

## بررسی خیار شرط در قانون مدنی و فقه امامیه

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۱۲/۲۲ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۴/۰۸)

رضا روزبه

### چکیده

اقتضای قاعده در معاملات آن است که آثار عقود بلافاصله پس از انعقاد ظاهر شده و هیچیک از طرفین به سادگی نتواند با برهم زدن آن، به حق ناشی از عقد که برای طرف دیگر در مورد معامله ایجاد شده است، لطمه‌ای زده یا بنحوی متعرض آن شود. با این وجود در قانون مواردی پیش‌بینی شده است که برای جلوگیری از تضرر احد متبایعین و یا بنا به مصلحتی دیگر و به طور استثنایی عقد منحل شده، وضعیت قبل از آن اعاده می‌گردد که از جمله این موارد خیار شرط می‌باشد. خیار شرط که به لحاظ اهمیت و نقشی که در زندگی، قراردادها و معاملات دارد، مورد توجه روز افزون شارع مقدس و قانونگذاران کشورهای اسلامی از جمله فقه امامیه و قانون مدنی ایران قرار گرفته است. موضوع خیار شرط در عقود اسلامی قابل اعمال و حداقل قابل بررسی است. به عبارتی دیگر؛ خیار شرط را می‌توان از نظر امکان وجود خیار شرط در ایقاعات، امکان وجود خیار شرط در عقد جایز و امکان وجود خیار شرط در عقد لازم مورد بررسی قرار داد.

۴۸۵



## بخش اول: کلیات

خیار عبارتند از اقتداری که به معامله کننده داده می شود تا بتواند به صرف اراده خود حالت قبول را اعاده کرده و عقد بسته شده را منحل کند. به عبارتی در اصطلاح حقوقی خیار به حقی اطلاق می شود که به موجب آن متبایعین یا یکی از آنها می تواند عقد را برهم بزند. اقتضای قاعده در معاملات آنست که آثار عقود بلافاصله پس از انعقاد ظاهر شده هیچیک از طرفین بسادگی نتواند با برهم زدن آن به حق ناشی از عقد که برای طرف دیگر در مورد معامله ایجاد شده است لطمه ای زده یا بنحوی متعرض آن شود. با این وجود در قانون مواردی پیش بینی شده است که برای جلوگیری از تضرر احد متبایعین و یا بنا به مصلحتی دیگر و بطور استثنایی عقد منحل شده، وضعیت قبل از آن اعاده می گردد. یعنی هر طرف عقد مالک آن چیزی می شود که آنرا منتقل کرده بود.

بدیهی است که انحلال عقد به خیار را نباید با تفاسخ یا انفساخ از عقد اشتباه کنیم زیرا در اعمال خیار وجود یک اراده برای انحلال عقد لازم و کافی است. تفاوت فسخ به خیار با تفاسخ (اقاله) آنست که در اقاله هر دو طرف عقد برای انحلال آن توافق و تفاهم دارند.

## بند اول: بررسی ماهیتی موضوع

خیار شرط که به لحاظ اهمیت و نقشی که در زندگی، قراردادها و معاملات فرد دارد، مورد توجه روز افزون شارع مقدس و قانون گذاران کشورهای اسلامی از جمله فقه امامیه و قانون مدنی ایران قرار گرفته است، به نحوی که در کتب قانون و در موارد متعددی از اثر و شرایط تحقق این قاعده یعنی خیار شرط نام برده شده است و در بندهای مختلفی به این مبحث پرداخته شده است. فقهای امامیه نیز در کتب فقهی خود بررسی های مفصلی در مورد این موضوع انجام داده اند و همچنین به بیان مشروعیت خیار تبعض صفت، احکام و ابعاد مختلف آن پرداخته اند.

آگاهی نسبت به احکام شرعی مربوط به خیار و معاملات از ضروری ترین نیازهای جامعه اسلامی است و لازم است تمامی مسائل مربوط به آن به صورت شفاف و روشن بیان شود به نحوی که آحاد جامعه بتوانند از آن استفاده کنند و هر فرد در هر سطحی از معلومات و



آگاهی که هست به سهولت بتواند با احکام خیارات و معاملات آشنا شود و آنها را یاد بگیرد تا از آن احکام در زندگی روزمره خود بهره گرفته و در جهت حل مشکلات حقوقی و قانونی خود استفاده کند. بنابراین خیار شرط یکی از انواع این خیارات است که باید احکام و مسائل آن مشخص شده تا راهگشای بسیاری از مشکلات فرد در گیر در این موضوعات در دادگاه ها باشد، تا فرد بتواند به سهولت از حق خود در معاملات آگاهی یابد. تعمیم جریان خیار در معاملات اعم از عقود لازم، جایز و ایقاعات است. موضوع «خیار شرط» در عقود اسلامی قابل اعمال و حداقل قابل بررسی است. به عبارتی به لحاظ عقود، خیار شرط را می توان از نظر امکان وجود خیار شرط در ایقاعات، امکان وجود خیار شرط در عقد جایز و امکان وجود خیار شرط در عقد لازم مورد بررسی قرار داد.

