

## ایقاع خیاری در فقه امامیه و حقوق موضوعه

محمد رضا پیرهادی<sup>۱</sup> - وحید نظری<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: 1395/11/29 تاریخ پذیرش: 1377/5/27

### چکیده

در قانون مدنی، اختیارات یکی از مباحث مربوط به معاملات است. ماده 456 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تمام انواع اختیارات در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر اختیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است»، لذا قانون مذکور اختیار را ویژه معامله دانسته است. اگر کلمه معاملات در این ماده را در معنی اعم و شامل عقد و ایقاع بدانیم، در این صورت بحث از ایقاع خیاری بر اساس این ماده نیز قابل توجیه است. در فقه و حقوق موضوعه، اغلب نویسندگان، اختیار فسخ در ایقاع را به دلیل عدم مشروعیت فسخ در ایقاع و عدم تعلق فسخ بر معدوم جایز ندانسته‌اند و برخی نیز در این خصوص ادعای اجماع دارند. خلاف نظر غالب و نظر مخالفین نیز محل تأمل و توجه است و با فرض رعایت قواعد، تعارضی بین شرط اختیار و طبیعت ایقاع وجود ندارد؛ بنابراین در این نوشتار به بررسی امکان درج اختیار شرط در ایقاع با توجه به حقوق موضوعه و نظرات حقوقدانان و فقها امامیه پرداخته و با تحلیل و رد دلایل مخالفین شرط اختیار در ایقاع، چنین شرطی صحیح دانسته شده است.

**واژگان کلیدی:** اختیار، اختیار شرط، ایقاع، ابراء، ایقاع خیاری.

---

1. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد تهران مرکزی (نویسنده مسئول) m\_pirhadi@iauctb.ac.ir  
2. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضائی vahid.nazari1990@gmail.com

## مقدمه

واژه خیار اسم مصدر اختیار یا مصدری است به معنی اختیار و مقصود اختیاری است که شخص در فسخ معامله دارد؛ به همین جهت گاه همراه با واژه فسخ می آید. ماده‌ی 399 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «خیار حقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آن‌ها و گاه به شخص ثالث اختیار فسخ عقد را می‌دهد». لیکن اجرای این حق، عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود؛ نیاز به قصد انشا دارد و بنابراین در زمره ایقاعات است.<sup>1</sup>

در تعریف ایقاع نیز بر آنند که: «انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود».<sup>2</sup> یکی از مهم‌ترین مصادیق ایقاع، ابراء است که ماده‌ی 289 ق.م. در تعریف ابراء مقرر می‌دارد: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند». برخی از حقوقدانان نیز برای پرهیز از هرگونه ابهام، تعریف ذیل را برای ابراء ارائه نموده‌اند:<sup>3</sup> «ابراء ایقاعی است رایگان که به موجب آن طلبکار از حق خویش می‌گذرد»؛ بنابراین، ابراء عمل حقوقی تبعی است و به اراده طلبکار واقع می‌شود و ویژه حق دینی (در مقابل حق عینی) است و طبعاً، انشاء رایگان سقوط دین است.<sup>4</sup>

در قانون مدنی خیارهای یکی از مباحث مربوط به فصل بیع است. ماده 456 قانون مدنی نیز «خیار» را ویژه معامله می‌داند و در فرضی که معامله را در معنی اخص، مساوی عقد بدانیم نسبت به امکان یا عدم امکان اشتراط خیار در ایقاع مقرر صریحی ندارد. در فقه نیز، کمتر سخنی از امکان بر هم زدن ایقاع به استناد خیار فسخ گفته شده است. از طرفی وجود بیشتر خیارها با

1. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد 5، (تهران: چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار، 1393). صص 53 و 54.

2. کاتوزیان ناصر، ایقاع، (تهران: چاپ ششم، نشر میزان، 1393). ص 19. - فضیحی زاده علیرضا و کیانی عباس، «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ایقاع و آثار آن» آموزه‌های فقه مدنی: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره 9 (1393) ص 22.

3. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، صص 351 و 252.

4. در نظام حقوق فرانسه ابراء عبارت است از:

"La Remise De Dettes est l'abandon gratuit que le creancier fait de ses droit au debiteur. C'est donc une liberalite et elle est soumise a toutes les conditions des liberalites. La Remise de Dettes peut etre et tacite resulter de certains faits qui la font presumer, comme par exemple la remise au debiteur par la creancier du titre de creance".

«ابراء از دین، اعراض غیر معوضی است که دائن از دیون خود نسبت به مدیون صورت می‌دهد؛ بنابراین یک بخشش می‌باشد و تحت تمامی شرایط بخشش قرار می‌گیرد. ابراء از دین می‌تواند به صورت ضمنی باشد و ناشی از اعمال ویژه‌ای باشد که این فرض را مطرح کرده است. برای مثال ابراء مدیون به وسیله واگذاری سند طلب به مدیون». رجوع کنید به: میرزایی علیرضا، گزیده متون حقوقی فرانسه، (تهران: چاپ اول، انتشارات بهنامی، 1381). صص 92 و 93.

طبیعت ایقاع سازگاری ندارد؛ گذشته از خیارهای مختص به بیع (مجلس، حیوان، تأخیر ثمن) که بیگمان در هیچ عمل حقوقی دیگر وجود ندارد، ممکن است گفته شود که دو مبنای اصلی خیار، یعنی تخلف از تراضی و ایجاد ضرر ناروا، در ایقاع تحقق نمی‌پذیرد؛ زیرا بنا به فرض، در ایقاع تراضی واقع نمی‌شود و اگر ضرری هم به بار آید نتیجه اقدام انشاء کننده است. با وجود این تنها امکان بحث از خیار شرط محل تأمل است؛ زیرا با لحاظ رعایت قواعد حاکم بر معاملات در معنی اعم آن، تعارضی بین شرط خیار و طبیعت برخی از ایقاعات وجود ندارد. برای مثال، می‌توان تصور موردی را کرد که طلبکار در ابراء مدیون برای خود شرط خیار تا مدت معینی را کند یا مالکی اذن خود به معامله فضولی را با خیار شرط در مدت معینی همراه سازد.

بنابراین منظور از خیار شرط در ایقاع که در پی تحلیل امکان یا عدم امکان آن هستیم،<sup>1</sup> اختیاری است که برای موقِّع لحاظ می‌گردد تا بتواند در مدت معینی آن را فسخ نماید. در اصطلاح، ایقاعی را که در آن خیار شرط قرار داده شده باشد، «ایقاع خیاری» می‌نامند. در حقوق ایران به تبع فقه امامیه بی‌تردید امکان درج خیار در معاملات به معنی عقود، امری مسلم و پذیرفته شده و مواد 456 و 399 بیانگر این مطلب است. از آنجایی که در عقود، تراضی و اراده انشایی دو طرف وجود دارد، بنابراین اصل حاکمیت اراده به متعاقدین اجازه می‌دهد تا در مورد سرنوشت عقد نیز اختیار مداخله داشته باشند و همان دو اراده‌ای که سازنده عقد هستند، بتوانند مواردی را ذیل عنوان خیار، به منظور فسخ عقد تحت شرایطی، پیش‌بینی

