله فی اللغة: التسلیف و التقدیم»³ ترجمه: در مورد لفظ عربون شش لغت استفاده شده است که فصیح ترین آن به سه شکل استفاده شده است که به فتح (زبر) عین و راء ، و به ضم (پیش) عین و سکون راء و عربان به ضم (پیش) و سکون می باشد و لفظ عجمی است که در عربی استعمال شده است و اصل آن در لغت پیش پرداخت و نقد است.

فرع دوم- تعریف اصطلاحی :

وهبة الزحيلي عربون را چنین تعریف کرده است «بیع ینتبت فیہ الخيار للمشتري: إن أمضى البیع كان العربون جزءاً من الثمن، و ان ردالبیع فقد العربون، و مدة الخيار غیر محددة بزمان، و أما البائع فإن البیع لازم له»⁴ ترجمه: عربون بیع است که خیار برای مشتری در آن ثابت می شود و اگر مشتری بیع را جاری کرد بیعانه جزء ثمن قرار میگیرد و اگر بیع را رد

¹ - همان، ج 1، ص 592

² . ابونصر اسماعیل بن حماد الجوهری الفارابی (ت 393 هـ)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، تحقیق: احمد عبدالغفور عطار، ج6، ص: 2164.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامی وادلته، ج5، ص 3433

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامی وادلته، ج5، ص 3434

نمود عربون را مشتری از دست می‌دهد و مدت خیار محدود به زمان نیست و در مورد بایع بیع برای آن لازم است.

سید سابق عربون را در کتاب خویش فقه السنه چنین تعریف نموده است (بیع العربون آن است که خریدار چیزی را بخرد و قسمتی از بهای آن را به فروشنده بدهد که اگر آن معامله تمام شد و تنفیذ گردید، آن مبلغ از بهای کل آن چیز محسوب گردد و اگر معامله صورت نگرفت و تنفیذ نشد، فروشنده آن مبلغ را که گرفته است برای خویشتن نگه دارد، به عنوان اینکه هبه و بخشش مشتری است نسبت به وی.¹

فرع سوم- تعریف بیعانه(عربون) در نزد فقهاء

فقهاء برای بیعانه(عربون) چند تعریف را نموده اند که قرار ذیل است:

جزء اول- بیعانه در نزد احناف: عبارت از این است که مشتری یک مال را خریداری می کند و یک مقدار پول را برای بایع طوری پرداخت می نماید که اگر مال را اخذ کرد همین پول از جمله ثمن می باشد و اگر مال را مشتری اخذ نکرد همان پول دوباره به مشتری مسترد می شود.²

جزء دوم- بیعانه در نزد مالکیها: عبارت از این است که مشتری مال را به ثمن معلوم خریداری کند و یا یک سواری را به اجوره معلوم به کرایه بگیرد و یک مقدار پول را پرداخت نماید مبنی بر اینکه: اگر به این معامله راضی شد همین پول از جمله ثمن و یا اجوره محسوب شود و اگر به بیع راضی نشد پول پرداخت شده دوباره به مشتری مسترد نمی شود.³

مالکیها بیعانه (عربون) را به دو صورت تقسیم می نمایند:

اول ممنوع: عبارت از این است که مشتری مال را به ثمن معلوم خریداری کند و یا یک سواری را به کرایه بگیرد به اجوره معلوم و یک مقدار پول را پرداخت نماید مبنی بر اینکه: اگر به این معامله

¹ - سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج4، ص 270.

² ابو الحسن علی بن حسین بن محمد النصری الننف فی الفتاوی، تحقیق: صلاح الدین الناهی، ج1، ص 472.

³ ابو محمد عبدالوهاب بن علی بن نصر الشعلبی البغدادی المالکی (ت 422هـ) التائقین فی الفقه المالکی، تحقیق: أبو ویس محمد بو خبزه الحسنی التطوانی، ج2 ص 153.

راضی شد همین پول از جمله ثمن و یا اجوره محسوب شود و اگر به بیع راضی نشد پول پرداخت شده دوباره به مشتری مسترد نمی شود.¹

دوم جائز: و این در صورتی است که اگر بیع و یا اجاره انجام نشود و پول پرداخت شده دوباره به مشتری و یا اجاره گیرنده تسلیم داده شود.²

جزء سوم- بیعانه در نزد شوافع: عبارت از این است که مشتری یک مال را خریداری می کند و یک مقدار پول را برای بایع طوری پرداخت می نماید که اگر مال را اخذ کرد از جمله ثمن محسوب شود در غیر آن پول پرداخت شده به شکل مجانی از بایع است.³

جزء چهارم- بیعانه در نزد حنابله: عبارت از این است که مشتری مال را خریداری کند و برای بایع یکمقدار پول را پرداخت می نماید مبنی بر اینکه: اگر مال را اخذ کرد پول پرداخت شده از ثمن محسوب شود و اگر اخذ نکرد پول پرداخت شده از بایع است.⁴

در نزد حنابله برای بیعانه دو صورت وجود دارد

اول اینکه: مشتری یک چیز را از بایع خریداری نماید و یک درهم را به شکل پیش پرداخت برای بایع تسلیم نماید و برایش بگوید که اگر مبیع را نگرفتم همان درهم از خودت باشد.
دوم اینکه: مشتری برای بایع بگوید که اگر باقی پولت را در طول مدت یک ماه آوردم مبیع از من است در غیر آن همین پول از خودت باشد⁵

از خلال تعریفات فوق دو موضوع واضح می گردد

اول اینکه: کدام تعریفاتیکه از جانب فقهاء برای بیعانه ذکر گردیده الفاظ آن با یکدیگر نزدیک بوده و روی یک مفهوم می باشد.

دوم اینکه: تعریفات فوق مشتمل بر دو صورت بیعانه است:

1. ابو محمد عبدالوهاب بن علی بن نصر الشعلبی البغدادی المالکی (ت 422هـ) التلقین فی الفقه المالکی، تحقیق: أبو ویس محمد بو خبزة الحسنى التطوانی، ج 2 ص 153.

2. القاضی عبدالوهاب، التلقین فی الفقه المالکی، مرجع سابق ث 153.

3. ابو زکریا محی الدین یحی بن شرف، (ت: 676، وفاة الطالبین و عمدة المفتین، تحقیق: عادل احمد عبدالموجود، ج 3، دارالکتب العلمیة ص 65.

4. ابو محمد موفق الدین عبدالله بن محمد بن قدامة المقدس ثم الدمشقی الحنبلی، المفتی، ج 4 ص 175.

5. الانصاف، المرادوی (253/11)؛ ينظر: شرح منتهی الإرادات، البهوتی (179/3).

صورت اولی: آن است زمانیکه بیع یا اجاره تمام شود همین بیعانه (عربون) از جمله ثمن و قیمت اجاره حساب شود و اگر مشتری از عقد بیع یا اجاره انصراف نماید در این صورت پول پرداخت شده دوباره به مشتری مسترد شود، و این صورت از بیعانه (عربون) بین فقهاء اتفاقی می باشد؛ زیرا کدام خطر که صحت بیع و اجاره را منع نماید وجود ندارد¹

صورت دومی: آن است زمانیکه مشتری از عقد بیع و یا مستاجر (اجاره گیرنده) از عقد اجاره انصراف نماید پول پرداخت شده، ملک بایع و موجر (اجاره دهنده) می باشد و این محل نزاع بین فقهاء است که طی مبحث جداگانه آراء فقهاء در خصوص حکم بیعانه به تفصیل ذکر می گردد.

¹ - الاستذکار، ابن عبدالبر، ج 6، ص 265

فصل دوم

در این فصل به بررسی تکلیف بیعانه و حکم آن می پردازیم که طی دو مبحث قرار ذیل به بحث گرفته شده است
مبحث اول- تکلیف بیعانه:

مطلب اول- تکلیف فقهی صورت دوم بیعانه:

در مورد تکلیف فقهی بیعانه که در عربی آنرا عربون می نامند اختلاف وجود دارد که همین یکمقدار پولیکه یکی از متعاقدين برای دیگری پرداخت می نمایند التباس می آید که: آیا این پول پرداخت شده به شکل شرط جزائی بوده و یا به شکل قسط معجل است و یا اینکه حق عدول از عقد است و یا جبران خساره است و یا از جمله هبه به شمار میرود به همین لحاظ لازم است تا موارد ذیل توضیح گردد

فرع اول: تمییز بیعانه از شرط جزائی

فرع دوم: تمییز بیعانه از قسط معجل

فرع سوم: تمییز بیعانه از اقاله

فرع چهارم: تمییز بیعانه از خیار نقد

فرع پنجم: تمییز بیعانه از جبران خساره

مطلب ششم: تمییز بیعانه از هبه

فرع اول - تمییز بیعانه از شرط جزائی:

جزء اول- تعریف شرط جزائی - عبارت از اتفاق متعاقدين است بریکمقدار عوضیکه دائن مستحق آن میشود در صورتیکه مدیون به تعهد خویش عمل نکند و یا در آنچه بالایش لازم است در اجرای آن تاخیر نماید¹

جزء دوم - وجه اتفاق شرط جزائی با بیعانه:

عقدیکه مقترن به شرط جزائی است با بیعانه اتفاق در این دارد که شرط جزایی و بیعانه یکی از طرفین عقد را مکلف به پرداخت پول به طرف مقابل می نماید، در حالت عدم تحقق امر معین که عبارت از عدم تنفیذ شرط است در شرط جزائی و عدم جاری شدن بیع است در بیع عربون

¹ مجلة مجمع الفقه الاسلامی، العدد الثانی عشر (306-303/2)

جزء سوم- وجه اختلاف شرط جزائی با بیعانه

اختلاف شرط جزائی با بیعانه این است که: عاقد به شرط جزائی که ملزم به وفاء شرط بوده در صورتیکه تنفیذ شرط ممکن باشد صلاحیت این را ندارد که عوض را بدل تنفیذ شرط قرار دهد و در بیعانه عاقد مخیر است که عقد را جاری میکند و یا از عقد انصراف می نماید و طرفین صلاحیت اجبار را ندارند اگر قادر به اجبار باشند پس عقد متضمن به شرط جزائی عقد قطعی است و عقد به عربون عقد بالخیار است هکذا وجه اختلاف دیگر این است که تطبیق شرط جزائی از جهت وقوع ضرریکه بالاثار عدم وفا به شرط به وجود آمده، می باشد و در بیعانه اگرچه طرف مقابل متضرر نشده باشد در صورت انصراف باید بیعانه را به طرف مقابل پرداخت نماید¹

فرع دوم - فرق بیعانه با قسط معجل :

جزء اول- تعریف قسط معجل:

قسط معجل عبارت از این است که: فروشنده مال خویش را برای خریدار تسلیم نماید و ثمن میبوع را به اقساط و دفعات مختلف اخذ نماید در نزد علماء بیع به اقساط جائز است به شرطیکه قیمت آن معلوم باشد و از جهت مدت زمان و اقساط، قیمت آن زیاد نشده باشد² و منظور از بیعانه این است که شخص مالی را بخرد و مبلغی را به عنوان پیش پرداخت به بائع بپردازد که اگر متاع مزبور مورد پسند وی قرار گرفت آن مبلغ از ثمن محسوب گردد و اگر مورد پسند مشتری قرار نگیرد پول متذکره مال بائع باشد و بیعانه آغاز و شروع به تنفیذ عقد است و وفاء کامل نیست بلکه وفاء جزئی است و در حال تنفیذ عقد مشتری باقیدار ثمن باقی مانده می باشد.

جزء دوم- وجوه مشابهت بیعانه با قسط معجل

وجوه مشابهت بیعانه با قسط معجل قرار ذیل است

1- در پرداخت بیعانه و قسط معجل در هر دو آن قصد متعاقبین تنفیذ عقد است و از جهت تنفیذ و تکمیل عقد باهم مشابهت دارند

¹ مجلة مجمع الفقه الاسلامی، العدد الثانی عشر (306-303/2)

² - ابومالک، کمال بن السید سالم، صحیح فقه السنه ج4 ص 410

- 2 - معمولاً در قسط معجل و بیعانه پول نقد پرداخت می‌گردد و از لحاظ پول نقد باهم مشابهت دارند
- 3 - قسمیکه قسط معجل جزء از کل ثمن محسوب میشود بیعانه هم در صورت تنفیذ عقد جزء ثمن محسوب میشود
- 4 - چنانچه قسط معجل از جانب مشتری و مستاجر پرداخت می‌گردد همچنان بیعانه از جانب مشتری و مستاجر پرداخت می‌گردد

جزء سوم- وجوه اختلاف بیعانه با قسط معجل

وجوه اختلاف بیعانه و قسط معجل قرار ذیل است

- 1 - بیعانه در صورت عدول و انصراف از عقد، ثمن عدول از عقد شمرده میشود و قسط معجل در صورت انصراف از عقد، مطالبه فسخ عقد صورت می‌گیرد به همراهی عوض، یعنی زمانیکه مشتری از پرداخت باقی اقساط انکار می‌نماید، خواهان فسخ عقد می‌گردد که در این مورد حکم ماده (1119) قانون مدنی چنین صراحت دارد (هرگاه مشتری از تادیه ثمن مبیعه در موعد تادیه امتناع ورزد یا وجایب دیگری را که بموجب عقد بیع به آن مکلف است اخلال نماید، بائع میتواند تنفیذ یا فسخ بیع را مطالبه نماید)
- 2- در مورد تکلیف قانونی بیعانه اختلاف وجود دارد و برای بیعانه، عقد معلق به شرط و التزام بدلی و شرط جزائی و ضمان تنفیذ عقد خطاب شده است ولی بیع به اقساط، بیع قطعی است که آثار بیع بالای آن مرتب میشود و یکی از التزامات بیع به اقساط این است که در زمان معین آن قسط تعیین شده را پرداخت نماید

فرع سوم- تمییز بیعانه از اقاله:

جزء اول- تعریف اقاله:

هرکس چیزی خرید، سپس متوجه شد که بدان نیازی ندارد، یا چیزی را فروخت سپس متوجه شد که خودش بدان نیاز ندارد، هر دو میتوانند طالب بهم زدن بیع و فسخ عقد آن گردند،

اقاله : از ریشه قول به معنی فسخ، از بین بردن توافق، اسقاط، فسخ و رفع است و در اصطلاح عبارت از رفع یا از میان برداشتن بیع است¹ چنانچه ماده (163) مجلة الاحكام چنین صراحت دارد (الاقالة رفع عقد البیع و ازالته) ترجمه (اقاله عبارت از رفع عقد بیع و از بین بردن آن است) مانند اینکه: شخصی صد کیلو گندم را از دیگری خریداری نماید و ثمن آن را نیز به مشتری تسلیم نماید و تفرق از مجلس حاصل شود. سپس بایع به مشتری و یا مشتری به بایع بگوید: ثمن یا مثنی را که به تو دادم به من پس بده و طرف مقابل موافقت نماید²

جزء دوم- و جوه مشابہت بیعانه با اقاله

و جوه مشابہت بین بیعانه و اقاله قرار ذیل است

- 1- زمانیکه اقاله در بدل مبلغ معین صورت گیرد با عربون مشابہت دارد
- 2- همچنان اقاله و بیعانه از لحاظ عقد مشابہت دارد زیرا پرداخت بیعانه جهت توثیق و تاکید عقد است و اقاله هم در حق غیر متعاقدين عقد جدید است .

جزء سوم – وجوه اختلاف بیعانه با اقاله

و جوه اختلاف بیعانه با اقاله قرار ذیل است:

- 1- پرداخت بیعانه در صورت انصراف از عقد جبری است و اقاله به اساس رضایت جانبین صورت میگیرد
- 2- پرداخت بیعانه به مقصد تاکید به تنفیذ عقد است و اقاله فسخ عقد است بین طرفین

فرع چهارم- تمییز بیعانه از خیار نقد:

جزء اول: تعریف خیار نقد

خیار نقد عبارت از این است که: طرفین عقد مبنی بر اینکه اگر مشتری در مدت معین پول مبیع را تأدیه کند خوب و در غیر آن دیگر بیعی در بین آنها نخواهد بود.³ در این صورت اگر مشتری پول مورد اتفاق را در همان مدت معینه پرداخت نمود بیع تمام می شود و در غیر آن بیع فاسد خواهد بود.

¹-وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص 324

²- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، (ب. ط، ب. ت). مجلة الاحكام العدلية، ماده (163)،

³. زحیلی، همان، ج 4، ص 3131.

خيار نقد چنانچه برای مشتری ثابت می شود برای بايع نیز ثابت می شود. بناءً اگر بايع ثمن مبيع را قبض نماید و برای مشتری بگوید اگر من پولی را که از تو قبض کردم در مدت سه روز برایت دوباره مسترد نمودم، بین من و تو دیگر بیعی نیست، پس اگر در خلال مدت مذکوره پول را مسترد نمود ببيع فاسد گردیده و در غیر آن ببيع تمام خواهد شد.

از نظر امام ابوحنیفه (رح) و صاحبین خيار نقد از باب استحسان و بنا بر ضرورت مردم به آن جایز میباشد. همچنان ابن عمر (رض) خيار نقد را جواز داده است پس این اثر نظریه مبنی بر جواز خيار نقد را تأیید می کند.¹

جزء دوم- وجه شبه خيار نقد با بیعانه

اتفاق و مشابهت خيار نقد با صورت دوم بیعانه که نزد حنابله وجود دارد، این است که بايع در صورت دوم بیعانه (عربون) پرداخت کامل ثمن را شرط نموده است و در صورت عدم پرداخت کامل ثمن، بیعی در بین آنها نخواهد بود و خيار نقد هم عبارت از این است که طرفین عقد مبنی بر اینکه اگر مشتری در مدت معین پول مبيع را تأدیه کند خوب و در غیر آن دیگر بیعی در بین آنها نخواهد بود چنانچه بیعانه در نزد فقهاء مسئله اختلافی است خيار نقد هم مسئله اختلافی بین فقهاء است

جزء سوم- وجه اختلاف خيار نقد با بیعانه

اختلاف خيار نقد با بیعانه از این جهت است که اگر مشتری تمام ثمن را پرداخت نکرد، مبيع به بايع گردانیده می شود و آنچه مشتری قبلاً پرداخت کرده است دوباره برایش تسلیم داده میشود ولی در صورت دوم بیعانه زمانیکه تمام ثمن را مشتری پرداخت نکند مبيع به بايع تسلیم داده میشود و بیعانه پرداخت شده دوباره به مشتری داده نمی شود و از آن بايع می باشد و هکذا در خيار نقد گاهی جزء ثمن قبلاً پرداخت می گردد و گاهی پرداخت نمی گردد ولی در صورت دوم بیعانه، پرداخت جزء ثمن لازمی می باشد

حکم خيار نقد موضوع اختلافی است، احناف و حنابله به جواز خيار نقد قول نموده اند ولی مالکیها و شوافع به عدم صحت خيار نقد قول نموده اند، مالکیها عقد را صحیح می شمارند و شرط را باطل می دانند، مثل اینکه یک شخص مال را به زمان معین طوری به فروش برساند که اگر در زمان معین ثمن

¹ . ابن الهمام، همان، ج 5، ص 132.

را پرداخت نکرد دیگر بیعی بین شان وجود نخواهد داشت و امام مالک میرفرماید که «شرطهما باطل والبیع جائز لازم لهما اتی بالثمن او لم یأت به، و یلزم البایع دفعها وللمشتری اخذها، و یجبر علی النقد»¹ ترجمه: شرط بایع و مشتری باطل است و بیع جائز است و بیع بالای ایشان لازم است اگر ثمن را بیارد و یانیارد و بالای بایع لازم است که مبیع را تسلیم نماید و مشتری انرا اخذ نماید و مشتری مجبور به پرداخت ثمن گردانیده میشود.

و در نزد شوافع این بیع باطل است که چنین صراحت دارد «ان البیع باطل ... لان هذا لیس بشرط الخيار، بل هو شرط فاسد مفسد للبیع؛ لانه شرط فی العقد شرطا معلقا، فاشبه ما لو باع بشرط انه ان قدم زید القوم فلا بیع بینهما»² ترجمه: بیع باطل است زیرا این خیار شرط نیست و شرط فاسد است که بیع را فاسد می سازد و شرط در عقد، شرط معلق است که مشابه به این است که فروش بشرطی این شده باشد که اگر زید به قوم بیاید بیع بین ایشان وجود نخواهد داشت

فرع پنجم- تمیز بیعانه از جبران خسارت:

آیا بیعانه با جبران خساره ارتباط دارد یاخیر؟ و آیا میتوانیم بیعانه را از جمله جبران خساره محسوب نمائیم؟

جهت وضاحت موضوع ابتداء به تعریف جبران خساره پرداخته بعدا معلوم خواهد گردید که آیا جبران خساره با بیع عربون ارتباط دارد یاخیر؟

جزء اول- تعریف جبران خسارت

جبران به ضم جیم از ریشه جبر گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است³ در ادبیات عامه به جبران خسارت تاوان نیز میگویند. همچنین به جبران خسارت غرامت نیز میگویند در قانون مدنی تعریف در خصوص جبران خسارت وجود ندارد در اصطلاح حقوقی تعاریف مختلف برای جبران خساره وجود دارد

جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر رساننده به متضرر رسیده است

¹- مواهب الجلیل، الحطاب(485/4)

²- المجموع، النووی(140/9)

³- حسن عمیدی، فرهنگ فارسی عمید، ص 456

جبران خسارت چیزی است که شاکی و مدعی امید وار است آنرا از محکمه دریافت کند¹
تعریف اخیر به نظر میرسد که بیانگر کنه و ماهیت جبران خسارت نیست بنابراین این مورد پذیرش به
نظر نمی رسد.

جزء دوم- شباهت و تفاوت جبران خساره با بیعانه

بعد از بیان تعریف جبران خسارت باید گفت که بیعانه جبران انصراف از عقد است و با خساره وارده
که به طرفین عقد وارد گردیده ارتباط ندارد و اگر مشتری از عقد بیع انصراف نماید صرف بیعانه را
از دست میدهد و اگر بایع از عقد بیع انصراف نماید مکلف به استرداد بیعانه و مثل آن، به مشتری می
باشد که در این مورد حکم مواد(531-532-533) قانون مدنی صراحت کامل دارد و جبران خساره
صورت های مختلفی دارد که به اندازه مقدار خساره و تعیین آن شخص مقصر، مکلف به جبران آن می
باشد که در این مورد حکم مواد (730-734-735) قانون مدنی بالنوبه چنین صراحت دارد (هرگاه
متعهد نتواند وجبیه را در مورد عقد عینا ایفا نماید یا اجرای وجبیه را از مدت معیننه بتاخیر اندازد،
محکمه می تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید. مگر اینکه ثابت گردد که عدم امکان وفاء یا تاخیر
در اجرا وجبیه ناشی از سببی بوده که وی در آن دخیل نبوده است- - محکمه می تواند در صورت عدم
موافقه قبلی به اندازه ضمان یا عدم تصریح آن در قانون بادر نظر داشت خساره وارده بر دائن و کسر
عوااید وی، اندازه آنرا تعیین نماید. —هرگاه مدیون از تادیه دینی تاخیر بعمل آرد که موضوع آنرا پول
نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می تواند جبران خساره ناشی از تاخیر تادیه را
که سالانه معادل (3) فیصد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید. تاخیر جبران خساره در حالیکه از
موافقه طرفین یا عرف معلوم شده نتواند، از تاریخ مطالبه قضائی آغاز میگردد)

از اینکه بیعانه در مقابل انصراف و عدول از عقد صورت می گیرد به همین لحاظ بیعانه از جمله
جبران خساره محسوب نمی شود و این حق مشروع طرفین عقد است که طبق حکم مواد(531-532-
533) قانون مدنی به آن رسیدگی میشود²

¹- نظام الدین عبدالله، حقوق و وجایب، ج 1 ص 100
²- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

فرع پنجم - فرق بین بیعانه و هبه :

جزء اول - تعریف هبه:

در ماده مجله الاحکام هبه چنین تعریف شده است (الهبه تملیک مال لآخر بلاعوض و یقال لفاعله واهب و لذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له) ترجمه (هبه عبارت از تملیک مال به شخص دیگر است بدون عوض که به فاعل آن واهب و به مال متذکره موهوب و به شخصی که آن را پذیرفته است موهوب له گفته می شود)¹

از اینکه بیعانه در نزد شوافع به هبه تعریف شده است و بیعانه را چنین تعریف می نمایند که: مشتری یک مال را خریداری می کند و یک مقدار پول را برای بایع طوری پرداخت می نماید که اگر مال را اخذ کرد از جمله ثمن محسوب شود در غیر آن پول پرداخت شده به شکل مجانی و هبه از بایع است.² به همین لحاظ لازم است تا وجوه مشابهت و جوه اختلاف هبه با بیعانه بیان گردد

جزء دوم- وجوه مشابهت هبه با بیعانه:

- 1- هبه اکثرا بدون عوض برای شخص داده می شود و بیعانه هم بدون اینکه از بایع چیزی اخذ گردد برای بایع داده می شود
- 2- هبه پول نقد و مال منقول قرار گرفته می تواند و بیعانه اکثرا پول نقد بوده و گاهی اموال منقول هم بیعانه قرار گرفته می تواند.

جزء سوم- وجوه اختلاف هبه با بیعانه:

- 1- بیعانه زمانی نصیب بایع میشود که مشتری از عقد بیع و یا اجاره انصراف نماید ولی هبه تعلق به بیع ندارد و در بدل کدام معامله به شخص داده نمی شود
- 2- هبه یک عقد مستقل است و موهوبه دارای شروط خاص می باشد ولی بیعانه پول پیش پرداخت در یک معامله است که در صورت ابرام عقد، پرداخت پول باقی مانده بالای مشتری لازم می گردد .

¹ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، (ب. ط، ب. ت). مجلة الاحكام العدلية، ماده (833)،
² ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، (ت: 676، وفاة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق: عادل احمد عبدالموجود، ج3، دارالكتب العلمية ص 65.

مطلب دوم – بعضی از صورت های عقد بیع است که با بیعانه مشابهت دارد

بعضی از صورت های عقد بیع است که مشابه با بیعانه (عربون) است اگر چه بیعانه محسوب نمی شود و بعضی از این صورت های عقد را، یک عده فقهاء جائز میدانند در حالیکه بیعانه (عربون) را منع می نمایند.

صورت اول:

طرفین عقد اتفاق دارند بر اینکه: اگر بیع تمام شود پول پرداخت شده جزء ثمن می باشد و اگر بیع تمام نشود پول پرداخت شده دوباره به مشتری مسترد می شود.¹

امام مالک می فرماید کسی چیزی را خریداری نماید و بیعانه را پرداخت نماید بشرط اینکه: اگر به بیع راضی شد مال را اخذ نماید و باقی مانده پول را پرداخت نماید و اگر مال خوشش نیامد مال را مسترد می نماید و پولیکه به عنوان بیعانه پرداخت کرده دوباره اخذ نماید در این صورت بیعانه (عربون) جواز دارد کدام اشکال وجود ندارد.²

صورت دوم:

اگر یک شخص غلام و یا کنیز را به صد دینار خریداری نماید بعداً با بیع پشیمان شود و از مشتری بخواهد به ده دینار، با وی اقاله نماید و از صد دینار که از آن بود بگذرد جواز دارد.³

ابن ابی شیبیه در مصنف خویش می فرماید که «ابن سیرین در مورد شخص که مال را خریداری می نماید بعداً آنرا قیمت می پندارد فرموده است که باک ندارد که در هنگام مسترد کردن مال یک درهم را هم به با بیع بدهد»⁴

و این اثر در کتاب مغنی هم ذکر است و امام احمد فرموده است که این بیع به معنی عربون است.⁵

1. الدبیان، المعاملات المالية أصالة و معاصرة، مرجع سابق، ص 439.
2. محمد بن یوسف بن أبی القاسم بن یوسف العبدری الغرناطی، أبو عبدالله المواق المالکی (ت 897 هـ)، التاج و الإکلیل لمختصر خلیل، ج6، (ط: 1، لا. م: دار الکتب العلمیة، 1416 هـ/ 1994م)، ص 236. سلیمان بن خلف بن سعد بن آیوب بن وارث التجیبی القرطبی الباجی (ت: 474 هـ)، المنتقی شرح الموطاء ج4، (ط: 1، محافظة مصر: مطبعة السعادة، 1332 هـ، ص 158.
3. الزرقانی، شرح الزرقانی علی الموطاء، مرجع سابق، ص 379.
4. أخرجه أبی شیبیه فی مصنفه، تحقیق: کمال یوسف الحوت، (ط: 1، الرياض: مکتبة الرشد، 1409 هـ)، کتاب البیوع و الاقضية، باب: فی الرجل یشتری من الرجل الشیء فیستغلبه فیرده، و یرد معه درهما: (304/4)، رقم الحدیث: 20425.
5. این قدامة، المغنی، ج4، ص 175.

