

## خيار شرط از دیدگاه شيخ انصاری و تطبيق بر حقوق مدنی ایران

نجمه عزیزی ناصرآباد\*، علیرضا عسگری\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۱۷)

### چکیده

خيار در لغت، اسم مصدر از اختيار است. و در اصطلاح به معنی مالکیت فسخ عقد تعريف شده است. هدف از این نوشتار، بررسی خيار شرط از دیدگاه شيخ انصاری و مطابقت با حقوق مدنی می باشد. که در تهیه آن از روش تحلیلی و کتابخانه ای استفاده شده است. با توجه به یافته های این پژوهش، شيخ انصاری معتقد است شرط کردن خيار - یعنی اختيار فسخ یا امضای معامله - در عقد موجب ثبوت حق خيار برای کسی می شود که این حق برای او قرار داده شده است. و همچنین معتقد است که خيار شرط به لحاظ زمان، حد معینی ندارد؛ بلکه هر مدت از زمان؛ کوتاه باشد یا طولانی، متصل به عقد یا منفصل از آن؛ جایز است در عقد شرط شود لکن باید معین باشد؛ به گونه ای که احتمال کاهش یا افزایش آن نرود وگرنه هم شرط باطل است و هم معامله. شرط کردن خيار در عقد برای هر یک از فروشنده و خریدار و نیز برای اجنبی به تنهایی یا همراه یکی از دو طرف عقد صحیح است. حق خيار شرط به سبب شرط کردن آن در عقد ثابت است. که عبارت است از تسلط دارنده حق خيار بر فسخ عقد به سبب شرط کردن خيار برای خود در عقداست. شرط خيار مانند دیگر شروط در نتیجه تراضی و توافق طرفین قرارداد حاصل می شود. و اثر آن که همانا فسخ قرارداد است منوط به اراده مشروط له می باشد.

### کلیدواژگان

حقوق، خيار، شرط، شيخ انصاری، عقد.

\* نویسنده مسئول: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: njm.azizi@gmail.com

\*\* معاون آموزش، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

## مقدمه

از شاخص‌های مهم، در پیشبرد مقاصد اسلامی حضور فعال، پویا و زنده فقه در جامعه و زندگی مردم است که پاسخ‌گویی نیازهای آنان است، بی‌شک یکی از عرصه‌های مهم زندگی اجتماعی مردم مسائل اقتصادی است؛ از آن جمله، مسائل متنوع و نوپیدایی در بخش معاملات و به ویژه حوزه تعهدات و قراردادهای وجود دارد، که بیش از همه، در معرض بایدها و نبایدهای شرعی است و حضور مؤثر فقه را می‌طلبد. از این مهم‌تر، نقش و جایگاهی است که شروط ضمن عقد می‌تواند در حل مشکلات اقتصادی و معضلات اجتماعی داشته باشد. چه بسا در حل یک مشکل اقتصادی و اجتماعی، قالب‌های متعارف عقود، پاسخ‌گو نباشند ولی با کم و زیاد کردن یک شرط بتوان بر آن مشکل فائق آمد. خیار شرط از جمله اختیارات مشترکی است که می‌توان آن را مختص به بعضی عقود دانست. در این گفتار سعی شده است خیار شرط و جایگاه و قلمرو آن را مورد بحث قرار دهیم.

## مفاهیم و تعاریف

### تعریف خیار

یک: فقها از خیار ۲ تعریف ارائه کرده‌اند. متقدمین خیار را به دو معنای تثبیت و ابقای عقد و یا زائل کردن آن دانسته‌اند و فقهای متأخر خیار را به ملک فسخ عقد یعنی اختیار فسخ عقد تعریف نموده‌اند. خیار در اصطلاح حقوقی، اختیاری است که به موجب قانون برای فسخ قرارداد به یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالثی داده شده است. قانون مدنی ایران اختیارات را به ۱۰ قسم تقسیم نموده و برخی از حقوقدانان موارد دیگری مانند خیار تعذر تسلیم - خیار تفلیس - خیار کذب و خیار امهال را نیز از جمله اختیارات دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹).

دو: قانون مدنی ۳ مورد از اختیارات دهگانه (خیار مجلس؛ خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن) را ویژه بیع دانسته و مابقی را اختیارات مشترک در عقود تلقی کرده است، شرط خیار در ردیف سوم اختیارات دهگانه مقرر در ماده ۳۹۶ قانون مدنی پیش‌بینی شده و از جمله اختیاراتی است که در

بسیاری از عقود لازم اشتراک و کاربرد دارد و البته در برخی از عقود به اقتضای ذات و طبیعت و یا اهمیت اجتماعی آنها خيار مذکور جاری نخواهد بود. مثلاً در عقد صلح مسامحه ای یا غیر معوض یا در عقد نکاح یا وقف که لزوم آنها از قواعد آمره است.

سه: برخی از حقوقدانان خيار را به اختیار نقض عقد لازم که لزوم آن از قواعد آمره نباشد، تعریف کرده اند و خيار را گاه ناشی از حکم قانون یا ناشی از تراضی متعاقدين دانسته اند، و با این معنا قسم اول را خيار اصلی و قسم دوم را خيار جعلی یا قراردادی نام نهاده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹).

### ماهیت خيار

خيار حقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث اختیار فسخ عقد را میدهد. اجرای این حق عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می شود و نیاز به قصد انشاء دارد و در زمره ایقاعات است بر خلاف اقاله که با تراضی واقع می شود. اراده باطنی و اشتیاق فسخ کننده اثری در عقد ندارد. تصمیم او باید اعلام شود چهره بیرونی و مادی بیابد و هر چند به آگاهی طرف معامله نرسد. فسخ قرار داد همانند سایر اعمال حقوق در موردی مؤثر است که اراده سالم باشد و از انسانی آگاه و هوشیار سر بزند. اشتباه اکراه مستی و بیهوشی اعلان اراده را بی محتوا میکند گذشته از اینها گاه قوانین توان تصرف را از شخص میگیرد تا از دیگران ثابت کند مانند ورشکستگی که تاجر در ماند، را از فعالیت های مالی باز میدارد. این گونه موانع حقوقی نیز مانند حج اثر اراده را خنثی میکند.

### تعریف شرط

#### در فقه

در باب معانی عرفی شرط مرحوم شیخ انصاری فرموده است که، مطلق شرط در عرف دارای ۲ معنی است:

«احدهما: المعنى الحدیثی؛ و هو بهذا المعنى مصدر شَرَطَ، فهو شرطٌ للأمر الفلانی، و ذلك الأمر مشروطٌ و

فلاًن مشروط له أو مشروط علیه». الثانی: ما یلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه آنه یلزم من وجوده الوجود أولاً؛ و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً و لا حدثاً؛ و اشتاق «المشروط» منه ليس على الأصل كالشارط، و لذا ليسا متضایفین فی الفعل و الانفعال، بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط، کالمسبب بالکسر و الفتح المشتقین من السبب». (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۳۵-۳۴).

پس بنابر دو معنای عرفی که شیخ انصاری بیان کرد اینگونه می شود برداشت نمود که بنا بر معنای اول شارط یعنی: امری که شرط شده و فلانی یعنی: شرط شده برای او و بنابر معنای دوم: شارط کسی که جاعل و قرار دهنده شرط است و مشروط یعنی: آنچه که قرار داده شده برای او شرط.

و همچنین شیخ انصاری بیان کرده است که؛ بنابر دو معنای عرفی برای شرط، دو معنای اصطلاحی نیز برای شرط می باشد که این دو معنای اصطلاحی حمل نمی شوند بر دو معنای عرفی بلکه مردد هستند بین دو معنای عرفی چنانچه اگر اقامه قرینه شود در معنای اصطلاحی بر اراده کردن معنای مصدری تعیین پیدا می کند معنای اصطلاحی بر معنای اولی عرفی یعنی الحدیث، معنای مصدری برای شرط و اگر اقامه شود قرینه ای که دلالت کند بر اینکه اراده معنای جامد از شرط لحاظ شده است معنای دوم عرفی تعیین پیدا می کند.