خیار شرط، تنها خیار که ناشی از قرارداد است و عقد خیار عقدی است که در آن خیار شرط موجود باشد و اینکه آیا مبدأ خیار شرط در صورت اتصال زمان آن به عقد، از زمان عقد است یا از زمان جدا شدن دو طرف معامله از یکدیگر؟ از طرف دیگر، از آنجایی که بحث مبنایی این مقاله، بررسی تحلیلی احکام عمومی خیار شرط است و به علت عدم ورود پژوهشگران به این حیطه و مغفول ماندن جنبه های اختلافی کلیات احکام خیارات، سعی وافر به عمل آمده تا احکام عمومی خیار شرط، همچون قابل انتقال و توریث بودن خیار شرط و نیز تجزیه پذیری یا عدم انفکاک آنها، به بیانی رسا و علمی، بررسی شود. البته در این خصوص، به جهت ارتباط ماهوی قاعده ی «التلف فی زمن الخیار ممن لایخارله» با بحث فعلی، دیدگاه ها و نظریات مختلف فقها و حقوقدانان اسلامی، مبنی بر ضمان بایع نسبت به تلف و توقف انتقال مالکیت بر انقضای مدت خیار یا نظریه تملک با عقد خیار، به شیوه ی استدلالی و انتقادی مورد تحلیل قرار گرفته است و در هر یک از مباحث پیش گفته، به فراخور اقتضای مطلب، دیدگاه و رأی مختار نیز ارائه می گردد. در خیار شرط، آیا می توان هم شرط فسخ باشد و هم شرط مشورت با فردی معین جهت فسخ یا امضای معامله؟ بدین گونه که اگر اجنبی (طرف مشورت) امر به فسخ کند، طرف معامله (مشورت کننده) بین فسخ و امضای معامله معیر باشد (به آن بیع مؤامره نیز می گویند) از مصادیق خیار شرط، بیع خیار است که خیار در مدتی معین برای فروشنده قرار داده می شود.



## بخش دوم: مفهوم‌شناسی و مبانی نظری

بیشتر عبارات و اصطلاحات به دلیل رواج و کاربردشان در بین افراد جامعه بدون نیاز به تعریف، برای مخاطب واضح و روشنند اما برخی اصطلاحات در علوم مختلف ابزار کارند و ضمن تفاوت معنی آنها از علمی به علم دیگر، نیازمند تعریف و توصیف‌اند. کاربرد اصطلاحات تسهیل‌کننده در انتقال منظور و مقصود به مخاطب می‌باشند. کاربرد اصطلاحات در علم حقوق نیز مستثنی از این قاعده نیست، بلکه هر واژه و اصطلاحی دارای بار معنایی خاص است که آثار و تبعاتی خاص نیز به همراه دارد.

### بند اول: تاریخچه خیار شرط

برای روشن شدن تاریخچه خیار شرط به تاریخ علم فقه می‌پردازیم، زیرا خیار شرط یکی از زیر مجموعه‌های بحث متاجر است، که خود بحث متاجر یکی از ابواب فقه می‌باشد که قبل از اسلام رایج بوده و شرع مقدّس با کم کردن برخی قیود و شرایط آن را امهائ کرده است. علم فقه از وسیع‌ترین و گسترده‌ترین علوم اسلامی است که تاریخ آن از همه علوم دیگر اسلامی قدیمی‌تر است و در همه زمان‌ها در سطح بسیار گسترده‌ای تحصیل و تدریس می‌شده است. فقهای زیادی در اسلام پدید آمده‌اند که غیرقابل احصاءند. برخی از این فقها از نوابغ دنیا به شمار می‌روند و کتب فوق‌العاده زیادی در فقه نوشته شده است. بحث خیار شرط از جمله مباحثی است که فقهای عظام کم و بیش در بحث‌های متاجر خویش به مناسبت طرح مباحث خیارهای مختلف برای هر یک از متعاقدین به آن پرداخته‌اند. خیار شرط خیار عرفی است که شرع هم امهائ نموده است، یعنی در عرف شایع است که متعاقدین مبنی بر مصالحی این شروط را پیش بینی می‌کنند و تاریخچه این خیار شرط به قبل از اسلام و به زمان شارع معاملات بشری بر می‌گردد که در اسلام هم مورد قبول واقع شده و فقها روی آن بحث نموده‌اند.

### بند دوم: مفهوم‌شناسی

اولین قدم در بررسی یک موضوع داشتن تعریفی مناسب از موضوع و اجزای آن می‌باشد. با این استدلال در این مبحث جهت آشنایی بیشتر با موضوع و هدف آن، اصطلاحات و مفاهیمی که در این مقاله کاربرد بیشتری دارند را تعریف و تبیین می‌نماییم.

واژه «قرارداد» در زبان فارسی به معنای «عقد» به کار رفته است. عقد لفظاً به معنای «بستن» می‌باشد. قرارداد مترادف با عقد است و عقد مفرد کلمه عقود است که این کلمه از زبان عربی به فارسی انتقال یافته و از نظر لغوی به معنی بستن است و پیمان را به معنای عهد، قرارداد، معاهده و میثاق تعیین کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۲۵۰)

وجه تناسب معنای اصطلاحی و معنای لغوی آن است که در اثر انعقاد عقد، بین دو نفر رابطه حقوقی ایجاد می‌شود. (امامی، ۱۳۸۶، ۱۵۸)

در حقوق اسلامی، مشهور فقها ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می‌دانند و اگر لفظ در بین نباشد، می‌گویند تراضی حاصل شده است؛ یعنی در صورتی که در عقد، لفظ به کار نرود، آن چه که به وجود می‌آید، صرفاً تراضی طرفین بر امری است و عقد قرارداد به معنای حقوقی آن واقع نشده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۲۵۱)

یکی از تعاریف بسیار جالب در خصوص قرارداد، تعریفی است که صاحب جواهر ارائه فرموده‌اند: «گفتاری است از دو طرف قرارداد یا گفتاری از یک طرف و رفتاری از طرف دیگر که شرع، اثر مورد نظر طرفین قرارداد را بر آن مترتب کرده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۶۴) براساس این تعریف، آن چه که اهمیت اساسی دارد، «اراده طرفین» است.