صورت سوم:

طوری است که مشتری قبل از بیع، یک درهم را به صاحب مال بدهد و برایش بگوید که این مال را غیر از من بالای شخص دیگری به فروش نرسانید و اگر من خریداری نکردم همان پول از شما باشد بعداً همین مال را به عقد جدید خریداری می نماید و همین پول پرداخت شده را از جمله ثمن حساب می کند، این بیع درست و صحیح است.¹

این قدامه این موضوع را در المغنی ذکر نموده است و علت صحت آنرا طوری بیان نموده است که بیع از شرط فاسد خالی شده است.²

یعنی شرط ترک عربون به بیع مقترن نشده است تا در نزد کسی که جائز نمی داند بیع را فاسد نماید و به صحت این صورت اتفاق است.

مطلب سوم – بیان صحت صورت سوم

فرع اول – اتفاق در مورد مسئله اول: ترک عربون در صورتیکه بیع ترک شود و این اتفاق جدا از عقد بیع است.

فرع دوم – اتفاق در مورد مسئله دوم: عقد بیع، خالی از شرط بیعانه (عربون) است.³

مطلب چهارم- تصحیح عقد مقترن به بیعانه در نزد قائلین به عدم جواز بیعانه (عربون)

زمانیکه عربون با بیع مقترن شود به اساس حالات ذیل حکم آن مختلف می باشد.

- 1- اگر قبل از عقد اتفاق به عربون صورت گیرد، بیعانه را در عقد شرط نگذارد در این صورت عربون لغو بوده و عقد درست می باشد و این عقد خارج از عقد بیعانه (عربون) صورت گرفته است
- 2- اتفاق بالای بیعانه صورت گیرد و عاقدین هر دو صاحب خیار بودند و از مجلس برنخاسته باشند و در همان مجلس عقد را نافذ ساختن و بیعانه (عربون) لغو گردید و یا به اساس خیار مجلس از بیع انصراف صورت گرفت عقد درست است .

¹ این قدامه، المغنی، ج4، ص 175.

² این قدامه، المغنی، مرجع سابق، ص 176.

³ الدیبان، المعاملات المالیه أصالة و معاصرة، مرجع سابق، ص 467.

3- اینکه اتفاق به بیعانه مقترن با عقد صورت گرفت و خیار مجلس هم به پایان رسید و مشتری انفاذ عقد را طلب نمود در این صورت عقد درست است و مشتری مستحق مبیع گردید و بایع مستحق ثمن

4- اتفاق بالای بیعانه مقترن با عقد صورت گرفت و مدت خیار مجلس هم به پایان رسید و مشتری از عقد انصراف نمود، به اساس رأی مانعین بیعانه (عربون)، بایع بیعانه را دوباره به مشتری مسترد نماید زیرا بدون وجه آنرا اخذ نموده است .

5- اینکه اتفاق بالای بیعانه مقترن با عقد صورت گیرد و خیار مجلس هم به پایان برسد و عاقدین صاحب خیار شرط باشند در صورت جاری شدن عقد و یا عدول از عقد با استرداد بیعانه و وجوب اختیار یکی از دو امر (انفاذ یا عدول) عقد درست است زیرا بایع راضی به خیار است در مقابل عوض که بیعانه است و زمانیکه بیعانه باطل گردید بایع صلاحیت دارد که منتظر مشتری نباشد و انتظار مشتری را که معوض است باطل نماید و اگر بایع و مشتری بعد از رد مال به اساس عقد جدید بدون کدام عوض عقد می نمایند کدام ممانعت وجود ندارد.¹

در نزد حنابله برای بیعانه (عربون) دو صورت وجود دارد:

اول اینکه: مشتری یک چیز را از بایع خریداری نماید و یک درهم را به شکل پیش پرداخت برای بایع تسلیم نماید و برایش بگوید که اگر مبیع را نگرفتم همان درهم از خودت باشد.

دوم اینکه: مشتری برای بایع بگوید که اگر باقی پولت را در طول مدت یک ماه آوردم مبیع از من است در غیر آن همین پول از خودت باشد²

فرق بین صورت اول و دوم این است که: عقد در صورت اولی معلق به رغبت مشتری است که عقد را جاری نماید، زمانیکه مشتری رغبت خویش را به تنفیذ عقد اظهار نمود، عقد نافذ می شود و برابر است که باقی پول را پرداخت نماید و یا پرداخت نکند ولی در صورت دومی، عقد تمام نمی شود مگر اینکه مشتری باقی ثمن را پرداخت نماید؛ زیرا شرط به همین شده است که در صورت پرداخت باقی ثمن، عقد نافذ می گردد و انعقاد عقد به پرداخت باقی ثمن معلق ساخته شده است، و در هر دو صورت زمانیکه عقد تمام نشود، بیعانه حق بایع است به مشتری مسترد نمی شود

¹ - ماجد عبدالرحمن الرشید، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصره، صص 75 و 76
² . الأنصاف، المرادوی (253/11)؛ ينظر: شرح منتهی الإرادات، البهوتی (179/3).

مطلب پنجم- تکلیف قانونی بیعانه:

در مورد تکلیف قانونی بیعانه اختلاف وجود دارد مبنی بر اینکه بیعانه از جمله شرط خیار واقف یا فاسخ محسوب شود و یا اینکه التزام بدلی و تعهد است که متضمن عقد می باشد و این اختلاف قرار ذیل توضیح گردیده است.

فرع اول- بیعانه و شرط خیار واقف:

جزء اول- تعریف شرط: شرط امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی نیست و وجود و یا سقوط تعهد به وقوع آن منوط است¹ در فقره (1) ماده (595) قانون مدنی شرط چنین تعریف شده است (شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغه خاص صورت می گیرد) از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که اولاً شرط امری تعهد به آینده است و ثانیاً شرط باید متعلق به زمان آینده باشد²

شرط واقف: عبارت از شرطی است که وجود تعهد وابسته به آن است و شرط واقف را شرط تعلیقی نیز می گویند به عبارت دیگر وقتی که وجود تعهد متوقف بر حصول شرط شود، طوری که به محض تحقق شرط، تعهد به وجود آید و یا تخلف از آن، تعهد به وجود نیاید، شرط را در چنین حالتی «شرط تعلیقی» یا «شرط واقف» می گویند بنابر این، شرط تعلیقی یعنی شرطی که وجود و تعهد متوقف بر آن است به طوری که اگر از آن تخلف شود، تعهد به وجود نیاید مانند این که پدري هبه خود به فرزندش را معلق بر ازدواج او نماید، در این مثال، ازدواج یک امر تعلیقی است، اگر این شرط محقق شد و فرزند ازدواج کرد، تعهد پدر به انجام هبه به وجود خواهد آمد. اگر از این شرط تخلف شد و فرزند اقدام به نکاح نکرد، تعهد به هبه وجود نخواهد آمد³

جزء دوم - بیعانه و شرط خیار واقف(تعلیقی): در مورد بیع به شرط خیار واقف، گفته شده است: بیع واقع می شود، مشتری قسمتی از ثمن را می دهد و مدتی معین می کند تا اگر در آن مدت مبیع را

¹ - عبدالرزاق احمد السنهوری، دوره حقوق تعهدات، ص 21

² - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

³ - عبدالرزاق احمد السنهوری، دوره حقوق تعهدات، ص 22

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.¹

یعنی، گاهی چنین فرض می شود که از همان آغاز، توافق و قرار دادی بر خرید و فروش یا اجاره صورت پذیرفته و برای یکی از طرف های قرار داد یا برای هر دوی آنها حق عدم تسلیم یا حق فسخ، تا زمان معین (برای نمونه تا زمان ثبت رسمی قرار داد) در نظر گرفته شده است؛ در چنین صورتی هیچ اشکال و تردیدی در درستی و نفوذ عقد وجود ندارد و تنها نکته ای که در این فرض وجود دارد این است که تحقق قرار داد اجاره یا بیع از همان هنگام توافق اولیه بوده در نتیجه، نقل و انتقال از همان زمان محقق شده و همه حقوق عینی قرار داد از همان زمان بر آن مرتب می شود 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 طرف ها به فسخ اقدام کرده است.² در این مورد حکم ماده: (597) قانون مدنی چنین صراحت دارد(عقد معلق به شرط واقف، وقتی انعقاد یافته و حکم آن لازم می شود که شرط موجود گردیده باشد) از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که عقد معلق به شرط واقف انعقاد می یابد، اما حکم آن زمانی لازم می شود که شرط تحقق پیدا کند. بنابر این، زمانی که شرط تعلیقی محقق گردد، تعهد معلق بر آن نیز نافذ می شود. اما، در صورت تخلف از شرط تعلیقی، تعهدی که معلق بر چنین شرطی بوده است کان لم یکن تلقی می شود³

فرع دوم - بیعانه و شرط فاسخ:

جزء اول- شرط فاسخ : اگر تعهد بالفعل وجود داشته باشد و سقوط آن منوط به وقوع شرط باشد، چنین شرطی را «شرط فاسخ» میگویند بنابر این، «شرط فاسخ» شرطی است که سقوط تعهد متوقف بر وجود آن است مانند این که داین قسمتی از دین خویش را به شرط این که مدیون اقساط باقی مانده را در موعد مقرر پرداخت نماید، نادیده بگیرد شرط داین در این مثال شرط فاسخ است که اگر از آن تخلف شود، یعنی مدیون در پرداخت اقساط باقی مانده تاخیر کند، نادیده گرفتن قسمتی از حق توسط داین نیز

¹ - حبیب ادريس المزوري، التكييف القانوني للعربون و احكامه، ص 14 الى 16 ، ماجد عبدالرحمن الرشيد، احكام بيع العربون و تطبيقاته المعاصرة ، ص 40 الى 43

² - همان

³ - عبدالرزاق احمد السنهوري، دوره حقوق تعهدات ، ص 15

منتفی خواهد شد پس، تعهد معلق به شرط فاسخ فوراً به وجود می آید و نافذ میشود، اما معلق به شرط قرار می گیرد، اگر شرط محقق شد، تعهد از بین می رود و اگر شرط محقق نشود، تعهد به یک تعهد قطعی و منجز تبدیل می شود.¹

جزء دوم- بیعانه و شرط فاسخ: در تعریف بیع به شرط خیار فاسخ آمده است، بیع واقع می شود و مشتری مقداری از ثمن را می دهد تا هرگاه باقی را در مدت معین ندهد، بیع فسخ شده و بیعانه هم مال بایع باشد، در این صورت حق فسخ وجود ندارد.²

حکم ماده (599) قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد (عقدیکه فسخ آن معلق بشرط فاسخ باشد، نافذ و غیر لازم پنداشته میشود هرگاه شرط موجود گردد، عقد فسخ میگردد، درین صورت دائن بر رد آنچه اخذ نموده و در صورت عدم امکان، به پرداخت ضمان مکلف پنداشته میشود، اگر شرط موجود نگردد، عقد لازم میشود)³ از نص این ماده پنج حکم قابل استنباط می گردد

- 1- عقد معلق به شرط فاسخ، نافذ و غیر لازم است .
- 2- در صورت تحقق شرط فاسخ ، عقد فسخ می گردد، این فسخ ناشی از حکم قانون است و نیازی به حکم محکمه و یا اختیار رسمی یکی از طرفین عقد ندارد
- 3- در صورت تحقق شرط فاسخ ، تمام تصرفاتی را که داین انجام داده است ساقط می شود به
- 4- جز اداره اشیاء. بنابر این، در صورتی که داین دین خویش را استیفاء کرده باشد و شرط فاسخ محقق گردد، باید آن را به مدیون رد نماید، اگر رد دین در اثر سبب خارجی ناممکن گردد، داین باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید.
- 5- در صورت عدم تحقق شرط فاسخ، عقد به عقد لازم تبدیل می شود .
- 6- در تعهد مشروط به شرط فاسخ و تحقق شرط، تمام تصرفات داین به جز اعمال اداره ساقط می شود⁴

¹ - عبدالرزاق احمد السنهوری، دوره حقوق تعهدات ، ص 15
² . حبیب ادیس المزوری، التکلیف القانونی للعربون و احکامه، ص 14 الی 16 ، ماجد عبدالرحمن الرشید، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصرة ، ص 40 الی 43
³ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان
⁴ - نظام الدین عبدالله، حقوق و وجایب، ج 1 ص 120

تفاوت بین بیع به شرط خیار واقف و بیع به شرط خیار فاسخ، این است که دو طرف می توانند شرط کنند، قرارداد پس از مدتی پایان یابد یا در اثر رویداد ویژه ای خود به خود منحل شود، این رویدادها ممکن است بر خلاف میل و تصمیم دو طرف پاسخ دهد و عقد را منحل سازد، به همین جهت نباید آن که با شرط خیار، که فسخ را متوسط به انشاء عمل حقوقی از سوی مشروط له می کند، اشتباه کرد، در شرط واقف (تعلیقی) هر دو طرف در انحلال قرار داد تصمیم می گیرد و آن را منوط به وقوع حادثه ای می کند، در حالی که در شرط خیار فاسخ همه چیز منوط به اراده مشروط له است، از این تحلیل می توان نتیجه گرفت که شرط واقف (تعلیقی) تابع احکام خیار شرط نیست؛ موضوعی است جداگانه که نفوذ آن را باید در طبق قواعد کلی و طبیعت عقد سنجید، باوجود این، اگر شرط واقف (تعلیقی) منوط به وقوع حادثه ای باشد که در اختیار یکی از دو طرف است، به خیار فسخ بسیار نزدیک می شود، با این تفاوت که صاحب خیار مسلط بر انفساخ عقد می گردد، نه فسخ آن مانند شرط انفساخ بیع در صورت رد ثمن.¹

این نوع از بیع (بیع به شرط خیار واقف و شرط خیار فاسخ) 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

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 در واقع اینکه مقداری از ثمن بعد از عقد پرداخت شود و مابقی مقید به زمان خاصی باشد که پرداخت شود یا در اقساط مختلفه پرداخت شود، تأثیری در عقد تشکیل شده ندارد²

¹ راضیه سایغی، التعاقد بالعربون، ص 38 الی 40
² حبیب ادیس المزوری، التکیف القانونی للعربون و احکامه، ص 14 الی 16 ، ماجد عبدالرحمن الرشید، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصرة، ص 40 الی 43

فرع سوم - بیعانه و وجه التزام:

اولین و ابتدایی ترین فرضیه ای که در بررسی ماهیت بیعانه به ذهن می رسد، تطبیق ماهیت بیعانه با وجه التزام می باشد. از آنجا که میان این دو شباهت های شکلی فراوانی وجود دارد این دو در بیشتر موارد در یک معنا به کار میرود، این شباهت ها نباید باعث شود که تصور نمائیم 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 غیر از شباهت های ظاهری تفاوت های اساسی و ماهوی فراوانی وجود دارد که باعث جدایی آن دو از یکدیگر می شود، این نکته ظریف از جانب حقوق دانان نیز در حقوق موضوعه پوشیده نبوده و به آن اشاره داشته اند.¹

جزء اول- وجه التزام

التزام که جمع آن التزامات است در لغت به معنای همراه بودن، ملازمه داشتن، به گردن گرفتن، ملزم شدن به امری می باشد. تعاریف متفاوتی از وجه التزام شده است، وجه التزام مبلغ توافقی است که طرفین پیش از وقوع خسارت ناشی از عدم اجرای قرار داد یا تأخیر اجراء آن معین می نمایند. برخی دیگر نیز دست به تفکیک زده و وجه التزام را به، وجه التزام قضایی {تعیین خسارت توسط محکمه}، وجه التزام غیر قرار دادی {تعیین خسارت توسط قانون} و وجه التزام قرار دادی توافقی، تقسیم کرده اند و در تمایز میان آنها بیان داشته اند، در وجه التزام قضایی و غیر قرار دادی بر خلاف وجه التزام قرار دادی، عنصر اراده و توافق طرفین وجود ندارد. عده ای دیگر نیز از وجه التزام با عنوان شرط جزایی یا شرط جزا یاد کرده اند.

وجه التزامی که با توافق طرفین شکل می گیرد ممکن است، در ضمن عقد و یا بعد از آن و به موجب قرار داد جداگانه ای بوجود آید، می توان 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 می شود».²

¹- راضیه سایغی، التعاقد بالعربون، ص 38 الی 40

²-همان، ص 39

جزء دوم- شباهت ها و تفاوت های وجه التزام با بیعانه:

الف) مهمترین ویژگی که درباره وجه التزام می توان بیان داشت این است که، وجه التزام تعهد فرعی بر تعهد اصلی است یعنی در ابتداء انجام تعهد اصلی مورد نظر طرفین می باشد 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 قرار داد باشد فرضی غلط است.¹ 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 خسارات ناشی از عدم انجام تعهد یا سوء انجام تعهد یا تأخیر 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.² در حالیکه ماهیت بیعانه نمی تواند جبران خسارت باشد، چراکه 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 تأخیر در انجام تعهد و یا مطالبه ذینفع (مشروط له) صورت می گیرد، ولی بیعانه غالباً پیش از عقد و به رضای مشتری، به عنوان حسن انجام معامله پرداخت می شود و برای مطالبه آن نیازی به اقامه دعوی، 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.³ در حالی که بر خلاف وجه التزام، می توان قائل برآن بود که طرفین بتوانند با تراضی، مالی (اعم از پول نقد یا کالا) 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

¹. حبیب ادريس المزوري، التکييف القانوني للعربون و احكامه، ص 14 الی 16 ، الرشيد، ماجد عبدالرحمن، احكام بيع العربون و تطبيقاته المعاصرة ، صص 40 الی 43

². راضيه سايعي، التعاقد بالعربون، ص 38 الی 40

³. همان ، ص 38 الی 40

عوض مبيع قرار گیرد»¹ در حالی که وجه التزام همان گونه که بیان شد ماهیتاً نوعی جبران خسارت یا ضمانت اجرا می باشد که به تصریح قانون گذار باید مبلغی مشخص و معلوم باشد مگر در موارد خاص که تعیین آن بر عهده محکمه می باشد.

باتوجه به مطالب یاد شده می توان گفت میان وجه التزام و عربون هرچند از لحاظ شکل ظاهری شباهت های وجود دارد ولی جهات افتراق آنها به اندازه ای است که مانع از آن می شود که احکام و مقررات وجه التزام را برای عربون قابل اجرا بدانیم. میان آنها ماهیتاً تفاوت های بارزی وجود دارد.

فرع چهارم- فرق بین تکلیف فقهی و تکلیف قانونی بیعانه:

بین تکلیف فقهی و تکلیف قانونی بیعانه در دو صورت ذیل فرق وجود دارد

1- از نظر قانون در عقودیکه بیعانه پرداخت می گردد برای طرفین عقد اجازه عدول از بیع را میدهد و هر دوجانب عقد، اجازه و صلاحیت عدول از بیع را دارند و هرچنانیکه از حق عدول خویش استفاده نماید، مکلف به پرداخت بیعانه و یا مثل آن می باشد ولی در نزد فقهاء چنانچه در تعریف فقهی گذشت صرف صلاحیت عدول را، مشتری دارد و بایع صلاحیت عدول از عقد را ندارد

2- در عقودیکه بیعانه پرداخت میشود، تعلق به نیت و شروط متعاقدين دارد و اگر متعاقدين اتفاق بر این کرده باشند که بیعانه دوباره به مشتری مسترد شود و یا عرف و تعامل به استرداد بیعانه به مشتری وجود داشته باشد، به آن عمل می شود ولی در نزد فقهاء بیعانه که آنرا عربون می نامند معنی خاص خود را دارد، و با اتفاق و شروط عاقدین تغیر نمی کند.²

مطلب ششم- ماهیت بیعانه:

پس از بررسی موضوعات مزبور که برخی از آنها به لحاظ شکل ظاهری و برخی دیگر از لحاظ محتوایی و پاره ای نیز از هر دو حیث با ماهیت بیعانه نزدیک بودند، می توان گفت، هیچ یک از آنها همانگونه که آمده است، نمی توانند شکل و قالب مناسبی برای بیعانه باشند، هرچند که گاه، شباهت هایی که میان آنان وجود دارد و به آنها اشاره شد، باعث می شود برخی به اشتباه از بعضی از آن موضوعات

¹ همان: ص 38 الی 40

² الرشید، ماجد بن عبدالرحمن، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصرة، ص 40

در بررسی و توجیه بیعانه استفاده نمایند. ولی هیچ کدام از آنها نمی توانند ماهیت بیعانه را به خوبی توجیه نمایند.

در واقع، بیعانه قالب و ماهیت خاص و مختص به خود را دارد.

آنچه به عنوان نتیجه می توان بیان داشت، این است که بیعانه نمی تواند چیزی جز:

« بیعانه مقداری از پول است که آن را یک طرف عقد به طرف دیگر می دهد تا طرف دیگر عقد معقود علیه را به شخص دیگر ندهد. هدف از دادن بیعانه توسط بایع به مشتری عدم فروش متاع توسط بایع به دیگری و حصول اطمینان توسط مشتری است. فقهاء حنابله و فقهاء معاصر بر این نظر اند که: بیع عربون آن است که خریدار چیزی بخرد و قسمتی از بهای آن را به فروشنده بدهد که اگر آن معامله تمام شد و تنفیذ گردید، آن مبلغ از بهای کل آن چیز کسر گردد و اگر معامله صورت نگرفت و تنفیذ نشد، فروشنده آن مبلغ را که گرفته است برای خویشتن نگهدارد¹ ».

زیرا:

اولاً: صرف پرداخت مقداری از ثمن معامله از جانب (مشتری)، به بایع (فروشنده)، صرفاً حق تقدم در خرید مورد معامله برای مشتری ایجاد می کند.

ثانیاً: این پرداخت الزامی برای طرفین ایجاد نمی شود 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 ملزم نموده باشند.

ثالثاً: در صورت خود داری هر یک از طرفین از تشکیل عقد، مشتری مقدار ثمنی را که به عنوان پیش پرداخت، پرداخته است از دست میدهد، مگر آنکه شرط خلاف آن 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 خود داری بایع از تشکیل عقد، علاوه بر استرداد مقدار ثمن باید معادل آن مقدار را نیز به

¹. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج5، صص 3434 و 3435؛ و سید السابِق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج4، صص 232 و 234.

عنوان تخلف از تعهد به مشتری مسترد دارد، و همچنین در صورت خود داری مشتری از انعقاد عقد، حق کم کردن آن مقدار پرداخت شده را ندارد.

رابعاً: بر قراری مدت در تشکیل این گونه قرار داد ها که به همراه پرداخت مقداری از ثمن معامله است، چیزی جز تاکید نمی باشد، چراکه تعیین مدت از اوصاف عقد و تعهدات طرفین در پرداخت مقداری از ثمن نمی باشد، بلکه مربوط به ذات و ماهیت توافق (عقد) می باشد 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 می شود، قطعاً بیع نهائی شده نمی باشد، چرا که هنوز ایجاب و قبولی به صورت قطعی صورت نگرفته است، بلکه تنها حق تقدم و امتیازی برای مشتری در خرید مبیع می باشد.

سادساً: این حق تقدم در خرید، آثار عقد کامل را نداشته، حقی برای طرفین نسبت به مال مورد معامله ایجاد نمی کند و طرفین در تصمیم گیری و انتخاب خود نسبت به انعقاد عقد آزادند.¹

مبحث دوم- حکم بیعانه «عربون»

چنانچه قبلاً در اخیر فصل اول گذشت که بیعانه دوصورت دارد و در مورد جواز صورت اولی بیعانه، فقهاء اتفاق دارند ولی در مورد جواز و عدم جواز صورت دومی بیعانه سه قول وجود دارد که در مطالب ذیل توضیح میگردد

مطلب اول – مانعین صورت دوم بیعانه(عربون)

جمهور فقهاء از جمله احناف، مالکیها و شوافع به منع صورت دومی بیعانه (زمانیکه مشتری از عقد بیع ویا مستاجراز عقد اجاره انصراف نماید پول پرداخت شده، ملک بایع ویا موجر می باشد) قول نموده اند که قرار ذیل می باشد.

¹- حبیب ادريس المزوري، التکييف القانوني للعربون و احكامه، ص 14 الی 16 ، ماجد عبدالرحمن الرشيد، احكام بيع العربون و تطبيقاته المعاصرة ، ص 40 الی 43 و راضيه سايعی، التعاقد بالعربون، ص 38 الی 40

جزا اول - حکم صورت دوم بیعانه در نزد احناف:

أبی الحسن، علی بن حسین بن محمد السغدی حنفی¹ که متوفی سنه 461 هجری قمری است در کتاب خویش (النتف فی التوای) در تحت عنوان بیوع فاسده در شماره 21 صورت دوم بیعانه (عربون) را از جمله بیوع فاسده شمرده است و گفته است که اخذ عربون (بیعانه) برای بایع جواز ندارد.²

جز دوم - حکم صورت دوم بیعانه نزد مالکیها:

در نزد مالکیها صورت دوم بیعانه (عربون) ممنوع است؛ زیرا زمانیکه معامله بیع و یا اجاره صورت نگیرد پول پرداخت شده دوباره به مشتری مسترد نمی شود و این از جمله خوردن مال به طریق باطل است.³

جز سوم - حکم صورت دوم بیعانه نزد شوافع: خطیب شربینی⁴ می فرماید که بیع عربون صحیح نیست؛ زیرا مشتری در صورتیکه به بیع راضی نشود پول پرداخت شده به شکل مجانی نزد بایع باقی می ماند.⁵

از همین اقوال احناف، مالکیها و شوافع معلوم میشود که اگر پول پرداخت شده نزد بایع باقی نماند و دوباره به مشتری مسترد گردد، صورت اولی بیعانه بوده کدام اشکال در صحت آن وجود ندارد.

جزء چهارم - حکم صورت دوم بیعانه در نزد حنابله: در نزد حنابله صورت دوم بیعانه (عربون) جائز و صحیح می باشد زیرا تعریفی که حنابله برای عربون نموده اند به جواز مطلق بیعانه (عربون) قول صورت گرفته است و حنابله صورت دوم بیعانه را به دو شکل تقسیم نموده اند.¹

¹ - قابل یاد آوری میدانم اینکه: در کتب احناف به شمول کتب ظاهر الروایه، هدایه، بحر الرایق، فتح القدر و دیگر کتب معتبر احناف تلاش نمودم چیزی به عنوان بیعانه و یا عربون به نظرم نیامد و این در حالی است که من با مطالعه کتب اشنائی دارم و علاوه از فارغ التحصیل بودن از فاکولته شرعیات پوهنتون کابل، تخصص در فقه را نیز دارم و لی صرف در همین یک کتاب به نام النتف فی الفتاوی که در ذیل نقل گردیده یاد آوری اندک در مورد بیعانه صورت گرفته است. بهمین لحاظ استدلال فقهی از کتب احناف کم صورت گرفته است و این تقصیر از بنده نمی باشد و به اصل کتاب نتف فی الفتاوی مراجعه نموده ام و از کدام کتاب دیگر نقل قول نشده است.

² ابوالحسن علی بن حسین بن محمد النصری (ت: 461 هـ) النتف فی الفتاوی، تحقیق: صلاح الدین الناهی، ج1، (بیروت لبنان: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، 1404 هـ 1984م) ص 472.

³ القاضی عبدالوهاب، التلقین فی الفقه المالکی، ص 153.

⁴ خطیب شربینی: محمد بن احمد الشربینی، شمس الدین، فقیه شافعی، مفسر از اهل قاهره بود، و تصانیف زیاد داشت از جمله: "السراج المنیر" و "الافتاح فی حل الفاظ ابی شجاع" و "معنی المحتاج" و در سال: 977 هـ فوت نموده است؛ جهت وضاحت بیشتر به کتاب الاعلام للزرکلی، ج6، ص6. مراجعه شود -

⁵ الخطیب الشربینی، معنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ص 395.