و بنابر همین بیان، شیخ انصاری، مراد و منظور شرط را در قول ائمه معصومین (صلوات الله علیهم) «المؤمنون عند شروطهم» به همین دو اعتبار و اراده از معنا برای شرط قول معصومین (علیهم السلام) را بنابر اینکه شرط در عبارت اراده و اعتبار مصدر از آن شده باشد یا استعمال شده در معنای خودش یعنی لازم کرده اند بر نفس خودشان یا استعمال شده به معنای ملتزم شدن آنها ولی قرار دادن شرط به معنای دوم یعنی: قرار دادن چیزی را شرط به معنی اینکه ملتزم می شود به نبودن چیزی هنگام نبودن چیز دیگر.

#### در حقوق

از دیدگاه حقوقی و در حقوق مدنی ایران شرط در ۲ معنا استعمال شده است، گاهی از شرط، چیزی اراده می شود که وجود یا تأثیر یک امر حقوقی به آن بستگی دارد، مثلاً فوت موصی که

شرط تأثیر وصیت است. اما گاه شرط به تبع عقد یا قراردادی مورد توافق و تراضی طرفین واقع می‌گردد که شرط ضمن عقد نامیده می‌شود که اینگونه شروط با فسخ و بطلان عقد اصلی، از بین می‌روند ( امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۱۰۱).

### اقسام شرط

برخی از حقوقدانان شروط ضمن عقد را به اعتبار نحوه تأسیس به دو دسته کلی تقسیم کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۹۸).

۱. دسته ای از شروط که به اقتضای طبیعت خود التزام مستقلی ایجاد نمی‌کنند بلکه به علت ارتباط با وصف مورد معامله یا اجل مقرر در عقد حدود و قلمرو التزامهای اصلی عقد را تعیین می‌کنند. ۲. دسته دیگر شروطی هستند که خود فی نفسه می‌توانند به عنوان قراردادی مجزا و مستقل مورد توافق قرار گیرند اما بنا به ملاحظات تابع عقد دیگری شده‌اند. مانند عقد وکالتی که ضمن عقد نکاح یا عقد رهن در قالب یک شرط فرعی و تبعی مورد تراضی و توافق طرفین عقد قرار می‌گیرد. شروط ضمن عقد از حیث آثار به دو دسته شروط صحیح و باطل تقسیم می‌شوند. هر شرطی که ضمن عقد صحیحی منعقد شود صحیح است مگر این که قانونگذار بنا به جهات و دلایلی آن را باطل اعلام کرده باشد.

قانونگذار در فصل چهارم قانون مدنی ضمن معرفی اقسام شرط ابتدا شروط باطل را به ۲ دسته شروط باطل و غیر مبطل عقد و شروط باطل و مبطل عقد تقسیم کرده و انواع هر یک از این دو قسم شرط را تعریف نموده است.

ماده ۲۳۴ قانون مدنی سپس به معرفی شروط صحیح پرداخته و در یک تقسیم بندی سه عنوان شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل را در زمره شروط صحیح قرار داده است. هر چند برخی از حقوقدانان معتقدند قسم چهارمی نیز وجود دارد که در این تقسیم بندی مورد مسامحه و فراموشی قرار گرفته است و از آن به عنوان شرط تعلیقی نام برده‌اند و آن را تعلیق در حدوث اثر عقد یا تعلیق در بقاء اثر عقد دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹).

برخی از حقوقدانان شرط خیار را از جمله شروط نتیجه می‌دانند و معتقدند شرط نتیجه اشتراط تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد است ( محقق داماد، ۱۳۸۸، صص ۴۱۹ و ۴۲۰) قانون مدنی شرط نتیجه را اشتراط تحقق امری در خارج دانسته و در فقه نیز خیار شرط به خیار ناشی از مقتضای شرط تعبیر و تعریف شده است. (انصاری، ج ۵، صص ۱۱۳ و ۱۲۷)

### ماهیت حقوقی خیار شرط

همانطور که گفتیم برخی از حقوقدانان خیار شرط را از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می‌دانند. از این رو که به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط بوجود می‌آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد یا معامله را رقم خواهد زد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی، درباره خیار شرط چنین مقرر داشته که ممکن است در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله شرط شود. در تفسیر و تحلیل عبارت ماده ۳۹۹ قانون مدنی می‌توان گفت که وضع خیار از طریق یک عمل حقوقی که همان تلاقی و تراضی اراده طرفین است تحقق می‌یابد و نتیجه آن وجود حق خیار برای دارنده آن است و ذیحق می‌تواند هر آن که اراده نماید از حق خیار خود برای فسخ معامله استفاده نماید. لذا باید بین شرط و نتیجه حاصل از آن تفکیک قایل شد. شرط خیار با تراضی طرفین در عقد گنجانده می‌شود و به عنوان یک شرط نتیجه به محض اشتراط همراه خود یک حق را ایجاد می‌نماید. اما اجرای این حق یک عمل حقوقی دیگر است که با اراده یک سویه دارنده حق که ممکن است یکی از متعاملین یا هر دو و یا شخص ثالثی باشد، تحقق می‌یابد. تفاوت عملی و آثاری تفکیک این دو معنا در آن است که خیار شرط به عنوان یک شرط نتیجه قابل اسقاط نیست، اما اعمال حق حاصل از این شرط قابل اعراض و اسقاط است. بدیهی است اعمال حق ناشی از شرط خیار که همانا فسخ یکسویه عقد است می‌بایست با اعلام و ابراز اراده ایقاعی ذیحق انجام شود که مستلزم قصد انشاء و نیازمند اظهار قصد و ابلاغ به طرف مقابل است. در مقام بررسی و تحلیل نظریه مذکور که خیار شرط را از انواع شرط نتیجه می‌داند می‌توان گفت هرگاه لزوماً کلیه شروط ضمن عقد را در دسته بندی سه گانه مقرر در قانون مدنی یعنی

شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه جای دهیم؛ از این رو که خيار شرط با تعاریف و مصادیق شروط صفت و فعل سازگار نیست. لاجرم در این دسته بندی جایگاه و عنوانی جز شرط نتیجه نخواهد داشت. اما به نظر می رسد خصوصیات شرط نتیجه از جمله حصول آن به محض اشتراط و قابل اسقاط نبودن آن، آنگونه که در قانون مدنی تعریف شده، گنجایش شرط خيار در قالب شرط نتیجه را دشوار مینماید. زیرا وقتی می گوئیم شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل می شود به این معنی است که نتیجه حاصل از شرط به محض اشتراط شرط تحقق یافته است و اگر شرط خيار را شرط نتیجه بدانیم مانند موردی که در عقد بیع خریدار به موجب شرط نتیجه ضمن عقد وکیل فروشنده شده است در مواردی هم که ضمن عقد بیع خيار شرط می شود به محض اشتراط خيار شرط در عقد، باید معامله را فسخ شده بدانیم که اساساً چنین وضعیتی، منطقی و عقلانی نیست که بگوئیم عقدی منعقد می شود و طرفین فی المجلس آن را خيار با شرط فسخ شده تلقی می کنند. از سوی دیگر وقتی میگوئیم شرط نتیجه قابل اسقاط نیست معنایی جز عدم قابلیت اسقاط آثار شرط نتیجه را در بر ندارد. به عبارت دیگر آثار شرط نتیجه که همانا اختیار به هم زدن معامله است نباید قابل اسقاط باشد حال آنکه هر یک از دو طرف قرارداد که چنین شرطی به نفع آنها پیش بینی شده می توانند از اعمال آن سر باز زنند و به نظر می رسد تفاوتی بین اعراض از اجرای حق و اسقاط حق ناشی از شرط نمی توان قایل شد. اما در مقام دفاع از مبنای استدلالی نظریه ای که شرط خيار را از انواع شرط نتیجه میدانند و بین اعمال حق ناشی از شرط و نفس شرط تفاوت قایل است؛ باید گفت: آثار شرط خيار به عنوان یک شرط نتیجه که به نفس اشتراط حاصل می شود آنجا آشکار می گردد که فروشنده و خریدار دارای حق خيار را از تصرف منافی با حق خيار در مورد معامله خياری باز می دارد. مثلاً در بیع شرط مشتری نمی تواند در بیع تصرفی که منافی خيار باشد انجام دهد، چون در مدت خيار امکان اجرای حق خيار فسخ از ناحیه ذیحق وجود دارد و همین مانعیت از تصرف به معنای حصول آثار شرط به نفس اشتراط است که مالک را از تصرفات منافی با شرط خيار بازمی دارد. و اعمال و اجرای این حق است که قابل اسقاط می باشد یعنی اراده ایقاعی مشروط له می تواند این حق را به منصفه ظهور و عمل برساند و یا از

اعمال و اجرای آن رویگردان شود. بدیهی است اجرای این حق نیازمند کاشف خارجی است و باید به اطلاع طرف مقابل برسد.

