

## Research Article

# The Possibility of Stipulating the Termination of Option before Contract in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law

Jafar Nezamolmolki<sup>1</sup>

Moahmmad Salehi Mazandarani<sup>2</sup>

Received: 07/02/2023

Accepted: 24/10/2023



### Abstract

Option belongs to the category of rights, not obligations, and therefore it can be terminated. The notion of terminating an option before the contract refers to eliminating the cause and necessity of the option right, rather than nullifying it after its creation. There is uncertainty regarding the capability of stipulating the termination of an option before the contract in Imami jurisprudence and Iranian positive law. The stipulation for the termination of an option before the contract may take the form of a separate agreement regarding the option, an independent condition concerning the option, or even an incidental provision other than the contract that includes the option right. Based on the findings of the present descriptive-analytical study, considering the evolved jurisprudential developments, it is possible and acceptable to stipulate the termination of an option before the contract in each of the aforementioned forms in

---

1. Ph.D., Private Law, University of Qom, Qom, Iran (Corresponding author).

Email: jafarnezamolmolki@gmail.com.

ORCID: 0000-0003-3386-0624

2. Associate Professor, Department of Private Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-0996-4944

\* Nezamolmolki, J., & Salehi Mazandarani, M. (1402). The Possibility of Stipulating the Termination of Option before Contract in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Fiqh*, 30(115), pp. 133-158. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.65920.2616>

● © Author (s).

Imami jurisprudence and Iranian law. However, the existing civil law regulations in this regard are incomplete and ineffective, and their modification, from the perspective of a general definition of conditions that also encompasses pre-contractual conditions, the acceptance of the stipulation for the termination of the option before the contract, the expression of various forms of its legal implications, and ultimately the determination of essential instances of options, is necessary.

**Keywords**

Pre-contractual condition, option condition, termination of option, incidental condition, option right.



### مقاله پژوهشی

## قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

جعفر نظام‌الملکی<sup>۱</sup>      محمد صالحی‌مازندرانی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

### چکیده

خیار از زمره حقوق است و نه احکام؛ از این رو می‌توان آن را ساقط نمود. منظور از سقوط خیار قبل از عقد از میان بردن سبب و مقتضی حق خیار است و نه اسقاط آن پس از ایجاد. درباره قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران تردید وجود دارد. شرط سقوط خیار قبل از عقد ممکن است در قالب قرارداد مستقل درباره خیار، ایقاع مستقل درباره خیار و همچنین ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار صورت گیرد. بر مبنای نتایج تحقیق حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی به عمل آمده است، با توجه به تحولات فقهی صورت گرفته، شرط سقوط خیار قبل از عقد، در هر یک از صورت‌های پیش گفته در فقه امامیه و همچنین در حقوق ایران ممکن و مورد پذیرش است، با وجود این مقررات قانون مدنی در این زمینه ناقص و ناکارآمد است و تغییر آنها از منظر بیان تعریف عام از شرط، به گونه‌ای که شروط قبل از عقد را نیز در بر گیرد و همچنین پذیرش شرط سقوط خیار پیش از عقد و بیان احکام صورت‌های مختلف آن و در نهایت تعیین مصادیق خیارات ضروری است.

### کلیدواژه‌ها

شرط قبل از عقد، شرط خیار، سقوط خیار، شرط ضمن عقد، حق خیار.

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

jafarnezamolmolki@gmail.com.

ORCID: 0000-0003-3386-0624

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران.

m.salehimagandarani@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-0996-4944

\* **استناد به این مقاله:** نظام‌الملکی، جعفر؛ صالحی‌مازندرانی، محمد. (۱۴۰۲). قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران. فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۱۳۳-۱۵۸.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.65920.2616>

© Author (s)



۱۳۳  
فقه

قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد موضوع تردید فقهی و حقوقی است. اگرچه این بحث در آثار فقیهان مغفول نمانده است، غالباً پرداختن به آن و تحلیل مسئله پیش از تحولات اخیر در فقه و حقوق از منظر اصل آزادی قراردادهای، شناسایی قراردادهای نامعین، اندیشه پذیرش شرط ابتدایی، ردّ نظریه بطلان اسقاط مالیم یجب و ... و یا بدون توجه به آنها بوده است. افزون بر این در اینجا تردیدهایی در زمینه اینکه آیا اسقاط خیار قبل از عقد ممکن است؟ و آیا پذیرش شرط سقوط خیار قبل از عقد با توجه به ماهیت شرط و اینکه بسیاری از فقیهان (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۳۳۶ و سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۹-۴۶) و حقوق دانان (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۵ و امامی، ۱۳۳۴، صص ۲۶۸-۲۶۹ و کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۲۹۶-۲۹۷ و قاسم‌زاده، ره‌پیک و کیایی، ۱۳۹۰، ص ۹۵ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۳۸۵) برای شرط نسبت به عقد ماهیت تبعی قائل اند ممکن است؟

از منظر ضرورت کاربردی، مصادیق مختلف شرط سقوط خیار قبل از عقد نیز متصور و محقق بوده است که ضرورت توجه و پرداختن به وضعیت حقوقی شرط یادشده را توجه می‌نماید؛ صرف نظر از شرط ضمنی بنایی، امروزه در مواردی که رویه معاملاتی فی‌مابین اشخاص برقرار می‌شود، با انعقاد یک تفاهم‌نامه برخی شروط اصلی، از جمله شرط سقوط خیار، موضوع توافق واقع گردیده و پس از آن معاملات متعددی بین اشخاص محقق شده و به واسطه اصل سرعت و اعتماد، بسیاری از جزییات موضوع توافق مجدد واقع نگردیده و در موارد سکوت شرط سقوط خیار نسبت به قراردادهای بعدی جریان می‌یابد.

افزون بر این در زمینه قراردادهای مرتبط بعدی نسبت به موضوع واحد نیز چه‌بسا پیش از عقد، شرط سقوط خیار موضوع توافق واقع گردد؛ همچون آنکه شرکت نرم‌افزاری در حین فروش محصول نرم‌افزاری خویش شرط سقوط خیار را درج نماید و در قرارداد فروش درج کند که فروش هرگونه برنامه ارتقا و توسعه همین نرم‌افزار با شرایط مشابه با قرارداد حاضر بوده و در صورت مسکوت ماندن موضوع در توافق‌های بعدی، این توافق نسبت به آنها جریان می‌یابد.

پذیرش سقوط خیار در رویه تجاری و معاملاتی در حوزه خاص و معاملات اشخاص در بستر رویه مذکور، پس از نهادینه شدن سقوط خیار به عنوان یکی از اجزای مفروض توافق و همچنین تسری شرط سقوط خیار عیب در قرارداد بیع نسبت به قراردادهای بیع آینده محصولات مرتبط با محصول اولیه نیز دیگر مصادیق شرط سقوط خیار هستند.

ممکن است در قراردادهای ارفاقی و یا در مواردی که یکی از دو طرف در صدد جلب رضایت و اعتماد طرف مقابل برای انعقاد معاملات متعدّد در دوره زمانی خاص می‌باشد، اقرارنامه‌ای حاوی ایقاع را از جمله نسبت به اسقاط حق خیار در ارتباط با بعضی صورت‌های خیار یا تمامی آنها درباره هر یک از عقود مذکور که در آینده محقق می‌گردند، تنظیم کند.

تحقیق حاضر می‌کوشد قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد را در فقه امامیه و حقوق ایران با لحاظ تحولاتی چون آزادی قراردادها و شناسایی عقود غیرمعین، اندیشه پذیرش شروط ابتدایی و رد نظریه بطلان اسقاط مالم یجب و ... مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهد. برای دستیابی بدین مقصود در قسمت نخست مقاله، قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد به‌طور کلی و در قسمت دوم مقاله، قابلیت شرط مذکور در مورد صورت‌های گوناگون این شرط، یعنی قرارداد مستقل درباره سقوط خیار قبل از عقد، شرط سقوط خیار قبل از عقد در قالب ایقاع مستقل و همچنین شرط سقوط خیار ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار تحلیل و ارزیابی شود.