1. جهت ملاحظه امکان یا عدم امکان جریان خیارات قانونی (مانند، غبن، تدلیس، عیب و ...) در ایقاعات، رجوع کنید به: محمدی سام و عبدالکریمی هیوا، «بررسی جریان خیار در ایقاعات» فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره هفدهم (1395) صص 160 الی 199. نویسندگان در تحقیق مذکور اجمالاً «در خصوص خیار شرط، بر این باورند که در دیدگاه غالب، مبنای خیار شرط، تراضی طرفین است و از آنجایی که در ایقاعات، تراضی منتفی است، لذا رضایت ایقاع کننده را لازم دانسته و آن را با تراضی در عقود قیاس کرده و معتقدند همان‌طور که در عقود تخلف از تراضی موجب خیار است در ایقاعات نیز تخلف از رضایت موقِّع، می‌تواند موجب ایجاد خیار (خیار شرط) گردد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود استدلال مزبور در کمال ضعف است؛ زیرا از یک سو قیاس تراضی در عقود با رضایت در ایقاعات صحیح نیست و از سوی دیگر اگر هم چنین قیاسی صحیح باشد، مغالطه‌ای آشکار در نتیجه‌ای که از آن گرفته شده وجود دارد؛ زیرا در تحلیل فوق، در عقود، این تراضی است که موجب خیار شرط است (نه تخلف از تراضی) و در ایقاعات با قیاس و برابر دانستن رضایت موقِّع با تراضی، تخلف از رضایت است که مبنای خیار شرط در نظر گرفته شده است نه خود رضایت. پس نتیجه‌ی قیاس، مرتبط با ارکان قیاس نیست. لذا به وسیله قیاس رضایت موقِّع در ایقاع با تراضی در عقود، نمی‌توان پیرامون صحت خیار شرط در ایقاع، استدلال و استنتاج نمود. در خصوص مفهوم قصد و رضا و آثار آن در ایقاع، رجوع کنید به: عباسی جمیله و نیک نژاد عباس، «شرایط صحت ایقاعات» سومین کنفرانس ملی علوم انسانی، (1396) صص 2 الی 6؛ قابل دسترس در سایت: [www.hmconf.ir](http://www.hmconf.ir) آخرین بازدید: 96/10/33.

نمایند. با در نظر گرفتن تحلیل فوق، در خصوص ایقاع که تنها با یک اراده واقع می‌شود، با این سوال مواجه خواهیم بود که آیا تنها اراده ایجادکننده ایقاع، اختیار درج خیار فسخ و در نتیجه توان فسخ آن را نیز خواهد داشت؟ تردید از همین جا آغاز می‌شود و پاسخ به این سوال است که بنا به دلایلی که مطرح شده است و در ذیل بررسی خواهد شد، اغلب فقهای متقدم و حقوقدانان را بر آن داشته که امکان درج خیار شرط در ایقاع را ممکن ندانند.

در قانون مدنی نمونه‌ای از شرط خیار در ایقاعات دیده نمی‌شود تا بتوان اذن قانون‌گذار را از آن استنباط کرد. به همین دلیل نظرات مختلفی از سوی نظریه‌پردازان در خصوص امکان ایقاع خیاری بیان شده است که برخی از آن‌ها ایقاع خیاری را صحیح و برخی نیز قائل به بطلان آن هستند. لذا در ابتدا نظرات ارائه شده در خصوص بطلان ایقاع خیاری مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نهایتاً نظر مختار تحلیل و بیان می‌گردد.

### 1- نظریه عدم امکان شرط خیار در ایقاع

ظاهراً مهم‌ترین تحلیل در خصوص خیار شرط و امکان یا عدم امکان درج آن در ایقاعات، توسط مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب صورت گرفته است و از عدم امکان شرط خیار در ایقاع دفاع می‌کند.

مرحوم شیخ معتقد است از آنجا که مرحوم علامه می‌فرماید شرط خیار در تمامی عقود معاوضی جایز است، به قرینه سخنان علامه که می‌گوید در وکالت و عاریه و جعله خیار فسخ نیست، پس منظور، تمامی عقود معاوضی لازمه است.<sup>1</sup> و از شرایع<sup>2</sup> و ارشاد<sup>3</sup> و دروس<sup>4</sup> و تعلیق الارشاد<sup>5</sup> و مجمع البرهان<sup>6</sup> و کفایه<sup>1</sup> استفاده می‌شود که خیار شرط در کل عقود غیر از نکاح و وقف و ابراء و

1. الانصاری الشیخ مرتضی، کتاب المكاسب، ج 5، (چاپ الاولی، ناشر المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویه الثانیه لمیلاد الشیخ الانصاری، 1420). ص 148.

2. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام معروف به شرائع الاسلام یا شرائع اثر ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن معروف به محقق حلّی (۶۷۶-۶۰۲ ه. ق.).

3. ارشاد الاذهان الی احکام الایمان اثر شیخ جمال‌الدین ابومنصور حسن بن یوسف بن علی بن مطهر حلّی ملقب به علامه حلّی و علامه.

4. الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة اثر شمس‌الدین ابوعبدالله محمد بن محمد بن حامد بن مکی جزینی عاملی، معروف به شهید اول (م ۷۸۶ ق.).

5. تعلیق الارشاد اثر شیخ عبدالعالی، فرزند محقق ثانی یا محقق کرکی، علی بن عبدالعالی کرکی.

6. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان اثر احمد بن محمد اردبیلی، معروف به مقدس

طلاق و عتق قابل درج است و در مورد ایقاعات ظاهراً اختلافی در عدم دخول خیار در آنها نیست<sup>۲</sup> و ابن ادریس در سرایر چنین استدلال نموده است که این عدم دخول خیار در طلاق به این جهت است که طلاق عقد نیست<sup>۳</sup> و به عبارت دیگر چون که طلاق ایقاع است از این رو مثل هر ایقاع دیگری امکان درج شرط خیار در آن وجود ندارد. در مطالب بعدی خواهیم دید که این استدلال مخدوش است. در خصوص وجه عدم جواز خیار شرط در ایقاعات، دو توجیه عمده بیان شده است که به اختصار بحث و بررسی می‌شود.

**1-1- ادعای قوام و صدق شرط به عقد و فقدان تأیید شرعی نسبت به خیار در ایقاع**  
 برخی از فقها برآنند که شرط نیاز به توافق دوجانبه یعنی ایجاب و قبول دارد و لذا مدعی قائم بودن شرط به ایجاب و قبول شده‌اند. همچنین برخی نیز به دلیل فقدان تأیید شرعی مدعی عدم امکان شرط خیار در ایقاعات هستند که ذیلاً به نقد و بررسی این دو ادعا خواهیم پرداخت.

### 1-1-1- ادعای قائم بودن شرط به ایجاب و قبول و ایراد بر آن

برخی از فقها معتقدند با توجه به اخبار وارده آنچه از شرط فهمیده می‌شود این است که شرط باید بین دو شخص و قائم به ایجاب و قبول باشد؛ درحالی که ایقاع با اراده واحد شکل می‌گیرد.<sup>۴</sup> برخی نیز برآنند که با توجه به معنی لغوی شرط، به درج شرط در ضمن ایقاع، عنوان شرط صدق نمی‌کند.<sup>۵</sup> این قول<sup>۶</sup> محل تأمل و نظر و ایراد دانسته شده و به نظر متأخرین از فقهای امامیه آنچه از اخبار استفاده می‌شود این است که شرط قائم به دو شخص (اشخاص) است نه

اردبیلی (م ۹۹۳ ق).

۱. کفایة الاحکام اثر محمدباقر بن محمد مؤمن سبزواری، محقق سبزواری (م ۱۰۹۰ ق).

۲. الاقتصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص ۱۴۸: «اما الایقاعات، فاظهاره مدخل فی عدم دخول الخیار فیها».

۳. همان.

۴. الحسینی السید محمدجواد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، الجزء الرابع عشر، (مؤسسه النشر الاسلامیة التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة، ۱۴۱۸). ص ۲۱۸: «ولأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الأخبار».

۵. الاقتصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص ۱۴۹.

۶. برای دیدن دیگر نظرات فقهی مشابه، رجوع کنید به: فصیحی زاده، علیرضا و کیانی، عباس، پیشین، ص ۴۰.