### مبانی فقهی خیار شرط

#### عموم ادله

از مستندات و مبانی فقهی خیار شرط : یکی عمومات و فاء به شرط است که از اصل و روایت «المومنون عند شروطهم یا المسلمون عند شروطهم» سرچشمه می‌گیرد.

#### بنای عقلا

مبنای دیگر این شرط یا خیار، بنای عقلاء است به این معنا که افراد آزادانه می‌توانند هر گونه تعهدی را که مغایر با اخلاق حسنه و قانون و نظم عمومی جامعه نباشد و با عقل و شرع سازگاری داشته باشد، بپذیرند و به انجام رسانند.

#### اجماع

از دیگر دلایل صحت خیار شرط اجماع فقهاء است که خیار شرط را در حد مشهور پذیرفته‌اند، نصوص خاصه ای نیز مبنی بر جواز جعل خیار از طریق شرط در ضمن عقد وجود دارد که از جمله روایت صحیح ابن سنان از امام صادق (ع) و احادیث دیگری است (و ان كان بينهما شرط ایاماً معدوداً فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البایع) (حر عاملی، بی تا، ج ۱۲، باب ۸، ص ۳۵۵) که در باب بیع شرط وارد شده است.

#### قلمرو خیار شرط

شرط خیار در مبحث خیارات قانون مدنی در زمره خیارات مشترک قرار دارد. ماده ۴۵۶ قانون مدنی تمام خیارات را در همه معاملات لازم ممکن می‌داند و منحصرأً خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن را مختص بیع دانسته است، لذا عبارت ماده ۳۹۹ قانون مدنی که عقد بیع را به عنوان عقد اصلی متضمن شرط خیار قرار داده است حصری نیست و قصد قانونگذار از اشاره به عنوان



بیع در ماده مذکور قید انحصار نبوده بلکه بیع را به عنوان نمونه ای از عقد لازم آورده است. همچنان که در ماده ۴۵۶ قانون مدنی نیز حکم عام وجود خيار در همه معاملات را انشاء نموده است. البته در عقودی که با نهادهای اجتماعی و خانوادگی مانند نکاح و وقف، سر و کار دارند، به لحاظ ضرورت رعایت ذات و طبیعت عقد، نظم اجتماعی و قواعد آمره، خيار شرط راه ندارد و طرفین نمی توانند برخلاف اصول و احکام و مخالف اراده قانونگذار توافق و تراضی نمایند. کما این که ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی شرط خيار فسخ نسبت به عقد نکاح را باطل میدانند. در عقود غیر معاوضی و اذنی مانند تبرعات، عاریه یا ودیعه و همچنین عقد وکالت که لزوم عقد جاری نیست، خيار شرط جایگاه و موضوعیتی نخواهد داشت.

وقت و ضمان از جمله عقود هستند که خيار شرط در آنها راه ندارد. حتی برخی از فقهاء و حقوقدانان شرط خيار در وقف را خلاف مقتضای عقد دانسته و شرط و عقد را باطل تلقی کرده اند. (حلی، بی تا، ج ۱ و طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۸۱ و امامی، ج ۱، صص ۴۸۹ و ۴۹۱)

اما برخی معتقدند وصف چنین عقدی حبس با شرط خيار است و عنوان وقف به آن صادق نیست و از این رو قائل به بطلان شرط و عقد نیستند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ش ۵۷۶)

گروهی از حقوقدانان نیز عقیده دارند شرط خيار در عقد نکاح، وقف و صلحی که نتیجه آن منحصرأ ابراء باشد باطل است اما موجب بطلان عقد نمی گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹)

برخی از فقهاء در ضمان، شرط خيار را صحیح نمی دانند (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۶ و عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۵۶۰). اما شیخ انصاری معتقد به صحت شرط خيار در عقد ضمان و عقد رهن است و در مقام یک قاعده کلی، در هر عقد قابل اقاله ای، شرط خيار را وارد و صحیح می داند و عقد ضمان را نیز قابل اقاله دانسته از این رو شرط خيار را در آن جایز دانسته است.

در خصوص صحت شرط خيار در بیع صرف نیز همین اختلاف نظر بین شیخ انصاری و دیگر فقهاء وجود دارد. برخی از فقهاء مثل شیخ طوسی (طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۷۹ و ابن ادریس، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۴) با این استدلال که در بیع صرف قبض شرط صحت است و منظور از تأثیر قبض

در صحت عقد، قلع نزاع و ختم و قطع عقد بوده است، شرط خیار را در بیع صرف موجب بطلان عقد دانسته اند: اما شیخ انصاری معتقد است بین قبض و عدم شرط خیار ملازمه ای وجود ندارد و شرط خیار در بیع صرف را صحیح دانسته است. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۱۵۵)

در خصوص امکان وضع خیار شرط در عقد صلح نیز نظریات متعدد و متفاوتی از سوی فقها ابراز شده برخی، معتقد به عدم جواز خیار شرط در عقد صلح از هر نوع هستند به این دلیل که صلح را عقدی در مقام رفع تنازع می دانند. برخی مانند علامه حلی معتقد به جواز وضع خیار شرط در عقد صلح بطور مطلق هستند و برخی معتقدند هرگاه صلح در مقام ابراء و اسقاط دین باشد خیار شرط در آن راه ندارد و هرگاه صلح معاوضی باشد امکان وضع خیار شرط در صلح موجود است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۲۰).

قانون مدنی اما شرط خیار و اقاله را در هر نوع صلح بطور مطلق پذیرفته است. هرچند از عبارات مواد ۷۶۰ و ۷۶۱ قانون مدنی افاده امکان وضع شرط خیار در موارد ابراء یا اسقاط دین در مقام عقد صلح، نمی شود.

در عقود معاطاتی، شیخ انصاری از این رو که معاطات یک تراضی عملی است و شرط باید ضمن عقد وضع شود، خیار شرط را وارد نمی داند. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۱۵۵) به نظر می رسد این عقیده با آن قاعده کلی مورد نظر ایشان که در هر عقد قابل اقاله ای خیار شرط را صحیح می داند، مغایرت دارد و در معاطات هم امکان ورود شرط خیار وجود دارد. چون عقد با قصد انشاء محقق می شود و انشاء عقد ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد حاصل گردد و معاطات نیز این گونه است. از برخی از عقود و قراردادهای که دارای جنبه آمره هستند مثل قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ که حق فسخ مؤجر را محدود و منحصر به جهات مصرح در قانون نموده یا در روابط کارگر و کارفرما که فسخ قرارداد کار را با قواعد آمره احصاء نموده است، خیار شرط راه ندارد. در ایقاعات نیز به قول مشهور فقهاء خیار شرط راه ندارد؛ هرچند نظرات مخالفی نیز در میان فقهاء متاخر در این خصوص وجود دارد.

بنابراین در مورد امکان جعل خیار شرط در عقود توسط شیخ انصاری یک قاعده ارائه شده

است که بدین شرح می باشد؛ در هر عقدی که امکان اقاله وجود دارد امکان جعل خيار شرط هم وجود دارد و هر عقدی که اقاله آن امکان ندارد جعل خيار شرط نیز در آن وجود ندارد. بنابراین: اولاً: در عقد قابل اقاله می توان خيار شرط را جعل نمود و در ثانی: در عقد غیر قابل اقاله نمی توان خيار شرط را جعل نمود. مثال: نکاح قابل اقاله نیست. لذا خيار شرط در آن راه ندارد.