عهد لفظ مشترکی است که در لغت به شش معنا به کار رفته است: (قلقشندی، بی‌تا، ۳۴۸) اول «امان»؛ در این خصوص خدای متعال می‌فرماید: «فَأْتَمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مَدَّتِهِمْ» (۴)، توبه) دوم «قسم»؛ خدای متعال می‌فرماید: «وَأَوْفُوا بعهْدِ اللَّهِ إِذَا عَهْدْتُمْ» (۹۱، نحل) سوم «حفاظ»؛ رسول خدا(ص) می‌فرماید: «حسن العهد من الإيمان» چهارم «ذمه»؛ که رسول خدا(ص) می‌فرماید: «لا يقتل مسلم بكافرو لا ذوعهد فی عهده.» پنجم «زمان»؛ مثلاً گفته می‌شود: این امر در عهد فلانی بوده است.

ششم «وصیه»؛ قول خدای متعال است که می‌فرماید: «و لقد عهدنا إلىٰ آءام من قبل فنسی.» (۱۱۵، طه) در مذاهب اهل تسنن تعریف صریحی از قرارداد و عقد بیان نشده ولی مانند فقهای امامیه، از جمله اصول اساسی قراردادهای، یعنی اصل لزوم را مورد تأکید قرار داده‌اند. در فقه اهل سنت نیز اصل لزوم قراردادهای حاکم است و در تمامی عقود و قراردادهای، اصل اولیه را



لزوم می‌دانند. مگر در بعضی موارد خاص که با دلیل از عموم ادله اصاله‌اللزوم خارج باشد. در فقه اهل سنت نیز مستند لزوم قراردادها، آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و آیه «حرمت» و آیه شریفه «احل... البیع...» ذکر شده است و همچون فقه امامیه، اصاله‌اللزوم منوط به صحت قرارداد از دید شرعی دانسته شده است. آن طوری که عبدالرحمن الجزیری در کتاب «الفقه علی المذاهب الاربعه» خویش بیان می‌کند، برای لزوم عقد شرایطی لازم دانسته شده است که برای هر کدام از عاقد و معقود علیه شرایطی قید کرده است که مجموعاً می‌توان گفت که تمامی شرایط صحت معامله بایستی جمع باشد تا عقدی را بتوان به صفت لزوم متصف نمود. به گونه‌ای که ایشان قائل اند: «من هذا تعلم ان كل عقد لازم، فهو صحيح و ليس كل صحيح لازماً كما في بيع الصبی فانه صحيح غير لازم و كل صحيح منعقد و بالعكس». (جزیری، ۱۴۰۴، ۱۶۸)

در حقوق ایران مفهوم واحدی از قرارداد وجود ندارد. چنان که ماده «۱۸۳» قانون مدنی می‌گوید: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» برخی از حقوقدانان ما تعریفی قانون مدنی را از عقد را صحیح نمی‌دانند. زیرا ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد را به تعهد یک طرف به قبول امری که مورد قبول طرف دیگر باشد تعریف می‌کند. با این تعریف عقود تملیکی از شمول ماده ۱۸۳ خارج می‌شود. تفاوت یا مفهوم یگانگی عقد و قرارداد نیز تا به حال مبهم باقی مانده هر چند که نظر اکثریت بر این است که آن دو مترادف است و افاده معنی واحد می‌کنند. مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی، تملیکی و مالی و غیر مالی و معوض و غیر معوض است و نیز شامل موافقت‌هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۱۱) در مفهوم لغوی قرارداد هم دلیلی نداریم که مقنن ایران دخل و تصرفی کرده باشد، بنابراین همان مفهوم لغوی حجت است و حجت بودن همین مفهوم لغوی، نقص تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را جبران می‌کند و نتیجه اینکه می‌توان گفت مفهوم قرارداد از مفهوم عقد مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اعم است ولی مقنن ایران در خارج از ماده ۱۸۳ عموماً هر جا که عقد یا عقود را بدون قرینه بکار برده منظورش مساوی است با مفهوم لغوی قرارداد، لذا عقد و قرارداد به یک معنی هستند. و به عبارتی «مفهوم لغوی قرارداد نه تنها شامل



عقود عهده و تمليكي و مالي و غير مالي و معوض و غير معوض مي شود بلكه شامل موافقتهايي كه عنوان يكي عقود را نداشته باشد نيز مي شود و همين مفهوم لغوي نقض تعريف ماده ۱۸۳ قانون مدني را جبران مي كند و تعريفی از قرارداد را به دست مي دهد» (استوار سنگري، ۱۳۷۲، ۵) قرارداد را مي توان به توافقي قانوني دو يا چند طرف در موضوع معين به قصد ايجاد اثر حقوقي مشترك تعريف كرد. قرارداد يك عمل حقوقي دوجانبه است و آن وقتي واقع مي شود كه طرفين آزادانه با يكديگر وارد گفت و گو شوند و به توافقي برسند. قرارداد را مي توان به توافقي دو يا چند طرف در موضوع معين به قصد ايجاد اثر حقوقي مطلوب و مشترك تعريف نمود. با اين تعريف قرارداد از مفاهيم ديگر ممتاز مي گردد. در نتيجه مي توان گفت كه قرارداد توافق و يا تراضي الزام آوري است كه آثار حقوقي دارد اعم از اينكه اين توافق در قالب يكي از عقود شناخته شده باشد و يا در قالب غير آنها.