ایجاب و قبول.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر برای تحقق شرط وجود مشروط له و مشروط علیه لازم است ولی وجود یا ایجاد شرط متوقف بر ایجاب و قبول نیست.<sup>۲</sup> به سخن دیگر ممکن است شرطی با یک اراده انشایی ولی برای و بین مشروط له و مشروط علیه محقق گردد.<sup>۳</sup> کما این که در عتق و آزاد نمودن عبد که با یک اراده واقع می شود؛ تعیین شرط خدمت عبد برای مدتی را جایز دانسته اند و برای این جواز و استدلال به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک جسته اند و نهایت این است که به نظر برخی لزوم چنین شرطی منوط به قبول عبد است و در هر حال چنین شرطی بدون ایجاب و قبول و با اراده واحد (ایقاع) واقع می شود.<sup>۴</sup> همچنین به تعبیر برخی از فقها، ایقاع نیز امتناع و ابایی از دخول شرط در آن ندارد<sup>۵</sup> و به سخن دیگر تعیین شرط در ایقاع با طبع ایقاع سازگار و معتبر است. در مقابل، برخی نیز بر این باورند که شرط فقط بین دو طرف ممکن است، ولی ایقاع قائم به شخص واحد است. همان طور که قبلاً نیز بیان شد در این خصوص باید گفت که در شرط باید مشروط له و مشروط علیه باشد و این بدان معنی نیست که مورد شرط و محل آن امری است که با دو شخص ایجاد و قائم گردد. مضافاً در تحقق شرط لازم است که ضمن التزام باشد و لزومی ندارد که ضمن التزام های متعدد (دو التزام) و مرتبط جعل شود.<sup>۶</sup> برخی نیز به تعبیر دیگری ادعای عدم صحت شرط ضمن ایقاع و ادعای استدلال بر آن را نپذیرفته و بهترین دلیل بر صحت شرط ضمن ایقاع را وقوع معتبر آن دانسته اند و بر آنند که مثال های نقض متعددی بر رد این ادعا وجود دارد از جمله: 1- طلاق خلع به شرط بذل 2- عتق و آزاد ساختن عبد به شرط خدمت 3- طلاق و بقای در زوجیت به شرط این که زوجه فی الحال آن را اختیار کند 4- وقف و صدقه به شرط عودت آن به مالک در صورت احتیاج بنا بر قول

1. برای دیدن نظر مخالف که حفظ مفهوم شرطیت در شروط را مستلزم وقوع آن ضمن ایجاب و قبول (عقد) می داند، رجوع کنید به: شهیدی تبریزی میرزا فتاح، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، جلد 3، (تبریز: چاپخانه اطلاعات، 1375). صص 400 و 481.

2. الانصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص 149.

3. محمدی، سام و عبدالکریمی، هیوا، پیشین، ص 173.

4. الانصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص 149 - کلانتر سید محمد، کتاب المکاسب (المحشی)، جلد 15، (قم: چاپ سوم، دارالکتاب، 1410). ص 104.

5. الطباطبایی الیزدی سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج 2، (مؤسسه اسماعیلیان لطباعه والنشر و التوزیع، 1378). ص 31: «و کیف کان فالایقاع غیر آب عن دخول الشرط فیہ سواء احتاج إلی القبول أو لا».

6. الإصفهانی الشیخ محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج 4، (الطبعة الأولى، الناشر المحقق، 1419 هـ ق). ص 218.

عده‌ای. دارندگان این نظر بر آنند که اعتبار شرط ضمن ايقاع، مشمول «المسلمون عند شروطهم الا ما خالف كتاب الله» است.<sup>1</sup> در تکمیل بحث، برخی از فقهای امامیه بر این باورند که در فرض ضرورت قبول مشروط علیه، چنین قبولی صرفاً قبول برای شرط است و به معنی قبولی که عمل ايقاع قائم به آن باشد محسوب نمی‌گردد.<sup>2</sup>

بر این اساس تعیین شرط ضمن ايقاع نه تنها با اشکالی مواجه نیست بلکه معتبر بوده و در فقه امامیه مصادیق رایج و متعددی نیز دارد. در خصوص قبول شرط نیز لازم به ذکر است که در مواردی که شرط ضمن ايقاع نیاز به قبول مشروط علیه دارد، اولاً: ايقاع با شرط از جانب موقع واقع شده است و ماهیت ايقاع به قوت خود باقی است و در صورت قبول مشروط علیه، ايقاع با شرط کامل شده و مستقر می‌گردد. ثانیاً: در صورت عدم قبول شرط از سوی مشروط علیه، با توجه به عدم تحقق شرط، بحث زوال ايقاع به اراده موقع مطرح خواهد شد که در واقع ماهیت آن در قالب فسخ ايقاع توأم با شرط خواهد بود. ثالثاً: در صورتی که مشروط علیه، شرط ضمن ايقاع را بپذیرد، در این حالت بحث عمل به مفاد شرط مطرح می‌گردد. در صورت وفای به شرط مطلب تمام است و در صورت عدم وفای به شرط در این حالت علی القاعده، بحث الزام و در صورت الزام و امتناع از انجام شرط، در حالتی که انجام شرط قائم به شخص مشروط علیه نباشد، بحث تجویز الزام از طرف حاکم به انجام آن و به هزینه مشروط علیه و در صورت عدم امکان انجام شرط، حق فسخ برای موقع فراهم می‌گردد.

### 1-1-2- ادعای عدم امکان شرط خیاری در ايقاعات به جهت فقدان تأیید شرعی

برخی از فقها بر آنند که فسخ در ايقاعات مشروعیت نداشته و مقصود از این سخن این است که در شرع، برخلاف عقود، تأییدی بر اعتبار فسخ در ايقاعات وجود ندارد؛ اما نکته این است که در این دیدگاه دلیلی بر منع شرع وجود نداشته و چنین دلیلی ارائه نمی‌گردد. به سخن دیگر در این دیدگاه اعتقاد بر این است که برای مشروعیت فسخ حتی در عقود باید

1. اللاری السید عبدالحسین، التعلیقه علی المکاسب، جلد 2، (چاپ الأولى، اللجنة العلمیة للمؤتمر - مؤسسه المعارف الإسلامیة، 1418) ص 333.

2. الإصفهانی، الشیخ محمد حسین، پیشین، ص 218: «ولو فرض لزوم قبولاً لمشروط علیه فهو قبول للشرط لا قبول یتقوم به الايقاع حتی یلزم الخلف».

دلیلی وجود داشته باشد و این دلیل در عقود با مشروعیت اقاله و ثبوت خیار مجلس و حیوان و در سایر مواردی که شارع در عقود خیار را پذیرفته، یافت می‌شود. در حالی که در مورد ایقاعات، شارع اجازه نقض اثر ایقاعات را پس از وقوع نداده است تا درج شرط در آن‌ها نیز جایز باشد. مضافاً این که از مبسوط استفاده می‌شود که در این خصوص اجماع وجود دارد و در سرایر نیز نفی خلاف در خصوص عدم دخول شرط فسخ در عتق و طلاق شده است و صاحب سرایر بر آن است که مخالفی در مورد عدم اعتبار شرط فسخ در عتق و طلاق وجود ندارد و در مسالک نیز قائل بر اجماع بر عدم دخول شرط خیار در عتق و ابراء است و خیار حتی در ایقاعی که ناشی از عقد باشد مثل صلحی که اثر و فایده آن ابراء باشد ممکن نیست کما این که در تحریر و جامع المقاصد به این امر تصریح کرده‌اند و در غایت المرام هم این مورد تأیید شد است و در خاتمه کلام بر آنند که لااقل شک در این خصوص به شک در سببیت فسخ برای رفع ایقاع برمی‌گردد.<sup>1</sup>

در مقابل، برخی از فقهای متأخر با چنین استدلالی مخالف بوده و شرط خیار ضمن ایقاع را مشروع و مشمول عموماً ادله دانسته و بر آنند که بطلان شرط خیار ضمن ایقاع منوط به مخالفت با کتاب و سنت و محلل نمودن حرام و محرم نمودن حلال است و شک در این مورد به این برمی‌گردد که آیا چنین مشروطی در شریعت منهی است یا نه و به عبارت دیگر آیا شارع چنین شرطی را نهی نموده و آن را باطل اعلام کرده است یا این که شارع ساکت است؟ این در حالی است که نهی منتفی بوده و در حالتی هم که نهی منتفی باشد به اقتضای عموم ادله، وفای به شرط واجب است.<sup>2</sup> برخی دیگر از فقهای امامیه نیز با نظر اخیر موافقت و بر آنند که اگر عدم مشروعیت درج خیار در ضمن ایقاع احراز شود؛ برداشت و نظر اول صحیح خواهد بود و

1. الانصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص 100.