نتیجه می گیریم با توجه به اینکه در عقد جایز، خيار شرط نیست و در ایقاعات خيار شرط نیست و در عقد لازمی که در مقام ایقاع است خيار شرط ندارد لذا در عقد لازمی که جایگزین عقد جایز شود خيار شرط در آن نیست.

سؤال: اگر در ضمن عقد لازمی، عقد جایزی شرط شود آیا می توان در ضمن عقد جایز شرط

خيار قرار داد؟

عقود جایز الزام آور شامل: - شرط عقد جایز در ضمن عقد لازم دیگر- شرط عدم فسخ عقد جایز در ضمن عقد لازم دیگر دو حالت وجود دارد: ۱. گاهی عقد جایز و عدم فسخ عقد جایز به عنوان یکی از شروط ضمن عقد لازم وجود دارد. ۲. گاهی عقد جایزی که ضمن عقد لازمی شرط شده است، در ضمن آن خيار شرط قرار دارد.

### عناصر و شرایط خيار شرط

خيار شرط ضمن برخورداری از عناصری که برای صحت و تشکیل دیگر عقود و شروط، لازم است، شرایط ویژه ای نیز دارد که مهمترین آن ضرورت تعیین مدت برای فسخ معامله و قرارداد است. درجه اهمیت تعیین مدت در خيار شرط تا جایی است که عدم رعایت آن علاوه بر بطلان شرط، عقد را نیز باطل و منحل می نماید. مبنای استدلالی و فقهی این اثر، ایجاد غرر در معامله است (حر عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۴۴۸ و انصاری، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۱۱۳). چرا که فقها معتقدند عدم تعیین مدت در خيار شرط، موجب حدوث غرر در معامله می شود. جهل به مدت خيار شرط و ابهام در آن به ۳ حالت ممکن است: حالت اول: مجهول بودن مدت است مانند این که اعمال حق ناشی از خيار شرط موکول به آمدن حجاج شود. حالت دوم: اطلاق در مدت شرط است. مثلاً

شرط می‌شود که برای یکی از متعاقدين يا هر دو برای مدتی حق فسخ باشد، بدون آن که تعیین شود مدت چقدر است. حالت سوم: عدم ذکر مدت است. به این معنا که شخص در ضمن عقد یا معامله ای شرط کند که حق فسخ معامله را دارا باشد. بدون آنکه از مبدا و منتهای مدت حرفی به میان آورده شود. برخی از فقهاء معتقدند خیاری که مدت ندارد فوری است و در اینگونه موارد حمل بر فوری بودن خیار می‌شود. (طباطبائی، بی تا، ج ۲، ص ۴۸) گروهی از فقهاء و حقوقدانان نیز در این حالت شرط خیار را دایمی تلقی کرده و علم طرفین به دائمی بودن مدت خیار را نافی غرر دانسته و در نتیجه عقد را صحیح فرض کرده‌اند. (طباطبائی، همان و امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۴۹۸) اما در مقابل دسته ای دیگر استدلال کرده‌اند که اگرچه شرط خیار دائمی ابهام و غرری باقی نمی‌گذارد اما التزام به معامله را متزلزل می‌سازد و این خلاف قاعده لزوم در عقود لازم به ویژه عقود تملیکی است که جوهره آنها با ثبات و دوام قوام می‌یابد. (خوانساری، ۱۳۹۱، ج ۲، صص ۹۸ و ۱۰۷ و کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۲۵) برخی از فقهاء عدم ذکر مدت و همچنین اطلاق در مدت خیار را حمل بر سه روز کرده‌اند (شیخ مفید - سید مرتضی - شیخ طوسی - علامه بحر العلوم - ابوحنیفه شافعی نیز مدت خیار را مجدد به ۳ روز می‌دانند و بیش از آن را مخالف مقتضای عقد بیع تلقی کرده‌اند. در میان حقوقدانان نیز در این خصوص اختلاف نظرهایی وجود دارد. برخی معتقدند ذکر مدت؛ شرط حتمی برای خیار شرط نیست و مدعی عدم مشاهده این فرع در متون فقهی گردیده‌اند. (جعفری لنگرودی، همان) و گروهی نیز عقیده دارند مدت مجهولی که احتمال بیش و کم در آن برود در حکم نبودن مدت است و عدم ذکر مدت موجب تزلزل در التزام به عقد و باعث غرر در معامله است. حقوق مدنی نیز از قول مشهور فقهاء پیروی کرده و عدم تعیین مدت در خیار شرط را باعث بطلان شرط و عقد دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۲۵) لذا در هر سه حالت مذکور جهل و ابهام نسبت به مدت، موجب غرر است و در بطلان عقد غرری نیز اختلاف و تردیدی وجود ندارد. در خصوص ابتدای مدت شرط خیار اعم از این که ابتدای زمان خیار متصل به عقد و یا جدا از آن باشد به شرط معلوم بودن پایان مدت، شرط صحیح است و به عقد نیز خدشه ای وارد نمی‌آورد و در صورتی که انقضای مدت خیار معلوم و ابتدای

آن مجهول باشد، مبدا مدت خيار همان تاريخ وقوع عقد تلقی شده است قانون مدنی با تکیه بر این فرض قانونی، راه اجتهاد را برای حقوقدانان باز گذاشته کما این که برخی از حقوقدانان با تفسیر و توسعه این حکم، معتقدند اگر در خيار شرط، مدت ذکر نشود ابتدای آن تاريخ عقد و انتهای آن متعارف در عقود است و لوازم عرفی و قانونی در تعیین مدت شرط تأثیر دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۲۵ و جعفری لنگرودی، ص ۲۳۹، ماده ۱۳۳۰ پیشنهادی در قانون مدنی)

سؤال اول: اگر مدت در خيار شرط مجهول باشد آیا عقد باطل است؟

- برخی می گویند: فقط شرط مجهول باطل است ولی موجب بطلان عقود نمی شود.

- پاسخ شیخ انصاری: این مبنا اگر هم پذیرفته شود مربوط به موردی است که فساد شرط موجب فساد عقد نشود و به عقد سرایت نکند در حالی که جهالت در اینجا باعث غرری شدن بیع می شود. لذا شرط فاسد است و مفسد عقد هم هست و بخاط نهی پیامبر از بیع غرری، باطل است.

سؤال دوم: اگر ابتدای مدت در خيار شرط مجهول باشد حکم شرط و عقد چیست؟

دو نظر وجود دارد:

۱. مجهول بودن مدت، هم خيار را باطل می کند و هم عقد را.

۲. فقط خيار را باطل می کند. زمان ایجاد خيار(ابتداء) زمان عقد است و نظر درست این است. اگر ابتدای مدت عقد مجهول باشد باعث غرری شدن بیع می شود و عقد و شرط هر ۲ باطل است. مثال: در عقد بگوید ۳ روز از تفرق حق فسخ دارد در اینجا زمان تفرق معلوم نیست و بیع را غرری می کند.

بنابراین در یک جمع بندی صور قابل طرح در خصوص مدت شرط خيار را به این ترتیب می توان خلاصه کرد که:

۱. هرگاه خيار شرط مدت داشته باشد شرط و عقد صحیح است. هر چند مدت طولانی باشد

قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی این نظر را پذیرفته هر چند در فقه عامه (ابو حنیفه

و شافعی مدت را محدود به سه روز می دانند.)