### بخش سوم: تجزيه و تحليل شروط ضمن عقد در فقه اماميه و حقوق مدني

#### بند اول: لزوم رعايت شرايط اساسي صحت معامله

قانونگذار ايران، شرايط صحت شروط را به صورت ايجابي ذكر نكرده است بلكه از سويي به ذكر شروط باطل (ماده ۲۳۲ قانون مدني) پرداخته و از سوي ديگر از شروط باطل و مبطل (ماده ۲۳۳ قانون مدني) سخن گفته است. اين در حالي است كه در مورد قراردادها، در ماده ۱۹۰ قانون مدني به بيان شرايط اساسي صحت قراردادها پرداخته است. اين امر موجب طرح اين سؤال گرديده كه آيا جملگي شرايط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدني در مورد شروط نيز جاري است يا مي توان از برخي شرايط مزبور در مورد شروط ضمن عقد چشم پوشي نمود. در اين راستا گروهی از حقوقدانان (كاتوزيان، ۱۳۸۶، ۱۶۸ و عابدیان، ۱۳۸۷، ۴۰ و ۴۱) قائل به لزوم اجراي جملگي شرايط صحت قراردادها در مورد شروط گرديده اند. در مقابل، گروه ديگري از حقوقدانان (امامي، ۱۳۸۶، ۲۷۲ و شهيدی، ۱۳۸۶، ۹۲ و ۹۳) لزوم جريان همه شرايط مندرج در ماده ۱۹۰ را مورد پذيرش قرار نداده اند و شروطی از جمله شروط مجهول (البته معلوم اجمالی) و نيز شرط با جهت نامشروع را صحيح دانسته اند.



هرچند اختلاف نظرهای اصلی در مورد معلوم و معین بودن موضوع شرط و نیز مشروعیت جهت شرط است. در عین حال در مورد شرط قصد و رضا و نیز اهلیت نیز مسائل جانبی مهمی قابل بحث است. به همین جهت، به تفکیک، هریک از شرایط مزبور و جاری شدن آن در مورد شروط ضمن عقد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

قانونگذار در ماده ۱۹۰ قانون مدنی از لزوم قصد و رضا به عنوان اولین شرایط لازم برای صحت قراردادها سخن گفته است. این دو شرط تعبیر دیگری از لزوم «اراده» برای تحقق عقد است. مبنای لزوم اراده برای صحت قرارداد نیز بسیار روشن است و بازگشت به ماهیت ارادی قرارداد دارد. چرا که قرارداد از توافق اراده‌ها تشکیل یافته است. البته به رغم اینکه قانونگذار در تدوین این قسمت از قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه بهره برده است ولی در مقام تطبیق با فقه امامیه به تبع اندیشمندان فقهی به تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا پرداخته است. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۲۳۸) تفکیک مزبور نیز به این جهت است که اهمیت قصد و رضا یکسان نیست و به همین دلیل ضمانت اجراهای آن دو نیز با یکدیگر متفاوت است. توضیح اینکه آنچه سازنده قرارداد به شمار می آید قصد انشاء است. به همین جهت یکی از معتبرترین قواعد پذیرفته شده فقهی قاعده تبعیت عقد از قصد به شمار آمده است و در مواردی که آنچه واقع شده در راستای قصد نباشد و طرف قرارداد آن را قصد ننموده باشد باید از عدم تشکیل یا بطلان قرارداد سخن گفت. این مسأله از مواد قانون مدنی از جمله ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز به خوبی قابل استنباط است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی در این خصوص بیان داشته است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». با توجه به همین مراتب، فقدان قصد موجب عدم تشکیل قرارداد و بطلان مطلق قرارداد می‌گردد در حالی که فقدان رضا عدم نفوذ آن را به دنبال دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۶۲ و ۶۳) با توجه به مبنایی که برای لزوم قصد در قراردادها بیان شد به نظر می‌رسد شرط مزبور مسلماً در مورد شروط ضمن عقد لازم است. زیرا شروط نیز ماهیت ارادی داشته و تحقق آن به توافق اراده‌های انشائی است. به همین جهت همانگونه که برخی از اندیشمندان حقوقی بیان داشته‌اند؛ شرط از عقد در مرحله انشاء و ادامه اعتبار حقوقی تبعیت می‌کند. توضیح اینکه شرط



به عنوان ماهیتی اعتباری با اراده انشایی طرفین به وجود می‌آید، هر چند که همراه عقد و به تبعیت از آن تشکیل می‌گردد. به دیگر سخن تمایزی در حرکت اراده میان عقد و شرط ضمن آن وجود ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۶، ۹۰ و ۹۱) بنابراین قصد انشاء طرفین برای تحقق آن نیز لازم است.

ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر یکی از طرفین، عقد را همراه با شرط انشاء کند ولی عقد در قصد طرف دیگر بدون شرط انشاء گردد آیا عقد و شرط با یکدیگر منتفی می‌گردند یا اینکه فقط شرط تحقق نمی‌یابد. در پاسخ به این سؤال از نقطه نظر فقهی دیدگاه‌های متفاوتی ارائه گردیده است. گروهی از فقیهان (انصاری، ۱۴۲۰، ۱۷۱ و نائینی، ۱۳۷۳، ۱۱۴ و طباطبائی حکیم، ۱۴۱۰، ۲۱) از عدم تحقق عقد و شرط به دلیل عدم تطابق میان ایجاب و قبول سخن گفته‌اند. برخی از فقیهان امامی (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ۵۰۷) نیز از عدم نفوذ عقد در این حالت دفاع نموده‌اند. به اعتقاد ایشان اختلاف میان ایجاب و قبول از نظر شرط، موجب اختلاف ذاتی ایجاب و قبول نمی‌گردد بلکه چنین اختلافی فقدان رضا را به دنبال دارد. زیرا رضایت ابراز شده منوط و وابسته به وجود شرط بوده و حال که شرط مورد پذیرش قرار نگرفته، نفوذ عقد نیازمند رضایت جدید است. بنابراین ایجاب کننده می‌تواند اقدام به رد یا اجازه عقد نماید. ولی برخی دیگر از اندیشمندان فقهی (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۳۵۹) با توجه به نقش فرعی شرط، تطابق لازم برای تحقق عقد را وابسته به تطابق از لحاظ شروط ضمنی ندانسته، در فرض عدم تطابق از نظر شروط ضمنی، عقد را محقق دانسته‌اند ولی برای طرفی که عقد مشروط را انشاء نموده، حق فسخ قائل گردیده‌اند. به اعتقاد ایشان در فرضی که شرطی در قرارداد گنجانده می‌شود، تخلف از شرط مزبور یا تعذر و حتی فساد آن موجب بطلان عقد نیست بلکه عقد صحیح بوده و نهایت امر قابل فسخ است. همین امر، فرعی بودن شرط و تحقق قرارداد بدون شرط را اثبات می‌نماید.

در میان حقوقدانان نیز برخی هنگام بحث از موارد لازم برای تطابق ایجاب و قبول به تبع گروه نخست فقها، برای تطابق ایجاب و قبول، تطابق از نظر شروط ضمنی را لازم دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۸ و ۱۶۹ و طاهری، ۱۴۱۸، ۹۹) در فرض عدم تطابق از نظر



شروط ضمنی، نه تنها شرط بلکه عقد نیز محقق نمی‌گردد. دلیلی که در این خصوص ارائه گردیده، این است که با توجه به اینکه یکی از طرفین، عقد مشروط و دیگری عقد بی شرط را اراده می‌نماید، توافق اراده‌ها منتفی بوده و قرارداد تحقق نمی‌یابد. در واقع از این دیدگاه توافق در خصوصیات عقد (مانند مطلق یا مشروط بودن یا منجز یا معلق بودن) برای تشکیل قرارداد لازم است و یکی از این موارد تطابق از نظر مطلق یا مشروط بودن عقد است. مستند قانونی که در این خصوص مورد استفاده قرار گرفته است ماده ۱۹۴ قانون مدنی است. در این ماده از لزوم همانی بودن عقدی که مورد انشاء طرفین قرار گرفته است، سخن گفته شده است. در مقام تفسیر «همانی بودن عقد» ادعا شده نه تنها همانی بودن ناظر به یکی بودن ماهیت منطقی عقد مورد انشاء طرفین، بلکه مستلزم یکی بودن از حیث خصوصیات قرارداد نیز می‌باشد و مشروط یا مطلق بودن از این قبیل است. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۹)

انتقادی که می‌توان به این نظر وارد نمود این است که ملاک همانی بودن باید موارد اصلی و اساسی در نظر گرفته شود، در حالی که مفروض این است که شروط ضمنی موارد اساسی به شمار نمی‌آیند و جنبه فرعی دارند. البته طبیعی است اگر بسان برخی فقیهان (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ۵۰۹) قائل به این امر باشیم که شروط ضمنی جزئی از عوضین به شمار می‌آیند، پاسخ مسأله متفاوت خواهد بود. زیرا در چنین فرضی شرط، امری فرعی به شمار نیامده، اصولاً بطلان شرط به بطلان قرارداد می‌انجامد. لیکن این دیدگاه مورد پذیرش نیست زیرا همانگونه که برخی از اندیشمندان فقهی (انصاری، ۱۴۲۰، ۹۵) بیان داشته‌اند، شروط ضمن عقد در زمره قیودی به شمار می‌آیند که رکن مطلوب نیستند و به همین جهت نمی‌توان انتفاء شرط را موجب انتفاء عقد دانست. با پذیرش عدم جزئیت شرط است که می‌توان با گروهی از فقیهان (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۸۹) همداستان شد و از قاعده «شرط فاسد، مفسد عقد نیست»، سخن گفت. به نظر می‌رسد، قانون مدنی نیز در بحث شروط نظریه جزئیت را مورد پذیرش قرار نداده است. زیرا قانونگذار از شروط باطل و غیر مبطل نیز سخن گفته است. این امر بیانگر عدم تسری بطلان شرط به عقد است. در این میان، موارد شروط باطل و مبطل مانند شرط خلاف مقتضای ذات یا شرطی که به جهل عوضین قرارداد بیانجامد به دلیل اخلاف به



ارکان قرارداد موجب بطلان قرارداد است. طبیعی است اگر شرط ناظر به یکی از مواردی باشد که جنبه اساسی دارد، دیگر نمی‌توان در تسری بطلان شرط به عقد تردید نمود. ولی در سایر موارد باید قائل به عدم تسری بطلان شرط به عقد گردید.