## ۱. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به‌طور کلی

### ۱-۱. نظریه عدم قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به‌طور کلی

مشهور فقیهان امامیه یکی از شرایط اساسی الزام‌آور بودن شرط را ذکر آن ضمن عقد می‌دانند و دیگر شروط را الزام‌آور نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۳۶ و سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۶-۴۹)؛ بر این اساس ایشان شرط سقوط خیار قبل از عقد را الزام‌آور نمی‌دانند

(انصاری، پیشین، ۳۸). مهم‌ترین مستندات و ایرادات مورد استناد دیدگاه مخالف در ذیل مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد:

۱. در اکثر کتاب‌های لغت شرط به معنای الزام و التزام چیزی در ضمن عقد بیع و دیگر عقود آمده است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۸). از نظر اصطلاحی نیز شرط همواره در ارتباط با چیز دیگر (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۳۷) و یا به تبع آن تبیین و تفسیر می‌گردد. عرف عقلا نیز از لغت شرط، تعهد ضمن معامله را می‌فهمد؛ بنابراین ادله شروط، شرط سقوط اختیار قبل از عقد را در بر نگرفته و نمی‌توان بر مبنای آنها بر الزام آور بودن این نوع شرط قائل شد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۱).

۲. شرط در لغت، عرف و اصطلاح به معنای الزام و التزام است (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۳۰۳-۳۰۱ و ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۲). شرط سقوط اختیار از نوع شرط نتیجه بوده است که نمی‌تواند موضوع الزام و التزام واقع گردد؛ زیرا امری خارج از قدرت و اختیار مشروط علیه می‌باشد (گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۱۹).

۳. مطابق فقه شافعی و دیدگاه بسیاری از فقیهان امامیه پیش از عقد حتی سبب و مقتضی حق اختیار هم ایجاد نشده است؛ از این رو سقوط اختیار قبل از عقد اسقاط مالم یجب و در نتیجه باطل است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۹ و اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۲ و گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۱۹)؛ مخالفان در این زمینه به‌ویژه به روایت «یتخیرون اذا غبنوا؛ زمانی که مغبون واقع شدند، اختیار می‌یابند» در مورد اختیار غبن استناد می‌کنند؛ بدین نحو که بر مبنای این روایت اشخاص تنها زمانی حق اختیار می‌یابند که مغبون واقع شوند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۹، و عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص ۱۹۶ و ۲۰۰ و ۲۱۱)؛ بنابراین همچنان که پیش از ایجاد غبن حق اختیار برای اشخاص متصور نیست، پیش از عقد نیز که هنوز حق اختیار محقق نشده است، نمی‌توان آن را ساقط کرد. این چنین شرط سقوط اختیار قبل از عقد اسقاط مالم یجب است که وفق حکم عقل و اجماع فقیهان امامیه باطل می‌باشد (مولودی قلابچی، ۱۳۷۹، ص ۹۵).

۴. عقود اسلامی محدود و منحصر به موارد معین موجود در زمان شارع است و نه غیر آن. از میان فقیهان شیعه، فقیهانی که به تأسیسی بودن عقود و الفاظ معامله‌ها قائل‌اند

و همچنین فقیهانی که بر مبنای اعتقاد به عدم ورود دلیل بر صحت عقود غیرمعین، اصل اولی فساد را بر آنها حاکم می‌دانند، مانند صاحب مسالک، صاحب ارشاد، صاحب قواعد، صاحب ریاض و صاحب غنیه (ابن زهره)، عقود غیرمعین و جدید را قبول ندارند (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲، ص ۸۱). مطابق این دیدگاه شرط سقوط خیار قبل از عقد اگر در قالب ایقاع و یا قرارداد مستقل باشد، چون با هیچ یک از عناوین معین انطباق ندارد، باطل است.

۵. شرط همواره در ارتباط با یک عقد معنا می‌یابد (موسوی خویی، پیشین، ص ۱۳۷)؛ بر این اساس مشهور فقها یکی از شرایط اساسی الزام آور بودن شرط را ذکر آن در ضمن عقدی می‌دانند که شرط ناظر بر آن استو با توجه به همین واقعیت، شروط ابتدایی را باطل دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۳۳۶؛ سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۶-۴۹)؛ بنابراین در بطلان شرط سقوط خیار قبل از عقد تردید نباید کرد.

۶. حتی در فرض پذیرش این امر که عموم ادله شروط، شروط قبل از عقد را نیز در بر می‌گیرد و شروط مذکور بر مبنای ادله پیش گفته لازم الاتباع است، با توجه به روایاتی که بر بطلان شروط سابق بر عقد دلالت دارند و ادعای اجماع در خصوص آنها از سوی برخی فقیهان همچون صاحب ریاض المسائل شده است، باید قائل بر آن شد که ادله عام شروط از این منظر و در ارتباط با شروط سابق بر عقد تخصیص خورده است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۸۱) و شرط سقوط خیار قبل از عقد را در بر نمی‌گیرد و در نتیجه شرط مذکور الزام آور نیست. با توجه به همین واقعیت برخی فقیهان شرط خارج از قرارداد از جمله شرط سقوط خیار قبل از عقد را مترادف وعده دانسته‌اند و در اثبات وجوب وفای به آن تردید کرده‌اند (همان، ص ۱۸۲). برخی از نویسندگان نیز پذیرش وصف الزام آور برای شروط این چنین را بر پذیرش وجوب وفای به وعده مبتنی می‌دانند؛ «لیکن علی الظاهر چنین دلیلی وجود ندارد» (گرگی، ۱۳۸۷، ص ۴۶).

## ۲-۱. اثبات قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد

### ۱-۲-۱. نقد ایرادهای مخالفان قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد

در نقد ایرادهای مخالفان، با همان ترتیبی که در بحث از نظریه عدم قابلیت شرط

سقوط خیار قبل از عقد موارد ایرادها ذکر گردید، به نقد و ارزیابی آنها می‌پردازیم:

۱. به‌رغم ادعای مخالفان نمی‌توان به طور مطلق گفت که شرط در لغت به معنای الزام و التزام ضمن بیع و مانند آن است؛ بلکه بعضی از اهل لغت شرط را تعهد معنی کرده‌اند. افزون بر این در فهم اصطلاحات شرعی نخست می‌بایست حقیقت شرعی، در صورت فقدان آن حقیقت عرفی (عرف متشرعین) و سپس حقیقت لغوی ملاک قرار گیرد؛ نه آنکه از بدو امر حقیقت لغوی ملاک قرار گیرد (محقق داماد، ۱۳۹۰، صص ۶۳-۶۴).

در مورد اصطلاح شرط، از برخی روایات معصومین بر می‌آید که شرط به معنای مطلق التزام و تعهد است، صرف نظر از آنکه ضمن عقدی از عقود باشد یا خیر (صائمی، ۱۳۸۲، ص ۸۴). در ذیل به چند مورد از این روایات اشاره می‌شود:

- در حدیث بیع بریره، امام علیه السلام فرمود: «ان قضاء الله احق و شرطه اوثق». در این روایت به عهد خداوند با انسان اطلاق «شرط» شده است، بدون اینکه مرتبط با عقدی باشد (ذاکر صالحی، پیشین، ص ۱۸۶ و انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۰۱).

- عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام پرسید اگر مردی با زوجه‌اش شرط کند که اگر من ازدواج مجدد کردم، تو مطلقه باشی، چه حکمی دارد؟ حضرت پاسخ داد این شرط باطل است و سپس فرمود رسول الله گفته است: «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله لایجوز ذلك له و لا علیه» (طباطبایی، بی‌تا، ص ۳۲۸). «هر کس شرطی مغایر با کتاب خدا را شرط نماید، نه مشروط له جائز به استفاده و استناد به شرط مذکور است و نه آنکه مشروط علیه الزامی در خصوص اجرای شرط دارد».

در این روایت سؤال راوی درباره شرط ابتدایی است و نه شرط ضمن عقد نکاح و امام پاسخ آن را به‌طور کلی داده است، اعم از اینکه شرط ضمن عقد باشد یا خیر.

در مرحله بعد در فرض بعید فقدان، حقیقت شرعی، حقیقت عرفیه و عرف متشرعین ملاک عمل خواهد بود و به رجوع به حقیقت لغوی نیازی نیست. شرط در عرف به معنای مطلق الزام و التزام است؛ چنان‌که فقیهان ادوار مختلف نیز از شرط چنین برداشت کرده‌اند و بارها برای لزوم عقود به حدیث شریف «المؤمنون/ المسلمون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند. در این وضعیت بدون تردید صدق شرط بر خود عقد، مستلزم آن است



که مدلول شرط، مطلق الزام و التزام باشد، نه صرفاً التزامات تبعی (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۶۴). از نظر اصطلاحی نیز این معنا را برخی فقیهان شاخص و سرآمد همچون شیخ انصاری، محمد کاظم طباطبایی یزدی و نراقی پذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۰۳ و شکاری، ۱۳۷۷، ص ۸۶).

۲. این ایراد که شرط سقوط خیار از نوع شرط نتیجه بوده و نمی‌تواند موضوع الزام و التزام قرار گیرد نیز مردود و متضمن نوعی تناقض است؛ زیرا مخالفان نیز شرط را به معنای الزام و التزام می‌دانند. در این وضعیت، چنانچه نتیجه، موضوع شرط که نوعی الزام و التزام است، واقع گردد، باید ماهیت شرط گونه‌آن مورد سؤال قرار گیرد؛ این در حالی است که این امر مورد تردید مخالفان قرار نگرفته و ایشان همواره در تعبیرها و استدلال‌های خویش از اصطلاح «شرط نتیجه» استفاده کرده‌اند (گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۲۰). به علاوه آنچه در شرط نتیجه موضوع الزام و التزام واقع می‌گردد، نتیجه عقود و ایقاعات است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۵۹)؛ بر این اساس شرط نتیجه تنها در مواردی ممکن است که نتیجه به صرف اشتراط حاصل شده و به سبب خاصی احتیاج نداشته باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۵۹ و صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۹۳ و کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۴)؛ این چنین سایر مواردی که نیازمند سبب خاصی است، اعم از آنکه انجام‌دادن آن برای مشروط علیه مقدور باشد و یا آنکه قادر به انجام آن نباشد، خارج از قلمرو شرط نتیجه است؛ بنابراین این ایراد که مبتنی بر اینکه شرط نتیجه خارج از حیطة قدرت و اختیار شرط‌کننده می‌باشد، نیز منتفی است.

۳. ادعای مخالفان شرط سقوط خیار پیش از عقد مبنی بر اسقاط مالیمه موجب بودن آن، ادعایی ضعیف بوده و نمی‌توان بر مبنای آن نسبت به الزام‌آور بودن شرط سقوط خیار ضمن عقد تردید کرد؛ زیرا آنچه از شرط سقوط خیار قبل از عقد مورد نظر است، اشتراط عدم خیار و عدم ثبوت آن در بدو امر و جلوگیری از ایجاد خیار از ابتداست؛ از این رو اساساً چیزی محقق نمی‌گردد تا اسقاط گردد؛ بنابراین ایراد اسقاط مالیمه موجب خود به خود مرتفع می‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۱۴۸).

چنانچه معتقد شویم که شرط مذکور مصداق اسقاط مالیمه است نیز باز هم در الزام‌آور بودن آن تردید نباید کرد؛ زیرا هیچ دلیل متقنی مبنی بر بطلان اسقاط مالیمه

وجود ندارد (موسوی خویی، بی تا، ج ۷، ص ۱۲۳ و نظام الملکی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۷، صص ۱۲ - ۱۳). توضیح آنکه مستندات قائلان به بطلان اسقاط مالیم یجب دو چیز است: (۱) محال عقلی مالیم یجب؛ (۲) اجماع فقیهان امامیه بر بطلان اسقاط مالیم یجب (مولودی قلابچی، ۱۳۷۹، ص ۹۵).

محال عقلی اسقاط مالیم یجب مورد تردید است؛ چنانکه عقل انشای طلاق پیش از ازدواج و انشای بیع قبل از معامله را محال نمی دانند (موسوی خویی، بی تا، ص ۳۴)؛ در حالی که در این موارد نیز فرد نسبت به اموری که در آینده ایجاد می شود، انشای حق و ایجاد اثر حقوقی می نماید.

آنچه از سیره عقلا بر می آید نیز منع موارد اسقاط مالیم یجب بر مبنای محال عقلی آنها نیست، بلکه سیره عقلا خود مؤید اسقاط مالیم یجب بوده و موارد اسقاط مالیم یجب را دارای اثر می داند (موسوی خویی، بی تا، ص ۷۴) نه آنکه آن را منع کند.

اجماع یادشده نیز ناشی از تعبد و لزوم تبعیت از حکم شارع بر مبنای تعبد مذکور نیست، بلکه این اجماع از منظر عدم اعتبار اسقاط مالیم یجب در نزد عقلا مطرح گردیده است؛ در حالی که چنان که گذشت عقلا منعی برای اسقاط مالیم یجب قائل نیستند (موسوی خوئی، بی تا، ج ۶، ص ۳۳۷). به علاوه جواز اسقاط مالیم یجب در میان فقیهان امری معروف است؛ لذا نمی توان در مورد بطلان آن ادعای اجماع کرد (موسوی خوئی، بی تا، ج ۷، ص ۳۵).

۴. امروزه در فقه امامیه و در میان فقیهان متأخر اندیشه توقیفی بودن عقود و در پی آن انحصار آنها به موارد معین مهجور مانده است. بیشتر فقیهان متأخر و همچنین فقیهان بزرگ معاصر همچون سید کاظم یزدی، شیخ انصاری، نائینی و خوانساری، امام خمینی، و صاحب مصباح الفقاهه، صاحب عناوین الفقهیه، صاحب نهایه المقال، صاحب مناهل، بر مبنای امضایی بودن عقود و اینکه عموم و اطلاق ادله از عقود معین و متداول در عصر شارع فراتر رفته، عقود غیر معین را نیز از نظر شرعی صحیح می دانند (سلیمان پور، پیشین، ص ۸۳).

امروزه در نظام حقوقی کشورهای گوناگون و حقوق ایران اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و به تبع آن، آزادی شروط اصلی مسلم و فراگیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۵،

ص ۳۲ و ماده ۹۷۵ قانون مدنی). این چنین دیگر اندیشه توفیقی بودن عقود و حصر آن به موارد معین، نه در فقه معاصر و نه در حقوق ایران، محلی برای اجرا نیافته و منسوخ گردیده است؛ از این رو با این توجیهاات نمی توان در الزام آور بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد، در مواردی که ضمن عقدی از عقود معین نیامده، تردید کرد.