در نزد حنابله برای صورت دوم بیعانه (عربون) دوشکل وجود دارد

اول اینکه: مشتری یک چیز را از بایع خریداری نماید و یک درهم را به شکل پیش پرداخت برای بایع تسلیم نماید و برایش بگوید که اگر مبیع را نگرفتم همان درهم از خودت باشد.

دوم اینکه: مشتری برای بایع بگوید که اگر باقی پولت را در طول مدت یک ماه آوردم مبیع از من است در غیر آن همین پول از خودت باشد²

مطلب دوم – دلایل تحریم صورت دوم بیعانه (عربون)

فرع اول – ازقرآنکریم

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)³ ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را در میان خود به ناحق نخورید مگر این که داد و ستدی باشد که از رضایت چشمه بگیرد، و خودکشی نکنید و خون همدیگر را نریزید. بیگمان خداوند نسبت به شما مهربان بوده (و خواهد بود).

وجه دلالت: الله متعال از خوردن اموال مردم به طریقه باطل منع کرده است و عربون از جمله خوردن اموال مردم به باطل است و علت نهی آن این است که بیع عربون مشتمل بر دو شرط فاسد است.

اول: شرط گذاشتن اینکه پول پیش پرداخت مجانی از بایع بوده باشد در صورتیکه بیع صورت نگیرد.

دوم: شرط گذاشتن رد کردن مال بالای بایع است در صورتیکه مشتری به بیع راضی نباشد.

فرع دوم – از حدیث شریف

عن عمر و بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع العربان"⁴
ترجمه: رسول الله صلى الله عليه وسلم از بیع عربان منع کرده است

1. ابو محمد موفق الدين عبدالله بن محمد بن قدامة المقدس ثم الدمشقي الحنبلي، المفتي، ج4 ص 175.

2. الأنصاف، المرادوى (253/11)؛ ينظر: شرح منتهى الإرادات، البهوتى (179/3).

3. النساء: 29.

4. أخرجه مالك بن أنس في الموطأ (ت: 179، تصحيح و تعليق محمد فواد عبدالباقى، ب: ط، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربى، 1985/1406م)، كتاب: البيوع: باب: ماجاء في بيع العربان، 609/2، رقم الحديث: حكم بر حدیث در صفحات مناقشه ادله به تفصیل ذکر گردیده است.

و این حدیث صریح است در نهی بیع عربون به همین اساس امام مالک می فرماید: شرح آن این است که یک مرد و یا یک زن یک غلام را خریداری نماید و یا سواری را به کرایه بگیرد بعداً برای کسی که از او خریداری کرده و یا به کرایه گرفته بگوید که یک دینار و یا یک درهم یا زیادتر یا کمتر برایت میدهم مبنی بر اینکه: اگر مال را اخذ کردم و یا سواری را سوار شدم آنچه برایت پرداخت نموده بودم از جمله ثمن مبیع و یا از جمله اجوره سواری محسوب شود و اگر خرید مال را ترک کردم و یا سواری را به کرایه نگرفتم پس آنچه برایت پرداخت نموده ام من به آن رجوع نمی کنم، و این در نزد فقهاء باطل است بخاطر اینکه در آن شرط، فریب و خوردن مال مردم به شکل باطل است و اگر چنین بیع واقع شود باید فسخ شود.¹

فرع سوم – معقول

از اینکه بیعانه (عربون) از باب بیع قمار فریب و مخاطره است به همین لحاظ صحیح و جائز نیست و هکذا بیع عربون برای بایع یک چیزی را بدون عوض شرط گذاشته است و این صحیح نیست مثلیکه برای اجنبی (غیر عاقدین) شرط گذاشته شود و این برمنزله خیار مجهول است.²

مطلب سوم – مجیزین صورت دوم بیعانه (عربون)

اصحاب این قول به دو فریق تقسیم شده اند:

جز اول – فریق اول: مطلق بیعانه (عربون) را جواز میدهند اگرچه وقت را تعیین کرده باشند و یا نکرده باشند. و این قول صحیح در نزد حنابله است و در مورد جواز بیع عربون از سعیدین المسیب و مجاهد³ از جمله تابعین و از جمله صحابه از عمر بن خطاب و عبدالله بن عمر نقل شده است.⁴

جز دوم – فریق دوم: برای جواز بیعانه (عربون) مشخص کردن وقت انتظار را شرط کرده اند و این قول محمد بن سیرین¹ از جمله تابعین و قول مرجوح حنابله است.²

¹ - القاضی عبدالوهاب، التلقین فی الفقه المالکی، ص 153.

² - الزرقانی، شرح الزرقانی علی موطا مالک، مرجع سابق، ج3، ص179.

³ - ابو الحجاج مجاهد بن جبر المکی، شیخ القراء والمفسرین در عصر خود بود، ملازم ابن عباس رضی الله عنهما بود در تاریخ فوت آن اختلاف است و سه قول ذکر شده است 102 هـ و یا 103 هـ و یا 104 هـ.

⁴ - المجموع، شرح المذهب، ج 9، ص 235 قال المرادوی فی الانصاف «الصحيح من المذهب ان بیع العربون صحیح، و علیه اکثر الاصحاب، و نص علیه ... سواء وقت او لم یوقت» الانصاف، المرادوی، ج 11، ص 252

مطلب چهارم - دلایل فریق اول:

فرع اول - از قرآن کریم

قول تعالی: " یَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلَّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكَنَّ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ " ³ ترجمه: از تومی پرسند چه چیز برایشان حلال شده است؟ بگو برای شما همه پاکیزه‌ها حلال گردیده و آنچه دست‌آموز کرده باشید از حیوانات شکاری در حالتی که شکار تعلیم‌دهندگانید که با آنچه خدا به شما آموخته است آنها را دست‌آموز می‌کنید پس از آنچه برای شما نگه‌داشته‌اند بخورید و نام خدا را بر آن ببرید و از خداوند پروا کنید که الله زود حساب کننده است.

وقال الله تعالی " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " ⁴ ترجمه: ای مؤمنان! اموال خود را در میان خود به ناحق نخورید مگر آن که تجارتي باشد به تراضي خودتان و خود را نکشید يعني: ای مسلمين! بعضي از شما بعضي ديگر را نکشيد، مگر به سببي که شرع شريف آن را به رسميت شناخته باشد و خودکشي نیز نکنيد بي‌گمان خداوند نسبت به شما مهربان است.

وجه دلالت این آیات این است که اصل در تصرفات و عقود اباحت است مگر اینکه دلیل به حرمت آن موجود باشد و عربون یکی از جمله بیوع است که به حرمت آن قول نشده است.

¹. ابن سيرين: محمد بن سيرين البصري، الأنصاري در سنه 110 هجری قمری متولد شده است در بصره در علوم دین امام عصر خود بود و از جمله اشراف تابعی بود تولد و وفات آن در بصره صورت گرفته است از ناحیه گوش کمی کوری داشت و از جمله راوی حدیث بود و به پرهیزگاری و تعبیر رؤیا مشهور بود و کتاب تعبیر رؤیا به او منسوب گردیده ولی از او نیست جهت معلوم بیشتر به کتاب (الاعلام للزرکلی)، جلد 6، ص 154 مراجعه شود.

². مطالب اولی النهی، الرحیبانی، ج 3، ص 78 و اینکه وقت انتظار باید مشخص گردد قول متاخرین حنابله است و این قول را بعضی علماء معاصر نیز اختیار کرده اند از جمله شیخ مصطفی الزرقا در المدخل الفیقه العام (565/1)؛ و شیخ عبدالله بن منیع و هبه الزحیلی، رفیق یونس المصری، به مجله مجمع الفقه الاسلامی، العدد الثامن (1/678-697-729) مراجعه شود و یوسف قرضاوی در شریعة الاسلام (ص114) ابورخیه رد حکم العربون فی الاسلام (ص20-23) و جمال النشار در احکام العربونیین الشریعة والقانون، (ص25-29) و غیره علماء به مشخص کردن وقت انتظار لازمی می باشد و شرط در بیع عربون و اجاره این است که زمان معین گردد؛ زیرا بایع و موجر نمی دانند که تا کدام مدت انتظار بکشند و در این صورت ضرر مرتب می شود لکن این قول در مذهب حنابله قول مرجوح است و قول راجح همان است که وقت مشخص گردد و یا نگردد بیع عربون درست است.

³. المائده: 4.

⁴. النساء: 29.

فرع دوم - از سنت

"ان النبي صلى الله عليه وسلم أحلَّ العُربان في البيع"¹ ترجمه: رسول الله صلى الله عليه و سلم بیعانه را در بیع حلال گردانیده است

عن سعيد بن المسيب² و ابن سيرين انهما قالاً: «لابأس اذا كره السلعة أن يردّها، و يرد معها شيئاً. قال احمد: هذا في معناه»³ ترجمه: از سعيد بن المسيب و ابن سيرين نقل شده است که ایشان فرموده اند: اگر مال و متاع را مشتری بد پندارد و خوشش نیاید، پروا ندارد که به همراهی مالیکه مسترد می نماید یک چیزی به همراهی آن مسترد نماید امام احمد در این مورد می فرماید همین شی دیگری که به همراهی مال مسترد می گردد همان به معنی (عربون) بیعانه است.

«والمسلمون على شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً»⁴

مسلمانها پابند به اجراء شروط خویش می باشند مگر آن شرطیکه حرام را حلال گرداند و یا حلال را حرام گرداند

فرع سوم - دليل از اثر

«أن نافع بن الحارث⁵ اشترى داراً للسجن بمكة من صفوان بن امية⁶ على أن عمر إن رضی فالبيع بیعه و إن لم یرض عمر فلصفوان اربع مائة دينار»⁷

¹. أخرجه ابن ابی شیبة في مصنفه، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب: البيوع و الاقضية، باب في العربان في البيع، 7/5، رقم الحديث: 23195. حكم حديث در بحث مناقشه ادله به تفصيل ذكر گردیده است

². ابو محمد سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المخزومي، از جمله سيد تابعين بود، در زمان خلافت حضرت عمر بن الخطاب تولد شده است و در زمان خود داناترين اهل مدینه و فقيه عصر خود بود و مرجع فتوای بود و در سال 90 هـ وفات شده است.

³. المغنی، ابن قدامة (331/6)

⁴. حديث مذکور را أبو داود (حديث: 3594) و دار قطنی (حديث: 289) و حاکم در المستدرک (حديث: 2309) و بیهي در السنن الصغری (حديث: 2105)، همه از طریق کثیر بن زید، از ولد بن رباح، از ابو هریر مرفوعاً روایت نموده اند، و حديث مذکور را البانی در إرواء الغلیل، و همچنان در سلسلة الأحاديث الصحيحة تصحيح نموده است.

⁵. نافع بن عبد الحارث الخزاعي: از جمله امراء صحابه است و در روز فتح مکه به اسلام مشرف شد و در مکه اقامت داشت بعداً برای مدت کوتاهی از طرف عمر بن الخطاب وظیفه برایش داده شد و از جمله کبار صحابه بود و نام پدرش عبدالحارث بوده جهت وضاحت بیشتر به کتاب (الاستیعاب فی معرفة الاصحاب لابن عبد البر) از ابن عبدالبر جلد4، ص 1419 مراجعه شود.

⁶. صفوان بن أمية: بن خلف بن و هب الجمحي القرشي الملكي أبو وهب، صحابی جواد بود و از جمله اشراف قریش بود هم در زمان جاهلیت و هم در زمان اسلام و بعد از فتح مکه به اسلام مشرف شد و از جمله مؤلفه القلوب بوده و در جنگ یرموک شرکت کرده بود و در کتب حديث (13) حديث از موصوف نقل شده است و در سنه 41 هجری قمری در مکه وفات شد جهت وضاحت بیشتر به کتاب؛ (أسد الغابة لابن الأثیر) جلد 2، ص 405 و (العلام للزركلي)، جلد 3، ص 205 مراجعه شود.

⁷. أخرجه البخاری في صحيحه معلقاً، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، (ط: 1، دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية، 1422 هـ)، كتاب: الخصومات، باب: الربط و الحبس في الحرم، (123/3).

نافع خانه را از صفوان خریداری کرد و شرط گذاشت که اگر عمر به این بیع راضی شد پس ملکیت او است و اگر به این مقدار پول راضی نشد خانه در مقابل چهارصد دینار ملکیت نافع است و این بیع جائز است.¹

فرع چهارم – استحباب:

اصل در شروط صحت است مگر اینکه شارع آنرا باطل یا نهی کرده باشد.² شریح³ می فرماید: «من شرط علی نفسه شرطاً من غیر اکراه توجب علیه»⁴ اگر کسی بالای خود بدون اکراه شرط بگذارد و فا کردن آن بالایش لازم است و همچنان عربون شرطی است که دو طرف بیع قبل از انجام عقد آنرا گذاشته اند به همین اساس وفا به همان شرط لازم است.

مطلب پنجم – دلیل فریق دوم:

اگر مدت خیار در عقد شرط کرده نشود از جمله خیار مجهول به شمار می رود، و اگر مدت را در خیار مشخص نکند بیع باطل می شود و اگر مشتری طوری شرط نماید که حق مسترد کردن مبیع را بدون تعیین آن دارد این بیع صحیح نمی باشد.⁵ و این قول مرجوح حنابله است⁶

مطلب ششم – مناقشه ادله و تحدید رأی راجع

فرع اول – مناقشه ادله مانعین صورت دوم بیعانه (عربون)

1. در مورد این قول که بیعانه خوردن اموال مردم به شکل باطل است باید گفت که این قول درست و صحیح نمی باشد زیرا عربون در مقابل آن است که مال بائع به اساس عمل مشتری از معرض فروش بند ساخته می شود و فرصت های مناسب برای فروش را بائع از دست میدهد و اکثر اوقات

¹ أبو الحسن علی بن خلف بن عبد الملک ابن بطلال (توفی: 449 هـ) شرح صحیح البخاری، تحقیق: أبو تمیم یاسر بن ابراهیم، ج6، (ط: 2، الرياض السعودية: مكتبة الرشد، 1423 هـ - 2003م)، ص 523.

² محمد بن ابی بکر بن ایوب بن سعد شمس الدین ابن قیم الجوزیة (ت: 751 هـ)، إعلام الموقعین عن رب العالمین، تحقیق: محمد عبدالسلام ابراهیم، ج1، (ط: 1، بیروت: دار الکتب العلمیة، 1411 هـ/1991م)، ص 259.

³ شریح: الحارث بن قیس بن الجهم الکندی أبو أمیة، از جمله مشهور ترین قضات فقیه صدر اسلام بود و اصل آن از یمن بود و در مزان عمر بن خطاب، عثمان بن عفان و حضرت علی قاضی کوفه بود و در مزان حجاج استعفال نمود و ثقه در حیث و مأمون در قضاء بود در فن ادب و شعر دست بالا داشت و در مورد وفات آن سه تاریخ (87 - 76 و 97) هجری قمری نقل گردیده است جهت وضاحت بیشتر به کتاب، (أسد الغابة فی معرفة الصحابة لابن الأثیر) جلد2، ص 624 مراجعه شود.

⁴ اخرجه البخاری فی صحیحه، کتاب الشروط، باب: ما يجوز من الاشرط، 198/3.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامی و ادلته، ج5، (ط: 4، سوريا - دمشق: دار الفكر، د.ت)، ص 462.

⁶ ماجد عبدالرحمن الرشید، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصرة، صص 47 و 48

در همین فرصت ها مصلحت برای بایع می باشد و عربون در مقابل همین فرصت های که توسط مشتری از بایع گرفته شده می باشد.¹

2. در مورد استدلال به حدیث عمرو بن شعیب² باید گفت که این حدیث منقطع است و از روایت مالک است که از عمرو بن شعیب برایش رسیده است ولی مالک عمرو را درک نکرده است و در بین ایشان راوی است که نام آن ذکر نشده و ابن ماجه آنرا عبدالله بن عامر الاسلامی ذکر نموده است و عبدالله شخصی است که به حدیث آن احتجاج نمی شود و در اسناد ابن ماجه از حبیب نیز یاد شده که کاتب امام مالک است و شخصی ضعیف است که احتجاج به آن نمی شود و ابن عدی گفته است: این شخص که اسم آن ذکر نشده ابن لهیعه است و او همچنان ضعیف است.³

3. و در مورد این قول که عربون شامل غرر و جهالت است باید گفت که مبیع و ثمن معلوم است و به تسلیمی آن قدرت هم وجود دارد پس در این صورت غرر و جهالت منتفی می باشد.

بخاطر اینکه بالای حدیث عمرو بن شعیب حکم مرتب می شود لازم است تا حدیث متذکره با تمام طرق آن تخریح گردد

فرع دوم: حدیث تحریم بیعانه (عربون)

عن عمرو بن شعیب، عن ابيه، عن جده، قال: (نهی رسول الله صلی الله علیه وسلم عن بیع العربان)

جز اول - تخریح حدیث:

از امام مالک به چهار وجوه روایت شده است

وجه اول: عن الثقة، عن عمرو بن شعیب، عن ابيه، عن جده،

وجه دوم: عن عبدالله بن عامر الاسلامی، عن عمرو بن شعیب، عن ابيه، عن جده،

وجه سوم: عن عبدالله بن لهیعة، عن عمرو بن شعیب، عن ابيه، عن جده،

¹ أبو عمر دبیان بن محمد الدبیان، المعاملات المالیه أصالة و معاصرة، ج5، (ط: 2، الرياض - المملكة العربية السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنیة، 1432 هـ)، ص 447.

² -ابو ابراهیم و یا ابو عبدالله، عمرو بن شعیب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، القرشی السهمی، از جمله راویان حدیث بوده، علماء جرح و تعدیل در مورد آن اختلاف نظر دارند و در سال 118 هـ فوت نموده است. تهذیب الکمال، المزی(74/64) و تقریب التهذیب، ابن حجر العسقلانی(رقم:5085).

³ . الشوکانی، نیل الاوطار، ج 3، ص 182.

وجه چهارم: عن عمرو بن الحارث، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده،

تفصیل وجوه فوق:

وجه اول:

وجه اول را امام مالک در موطأ خویش از روایت یحی بن یحی به شماره (1781)، ذکر نموده و هکذا در روایت ابی مصعب الزهری به شماره (2470)، ذکر نموده است.

و امام أحمد در مسند خویش به شماره (6723)، از روایت إسحاق بن عیسی ذکر نموده و أبوداود در سنن خویش به شماره (3504)، از روایت عبدالله بن مسلمة ذکر نموده و ابن ماجه به شماره (2192)، از هشام بن عمار بیان کرده و بیهقی در شماره (1119)، از طریق محمد بن عبدالله بن عبدالحکم، عن ابن وهب روایت کرده است و ابو موسی المدینی در کتاب خویش به نام (اللطائف من دقائق المعارف فی علوم الحفاظ الاعراف) به شماره (228) از طریق الحسن بن سوار معلقاً ذکر کرده است.

تمام ایشان از (یحی بن یحی، و أبو مصعب الزهری، و إسحاق بن عیسی، و عبدالله بن مسلمة، و هشام بن عمار، و عبدالله بن وهب، و الحسن بن سوار) از مالک بن انس، از ثقه که در نزد مالک بود و یا گفته است که به من رسیده است از عمرو بن شعیب، عن أبيه، عن جده، روایت شده است.

وجه دوم:

ابن ماجه به شماره (2193) از الفضل بن یعقوب الرخامی ذکر کرده است و بیهقی به شماره (11192) از طریق المقدم بن داود بن تلید الرعینی ذکر کرده است.

و هردوی شان از (الفضل بن یعقوب الرخامی، و المقدم بن داود بن تلید الرعینی) از حبیب بن ابی حبیب، از مالک که فرموده است: حدثني عبدالله بن عامر الاسلامی، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، به

وجه سوم:

ابو موسی المدینی در کتاب خویش (اللطائف من دقائق المعارف فی علوم الحفاظ الاعراف) به شماره (228)، از طریق محمد بن سعید التستری از یحی بن عثمان بن صالح السهمی، از المنتصر بن سلمة، از محمد بن معاویه النیسابوری نقل کرده و ابن عبدالبر در التمهید (177/24)، از طریق حرمله بن یحی، به لفظ حدثنا از ابن وهب روایت کرده است.

و هردوی آن (محمد بن معاویه، و عبدالله بن وهب) از مالک روایت کرده اند.

و ابن عدی در الکامل فی ضعفاء الرجال (153/4)، از محمد بن حفص، از قتیبه نقل کرده است.

وهكذا بان عبدالبر، در التمهيد(177/4) از طريق اسد بن موسى و همچنان ابوموسى المدينى، در اللطائف من دقائق المعارف فى علوم الحفاظ الاعراف به شماره (228)، از أبى على الحداد، كه به لفظ حدثنا نقل از ابونعيم، از ابو احمد بن احمد الغطريفى، و به لفظ خبرنا از عبدالله بن محمد بن شيرويه، و به لفظ حدثنا از إسحاق بن ابراهيم الحنظلى، از محمد بن خالد، از الوليد بن مسلم روايت کرده است.

تمام ايشان(مالك بن أنس، وقتيبه بن سعيد، و أسد بن موسى، و الوليد بن مسلم)، از عبدالله بن لهيعة، از عمرو بن شعيب، عن ابيه، عن جده روايت کرده اند.

وجه چهارم:

ابن حجر در كتاب خویش التلخيص الحبير(17/3) به نقل از دار قطنى و بيهقى روايتيکه از طريق الهيثم بن اليمان، أبى بشر الرازى، از مالك، از عمرو بن الحارث، از عمرو بن شعيب، عن ابيه، عن جده، نقل کرده است.

و بيهقى حديث متذکره را از غير طريق مالك چنانچه سنن كبرى به شماره(11194)، از أبى محمد بن حيان، به لفظ خبرنا محمد بن سليمان الواسطى، و به لفظ حدثنا أبو موسى الانصارى، و به لفظ حدثنا عاصم بن عبدالعزيز، از الحارث بن عبدالرحمن بن أبى ذباب عن عمرو بن شعيب، روايت کرده است.

ب- نظر در مورد اختلاف:

نظر در مورد وجه اول:

يحيى بن يحيى بن كثير الليثى، مولاى آن القرطبى أبو محمد، صدوق، فقيه، قليل الحديث، و داراى اوهام بود¹ و احمد بن ابى بكر القاسم بن الحارث، أبو مصعب الزهرى المدنى، الفقيه، وهو صدوق² و إسحاق بن عيسى الطباع، و هو صدوق³، و عبدالله بن مسلم بن قعنب القعنبي الحارثى، أبو عبدالرحمن البصرى، وهو ثقة، عابد، كان ابن معين، و ابن المدينى لايقدمان عليه فى لاموطاً احداً⁴، و هشام بن عمار بن نصير بنون مصغر، الاسملى، الدمشقى، الخطيب، و هو صدوق، مقرئ، كبر فصار يتلقن، فحديثه القديم أصح⁵، و عبدالله بن وهب بن مسلم القرشى مولا هم، على الوجه الراجح عنه، و هو ثقة، حافظ، عابد⁶.

و در بعضى روايات امام مالك ميفرمايد: از شخصى روايت کرده است كه در نزدش ثقة است و در بعضى موارد ميگويد: بلغنى(به من رسیده است)، و اين جملات موثر نيست چنانچه ابن عبدالبر مى

¹ - تقريب التهذيب، ابن حجر، ص 598

² همان، ص 78

³ - همان، ص 102

⁴ - همان، ص 323

⁵ - همان، ص 573

⁶ - همان، 32

فرماید: «قال يحيى، عن مالك، عن الثقة، عنده في هذا الحديث، عن عمرو بن شعيب، عن جده، وسواء قال: عن الثقة عنده، أو بلغه، لأنه لا يأخذ ولا يحدث إلا عن ثقة عنده»¹

نظر در مورد وجه دوم:

حبیب بن ابی حبیب المصري، کاتب مالک بوده و کنیه آن ابا محمد واسم پدر آن ابراهیم، و بعضی گفته اند: که متروک است ابوداود آنرا تکذیب کرده است² و حدیث که از روایت عبدالله بن عامر الاسلمی روایت شده از مالک نبوده بلکه از ساخت خود حبیب بن ابی حبیب است، عبدالله پسر امام احمد میفرماید: از پدرم شنیدم که در مورد حبیب فرمود: (کان یقرأ لهم علی مالک بن انس، فقال: لیس بثقة، قدم علينا رجل أحسبه قال: من خراسان، كتب عن حبیب کتابا، عن ابن أخی بن شهاب، عن عمه، عن سالم، والقاسم، وإذا هی أحادیث ابن لهیعة، عن خالد بن أبی عمران، عن القاسم، و سالم، فقال أبی: أحالها علی ابن أخی ابن شهاب، عن عمه، قال أبی: وکان حبیب یحیل الحدیث، ولم یکن أبی یوثقه ولا یرضاه، وقال: کان حبیب یحیل الحدیث و یکذب و اثنی علیه شرا و سوءاً³) به مثل همین، از امام مالک ثابت نشده است و روایت که حبیب از عبد الله بن عامر مباشرة روایت کرده مشکل آن این است که ابوداود حبیب را تکذیب کرده و متروک می باشد⁴

نظر در مورد وجه سوم:

محمد بن معاویه بن أعین النیسابوری، متروک الحدیث است و ابن معین اطلاق کذب را بالای وی کرده است⁵

نظر در مورد وجه چهارم:

الهیثم بن الیمان شخص متکلم فيه است و ابوالفتح الأزدی آنرا ضعیف شمرده است⁶ و این روایت مرجوح از امام مالک است و الهیثم نظر به روایت اول خلاف اصحاب مالک قرار گرفته است و دار قطنی میفرماید: «تفرد به الهیثم بن الیمان، عن مالک، عن عمرو بن الحارث...»⁷

ج- حکم بالای حدیث:

حدیث متذکره به اساس علل ذیل ضعیف است

¹ - التمهید، ابن عبدالبر، ج 24، ص 176

² - تقریب التهذیب، ابن حجر، ص 150

³ - العلل و معرفة الرجال، أحمد بن حنبل، ج 2، ص 52

⁴ - تقریب التهذیب، ابن حجر، ص 150

⁵ - همان، ص 507

⁶ - میزان الاعتدال، الذهبی، ج 4، ص 326

⁷ - لسان المیزان، ابن حجر، ج 6، ص 212

علت اولی: ابهام است، و شناخته نمی شود که ثقه در نزد مالک کدام شخص است و مالک گاهی شیخ خود را مبهم ذکر می کند و گاهی اسم آنرا ابن لهیعة یاد میکند، و ابن عدی می فرماید: «و يقال ان مالکا سمع هذا الحديث من ابن لهیعة، عن عمرو بن شعيب، ولم یسمه لضعفه»¹

ترجمه: گفته می شود که یقیناً مالک این حدیث را از ابن لهیعة از طریق عمرو بن شعيب شنیده است و اسم آنرا از جهت ضعف آن ذکر نکرده است .