### **بند دوم: شرایط اختصاصی صحت شرط**

از جمله شرایط اختصاصی شرط عبارتند از؛ مقدور بودن شرع، عدم مخالفت با شرع و قانون، داشتن غرض عقلایی، عدم مخالفت با مقتضای عقد و مجهول نبودن بودن شرط که هر یک در بندهایی مجزا قابل بررسی است. قرار دادن شرط غیر مقدور، امری بیهوده است زیرا قصد طرفین از درج شرط، پیدایش آثار آن در خارج است؛ مانند آنکه زوجه شرط نماید زوج تمامی الماس‌های جهان را برای وی آماده نماید یا در عرض یک سال به مقام ریاست جمهوری برسد. علم یا عدم علم یکی از طرفین به غیر مقدور بودن شرط، تأثیری در بطلان آن ندارد. شیخ انصاری داخل بودن شرط را در تحت توانایی طرف قرارداد، از شروط صحت آن می‌شمرد. بنابراین آنچه وی توانایی تسلیم آن را به طرف دیگر ندارد از زمره شروط صحیح بیرون است، خواه آن صفتی باشد که او نمی‌تواند عین را در حالی که واجد آن صفت است به طرف دیگر تسلیم کند نظیر شرط نمودن خوشه بستن زرع، و خواه عملی باشد که او توانایی انجامش را ندارد، نظیر این که از او خواسته شود که زرع را به خوشه بنشانند و یا خرمای کال را رسیده کند. (انصاری، ۱۴۲۰، ۲۷۶) در تقریرات میرزای نائینی آمده است؛ تعبیر شیخ از شرط نخستین دربرگیرنده مقام مقاصد ما از این عنوان نیست، و شرط را تنها در صورتی که از مقوله افعال باشد فرا می‌گیرد، زیرا چنانچه وجود صفتی بالفعل در کالای مورد خریداری لازم گرفته شود، وجود آن را نه می‌توان به مقدوریت متصف نمود نه به عدم آن. مگر این که گفته شود این اشتراط به تسلیم کالا در حال اتصاف به صفت لازم گرفته شده در آن بازگشت می‌نماید. از این رو در صورت وجود صفت، او قدرت بر تسلیم دارد و در صورت فقدان آن، قادر بر تسلیم نخواهد بود. لیکن آشکار است که با این توجیه نیز، وجود صفت به مقدوریت و یا عدم آن متصف نشد. علاوه بر آن لازم گرفتن بعضی از نتایج که حصول آن نیازمند به سببی خاص نبوده بلکه به مجرد حصول شرط تحقق می‌یابد نیز سزاوار وصف به مقدوریت و یا عدم آن نیست.



آنچه شرط معامله واقع می‌شود اگر فعلی است که طرف قرارداد باید آن را انجام دهد ناگزیر شرط صحتش این است که مستقیماً یا به واسطه اسبابی اختیاری تحت قدرت او واقع شود. لذا چنانچه بین سبب و مسبب اموری غیر اختیاری واقع باشد که گاه موجب عدم تحقق مسبب می‌شود، در آن صورت لازم گرفتن مسبب محکوم به صحت نخواهد بود. نظیر شرط نمودن این که طرف عقد زرع را به خوشه بنشانند و یا خرمای کال را به رسیده مبدل سازد. و آشکار است که تحقق مشروط از افعال الهی است که به واسطه امور خفی و غیر آن تحقق می‌یابد. و آنچه بندگان در پیدایش این امور مانند آب دادن و مثل آن انجام می‌دهند تنها معدّ پیدایش آنها است نه شرط کافی. اما اگر شرط از قبیل اوصاف کالای مورد خریداری است ناگزیر باید به هنگام عقد در آن موجود باشد تا طرف عقد به تبع استیلاش بر عین بر آن نیز مستولی باشد. اما اگر وصف به هنگام عقد موجود نیست و تنها وقوع آن در آینده محتمل است، لازم گرفتن آن در معامله صحیح نیست زیرا عدم پیدایش آن نیز محتمل است، پس تحقق آن در تحت سلطنت طرف قرارداد نمی‌باشد. (سرخوش، ۱۳۷۴، ۲۳-۲۵)

به طور خلاصه می‌توان گفت، غرض از درج شرط در ضمن عقد ایجاد آن به نفع مشروطه است و طرف معامله باید قدرت انجام آن را در اختیار داشته باشد و همچنین تحقق شرط باید در خارج قابل تصور باشد. به طور مثال؛ مشتری می‌گوید که من این باغ را می‌خرم به شرطی که درختانش میوه دهد. با اینکه ایجاد مقدمات با طرف معامله است ولی میوه دادن در اختیار او نیست (بلکه در حیطة قدرت الهی است). در حالی که موضوع شرط محیا کردن مقدمات نبود بلکه میوه دادن درختان بوده که در اختیار او نیست تحقق موضوع شرط در قدرت مشروط علیه نیست پس مقدور نبودن عمل به چنین شرطی به معنای خارج بودن از توان طرف معامله (مشروط علیه) است.