۵. در پاسخ به ایراد شرطیت ذکر در عقد، به عنوان یکی از شرایط اساسی الزام آور بودن شرط و بطلان شرط سقوط خیار به دلیل فقدان این خصیصه باید گفت: شرطیت مذکور امری متفق القول نیست تا مبنای توجیه نظر مخالفان شرط سقوط خیار قبل از عقد قرار گیرد. از یک سو برخی از فقیهان بزرگ همچون شیخ طوسی و قاضی ابن براج طرابلسی (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱ و طرابلسی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۵۴) شرط سقوط خیار پیش از عقد را نیز صحیح می دانند. از سوی دیگر در بحث از شروط صحت شرط از شرطیت ذکر در عقد سخنی به میان نیامده است (محقق داماد، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۶۵ و گرجی، ۱۳۸۷، صص ۴۶-۴۷). قدر متیقن آنکه این امر چنین می رساند که از نظر ایشان شرط ذکر در عقد شرط الزام آور بودن شرط نیست؛ بنابراین مبنا و مستند مخالفان در رد شرط سقوط خیار قبل از عقد، از این منظر که شرط ذکر در عقد یکی از شروط اساسی الزام آور بودن شرط است، امری اختلافی بوده که نمی تواند در مقام احتجاج در خصوص عدم قابلیت الزام آور بودن شرط مذکور مورد استناد قرار گیرد.

۶. روایاتی که بر مبنای آن مخالفان در الزام آور بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد تردید کرده اند، روایاتی است که در مورد عقد نکاح مطرح شده است. حساسیت های ویژه عقد نکاح و بنیان خانواده موجب وضع احکام خاص و آمره در این زمینه می گردد؛ از جمله آنکه اشخاص هر آنچه را منظور نظر دارند به صراحت بیان دارند و این همه ضمن عقد نکاح صورت می گیرد تا کمترین شائبه ای باقی نماند. این چنین است که در روایات بر بی اعتباری شروط سابق بر عقد نکاح تأکید گردیده است؛ بنابراین فقدان ضروریات مذکور در دیگر عقود مانع از سرایت احکام عقد نکاح به آنها و اخذ ملاک برای آنها در این زمینه می باشد. این چنین عدم امکان الغای خصوصیت و تنقیح مناط در اینجا حاکم بوده و مصداق می یابد؛ از این رو شرطیت لزوم

ذکر صریح در عقد ماهیت استثنایی می‌یابد که جز در موارد منصوص نمی‌توان بدان استناد جست. در مورد شرط سقوط خیار قبل از عقد نص خاصی وجود ندارد؛ از این رو در اینجا نیز همچون دیگر موارد ذکر در عقد الزامی نیست و به اعتبار شرط لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.

در حقوق کنونی با طرح نظریه آزادی قراردادهای، شروط و قراردادهای نمی‌بایست لزوماً در قالبی معین و پیش‌ساخته فراهم آید؛ از این رو نه تنها شرط سقوط خیار قبل از عقد ضمن عقد دیگری درست است، بلکه شرط مذکور خود می‌تواند موضوع عقد و توافقی مستقل قبل از عقد باشد؛ همچنین با پذیرش نظریه آزادی ایقاع، در الزام آوردن شروطی که ابتدائاً و به صورت یکجانبه و نه در قالب توافق دوجانبه توسط اشخاص، صورت می‌گیرد، تردید نباید روا داشت (رفعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۸-۱۲۹)؛ بنابراین قدر متیقن آنکه امروزه بطلان شرط سقوط خیار قبل از عقد بر مبنای لحاظ شرط ذکر در عقد در آن پذیرفته نبوده، و می‌توان قبل از عقد در قالب توافقی مستقل و یا ضمن عقدی دیگر شرط سقوط حق خیار نمود.

## ۲-۱-۲. دلایل و مستندات قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد

### ۱-۲-۲-۱. عمومات ادله شروط

ادله شروط عمومیت داشته و موارد شرط سقوط خیار قبل از عقد را نیز در بر می‌گیرد (طوسی، ۱۴۰۷ق، صص ۲۱-۲۲ و طرابلسی، ۱۴۱۱ق، ص ۵۴). این امر به ویژه از آن جهت تایید می‌گردد که شرط به معنای مطلق الزام و التزام می‌باشد. این چنین تمامی موارد شرط سقوط خیار قبل از عقد، اعم از آنکه به صورت مستقل موضوع قرارداد و توافقی خاص قرار گیرد، یا ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار باشد و یا آنکه به صورت ایقاع و شرط ابتدایی باشد (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲)، جملگی شرط به معنای اصطلاحی در فقه و حقوق محسوب گردیده و مشمول عمومات ادله شروط در فقه و همچنین مبانی الزام آوردن آنها در حقوق موضوعه ایران، از قبیل اصل آزادی قراردادهای، اصل لزوم قراردادهای و ... می‌باشند.

## ۲-۲-۲-۱. اصل امضایی بودن معاملات و اصل آزادی قراردادها

مطابق اصل امضایی بودن معاملات، عقود منحصر به عقود معین زمان شارع نبوده و عقود غیرمعین در زمان شارع و پس از آن را نیز در بر می‌گیرد (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲، ص ۹۵). این اصل مبتنی بر ماهیت پویای فقه و تاریخ مندی احکام اسلامی است (ایازی، ۱۳۸۹، صص ۳۰۸-۳۰۹)، که در قلمرو احکام وضعی و احکام اجتماعی اسلامی مصداق می‌یابد تا بر مبنای آن در بخشی از احکام مذکور از جمله در حوزه عقود و معاملات، مؤلفه عدم مغایرت با مبانی و اصول شرعی ملاک عمل باشد؛ نه آنکه انطباق ساختاری موضوعیت یابد. با توجه به آنکه واژه عقد و شرط قرابت معنایی داشته و در بسیاری از موارد مترادف به کار می‌روند، اصل یادشده موارد شروط را نیز در بر می‌گیرد؛ به ویژه آنکه شرط نیز همچون عقد نوعی توافق است.

یکی دیگر از مبانی اصل امضایی بودن عقود و نظریه غیرحصری بودن آنها به موارد معین در زمان شارع (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، صص ۲۱۶-۲۳۳)، اصل اباحه و تفاوت عبادات و عقود از این منظر است؛ با این تفصیل که بر مبنای استصحاب عدم تحریم و اینکه اصل در افعال، اقوال و اشیاء اباحه است، در صحت عقود عدم تحریم شرعی کفایت می‌کند. غرض از عقود رعایت مصالح مردم است و هر آنچه این مصالح را تأمین کند مباح است؛ پس تعامل مردم با عقود جدیدی که پیش‌تر شناخته شده نبوده صحیح است.

امروزه در حقوق ایران و دیگر کشورها با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادها، دیگر تردیدی در پذیرش عقود غیر معین باقی نمانده است. این اصل که در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است، شرط را نیز از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می‌سازد؛ زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدای از عقد الزام‌آور باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۲). با پذیرش نظریه آزادی ایقاعات (رفعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۸-۱۲۹) و با لحاظ اینکه شرط در قالب ایقاع نیز واقع می‌گردد (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲)، در مورد شرط سقوط خیار که به صورت یک‌جانبه و در قالب ایقاع واقع می‌گردد (شرط ابتدایی)، نیز تردیدی باقی نخواهد ماند.

بر مبنای این اصل در صورت تردید در حلال یا حرام بودن چیزی، اصل و قاعده آن است که آن چیز حرام نیست، مگر خلاف آن ثابت گردد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۶)؛ بنابراین بطلان و عدم مشروعیت چهره استثنایی و خلاف اصل می‌باید که می‌بایست اثبات گردد. این اصل در حوزه اعمال حقوقی نیز حاکم می‌باشد؛ چنان‌که برخی از استادان حقوق، اصل اباحه را معادل اصل آزادی اراده دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۲۳)؛ همچنین به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده و حتی اصل آزادی قراردادها اصل اباحه است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸). این چنین با پذیرش اصل اباحه و اصل آزادی اراده در حوزه اعمال حقوقی در الزام آور بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد نباید تردید کرد؛ زیرا نه تنها منعی نسبت به شرط مذکور یافت نمی‌شود، بلکه عمومات ادله شروط، اصل آزادی قراردادها و دیگر مبانی الزام آور بودن اعمال حقوقی و همچنین سیره عقلا، جملگی بر پذیرش و الزام آور بودن آن دلالت می‌نمایند.