عبدالله ابن لهیعة، بنابر قول صواب ضعیف است و در مورد آن اقوال ذیل گفته شده است:

قول اول: تعدیل مطلقاً:

قتیبه بن سعید در مورد آن چنین فرموده است: «حضرت موت ابن لهیعة، فسمعت اللیث یقول ما خلف مثله»² ترجمه: برای ابن لهیعه مرگ فرا رسید، از لیث شنیدم که میگفت: مثل آن جانشین نخواهد ماند

و ابن وهب می فرماید: «حدثنی به والله الصادق البار عبدالله بن لهیعة»³

ترجمه: حدیث برایم بیان کرده است و سوگند به الله است که ابن لهیعه شخص صادق و نیکو کار است

ابن حسان می فرماید: «مارأیت أحفظ من ابن لهیعة بعد هشیم، فقیل له: إن الناس یقولون احترقت کتب ابن لهیعة، فقال: ما علمت»⁴

ترجمه: بعد از هشیم، از ابن لهیعه کرده شخص زیاد حفظ کننده ندیده ام، پس برایش گفته شد: مردم میگویند که کتب ابن لهیعه حریق گردیده است، پس گفت: من نمی دانم

أحمد بن حنبل می فرماید: «من کان بمصر یشبه ابن لهیعة فی ضبط الحديث، و کثرته، و اتقانه»، و قال: «ماکان محدث مصر إلا ابن لهیعة»⁵

ترجمه: کسی در مصر هست که مانند ابن لهیعه در ضبط حدیث، کثرت و اتقان، باشد

و ابن حجر در مورد ابن لهیعه می فرماید: «صدوق»⁶

قول دوم: تفصیل است:

¹الکامل فی الضعفاء، ابن عدی، ج 5، ص 252

²المجروحین، ابن حبان، ج 2، ص 12

³الکامل فی الضعفاء، ابن عدی، ج 4، ص 145

⁴تاریخ دمشق، ابن عساکر، ج 32 صص 143 و 145

⁵همان،

⁶تقریب التهذیب، ابن حجر، ص 526

کدام روایتی که قبل از احتراق کتب وی نقل شده است صحیح است و کدام روایتی که بعد از احتراق کتب وی نقل شده درست نیست. ابن حبان در این مورد میفرماید: «کان شیخنا صالحا، و لکنه کان یدلس عن الضعفاء قبل احتراق کتبه، ثم احترقت کتبه فی سنة: سبعین، و مائة، قبل موته بأربع سنین، و کان أصحابنا یقولون: إن سماع من سمع منه قبل احتراق کتبه، مثل العبادلة، فسماعهم صحیح، و من سمع منه بعد احتراق کتبه فسماعه لیس بشیء¹»

ترجمه: بود شیخ ما (ابن لهیعه) شخص صالح لکن قبل از سوختن کتب اش تدلیس از ضعفاء میکرد، بعدا کتب وی در سنه یک صد و هفتاد هجری چهار سال قبل از وفاتش سوخت، و اصحاب ما می گفتند: سماع کسی که از ابن لهیعه قبل از حریق شدن کتب وی شنیده است، مثل عبادله، (عبدالله بن مبارک، عبدالله بن وهب و عبدالله بن یزید المقرئ) پس سماع ایشان صحیح است، و کسی که از ابن لهیعه بعد از سوختن کتب اش روایت کرده است سماع آن چیزی نیست

قول سوم : ضعف مطلقا:

الحمیدی می فرماید: «عن یحی بن سعید: کان لا یراه شیئا²»، و قال: بشر بن سری: «لو رأیت بن لهیعة لم تحمل عنه حرفا³»

ترجمه: از یحی بن سعید نقل شده است که : ابن لهیعه را چیزی نمی دانست ، و بشر بن سری میفرماید: اگر ابن لهیعه را دیدی کدام حرف را از آن نبرداری

یحی بن معین می فرماید: «لا یحتج بحدیثه⁴»

ترجمه: به حدیث (ابن لهیعه) دلیل گرفته نمی شود

مسلم بن حجاج می فرماید: «أبو عبدالرحمن، عبدالله بن لهیعة بن عقبة، ترکه ابن مهدی، و یحی، و وکیع⁵»

ترجمه: ابن مهدی، یحی، و وکیع، حدیث عبدالله بن لهیعه را ترک کرده اند

و السعدی می فرماید: «ابن لهیعة لایوقف علی حدیثه، و لا ینبغی أن یحتج بروایتہ، أو یعتد بروایتہ⁶»

ترجمه: ابن لهیعه بالای حدیث خویش آگاهی نداشته، و مناسب نیست که به روایت آن دلیل گرفته شود، یا اعتماد به رایت آن شود.

¹ - المجورحین، ابن حبان، ج 2، ص 11

² - التاریخ الکبیر، البخاری، ج 5، ص 182

³ - الجرح والتعدیل، ابن ابی حاتم، ج 5، صص 146-147

⁴ - ابن معین، ج 4، ص 481

⁵ - تاریخ دمشق، ابن عساکر، ج 32، ص 136

⁶ - الکامل فی الضعفاء، ابن عدی، ج 4، ص 144

و نسائی می فرماید: «ضعیف»¹

راج:

از خلال پیشکش اقوال ائمه جرح و تعدیل، معلوم میشود که جانب ضعف روایت ابن لهیعه مطلقا است، و روایت که قبل از حریق شدن کتب ابن لهیعه روایت شده است مثل روایت ابن المبارک و ابن المقرئ و ابن وهب بهتر از روایتی است که بعد از حریق شدن کتب وی نقل شده است لکن چنانچه قبلا گذشت اکثر ائمه به ضعف آن مطلقا قول کرده اند

علت دوم: در حدیث از روایت عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جدّه، اختلاف وجود دارد و همین سلسله مورد اختلاف قرار گرفته است که قرار ذیل است.

قول اول- قبول مطلقا:

امام بخاری در این مورد می فرماید: «و روایت أحمد بن حنبل، و علی بن عبدالله، و الحمیدی، و إسحاق بن ابراهیم، یحتجون بحدیث عمرو بن شعیب، عن أبیه»²، زاد فی تهذیب الکمال: «عن جدّه، ما ترکه أحد من المسلمین، قال البخاری: «من الناس بعدهم»³

ترجمه: روایت أحمد بن حنبل و علی بن عبدالله و الحمیدی، و إسحاق بن ابراهیم، به حدیث عمرو بن شعیب، عن أبیه، استدلال می نمایند و در تهذیب الکمال لفظ (عن جدّه)، یکی از مسلمین، این حدیث را ترک نکرده است. و بخاری فرموده است: مردمیکه بعد از ایشان است (نیز حدیث متذکره را ترک نکرده اند)

قول دوم- ضعف مطلقا:

الف: انقطاع بین شعیب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، و عبدالله بن عمرو بن العاص، وجود دارد و شعیب از عبدالله بن عمرو سماع نکرده است، و در این مورد سفیان بن عیینه چنین می فرماید: «عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جدّه، غیره إحد من»⁴

ترجمه: عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جدّه، غیر این روایت بهتر است.

ابن معین می فرماید: «هو ثقة فی نفسه، و ما روی عن أبیه، عن جدّه، لاحجة فیہ و لیس بمتصل، و هو ضعیف من قبیل أنه مرسل، وجد شعیب کتب عبدالله بن عمرو فکان یرویها عن جدّه إرسالا، و هی صحاح عن عبدالله بن عمرو غیر أنه لم یسمعها»¹

¹ - الضعفاء و المترکین، النسائی، ص 63

² - التاریخ الکبیر، البخاری، ج 6، ص 341

³ - تهذیب الکمال، المزی، ج 22، ص 69

⁴ - الجرح و التعدیل، ابن ابی حاتم، ج 1، ص 46

ترجمه: عمرو بن شعيب، در نفس خود ثقه است، و آن روایتی که از پدرش و از پدرکلانش است، دلیل به آن گفته نمی شود و متصل نست، و از جهت اینکه مرسل است ضعیف است، و عبدالله بن عمرو نوشته است که از پدرکلانش به شکل ارسال روایت میکرد، و روایت عبدالله بن عمرو درست است مگر آنکه سماع نکرده است.

ب: در روایت عن أبيه، عن جده، مناكير است.

ابوزرعه می فرماید: «ما أقل ما نصيب عنه مما روی عن غير أبيه، عن جده، من المنكر، و عامة هذه المناكير الذي يروی عن عمرو بن شعيب، إنما هي عن المثني بن الصباح، و ابن لهيعة، والضعفاء»²

ترجمه: روایتی که غیر از (عن ابیه عن جده) است بسیار کم است و از جمله منکر است، و اکثر احادیث مناكير که از عمرو بن شعيب، روایت شده از مثني بن الصباح، ابن لهيعة، و ضعفاء می باشد.

قول سوم:

لازم است تا در مورد روایت عمرو، تصریح شود که اسم جد آن عبدالله است.

أبو الحسن الدار قطنی در این مورد می فرماید: «لعمر بن شعيب، ثلاثة اجداد: الأدي منعم محمد، و الأوسط عبدالله، و الأعلى عمرو، و قد سمع- یعنی شعيبا- من الأدي محمد، و محمد لم يدرك النبي صلى الله عليه و سلم و سمع من جده عبدالله، فإذا بينه و كشفه فهو صحيح حينئذ، و لم يترك حديثه أحد من الأئمة، ولم يسمع من جده عمرو»³

ترجمه: عمرو بن شعيب سه پدرکلان دارد، پدرکلان نزدیک آن محمد است، و وسط آن عبدالله است، و اعلی آن عمرو، است و یقیناً شعيب شنیده است از محمد، که پدرکلان قریب عمرو است، و محمد نبی صلى الله عليه و سلم را درک نکرده است و از پدرکلان خویش که عبدالله نام دارد شنیده است و هنگامیکه در روایت حدیث اسم عبدالله بیان و ظاهر شده باشد این صورت درست است، و آن حدیث را ائمه ترک نکرده اند و از پدرکلانش که عمرو نام دارد شنیده است.

راجع:

از خلال آن چه گذشت معلوم میشود که سلسله عمرو بن شعيب، عن ابیه، عن جده أسناد آن حسن است، و لکن قبول آن مطلقاً لازم نیست و اصل در آن این است که حجت است، اگر قرائن دلالت به رد آن بکند رد میشود مثل: روایت عمرو بن شعيب خلاف فتاوی صحابه قرار گیرد و یا در حکمی از احکام تفرد کرده باشد

¹- تهذيب التهذيب، ابن حجر، ج8، ص 54

²- الجرح والتعديل، ابن أبي حاتم، ج 6، ص 238

³- تهذيب الكمال، المزی، ج 22، ص 73

خلاصه کلام:

خلاصه کلام در علل حدیث همان دو علت است.

1- ابهام : شیخ مالک شناخته نمی شود و به فرض اینکه اگر عبدالله بن لهیعه باشد، که بنا بر قول راجح ضعیف است .

2- این حدیث از روایت عمرو بن شعیب، عن أبیه، عن جده، اگرچه اسناد آن حسن است ولیکن به اساس شروط حسن شمرده می شود از جمله اینکه متفرد در حکم از احکام نباشد، و در مورد نهی بیع عربون متفرد است

مطلب هفتم - تخریج احادیث جواز بیعانه(عربون)

حدیث اول: عن زید بن اسلم : أن النبی صلی الله علیه و سلم (أحل العربان فی البیع)

أ- تخریج:

ابن ابی شیبہ در حدیث شماره (23656) از محمد بن بشر، به لفظ حدثنا از هشام بن سعد، و از معتمر بن سلیمان به لفظ عن روایت کرده و ابن حجر در تلخیص الحبیر¹ به لفظ حدثنا روایت را از اسلمی کرده است و هرسه شان (هشام بن سعد، معتمر بن سلیمان، و ابراهیم بن ابی یحی) از زید بن اسلم روایت کرده اند.

ب- حکم بالای حدیث:

حدیث ضعیف است،

ابن حجر می فرماید: «و هذا ضعیف مع إرساله، و الأسلمی، هو ابراهیم بن محمد بن ابی یحی»² و هی ضعیف» با وجود مرسل بودن این حدیث ضعیف است و شوکانی می فرماید: «حدیث مرسل است، و در اسناد آن ابراهیم بن ابی یحی است که آن هم ضعیف است»³

حدیث دوم: عن محمد بن أسلم : أن النبی صلی الله علیه و سلم (أحل العربان فی البیع)

¹- تلخیص الحبیر، بان حجر، ج 3، ص 45

²- تلخیص الحبیر، ابن حجر، ج 3، ص 45

³- نیل الاوطار، الشوکانی، ج 5، ص 182

ترجمه: از محمد بن اسلم، روایت است که: یقیناً نبی -صلی الله علیه و سلم- (حلال گردانیده عربان (بیعانه) را در بیع)

أ- تخریج:

ابن أبی شیبہ در حدیث شماره (23661) از معتمر بن سلیمان، از محمد بن اسلم، روایت کرده است.

ب- حکم بالای حدیث:

ضعیف است:

محمد بن اسلم تابعی مجهول است، و حدیث را مرفوع به نبی علیه السلام ذکر کرده است و ذهبی در مورد آن می فرماید: «تابعی، أرسل حدیثاً، یروی عنه ابن إسحاق، مجهول»¹

ترجمه: تابعی است، حدیث را مرسل روایت می‌کرد، روایت کرده از ابن اسحاق، مجهول است

حدیث سوم: عن عبدالرحمن بن فروخ: (أن نافع بن عبدالحارث اشتری دارالسجن..

أ- تخریج:

عبدالرزاق در حدیث شماره (9213) از ثوری، از عبدالرحمن بن فروخ، از پدر آن، از نافع بن الحارث، و عبدالرزاق ذکر کرده است که ابن فروخ این حدیث را از پدر خویش (فروخ) روایت کرده است.

و بخاری به شکل معلق به صیغه جزم ذکر کرده است²

ب- حکم بالای حدیث:

صحیح است:

ابن حبان در الثقات این حدیث را ذکر کرده است³ و بخاری در تاریخ الکبیر⁴ و ابن أبی حاتم در (الجرح و التعديل)⁵ هر دو ی شان در این حدیث از جرح و تعدیل یاد آوری نکرد اند

ابن حجر می فرماید: «مقبول»⁶

¹ - میزان الاعتدال، الذهبی، ج3، 480

² - صحیح البخاری، ج2، ص 853

³ - الثقات، ابن حبان، ج7، 87

⁴ - التاريخ الكبير، البخاری، ج5، ص 337

⁵ - الجرح و التعديل، ابن أبی حاتم، ج5، ص 275

⁶ - تعریب التهذیب، ابن حجر، ص348

فرع دوم- مناقشه ادله مجیزین بیعانه (عربون):

1. در مورد حدیثیکه به جواز بیع عربون نقل گردیده باید گفت که حدیث متذکره صحیح نبوده قابل احتجاج نمی باشد زیرا علاوه از این که مرسل است ضعیف نیز می باشد.¹
2. در مورد اثر فوق الذکر که نافع بن حارث خانه را در مکه برای زندان از نزد صفوان بن امیه خریداری کرد ابن قدامه² می فرماید که این اثر چنانچه احتمال بیع عربون را دارد احتمال وجه دیگر را نیز دارد و آن اینکه اگر مشتری یکمقدار پول را برای بایع بدهد و بگوید که این مال را بغیر از من بالای شخص دیگر به فروش نرسانید و اگر من خریداری نکردم این پول از شما است بعداً همین مال را به عقد نو جدید خریداری کند و پول متذکره را از جمله ثمن حساب کند در این صورت عقد صحیح است زیرا بیع از شرط فاسد خالی ساخته شده است.³

فرع سوم - رای راجح

1. وهبة الزحیلی در کتاب خویش الفقه الاسلامی⁴ در مورد قول راجح بیع عربون چنین تحریر نموده است (مذهب الحنابلة اوسع المذاهب فی الاخذ بحریة الاشرط لاسیما ابن تیمیة وابن قیم. ثم قال: و قد افاض ابن تیمیة و ابن قیم فی بیان نظریتهما فی ان الاصل فی العقود و الشروط الاباحة او الجواز و الصحة ، حتی یقوم الدلیل علی المنع لانها من العادات التي تراعى فیها مصالح الناس فاذا حرمانا مالم ما یجرى بین الناس من عقود و شروط بغیر دلیل من الشارح نכון قد حرمانا مالم یحرمه الله ، و الله تعالی امرنا بالوفاء بالعقود فی قوله «یاایهاالذین آمنوا اوفوا بالعقود» و طالبنا النبى ص الله علیه و سلم بتنفيذ الشروط فی قوله (المسلمون علی شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً) ترجمه: مذهب حنابلة مذهب فراخ است نظر به آزادی گذاشتن شرط بالخصوص ابن تیمیه و ابن قیم باز فرمود: ابن قیم و ابن تیمیه در نظریه خویش تصریح نموده اند که اصل در عقود و شروط اباحت و جواز است و صحت است تا اینکه دلیل به منع آن موجود گردد و این از جمله عاداتی است که مصالح مردم در آن رعایت میگردد و هنگامیکه بدون دلیل از جانب شارع حرام گردانیم آن عقود و شروط را که در بین مردم جریان دارد، پس ما حرام گردانیدیم آن چیزی را که الله متعال آنرا حرام نگردانیده است و الله متعال امر به پوره کردن وعده و عقود نموده است و رسول الله صلی الله علیه و سلم از ما تنفيذ شروط را می طلبد.

¹ ابن حجر العسقلانی، تخلص الحبیر (ت: 852 هـ)، تحقیق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج3. (ط: 1، مصر: مؤسسة قرطبة، 1416 هـ / 1995م) ص 39.

² موفق الدین ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسی، فقیه متبحر و یکی از علماء بزرگ حنابلة است و در سال 541هـ در فلسطین تولد شده است و به دمشق و بغداد سفر های علمی داشته است تصانیف زیاد دارد از جمله المغنی شرح مختصر الخرقی و در سال 620هـ فوت شده است.

³ الدبیان، المعاملات المالیه أصالة و معاصرة، ج 2، ص 459.

⁴ وهبة ازحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 4، ص 206.

2. و این قیم در کتاب خویش اعلام الموقعین¹ در مورد بیع عربون چنین تحریر نموده است (فکل شرط و عقد و معامله سکت عنها الشارع فانه لایجوز القول بتحريمها فانه سکت عنها رحمة منه من غیر نسیان و اهمال و ان خلاف والوعد نفاق) پس هر شرط، عقد و معامله که شارع از آن سکوت کرده است قول به تحریم آن جواز ندارد زیرا سکوت از آن رحمت از جانب شارع است بدون اینکه فراموشی و اهمال صورت گرفته باشد و وعده خلافی نفاق است

(قرار مجمع فقه اسلامی)

قرار مجمع فقه اسلامی پیرامون دو موضوع صدور یافته است²

1- مراد از بیع عربون: خریدن مال به همراه پرداخت یکمقدار پول به بایع طوری که اگر مال را خریداری کند پول پرداخت شده از ثمن محسوب شود و اگر مال متذکره را خریداری نکند پول پرداخت شده از بایع می باشد.

2- در صورتیکه مدت انتظار محدود و مشخص گردد، بیع عربون جائز است و در صورتیکه بیع تمام شود عربون جزء ثمن محسوب می شود و در صورتیکه مشتری از خرید بیع اجتناب نماید عربون از جمله حق بایع به شمار می رود.³

فتوای علماء در مورد جواز بیعانه (عربون)؛ چون یک عده از علماء به عدم جواز بیعانه قول نموده اند که قبلاً از آن تذکر به عمل آمده است بناء لازم است تا فتوای که در مورد جواز بیعانه (عربون) صادر گردیده نقل قول گردد که قرار ذیل می باشد⁴

الف- فتوای اول - از جانب (مجموعه فتاوی الهيئة الشرعية شركة الراجی المصرفية للاستثمار قرار رقم 99) به جواز بیعانه (عربون) صادر گردیده است

ب- فتوای دوم - از جانب (کتاب الفتاوی الشرعية فی المسائل الاقتصادية الاجزاء (1-2-3) بیت التمويل الكويتی فتوی رقم 4 و 5) به جواز بیع عربون صادر گردیده است

ج- فتوای سوم - از جانب (الفتاوی الاسلامية فی الاقتصاد الاهرام الاقتصادي رقم 65) به جواز بیع عربون صادر گردیده است⁵

¹ اعلام الموقعین ، ج 1 ، 344

² قرار مجمع فقه اسلامی از کتاب وهیة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج 5 ، ص 3435 نقل قول گردیده است

³ قرار مجمع الفقه اسلامی، بشأن: بیع العربون رقم: 76، (8/3)، برونای، دار السلام، من 1 إلى 7 محرم 1414 هـ/ 21-27 يونيو 1993 م. -
مجله مجمع فقه الاسلامی ، العدد الثامن (793/1)

⁴ - مجله مجمع الفقه الاسلامی، العدد الثامن (793/1)

⁵ الطرفاوی ، ابو حسام الدين، بیع العربون فی ضوء الشريعة الاسلامية

فرع چهارم- اثر اشتراط صورت دوم بیعانه بالای عقد

جز اول- در نزد مجیزین

اثر اشتراط بیعانه (عربون) بر عقد متعلق به حکم شرعی عربون است پس قول به جواز عربون تقاضای صحت عقد را می نماید و عاقدین مکلف به رعایت آن می باشند.

جز دوم- اثر اشتراط صورت دوم بیعانه در نزد قائلین به عدم جواز

مالکیها به فسخ عقد عربون قول نموده اند و تصریح نموده اند زمانیکه بیع عربون صورت گیرد اگر قبض صورت گرفته باشد یا نگرفته باشد در صورتیکه مال موجود باشد دوباره مسترد میشود در غیر آن مثل آن پرداخته میشود¹

در نزد شوافع عقدیکه عربون در آن واقع شده می فرمایند که اگر شرط عربون در نفس عقد واقع شده باشد بیع باطل است و اگر قبل از عقد واقع شده باشد عربون لغو است و تاثیر در عقد ندارد و اگر مقارن با عقد باشد از حیث صحت و فساد مورد بحث بوده و شرط گذاشتن عربون فاسد است و عقدیکه صورت گرفته فاسد می باشد²

در نزد احناف در مورد اثر عربون بالای عقد کدام نص را در یافت نکرده ام لکن در مبسوط آمده است که هر معامله که مفضی به نزاع شود عقد فاسد میگردد و بیع عربون متضمن جهالت است که منجر به منازعه میگردد³

در بدایع و صنایع برای بیع به شرط الخيار سه روز تعیین گردیده است و اگر چهار روز را تعیین نماید بیع فاسد است و اگر مشتری الخيار را ساقط نماید قبل از آمدن روز چهارم، عقد درست است زیرا شرط خيار، فاسد کننده عقد نبوده و فاسد کننده عقد رسیدن روز چهارم می باشد⁴

و همچنان عربون اگر مشتری قبل از آمدن روز چهارم عقد را جاری نمود بیع درست میشود زیرا مشتری که بدست وی تنفیذ عقد است بیشتر از سه روز را ساقط نمود.

¹ مواهب الخلیل، الحطاب (236/6)

² المجموع (246-245/3) الرملی (476/3)

³ السرخسی (131/12)

⁴ کاسانی، بدائع الصنایع (178/5)

مطلب هشتم - حکمت بیعانه:

در مورد حکمت منع بیعانه و حکمت جواز بیعانه اقوال فقهاء وجود دارد که ابتداء قول در مورد حکمت منع بیعانه نقل گردیده سپس قول به حکمت جواز بیعانه مورد بحث قرار گرفته است

فرع اول - حکمت منع صورت دوم بیعانه:

قول اول اینکه: به تعامل بیع عربون کدام حالت عام و یا خاصی وجود ندارد که جائز ساخته شود و اگر کدام حاجت موجود می بود در این صورت غیر معین و غیر معتبر خواهد بود.

جزء اول - غیر معین: در بیع که خیار شرط با شروط شرعی آن وجود داشته باشد نیاز به عربون نمی باشد.

جزء دوم - غیر معتبر: زیرا شارع از بیع عربون منع کرده است چنانچه قبلاً حدیث را ذکر نمودیم.¹

در پاسخ به این قول باید گفت که گاهی بایع خیار را قبول نمی کند بالخصوص زمانی که مبیع مرغوب و مطلوب باشد و اگر بایع بداند که در حال انکار از مشتری یکمقدار پول را به عنوان خیار مشتری اخذ می نماید در این صورت مانع بیع نمی شود.²

فرع دوم - حکمت جواز صورت دوم بیعانه:

قول دوم اینکه: در بیع عربون مصلحت برای بایع و مشتری است

جزء اول - مصلحت برای بایع: این است که همان ضرر را که مال بایع از فروش حبس گردیده جبران می نماید.

جزء دوم - مصلحت برای مشتری: این است زمانی که مشتری بداند که در بیع مصلحت وی نبوده از بیع انکار نماید.³

1. الصدیق محمد الأمين الضریر، بیع العربون، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه اسلامی التابع للمنظمة المؤتمر الاسلامی بجدة تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامی بجدة (الدورة: 1، العدد: 8، ص 447).

2. محمد الدبیان، المعاملات المالية أصالة و معاصرة، مرجع سابق، ص 439.

3. محمد الدبیان، مرجع سابق، ص 440.

فصل سوم

در این فصل به بررسی شروط بیعانه، پرداخت و استرداد بیعانه در فقه اسلامی و قوانین افغانستان می پردازیم که طی دو مبحث قرار ذیل به بحث گرفته شده است

مبحث اول- شروط بیعانه:

بخاطر اینکه پرداخت بیعانه پیوست با عقد صحیح باشد لازم است تا بعضی شروط را دارا باشد که بعضی شروط متعلق به بیعانه است و بعضی دیگر آن متعلق به شروط عقد است و بعضی دیگر آن شروط متعلق به وقت پرداخت بیعانه است

مطلب اول - شروط متعلق به بیعانه

بیعانه یکمقدار پول نقد یا مال منقول است که یکی از متعاقدين به طرف مقابل پرداخت می نماید از همین جهت شرط در بیعانه این است که یا پول نقد باشد یا مال منقول باشد و لازم است که بیعانه از جمله مال قابل تعامل باشد.

اول اینکه: اکثرا در معاملات پول نقد به شکل بیعانه پرداخت می گردد و مسترد کردن آن نیز سهل و آسان می باشد و اگر مال منقول پرداخت گردد.¹ در صورتیکه از جمله مثلیات باشد مثل طلا، نقره و حبوبات که نوع، وصف و وزن آن معلوم باشد در این صورت بالای بایع در صورتیکه از عقد انصراف می کند رد کردن بیعانه و مثل آن سهل و آسان می باشد.

و اگر بیعانه از جمله اموال منقول غیر مثلی (قیمی) باشد در آن صورت قیمت آن پرداخت می شود.

دوم اینکه: شرط در بیعانه این است که مال قابل تعامل باشد و اگر قابل تعامل نباشد بیعانه درست نمی باشد اگر بیعانه پول نقد باشد باید از جمله پولی باشد که مروج و متداول باشد. و پول های ناچل بیعانه قرار گرفته نمی تواند و اموال منقول مثل پرند در هوا و ماهی در آب که محرز نباشد و یا اموال عامه

¹. انظر، عبدالسلام الترمذینی، المرجع السابق، ص 59.

باشد و یا مواد مخدر باشد در این صورت این اموال منقول، بیعانه قرار گرفته نمی تواند و بیعانه باطل می باشد.¹

مطلب دوم - شروط متعلق به عقد

شروط جمع آن شروط میباشد، و اصطلاح شرط در فقه و اصول فقه مترادف با اصطلاح شریطه میباشد که جمع آن شرایط است. از نظر فقهاء و علماء اصول، شرط یا شریطه عبارت است از: "آنچه که چیز دیگر (مشروط) از نگاه عدم تابع آن باشد نه از نگاه وجود، و خارج از ماهیت آن چیز باشد"²

و فقهاء شروط را به اعتبار مصدر آنها به دو دسته تقسیم میکنند:

1. شرط شرعی: که مصدر آن شرع بوده، و آن از جانب شارع تعیین گردیده است
 2. شرط جعلی: که از جانب عاقدین به اساس اراده و اختیار آنها تعیین میگردد.³
- که البته در اینجا بحث اجمالی پیرامون شروط شرعی عقد خواهیم داشت، و تفصیل بحث آنرا و همچنین بحث از شروط جعلی عقد را به مراجع فقهی آنها میگذاریم.

فقهاء شروط شرعی عقد را از لحاظ مرتبه و درجه اهمیت آنها به چهار دسته تقسیم نموده اند: شروط انعقاد، شروط صحت، شروط نفاذ و شروط لزوم⁴ که در ذیل بالترتیب به بیان هر یک میپردازیم.

اول - شروط انعقاد: آن عده شروطی اند که تحقق آنها جهت انعقاد عقد شرعاً لازم بوده، و فقدان آنها مستلزم باطل شدن عقد میگردد.

شروط انعقاد عقد به دو نوع تقسیم میگردند:

1. شروط عام: که تحقق آنها در هر عقد حتمی میباشد.
2. شروط خاص به بعضی از عقود: مثل شرط بودن شهود در عقد نکاح¹،² شرایط عام انعقاد عقد به پنج دسته تقسیم میگردند:

¹ انظر، عبدالسلام الترمذی، المرجع السابق، ص 59. انظر، عبدالسلام الترمذی، المرجع السابق، ص 59. انظر، یاسر محمد علی النیدانی، ص 296. انظر، محمد حسنین منصور، نظریة الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 201.