### بند سوم: عدم مخالفت با شرع و قانون

مهمترین امر معتبر در صحت شرط عدم مخالفت آن با کتاب است و دلیل اعتبارش اخبار بسیاری است که مضمون بعضی از آنها، بطلان شرط مخالف کتاب یا آنچه در کتاب نیست و یا آنچه غیر کتاب است و یا آنچه حلالی را حرام یا حرامی را حلال سازد، می‌باشد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰۳ و ۱۰۴)



برخی فقها عقیده دارند؛ شرط گاه به لحاظ متعلق (مشروط) اتصاف به مخالفت پیدا می کند و گاه به لحاظ خود شرط (التزام). مراد از حکم کتاب و سنت که مخالف نبودن با آن شرط صحت شروط است، حکم ثابت در شرع است؛ به گونه ای که با شرط تغییرپذیر نباشد؛ چون حکم شرعی ثابت برای موضوعی گاه برای خود آن موضوع، صرف نظر از ملاحظه عنوان عارضی بر آن، ثابت است مانند مباحات، مستحبات و مکروهات و گاه مطلقاً ثابت است، حتی با ملاحظه عناوین عارضی بر آن، مانند اغلب محرّمات و واجبات. اگر شرط بر آنچه از نوع نخست است وارد شود، التزام به آن، مخالف کتاب و سنت نخواهد بود؛ اما اگر بر نوع دوم وارد شود، مخالف کتاب و سنت و باطل خواهد بود. و برخی دیگر گفته اند؛ حکم در همه موضوعات؛ اعم از واجبات و محرّمات یا مستحبات و مکروهات و مباحات، برای موضوع فی نفسه، قطع نظر از عوارض ثابت است و با عروض عنوانی دیگر، تراحم رخ می دهد و اهم مقدم می شود؛ لیکن مزاحم واجب و حرام جز آنجا که در نهایت قوت باشد، مانند ضرری و حرجی بودن، نمی تواند بر واجب و حرام غلبه کرده و بر آن مقدم شود. وضع احکام تکلیفی چنین است؛ اما در احکام وضعی صرف اطلاق یا عموم ثابت کننده حکم، در حکم به مخالف بودن شرط مخالف اطلاق یا عموم کفایت می کند، مگر آنکه به دلیلی ثابت شود که حکم وضعی خاصی به سبب شرط قابل تغییر باشد. (یزدی، ۱۳۷۷، ۱۰۹-۱۱۱)

### نتیجه گیری

در جمع بندی مطالب مورد بررسی و در اثبات یا رد فرضیات این اثر علمی، می توان موارد زیر را به عنوان نتیجه بیان نمود:

سؤال اول این بود که؛ دیدگاه قانون مدنی ایران و فقه امامیه در رابطه با خیار شرط چیست؟ در پاسخ به سؤال مذکور این فرضیه بیان شد که؛ قانون مدنی ایران و فقه امامیه خیار شرط در معاملات را جایز می دانند. در رابطه با فرضیه اول به این نتیجه رسیدیم که؛ فقها و حقوقدانان در توجیه جایز بودن خیار شرط در معاملات نظریات مختلفی ارائه نموده اند. در بیان ماهیت فقهی شرط نظریات مختلفی ارائه شده از جمله اجزا یا ارکان متشکله عمل حقوقی، اشتراط و تعلیق و نیز تعهد ضمن عقد. این نظریات در این نکته مشترکند که شرط و عقد را به عنوان دو تراخی



جداگانه در نظر نمی‌گیرند، بلکه تراضی واحد صورت می‌گیرد. به این صورت که شرط ممکن است قید عقد، یا جزئی از عوضین معامله، یا وصف مورد معامله و یا اثر مستقیم عقد تلقی شود ولی به هر حال عقد مشروط، واحد یکپارچه‌ای است که بررسی شرط ضمن آن به صورت مستقل انجام نمی‌گیرد. در بیان ماهیت حقوقی شرط نیز نظریات مختلفی ارائه شده از جمله نظریه عقد بودن شرط، شرط و قید و نیز شرط، مقتضای فرعی عقد. با این اوصاف فرضیه اول به اثبات می‌رسد.

سؤال دوم این مقاله این بود که؛ از نظر فقهی و قانون مدنی خیار شرط را بر چه عقدهایی می‌توان جاری کرد؟ پاسخ این سؤال این فرضیه بود که؛ از نظر فقه و قانون مدنی شرط کردن خیار در عقد برای هریک از فروشنده و خریدار و نیز برای اجنبی به تنهایی یا همراه یکی از دو طرف عقد صحیح است. در رابطه با فرضیه دوم به این نتیجه رسیدیم که؛ شروط صحیح، شروطی است که بدون آنکه خللی در صحت عقد بگذارد دارای اثر است و شروط صحیح خود به سه قسم صفت، نتیجه و فعل تقسیم می‌شود؛ شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط صفت ممکن است گاهی مربوط به ماهیت مورد معامله باشد که در برخی موارد متفاوت ماهوی مانند تخلف شرط صفت موجب حق فسخ در برخی موارد دیگر سبب بطلان عقد است (ماوقع لم یقصد) و شرط نتیجه عبارت از شرط نمودن مقتضای یکی از عقود در ضمن معامله دیگر می‌باشد. در این صورت به نفس درج شرط مزبور ضمن عقد اصلی، آن نتیجه چنانچه مانع قانونی نداشته باشد، حاصل خواهد شد و دیگر نیازی به انشای عقدی که مولد آن نتیجه است، نخواهد بود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. بنابراین از نظر قانون مدنی شرط فعل بر دو قسم است؛ شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی. با این اوصاف فرضیه دوم هم به اثبات می‌رسد.