بنا و عرف عقلا بر صحت و لزوم معاملات عقلایی، اعم از معاملات معین و غیر معین دلالت دارد. سقوط خیار موجب زوال حالت متزلزل عقد و لزوم آن می‌گردد؛ از این رو در عقلایی بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد تردید نباید کرد. این چنین شرطی، چه آنجا که ضمن عقدی از عقود و به طور تبعی باشد و چه آنجا که به طور مستقل باشد، امری عقلانی است که عرف عقلا در الزام آور بودن آن تردیدی ندارد.

در باره اینکه آیا شرط سقوط خیار قبل از عقد در قالب ایقاع نیز مورد پذیرش عقلا است یا خیر؟ باید گفت یک جانبه بودن و یا دو جانبه بودن نیز از نظر عرفی و در نگاه عقلا تفاوتی ندارد و موجب تردید در الزام آور بودن شرط نمی‌گردد؛ به ویژه آنکه از نظر فنی امکان شرط در قالب ایقاع پذیرفته شده است (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۱).

## ۲. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار در صور گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد

### ۲-۱. قرارداد مستقل درباره سقوط خیار پیش از عقد

در رابطه با این قرارداد چند تردید اساسی وجود دارد. تحلیل و بررسی این تردیدها و در صورت امکان پاسخگویی به آنها، وضعیت امر در مورد قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد در قالب قرارداد مستقل را مشخص می‌سازد.

نخستین تردیدی که در این زمینه وجود دارد آن است که شرط سقوط خیار همواره در ارتباط با عقد متضمن حق خیار و به طور تبعی نسبت به آن مطرح است؛ حال چگونه می‌توان این توافق تبعی را که بر مبنای همین وضع تبعی شرط نامیده می‌شود، موضوع اصلی یک عقد مستقل از عقد متضمن حق خیار قرارداد؟ در پاسخ به این تردید می‌توان گفت از نظر فنی حقوقی هیچ منعی وجود ندارد که موضوع اصلی یک قرارداد درباره موضوع اصلی یک قرارداد دیگر و یا متفرعات و توابع آن باشد. چنانکه برخی از فقیهان معاصر امامیه و قانون مدنی کشورمان و نظام‌های حقوقی گوناگون اقاله را که موضوع آن صرفاً زوال عقد پیشین است، عقدی مستقل از عقد منشأ می‌دانند؛ چنان که در برخی تألیفات فقهی معاصر درباره آن گفته شده است: «یکون الاقالة من هذا الوجه عقداً من العقود ولازمه فسخ عقد آخر وهو عقد وقرار معاملی مستقل بین العقلاء» (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۹۰، ص ۵۴)؛ با وجود این، از منظر فقهی و حقوقی در ماهیت عقد گونه اقاله تردید شده است؛ بدین نحو که از منظر فقهی نظریه معروف فقیهان نیز آن است که: «أن الإقالة فسخ للعقد السابق، لا بیع جدید» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۳۰۹)؛ و صاحب جواهر الکلام نیز بیان می‌دارد: «قد یمنع کون الإقالة من العقود المصطلحة» و بر مبنای آن گفته می‌شود: «و لذا لم یصرح الأكثر إن لم یکن الجمیع بکونها عقداً، بل اقتصروا علی أنّها فسخ» (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص ۶۱۵). از منظر حقوقی نیز به ویژه بر مبنای اصطلاح «تراضی» در ماده ۲۸۳، درباره اقاله مقرر می‌دارد: «بعد از معامله دوطرف می‌توانند با تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.» تردید در ماهیت عقد گونه اقاله مطرح گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۳ و صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۹).

در تبدیل تعهد موضوع ماده ۲۹۲ قانون مدنی نیز وضعیت به همین نحو است. در اینجا نیز حسب مورد دوطرف معامله و یا یکی از ایشان و ثالث قراردادی منعقد می‌کند که در آن موضوع اصلی معامله، موضوع اصلی عقدی دیگر، یعنی تعهد اصلی موضوع قرارداد و تبدیل آن به اعتبار تبدیل دین، تبدیل دائن و یا تبدیل مدیون است. وضعیت در عقد ضمان و حواله نیز که از موارد عقود معین در فقه امامیه می‌باشد، به همین نحو است (صدر، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ۳۶۱ و ابن ادریس، ۱۳۸۷، ج ۱۰، ص ۱۱۲).

این چنین با توجه به شواهدی که در قانون مدنی و فقه امامیه ارائه گردید، تردیدی باقی نمی‌ماند که از نظر فنی فقهی و حقوقی و با توجه به رویکرد شارع در فقه و همچنین رویکرد قانون‌گذار ایرانی، هیچ منعی ندارد که موضوع اصلی یک عقد، موضوع اصلی عقدی دیگر باشد؛ چه رسد به فرض مورد بحث ما که در آن موضوع غیر اصلی و یکی از امور تبعی عقد، یعنی اختیار فسخ آن، موضوع عقد مستقل دیگری واقع گردیده است. به‌ویژه آنکه شرط سقوط خیار در راستای تثبیت عقد و آثار ناشی از آن می‌باشد و نه در تقابل با آن و یا تلاش برای تغییر موضوع اصلی آن.

تردید دیگری که در رابطه با شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب قرارداد مستقل وجود دارد آن است که آیا در مرحله پیش از انعقاد عقد متضمن حق خیار می‌توان در قراردادی دیگر درباره یکی از امور تبعی راجع به آن، یعنی اختیار فسخ عقد، توافقی صورت داد؟ در پاسخ باید توجه داشت که از نظر فقهی و حقوقی اینکه شرط پیش از عقد باشد، مانع پذیرش آن نیست. بدین نحو که آنچه در انعقاد یک قرارداد ملاک است، رعایت قواعد عمومی قراردادها و دیگر شرایط اساسی صحت معاملات است و نه غیر آن. هر تعهدی به آینده نظر دارد و اثری حقوقی را برای مدت زمان پس از عقد ایجاد می‌کند؛ حال گاه این اثر به طور مستقیم و تنها از همان قرارداد ناشی شده و گاه عقود و معاملات دیگر، اعم از آنکه پیش از آن منعقد شده باشند یا پس از آن، بر آثار و قلمرو عقد مذکور اثر می‌گذارند؛ چنانکه اگر در عقد اجاره حق انتقال به غیر سلب گردد، فرد نمی‌تواند آن را به دیگری اجاره دهد و عقد اجاره بعدی باطل است؛ از این رو شرط سقوط خیار قبل از عقد چنانچه شرایط اساسی



صحت معامله را داشته باشد، با رعایت اصل نسبی بودن قراردادها در رابطه با دوطرف معامله مؤثر و نافذ است؛ چنان که شرط بنایی یا تبانی را که پیش از عقد واقع می‌گردد، در فقه امامیه بسیاری از فقیهان بزرگ امامیه از قبیل آیت الله خویی (موسوی خویی، بی تا، ج ۶، ص ۱۳۷ و ج ۷، صص ۳۴ و ۷۴) و علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص ۶۴-۶۵) پذیرفته‌اند و در حقوق موضوعه ایران نیز مطابق مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی معتبر بوده و مؤثر و الزام آور است.