² - الزرقا، احمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم ص 392

³ - الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم ص 394

⁴ - ابن عابدین، محمد امین بن عمر، رد المحتار علی الدرالمختار، بیروت: دارالفکر، جلد 4 ص 504

(الف) شرایط مربوط به صیغه عقد، که عبارت اند از:

1. وضوح دلالت صیغه.

2. توافق قبول با ایجاب.

3. اتصال قبول به ایجاب³.

(ب) شرایط مربوط به عاقد، که عبارت است از داشتن اهلیت تعاقد برای تعاقد اصالتاً از جانب خود، یا داشتن ولایت شرعی برای تعاقد به نیابت از شخص دیگر⁴.

(ج) شرایط مطلوب در محل عقد، که قرار ذیل میباشند:

1. وجود معقود علیه در هنگام عقد.

2. اینکه معقود علیه قابلیت حکم عقد را شرعاً داشته باشد.

3. معلوم بودن معقود علیه نزد عاقدین.

4. اینکه معقود علیه در هنگام عقد مقدور التسليم باشد.

(د) عقد شرعاً ممنوع نباشد.⁵

(هـ) عقد مفید بوده و مصلحت معقولی را به بار آورد

دوم - شرایط صحت عقد: شرایطی اند که تحقق آنها جهت مرتب شدن آثار عقد شرعاً شرط بوده، و فقدان آنها باعث فساد عقد میگردد (یعنی عقد ذاتاً منعقد و موجود بوده، و خلل در یک قسمت فرعی آن وارد گردیده باشد)⁶.

¹ - الزرقا، مصطفی احمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجديد)، دمشق: دار القلم ص 425

² - الزحیلی، د. وهیة بن مصطفی، الفقه الاسلامی، دمشق: دارالفکر، جلد 4 ص 3079 و 3077

³ - همان، جلد 4 صص 2943 و 2945

⁴ - همان، جلد 4 ص 3024

⁵ از نظر فقهاء احناف، به اعتبار اینکه میان فاسد و باطل در عقود فرق مینمایند، مجرد منع شارع از یک عقد، گرچه توسط نص خاص و صریح هم صورت گرفته باشد، مستلزم بطلان عقد مذکور نمیگردد تا زمانی که بر بطلان آن قرینه ای از جانب شارع محقق نشود؛ زیرا به اساس اجتهاد حنفی، چنانچه نهی شارع از یک عقد ممکن است باعث عدم انعقاد آن عقد گردد، همچنان امکان دارد که نهی مذکور هیچ خللی بر اصل انعقاد وارد ننموده بلکه صحت عقد را مختل سازد، به این معنی که عقد مذکور منعقد گردد ولی با وصف فساد؛ جهت توضیح بیشتر رجوع شود به: المدخل الفقهي العام از مصطفی الزرقا: (430/1).

⁶ - الزحیلی، د. وهیة بن مصطفی، الفقه الاسلامی، دمشق: دارالفکر، جلد 4 ص 3079

قابل ذکر است که اکثریت شرایط صحت عقد، شرایط عام و قابل تطبیق بر عقود مختلف نبوده بلکه شرایط خاص به هر عقد میباشند¹، به این معنی که شرایط مذکور با توجه به عقود مختلف متنوع میباشند² بنأ در اینجا به همین قدر اکتفا نموده، و تفصیل آنها را به مباحث عقود مربوطه شان میگذاریم.

سوم - شرایط نفاذ عقد: شرایط نفاذ عقد را فقهاء احناف چنین تعریف میکنند که عبارت از شرایطی اند که فقدان آنها باعث موقوف شدن عقد میگردد؛ پس عقد موقوف عقد فاسد نبوده بلکه عقد صحیح پنداشته میشود؛ زیرا عقد موقوف نیز مانند عقد صحیح، قبل از قبض محل، افاده ملکیت آن را می کند.³

شرایط نفاذ عقد دو چیز میباشد:

1. مالک بودن عاقد محل عقد را یا داشتن ولایت بر آن.
2. اینکه حق غیر به محل عقد تعلق نداشته باشد.⁴

چهارم - شرایط لزوم: اصل در عقود لزوم میباشد به این معنی که طرفین عقد نمیتوانند بدون رضائیت جانب مقابل به فسخ آن اقدام نمایند، و برای لزوم عقد لازم است تا از یکی از خيارات خالی باشد، مگر در آن دسته از عقود که طبیعتاً غیر لازم باشند، مثل وکالت، عاریت، ودیعت و غیره⁵.

موقف قانون مدنی افغانستان:

قانون مدنی افغانستان تحت عنوان "شرایط عقد" طی مواد (594) الی (612) به بیان احکام شرایط جعلی عقد پرداخته است؛ ولی شروط شرعی عقد را که به شروط انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم تقسیم میگردند، تحت عنوان مستقلی بحث نموده، بلکه این دسته از شروط را به طور متفرق در ضمن مباحث مختلف عقود بیان نموده است؛ چنانچه شرایط لزوم عقد را در ضمن ماده (605) و شرایط نفاذ آن را در ماده

¹ - الزرقا، مصطفی احمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم ص 434

² - به طور مثال از نظر احناف شرایط صحت عقد بیع عاری بودن آن از شش عیب ذیل میباشد: 1. جهالت مفضی به منازعه 2. اکراه، چه تام باشد یا ناقص 3. غرر وصف مبیع، مانند فروختن یک رأس گاو بر اینکه چند لیتر معین شیر بدهد. 4. ضرر، مثل بیع یک قسمت از کالا که جدا نمودن آن قسمت، به متبای کالا نقص وارد کند 5. شرط جعلی فاسد، و آن از نظر احناف هر شرطی است که در آن نفعی برای یکی از عاقدین باشد، به شرط اینکه از جانب شرع یا عرف مورد تأیید قرار نگرفته و همچنان نه عقد آن را تقاضا کند و نه ملایم و سازگار با مقتضی عقد باشد.

³ - علی حیدر، خواجه امین افندی، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، دار الجیل، جلد 1 ص 109

⁴ - ابن عابدین، محمد امین بن عمر، (الطبعة الثانية، 1992م) رد المحتار علی الدر المختار، بیروت: دار الفکر، جلد 5 ص 505

⁵ - الزحیلی، د. وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی، دمشق: دار الفکر، جلد 4 ص 3083

(637) بیان نموده است. اما راجع به شرایط انعقاد و شرایط صحت عقد، ماده (502) چنین مشعر است: " (1) شرط انعقاد عقد عبارت است از وجود عاقدین، الفاظ مخصوص عقد و موضوعی که عقد بر آن وارد میگردد. (2) صحت عقد عبارت است از اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه". پس طوریکه دیده میشود واضح است که قانون مدنی در ماده فوق از ارکان عقد به شرایط انعقاد آن تعبیر نموده است؛ زیرا عاقدان، صیغه و معقود علیه نزد جمهور فقهاء ارکان عقد را تشکیل میدهند، و هیچ یک از موارد فوق به اتفاق فقهاء شرایط انعقاد عقد نبوده، بلکه شرایط انعقاد عقد - چنانچه قبلاً بیان نمودیم شرایط خاصی اند که مربوط به عاقدان، صیغه و یا محل عقد بوده، و برخی از آنها مربوط به نفس عقد نیز میباشد¹

همچنان فقره دوم ماده متذکره اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد و مفید بودن عقد را شرایط صحت عقد شمرده است، در حالیکه امور متذکره از جمله شرایط انعقاد عقد بوده و عدم توافر آنها موجب بطلان عقد میگردد.

ولی باید اعتراف نمود که قانون مدنی باز هم طور پراکنده، حتی گاهی هم بدون تقیید به لفظ شرط، اکثریت شرایط انعقاد عقد را بیان نموده است، چنانچه راجع به شرط تطابق ایجاب با قبول که یکی از شرایط انعقاد عقد می باشد در مواد (520) و (521) بیان نموده است و راجع به شرط علم طرفین و وضوح ایجاب و قبول در مواد (511) و (523) تصریح نموده است، راجع به شرط اتصال ایجاب و قبول ماده (517) صراحت دارد، راجع به شرایط موجود بودن محل عقد، معلوم بودن آن، مقذور التسلیم بودن آن و قابلیت آن حکم عقد را مواد (580) الی (590) و راجع به شرط اهلیت عاقد مواد (542) و (543) صراحت دارند؛ و طوریکه ملاحظه میگردد مواد یاد شده گرچه به بودن این امور از جمله شرایط انعقاد صراحت ندارند، ولی قدر مسلم این است که مواد مذکوره توافر این شرایط را برای تحقق عقد لازمی دانسته و در صورت عدم توافر آنها به بطلان عقد حکم نموده اند.

و به این ترتیب ماده (505) قانون مدنی صراحت دارد: "شرط صحت عقد عبارت است از رضائیت عاقدین بدون اکراه و اجبار"؛ در اینجا نکته قابل ملاحظه این است که اگرچه از نظر احناف، رضائیت

¹ شاید قانون مدنی در این ماده از این جهت از ارکان عقد به شرایط انعقاد آن تعبیر نموده باشد که میان ارکان - به معنی مورد نظر جمهور فقهاء - و شرایط انعقاد، از نگاه اثر و نتیجه، کدام تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا چنانچه عدم موجودیت رکنی از ارکان عقد، بطلان عقد را به بار میآورد، همین قسم فقدان یکی از شرایط انعقاد عقد نیز، عقد را باطل میسازد.

عاقدين به طور مطلق در جميع عقود، چه قابل فسخ باشند يا خير، شرط صحت عقد نميباشد، ولي در عقود قابل فسخ، يعنى عقود مالي مانند بيع، اجاره و مثل آنها، رضائيت عاقدين شرط صحت عقد بوده، و عدم تحقق آن در چنين عقود، موجب فساد عقد ميگردد.¹ - 2 بناءً حكم ماده فوق به بودن رضا شرط صحت عقد، بر اطلاق خود نبوده بلكه حكم مذكور صرف بر عقود قابل فسخ ميتواند جاري گردد.³

اما بيان شروط صحت عقد پس طوريكه قبلاً ياد آور شديم، اكثريت شروط مذكور شروط خاص به عقود مختلف ميباشند، بناءً قانون مدني افغانستان نيز توضيح آنها را به مباحث عقود مربوطه آنها محول نموده است.

مطلب سوم - شروط متعلق به وقت پرداخت بيعانه:

اينكه بيعانه در کدام وقت پرداخت گردد سه نظر وجود دارد.

نظر اول: وقت مناسب براي پرداخت بيعانه، وقت انعقاد بيع است و پرداخت بيعانه شرط اساسي براي تكوين عقد است و عقد بدون پرداخت بيعانه صورت نمي گيرد. و عقد درست نمي شود مگر به پرداخت بيعانه و بيعانه درست نمي شود مگر اينكه بيعانه بالفعل پرداخت شود و مجرد اتفاق به عقد كفايت نمي كند.⁴

نظر دوم: پرداخت بيعانه در زمان انعقاد عقد و يا در زمان ابرام عقد. يعنى در هر دو زمان (انعقاد عقد و يا ابرام عقد) ميتوان بيعانه را پرداخت نمود.

نظريه سوم: پرداخت بيعانه بعد از انعقاد عقد و قبل از ميعاد استحقاق.⁵ يعنى اگر به پرداخت بيعانه تعهد صورت گرفته باشد و براي ابرام عقد ميعاد تعيين شده باشد بناءً بيعانه بعد از انعقاد عقد و قبل از اينكه ميعاد ابرام عقد تكميل گردد بايد پرداخت گردد

¹- المرغيناني، علي بن ابي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، بيروت: دار احيا التراث العربي، جلد 3 ص 272
²- ابن عابدين، محمد امين بن عمر، رد المختار على الدرالمختار، بيروت: دار الفكر، جلد 6 ص 130.

³. و حكم اين ماده را بر مذهب جمهور فقهاء نيز نميتوان حمل نمود؛ زيرا گرچه جمهور فقهاء در مورد اشتراط رضا، ميان عقود مالي و غير مالي هيچ تفاوتی قابل نبوده و به اشتراط رضا در جميع عقود حكم مينمايند (35: 234)، اما نظر جمهور ميان شرط صحت و شرط انعقاد هيچ تفاوتی وجود نداشته و فقدان رضا موجب بطلان عقد ميگردد، و چنين نگرشي با موقف قانون مدني افغانستان در مورد تقسيم شرط به شرط انعقاد و شرط صحت، و به اساس آن تقسيم عقد به عقد باطل و عقد صحيح، سازگار نميباشد.

⁴. حفيظه بوترفاس، التعاقد بالعربون دراسة مقارنة، صص 110 و 111
⁵. همان،

مبحث دوم - پرداخت بیعانه و استرداد آن در قانون مدنی افغانستان:

مطلب اول - پرداخت بیعانه:

پرسش این است که آیا پرداخت بیعانه دلیل قطعی بودن عقد است؟ در پاسخ به این پرسش ماده 531 فقره اول قانون مدنی حکم می نماید که: «1» تادیب بیعانه حین ابرام عقد، دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود، مگر اینکه موافقه طرفین و یا عرف خلاف آن را تصریح کرده باشد.». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که اصل این است که تأدیه بیعانه در وقت ابرام عقد دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود. پرسش این است که ابرام چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است.

در اصطلاح حقوقی - فقهی به تنفیذ و تأیید حکم صادر شده از سوی محکمه ابتدائیه و مرافعه در دیوان تمیز ابرام می گویند.¹ به نظر میرسد ابرام در ماده 531 در مفهوم مصطلح آن استعمال نشده است، بلکه منظور از ابرام در ماده 531 تأیید عقد است. با توجه به آنچه گفته شد، طبق قانون مدنی اصل این است که پرداخت بیعانه حین ابرام عقد، بیانگر قطعی شدن عقد است. باوجود این، این اصل مطلق نیست، زیرا طبق ماده 531 قانون مدنی در سه حالت پرداخت بیعانه دلیل عدم قطعی بودن عقد است: نخست در صورتی که طرفین طوری دیگری توافق نموده باشند به حیث مثال، طرفین توافق نموده باشند که پرداخت بیعانه دلیل بر قطعی بودن عقد نیست

و دوم در صورتی که مطابق عرف پرداخت بیعانه دلیل غیر قطعی بودن عقد باشد. لذا، در این دو صورت، امکان دارد پرداخت بیعانه دلیل قطعی بودن عقد نباشد.

سوم اینکه: در صورتیکه بیعانه در حین انعقاد عقد وقبل از ابرام عقد پرداخت گردد دلیل بر قطعی بودن عقد نمی باشد²

¹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 32.

²- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 531

فرع اول - استرداد بیعانه توسط طرفین عقد

پرسش این است که هرگاه بیعانه دهنده و یا بیعانه گیرنده از ابرام عقد منصرف شوند، تکلیف استرداد بیعانه چیست؟

و پرسش دیگر این است که در صورتی که تنفیذ عقد غیر ممکن گردد، تکلیف بیعانه چیست؟

در پاسخ به پرسش اول، ماده 531 فقره دوم قانون مدنی حکم می نماید که: «2» اگر بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. انصراف بیعانه گیرنده موجب پرداخت اصل بیعانه و معادل آن می گردد.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که امکان دارد یکی از طرفین قبل از تنفیذ عقد از تنفیذ آن منصرف شوند. بنابر این، انصراف می تواند از طرف بیعانه دهنده و بیعانه گیرنده صورت پذیرد در صورتی که بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. اما، در صورتی که بیعانه گیرنده از ابرام عقد منصرف شود، اصل بیعانه و یا معادل آن را باید به بیعانه دهنده بپردازد.

در پاسخ به سوال دوم، ماده 533 قانون مدنی حکم می نماید که: «هرگاه تنفیذ عقد بنابر عللی که ناشی از قصور هیچ یکی از عاقدین نباشد، غیر ممکن گردد یا عقد به اثر خطا و یا موافقه طرفین فسخ گردد، بیعانه مسترد می شود.» طبق نص این ماده، در صورت ناممکن گردیدن تنفیذ عقد به سبب علتی که ناشی از قصور عاقدین نباشد و یا خطای عاقدین و توافق عاقدین مبنی بر فسخ عقد، بیعانه دوباره پرداخت می گردد. به عنوان مثال، هرگاه مبیع قبل از تنفیذ عقد هلاک گردد، یا عاقدین مرتکب اشتباه شوند و عقد را فسخ نمایند، بیعانه قابل استرداد است، در صورت تنفیذ عقد پولی که به عنوان بیعانه به بایع توسط مشتری پرداخت شده است، از اصل قیمت وضع می گردد. به عنوان مثال، در صورتی که قیمت مبیع ده هزار افغانی بوده باشد و مشتری یک هزار افغانی به قسم بیعانه به بایع پرداخت نموده باشد، باید نه هزار دیگر به بایع پرداخت نماید. ماده 532 قانون مدنی در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه تعهدیکه به اثر آن بیعانه پرداخته شده نافذ گردد، بیعانه از اصل قیمت وضع می گردد»

فرع دوم - مدت انتظار

پرسش این است که مدت بیعانه چقدر است؟ در پاسخ به این پرسش قانون مدنی مسکوت است. به نظر میرسد مدت بیعانه (نفاذ و فسخ عقد) تابع عرف خاص تجارتي و توافق طرفین است، بنابراین، اگر

عرف خاص تجارتي در مورد بيعانه وجود داشته باشد، بايد به آن عمل شود. همچنين، در صورتي كه طرفين عقد مدتي را براي نفاذ و يا فسخ عقد تعيين نموده باشند، اين مدت مدار اعتبار است و بايد به آن عمل شود.

فرع سوم - دادن بيعانه دليل بر عقد شمرده مي شود يانه؟

پرسش اينجاست كه آيا دادن بيعانه دليل بر عقد شمرده مي شود ياخير؟ در پاسخ به اين پرسش ماده (595) قانون تجارت چنين حكم مي نمايد (دادن بيعانه دليل عقد شمرده مي شود در حال ايفاي تعهد طرفين بيعانه محاسبه مي شود اگر عقد در اثر رضاي طرفين و يا نظر به سبب ديگري كه موجب جبران خساره نباشد فسخ گردد، بيعانه به صاحب آن اعاده مي شود) از نص اين ماده به خوبي معلوم مي شود كه دادن بيعانه دليل بر عقد شمرده مي شود و هكذا از نص اين ماده معلوم مي شود كه اگر عقد به اساس رضاء طرفين و يا نظر به سبب ديگري كه موجب جبران خساره نباشد، فسخ گردد بيعانه به صاحب آن مسترد مي گردد¹

فرع چهارم - صورت هاي استرداد بيعانه:

در مورد استرداد بيعانه و عدم استرداد آن حكم ماده (596) قانون تجارت و ماده (533) قانون مدني بالنوبه چنين صراحت دارد (در صورتيكه بر خلاف آن در قرار داد و يا عرف تجارتي مقرر نباشد، طرفي كه در اثر تقصير خود به ايفاي تعهد نمي پردازد، اگر بيعانه داده باشد، حق مطالبه آنرا دارد و اگر شخصي تعهد را بنابر تقصير خود ايفاء نكند، گيرنده بيعانه علاوه از اعاده بيعانه مجبور است كه معادل آنرا هم بجانب مقابل بپردازد. در هر دو صورت طرفي كه تعهد خود را ايفاء نكند، مجبور است خساره طرف ديگر را ولو اينكه از پول بيعانه اضافه هم باشد، جبران كند.) (هرگاه تنفيذ عقد بنابر عللي كه ناشي از قصور هيچ يكي از عاقدين نباشد، غير ممكن گردد يا عقد به اثر خطا و يا موافقه طرفين فسخ گردد، بيعانه مسترد مي شود) بناء بيعانه در موارد ذيل دوباره به مشتري و يا شخصي كه بيعانه را پرداخت کرده است مسترد ميشود²

1- در صورتي كه طرفين عقد در صورت عدم ابرام عقد به استرداد بيعانه اتفاق کرده باشند

2- در صورتي كه بيعانه گيرنده از ابرام عقد انصراف نمايد

¹- وزارت عدليه، قانون تجارت افغانستان

²- وزارت عدليه، قانون مدني افغانستان

- 3- در صورتی که عرف به استرداد بیعانه موجود باشد
- 4- در صورتی که در قرارداد به استرداد بیعانه تصریح شده باشد
- 5- در صورتی که تنفیذ عقد بنابر عللیکه ناشی از قصور هیچ یکی از عاقدین نباشد، غیر ممکن گردد.
- 6- در صورتی که بالاثرب خطاء طرفین، عقد فسخ گردد
- 7- در صورتی که عقد به اساس موافقه طرفین فسخ گردد

مطلب دوم - توضیح بیعانه مدنی و تجارتی و فرق ایشان :

بیعانه که جهت ابرام عقد طبق حکم ماده (531) قانون مدنی تادیه می‌گردد عقد متذکره از جمله عقود مدنی به شمار می‌رود که عقود مدنی در مواد (498 - 499 و 500) قانون مدنی تصریح گردیده است که بالنوبه چنین صراحت دارد (عقد بر اعیان منقول یا غیر منقول، یا بدل یا بدون آن، بغرض تملیک صحیح می‌باشد) - (عقد بغرض نگهداشت اعیان طور ودیعت یا بغرض استهلاك آن از طریق انتفاع طور قرض و تادیه بدل، جواز دارد) و (عقد بر منافع اعیان بغرض انتفاع از آن یا بدل طور اجاره یا بدون بدل طور عاریت و رد عین آن به مالک، جواز دارد) و هکذا پرداخت بیعانه که بالاثرب اجرای تعهد طبق حکم ماده (532) قانون مدنی صورت گرفته تعهد متذکره نیز مدنی می‌باشد که موارد آنرا حکم ماده (501) قانون مدنی چنین مشخص نموده است (عقد بغرض اجرای عمل معین یا خدمت معین صحیح می‌باشد) بنابر صراحت مواد فوق الذکر عقد و تعهدیکه صورت گرفته از موارد مدنی می‌باشد و بیعانه که در مورد تعهد و عقد تجارتی پرداخت می‌گردد جدا و علیحده از عقود و تعهدات مدنی می‌باشد و تادیه بیعانه که طبق حکم ماده (595) قانون تجارت دلیل بر عقد شمرده می‌شود، عقد متذکره در مواد (608 و 619) قانون تجارتی چنین تصریح گردیده است (برای عقود تجارتی رضاء و موافقت طرفین کافیهست. تنظیم قرار داد و یا ایفای مراسم دیگر لزوم ندارد) و (اگر معنی عبارتیکه در یک معامله تجارتی تحریر می‌شود واضح و منطقی باشد، بمعنای ظاهری آن اعتبار داده می‌شود، اگر عبارتی منافی مقصد بدیهی باشد، در اینصورت به مقصد اعتبار داده می‌شود.) از صراحت ماده متذکره معلوم می‌شود که از عقود تجارتی یادآوری نکرده و به معاملات تجارتی که در مواد (15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 22 و 23) قانون تجارت تذکر رفته است اکتفاء صورت گرفته است که حکم مواد متذکره بالنوبه چنین صراحت دارد (اشخاص تاجر و غیر تاجر که اموال

منقول را به نیت اجاره دادن از کسی اجاره بگیرند، اجاره دادن چنین اموال منقوله از معاملات تجارتي محسوب می شود) - (اشخاص تاجر و یا غیر تاجریکه برای اجاره دادن به شخص دیگری مستخدم می گیرند، اجاره دادن عمل و کار مستخدمیکه به این نیت گرفته شده باشد، از معاملات تجارتي محسوب می شود). - (اگر صاحب زمین و یا دهقان محصولات ارضیه خود را و یا مالدار محصولات حیوانیه خود را بفروشد، از معاملات عادیه است و همچنین اگر یک دهقان بر طبق صنعت زراعیه خود شکل محصولات ارضیه خود را بوسیله یک دستگاه تبدیل کند و یا یک صنعتکار خودش و یا توسط استخدام عمله و یا استعمال ماشین آثار صنعتی خود را تولید نموده و بفروشد و یا یک مولف اثر تألیف شده خود را نشر نماید و بفروشد، همه اینها از امور عادیه محسوب میشوند. لیکن اگر کسی بمقصد فروش و یا تبدیل شکل محصولات زراعیه و حیوانیه خود مؤسسه ای را بطور دایم باز کند که دارای اوصاف یک مؤسسه صناعتی تجارتي باشد، معاملات این مؤسسه از معاملات تجارتي محسوب می شود). - (معاملات ذیل از معاملات تجارتي است: 1- تعهد تهیه هر نوع اموال منقوله به ذمه گرفتن و قبول هر نوع اعمال و انشاء آن. 2- تاسیس فابریکه، تدویر دستگاه مطبعه، عکاسی، نشریات و فروش کتب. 3- افتتاح تیاتر، سینما، تماشاگاه ها و کشودن مقامات عمومیه مانند هتل و سرای ها و طعام خانه ها و امثال آنها و دفاتر تهیه کارگران و ایلام خانه ها 4- نقلیات مسافرین و حیوانات و اشیاء در خشکه، آنها و هوا 5- توزیع آب، گیس، برق و تاسیس مخابرات تلفونی) - (معاملات ذیل بدون رعایت نیت طرفین، معامله تجارتي محسوب می شود: 1- کمیشن کاری 2- دلالی 3- معاملات برات و حجت (اعم از محرر بنام و محرر بحامل) و چک 4- معاملات صرافی 5- معاملات بانکهای خصوصی و عمومی 6- معاملات حساب جاری و مقاولات مربوط به آن 7- معاملات راجع به سندات گروی و رسیدات که در مقابل اموال موضوعه در گدام های عمومیه تجارتي موجود شده باشد. 8- تشکیل شرکت های تجارتي و خرید و فروش سهام 9- عقد هر نوع بیمه در مقابل مخاطرات خواه به اجرت عقد شود و خواه با شرایط متقابله) - (تمام معاملات یک تاجر تجارتي محسوب می شود مگر اینکه ثابت شود که معامله عادیه است) - (اگر عقدی تنها برای یکی از طرفین تجارتي باشد و در قانون تجارتي بر خلاف آن صراحتی موجود نباشد، درباره تکالیفی که از عقد مذکور برای تمام عاقدین تولید شده باشد احکام قانون تجارت تطبیق می گردد) - (تکالیف اشخاص تاجر و غیر تاجریکه از معاملات دیگر متولد و یا معاملات متذکره این فصل ماهیتاً قابل قیاس باشد، تابع احکام قانون تجارت است) و (تمام معاملاتیکه مرتبط به معاملات مذکوره این فصل باشد، از معاملات تجارتي محسوب است.) و

همچنان از لحاظ تعهد موضوع مدنی با تجارتي نیز از هم متفاوت و مقایر می باشد تعهد تجارتي در حکم ماده (589) قانون تجارتي چنین تصریح گردیده است (اگر دو شخص و یا اشخاص متعدد در ضمن یک معامله که خواه برای یک نفر و یا همه ایشان ماهیت تجارتي را دارا باشد در مقابل شخص ثالثی مشترکاً داخل تعهد شوند، در صورتیکه خلاف آن در قرار داد تصریح نشده باشد، مجتمعاً مسؤل شمرده می شوند. عین همین حکم بر اشخاصیکه ضمانت دیون را می نمایند نیز تطبیق می شود.) و در همین ماده (589) قانون تجارتي از تعهدی در معامله یادآوری گردیده که ماهیت تجارتي را داشته باشد و اگر معامله که ماهیت تجارتي را دارا نباشد از جمله تعهد تجارتي به شمار نمی رود و از همین لفظ ماهیت تجارتي تعهد تجارتي و تعهد مدنی از هم تفکیک و جدا می گردد.