۲. هرگاه مدت خیار شرط مجهول باشد، قول مشهور بطلان عقد و شرط است و دلیل آن نیز وقوع و نفوذ غرر در معامله است.
۳. حالت سوم هنگامی است که به مدت خیار در عقد اشاره نشده است که در این حالت ۴ نظر متفاوت وجود دارد.
- الف) مشهور فقهای متقدم امامیه و برخی از متأخرین خیار را حمل بر سه روز کرده و حکم به صحت عقد و شرط داده اند. (طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۳۸ و مفید، المقنعه، ۱۳۷۸، ص ۵۹۲)
- ب) نظر برخی از فقها بطلان شرط و صحت عقد است که به علت غرری بودن عقد این قول پذیرفته نشده است
- ج) نظر سوم، فرض فوری بودن خیار فاقد مدت است. (طباطبائی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۸).
- د) نظر دیگر بطلان شرط و عقد است که دلیل آن همان غرری بودن بیع و شرط می باشد و قانون مدنی نیز از همین نظر پیروی کرده است.
۴. حالت چهارم نیز اطلاق مدت شرط در عقد است، چنانچه حد و حدود و مدت شرط تعیین نمی شود. حکم این حالت نیز همانند عدم ذکر مدت است و همان نظریات در این باب نیز اظهار شده است.
۵. صورت پنجم، شرط خیار دائم، و مادام العمر است که در فقه عامه مالک چنین شرطی را صحیح می داند و سایر فقها آن را باطل دانسته اند. اما در فقه امامیه مرحوم نائینی چنین شرطی را به دو دلیل غرری شدن شرط و معامله و همچنین مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد باطل دانسته و معتقد است اقتضای ذات ۲ گونه است:
۱. اقتضای ذات به نحو مدلول مطابقی که مبادله مال به واسطه عقد بیع را به دنبال دارد.
  ۲. مدلول التزامی که دلالت بر التزام و پایبندی طرفین به عقد دارد. و اشتراط خیار دائم با مدلول التزامی عقد که همانا گونه ای از مقتضای ذات عقد است مغایرت دارد. این نظریه مورد ایراد برخی از فقها قرار گرفته است. چون به عقیده اینان در خیار شرط

دائمی مدت معین و محدود به حیات شخص است و آغاز آن نیز انعقاد عقد می باشد لذا طرفین علم به مدت خيار دارند و غرری از این حیث رخ نمی دهد و در خصوص مغایرت شرط مذکور با مقتضای ذات عقد نیز پاسخ داده اند که لزوم و جواز آثار عقد هستند و همانگونه که در عقد جایز می توان با اسقاط حق رجوع در ضمن عقد لازم دیگر جواز را به لزوم تبدیل کرد در عقد لازم هم می توان با شرط خيار وصف لزوم را از عقد لازم سلب نمود (آخوند خراسانی، بی تا، ص ۱۷۶ و طباطبائی، بی تا، ج ۲ و امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۴۸۹) برخی دیگر از صاحب نظران و دانشمندان فقه و حقوق نیز در مقام تأیید نظریه اخیر معتقدند ثبات و دوام مالکیت لازمه لاینفک عقد نیستند و لازمه وصف مالکیت هستند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۱۹)

از دیگر عناصر و شرایط خيار شرط منشاء و بستر ایجاد و تحقق آن است که به محدودیت شکلی تعبیر شده. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۰۵) صاحب نظران اشکال مختلفی برای خيار شرط تصور کرده اند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۲۰)

اشتراک شرط در ضمن عقد که شیوه معمول و مرسوم پیش بینی شرط است. به این معنا که طرفین ضمن عقد لازم اختیار فسخ معامله را برای یکی از متعاقدین یا هر دو ظرف مدت معین و معلوم شرط می کنند این شروط گاه صریح و گاه ضمنی است.

حالت دوم توافق بر شرط قبل از وقوع معامله یا عقد است. شرط تبانی از جمله این گونه شروط است و همچنین رویه ای که در معاملات معاطاتی معمول است؛ مانند اعلان شرط استرداد اجناس خریداری شده توسط فروشندگان کالاها که معمولاً قبل از معامله به اطلاع خریداران و مشتریان می رسد. برخی از حقوقدانان اشکال مختلفی را در این حالت برای شرط، قائل شده اند که عبارتند از: مذاکره- قرارداد مقدماتی- قرارداد لازم مستقل و قرارداد جایز مستقل که حکم هر یک تابع موضوع آن است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۲۰)

گاه خيار شرط مؤخر بر عقد است که بطور مستقل و منفصل از عقد سابق نیست. به این گونه شروط شروط الحاقی می گویند که پس از انعقاد عقد ضمیمه آن می شود و قرارداد سابق را تصحیح

یا تکمیل می‌نماید و اعتبارش تابع و توأم با قرارداد پیشین است. البته نوع دیگری از شروط الحاقی وجود دارد که منفصل از عقد سابق است که یا در قالب شرط ابتدائی به عقد ملحق می‌شوند یا به عنوان یک عقد و قرارداد مستقل نفوذ و اعتبار می‌یابند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۸)

برخی از حقوقدانان معتقدند اگر شرط الحاقی تعهدی مستقل نباشد، شرط باطل و بلااثر است و در صحت و اطلاق عقد تاثیر ندارد. (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۴۹۱)

حالت دیگر عرفی بودن خیار شرط است یعنی هر گاه به اقتضای عرف و عادت، وجود شرط معهود باشد حتی در صورت عدم تصریح شرط خیار، حق فسخ برای طرفین در مدت متعارف وجود دارد. (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۴۹۱) در مقام بررسی و مقایسه حالات مذکور می‌توان گفت آنچه اهمیت دارد وجود علقه و ارتباط شرط با عقد است و زمان وقوع شرط تأثیری در اعتبار و نفوذ آن ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۹)

### آثار خیار شرط

برخی از نویسندگان، آثار این شرط را به آثار وجودی حق خیار و آثار ناشی از اعمال این حق تقسیم کرده‌اند (محقق داماد-، ۱۳۸۸، ص ۴۳۳)

### آثار وجودی خیار شرط

خیار شرط خود چهره‌های مختلفی دارد.

شرط خیار از قدرت التزام به عقد می‌کاهد و به مشروط له حق فسخ قرارداد را میدهد درخصوص آثار شرط خیار بر عقود تملیکی مانند بیع، ۲ نظریه‌ی فقهی وجود دارد. نظر مشهور تملیک مال و مالکیت خریدار را به محض وقوع عقد بیع محقق می‌داند و پیش‌بینی شرط خیار را در این عقد فقط در حد حقی برای مشروط له قابل تصور می‌داند. قانون مدنی ایران نیز این نظریه را پذیرفته است. هر چند قانون مدنی در مبحث بیع شرط و قانون ثبت در بحث معاملات با حق استرداد شرایط ویژه‌ای را منظور نموده است. نظریه دیگری که به مرحوم شیخ طوسی منتسب گردیده این است که تحقق اثر عقد یعنی تملیک و مالکیت را منوط به انقضای



مدت خيار و عدم اعمال حق خيار می داند. و وجود حق خيار را مانعی موقت که موجب تفاسل و تباین بین سبب عقد و اثر عقد می شود می دانند. (طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۲۲)

تفاوت این دو نظر در ضمان معاوضی و آثار ناشی از مالکیت است یعنی وفق نظریه اخیر هر گاه مبیع در مدت زمان خيار تلف شود از ملک فروشنده است و ضمان معاوضی ساقط نمی شود هر چند مبیع تسلیم شده باشد و تعهد و ضمان معاوضی با انقضای مدت خيار ساقط می شود نه با تسلیم مورد معامله.

از دیگر آثار وجودی شرط خيار منع تصرفات منافی شرط است، به این معنی که جمع بین حق خيار ناشی از شرط و حق مالکیت ایجاب می نماید که مثلاً در عقد بیع مالک یا خریدار از تصرف منافی حق خيار فروشنده در ملک یا مال منع شود و الزام به این منع نیز امکانپذیر است. قانون مدنی در ماده ۴۶۰ حکم منع تصرفات منافی خيار را انشاء نموده است. برخی از صاحب نظران فقه و حقوق معتقدند در مدت خيار امکان اجبار به تسلیم مبیع یا مال متعلق حق خياری وجود ندارد. (محقق داماد، ۱۳۸۸، همان، ص ۴۳۴)

اما به نظر می رسد وجود و پیش بینی خيار شرط که ناظر بر آینده است مانع استیفاء از حق مالکیت و استیلاء بر مال از ناحیه خریدار یا مالکی که به موجب عقد نسبت به مال علقه مالکیت دارد نیست و الزام به تسلیم مال که از فروع و تبعات سلطه مالکانه است منعی ندارد. به ویژه در مواردی که مدت خيار طولانی است محدودیت مالک از تصرف در مال خویش به استناد حق مشروط له سزاوار نیست لکن همانگونه که در قانون مدنی نیز پیش بینی شده تصرفات منافی حق خيار باطل و بلااثر است.