تردید دیگری که در اینجا وجود دارد آن است که بر مبنای موارد پیش گفته، تنها با وجود دو قید اساسی شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب قرارداد مستقل، مشروع و پذیرفتنی است: اول آنکه شرایط اساسی صحت معاملات رعایت گردد؛ دیگر آنکه اصل نسبی بودن قراردادها رعایت گردد. آیا در قرارداد مستقل ناظر بر سقوط خیار پیش از عقد، این قیود وجود دارد؟ در رابطه با شرایط اساسی صحت معامله تردید اصلی نسبت به مشخص بودن موضوع معامله است. به طور کلی نمی‌توان ادعا کرد که در اینجا موضوع معامله مشخص و یا در مقابل نامشخص است؛ بلکه همچون دیگر موارد وضعیت نسبی و تابع اوضاع و احوال خاص قضیه است. در اینجا می‌بایست همان احکام و قواعد ناظر بر تعیین و تبیین موضوع معامله در قواعد عمومی قراردادها رعایت گردد. مطابق قواعد عمومی قراردادها، موضوع مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی، از منظر مشخص کردن موضوع معامله باید به گونه‌ای عمل کرد که موضوع معامله معین گردد و در میان دو یا چند چیز مردد نباشد. در گام بعدی می‌بایست به گونه‌ای عمل کرد که موضوع معامله که معین است مبهم نباشد؛ یعنی اوصاف و ویژگی‌های آن به خوبی مشخص گردد. موضوع معامله در اینجا قرارداد متضمن حق خیار است که در آینده منعقد خواهد شد. از منظر تعیین موضوع معامله باید مشخص گردد که کدامین قرارداد منظور نظر است؛ این امر به ویژه با ذکر موضوع معامله متضمن حق خیار مشخص خواهد گردید.

از نظر تأمین و رعایت اصل نسبی بودن قراردادها در فقه (گرچی، ۱۳۸۷، صص ۵۳-۵۶) و حقوق دوطرف معامله در قرارداد درباره سقوط خیار می‌بایست دوطرف معامله متضمن

حق خیار باشند و اشخاص قادر نخواهند بود نسبت به معاملاتی که خود یکی از دوطرف آن نیستند، شرط سقوط حق خیار کنند.

بر مبنای آنچه گذشت تردیدی در قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد قبل از آن در قالب عقدی مستقل از عقد متضمن حق خیار باقی نمی ماند.

## ۲-۲. شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع مستقل

درباره شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع مستقل، از دو جهت تردید وجود دارد: یکی آنکه آیا اساساً پیش از عقد شرط سقوط خیار ممکن است؟ دیگر آنکه آیا اساساً شرط سقوط خیار به صورت یکجانبه و در قالب ایقاع ممکن است؟ در مورد تردید نخست در بحث از قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به تفصیل بحث کردیم و تردید مذکور را پاسخ گفتیم؛ از این رو در ادامه به تردید دوم خواهیم پرداخت: در پاسخ به این سؤال و تردید باید گفت اگرچه در غالب موارد در فقه و حقوق شرط به عنوان امری تبعی ضمن عقد و در ارتباط با آن مطرح می گردد، این امر به معنای آن نیست که شرط در غیر این مورد متصور نیست. به شرحی که پیش تر گذشت افزون بر اینکه از منظر لغوی می توان شرط را به معنای مطلق تعهد و التزام دانست؛ صرف نظر از اینکه در قالب عقد و یا ایقاع باشد، فقیهان بزرگی همچون شیخ انصاری، طباطبایی یزدی و نراقی نیز این معنا را از منظر اصطلاحی برای شرط پذیرفته اند. آیت... مشکینی نیز در کتاب مصطلحات الفقه به صراحت تحقق شرط را در قالب ایقاع و به صورت یکجانبه ممکن دانسته است (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲). در روایاتی که ذکرشان رفت نیز این معنای مطلق از شرط تأیید شده است. این چنین از نظر فقهی در قابلیت تحقق شرط در قالب ایقاع یا همان شرط ابتدایی تردید چندانی باقی نمی ماند. در حال حاضر در حقوق ایران نیز بر مبنای اصل حاکمیت اراده، اصل صحت ایقاعات، اصل آزادی ایقاعات و همچنین اصل نفوذ ایقاعات پذیرفته شده است. افزون بر این در اعمال حقوقی شارع و قانون گذار اسلامی و ایرانی، رویه امضایی بودن را به کار گرفته و در آنها اصل صحت و عدم ممنوعیت حاکم است؛ از این رو با توجه به فقدان منع در این

زمینه، ماده ۱۰ قانون مدنی که از آن اصل آزادی و نفوذ ایقاع نیز استنباط می‌شود (رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۶-۱۲۷) و ماده ۲۲۳ قانون مدنی که از آن اصل صحت ایقاعات نیز استنباط می‌شود (رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۶-۱۲۷)، به نظر می‌رسد شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع ممکن و پذیرفتنی است.

### ۳-۲. شرط سقوط خیار پیش از عقد ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار

افزون بر تردید مبنی بر اسقاط مالم‌یجب‌بودن و اینکه چگونه ممکن است پیش از انعقاد عقد متضمن حق خیار در قراردادی دیگر درباره یکی از امور تبعی راجع به آن، یعنی اختیار فسخ عقد، توافقی صورت داد که پیش‌تر تبیین و مرتفع گردید، این تردیدها وجود دارد که:

- چگونه ممکن است ضمن یک عقد و به تبع آن، شرطی را که ناظر بر عقد

دیگری است و با عقد دیگری ارتباط موضوعی می‌یابد منعقد کرد؟

- در صورت مثبت‌بودن پاسخ سؤال فوق آیا این امر در مورد سقوط خیار که از این

جهت که با جواز و در مقابل لزوم و استقرار عقد، زوال و در مقابل استمرار عقد

ارتباط می‌یابد، اهمیتی وافر در مقایسه با دیگر شروط دارد، ممکن است؟

در زمینه تردید سوم باید گفت آنچه از ارتباط شرط با عقد و وصف تبعی آن نسبت

به عقد، در نظر است تأثیر تحقق و یا عدم تحقق یکی بر دیگری است؛ بدین نحو که

عدم تحقق عقد موجب بطلان شرط است، درحالی که عدم تحقق شرط موجب بطلان

عقد نبوده، بلکه تنها برای مشروط له خیار تخلف از شرط را ایجاد می‌نماید (فرحزادی،

۱۳۸۵، ۲۷-۱۵)؛ بنابراین در ارتباط عقد با شرط و تبیین رابطه این دو با یکدیگر، ارتباط

موضوعی این دو با هم خصوصیت نداشته و فاقد اثر است. با توجه به همین واقعیت

است که فقیهان و نویسندگان حقوقی، در مقام احصای شروط الزام‌آور بودن شرط، از

لزوم ارتباط موضوعی این دو با یکدیگر سخن نگفته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۳۰۱-۳۳۹ و

سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۲۲-۲۳ و گرجی، ۱۳۸۷، صص ۴۶-۴۷). بنابر آنچه گذشت تردیدی باقی

نمی‌ماند که نمی‌توان با این ایراد شرط سقوط خیار قبل از عقد ضمن عقدی غیر از عقد

متضمن حق خیار را باطل و یا غیر الزام آور دانست. این پاسخ تردید چهارم را نیز مرتفع می‌کند؛ زیرا زمانی که ارتباط موضوعی بین عقد و شرط ضروری نباشد، اینکه بخواهیم بر مبنای شدت و قلت اهمیت بین فروض گوناگون تفکیک قائل شد و این امر را در مورد شرط سقوط خیار بر مبنای اهمیت آن از این منظر نپذیریم، مصداق و موضوعیت نمی‌یابد.