2. الهمدانی الحاج آقا رضا، حاشیه کتاب المکاسب، (الطبعة: الأولى، المطبعة: ستاره قم، 1420). ص 484: «قوله: فالأولى الاستدلال عليه، مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط وانصرافه، خصوصاً على ما تقدم عن «القاموس» بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات. أقول: كل مورد ثبت عدم مشروعية الفسخ فيه بالإجماع وغيره، بحيث يستفاد منه أن اللزوم من الأحكام الشرعية المجعولة لهذا العقد، ولو بعد طرؤ عنوان الاشتراط، فلا إشكال في فساد الشرط، لاستلزامه تحليل الحرام المستثنى عن عموم وجوب الوفاء بالشرط، أما لو لم يثبت ذلك، فلننظر فيما ذكره قدس سره مجال، إذ لا مخصص لعموم دليل وجوب الوفاء إلا عنوان كونه محللاً للحرام أو محرماً للحلال، ومن المعلوم أن الشك في صحة الشرط وفساده على هذا التقدير إنما يتسبب عن الشك في كون المشروط بعنوان كونه مشروطاً منهياً عنه في الشريعة أم لا، فإذا نفينا النهي بالأصل، يجب الوفاء بالشرط، لعموم مقتضى وارتفاع المانع. وبتقرير آخر: أن منشأ الشك في المقام أنه هل جعل الشارع للمشروط بوصف كونه مشروطاً حكماً مخالفاً لما تقتضيه قضية الاشتراط أم لا؟ فإذا قلنا الأصل عدم جعل كذاي يثبت المطلوب».



به عبارت دیگر در فرضی که دلیلی یافت شود که شارع شرط ضمن ايقاع را باطل اعلام نموده است قطعاً باید حکم به بطلان آن داد اما اگر چنین حکمی نباشد که در واقع نیز چنین حکمی احراز نشده است، با فرض وجود شک می‌توان به عمومات ادله تمسک نمود و شرط خیاری ضمن ايقاع را صحیح دانست. مضافاً این که خود مدعیان نظر اول در مباحث مشابه دیگر، در حالتی که شک در اعتبار عمل حقوقی باشد، آن را مشمول عمومات ادله دانسته‌اند.<sup>۱</sup> برخی از فقها نیز به تعبیر دیگری در تأیید اعتبار شرط فسخ ضمن ايقاع، استدلال می‌کنند که برای نفوذ و صحت یک شرط مشروعیت آن مطرح نیست بلکه کافی است که عقلاً اعتبار آن شرط صحیح باشد و اشتراط و توافق بر چنین شرطی عرفاً نافذ باشد. در این حالت چنین شرطی مشمول المؤمنون عند شروطهم خواهد بود و همین دلیل بر امضای شرع است.<sup>۲</sup>

به بیان دیگر این دو نظر به دو مبنای مختلف برمی‌گردد یکی این که در احکام معاملات نیاز به تأیید شارع است و اگر چنین تأییدی احراز نشود عمل حقوقی مشروعیت ندارد و باید آن را باطل تلقی کنیم. مبنای دوم بر آن است که در معاملات عقلایی و متعارف در زمان‌های مختلف اگر منع شارع وجود نداشته باشد، عمومات بیان شده از جانب شارع، اصلی را ایجاد نموده است که بر مبنای این اصل، این قبیل اعمال حقوقی معتبر و صحیح است. بدیهی است اگر نظر و مبنای اول پذیرفته شود تمام اعمال حقوقی جدید که در زمان شارع و عدم انسداد باب علم و دسترسی به شارع رواج نداشته است و تأیید شارع را ندارد، باید بدون استثناء باطل تلقی گردد. این مبنا امروزه در معاملات طرفداران سرشناسی ندارد.

## 1-2- ادعای عدم امکان اعاده معدوم در ايقاعات

ممکن است ادعا شود که ايقاعی مانند ابراء، قابل فسخ نیست؛ چون اسقاط حق است و زمانی که حقی ساقط شد قابل اعاده نیست مگر این که سبب جدیدی فراهم شود و نظیر این بحث در اسقاط یکی از اختیارات است که پس از اسقاط امکان اعاده آن وجود ندارد. در پاسخ

1. الطباطبایی البزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص 22.

2. الآخوند الخراسانی المولی محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، (الطبعة الأولى، وزارت إرشاد إسلامی، 1406). ص 181: «يمكن أن يقال، إنه لا يعتبر في نفوذ الشرط وصحته، مشروعياً ما شرط، بل يكفي كون مما صح اعتباره عقلاً، ونقد اشتراطه عرفاً، ضرورة شمول "المؤمنون عند شروطهم" له، بتخصيص الشروط بما صح اشتراطه لدى العرف».

به این ادعا، همان طور که برخی از فقها بیان داشته‌اند<sup>1</sup> هیچ گونه مانع عقلی برای این امر وجود ندارد و در این حالت شخص موقع از معاهده‌ی خود دست می‌کشد و وضعیت سابق برقرار خواهد شد. مضافاً این که حتی خود فسخ نیز عقلاً قابل خیار فسخ است لکن در سوابق امر معهود نیست و همان طور که بیان شد صرف معهود نبودن مانع از شمول عموماً شرط نیست. برخی از فقها نیز با تفصیل دقیق‌تری در خصوص ادعای عدم اعتبار شرط خیار ضمن ایقاع به جهت این که خیار فسخ مختص عقود است؛ برآند که امر مشروط در این حالت (که از آن به خیار تعبیر می‌شود) عبارت از رفع شیء، مثل رفع مالکیت یا بینونت حاصل با طلاق و نحو آن است و این امر در ایقاع هم معقول است<sup>2</sup> و در خصوص این ادعا که گفته شده است مضمون ایقاعات نوعاً امور عدمی است مثل زوال زوجیت با طلاق یا زوال رقیت و بردگی با عتق و آزاد کردن برده و زوال سقوط مافی الذمه در ابراء دین؛ از این حیث که نتیجه‌ی ایقاعات امور عدمی هستند؛ به عکس عقود که مضمون آن‌ها امور وجودی است و در نتیجه، در صورت اقدام به فسخ عقود، در واقع امر وجودی زایل می‌گردد؛ این فقیه نامدار بر آن است که حقیقت فسخ و رجوع عقلاً به معنی موقعیت جدید (مانند تملک جدید) است. یعنی (با رجوع از طلاق) مجدداً زوجیت حاصل و (با فسخ عتق) مجدداً رقیت و بردگی حادث می‌گردد که به عنوان اعاده‌ی ما کان و امر موجود قبلی است و اگر این سخن پذیرفته نشود باید بگوییم که اعاده‌ی ملکیت زایله در بیع (که با فسخ اعاده می‌گردد) نیز اعاده‌ی معدوم است. به علاوه امور اعتباری را نباید با امور حقیقی و واقعی یکسان بدانیم.<sup>3</sup> مضافاً در مورد مشروعیت درج خیار و انحلال ایقاع نیز نه تنها در شرع دلیلی بر بطلان این مطلب وجود ندارد، بلکه به عکس با ایقاع طلاق و اختیار شرعی برای رجوع، در واقع رجوع به معنی مصداق شرعی اختیار زوال ایقاع و اعاده وضع قبلی و در مورد عتق مشروط به خدمت عبد برای مدت یا امر معینی، در صورتی که شرط واقع نگردد، شرعاً امکان رجوع به رق و اعاده‌ی بردگی تأیید شده

1. الطباطبایی الیزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص 22.