#### آثار و احکام ناشی از اعمال حق خيار شرط

اثر اعمال حق خيار ناشی از شرط مانند سایر موارد فسخ قراردادها موجب اعاده وضعیت هر یک از طرفین عقد به حال و وضع سابق می شود و در مواردی که امکان اعاده مال وجود ندارد به حکم ضمان معاوضی بدل یا جبران خسارات جایگزین می گردد. لذا با اعمال شرط از ناحیه مشروط له، طرف مقابل مکلف به استرداد مال می باشد و استتکاف دارنده از استرداد مال موجب

ضمان قهری است. حال اگر مال مورد معامله در زمان خیار تلف یا ناقص شده باشد هر گاه این تلف و نقصان پس از تسلیم مبیع به خریدار رخ داده باشد ضمان معاوضی برقرار است. قانون مدنی در ماده ۴۵۳ تلف یا نقصان مبیع در زمان خیار بایع یا متعاملین را از مال مشتری می‌داند و جبران آن را به عهده مشتری گذاشته است. اما اگر شرط خیار فقط به نفع مشتری پیش بینی شده باشد در این صورت حتی با وجود تسلیم مبیع به مشتری، تلف به عهده بایع است. مگر این که تلف و نقصان ناشی از اتلاف و تسبیب منتسب به فعل خریدار یا دیگری باشد که در این صورت بایع مسئولیتی ندارد. ناگفته نماند که حکم ماده ۴۵۳ منحصر در مورد خیارات مجلس و حیوان و خیار شرط نفوذ دارد و در مورد سایر خیارات نافذ نیست و این حکم استثنائی متناسب با نظر فقهائی است که تملیک مال در عقد توام با خیار شرط را موکول و منوط به انقضای مدت خیار می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ج ۵، ص ۹۸)

### انتقال - اسقاط و بطلان خیار شرط

#### انتقال حق ناشی از خیار شرط

طرفین قرارداد می‌توانند با تراضی حق ناشی از شرط خیار را مقید به به مباشرت متعاملین یا یکی از آنها و یا شخص ثالثی بنمایند که موارد مذکور، خیار نه بصورت قهری و نه بصورت ارادی و توافقی به دیگران اعم از وارث و غیره منتقل نمی‌شود، قید مباشرت متعاملین در خیار شرط به معنای سقوط شرط در صورت فوت مشروط له است. در خصوص شرط خیار برای ثالث نیز در بحث جداگانه ای سخن خواهیم گفت. بدیهی است حق ناشی از خیار شرط جز در مواردی که ذکر شد قابل انتقال قهری به وارث و انتقال قراردادی به دیگران هست. منوط به این که پیش از مرگ مشروط له توسط وی ساقط نشده باشد و یا مدت خیار شرط پایان نیافته باشد. در مورد نحوه اعمال حق خیار ناشی از شرط توسط وارث اختلاف نظرهایی بین حقوقدانان و فقها وجود دارد. برخی معتقدند حق خیار بسیط و غیر قابل تجزیه است و برخی از وارث نمی‌توانند عقد را فسخ و بعضی تنفیذ نمایند و هرگاه عده ای امضاء وعده ای فسخ نمایند، فسخ بلااثر و امضاء عقد مرجح است ( امامی، ج ۱، ص ۵۲۳) اما عده ای از حقوقدانان وجه رجحانی برای تقدم امضای

قرارداد بر فسخ آن قائل نیستند. ( کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۱۲۷) و به تبعیت از عقیده برخی فقها که حق هر وارث را به تناسب وی از میراث می دانند و قائل به تجزیه حق خيار هستند (علامه، بی تا، ج ۴، ص ۵۸۹) معتقدند حق خيار قابل تقسیم بین وراث خواهد بود و هرگاه برخی از وراث معامله را امضاء و بعضی فسخ کنند این حق برای طرف معامله وجود دارد که او نیز تمام معامله را فسخ نماید یا معامله را به همان صورت بپذیرد.

### اسقاط شرط خيار یا حق ناشی از این شرط

مشروط له شرط خيار می تواند در مدت خيار و تا زمان پابرجایی این حق، از اعمال حق خود صرفنظر نماید. عدول از اجراء و اعمال این حق گاه به صراحت لفظی صورت می گیرد و گاه به طور ضمنی، اسقاط ضمنی حق خيار ناشی از شرط بدین گونه است که مثلاً هرگاه برای خریدار مال در قرارداد شرط خيار ذکر شده باشد و وی مال را به دیگری بفروشد یا منتقل نماید، فعل وی حکایت از آن دارد که بطور ضمنی از حق فسخ خود چشم پوشی کرده است. اعمال حق ناشی از شرط خيار، بلکه اصل این شرط با انقضای مدت ساقط می شود و دیگر موجب و مجالی برای اعمال و اجراء این حق باقی نمی ماند، برخی از حقوقدانان شرط سقوط خيار بایع شرطی در بیع شرط را خلاف مقتضای ذات عقد دانسته اند و معتقدند چنین شرطی خلاف عنصر مغایه ای بودن عقد بیع و غیر عقلانی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۳۹) قانون مدنی اما سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را ضمن عقد بلامانع دانسته است. لذا از دیدگاه قانون مدنی در صورتی که خيار شرط از نظر شکلی صحیح و مدت دار باشد، اسقاط آن پس از وقوع عقد با تراضی و توافق طرفین در قالب شرط الحاقی بلامانع است. اما برخی از فقهاء معتقدند اگر خيار شرط به علت عدم رعایت قواعد شکلی از نظر مدت خيار باطل باشد چون بطلان شرط موجب بطلان عقد می گردد، اسقاط شرط پس از وقوع عقد موجب احیاء و تصحیح عقد باطل نخواهد شد. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۹۸) شاید منطوق عبارت ذیل ماده ۲۴۴ قانون مدنی این شبهه را بوجود آورد که هرگاه شرط باطل ساقط شود چون مانند آن است که شرط در عقد قید نشده، اسقاط شرط مانع از بطلان عقد شود، اما برخی از حقوقدانان با استدلالی ظریف این شبهه را زدوده اند و در این خصوص

گفته اند: در شرط باطل حق برای مشروط له بوجود نیامده تا اسقاط آن معنا داشته باشد و متصور از اسقاط شرط فاسد در واقع رضای مشروط له به عقد بدون شرط است. لذا هر گاه شرط باطل به ارکان عقد نفوذ ننماید با اسقاط شرط باطل، عقد صدمه ای نمی بیند اما هر گاه شرط فاسد به یکی از ارکان عقد صدمه می زند چون عقد و شرط با هم انشاء می شوند و از آغاز نیز هر دو باطل است پس اسقاط شرط و رضای عقد بدون شرط نمی تواند عقد باطل را تصحیح و احیاء نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۷)

### بطلان خیار شرط

خیار شرط و فسخ در صورتی که ضمن عقد نکاح- وقف- ضمان و یا به عقیده برخی از حقوقدانان ضمن عقد صلحی که منحصر ابراء باشد، باطل و بلااثر است. در ایقاعات نیز اشتراط خیار شرط باطل می‌باشد. هرگاه برای خیار شرط مدت تعیین نشده باشد یا مدت شرط مذکور مجهول یا مطلق باشد شرط باطل است و موجب بطلان عقد نیز خواهد شد. هرچند برخی حقوقدانان معتقدند ذکر مدت شرط حتمی صحت خیار شرط نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۸۲۷)