مطلب سوم - حکم عدول از دفع و قبض بیعانه در قانون مدنی افغانستان:

فرع اول- حکم عدول از دفع بیعانه:

چون عربون در مقابل انصراف از عقد بیع قرار گرفته است پس اگر مشتری عقد بیع را انجام داد و عربون را پرداخت نکرد و یا اینکه قبل از پرداخت عربون مدت تعیین شده به اتمام رسید در این صورت عقد بیع متذکره بالاثر تمام شدن میعاد، قطعی گردیده است و بایع می تواند تنفیذ عقد را از مشتری مطالبه نماید و یا اینکه جهت فسخ عقد بیع متذکره به محکمه مراجعه نماید تا حکم به فسخ عقد بیع صورت گیرد که در این مورد حکم ماده (739) قانون مدنی چنین صراحت دارد (هرگاه یکی از عاقدین در عقودیکه الزام را به طرفین عقد متوجه میسازد وجبیه را ایفاء نه نماید، طرف مقابل می تواند فسخ عقد را و در صورت لزوم با جبران خساره از طرف دیگر مطالبه نماید) و این حکم در مورد نوع اول بیع عربون قابل تطبیق می باشد و در صورت دوم بیع عربون بدون اینکه طرفین به حکم محکمه انتظار بکشند به اساس توافقی که نموده اند در صورت عدم پرداخت باقی ثمن بیع متذکره به خودی خود فسخ شده تلقی میگردد¹

فرع دوم حکم عدول از قبض بیعانه:

اگر بایع از قبض عربون امتناع ورزد و عربون را قبض نکند اگر در خلال مدت انتظار از عقد بیع بایع انصراف نماید در این صورت بایع مکلف به پرداخت مثل عربون به مشتری می باشد که در این

¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

مورد فقره دوم ماده (531) قانون مدنی چنین صراحت دارد (اگر بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. انصراف بیعانه گیرنده موجب پرداخت اصل بیعانه و معادل آن می گردد) و اگر بایع بعد از سپری شدن مدت انتظار از عقد بیع انصراف نماید در این صورت نیاز است تا طبق حکم ماده (739) قانون مدنی عقد متذکره بین طرفین فسخ گردد و فسخ عقد بین طرفین طوری است که اگر بایع و مشتری به فسخ عقد موافقه داشته باشند و عقد بیع در مراجع رسمی دولت صورت نگرفته و به ثبت نرسیده باشد در این صورت نیاز نیست که طرفین به محکمه مراجعه نمایند و اگر معامله بیع طی سند رسمی صورت گرفته باشد طرفین عقد مکلف اند که جهت فسخ معامله بیع و ابطال سند متذکره به محکمه مراجعه نمایند و در صورتیکه معامله بیع به سند عرفی صورت گرفته باشد و یکی از طرفین عقد به فسخ عقد موافقه نداشته باشد در این صورت طرفین مکلف اند که به محکمه مراجعه نمایند تا محکمه متذکره طبق حکم ماده (659) قانون مدنی به تنفیذ عقد اصدار حکم نمایند که چنین صراحت دارد (هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ یا اجازه صاحب خیار منقضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته میشود) و اگر یکی از طرفین عقد وجبیه خویش را انجام نداده باشد طبق حکم ماده (739) قانون مدنی به فسخ عقد متذکره اصدار حکم صورت می گیرد تا بعد از قطعیت حکم متذکره طرفین عقد به تنفیذ فیصله مکلف گردیده و منازعه خویش را خاتمه دهند¹.

¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

فصل چهارم

بیعانه از حیث اشخاص، عقود، زمان، مقدار و ارث

در این فصل به بررسی بیعانه از حیث اشخاص، عقود، زمان، مقدار و ارث می پردازیم که طی سه مبحث قرار ذیل به بحث گرفته شده است

مبحث اول - بیعانه از حیث اشخاص و عقود

مطلب اول- بیعانه از حیث اشخاص

ماده (531) قانون مدنی افغانستان برای طرفین عقد اجازه عدول و انصراف از بیع را میدهد که چنین صراحت دارد (1- تادیه بیعانه حین ابرام عقد، دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود. مگر اینکه موافقه طرفین و یا عرف خلاف آنرا تصریح کرده باشند. 2- اگر بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. انصراف بیعانه گیرنده موجب پرداخت اصل بیعانه و معادل آن می گردد.) در فقره دوم ماده (531) قانون مدنی تصریح گردیده است که بیعانه دهنده (مشتری) و بیعانه گیرنده (بایع) حق انصراف از عقد را در بدل عربون دارند و در بدل همین عربون حق انصراف برای طرفین عقد داده شده است.

مطلب دوم - بیعانه از لحاظ عقود

فقهاء اسلامی و علماء حقوق عقد را به اعتبارات مختلف تقسیمات متعددی نموده اند که تقسیمات مذکوره برای احکام و نتایج فقهی و حقوقی مختلف، اساس و مبدأ قرار میگیرند. البته ما در این مبحث مهمترین تقسیمات عقد را که برای توضیح مباحث بعدی ممدّ قرار گرفته و نیز آشنایی با آنها جهت توضیح مباحث مربوطه از قانون مدنی افغانستان لازم میباشد - به بحث خواهیم گرفت. قابل تذکر است که گرچه اکثریت تقسیمات عقد میان فقهاء اسلامی و علماء حقوق مورد اتفاق میباشند، ولی با آنها یک عده تقسیمات وجود دارند که از جانب فقهاء اسلامی طور صریح مورد بحث قرار نگرفته و صرف علماء حقوق به آن مبادرت ورزیده اند، بناءً با توجه به اینکه قانون مدنی افغانستان احکام خود را بر فقه اسلامی، و به طور خاص بر فقه حنفی استوار ساخته است، پس میکوشیم تا تقسیمات مختلف عقود که در اینجا مورد بحث قرار میگیرد در چارچوب احکام فقه اسلامی بوده، و بر اساس احکام آن توضیح

گردد. بناً بعد از ذکر اقسام عقد قاعده طور است که در هر عقديکه خيار شرط ثابت می شود عربون نیز در آن جاری می شود و در هر عقديکه خيار جاری نمی شود عربون نیز جاری نمی شود.

فرع اول- جریان بیعانه در عقودیکه بالای اعیان صورت می گیرد.

جز اول - عقد عینی

عقد عینی؛ عبارت از عقدی است که برای به پایه اكمال رسیدن انعقاد و ترتیب اثر بر آن، تسلیم عین معقود علیه شرط است. از مفاد تعریف فوق به خوبی بر می آید که جهت تکمیل انعقاد و مرتب شدن اثر بر عقدی که موضوع آن عین است، قبض عین توسط مشتری شرط است. مانند: هبه، عاریت، ودیعت، رهن و قرض

جز دوم - عقد غیر عینی

عقد غیر عینی؛ عقدی است که به مجرد جاری شدن درست صیغه، بر آن اثر مرتب گردیده و نیازی به قبض و تسلیم معقود علیه ندارد. به استثناء عقود پنجگانه فوق (هبه، عاریت، ودیعت، رهن و قرض) همه عقود از این نوع اند.¹

چنانچه از مباحث قبلی معلوم گردید، خيار شرط ابتداءً تنها در عقد بیع ثابت گردیده است؛ زیرا احادیثی که مشروعیت آنرا ثابت می سازند، صرف در مورد عقد بیع وارد گردیده اند. سپس عقود دیگری که در معنای بیع میباشند، به آن ملحق گردانیده شده و به این ترتیب خيار شرط در سایر عقود که در معنای عقد بیع میباشند نیز ثابت گردیده است.

فقهاء احناف راجع به عقودی که در آنها می توان خيار شرط را ثابت نمود چنین ضابطی را ذکر نموده اند: «خيار شرط در عقودی ثابت میگردد که لازم و قابل فسخ بوده، و برای صحت آن قبض در مجلس شرط نباشد».² لزوم عقد در این ضابط عام است از این که در حق عاقدین باشد مثل بیع، اجاره، مزارعت، مساقاة، صلح و غیره، یا این که تنها در حق یکی از آنها لازم باشد مثل کفاله، حواله و رهن. پس با توجه به ضابطه فوق می توان چنین نتیجه گرفت که برای صحت جریان خيار شرط در یک عقد، لازم است تا سه شرط ذیل در آن متحقق گردد:

1. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و ادلته، جلد 4، ص 3098 و 3099.
2. قدری، باشا، محمد، مرشد الحیران إلى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام الاعظم ابی حنیفه النعمان، مصر، مصبغه الكبرى الاميريه، چاپ 2، 1891 م، صص 236 - 237. و الشلبی، د. محمد مصطفى، 0 الطبعة العاشرة، 1985 م، المدخل فی الفقه الاسلامی، بیروت: الدار الجامعیة، ص 601.

اول لازم بودن عقد: بناءً عقود غیر لازم برای طرفین مانند وکالت، ودیعت، عاریت، هبه و وصیت قابلیت اشتراط خیار را ندارند؛ زیرا عقود متذکره بدون اشتراط خیار، از جانب هر یک از عاقدین قابل فسخ میباشند، بناءً اشتراط خیار در آنها بی هوته و بی معنا تلقی میگردد.

دوم قابل فسخ بودن عقد:

به این معنی که عقد لازم، قابلیت فسخ را به طریق اقاله داشته باشد، بناءً عقود لازمی که قابلیت فسخ را به معنی مذکور نداشته باشند، مانند نکاح، خلع، طلاق و رجعت، چنین عقود قابلیت خیار را نیز نمیداشته باشند؛ زیرا مقتضی چنین عقود این است که به مجرد انعقاد، آثار آنها ثابت و مرتب گردیده و عقود مذکور لازم گردند، در حالیکه خیار شرط - به اساس دو نظر فقهی که در زمینه وجود دارد - یا ثبوت آثار عقد را و یا لزوم عقد را مؤخر میگرداند، بناءً طبیعت این دسته از عقود، مخالف اشتراط خیار میباشد.

سوم اشتراط قبض در مجلس: بناءً عقودیکه قابلیت فسخ را دارا بوده، ولی برای صحت آنها قبض در مجلس عقد شرط باشد، مانند سلم و صَرْف (که در اولی قبض رأس المال و در صرف قبض بدلین در مجلس عقد شرط میباشد)، در چنین عقود نیز خیار شرط جاری نمیگردد؛ زیرا خیار شرط احکام عقد را به تأخیر می اندازد، و از جمله این احکام وجوب قبض در مجلس نیز میباشد، در حالیکه عدم قبض در مجلس، این نوع عقود را فاسد میگرداند، پس به این ترتیب میان اشتراط خیار و صحت این دسته از عقود منافات وجود دارد¹.

فرع دوم - تقسیم عقد از نگاه معین و غیر معین بودن آن (از نگاه تسمیه و عدم تسمیه).

عقود به اعتبار معین و یا غیر معین بودن آنها به دو دسته تقسیم میشوند: عقود معینه و عقود غیر معینه.

جز اول - چگونگی جریان بیعانه در عقود معینه:

سنهوری² در مورد عقود معینه می فرماید که: عقود معینه عبارت از عقودی اند که از طرف شارع به نام خاصی نامگذاری شده و احکام آنها نیز تنظیم گردیده است، مثل عقد بیع، اجاره، عاریت و غیره¹

¹ الشلبی، د. محمد مصطفی، 0 الطبعة العاشرة، 1985م)، المنخل فی الفقه الاسلامی، بیروت: الدار الجامعیة، ص 601 - 602.
² عبدالرزاق بن احمد السنهوری، از جمله بزرگان قانون گذار قانون مدنی در عصر خود بود، در سال 1312 هـ در اسکندریه متولد شده است و در رشته قانون، اقتصاد و سیاست تا درجه دکتورا نایل آمده بود و برای چندین کشور اسلامی از جمله مصر عراق و کویب قانون مدنی را وضع کرده است. و در سال 1391 هـ فوت نموده است.

عقود معینه ای اساسی و مشهور در میان فقهاء بیست و پنج عقد میباشند که عبارت اند از:

1. بیع 2. اجاره 3. کفالت 4. حواله 5. رهن 6. بیع وفا 7. ودیعت 8. عاریت 9. هبه 10. قسمت
11. شرکت 12. مضاربت 13. مزارعت 14. مساقات 15. وکالت 16. صلح 17. تحکیم 18.
- مخارجه 19. قرض 20. عمری 21. اقاله 22. نکاح 24. وصیت 25. ایصاء²

اما مجله الأحكام العدلیة صرف هدفه اول از این مجموعه را بیان نموده است، که البته علت عدم اشتغال مجله بر پنج عقد اخیر واضح میباشند؛ زیرا این پنج عقد از جمله احوال شخصیه بوده و به این ترتیب از هدف مجله که تنظیم معاملات است خارج میباشند؛ ولی دیده میشود که دو عقد دیگری یعنی مخارجه و قرض، با آنکه از جمله معاملات بوده و مشمول هدف مجله نیز میباشند، کاملاً ترک شده و هیچ بحثی در مجله به آنها اختصاص داده نشده است.³ بناً از جمله عقود فوق الذکر در عقودیکه خیار شرط جاری میشود مانند عقد بیع و اجاره عربون هم جاری میشود و در عقودیکه خیار شرط جاری نمی شود مانند رهن و کفاله عربون هم در آن عقد جاری شده نمی تواند

جز دوم - چگونگی جریان عربون در عقود غیر معینه:

عقود غیر معینه عبارت از عقودی اند که شارع نام خاصی به آنها نگذاشته و احکام مرتب بر آنها را نیز بیان ننموده است، بلکه این دسته از عقود، زاده نیازمندیهای مردم بوده، و در قسمت تکوین و احکام خود تابع قواعد عام عقود میباشند⁴

چنانچه یادآور شدیم عقود غیر معینه به اساس نیازمندیهای مردم به وجود میآیند، از همین جهت است که این نوع عقود را نمیتوان تحت حصر و شمار آورد، ولی برخی از عقود غیر معینه گاهی به حدی در تعامل مردم شایع میگرددند که شارع یا مقنن ناگزیر میشود تا به آنها نام خاصی اعطا نموده و احکام مربوط به آنها را تنظیم نماید پس به این ترتیب در زمره عقود معینه قرار میگیرند میباشند؛ که بارزترین نمونه این نوع عقود، در فقه اسلامی عقد استصناع⁵ می باشند؛ و مثال دیگر از این نوع عقود، عقود

1. السنهوری، د. عبدالرزاق أحمد، (ب. ط، 2004م) الوسیط فی شرح القانون المدنی، شركة الجلال للطباعة، جلد 1، ص 632. الزرقاء، مصطفی أحمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 632.

2. قابل تذکر است که بعضی از این عقود خود مشتمل بر یک سلسله عقود دیگری میباشند که آنها از جمله تفریعات آن عقد به شمار میروند، مانند عقد بیع و عقد شرکت

3. الزرقاء، مصطفی أحمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 606.

4. السنهوری، د. عبدالرزاق أحمد، (ب. ط، 2004م) الوسیط فی شرح القانون المدنی، شركة الجلال للطباعة، جلد 1، ص 130. الزرقاء، مصطفی أحمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 632.

5. عقد استصناع یا فرمایش ساختن شی: عقد است برای ساختن چیز معین، که ماده (1510) قانون مدنی افغانستان آن را چنین تعریف نموده است: "استصناع، مقاوله ساختن شی معین است در برابر قیمت مشخص به نحویکه مقاوله بر عین شی وارد باشد نه بر کار صنعت گر".

تعهد و التزام میباید که اخیراً از سوی برخی قوانین کشورهای عربی به آن نام "مقوله"¹ اعطا شده است، و قانون مدنی افغانستان نیز در زمینه از آنها پیروی نموده است.

و از جمله عقود غیر معینه در عصر کنونی میتوان موارد زیرین را یادآور شد:

- عقد مهمان با صاحب هتل در مورد بودوباش، خوراک و خدمات.
- عقد نشر و اعلان در جراید، روزنامه ها و غیره.
- عقد میان عکاس یا رسام و شخصی که عکس را میگیرد یا رسم او را میکشد.

چون در عقود غیر معینه صاحب عقد دارای خیار می باشد به همین اساس بیعانه در عقود غیر معینه نیز جاری میشود.

فرع سوم - چگونگی جریان بیعانه در عقد نافذ لازم:

عقد نافذ لازم عبارت از عقدی است که در آن هیچ یک از عاقدین حق فسخ آنرا بدون رضائیت جانب مقابل ندارد، مثل عقد بیع و عقد اجاره. بناء در عقد نافذ لازم در صورت گذاشتن خیار، بیعانه هم جاری شده می تواند.

فرع چهارم - چگونگی جریان بیعانه در عقد نافذ غیر لازم (عقد جایز):

عقد نافذ غیر لازم عبارت از عقدی است که در آن هر یک از عاقدین یا تنها یکی از آنها حق فسخ آنرا بدون رضای جانب دیگر دارد و ثبوت حق فسخ برای عاقدین در عقد غیر لازم یا به اساس طبیعت عقد است، به این معنی که عقد اصلاً غیر لازم میباید مثل وکالت، عاریت، ودیعت و غیره، و یا اینکه حق فسخ بر اساس مصلحت عاقد ثابت میگردد مانند عقودیکه در آنها خیار وجود داشته باشد.² چون در عقد نافذ

1. شاید اولین قانونی که عقود تعهد و التزام را به نام مقوله نامگذاری نمود قانون مدنی جدید سوریه باشد که در ماده (612) خود مقوله را چنین تعریف نموده است: "عقد بتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، لقاء أجر يتعهد به المتعاقدين الآخر"، و قانون مدنی افغانستان در ماده (1418) خود مقوله را چنین تعریف نموده است: "مقوله، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت موقت یا غیر موقت برای طرف دیگر به مقابل اجرت تعهد نماید"، پس طوریکه دیده میشود تعریف قانون مدنی افغانستان از مقوله بعینه ترجمه تعریفی است که قانون مدنی سوریه از آن ارائه نموده است به جز زیادت قید توضیحی: "به صورت موقت یا غیر موقت". کلمه مقوله در اصل مأخوذ از "قول" به معنی گفتار، میباید که در لغت عرب به معنی: باهم گفتار نمودن و مباحثه نمودن می آید (18:1872)، و در اصطلاح فقهاء به معنی مذاکرات قبل از عقد استعمال شده است (35، ذیل واژه: مقوله)؛ از همین جهت است که فقیه و دانشمند سوری مصطفی الزرقاء، نامگذاری مذکور را مورد اعتراض قرار داده و آنرا یک نامگذاری ناموفق خوانده است؛ زیرا نام مقوله بر موضوع آن دلالت ندارد، جهت معلومات بیشتر رجوع کنید به: الزرقاء، مصطفی احمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي فی ثوبه الجديد)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 634.

2. الزحیلی، د. وهبة بن مصطفى، (الطبعة الرابعة، ب. ت). الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دار الفكر، جلد 4، ص 3093 و 3094.

غیر لازم (عقد جایز) برای یکی از عاقدین حق فسخ بدون رضای طرف مقابل به اساس طبیعت عقد ثابت می‌گردد به همین لحاظ عربون در عقد نافذ غیر لازم جاری نمی‌گردد.

فرع پنجم - تقسیم عقد از نگاه لزوم و قابلیت فسخ و جریان بیعانه در آن

عقود به اعتبار لزوم و داشتن یا نداشتن قابلیت فسخ، و به تبع آن جریان یا عدم جریان خیار در آنها، به چهار نوع تقسیم می‌گردند:

جزء اول - عقود لازم غیر قابل فسخ و چگونه گی جریان بیعانه در آن:

این نوع عقود قابلیت فسخ را به طریق اقاله، به اساس توافق طرفین ندارند، مثل عقد نکاح؛ زیرا نکاح را پس از انعقاد دیگر نمی‌توان به اساس توافق طرفین فسخ نمود¹ و با توجه به اینکه خیار حق فسخ را ثابت می‌سازد، بناءً در این نوع عقود نیز خیار ثابت نمی‌گردد و بیعانه هم در چنین عقد جاری شده نمی‌تواند.

جزء دوم - عقود لازم قابل فسخ و چگونگی جریان بیعانه در آن:

این نوع عقود قابلیت فسخ را به اساس اتفاق عاقدین به طریق اقاله دارا میباشند، بناءً در این نوع عقود خیار هم میتواند ثابت گردد. و این نوع عقود را عقود معاوضات مالی تشکیل میدهد، مثل بیع، اجاره، صلح، مزارعت (دهقانی)، مساقاة (باغبانی) و غیره. و در این نوع عقود بیعانه هم جاری می‌شود.

جزء سوم - عقود لازم برای یکی از عاقدین و چگونگی جریان بیعانه در آن:

مثل رهن و کفالت؛ زیرا این دو عقد تنها در حق یکی از عاقدین یعنی رهن و کفیل، لازم بوده و در مورد جانب مقابل یعنی رهنگیرنده و شخص مکفول له لازم نمیباشند؛ زیرا با توجه به اینکه این دو عقد به مصلحت و منفعت شخصی مرتهن و مکفول له بوده و برای توثیق حق آنها میباشند، بناءً هریک از آنها میتواند از این حق خود تنازل نماید به همین اساس بیعانه در چنین عقود جاری شده نمی‌تواند.

1. پس عقد نکاح قابل فسخ نبوده، بلکه تنها به طرق شرعی آن مثل طلاق، خلع، تفریق قضایی از جهت عیب، ضرر و غیره، میتواند پایان یابد؛ و دلیل بر اینکه طلاق و سایر اسباب تفریق فسخ نکاح نبوده، بلکه انهاء (خاتمه دادن) شرعی به عقد نکاح میباشند - این است که آثار نکاح مثل حرمت مصاهره و ثبوت نسب که توسط نکاح ثابت شده اند، پس از طلاق و همچنین پس از سایر اسباب تفریق باقی میمانند. الزرقاء، مصطفی احمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي فی ثوبه الجدید)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 639.

جزء چهارم - عقود غیر لازم برای عاقدین و چگونه گی جریان بیعانه در آن:

این نوع عقود عقودی اند که هر یک از عاقدین حق فسخ آنها را داشته باشد، مثل ودیعت، عاریت، وکالت، شرکت، مضاربت، وصیت و هبه¹ از اینکه در این عقود لزومیت در کار نبوده و بدون حق خیار، صلاحیت حق فسخ را دارا می باشد به همین اساس بیعانه در آن جاری شده نمی تواند.

جزء پنجم - موقف قانون مدنی افغانستان در زمینه:

قانون مدنی افغانستان با توجه به سیاست تقنینی که در قسمت جلوگیری از زیادت تعریفات و تقسیمات اتخاذ نموده، به هیچ یک از تقسیمات عقد به طور صراحت نپرداخته است؛ به همین ترتیب به تقسیم عقد از نگاه لزوم و قابلیت فسخ نپرداخته، ولی در موارد متعددی اقسام تقسیم مذکور را مورد قبول قرار داده و احکام مختلفی را بر آن مرتب نموده است، به طور نمونه ماده (653) قانون مدنی جریان خیار شرط را در عقد لازم قابل فسخ منحصر نموده است: ماده (653): "خیار شرط در عقد لازمی ایکه احتمال فسخ را داشته باشد، صحیح بوده و در عقد نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه و وصیت، صحیح پنداشته نمی شود"².

مطلب چهارم - جریان بیعانه در عقودیکه بالای منافع صورت می گیرد.

عقودیکه بالای منافع صورت می گیرد اهم آن عقد اجاره است و عقد اجاره در ماده (1322) قانون مدنی چنین تعریف شده است (عقد اجاره، عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینیکه به اجاره داده می شود توسط اجاره دهنده برای اجاره گیرنده بعوضیکه قابلیت بدل را دارا باشد) و هکذا در خصوص موارد عقد اجاره در حکم ماده (1323) قانون مدنی چنین تصریح گردیده است (عقد اجاره بر منافع اعیان منقول، غیر منقول و همچنان بر عمل مجاز صورت گرفته می تواند) و در مورد شروط عقد اجاره حکم ماده (1324) قانون مدنی چنین صراحت دارد (در عقد اجاره علاوه بر شروط عمومی صحت عقد، تعیین، عینیکه به اجاره داده می شود، ذکر منفعت آن به نحویکه منجر به منازعه نگردد، بیان مدت انتفاع و تعیین مقدار اجرت، شرط می باشد. در غیر آن اجاره فاسد شناخته می شود.) و همچنان در حکم ماده (1329) قانون مدنی آمده است که هرگاه برای هر یکی از اجاره دهنده و اجاره

1. الزرقاء، مصطفی أحمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في توبة الجديد)، دمشق: دار القلم، جلد 1، ص 639. الزحيلي، د. وهبة بن مصطفى، (الطبعة الرابعة، ب. ت). الفقه الإسلامي و ادلته، دمشق: دار الفكر، جلد 4، ص 3094 و 3095.

² - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

گیرنده خیار شرط شده باشد، عقد اجاره با فسخ هریک که در داخل میعاد صورت گیرد، فسخ می گردد هریک که اجازه دهد حق خیار او ساقط می شود و خیار دیگر تا زمان انقضای مدت به حال خود باقی می ماند. و در مورد مدت خیار شرط در عقد اجاره حکم ماده (1330) قانون مدنی چنین صراحت دارد (مدت خیار از وقت عقد و مدت اجاره از زمان سقوط خیار آغاز می گردد مگر اینکه طور دیگری موافقه بعمل آمده باشد) از اینکه خیار شرط در عقد اجاره جاری میشود به همین اساس بیعانه هم در عقد اجاره جاری میگردد¹

مطلب پنجم - نظر فقها در مورد جاری شدن و عدم جاری شدن خیار شرط در عقد اجاره:

فرع اول - خیار شرط در نزد احناف و مالکیها؛ در نزد احناف و مالکیها؛ خیار شرط در عقد اجاره ثابت می شود بخاطری که عقد اجاره از جمله عقود است که قبض در مجلس عقد شرط نمی باشد و مانند بیع، خیار شرط ثابت می شود.²

فرع دوم - خیار شرط در نزد شوافع؛ شوافع خیار را صرف در بیع قبول نموده اند و در غیر آن مشروع نمی دانند مانند عتق، ابراء، نکاح و اجاره³

فرع سوم - خیار شرط در نزد حنابله؛ در نزد حنابله در جواز و عدم آن کمی تفصیل وجود دارد و اجاره را به اجاره فی الذمه و اجاره معینه تقسیم نموده اند. اگر خیار شامل مدت اجاره نشود مثل اینکه: شخص در اول ماه حمل بگوید که از اول ماه جوزا خانه را برایت به مدت یکسال به اجاره دادم و یک ماه برایش مدت خیار را تعیین کرد در این صورت کدام اشکال وجود ندارد زیرا خیار شرط شامل مدت اجاره نگردیده و اگر بگوید که خانه خویش را برای مدت یکسال برایت به اجاره دادم و زمان اجاره هم از همین روز آغاز می شود و یکماه برای خود خیار را شرط نماید این جواز ندارد زیرا خیار داخل مدت اجاره گردیده و علت منع دخول خیار در مدت اجاره این است که مفوضی به فوت بعضی منافع که بالای آن عقد شده می گردد و همچنان در زمان خیار فائده از آن صورت می گیرد، که این ناجائز است.⁴ بناً به نظر فقهاء احناف و مالیکها و هکذا حنابله با شروطی که دارند خیار شرط در

¹- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

². شرح فتح القدیر، ابن الهمام، جلد 7، ص 221؛ حاشیه ابن عابدین، جلد 79، ص 105؛ حاشیه الخرشلی علی خلیل، جلد 5، ص 463؛ حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، جلد 3، ص 96 و 97.

³. مغنی المحتاج، الشربینی، جلد 2، ص 416؛ نهایة المحتاج، الرملی، جلد 4، ص 16 و 17.

⁴. الانصاف، المرادوی، جلد 11، ص 290.

عقد اجاره را جائز می دانند و از اینکه خیار شرط در عقد اجاره جاری میشود به همین اساس بیعانه هم در عقد اجاره هم جاری میشود .

مطلب ششم- بیعانه در عقد نکاح

جمهور علماء از جمله احناف - مالکیها - شوافع و حنابلة به این نظر اند که خیار در عقد نکاح ثابت نمی شود و استدلال به این دارند که نکاح عقد لازم است خیار در آن داخل شده نمی تواند از جهت اینکه مفسده و ضرر آن بالای حرائر زیاد است و خیار بخاطر این ثابت شده تا عوضیکه در مقابل ثمن بدست می آید مناسب باشد و در صورت عدم مناسب، ثمن حفظ شود و از بین نرود و در نکاح قصد عوض در آن نمی شود و هکذا اسم بیع بالای نکاح صدق نمی کند.¹

بعضی از علماء به ثبوت خیار در عقد نکاح قول نموده اند و این قول یک روایت از امام احمد بن حنبل می باشد که شیخ الاسلام ابن تیمیه² آنرا اختیار کرده است.³

و استدلال به این حدیث شریف نموده اند (المسلمون علی شروطهم)⁴ ترجمه: مسلمانان نزد شرطهای ایشان اند و هکذا یک مرد با زوجه که نکاح می کند محتاج به خیار است تا ثابت گردد که به مصلحت اش است یاخیر؟ و هکذا در مورد نکاح آن مشوره نماید و این موضوع نسبت به مالیکه از بازار خریده می شود دقت زیاد کار دارد. چنانچه زن اختیار این را دارد که در مورد عقد نکاح خویش مشوره و تامل نماید .