### نتیجه‌گیری

درباره قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد، برخی تردیدها وجود دارد. ارتباط دائمی شرط با عقد، امکان‌نداشتن درج سقوط خیار به عنوان شرط نتیجه در قالب شرط که نوعی الزام و التزام است، اسقاط مالم یجب بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد، اندیشه توقیفی بودن عقود واحصای آنها به عقود معین، فقدان ذکر در عقد، به عنوان یکی از شروط اساسی الزام آور بودن شرط، در برخی از مصادیق شرط سقوط خیار پیش از عقد و در نهایت روایاتی که صراحتاً شروط سابق بر عقد نکاح را بی اعتبار و غیر الزام آور می‌دانند، جملگی ایرادات و دلایلی هستند که در خصوص نپذیرفتن شرط سقوط خیار قبل از عقد مطرح گردیده است. در مقابل مبانی و دلایل فقهی و حقوقی رد ایرادات مخالفان از یک سو و توجه و استناد به عموماً ادله شروط که موارد شرط سقوط خیار پیش از عقد را در بر می‌گیرد، اصل امضایی بودن معاملات و اصل آزادی قراردادهای، اصل اباحه و سیره عقلا از سوی دیگر، قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به طور کلی در فقه امامیه و حقوق ایران را اثبات می‌کند.

اثبات امکان شرط کردن سقوط خیار در مرحله زمانی قبل از عقد، اثبات امکان شرط کردن سقوط خیار در عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار و عدم لزوم ارتباط معنایی بین شرط و عقدی که شرط ضمن آن تحقق یافته است، و در نهایت اثبات امکان شرط سقوط خیار در قالب ایقاع و به صورت شرط ابتدایی، در مقاله حاضر، هرگونه تردید را درباره قابلیت شرط سقوط خیار در صورت‌های گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد منتفی می‌نماید.

نگارنده در تحلیل و تبیین موضوع مقاله، بیش از آنکه از مقررات موجود بهره برد، از اصول و موازین فقهی و حقوقی بهره جسته است؛ زیرا مقررات کنونی در این زمینه ناقص و ناکارآمد هستند. در ذیل به مهم‌ترین ایرادها و راهکار رفع آنها اشاره می‌گردد:

۱. در قانون مدنی تبیین و تعریف مفهوم شرط مغفول مانده است؛ قانون‌گذار ایرانی تنها از نوع خاصی از شرط، یعنی شرط ضمن عقد اصلی سخن به میان آورده و احکام آن را بیان کرده است. این امر به‌ویژه از آن جهت مورد انتقاد است که تعریف شرط خود قلمرو آن را نیز مشخص می‌سازد. این در حالی است که امروزه بر مبنای اصل آزادی اراده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۲۲) و اصل حاکمیت اراده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۱۲)، از یک سو به موازات آزادی قراردادها، آزادی شروط نیز پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۲ و لنگرودی، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۱۲). از سوی دیگر بر مبنای اصل آزادی اراده در حقوق کنونی، در مورد ایقاعات نیز همچون قراردادها، هرگاه الزامی از الزامات قانونی، مانع اعمال اراده آدمی نگردد، اراده او در فعل و ترک نافذ است و از نظر قانونی قابل ترتیب اثر می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۴)؛ بر این اساس می‌بایست در قانون مدنی به عنوان مقرر عام و اصلی در این زمینه، مفهوم و سپس قلمرو شرط به‌درستی تبیین و تصریح گردد؛ به گونه‌ای که در مورد صورت‌های گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد تردیدی باقی نماند و تعیین تکلیف گردد. در این زمینه توصیه می‌گردد شرط به عنوان «هرگونه الزام و التزام یک‌جانبه و یا چندجانبه» تعریف گردد که هم با مفهوم لغوی، عرفی و اصطلاحی شرط سازگاری داشته باشد و هم آنکه تمامی مصادیق شروط مورد بحث را در بر گیرد.

۲. قانون‌گذار درباره شرط سقوط خیار تنها در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، آن هم به گونه‌ای مجمل، سخن گفته است. از این ماده تنها نفس پذیرش شرط سقوط خیار ضمن عقد اصلی استنباط می‌گردد. در این میان با توجه به ایراد اساسی آن، از منظر عمومیت شرط سقوط خیار نسبت به تمامی اقسام خیارات (برخلاف موازین فقهی و حقوقی)، حتی استناد به این مقوله در ارتباط با قلمرو شرط مذکور ممکن نیست؛ چه رسد به آنکه بخواهیم درباره دیگر صورت‌های شرط سقوط خیار ضمن عقد به این مقرر استناد

کنیم. جهت رفع این نقیصه می‌بایست بر مبنای تحولات فقهی و حقوقی بیان‌شده در مقاله، در قانون مدنی نسبت به پذیرش شرط سقوط خیار پیش از عقد و به تبع آن، احکام صورت‌های گوناگون شرط مذکور تصریح صورت گیرد؛ همچنین مصادیق خیارات اسقاط‌پذیر و در مقابل خیارات اسقاط‌ناپذیر تعیین گردد تا قلمرو شرط سقوط خیار پیش از عقد به درستی مشخص گردد.



## فهرست منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۳۸۷). موسوعة ابن إدريس الحلبي (ج ۱۰). قم: انتشارات دليل ما.
۲. ابو جيب، سعدی. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً (چاپ دوم). دمشق: دارالفکر.
۳. اراکی، محمد. (۱۴۱۴ق). الخيارات. قم: انتشارات مؤسسه در راه حق.
۴. اسماعيل پور قمشه‌ای، محمدعلی. (۱۳۹۰). الحجج البالغات. قم: منظمة الاوقاف و الشؤون الخيرية. دار الأسوة للطباعة و النشر.
۵. امامی، سيدحسن. (۱۳۳۴). حقوق مدنی (ج ۱). تهران: کتاب فروشی اسلاميه.
۶. انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵ق). الموسوعة الفقهية الميسرة (ج ۴). قم: مجمع الفكر الإسلامي.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). مکاسب (ج ۴، چاپ چهارم). قم: انتشارات دارالحکمة.
۸. ايازی، محمدعلی. (۱۳۸۹). ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن (چاپ دوم). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹. بجنوردی، سيد حسن بن آقا بزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقيهيه (ج ۶). قم: نشر الهادی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج ۱ و ۳، چاپ دوم). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). تئوری موازنه (فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل) (ج ۱). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، دوره‌ی نه جلدی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.

۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). فقه استدلالی، دوره هفت جلدی (چاپ دوم). قم: اسماعیلیان.
۱۴. ذاکر صالحی، غلامرضا. (۱۳۸۳). شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین. نشریه مقالات و بررسی‌ها. شماره ۷۶، صص ۱۳۹-۱۶۳.
۱۵. ذاکر صالحی، غلامرضا. (۱۳۸۸). مبانی قراردادهای نامعین. تهران: نشر میزان.
۱۶. رفیعی، محمدتقی؛ شجاعی، کیوان. (۱۳۸۶). تأملی فقهی- حقوقی در شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات. پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، صص ۱۰۹-۱۳۴.
۱۷. سرخوش، جواد. (۱۳۷۲). شروط صحت شرط. علوم انسانی دانشگاه الزهراء، شماره ۱۵ و ۱۶، صص ۱۹-۵۲.
۱۸. سلیمان پور، محمدجواد. (۱۳۸۲). قراردادهای مالی جدید در اسلام. نشریه اقتصاد اسلامی، ۳(۱۱)، صص ۷۹-۹۶.
۱۹. شکاری، روشنعلی. (۱۳۷۷). شرط ابتدایی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۹، صص ۷۱-۹۲.
۲۰. صائمی، علی اصغر. (۱۳۸۲). شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی. الهیات و حقوق دانشگاه رضوی (آموزه‌های حقوقی) ۳ و ۴ (پیاپی ۹ و ۱۰)، صص ۷۷-۱۰۴.
۲۱. صدر، محمد. (۱۴۳۰ق). ماوراء الفقه (ج ۴، چاپ اول). قم: دار الأضواء.
۲۲. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) (ج ۲، چاپ سوم). تهران: نشر میزان.
۲۳. طباطبایی، محمدعلی. (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث.
۲۴. طرابلسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق). الجواهر فی الفقه- العقاید الجعفریه (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