### جعل خیار برای ثالث

در فقه و حقوق مدنی شرط خیار برای شخص ثالث نیز پیش بینی شده است. این حق گاه به استقلال برای ثالث منظور میشود و گاه اعمال آن منوط به موافقت و تایید ثالث می گردد که آن را خیار موامره یا مشروط به استیمار گویند. شرط خیار برای ثالث را برخی از باب تملیک حق (حلی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۸ و طباطبائی، بی تا، ج ۲، ص ۳۱۴) و برخی توکیل حق (حلی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۹۲) و گروهی تحکیم حق دانسته اند. اغلب فقهاء امامیه شرط خیار برای ثالث را از نوع تحکیم حق تلقی کرده اند. محقق اصفهانی در تفسیر و تحلیل این اختلاف نظر گفته است: چون خیار ناشی از شرط قابل انتقال به ورثه ثالث نیست نمی تواند جنبه تملیکی داشته باشد و چون شخص ثالث از ناحیه شارط قابل عزل نیست و شرط کننده نمی تواند در اعمال حق ناشی از شرط خیار با ثالث مشارکت و همکاری نماید، لذا تفویض این حق به ثالث نمی تواند از نوع

توکیل حق باشد، لذا آثار ملک حق فسخ و وکالت بطور کامل بر خيار شرط برای ثالث بار نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۲۲) لذا از این روست که فقهاء امامیه قائل به تحکیم شده اند که هم به تملیک شباهت دارد و هم به توکیل. اما محقق اصفهانی شق سوم یعنی معنای تحکیم را مختص خيار برای ثالث می داند و معتقد است منظور غالب و ظاهراً از عنوان جعل خيار برای ثالث جعل حق خيار است نه اعمال خيار لذا در این صورت وضع خيار برای ثالث از باب تملیک حق است نه از باب توکیل، لکن این تملیک حق خاصی است که به دیگری تسری نمی یابد و به شخص وی برای فسخ و امضای عقد داده شده و با مرگ او این حق قطع می شود و قابل انتقال به ورثه نیست. اما در مورد انتقال ارادی و قراردادی خيار از سوی ثالث حکمی ندارد. برخی از حقوقدانان معتقدند شخص ثالث در واقع داور طرفین در شرایط فسخ و لزوم اجرای آن است، پس اختیاری که برای شخص خارجی در عقد می شود صلاحیت داوری و حکومت است و نباید آن را حق شمرد، به عبارت دیگر اختیاری که برای بیگانه شرط می شود وسیله جلب مال برای او نیست تا در زمره اموال وی درآید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۱۰۴) بلکه در واقع او داور دو طرف عقد است که اختیار فسخ را به عنوان منتصب دارد و بدیهی است چنین حقی به ارث نمی رسد و در فرضی که حق برای دو طرف محفوظ میماند و اجرای آن به بیگانه تفویض می گردد، پس از مرگ او حق باقی است و با درگذشت او صاحب حق می تواند خود راساً آن را اعمال کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۰۹ و خوانساری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۶۳). هرگاه شرط شود خيار فسخ تا یک سال از آن بیگانه است و در صورت مرگ او در این مدت ورثه حق فسخ دارند، در چنین حالتی وراثت بیگانه خود به طور مشروط صاحب خيار می شوند و حق به آنها منتقل می شود اما این انتقال از طریق شرط است نه از طریق قائم مقامی مورث. لذا نفوذ چنین شرطی با حکم ماده ۴۴۷ قانون مدنی که انتقال خيار به وراثت را برای ثالث منع کرده، منافات و مغایرتی ندارد. اما نظریه دیگری که از جانب بعضی از حقوقدانان ابراز شده بیانگر این است که تعیین اثر خيار شرط برای ثالث تابع قصد طرفین است و هرگاه قصد صریح نباشد باید از طریق قوانین اراده متعاقدين استنباط شود، مثلاً هرگاه شخص ثالث نسبت به حق دارای نفع شخصی باشد مثلاً معامله نسبت به ملکی

در مجاورت ملک او انجام شده باشد حسب قرینه می‌توان گفت که قصد طرفین تملیک حق فسخ به وی بوده است. یا اگر شخص ثالث خبره و کارشناس امر موضوع عقد باشد می‌توان گفت این قرینه‌ای است به این که طرفین او را داور قرار داده‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۲۸) و نمی‌توان او را وکیل یا نماینده پنداشت. بنابر نظریه فوق در عقدی که شرط خیار برای ثالث می‌شود هر گاه برای او سمت و عنوان دآوری قائل شویم، تنها شخص ثالث است که می‌تواند به عنوان داور، عقد را فسخ کند و طرفین در این امر اختیاری ندارند و همچنین هیچ یک از دو طرف نمی‌توانند ثالث را عزل کنند و تنها با تراضی دو طرف انحلال شرط و حذف اختیار ثالث میسر است. نوع دیگری از خیار شرط برای ثالث وجود دارد که به آن خیار موامره یا مشروط به استیمار و مشورت ثالث گفته‌اند. خیار موامره به این معناست که حق خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد یا هر دو یا ثالث و یا اعمال این حق توسط آنها مقید به تایید و موافقت ثالث قرار داده شود. در این صورت اگر شخص ثالث نظر به فسخ معامله داشته باشد و آن را به صلاح مشروط له بداند خیار برای مشروط له ثابت می‌گردد و او می‌تواند معامله را فسخ یا قبول کند و در صورتی که مشاور نظر به فسخ نداشت معامله قطعی می‌گردد و مشروط له دیگر حق اعمال خیار ندارد. اما اگر شرط خیار برای طرفین و ثالث شده باشد و همگی اتفاق نظر بر فسخ یا امضاء عقد داشته باشند طبق اتفاق نظرشان عمل می‌شود و در صورتی که اتفاق نظر حاصل نشد طرفین نظرشان به فسخ عقد بود و ثالث عقیده به امضاء عقد داشت در این صورت عقد فسخ می‌شود چون با فسخ عقد از سوی طرفین دیگر زمینه‌ای برای امضاء عقد توسط ثالث باقی نمی‌ماند (هرندی، ۱۳۸۵، ص ۳۳۷) منطوق ماده ۴۵۲ قانون مدنی نیز در خصوص متعاملین اینگونه حکم می‌نماید که هر گاه متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آنها امضاء کند و دیگری فسخ نماید، معامله منفسخ است.

### مقایسه خیار شرط و خیار تخلف از شرط

تفاوت این دو را از سیاق ظاهری کلام نیز می‌توان دریافت. خیار شرط با تراضی و توافق طرفین در قالب شرط ضمن عقد برای طرفین حق فسخ عقد را ایجاد می‌نماید اما خیار تخلف از شرط حق فسخی است که در نتیجه تخلف متعهد از ایفاء شرط و عدم امکان التزام وی به انجام شرط

برای مشروط له بوجود می آید یا در شرایطی که وصف خاصی برای مال مورد معامله منظور شده و مبیع فاقد آن وصف است، مشروط له به علت تخلف متعهد از این شرط حق فسخ عقد را پیدا می کند لذا شرط خيار خود موجب حق فسخ برای متعاقدین است و خيار تخلف از شرط، در اثر تخلف متعهد از شرط مقرر در قرارداد ایجاد می شود. معیار تمیز و تشخیص این دو عنوان این است که در خيار شرط طرفین بدون قید و شرطی، حق فسخ را برای خود در مدت مقرر و مشخص، پیش بینی می کنند اما خيار تخلف از شرط منوط به وقوع تخلف و امتناع متعهد از وفاء به شرط یا انجام فعل مشروط است. حقوقدانان در مقام بیان مثال برای تشخیص و تمیز این دو گفته اند: گاه ممکن است در عقد شرط شود که پرداخت ثمن به اقساط باشد و هرگاه در پرداخت یکی از اقساط تاخیری رخ دهد فروشنده حق فسخ داشته باشد. حال اگر این شرط را شرط خيار بدانیم به علت فقدان مدت شرط باطل و مبطل عقد است. اما اگر آن را شرطی بدانیم که متعهد مکلف به اجرای آن است، شرط و عقد صحیح است و باید متعهد را اجبار به ایفاء شرط نمود و عدم امکان التزام متعهد به اجرای شرط در صورتیکه اجرای فعل مشروط به وسیله دیگری نیز مقدور نباشد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.