مطلب هفتم - مناقشه دلایل:

مفسده و ضرریکه بالای حرائر به وجود می آید لازم نیست که به سبب خیار به وجود آید زیرا تردد یک امر فطری افراد است و هیچ گاهی انصراف از ازدواج عیب بالای آن خانم شمرده نمی شود و

¹. شرح فتح القدیر، ابن الهمام، جلد 2، ص 351؛ حاشیة ابن عابدین، جلد 7، ص 116؛ مواهب الجلیل، احطاب، جلد 5، ص 47؛ بدایة المجتهد، ابن رشد الحفید، جلد 3، ص 946؛ تحفة المحتاج، ابن حجر الهیتمی، جلد 4، ص 336؛ مغنی المحتاج، الشریبینی، جلد 2، ص 405؛ المغنی، ابن قدامة، جلد 9، ص 464؛ کشاف القناع، البهوتی، جلد 5، ص 49. الشرح الکبیر، ابن قدامة، جلد 20، ص 425؛ المغنی، ابن قدامة، جلد 6، ص 49؛

². تقی الدین ابو العباس احمد بن عبدالحلیم بن عبدالسلام الحرانی الدمشقی، شیخ الاسلام زمان خود بود و در سال 661 هـ، تولد شده است و زکاوت و حافظه قوی داشت، و تصانیف زیاد داشت مشهور آن مجموع فتاوی شیخ الاسلام است، و در سال 728 هـ فوت نموده است .

³. المغنی، ابن قدامة، جلد 9، ص 488؛ الانصاف، المرادوی، جلد 20، ص 425؛ فتاوی شیخ الاسلام، جلد 29، ص 349.

⁴. حدیث مذکور را ابو داود (حدیث: 3594) و دارقطنی (حدیث: 289) و حاکم در المستدرک (حدیث: 2309) و بیہی در السنن الصغری (حدیث: 2105)، همه از طریق کثیر بن زید، از ولد بن ربیع، از ابو هریر مرفوعاً روایت نموده اند، و حدیث مذکور را البانی در إرواء الغلیل، و همچنان در سلسلة الأحادیث الصحیحة تصحیح نموده است. ؛

گاهی خیار به خانم هم می باشد تا در مورد نکاح خویش با مرد، فکر نماید مثل اینکه برای زن خیار است برای مرد هم است و آیا این خیار عیب شمرده شود؟

و این قول که به نکاح قصد عوض نمی شود غیر مسلم است زیرا اگر اکثر مردم قصد عوض را نداشته باشند یک عده مردم دارند و از همین جهت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است (تنکح المرأة لاربع: لمالها، لحسبها و لجمالها و لدینها...) ¹ و رسول الله صلی الله علیه وسلم مال را از جمله اموری شمرده است که به خاطر آن زن به نکاح برده می شود و اگر زن بخاطر مال خویش به نکاح برده میشود پس به طریق اولی با مرد از جهت مالش نکاح صورت میگیرد و اینکه طرفین از جهت مال ایشان به نکاح برده می شوند پس چرا از زمان انتخاب منع شود.

و در مورد این قول که گویا اسم بیع بالای نکاح صدق نمی کند باید گفت که خیار برای بیع مشروع نشده است و از جهت حاجت مردم مشروع گردیده تا در عقد فکر نمایند به همین اساس خیار در عقد اجاره نیز ثابت گردیده است اگر چه به مفهوم خاصی اجاره بیع شمرده نمی شود و اینکه حاجت مطرح بوده بناءً خیار شامل نکاح نیز می باشد.

شاید هر دو قول به این بنی باشد که اصل در بیع خیار است یاخیر؟ کسیکه نظر دارد که اصل در بیع خیار وجود ندارد و خلاف اصل جواز داده شده است به همین اساس ثبوت خیار را در نکاح منع می نماید و اکتفاء به آنچه نص وارد است می نماید و کسیکه خیار را در بیع اصل میدانند و خلاف اصل نمی داند به همین اساس خیار را در عقد نکاح نیز ثابت می داند.

راجح - و الله اعلم. قول به ثبوت خیار شرط در نکاح است و از جهت قوت دلیل و مناقشه که با ادله مانعین صورت گرفته است و دیگر اینکه دلیل برای ثبوت خیار این است که برای طرفین در زمان نامزدی حق انصراف را میدهد که در این مورد حکم ماده (64) قانون مدنی صراحت کامل دارد.

صورت جریان عربون در نکاح این است که یک مرد با زن طوری عقد می نماید که مدت یکماه برایش خیار است اگر نکاح را جاری کرد لوازم عقد نکاح مثل مهر و نفقه بالایش لازم می شود و اگر از نکاح

¹. متفق علیه یلفظه من حدیث ابي هريرة رضي الله عنه؛ أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء رقم 5090، ص 910؛ و أخرجه مسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب، نكاح ذات الدين، رقم 3635، ص 623.

عدول نمود برای خانم پنج هزار افغانی می‌دهد پس زوج مشابه مشتری به منفعت زن و زوجه مشابه به بایع است و مدت انتظار یک ماه است و عربون پنج هزار افغانی است¹

مبحث دوم - بیعانه از حیث زمان:

عربون برای هر یک از متعاقدين حق رجوع از بیع را می‌دهد و این حق رجوع از بیع باید در خلال مدت معین باشد تا از عدم ثبات و استقرار در معاملات جلوگیری به عمل آید.

از اینکه بیع عربون، بیع بشرط خیار است به اضافه اینکه پول پیش پرداخت، ثمن برای خیار مشتری است در صورتیکه از بیع عدول نماید و مدت انتظار عربون حکم مدت خیار شرط را برای خود کسب می‌نماید و در مورد مدت خیار شرط علماء چنین نظریات دارند.

مطلب اول - مدت خیار شرط

در مورد اشتراط و یا عدم اشتراط تعیین مدت در خیار شرط دو نظر فقهی وجود دارد:

از نظر جمهور فقهاء به استثنای مالکی ها، لازم است تا مدت خیار شرط، معین و معلوم باشد، بناءً در صورت عدم ذکر مدت، یا مجهول بودن مدت مذکور و یا مؤبد بودن آن، عقد صحیح نبوده، و به این ترتیب عقد مذکور نزد احناف فاسد، و نزد شوافع و حنابله باطل می‌گردد.

امام مالک میان حالت مختلف عدم تعیین مدت فرق می‌کند، این طور که در صورت عدم ذکر مدت، خیار شرط صحیح بوده و حاکم حسب عادت مدتی را مانند مدت مثل آن خیار را تعیین می‌کند، ولی در صورت اشتراط مدت بیشتر از عادت مردم، و به تبع آن در صورت تأبید مدت، و همچنین در صورت اشتراط مدت مجهولی مثل تا زمان ریزش باران، در این صورتها عقد فاسد می‌گردد.²

و به همین ترتیب در صورت تعیین مدت خیار شرط با آنکه در مورد حد اقل مدت آن هیچ اختلافی وجود ندارد، ولی راجع به حد اکثر مدت خیار، سه نظر فقهی وجود دارد:

از نظر امام ابو حنیفه، زفر و شافعی، به مقتضای حدیث حبان بن منقذ که قبلاً بیان شد، تعیین مدت خیار شرط بیشتر از سه روز جواز ندارد. آنها در زمینه چنین استدلال می‌کنند که اصل در عقود لزوم

¹ - ماجد عبدالرحمن الرشید، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصره، صص 90 و 91
² . الشبلی، محمد مصطفی، المدخل فی الفقه الاسلامی، ص 597؛ و زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت، دارالفکر، ج 4، 1989، ص 3110.

می باشد و اشتراط خيار مخالف مقتضی عقد بوده و بر خلاف قیاس، به نص مذکور ثابت گردیده است و نص مدت آن را سه روز بیان نموده است. بنا بر این مدت خيار بر همان مدتی که نص آن را بیان نموده مقتصر می‌گردد و به این ترتیب زیادت بر آن جواز ندارد از جانب دیگر مشروعیت خيار شرط از جهت دفع غبن از عاقد می‌باشد، که این هدف غالباً به سه روز تحصیل می‌گردد. بنا بر این به زیادت از آن نیاز نبوده و آن جواز ندارد¹

از نظر محمد شببانی، ابو یوسف و حنابلہ معیار در مورد مدت خيار شرط اتفاق عاقدین میباشد، بناءً اگر اتفاق عاقدین بر بیشتر از سه روز هم صورت گیرد جواز دارد²، به دلیل حدیث: "المسلمون عند شروطهم"³، و نیز خيار از این جهت مشروع گردیده است تا عاقد به این وسیله فرصت اندیشیدن و مشوره نمودن را بیابد، و به این طریق خود را از غرر و فریب برهاند، در حالیکه گاهی مدت سه روز برای این مقصود کافی نبوده، و به مدت بیشتر ضرورت میشود، بناءً تعیین مدت خيار به آنچه که عاقدین بر آن اتفاق نمایند، مفوض می‌گردد⁴

از نظر امام مالک رحمه الله مدت خيار شرط، به نوع متاع مورد خيار وابسته بوده و به این ترتیب با اختلاف متاعها، مدت خيار نیز مختلف می‌گردد؛ بناءً مدت آن در بعض متاعها یک یا دو روز، در بعضی سه روز، در بعضی یک هفته و در بعض دیگر یک ماه تعیین می‌گردد؛ و دلیل مالکیها در زمینه این است که هدف از خيار در حقیقت آزمودن مبیع میباشد، بناءً الزم است تا مدت آن به قدری تعیین گردد که در آن امکان آزمودن مبیع متحقق گردد، و طبیعی است که مقدار این مدت به اعتبار متاعها مختلف میباشد⁵.

موقف قانون مدنی افغانستان:

قانون مدنی راجع به مدت خيار شرط، مذهب ابو حنیفه را بر مذهب صاحبین ترجیح داده و حد اکثر مدت خيار شرط را سه روز دانسته است (فقره: 2، ماده: 652) ولی از این حکم سه عقد را که عبارت اند از وقف، کفاله و حواله به دین، مستثنی گردانیده و در این عقود مدت خيار را بیشتر از سه روز نیز،

1. ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، همان، ج 6، ص 300 و وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، همان، ص 85.

2. همان اثر، ج 20، ص 83.

3. حدیث مذکور را ابو داود (حدیث: 3594) و دار قطنی (حدیث: 289) و حاکم در المستدرک (حدیث: 2309) و بیہی در السنن الصغری (حدیث: 2105)، همه از طریق کثیر بن زید، از ولد بن رباع، از ابو هریر مرفوعاً روایت نموده اند، و حدیث مذکور را البانی در إرواء الغلیل، و همچنان در سلسلة الأحادیث الصحیحة تصحیح نموده است. ترجمه: مسلمانان نزد شرطهای ایشان اند؛

4. ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، همان، ص 300.

5. وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، همان، ج 20، ص 83.

به اساس اتفاق طرفین جایز شمرده است، که البته قانون مدنی در این قسمت نیز از مذهب حنفی خارج نگردیده است؛ زیرا حقیقت این است که ماده (652) قانون مدنی بعینه ترجمه ماده (235) کتاب مشهور فقه حنفی: مرشد الحیران میباشد، و حتی میتوانیم بگوییم که تمامی مواد مربوط به بحث خیار شرط از قانون مدنی (مواد: 652 الی 661) به جز تصرف کمی در بعضی از موارد، ترجمه فصل خیار شرط از کتاب مرشد الحیران میباشد؛ به طور نمونه ماده (235) مرشد الحیران که اولین ماده از فصل خیار شرط آن را تشکیل میدهد، چنین مشعر است: "يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو بإمضائه في مدة ثلاثة أيام لا أكثر، في العقود كلها إلا في الوقف و الكفالة و للمحتال بالدين، فيجوز فيها في أكثر من الثلاث، و تعتبر مدة الخيار من وقت العقد لو كان الشرط فيه، فلو بعده فمن وقت الشرط". ترجمه: جایز است در هنگام عقد یا بعد از آن، خیار فسخ یا ابقای عقد، شرط گذاشته شود، {که شرط مذکور} در جمیع عقود برای مدت سه روز بوده و بیشتر از آن جواز ندارد، مگر در وقف و کفاله و برای حواله گیرنده دین، که در این موارد بیش از سه روز نیز جواز دارد. در صورتیکه شرط در هنگام عقد گذاشته شده باشد مدت خیار از وقت عقد شمرده شده، و اگر بعد از عقد گذاشته شده باشد، مدت آن از وقت شرط گذاشتن اعتبار دارد.

پس طوریکه ملاحظه می‌گردد، ماده (652) قانون مدنی محتوای این ماده مرشد الحیران را تحت دو فقره گنجانیده و چنین بیان نموده است. "(1) عاقدین در جمیع عقود میتوانند حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقاء عقد را شرط بگذارند. (2) مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین استثناءً بیش از سه روز جواز دارد. اگر شرط حین عقد گذاشته شده باشد، مدت خیار از وقت عقد، و در صورتیکه بعد از عقد گذاشته شده باشد، از زمان موجود شدن شرط، آغاز می‌گردد."

از ملاحظه این دو ماده، معلوم می‌گردد که مقنن در اینجا صرف به ترجمه تحت اللفظی، اکتفا نموده و در نهایت ماده (652) مرشد الحیران را که در یک فقره قرار داشت، طی دو فقره، به فارسی و پشتو برگردانده است، ولی اگر دقت شود دیده میشود که متأسفانه در این ماده حتی حق ترجمه هم به درستی اداء نگردیده است؛ زیرا کسیکه اندک آشنایی هم با زبان عربی و قواعد آن داشته باشد، به این امر متوجه می‌گردد که در کتاب مرشد الحیران، عبارت: «فی العقود کلاً»، قید برای مدت خیار میباشد، به این معنی که حد اکثر خیار شرط در جمیع عقود سه روز میباشد به استثناء سه عقد مذکور، و از همین جهت قید مذکور در عبارت عربی، بعد از ذکر مدت آورده شده است؛ ولی مقنن افغانی در ترجمه خود،

قید «جمع عقود» را در ابتدا ذکر نموده است، که این باعث می‌گردد تا خواننده دچار سردرگمی گردیده و چنین بپندارد که قید مذکور به فعل اصلی جمله، یعنی "شرط گذاشتن خیار"، مربوط می‌باشد. و همچنین سایر مواد قانون مدنی در خیار شرط، به استثناء چند مورد محدود، ترجمه مواد مربوطه از کتاب مرشد الحیران می‌باشند، بناءً موقف قانون مدنی در خیار شرط واضح بوده، و برای توضیح بیشتر به مواد (235) الی (244) کتاب مرشد الحیران مراجعه گردد.

بناءً زمان انتقال ملکیت مبیع در بیعانه بعد از پیشکش اقوال علماء و موقف قانون مدنی پیرامون ملکیت مبیع در زمان خیار، و آنچه خیار را باطل می‌سازد و عقد را لازم یا فسخ می‌نماید بالای بیعانه نیز تطبیق می‌گردد.

چنانچه قبلاً گذشت که در نزد حنابله برای بیعانه دو صورت وجود دارد:

اول اینکه: مشتری یک چیز را از بایع خریداری نماید و یک درهم را به شکل پیش پرداخت برای بایع تسلیم نماید و برایش بگوید که اگر مبیع را نگرفتم همان درهم از خودت باشد.¹

دوم اینکه: مشتری برای بایع بگوید که اگر باقی پولت را در طول مدت یک ماه آوردم مبیع از من است در غیر آن همین پول از خودت باشد.²

راجح این است که در حین عقد، ملکیت مبیع به مشتری انتقال می‌نماید و ملکیت ثمن به بایع انتقال می‌نماید و این در صورتی است که ثمن معین باشد در صورتیکه معین نباشد به ذمه مشتری ثابت باقی می‌ماند پس اگر در مدت انتظار مشتری اجازه بیع را بدهد یا مدت انتظار بدون فسخ سپری شود بیع لازم گردیده و ملک هر یک از عاقدین بالای آنچه طرفین پرداخت نموده، ثابت می‌شود و اگر مشتری از بیع سرباز زند، مبیع به ملک بایع بر می‌گردد و ثمن به ملک مشتری، صرف پول پیش پرداخت (عربون) که قبلاً به شکل بیعانه پرداخت گردیده، بایع آنرا مالک می‌شود و اگر مشتری پول بیعانه را پرداخت نکرده باشد به ذمه آن ثابت می‌گردد.

مطلب دوم – تصرف در مبیع در خلال مدت انتظار:

صورت مسئله طوری است که یک شخص یک عراده موتر را به ده هزار افغانی خریداری می‌نماید و یک هزار افغانی را به شکل بیعانه برای بایع طوری پرداخت می‌نماید که مدت یکماه برایش انتظار

¹. الأنصاف، المرادوی (253/11)؛ و شرح منتهی الأرادات، البهوتی (179/3).

². همان دو مرجع فوق.

نماید آیا مشتری در خلال مدت انتظار می تواند موتر را بالای شخص دیگری به فروش برساند و یا هبه نماید و یا وقف نماید و یا به کرایه بدهد آیا این صلاحیت ها را دارد یاخیر؟

حکم تصرف در مبیع در خلال مدت انتظار پیوسته به مسئله ملک مبیع در زمان خیار است قول راجح در ملک مبیع در حالت انتظار این است که ملک مبیع به مشتری انتقال می نماید در حین عقد از اینکه بیع عربون در صورت اولی(مشتری یک چیز را از بایع خریداری نماید و یک درهم را به شکل پیش پرداخت برای بایع تسلیم نماید و برایش بگوید که اگر مبیع را نگرفتم همان درهم از خودت باشد) که معروف بین فقهاء است، بیع بشرط الخیار است صرف برای مشتری، و تصرف مشتری در خلال مدت انتظار مانند بیع، هبه، وقف و اجاره و امثال آن تصرف در مبیع بوده بیع نافذ می گردد و مشتری مکلف به پرداخت پول باقی مانده برای بایع می باشد.

مطلب سوم - اثر خیار شرط بر عقد

خیار شرط در عقد دو نوع اثر را ایجاد میکند که یکی از آنها اتفاقی بوده و دیگری مورد اختلاف فقهاء میباشد¹.

1- اثر اتفاقی خیار شرط بر عقد: به اتفاق فقهاء خیار شرط در مورد صاحب آن، لزوم عقد را از بین برده و به این ترتیب برای وی حق پذیرفتن عقد و یا رجوع از آن را اعطاء میکند²

2- اثر اختلافی خیار شرط بر عقد: و آن مرتب شدن اثر و حکم عقد میباشد؛ زیرا میان فقهاء در زمینه اینکه آیا خیار شرط مانع ثبوت حکم عقد گردیده و به این طریق مانع انتقال ملکیت بدلین میگردد و یا خیر، دو دیدگاه وجود دارد:

(الف) از نظر احناف و مالکیها خیار شرط مانع ترتب احکام عقد میگردد، بناءً در صورتیکه خیار برای بایع باشد، مبیع از ملکیت وی خارج نگردیده، و اگر خیار برای مشتری باشد، ثمن از ملکیت وی خارج نمیگردد، و در صورتیکه متعاقدين هر دو صاحب خیار باشند، هیچ یک از بدلین از ملکیت آنها خارج نمیگردد³ و احناف در زمینه چنین استدلال میکنند که عقد زمانی تام پنداشته شده و آثار آن مرتب میگردد که رضائیت جانبین صورت بگیرد، در حالیکه صاحب خیار به زایل شدن ملکیت خود رضائیت

¹ زحیلی، همان، ج 4، ص 312.

² شبلی، همان، ج 1، ص 603.

³ الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب علمیه، ج 5، چاپ 2، 1986 م، صص 244 -

ندارد¹ پس به این ترتیب عقدی که در آن خیار شرط وجود داشته باشد، از نگاه اسم و معنی، عقد بوده ولی از نگاه حکم عقد نمیباشد، از همین جهت است که فقهاء احناف میگویند که "خیار شرط مانع ابتداء حکم میباشد"، به این معنی که در صورت وجود خیار شرط، حکم عقد که عبارت از انتقال ملکیت میباشد، مرتب نمیگردد.²

(ب) رأی اظهر از نظر شافعی‌ها و حنابله این است که خیار شرط مانع ترتب آثار عقد نمی‌گردد، پس به این ترتیب، در خلال مدت خیار، ملکیت بدلین به جانب مقابل انتقال می‌یابد؛ زیرا خیار شرط مانع نفاذ عقد نبوده، بلکه عقد مذکور نافذ می‌باشد، و به این طریق آثار و احکام عقد نیز ثابت گردیده، و اثر خیار تنها در مورد منع لزوم می‌باشد.³

مطلب چهارم - هلاک مبیع و بیعانه در خلال مدت انتظار

اگر مبیع در خلال مدت انتظار در بیع عربون هلاک شود قرار ذیل بیان می‌گردد در صورتیکه مبیع بعد از قبض هلاک گردد در ضمان مشتری است و ثمن بالای مشتری لازم می‌شود و خیار آن باطل است.

و اگر مبیع قبل از قبض هلاک گردید از جمله ضمان بایع است، بیع و خیار باطل می‌شود و بالای بایع تسلیم مبیع لازم نیست و بالای مشتری تسلیم ثمن نیز لازم نمی‌باشد و پرداخت بیعانه هم بالای مشتری

¹ ابن‌الهمام، همان، ج 6، ص 305.
² ولی باید خاطر نشان ساخت که بودن خیار شرط - از نظر احناف - مانع از ابتداء حکم عقد، با مانع بودن آن از لزوم عقد منافات ندارد؛ زیرا زمانیکه خیار شرط مانع حکم عقد گردد، پس به طریق اولی مانع لزوم عقد می‌گردد و این موضوع را ابن‌الهمام در فتح القدر به تفصیل واضح ساخته است، که حاصل و خالصه آن با اندک تصرف چنین است: عقود علل برای احکام خود میباشد، مثلاً عقد بیع علت برای انتقال ملکیت بدلین میباشد، و خیار با درجات متفاوت موانع برای ترتب احکام بر علل آنها یعنی بر عقود قرار می‌گیرند، مانند خیار شرط که مانع ابتداء حکم عقد گردیده، و به این ترتیب در عقد بیع مانع انتقال ملکیت می‌گردد. و با توجه به اینکه موانع از نگاه قوت منع متفاوت میباشد، بناءً خیار با درجات متفاوت میباشد؛ زیرا علماء اصول موانع را به پنج دسته تقسیم نمودند: 1- مانعی که انعقاد علت را منع میکند و به این ترتیب هیچگونه اثری بر آن مرتب نمی‌گردد، مثل عقدیکه در آن ارکان و با عناصر آن و با یکی از شرایط انعقاد آن تحقق نیافته باشد. 2- مانعی که تمامیت علت یعنی نفاذ شدن عقد را منع میکند، مثل عقدیکه در آن یکی از دو شرط نفاذ آن تحقق نیافته باشد. و متباقی سه نوع دیگر موانع، مربوط به خیار است، پس منع در این سه نوع اخیر به اصل علت متعلق نبوده، بلکه به حکم علت متعلق میباشد، که توضیح آنها قرار ذیل است: 3- مانعی که بعد از انعقاد و نفاذ علت، ابتداء حکم مرتب بر علت را منع میکند، مانند خیار شرط. 4- مانعی که بعد از انعقاد علت و ثبوت حکم آن، تمامیت حکم مذکور را منع میکند، مثل خیار رؤیت. 5- مانعی که تنها لزوم حکم عقد را منع میکند، به این معنی که حکم عقد نیز ثابت و تمام گردیده، اما نظر به عدم لزوم حکم مذکور، برای عاقد حق فسخ عقد نیز ثابت می‌گردد، مانند خیار عیب و همچنین سایر خیارها. پس طوریکه ملاحظه می‌گردد، خیار شرط و خیار رؤیت زمانیکه مانع ابتداء حکم عقد و تمامیت آن گردند، پس به طریق اولی مانع لزوم حکم مذکور می‌گردند؛ و همچنین از توضیح فوق معلوم می‌گردد که آنچه در عبارات فقهاء مشهور است که "خیارات لزوم عقد را زایل می‌سازند"، حقیقت عبارت مذکور این است که خیار با درجات لزوم حکم عقد را زایل می‌سازند؛ زیرا چنانچه توضیح داده شد، مانعیت خیارها به اصل عقد مربوط نبوده، بلکه مانعیت آنها، با درجات متفاوت، به حکم عقد مربوط میباشد. العینی، ابو محمد محمود بن احمد، البنایه شرح الهدایه، ج 8، ص 55.
³ زحیلی، همان، ج 4، ص 3116.

لازم نمی‌گردد و اگر مشتری بیعانه را قبلاً به شکل پیش پرداخت تسلیم کرده باشد بائع بیعانه را دوباره برای مشتری مسترد نماید

و اگر بیعانه بعد از قبض بائع هلاک گردد از جمله ضمان بائع شمرده می‌شود و اگر مشتری از بیع سرباز زند پس بائع بیعانه را تسلیم گردیده است و در ضمان خودش هلاک گردیده است و اگر مشتری بیع را قبول کرد در این صورت پرداخت ثمن باقی مانده بالایش لازم می‌گردد

مطلب پنجم - صورت های هلاک مبیع و بیعانه:

اگر مبیع و بیعانه هر دو هلاک شود در این صورت از احوال ذیل خالی نمی‌باشد:

- 1 اگر مبیع در نزد مشتری هلاک گردد و پول بیعانه در نزد بائع هلاک گردد در این صورت ثمن باقی مانده بالای مشتری لازم گردیده و خیار مشتری باطل می‌گردد.
 - 2 اگر مبیع قبل از اینکه در ضمان مشتری داخل شود هلاک گردد و بیعانه قبل از اینکه به ضمان بائع داخل شود هلاک گردد در این صورت بیع باطل است و بالای یکدیگر ایشان چیزی لازم نمی‌شود.
 - 3 اگر مبیع قبل از دخول آن در ضمان مشتری هلاک گردد و عربون بعد از دخول آن در ضمان بائع هلاک گردد، بیع باطل است و بالای بائع لازم است تا پول بیعانه را دوباره به مشتری پرداخت نماید اگر مثلی باشد باید مثل آنرا و اگر قیمی باشد قیمت آنرا
 - 4 اگر مبیع بعد از دخول آن در ضمان مشتری هلاک گردد و عربون قبل از دخول آن در ضمان بائع هلاک گردد در این صورت خیار مشتری باطل می‌گردد و پرداخت پول باقی مانده بالایش لازم می‌گردد و اگر عربون مثلی باشد مثل آن پرداخت گردد و اگر قیمی باشد قیمت آن پرداخت گردد.
- و این در صورتی است که مبیع و بیعانه معین باشد در صورتیکه غیر معین باشد به هلاک آن قبل از قبل کدام اثر مرتب نمی‌شود.¹

مطلب ششم - اثر تسلیم بدلین در خلال مدت انتظار

در صورتیکه طرفین، عقد را لازم نکرده باشند تسلیم بدلین در خلال مدت انتظار واجب نمی‌باشد و به اختیار طرفین می‌باشد.²

¹ - ماحد بن عبدالرحمن الرشید ، احکام بیع العربون و تطبیقاته المعاصره ، صص 118 و 119
² . المجموع (160/9).

و اگر در مدت انتظار، مبیع تسلیم مشتری گردد و پول به بایع پرداخت گردد باکی ندارد ولی الی سپری شدن مدت انتظار هر دو جانب تصرف کرده نمی توانند مگر استفاده ای که جهت آزمایش مبیع و تجربه صورت میگیرد از جمله تصرف شمرده نمی شود مثل اینکه یک عراده موتر را جهت آزمایش و تجربه استفاده نماید به اندازه که معتاد است.¹

حاصل سخن این است که خیار از حیث لزوم عدول و فسخ هیچ تاثیری در تسلیمی مبیع برای مشتری و یا اینکه در نزد بایع باقی باشد ندارد و همچنان ثمن هیچ تاثیری ندارد که برای بایع تسلیم گردیده باشد یا نزد مشتری باقی مانده باشد لکن بقاء مبیع در نزد بایع یا مشتری، در ضمان تأثیر دارد که قبلاً از آن یادآوری گردیده است.