2. الإصفهانی، الشیخ محمد حسین، پیشین، ص 218.

3. در خصوص نسبت امور اعتباری با واقعیات رجوع کنید به: وکس ریموند، فلسفه حقوق، ترجمه: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، (تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، 1389). صص 4 و 5 و 53- همچنین: رضا نژاد لقمان، «رابطه تولیدی منطقی در ادراکات حقیقی و اعتباری» فصلنامه صدرا، شماره نوزده (1396). قابل دسترس در سایت:

<http://www.talie.ir> آخرین بازدید: 95/3/20.

است و این مورد نیز تأییدی بر زوال ايقاع عتق است. به سخن دیگر رجوع در طلاق و فسخ عتق در واقع دلیل قاطع و شرعی بر امکان زوال ايقاع و اعاده‌ی ماکان و وضعیت قبلی است.<sup>1</sup> در تأیید نظری که ايقاع با شرط خیار را مشمول عمومات ادله و در نتیجه مطابق با قواعد می‌داند<sup>2</sup> و در بیان ماهیت چنین ايقاعی باید افزود که ايقاع با شرط خیار در واقع اراده یک عمل حقوقی قابل اعاده بوده و از همان ابتدا اراده یک عمل حقوقی به صورت متزلزل و یا قابل استقرار است و ایجاد چنین امر اعتباری کاملاً در عقود مأنوس است و این که ادعا شود؛ اراده یک‌جانبه توان ایجاد عمل حقوقی کامل را دارد ولی توان ایجاد عمل حقوقی متزلزل و قابل اعاده را ندارد، سخن موجهی نیست و باید گفت وقتی شرعاً و قانوناً و عقلاً اراده واحد توان و اختیار ايقاع یک عمل حقوقی کامل را دارد به طریق اولی باید توان ايقاع آن به نحو متزلزل و قابل اعاده را نیز داشته باشد.

### 1-3- ادعای اجماع در بطلان ايقاع خیاری

با وجود این که برخی ادعای بطلان ايقاع خیاری را مردود دانسته‌اند و ايقاع خیاری را مطابق با قواعد و مشمول عمومات ادله تلقی نموده‌اند اما به جهت ادعای اجماع و یا بهتر است گفته شود به جهت احتمال اجماع دچار تردید شده‌اند.<sup>3</sup> به عبارت دیگر در کنار تمامی ادله‌ای که بیان شد، طرفداران عدم صحت ايقاع خیاری به اجماع نیز استناد می‌کنند و معتقدند که عدم امکان شرط خیار در ايقاع مورد اجماع عقلاً نیز می‌باشد. این در حالی است که با در نظر گرفتن مطالبی که در نقد دلایل طرفداران بطلان شرط خیار در ايقاع، به شرحی که گذشت، بیان شد و دیگر دلایلی که در مبحث بعد و ذیل نظریات قائلین به صحت ايقاع خیاری بیان می‌گردد، در وجود و صحت و امکان تمسک به چنین اجماعی تردید وجود دارد و برخی بر آنند که ظاهراً (بنا بر ظاهر کلمات برخی) اجماع وجود دارد و برخی با تردید اعلام نموده‌اند که اگر اجماعی وجود داشته باشد در این صورت قول عدم اعتبار شرط خیار در ايقاعات متبع است و برخی با تحلیل ادعای اجماع، در این خصوص ادعای اجماع را ثابت ندانسته‌اند.<sup>4</sup>

1. الإصفهانی، الشیخ محمد حسین، پیشین، ص 219 و 221.

2. الطباطبایی البزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص 22.

3. همان ص، 22: «فتحصل ان مقتضى القاعدة جریان شرط الخیار فی الايقاعات وان المانع منحصر فی الاجماع».

4. الخوئی، السید محمد تقی، الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، جلد 2-3، (چاپ الأولى، دار المؤرخ العربی - بیروت - لبنان، سال چاپ 1414 - 1993 م). ص 91.

## 2- نظریه امکان شرط خیار در ایقاع

علاوه بر ایرادات اساسی که به دلایل طرفداران بطلان ایقاع خیاری وارد است، به شرحی که در قسمت اول بیان شد، برخی از نویسندگان نیز قائل به صحت ایقاع خیاری بوده<sup>1</sup> و از امکان شرط خیار در ایقاع دفاع کرده‌اند. نظریه امکان شرط خیار در ایقاع نظر مختار بوده و در اثبات و تقویت آن مطالبی به شرح آتی قابل بیان است.

### 2-1- صحت شروط ضمن ایقاع

بر اساس اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی، شروط ضمن عقد از توابع تراضی اصلی و ناشی از توافق اراده متعاقدين است؛ بنابراین در قراردادها، اصل حاکمیت اراده، نه تنها آزادی طرفین در انعقاد و ایجاد عقود را به همراه داشته بلکه به متعاقدين این اختیار را می‌دهد، آزادانه، چگونگی و آثار تراضی خود را باین شروط گوناگون تنظیم و تعدیل کنند و محدود در چارچوب قوانین تکمیلی نباشند. علاوه بر این، طرفین عقد اختیار دارند که التزام خود را به طور مستقل اعلام کنند یا آن را تابع عقد دیگر سازند. با وجود این، توسعه روابط اجتماعی در طول تاریخ زندگی انسان منتهی به دقت فزاینده در مباحث حقوقی اعم از عقود و شروط ضمن آن و همچنین ایقاعات و شروط ضمن آن شده است و طبعاً مباحث نو در عالم حقوق مستلزم دقت‌ها و ظرافت مضاعف است و از جمله بحث حاضر نیز نیاز به دقت و ظرافت خاصی دارد و در تحلیل موضوع سعی در ارائه طریق خواهد شد. لذا به شیوه برخی از نویسندگان<sup>2</sup> موضوع شروط ضمن ایقاع در دو فرض جداگانه مطرح می‌گردد: 1- شروط تابع 2- التزام‌های اضافی.

2-1-1- شرط تابع ایقاع و بدون ایجاد التزام اضافی: در موردی که ماهیت شرط وابسته به خود ایقاع است و مفاد متعارف آن را تغییر می‌دهد و اثر دیگری ندارد، مانند شرط اجل

1. اللاری السید عبد الحسین، پیشین، ص 333 - الإصفهانی، الشیخ محمد حسین، پیشین، ص 218 - الآخوند الخراسانی المولی محمد کاظم، پیشین، ص 181 - الهمدانی الحاج آقا رضا، پیشین، ص 484: طباطبای ی یزدی محمد کاظم، پیشین صص 62 و 63 - هر چند که مرحوم طباطبایی یزدی در نهایت در فرض وجود اجماع، نظر مشهور را متبع دانسته‌اند.

2. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص 155.