### خيار شرط و بيع شرط

بيع شرط عقدی است که مطابق آن بايع تا مدت معين اگر ثمن را اعاده کند می تواند کالا را پس بگیرد به عنوان مثال: اگر فروشنده در مدت تعیین شده ثمن را به خریدار پس دهد حق تملك مجدد مبيع را پیدا می کند. بيع شرط را بيع الخيار نیز گفته اند زیرا در آن شرط خيار وجود دارد. (شرط الخيار): قبل از سپری شدن مدت خيار مالکیت مثال: خانه ای است و فروشنده می تواند با دادن ثمن آنچه را داده پس بگیرد.

مثال دیگر: کسی که به پول نیاز دارد و خانه اش را می فروشد، شرط می کند اگر تا یکسال پول را برگردانم خانه را به من برگردانی در اینجا امام صادق (ع) فرموده اند شرط صحیح است.

(انصاری، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۱۲۷)

فقه امامیه بیع شرط را از اقسام خیار شرط می‌داند و به آن عنوان بیع الخیار داده است. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۱۲۷ و محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۴۴۶)

فقه عامه نیز بیع شرط را بیع الوفاء می‌داند و غالباً حکم رهن را بر آن جاری می‌سازند و عده ای نیز آن را باطل می‌دانند. بیع شرط بدین معناست که بایع شرط می‌کند هر گاه در مدتی معین، ثمن معامله را رد نمود، حق فسخ بیع و استرداد مبیع را داشته باشد. از جمله تفاوت‌های بارز بیع شرط و شرط خیار آن است که: ۱. در بیع شرط، خیار فسخ فقط برای بایع است و شرط آن استرداد ثمن است اما اشتراط شرط خیار در عقد برای بایع یا مشتری یا هردو و یا شخص ثالث امکانپذیر است. ۲. شرط خیار منجز است و فسخ عقد معلق و منوط به قید و شرط و رویدادی نیست اما حق فسخ در عقد بیع شرط، مقید به استرداد ثمن از سوی بایع است.

### نتیجه

خیار شرط هم به عنوان یکی از شروط ضمن عقد و هم به مثابه یکی از اختیارات قانونی در قراردادهای منشاء آثاری است که اثر بارز و واضح آن فسخ و انحلال مستقیم قراردادهاست. شرط خیار مانند دیگر شروط در نتیجه تراضی و توافق طرفین قرارداد حاصل می‌شود. و اثر آن که همانا فسخ قرارداد است منوط به اراده مشروطه است و سبب و عامل دیگری در اعمال این حق نقش ندارد. شرط خیار در فقه و قانون مدنی ایران به عنوان یکی از ابزار فسخ معامله و قراردادها پیش‌بینی شده و قیدی که آن را از دیگر شروط و اختیارات متمایز می‌سازد، ضرورت تعیین مدت و مهلت اعمال حق ناشی از این شرط است و دامنه نفوذ و اثر این قید قانونی تا آنجاست که می‌تواند حیات و بقاء عقد را متزلزل و منحل نماید. شرط خیار علاوه بر متعاملین، برای شخص ثالث نیز در شرایط خاص قابل پیش‌بینی است. بطور کلی نحوه انشاء شرط خیار در قراردادها و تعیین مدت آن از جمله عوامل تاثیرگذار در صحت شرط و عقد و آثار قانونی آن است که می‌بایست حین تنظیم قراردادها و پیش‌بینی این شرط مورد دقت و تأمل قرار گیرد. و با توجه به اینکه در عقد جایز، خیار شرط نیست و همچنین در ایقاعات خیار شرط نیست و در عقد لازمی که در مقام ایقاع است خیار شرط ندارد لذا در عقد لازمی که جایگزین عقد جایز شود خیار شرط در آن نیست.



## منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، بی تا، حاشیه بر مکاسب، تهران، ص ۱۷۶.
۲. امامی، حسن (۱۳۵۵)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، صص ۴۹۱ و ۴۹۱ و ۵۲۳.
۳. انصاری، مرتضی (۱۳۸۲)، مکاسب، ۷ جلدی ج ۵ و ج ۲ و ج ۱ قم: اسماعیلیان، چاپ طاهر، صص ۱۵۵ و ۴۳۱ و ۱۱۳ و ۱۲۷.
۴. بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، *خيارات و احکام راجع به آن مواد ۳۹۶ الی ۴۶۵*، تهران: فردوسی.
۵. بغدادی، مفید؛ (بی تا)، *المقنعه*، چاپ اول، ج ۱، شرکنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۶. الجبعی العاملی (۱۴۱۵ق)، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم: اسماعیلیان.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: بنیاد راستاد.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، *مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی)*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ماده ۱۳۳۰ پیشنهادی در قانون مدنی و ص ۲۳۹ و ص ۱۲۷.
۱۰. خمینی، روح الله، (۱۴۱۵ق)، *تحریر الوسیله*، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۱۱. خمینی، روح الله، (ق ۱۴۱۵)، *البیع*، جلد ۴، ناشر: موسسه تنظیم و نشر امام خمینی، چاپ اول، ص ۲۲۰.
۱۲. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق)، *فقه الاسلامی و ادلته: الشامل للادلله الشرعیه و الاراء المذهبیه و اهم النظریات*، بیروت: دارالفکر المعاصر.

۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق.)، مختار فی احکام الخیار: درسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و التقد و النسیئه و القبض، قم: مؤسسه الامام الصادق.
۱۴. سجادی اصفهانی، محمد (۱۴۲۴ق.)، دراسات فی البیع: تشتمل علی قواعد فقهیه فی المعاملات، تقریر أبحاث الموسوی الخمینى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. صانعی، یوسف (۱۳۷۶)، مجمع المسائل، قم: میثم تمار.
۱۶. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
۱۷. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، (بی تا)، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، قم، مکتبه الشمس، صص ۴۸ و ۳۱۴.
۱۸. طوسی (بی تا)، خلاف، ج ۳؛ قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۹. طوسی، (بی تا)، مبسوط، تهران، مکتب المرتضویه ج ۲، چاپ سوم، صص ۲۲ و ۸۱ و ۷۹.
۲۰. عاملی، حر، (بی تا)، وسایل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۷ و ج ۱۲، نوبت چاپ: اول، ناشر؛ مؤسسه آل البيت علیهم السلام، باب ۸، صص ۳۵۵ و ۴۴۸.
۲۱. عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، مفتاح الکرام، ج ۴، تبریز، ص ۵۸۹.
۲۲. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، تهران: بحرالعلوم.
۲۳. علامه حلی (بی تا)، تحریر الاحکام، ج ۱، مشهد، نشر کسر طوس - بی تا - ص ۱۶۱.
۲۴. علامه حلی، (بی تا) تذکره الفقها، کتاب وقف، ج ۲ و ۱، تهران، ص ۸۶.
۲۵. قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۶)، حقوق تعهدات: نظریه کلی تعهدات قانون مدنی، تهران: دانشگاه تهران.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳ و ۵، انحلال قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، ش ۵۷۶ و ۹۲۵، صص ۱۱۸ و ۱۰۴ و ۱۱۹، ۹۸ و ۱۲۷.

۲۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، صص ۱۹ و ۴۰۵ و ۲۰ و ۲۰ و ۳۴ و ۲۸ و ۲۲ و ص ۴۴۶.

۲۹. مفید، (۱۳۷۸)، المقنعه ۱۰ جلدی، تهران، موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین قمارالکتاب الاسلامی، چاپ دوم، ص ۵۹۲.

۳۰. المکی العاملی (۱۴۲۶ق.)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، جلد سوم، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

۳۱. موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی (۱۴۱۱ق.)، مصر: المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه.

۳۲. الموسوی الخمینی (۱۳۷۷)، ترجمه تحریرالوسیله، مترجم سید محمد باقر موسوی همدانی قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۳۳. الموسوی الخمینی (۱۴۱۵ق.)، کتاب البیع، جلد ۴-۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۴. هرندی (۱۳۸۵)، محی الدین فاضل، ترجمه و شرح مکاسب، بوستان کتاب قم، ص ۳۳۷.