سؤال سوم این بود که؛ از نظر فقهی و قانون مدنی آیا خیار شرط را می‌توان انتقال داد؟ فرضیه بیان شده در مقابل سؤال مذکور این گونه بود؛ در مورد انتقال شرط خیار بین فقه و قانون مدنی تفاوت وجود دارد. از نظر قانون مدنی وجود خیارهای قانونی مانع از انتقال نیست و

مالک جدید حق هرگونه تصرف مادی و معنوی را در ملک خود دارد. در رابطه با فرضیه سوم به این نتیجه رسیدیم که؛ فقهای که عدم انتقال شرط را مطرح نموده‌اند، در استدلال بر نظر خویش کیفیت تراضی متعاقدين را مورد استناد قرار می‌دهند. بنابراین در صورت عدم تحقق شرط اساساً انتقال ثابت نمی‌شود زیرا اصل عدم انتقال هر یک از عوضین به متعاقدين است مگر اینکه انتقال ثابت گردد و ثبوت انتقال نیز با توجه به نحوه تراضی طرفین صرفاً در صورت تحقق شرط امکان‌پذیر است. و از منظر حقوقی انتقال قهری خیار هر چند به اختصار مدنظر حقوقدانان واقع شده اما در اکثر آثار حقوقی اشاره چندانی به انتقال تبعی و ارادی خیار نشده است و به طور کلی اتفاق آراییی در عقاید علمای حقوق در این زمینه وجود ندارد؛ عده‌ای بر این نظرند که انتقال خیار به همراه انتقال موضوع قرارداد محتمل و جایز است. انتقال حق فسخ به ثالث به طور مستقل با ممانعی مواجه نیست و صرف آن که انتقال خیار ارزش مالی برای یکی از دو طرف قرارداد در پی داشته باشد کافی است؛ به ویژه، اگر برای ثالث نیز از لحاظ معنوی نفع عقلایی قابل تصور باشد و عرف نیز این انتقال را بیهوده نداند. با این اوصاف می‌توان گفت؛ قسمت اول فرضیه سوم، اثبات ولی قسمت دوم آن رد می‌شود.

سؤال چهارم این مقاله این بود که؛ از نظر فقهی و قانون مدنی آیا برای خیار شرط باید زمان تعیین شود؟ فرضیه بیان شده در پاسخ به این سؤال این بود که؛ از نظر فقه و قانون مدنی باید در خیار شرط مدت معلوم باشد، به گونه‌ای که احتمال کاهش یا افزایش آن نرود و گرنه هم شرط باطل است و هم معامله. در رابطه با فرضیه چهارم به این نتیجه رسیدیم که؛ اگر در ضمن عقد شرطی قرار داده شود که سبب ابهام مورد معامله گردد مانند شرطی که مدت آن نامعلوم و مجهول است، در واقع یکی از شرایط اساسی صحت آن عقد از بین رفته و در نتیجه آن عقد و شرط باطل خواهد بود. لذا شرط مجهول وقتی موجب بطلان عقد می‌شود که جهل به عوضین سرایت کند و آن را مجهول سازد. با این تفاسیر فرضیه چهارم نیز اثبات می‌شود.



## منابع و ماخذ

۱. اعتضاد، محمد؛ «خيار شرط»؛ نشریه «مجله كانون و کلاهی مرکز، شماره ۷، ۱۳۲۷
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، ج ۱، نشر میزان، تهران.
۳. امیری قائم مقامی، (۱۳۷۸)، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر امیرکبیر.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد یک، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، تهران.
۵. بروجردی عبده، محمد، (۱۳۶۸)، اصول قضایی، قسمت حقوقی، مستخرجه از احکام دیوان عالی کشور، چاپ تابان.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، ج ۳، نشر گنج دانش، تهران.
۷. سیاح، احمد، (۱۳۳۰)، فرهنگ بزرگ جامع نوین، ج ۲، تهران، کتاب فروشی اسلام، چ ۹.
۸. شبیری، زهرا، (۱۳۸۵)، مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد، پژوهش های دینی، تهران، سال دوم، شماره ۴.
۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان، چ ۱.
۱۰. غفاری، حسین، (۱۳۸۷)، قاعده الواحد، مجله فلسفه، شماره ۸.
۱۱. فرحزادی، علی اکبر، (۱۳۸۵)، رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۳۸ و ۳۹.
۱۲. فریار، حسین، (۱۳۶۵)، اصل صحت، مجموعه مقالات حقوقی، زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرجی، ناشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۳. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و قبولی درافشان، سیدمحمد هادی، (۱۳۹۱)، بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، شماره نخست.
۱۴. قلقشندی، ابوالعباس احمد بن علی، صبح الأعشی فی کتابه الانشاء، ج ۹، وزارة الثقافة و الإرشاد القومي، المؤسسة المصریة العامه للتألیف والترجمة و الطباعة والنشر، بی تا.
۱۵. نجم آبادی، میرزا ابولفضل، (۱۳۶۸ش) الرسائل الفقهیه، نشر کوثر، قم.
۱۶. نراقی، ملا احمد، (۱۳۷۵ش) عوائد الأيام، قم، مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی، چ ۱.
۱۷. وحید بهبهانی، محمد باقر، (۱۴۱۷ق) حاشیه مجمع الفائده و البرهان، بی جا، مؤسسه العلامه المجدد الوحيد البهبهانی، چ ۱.