برای اجرای ايقاع یا شرط تعلیق، نفوذ این شرط کمتر مورد تردید است.<sup>1</sup> لذا می‌توان گفت اراده‌ای که قادر است یک عمل حقوقی را واقع سازد، اختیار تنظیم آثار آن را نیز دارد. برای مثال، موصی می‌تواند حدود اختیار و چگونگی اجرای وظایفی را که به عهده وصی می‌گذارد معین کند؛ گوینده ایجاب حق دارد التزام خود را به آن، محدود به مدت معین کند؛ وارث حق دارد قبول ترکه را در حدود صورت تحریر آن اعلام کند؛ دو طرف قرارداد می‌توانند شرطی را که به سود ثالث می‌شود موجد یا معلق سازند.<sup>2</sup> با وجود این، اصل حاکمیت اراده در ایقاعات، مقید به شرایط و ماهیت ویژه موارد آن، مورد پذیرش قرار گرفته است و لذا حکومت اراده در ایقاع به گستردگی قراردادها نیست؛ در نتیجه، نفوذ و اعتبار شروط تابع در ایقاعات مانند عقود، منوط بر این است که با ساختار حقوقی و قواعد امری مربوط به ایقاع مخالفت نداشته باشد. همان‌طوری که شرط ضمن عقد نیز نباید مخالف مشروع یا مقتضای ذات عقد باشد؛ بنابراین در بین شروط تابع قابل اشتراط در ایقاعات، همان‌طور که بیان شد آنچه بیشتر مورد بحث قرار گرفته، امکان شرط خیاری در ایقاع است و دیدیم تمایل برخی بر این است که در ایقاع نمی‌توان شرط خیاری کرد و برای مثال، در ابراء یا طلاق، ایقاع کننده نمی‌تواند برای خود شرط خیاری کند و آنچه را رخ داده است برهم زند. این عده بر آنند که بازگرداندن آنچه در گذشته واقع شده (امر عدمی که مضمون نوعی ایقاعات دانسته شد)، امری غیرطبیعی است و آن را نباید با قطع رابطه موجود در عقود مستمر (مانند اجاره) قیاس کرد. لیکن همان‌طور که قبلاً<sup>3</sup> بیان شد از نظر رعایت قواعد، تعارضی در اشتراط خیاری شرط به‌عنوان شرط تابع با طبیعت ایقاع وجود ندارد. علاوه بر این نه‌تنها ادعای وصف بازگشت‌ناپذیری ایقاع مورد پذیرش نیست بلکه با توجه به اراده موقع می‌توان گفت که در ایقاع خیاری وضعیت حقوقی معتبری به وجود آمده و استقرار اثر عمل حقوقی بر حسب انشاء موقع، منوط به عدم اعمال حق فسخ در مدت معین شده است.

2-1-2) شرط موجد التزام اضافی: در شروط موجد التزام‌های اضافی، سوال اصلی این است، آیا ایقاع کننده می‌تواند ضمن ایقاع، شرط التزام اضافی برای خود یا دیگران کند و

1. حقیقت صبا، «بررسی شرط در ایقاعات با رویکردی بر نظر امام خمینی» پژوهشنامه متین، سال نوزدهم، شماره هفتاد و ششم (1396) ص 00.

2. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص 155.

چنین شرطی الزام آور است؟ برای مثال، اگر زوج ضمن طلاق زوجه، خود را متعهد کند که مبلغی به او بپردازد یا طلبکاری به هنگام ابراء شرط کند که مدیون ابراء شده باید کار معینی را انجام دهد،<sup>۱</sup> آیا چنین شرطی نافذ و الزام آور است یا طبیعت ایقاع التزام اضافی را بر نمی‌تابد؟ برخی از فقهای متقدم بر آنند که طبیعت ایقاع اصولاً شرط پذیر نیست،<sup>۲</sup> خواه مفاد شرط مربوط به ایجاد اختیار فسخ یا امر دیگری باشد؛ زیرا از این دیدگاه شرط به تراضی تحقق می‌یابد و مشروط علیه باید آن را قبول کند و این حالت در ایقاع که با یک اراده واقع می‌شود؛ نمی‌تواند صورت خارجی یابد. برخلاف این دیدگاه فقهای متأخر با دقت و به‌درستی بر آنند که مفهوم شرط بیش از این اقتضاء ندارد که به سود یکی و زیان دیگری باشد و هیچ ضرورتی ندارد که ضمن ایجاب و قبول واقع شود. نیاز شرط به قبول با آوردن آن ضمن ایقاع منافات ندارد و ماهیت هیچ‌یک را دگرگون نمی‌سازد.<sup>۳</sup>

بر این اساس فقها متأخر<sup>۴</sup> التزام‌های اضافی و همچنین وجود اختیار شرط در ایقاع را از نظر اصولی صحیح دانسته و بر آنند که شرط خیار نیز مشمول عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد و از این دیدگاه اگر شرط ضمن ایقاع، التزامی را بر عهده موقع بگذارد، این شرط بدون نیاز به قبول، نافذ است، چون مشروط علیه یعنی موقع آن را بر عهده خود پذیرفته است. نهایت این است که مشروط له آن را نپذیرد و حقی را که به سود او ایجاد شده است، اسقاط کند؛ مانند شرط خیار که به سود بیگانه می‌شود و بدون اینکه نیازی به قبول باشد به او حق فسخ می‌دهد. جز اینکه بیگانه می‌تواند حق خود را ساقط کند و از آن سود نبرد. همچنین است در موردی که شرط بر عهده کسی قرار گیرد که سازنده ایقاع بر او سلطه دارد و می‌تواند او را به کاری ملزم سازد. ولی هرگاه مفاد شرط، ایجاد تعهد بر کسی باشد که در سلطه سازنده ایقاع نیست (مثلاً طلبکار ضمن ابراء مدیون بر او شرط کند که جامه‌ای بدوزد) نفوذ شرط منوط به قبول مشروط علیه است بدون اینکه با طبیعت ابراء مخالف باشد.

1. همان ص، 186.

2. برخی نویسندگان حقوقی نیز معتقدند که ایقاعات به عکس عقود، تحمل شروط نمی‌نمایند، رجوع کنید به: جعفری لنگرودی محمد جعفر، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، (تهران: گنج دانش، 1378). ص 763.

3. الانصاری، الشیخ مرتضی، پیشین، ص 149- الطباطبایی الیزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص 31- الإصفهانی، الشیخ محمد حسین، پیشین، ص 218.

4. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، صص 62 و 63.

به نظر برخی<sup>۱</sup> لازمه چنین تحلیلی این است که پذیرفته شود: همان گونه که اشخاص می توانند ضمن عقدی، شرطی به سود بیگانه کنند، هر شخص به اراده تنهای خود نیز چنین توانی را داشته باشد و بر این اساس باید گفت که اراده متعهد، پایه اصلی تعهد است و رضای طلبکار را نباید از ارکان آن شمرد و عقد قالب سنتی است که می تواند حذف شود و اراده مدیون جانشین آن باشد. با وجود این تنها شرط لازم برای نفوذ ایقاع درباره دیگری این است که به سود او باشد و تعهدی را بر دوش بیگانه نگذارد. بر این نظر باید افزود که اعتبار ایقاع ابراً با شرط اضافی به نفع مدیون و اعتبار ایقاع ابراً با شرط و تعهدی بر عهده مدیون دو مطلب متمایز ولی با تحلیل یکسان است.