۲۶. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تفتیح شرایع الاسلام (ج ۳). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۷. فرحزادی، علی اکبر. (۱۳۸۵). رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۸ و ۳۹، صص ۱۵-۲۸.
۲۸. قاسم‌زاده، مرتضی؛ ره‌پیک، سیامک و کیایی، عبدالله. (۱۳۹۰). تفسیر قانون مدنی (چاپ پنجم). تهران: سمت.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (چاپ سیزدهم). تهران: نشر میزان.
۳۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی) (چاپ دوازدهم). تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۱. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۷). مفاهیم بنیادین حقوق مدنی و جزایی. تهران: انتشارات مجد.
۳۲. گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق). فقه الامامیه (قسم الخیارات). قم: نشر داورى.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۲۸ق). مصطلحات الفقه (چاپ اول). بی‌نا، بی‌جا.
۳۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیله (ج ۱، دو جلدی). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۳۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (بی‌تا). المکاسب (مصباح الفقاهة) (ج ۶ و ۷). بی‌جا.
۳۷. مولودی قلابچی، محمد. (۱۳۷۹). اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است. نشریه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۷، صص ۹۱-۱۰۸.
۳۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (ط. الحدیثه) (ج ۱۲). قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام).

## References

1. Abu Jib, S. (1408 AH). *Al-Qamus al-Fiqhi: Lughah wa Istilahan* (2<sup>nd</sup> ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
2. Ameli, Z.A. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanzih Sharayi al-Islam* (Vol. 3). Qom: Islamic Encyclopedic Foundation. [In Arabic]
3. Ansari, M. (1428 AH). *Mekaseb* (4<sup>th</sup> ed., Vol. 4). Qom: Dar al-Hikmah. [In Arabic]
4. Ansari, M. A. (1415 AH). *Al-Mawsu'ah al-Fiqhiyah al-Muyassarah* (Vol. 4). Qom: Majma al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
5. Araki, M. (1414 AH). *Al-Khiyarat*. Qom: Dar Rah-e Haq. [In Arabic]
6. Ayazi, M. A. (1389 AP). *Criteria of Laws and Methods of Exploration* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Sciences and Culture Research Institute. [In Arabic]
7. Bojnordi, S. H. (1419 AH). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (Vol. 6). Qom: al-Hadi. [In Arabic]
8. Esmaelpour Ghomsheyi, M. A. (1390 AP). *Al-Hojjaj al-Balaghat*. Qom: The Organization of Endowments and Charitable Affairs. Dar al-Osweh for Printing and Publishing. [In Arabic]
9. Farhazadi, A.A. (1385 AP). The Relationship between a Condition within a Contract and an Agreement. *Legal Perspectives Quarterly*, 38-39, pp. 15-28. [In Persian]
10. Ghasemzadeh, M., Rahpik, S., & Kayai, A. (1390 AP). *Interpretation of Civil Law* (5<sup>th</sup> ed.). Tehran: Samt. [In Persian]
11. Gilani, N., & Mirza, H. (1407 AH). *Fiqh al-Imamiyyah*. Qom: Daryay-e-Noor. [In Arabic]
12. Gorji, A. (1387 AP). *Fundamental Concepts of Civil and Criminal Law*. Tehran: Majd. [In Persian]
13. Hilli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'ah, a Nine-volume series* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]

14. Ibn Adris, M. A. (1387 AP). *Mawsu'at Ibn Adris al-Hilli* (Vol. 10). Qom: Dalile Ma. [In Arabic]
15. Imami, S. H. (1334 AP). *Civil Law* (Vol. 1). Tehran: Eslamiye Bookstore. [In Arabic]
16. Jafari Langroudi, M. J. (1381 AP). *Comprehensive in Legal Terminology*. (2<sup>nd</sup> ed., Vols. 1& 3). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1381 AP). *Theory of Balance (General Philosophy of Law Based on the Authenticity of Action)* (Vol. 1). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
18. Katouzian, N. (1385 AP). *Civil Law in the Current Legal System* (13<sup>th</sup> ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
19. Katouzian, N. (1386 AP). *Preliminary Course in Civil Law (Legal Actions)* (12<sup>th</sup> ed.). Tehran: The publication of the Joint Stock Publishing Company. [In Persian]
20. Khwansari, S. A. (1405 AH). *Deductive Jurisprudence, a Seven-volume Series* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Ismailiyan. [In Persian]
21. Mashkini, M.A. (1428 AH). *Mostaliḥat al-Fiqh*. (1<sup>st</sup> ed.). n.p. [In Arabic]
22. Mohaqeq Damad, S. M. (1390 AP). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
23. Moloudi Ghelaychi, M. (1379 AP). Abandonment of a Right that has not yet Arisen. *Law and Political Science, University of Tehran*, 47, pp. 91-108. [In Persian]
24. Musavi Khoei, A. A. (n.d.). *Al-Makasib (Masbah al-Fiqah)* (Vols. 6 &7). n.p. [In Arabic]
25. Musavi Khomeini, S.R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah* (Vols. 1 & 2). Qom: Dar al-Ilm Publishing Institute. [In Arabic]
26. Najafi, M. H. (1421 AH). *Jawahir al-Kalam*. (Vol. 12). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia according to the School of Ahl al-Bayt. [In Arabic]

27. Rafiei, M.T., & Shojai, K. (1386 AP). Jurisprudential-Legal Reflection on Suspensive Conditional Clauses in Contracts. *Law and Political Science Research*, 5, pp. 109-134. [In Persian]
28. Sadr, M. (1430 AH). *Beyond Jurisprudence* (1<sup>st</sup> ed., Vol. 4). Qom: Dar al-Adwa. [In Arabic]
29. Sa'emi, A. A. (1382 AP). Initial Conditions in Jurisprudence and Analysis of Article 10 of the Civil Law. *Theology and Law, Ferdowsi University (Legal Teachings)*, 3-4 (9-10), pp. 77-104. [In Persian]
30. Safa'i, S. H. (1384 AP). *Introductory Course in Civil Law (General Principles of Contracts)* (3<sup>rd</sup> ed., Vol. 2). Tehran: Mizan. [In Persian]
31. Sarkhosh, J. (1372 AP). Conditions for the Validity of a Condition. *Humanities, Al-Zahra University*, 15-16, pp. 19-52. [In Persian]
32. Shekari, R. (1377 AP). Initial Condition. *Faculty of Law and Political Science*, 39, pp. 71-92. [In Persian]
33. Soleymanpour, M. J. (1382 AP). New Financial Contracts in Islam. *Islamic Economics*, 3(11), pp. 79-96. [In Persian]
34. Tabataba'i, M. A. (n.d.). *Al-Manahil*. Qom: Aal al-Bayt Institute for the Preservation of Heritage. [In Arabic]
35. Tarabulsi, M. H. (1411 AH). *Al-Jawaher fi al-Fiqh - Al-Aqaid al-Ja'fariyyah* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
36. Tusi, M. H. (1407 AH). *Al-Khilaf* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
37. Zaker Salehi, Gh. (1383 AP). Initial Conditions and their Application to Indeterminate Contracts. *Articles and Reviews*, 76, pp. 139-163. [In Persian]
38. Zaker Salehi, Gh. (1388 AP). *Foundations of Indeterminate Contracts*. Tehran: Mizan. [In Persian]