مطلب هفتم - مقدار مبلغ بیعانه:

فرع اول - اقل مبلغ بیعانه و اکثر آن و ضوابط تحدید آن

اگر یک شخص مال را از نزد بایع به یکهزار افغانی طوری خریداری نماید که بایع یک ماه مهلت برایش بدهد اگر مشتری بیع را به اتمام رسانیده نتواند بایع یک جزء از ثمن را مستحق می شود و همین جزء ثمن عربون بیعانه نامیده می شود سوال اینجاست که برای بیعانه کدام مقدار پول تعیین گردیده است یاخیر؟ و حد اعلی و ادنی دارد یاخیر؟ و یا اینکه برای عاقدین گذاشته شده است.

جزء اول - اقل مبلغ بیعانه

احتمال خساره مشتری در بیعانه، عبارت از یکی از صورت های ضریب است که بیع بخاطر آن منع می شود و این ضریب کم می شود زمانیکه مبلغ بیعانه کم باشد در صورتیکه متوجه مشتری گردد ضرر مشتری را کم و تخفیف می سازد و احتمال وقوع نزاع و خصومات را کم می سازد و کینه را از سینه مشتری دور می سازد حاصل کلام اینکه: برای ادنی مبلغ بیعانه کدام حد و اندازه تعیین نگردیده است.

جزء دوم - اکثر مبلغ بیعانه

برای اکثر مبلغ بیعانه کدام ضابطه و قاعده وجود ندارد و عرف می تواند این موضوع را تعیین نماید و عرف به زمان و مکان قابل تغییر می باشد و این مشابه عقد اجاره است و در حبس منفعت اجاره دهنده

1- المجموع (160/9).

نمی تواند در منفعت زمین و یا اینکه زمین را برای کسی دیگری بدهد تصرف کرده نمی تواند و بیعانه هم منفعت مبیع را و هم صلاحیت مبیع را بالای بایع منع می نماید به همین اساس عرفی که فعلاً در اکثر نقاط شهر کابل حاکم و مروج است منوط به رضاء طرفین عقد بوده و کدام اندازه مشخص برای بیعانه تا الحال تعیین نگردیده است.

فرع دوم - ضوابط و تحدید بیعانه

برای مقدار بیعانه حد اکثر تعیین نگردیده تا از آن اضافه پرداخت نگردد و این موضوع تعلق به عرف و عادات محل و منطقه دارد و عرفی که فعلاً در اکثر مناطق شهر کابل رائج است به هر اندازه که پول به شکل پیش پرداخت، پرداخت گردیده باشد همان را بیعانه حساب می نمایند که همین موضوع اکثراً منجر به نزاع میشود.

مطلب هشتم - شرط گذاشتن بیعانه مستقل از ثمن مبیع

صورت مسئله طوری است که یک شخص مال را به صد افغانی خریداری می نماید و یک مدت زمان معلوم را برای خود در بدل مبلغ پنج افغانی خیار تعیین می نماید برابر است که بیع را تمام کند و یا صرف نظر می نماید.

این مسئله در مجمع فقه اسلامی مورد مناقشه و بحث قرار گرفته است بعضی از علماء به تحریم آن قول کرده اند.¹

مالکی ها می گویند که این مسئله از جمله بیعانه ممنوع است.²

و تعامل منع در صورتی است که بیعانه جزئی از ثمن قرار نگیرد.³

در صورتیکه جزئی از ثمن قرار گیرد کدام مانع وجود نداشته و در واقع یک نزاع لفظی می باشد.⁴

1. مجلة مجمع الفقه اسلامی، العدد الثامن (659/1). و القرار الذی حرم فیہ المجمع عقود الخيارات رقم 65/1/7؛ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (709/1).

2. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (63/3).

3. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (699/1).

4. المرجع السابق، العدد الثامن (685/1).

مطلب نهم - ارث بیعانه:

فرع اول - از نظر احناف

چون بیعانه در بیعی جاری می شود که خیار شرط در آن جاری می شود بناءً در مورد ارث خیار شرط، نظر احناف چنین است؛ از نظر احناف، اموال قابل ارث بوده ولی حقوق به ارث برده نمی شوند، مگر آن حقی که دلیلی بر الحاق آن به مال وجود داشته باشد بناءً خیار شرط به ورثه انتقال نمی کند.¹ بناً با وجود اینکه احناف صورت دوم بیع عربون را جائز نمی دانند، به اساس قاعده فوق حق خیار انفاذ و یا انصراف بیع عربون را برای ورثه متوفی را نمی دهند.

فرع دوم - از نظر شوافع و مالکیها

از نظر مالکیها و شوافع، خیار شرط به موت صاحب آن ساقط نگردیده، بلکه به وارثین وی انتقال می یابد و سبب این اختلاف به اصل مشهوری بر می گردد که آیا حقوق مانند اموال به ارث برده می شوند یا خیر؟ از نظر مالکیها و شافعیها حقوق مانند اموال به ارث برده می شوند، مگر آن حقی که بر مفارقت آن از معنی مالیت دلیلی وجود داشته باشد، بناءً خیار شرط به ورثه انتقال می نماید و عربونیکه در این عقد صورت گرفته با وجودیکه شوافع و مالکیها بیع عربون را جائز نمی دانند ولی در صورت فوت صاحب خیار، حق انصراف و یا انفاذ را برای ورثه آن می دهند.

فرع سوم - موقف قانون مدنی افغانستان در زمینه

قانون مدنی اجازه یا فسخ صاحب خیار را یکی از وسایل انتهاء خیار شمرده (مواد: 656 و 657) و همچنین در صورت انقضای مدت خیار، عقد را لازم پنداشته است (ماده: 659) و نیز در صورت وفات صاحب خیار، با پیروی از مذهب احناف، به لزوم عقد حکم نموده، و به این ترتیب خیار شرط را قابل انتقال به ارث ندانسته است: ماده 660: "(1) هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار قبل از فسخ یا اجازه عقد وفات نماید، عقد لازم گردیده، و ورثه از حق خیار استفاده کرده میتواند، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد"

در اینجا اگر دقت شود دیده میشود که در نفس همین فقره تعارض وجود دارد؛ زیرا قانون مدنی از یک طرف در صورت وفات صاحب خیار عقد را لازم می شمارد، و از طرف دیگر برای ورثه استفاده از

1. و قاعده مذکور در کتب احناف اکثرًا چنین ذکر میشود که "ارث در اشیاء قابل انتقال صورت گرفته، و به این ترتیب در اشیائی که انتقال پذیر نمیباشند، ارث نیز جاری نمیگردد. شبلی، محمد مصطفی، همان، صص 604 - 605. و زحیلی، وهبه، همان، ج 4، ص 3159.

حق خیار را ثابت میسازد، و تعارض از این نگاه مطرح می‌گردد که زمانیکه عقد لازم گردید پس خیار نیز از بین رفت و از آن هیچ اثری باقی نماند، بناءً پس از لزوم عقد و ساقط گردیدن حق خیار، اثبات آن برای ورثه، بی معنی می‌باشد.

در این مورد غالب گمان این است که مشکل فوق الذکر از اشتباه تایی ناشی بوده، و شاید در اصل، جمله منفی باشد به این شکل: "...عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمیتواند"، و آنچه این توجیه را تقویت و تأیید میکند ماده (244) مرشد الحیران است که چنین صراحت دارد: "یلزم العقد أيضاً بموت من له الخيار من المتبايعين فی اثناء المدء قبل فسخه أو إجازته، و لا یخلفه وارثه". ترجمه: با وفات صاحب خیار از متبایعین در خلال مدت خیار، قبل از فسخ یا اجازه وی، عقد لازم گردیده و وارث وی حق خیار را از وی کسب نمی نماید.

طوریکه ملاحظه می‌گردد تفاوت قانون مدنی با کتاب مرشد الحیران در این ماده، صرف در زیادت قید: «موافقت بر خلاف آن» می‌باشد.

فرع چهارم – صورت های ارث و عدم ارث بیعانه.

صورت اول – زمانیکه عاقدین به عدم نقل خیار به ورثه اتفاق نمایند و همین اتفاق طرفین، مصیر عقد را مشخص می نماید و یا اینکه طرفین عقد طوری تصریح کرده باشند که اگر یکی از طرفین عقد در جریان عقد فوت نماید عقد لازم گردیده و ورثه متوفی حق عدول از عقد و اخذ بیعانه از بایع را ندارند.¹

صورت دوم- طرفین عقد طوری موافقت نمایند که اگر یکی از عاقدین در جریان مدت خیار فوت نماید، عقد فسخ شده تلقی گردیده و ورثه حق انفاذ آنرا ندارند پس اگر متوفی مشتری بوده باشد و بیعانه را برای بایع پرداخت کرده باشد بالای بایع لازم است تا بیعانه متذکره را دوباره به ورثه مشتری پرداخت نماید و اگر متوفی اخذ کننده بیعانه باشد بالای ورثه وی لازم است تا بیعانه را برای مشتری دوباره مسترد نماید و این موضوع از جزء اخیر فقره (1) ماده (660) قانون مدنی واضح گردیده است. و الله اعلم

¹-راضیه سیاهی، التعاقد بالعربون، ص 40، و حبیب ادریس المزوری، التکلیف القانونی للعربون و احکامه، 22

نتیجه گیری:

1. بیعانه (عربون) عبارت از این است که یک شخص مال را طوری خریداری می نماید که اختیار در جاری ساختن و عدول از بیع را داشته باشد و اگر از بیع صرف نظر نماید جزء ثمن (بیعانه) به بایع تعلق می گیرد.

2. چون حدیث صحیح به حرمت بیعانه (عربون) وجود ندارد و اصل در عقود و شروط، اباحت و جواز است به همین لحاظ مذهب حنابله در مورد بیعانه مذهب وسیع و قابل تعامل است.

3. حنابله برای بیعانه دو صورت را ذکر می نماید.

اول اینکه: یک شخص مال را خریداری نماید و برای بایع یک افغانی را بدهد اگر بیع را جاری نکرد همان یک افغانی از بایع شمرده می شود.

دوم اینکه: یک مال را خریداری می نماید و یک افغانی را به بایع میدهد اگر پول باقی مانده را در زمان معین تکمیل نکرد همان پول پرداخت شده مربوط به بایع است، فرق بین صورت اول و دوم این است که مشتری در صورت اول مالک جاری ساختن عقد بیع است برابر است که باقی ثمن را پرداخت کرده باشد یا نکرده باشد و در صورت دوم اگر مشتری تماماً ثمن را پرداخت نکند پول پیش پرداخت ملکیت بایع بوده و عقد را فسخ می نماید و فعلاً اکثر معاملات مردم به صورت اولی انجام می شود.

4. جنبه فقهی آن این است که بیعانه ثمن برای خیار مشتری است که خودش به آن موافقه نموده است و در صورت عدول از عقد به بایع پرداخت می نماید و در صورتیکه بیع جاری شود جزء ثمن محسوب می شود.

5. قول راجح در حکم بیعانه این است که به اساس شروط ذیل جواز دارد:

الف: اینکه مدت انتظار معلوم باشد

ب: اینکه پول بیعانه بیشتر از ثمن میباید نباشد

ج: مقصود و هدف از عقد، رسیدن به بیع و جاری شدن بیع باشد و از همین جهت است که احتمال جاری شدن عقد بیشتر است نسبت به عدول از عقد و هکذا احتمال نفع هر دو جانب غالب است نسبت به نفع یک جانب

6. بیعانه نظر به شروط سابق به اساس اصول عام و قواعد شرعی معتبر، جائز شمرده شده است مثل اصل در معاملات و شروط صحت است تا زمانیکه حرام، سود، فریب و غش داخل آن نشود و احادیث و آثاریکه در مورد اباحت و حرمت عربون آمده است تماماً از ضف و تعارض خارج نیست که دلایل بودن آنرا ساقط می نماید.

7. در تمام عقودیکه خیار شرط درست می شود بیعانه جاری می شود.

8. در بیعانه اقل مدت انتظار مشخص نگردیده است.

9. اکثر مدت انتظار هم تعیین نگردیده است بلکه به اساس دو شرط ذیل به موافقه طرفین عقد مربوط می باشد.

الف: مدت انتظار خلاف عرف و عادت مردم نباشد و آنقدر طولانی نباشد که خیار را از مقصودش خارج نماید.

ب: مبیع از جمله اشیاء سریع الفساد نباشد.

10. بعد از عقد، قبل از تکمیل مدت انتظار و قبل از اینکه مشتری بیع را جاری نماید و یا عدول نماید، مبیع ملکیت مشتری شمرده می شود و بعد از عدول از بیع، مبیع ملکیت بایع شمرده می شود.

11. در مدت انتظار مشتری می تواند مبیع را فروش، هبه و غیره تصرفات نماید و همین تصرفات بیع را نافذ می سازد و خیار ساقط می گردد و بایع در خلال مدت انتظار حق تصرف در مبیع را ندارد زیرا مبیع به مشتری تعلق گرفته است.

12. هلاک مبیع قبل از تسلیمی به مشتری و هلاک بیعانه قبل از تسلیمی به بایع بیع را فسخ نموده و بالای بایع و مشتری چیزی لازم نمی شود. زیرا محل برای بیع باقی نمانده است

13. برای مقدار بیعانه حد اقل تعیین نگردیده است.

14. مقدار حد اکثر بیعانه تعیین نگردیده تا از آن اضافه پرداخت نگردد و این موضوع تعلق به عرف و عادات محل و منطقه است و عرفیکه فعلاً در شهر کابل رائج است کدام فیصدی مشخص را تعیین نکرده اند بلکه همان پول ناچیز که قبلاً از جانب یکی از طرفین عقد پرداخت می گردد از جمله عربون حساب می گردد.

15. غالب این است که بیعانه در زمان عقد پرداخت می گردد و کدام مانع هم برای شرط تأخیر آن وجود ندارد و اگر بایع کدام زمان را برای پرداخت بیعانه تعیین نکرده باشد بالای مشتری پرداخت آن لازم نبوده مگر در زمانیکه عدول از عقد صورت گیرد.

16. قول راجح این است در صورتیکه بایع از عقد بیع عدول نماید به مقدار پول بیعانه باید برای مشتری پرداخت نماید مثلیکه مشتری در صورت عدول از بیع برای بایع پرداخت می نمود.
17. در بیع عربون دو طرف عقد حق دارند که برای خویش حق خیار بگذارند و هر دو طرف عقد به اساس خیاریکه دارند اگر از عقد عدول نمایند پول بیعانه را به طرف مقابل پرداخت نماید.
18. از جمله بیوعیکه من وجه مشابه بیعانه است و من وجه خلاف ان است بیع بالخیار است به همراهی پرداخت پول به شکل پیش پرداخت.

پیشنهادات

1. چون در مورد بیعانه عرف مشخص وجود ندارد بناء بالای مالکین رهنمای معاملات لازم است تا در مورد بیعانه برای عاقدین آگاهی بدهند.
2. از اینکه وزارت محترم عدلیه جواز و رهنمود را برای مالکین رهنمای معاملات صادر می نمایند بناً لازم است تا مقدار بیعانه را برای ایشان معلوم و محدود نمایند
3. قبل از اینکه مالک رهنمای معاملات بیعانه را از مشتری گرفته برای بایع بدهد باید مقدار بیعانه را مشخص نماید تا از ظلم و پشیمانی جلوگیری شود.
4. در مورد اینکه طرفین عقد از کدام حقوق و وجائب برخوردار می باشند کوشیده شود تا الفاظ و کلماتی را طرفین عقد استعمال نمایند که به مراد و مقصود ایشان موافق و نزدیک باشد تا به هیچ یکی از طرفین عقد ضرر عاید نگردد.
5. از طرف وزارت عدلیه زمان انتظار بیعانه تعیین ساخته شود تا تماماً مالکین رهنمای معاملات که زمینه بیع و اجاره (کرایه) را برا طرفین عقد آماده میسازند که طرفین عقد را قبل از معامله از زمان اکثر مدت انتظار و مقدار بیعانه آگاه نمایند تا بعد از معامله در صورت انصراف از عقد دچار مشکل نشوند.
6. چون بعضی از دعاوی در محاکم افغانستان بالاثر مقدار بیعانه و تعیین زمان مدت انتظار به وجود آمده است بناً بخاطر جلوگیری از نزاع طرفین عقد لازم است تا ریاست تقنین وزارت عدلیه پیرامون اکثر و اقل مبلغ بیعانه و تعیین زمان مدت انتظار یک کمیته را موظف نموده تا طی یک مقررہ موضوع مقدار بیعانه و مدت انتظار طرفین عقد را مشخص نموده و ذریعه آن برای مالکین رهنمای معاملات تفهیم نمایند تا در چوکات آن مقررہ معاملات خویش را انجام دهند

فهرست آیات قرآن کریم

شماره	آیات	سورت	صفحه
1	يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلُوبٌ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ ...	المائدة/4	40
2	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً ...	النساء/29	41

فهرست احاديث و آثار

شماره	حديث	صفحه
1	أحلَّ العُربان في البيع	41
2	"اشتري داراً للسجن بمكة من صفوان بن امية على أن عمر إن رضى ..."	42
3	"نهى عن بيع العربان"	43
4	"تنكح المرآه لاربع : لمالها و لحسبها و لجمالها و لدينها"	78
5	"المسلمون على شروطهم"	42

فهرست اعلام

شماره		صفحه
1	ابن تيميه	53
2	ابن سيرين	40
3	ابن قدامه	53
4	تقى الدين ابو العباس احمد	78
5	خطيب شربيني	37
6	سعيد بن مسيب	41
7	شريح	42
8	صفوان بن امية	41
9	عبدالرزاق احمد السنهورى	72
10	عمرو بن شعيب	43
11	مجاهد	39
12	نافع بن عبدالحارث	41

مصادر - مأخذ

1. قرآن كريم
2. ابن فارس، أبو الحسن أحمد بن فارس، (ب، ط، 1979م). معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر
3. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، (الطبعة الثالثة، 1414 هـ.ق). لسان العرب، بيروت: دار صادر
4. أبو زهرة، محمد أحمد، (ب. ط، ب، ت) الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة: دار الفكر العربي
5. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (الطبعة الثانية، 1992م). رد المختار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر
6. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، (ب. ط، ب. ت). شرح فتح القدير
7. ابن ابي شيبة (ت: 235 هـ) في مصنفه، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب: البيوع و الاقضية، باب في العريان في البيع، (ط. 1، الرياض: مكتبة الرشد، 1409 هـ)،
8. ابونصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت 393 هـ)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق: احمد عبدالغفور عطار، (ط:4، بيروت: دار العلم للملايين، 1407 هـ 1987م)
9. ابوالحسن علي بن الحسين بن محمد النصري (ت: 461 هـ) النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، (بيروت لبنان: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، 1404 هـ 1984م)
10. ابو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت 422هـ) التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبو ويس محمد بو خبزة الحسنى التطوانى، (دار الكتب العلمية 1425 هـ 2004م)
11. ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، (ت: 676، وفاة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق: عادل احمد عبدالوجود، دارالكتب العلمية
12. ابو محمد موفق الدين عبدالله بن محمد بن قدامة المقدس ثم الدمشقى الحنبلى، المفتى، (مكتبة القاهرة 1388 هـ / 1968م)
13. أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطلال (توفى: 449 هـ) شرح صحيح البخارى، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، (ط: 2، الرياض السعودية: مكتبة الرشد، 1423 هـ - 2003م)

14. أبو عمر، ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة و معاصرة، (ط: 2، الرياض – المملكة العربية السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432 هـ)
15. البابرقي، أكمل الدين محمد بن محمد، (ب. ط، ب. ت) العناية شرح الهداية، دمشق: دار الفكر.
16. البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل، (الطبعة الأولى، 1422 هـ). الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم و سننه و أيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة
17. الجرجاني، على بن محمد، (الطبعة الأولى، 1983م). التعريفات، بيروت: دار الكتب العلمية
18. الرشيد، ماجد عبدالرحمن، احكام بيع العربون و تطبيقاته المعاصرة، (ب، ط، ب، ت)
19. الزحيلي، د. و هبة بن مصطفى، (الطبعة الرابعة، ب. ت) الفقه الإسلامي و أدلته، دمشق: دار الفكر
20. الزرقاء، مصطفى أحمد، (الطبعة الأولى، 1998م) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، دمشق: دار القلم
21. زيدان، عبدالكريم، (الطبعة الرابعة، 1969م) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الإسكندرية: دار عمر بن الخطاب
22. سايعي، راضيه، التعاقد بالعربون، (ب، ط، ب، ت)
23. سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي (ت: 474 هـ)، المنتقى شرح الموطاء، (ط: 1، محافظة مصر: مطبعة السعادة، 1332 هـ،
24. السنهوري، د. عبدالرزاق أحمد، (ب. ط، 2004م). الوسيط في شرح القانون المدني، شركة الجلال للطباعة
25. السنهوري، عبدالرزاق احمد، دوره حقوق تعهدات
26. الشلبي، د. محمد مصطفى، (الطبعة العاشرة، 1985م)، المدخل في الفقه الإسلامي، بيروت: الدار الجامعية
27. الشوكاني؛ محمد بن علي (1173 – 1250 هـ ق)؛ نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار؛ مصر حلبى

28. الصديق محمد الأمين الضرير، بيع العربون، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه اسلامى التابع المنظمة المؤتمر الاسلامى بجدة تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامى بجدة (الدورة: 1، العدد8، س 447).
29. العسقلانى، تخلص الحبير (ت: 852 هـ)، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، (ط: 1، مصر: مؤسسة قرطبة، 1416 هـ / 1995م)
30. على حيدر، خواجه أمين أفندى، (الطبعة الأولى، 1991م). درر الحكام فى شرح مجلة الاحكام، دار الجيل
31. العينى أبو محمد محمود بن أحمد، (الطبعة الأولى، 2000م). البناية شرح الهداية، بيروت: دار الكتب العلمية
32. عبدالحى حجازى، العقد و الأرادة المنفرد، المطبوعات الجامعية، الكويت، (ت1982)
33. كمال يوسف الحوت، (ط: 1، الرياض: مكتبة الرشد، 1409 هـ)، كتاب البيوع و الاقضية: (304/4)،
34. لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فى الخلافة العثمانية، (ب. ط، ب. ت). مجلة الاحكام العدلية، مواد: (103 و 104) تحقيق: نجيب هواوينى، كراتشى: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ.
35. المروزى، حبيب ادريس، التكييف القانونى للعربون و احكامه، (ب، ط، ب، ت)
36. محمد عثمان، أ. د. فضل الرحيم، (الطبعة الأولى، 2006م). أحكام الرجوع فى عقود المعاوضات المالية، الرياض: دار كنوز إشبيليا
37. محمد ابن احمد بن ابى سهل، شمس الأئمه السرخسى (ت: 483 هـ)، المبسوط، (لا، ط، بيروت: دارالمعرفة، 1414 هـ / 1993م)
38. مالك بن أنس ، الموطا (ت: 179، تصحيح و تعليق محمد فواد عبدالباقي، لا: ط، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربى، 1406/[1985م)، كتاب: البيوع: باب: ماجاء فى بيع العربان
39. محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751 هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام أبراهيم، (ط: 1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411 هـ/1991م)
40. ملا خسرو، محمد بن فرامرز، (ب. ط، ب. ت) درر الحكام شرح غرر الاحكام، مصر: دار إحياء الكتب العربية

41. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبدالله المواق المالكي (ت 897 هـ)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، (ط: 1، لا. م: دار الكتب العلمية، 1416 هـ / 1994م)
42. مسعود انصاري و محمد على طاهري، دانشنامه حقوق خصوصي
43. مغنى المحتاج، الشربيني، جلد 2، ص 416؛ نهاية المحتاج، الرملى
44. نظام الدين عبدالله ، حقوق و وجايب، (طبع پنجم 1395)، انتشارات سعيد
45. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (المطبعة الأولى). الموسوعة الفقهية، مصر: مطبع دار الصفوة
46. وزارت عدليه، قانون مدنى افغانستان
47. وزارت عدليه، قانون تجارت افغانستان

Summary of the discussion and its main results

1. Advance payment means that a person buys property in such a way that he has the right to make it current and deviate from the sale, and if he renounces the sale, part of the price will be given to the seller.
2. Advance payment is a claim need for a contract of sale and is not specific to one of the parties to the contract, but is a general need, and this public need has an effect on the promissory note.
3. Hobnails mention two forms for prepayment.
 - a) First: A person buys property and pays an Afghani to the seller. If he does not sell, the same Afghani is counted from the seller.
 - b) Second: he buys a property and gives a dirham to the seller. If he does not complete the remaining money, the same money paid belongs to the seller. The difference between the first and second forms is that the customer owns the seller in the first case. It is equal to whether he has paid the rest of the money or not, and in the second case, if the customer does not pay all the money, the advance payment is the property of the seller and terminates the contract, and currently both transactions are done by the people.
4. Its jurisprudential aspect is that the prepayment of the package is for the customer's choice, which he pays to the seller in case of deviation from the contract, and if the sale takes place, it is considered part of the money.
5. The preferred statement in the advance payment order is that it is permitted under the following conditions:
 - a) That the waiting period is known
 - b) The prepayment money is not more than the seller's money

- c) The purpose of the contract is to reach the sale and the sale of the sale, and that is why the probability of the contract is more than the deviation from the contract and the probability of benefit of both parties prevails over the benefit of one party.
6. Advance payment according to the former conditions is considered permissible according to the general principles and valid rules of Sharia. It is not entirely out of weakness and conflict, which negates the reasons for its existence.
 7. A deposit is issued in all contracts where the condition is met.
 8. In advance payment, the minimum waiting period is not specified.
 9. The maximum waiting period has not been determined, but has been agreed upon by the parties to the contract based on the following two conditions:
 - a) The waiting period should not be against the custom and habit of the people and should not be long enough to take the cucumber out of its purpose.
 - b) The purchase is not one of the fast objects of corruption.
 10. After the contract, before the completion of the waiting period, and before the customer makes or sells the sale, it is considered the property of the customer, and after deviating from the sale, the property is considered the property of the seller
 11. During the waiting period, the customer can sell the goods, pardon, etc., and the same seizures enforce the sale and the option is revoked, and the seller does not have the right to occupy the goods during the waiting period because the goods belong to the customer.

12. The destruction of the goods before delivery to the customer and the destruction of the advance payment before delivery to the seller terminate the sale and nothing is required on the seller and the customer.
13. There is no minimum prepayment amount.
14. The maximum amount has been set for the advance payment so that no overpayment can be made, and this is a matter of local customs and habits, and the custom that is currently common in some areas of Kabul is two percent.
15. It is common for the advance payment to be paid at the time of the contract, and there is no impediment to the condition of its delay, and if the seller has not set a time for the advance payment, the customer will not have to pay it unless the contract is withdrawn.
16. The preferred saying is that if the seller deviates from the contract of sale, he must pay the amount of the advance payment to the customer, as the customer would pay for the sale if he deviates from the sale.
17. In the advance payment sale, both parties have the right to choose the right of option for themselves, and both parties to the contract, according to their choice, pay the advance payment to the other party if they deviate from the contract.
18. Among the issues that I have the same amount of advance payment and I have the opposite aspect is the optional sale along with the payment in the form of advance payment



Salam University

Faculty of Sharia & Law

Master's program in jurisprudence & law



Islami Emarat of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of Academic Affairs

Pledge in Islamic jurisprudence and Afghan laws

Master's Thesis

Student: Mir Abdul Wahab "Ansari"

Obsever: Dr' Najeebullah "saleh"

Year: 2021



Salam University

Faculty of Sharia & Law

Master's program in jurisprudence & law



Islami Emarat of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of Academic Affairs

Pledge in Islamic jurisprudence and Afghan laws

Master's Thesis

Student: Mir Abdul Wahab "Ansari"

Obsever: Dr' Najeebullah "saleh"

Year: 2021