از این رو، برخی<sup>۲</sup> بر آنند ایقاع ممکن است به اعتبار شرطی که در آن شده است نیاز به قبول داشته باشد. در این فرض، ایقاع بدون قبول نیز اعتبار دارد، ولی نفوذ شرط منوط به قبول است. رد شرط و عدم تحقق آن به نفوذ ایقاع صدمه نمی زند، لیکن برای موقع حق فسخ ایجاد می کند. از طرفی اگر شرط ضمن ایقاع با قبول بدهکار واقع شود، نشانه این حقیقت است که نیروی الزام آور شرط ناشی از تراضی است و پیوندی میان شرط و ایقاع وجود ندارد. با وجود این، چون مفاد شرط و ایقاع در کنار هم قرار گرفته است، وجود هر کدام در تفسیر دیگری مؤثر است و نباید ارتباط معنوی آن دو را انکار کرد. بدین ترتیب، تعهدی که ضمن ایقاع واقع می شود، خواه به سود بیگانه باشد یا به زیان او، از ایقاع کسب لزوم نمی کند و شرایط وقوع آن تابع قواعد عمومی است. به همین جهت، به دشواری می توان نام شرط بر آن نهاد. تنها اثر احتمالی این اقدام، سرایت بطلان ایقاع به شرط است، ولی این اثر نیز نتیجه قید ضمنی است که همراه ایجاب تعهد می شود و موضوع قصد مشترک (تراضی) قرار می گیرد.<sup>۳</sup> برخلاف این نظر شاید بتوان گفت، حتی اگر نفوذ شرط، منوط به قبول مشروط علیه باشد، این امر نشانه انفکاک شرط و ایقاع نیست و در واقع، تحلیل اراده موقع نشان می دهد که اراده وی ایقاع را معلق به وجود آورده است. به عبارت دیگر، موقع، ایقاع را معلق به نفوذ شرط، انشاء می کند. لذا اگر شرط مؤثر نشود و مورد قبول مشروط علیه قرار نگیرد، اساساً «ایقاع محقق

1. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، صص 187 و 188.

2. همان.

3. همان ص، 188.

نمی‌شود نه اینکه موقع حق فسخ داشته باشد.

علاوه بر این در مورد امکان شرط عوض در ابراء که شرط در آن التزامی اضافی است، برخی<sup>1</sup> برآنند که در این خصوص ایراداتی مطرح شده است که مهم‌ترین آن، ایراد تغییر ماهیت ابراء است.<sup>2</sup> لیکن بیم تبدیل ابراء به عقد، مانع از نفوذ ابراء و شرط نمی‌گردد. در این فرض، ابراء ماهیت اصلی خود را حفظ می‌کند و به عقد تبدیل نمی‌شود.<sup>3</sup> در واقع، ابراء نیروی کارساز خود را تنها از اراده طلبکار می‌گیرد و تابع شرط که متبوع خود است، نمی‌شود.<sup>4</sup> علاوه بر این می‌توان گفت که ابراء همراه با شرط عوض، ایقاعی است همراه با پیشنهاد یا ایجاب وقوع شرط.<sup>5</sup> پس اگر شرط پذیرفته شود، عقد و ایقاعی در کنار هم قرار می‌گیرد که نیروی اراده آن دو را همچون تابع و متبوع به هم پیوند داده است، مانند طلاق خلع که در آن ایقاعی (طلاق) به عقد (بخشش فدیة) پیوند خورده و ماهیتی مرکب به وجود می‌آورد. در جمع‌بندی کلام می‌توان گفت که در ابراء با شرط عوض، دو حالت متصور است: 1- ابراء معلق به شرط عوض 2- ابرائی که در آن شرط، التزامی اضافه و تبعی است. اگر ابراء معلق به شرط عوض شود، وقوع آن، شرط تحقق ابراء است. برعکس، هرگاه شرط ضمن ایقاع التزامی اضافی و تبعی باشد، هیچ مانعی ندارد که عمل حقوقی که با یک اراده واقع می‌شود در فرض ویژه‌ای به شکل قرارداد درآید؛ رضای مدیون از اعتبار اراده طلبکار نمی‌کاهد و مؤید آن است و به ماهیت ابراء نیز صدمه نمی‌زند. به ویژه، در ابراء که تعریف عام ماده‌ی 289 ق.م.تاب چنین تفسیری را دارد؛ زیرا ویژگی ابراء در صرف نظر کردن طلبکار از دین است نه در قالب آن؛ بنابراین، شرط عوض در ابراء؛ مانند شرط عوض در

1. همان ص، 381.

2. همچنین رجوع کنید به: شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، (تهران: چاپ ششم، انتشارات مجد، 1390). ص 140.

3. به اعتقاد برخی از نویسندگان: «ابراء همیشه به صورت ایقاع و رایگان نیست، ممکن است به صورت عقد معوض درآید؛ مانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین و ابراء شوهر از مهر در طلاق خلع»؛ همانطور که مشخص است، صاحب دیدگاه مذکور، ابراء همراه با عوض را گونه‌ای عقد معوض می‌داند نه ابراء با شرط عوض. رجوع کنید به: جعفری لنگرودی محمدجعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، (تهران: گنج دانش، 1388). ص 18- برخی نیز در ابراء همراه شرط عوض، ماهیت عقد صلح را تقویت می‌نمایند. در همین خصوص رجوع کنید به: محقق داماد سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، (تهران: چاپ هشتم، سمت، 1387). ص 265.

4. صفایی حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد 2، (تهران: چاپ دوازدهم، میزان، 1390). ص 253.

5. فاضلی زاده، علیرضا و کیانی، عباس، پیشین، ص 33.



هبه صحیح بوده و همچنان ابراء رایگان است و این شرط با رایگان بودن ابراء (مقتضای ابراء) منافات ندارد. لیکن هرگاه عوض به طور مستقیم و به صورت توافقی معاوضی و به شکل مبادله در برابر «ابراء» قرار گیرد، آنچه رخ می دهد ابراء نیست و چگونگی پیوند میان ابراء و التزام به دادن عوض (شرط) تابع اراده ابراء کننده است و در تفسیر عمل حقوقی باید از آن اراده الهام گرفت؛ بنابراین با توجه به مبانی یادشده، شروط ضمن ايقاع، چه شروط تابع و چه التزام های اضافی، صحیح بوده و مشمول عمومات ادله و از جمله قاعده «المومنون عند شروطهم» است.

## 2-2- ايقاع خیاری و ایجاد اثر نامستقر

ماهیت ايقاع خیاری، ایجاد عمل حقوقی با یک اراده و با اثر نامستقر است. به این صورت که در ايقاع همراه با شرط خیاری، اثر این عمل حقوقی از آغاز ناپایدار است و همراه با شرط به وجود می آید.<sup>1</sup> پس نباید فسخ ايقاع را تجاوز به حق دیگران شمرد.

برخی از حقوقدانان<sup>2</sup> تحلیل فوق را در صورتی منطقی می دانند که ایجاد و چگونگی حق، نتیجه حکومت اراده باشد و تابع آن قرار گیرد. در ايقاع، ایجاد التزام مبتنی بر اختیار اضافی است که از سوی قانون گذار اعطا می شود. اذن قانون این صلاحیت محدود را به شخص می دهد و اراده در حدود همان اذن گام برمی دارد. در نتیجه، شرط خیاری تنها در ايقاعی قابل توجیه است که اصل حکومت و آزادی اراده در سنخ آن ايقاع پذیرفته شده باشد.

به نظر می رسد که ادعای چنین تقسیمی در ايقاعات (یعنی تقسیم ايقاعات از منظر اصل حاکمیت اراده) نوعی تکلف در تحلیل است. چرا که در این دیدگاه ايقاعات به دو گروه تقسیم شده است: 1- گروهی که در آن اصل آزادی ايقاع همانند مفهوم آزادی قراردادی و با همان حدود مورد پذیرش قرار می گیرد، مانند ابراء. 2- گروهی که در آن اصل بر آزادی ايقاع نبوده و موقع صرفاً در محدوده تعیین شده، حق اعمال اراده دارد؛ مانند اخذ به شفعه و حتی حیازت مباحات.<sup>3</sup> معیار چنین تقسیمی نیز، امکان و میزان برخورد با حقوق دیگران

1. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، صص 62 و 63.

2. کاتوزیان، ناصر، ايقاع، پیشین، صص 188 و 189.

3. همان ص، 141.

تعریف می‌شود. از لحاظ اصل حاکمیت اراده، موضوع ایقاع یا ایجاد حق و انتقال آن است یا اسقاط حق،<sup>1</sup> و چون اسقاط حق برخلاف ایجاد و انتقال آن، برخوردی که به زیان مخاطب ایقاع باشد، با حقوق وی ندارد، در نتیجه اگر موضوع ایقاع، اسقاط حق (مانند ابراء دین) باشد، اصل بر آزادی ایقاع است و این موقع است که می‌تواند با اشتراط شرط، میزان و نحوه اعمال اراده خویش را تنظیم و تعدیل نماید. تحلیل فوق با تمام ظرافتی که دارد، کامل نیست؛ زیرا در تمامی مصادیق ایقاع، اصل بر آزادی و حکومت اراده است<sup>2</sup> و اگر هم در مواردی (از ایجاد و انتقال حق)، اراده موقع محدود می‌شود، این تحدید اراده، ناشی از طبیعت عمل حقوقی است. در واقع اگر شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه معلق به شرط نماید، این محدودیت به دلیل طبیعت حق شفعه است. علاوه بر این در ایجاد و انتقال حق که گفته می‌شود،<sup>3</sup> اصل حاکمیت اراده در ایقاعات وجود ندارد، با ذکر مثال نقضی، می‌توان خلاف چنین ادعای کلی را ثابت کرد. به موجب ماده‌ی 267 قانون مدنی، ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است. لذا در فرضی که بیگانه بدون اذن متعهد و بی آنکه التزامی در برابر طلبکار داشته باشد، مالی را به حساب دیگری به او می‌پردازد، اقدام بیگانه ایقاعی تلقی شده است که سبب تملیک مال به طلبکار است،<sup>4</sup> بنابراین؛ از یک طرف این اقدام از جانب ثالث، ایقاع است و از طرف دیگر ایقاعی است که به ضرر موقع و به نفع ثالث (طلبکار و متعهدله اصلی) انشاء می‌شود و از سوی دیگر نیز طلبکار ملزم به پذیرش آن است (ماده‌ی 373 ق.م). لذا سخن از تقسیم ایقاعات و اعتقاد به جریان اصل حاکمیت اراده در برخی و عدم جریان آن یا جریان محدود

1. به وسیله ایقاع می‌توان حقی را ایجاد (مانند تملک در حیازت مباحات موضوع ماده 143 ق.م و تملک سهم شریک به وسیله اخذ به شفعه موضوع ماده 808 ق.م) یا اسقاط (مانند ابراء دین موضوع ماده 289 ق.م) نمود یا موجب اباحه انتقال (مانند موضوع ماده 120 ق.م) یا اباحه تملک (مانند اعراض از مالکیت موضوع ماده 178 ق.م) شد. همچنین ایقاع می‌تواند موجب برهم زدن و انحلال اعمال حقوقی دیگر گردد (مانند «طلاق»، «فسخ نکاح» و یا «بذل مدت در نکاح منقطع» که موجب گسستن پیوند نکاح می‌گردد و یا «فسخ» که عقود را بر هم می‌زند). رجوع کنید به: فصیحی زاده، علیرضا و کیانی، عباس، پیشین، ص 22- همچنین در خصوص ماهیت و اقسام ایقاع، رجوع کنید به: حقیقت صبا، پیشین، ص 78- عباسی جمیله و نیک نژاد عباس، «ماهیت و اقسام ایقاعات» سومین کنفرانس ملی علوم انسانی، (1396) صص 1 الی 16؛ قابل دسترس در سایت: [www.hmconf.ir](http://www.hmconf.ir) آخرین بازدید: 96/10/33.

2. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، صص 62 و 63.

3. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص 141.

4. همان ص، 177.



آن در گروهی دیگر، موجه به نظر نمی‌رسد.

در نتیجه می‌توان گفت که اصل آزادی و حکومت اراده در تمامی انواع ايقاعات جاری است، لذا اشتراط خيار شرط در ايقاعات مانعی نداشته و صحیح خواهد بود. تنها محدودیت قابل تصور، طبیعت عمل حقوقی است که بایستی قابلیت اشتراط خيار را داشته باشد. به عنوان مثال طبیعت طلاق، خيار شرط نمی‌پذیرد. لیکن اشتراط خيار در ابراء و نظایر آن که محل اصلی نزاع بوده، ممکن است و مانعی در صحت آن دیده نمی‌شود. بر این اساس می‌توان گفت که اثر خيار شرط در ايقاع (در اینجا ابراء)، این است که ابراء دین از آغاز ناپایدار است و همراه با شرط به وجود می‌آید. به عبارت دیگر، اثر ايقاع، بر حسب انشاء منوط به عدم اعمال خيار توسط موقع در مدت زمان تعیین شده خواهد بود.

لازم به ذکر است که مخالفین ايقاع خیاری از نظر اثر عمل حقوقی، ايقاع خیاری را با عقد خیاری مقایسه نموده و از آنجایی که مطابق ماده‌ی 364 قانون مدنی، اشتراط خيار در عقد، مانع جریان اثر عقد نمی‌شود، بر آنند که شرط خيار در ايقاع نیز مانع تحقق اثر ايقاع نبوده و با تحقق اثر ايقاع، موضوع آن معدوم می‌شود (زوال دین در ابراء) و امر معدوم نیز عودت نمی‌یابد، در نتیجه ايقاع خیاری امکان ندارد. برخی از نویسندگان<sup>1</sup> تحلیل مذکور را ذیل عنوان «وصف برگشت‌ناپذیری ابراء» بیان نموده‌اند. پیش‌تر در ذیل عنوان ادعای عدم امکان اعاده معدوم در ايقاعات این موضوع بررسی و تحلیل و این ادعای بی‌دلیل مردود اعلام شد و ملاحظه شد که فقهای سرشناسی از متأخر با این ادعا مخالف هستند و همان‌طور که در بیان ادله طرفداران بطلان شرط خيار در ايقاع و ذیل عنوان «ادعای عدم امکان اعاده معدوم در ايقاعات» بیان شد، وصف برگشت‌ناپذیری ايقاع، قابل‌پذیرش نیست و در عقود نیز به عنوان مثال در عقود معاوضی تملیکی با انعقاد هر عقدی، مالکیت قبل از عقد معدوم می‌گردد و حال آنکه اختلافی در امکان بازگشت معدوم (در عقود) وجود ندارد. مضافاً تحلیل ارائه‌شده از ماده‌ی 364 و عقد خیاری، منطبق با طبیعت ايقاع نبوده و لذا مراد از ايقاعی که در آن شرط خيار می‌شود، ايقاعی است که اثر آن بر حسب انشاء، به صورت متزلزل و منوط به اعمال یا عدم اعمال خيار توسط موقع ایجاد می‌گردد و ايقاع خیاری به معنی تحقق ايقاع و

1. همان صص، 394 و 395.

ایجاد اثر آن و سپس، امکان ازاله این اثر و بازگرداندن وضع به حال سابق نبوده بلکه با در نظر گرفتن اراده موقع، تحقق کامل و استقرار اثر ایقاع، منوط به اعمال و عدم اعمال خیار فسخ است. چه اینکه حتی حقوقدانانی که ایقاع خیاری را با ماده‌ی 364 قانون مدنی مقایسه می‌کنند نیز معتقدند،<sup>1</sup> برگشت‌ناپذیری ابراء در فرضی است که سقوط طلب محقق شود و ایجاد مقتضای سقوط کافی نیست. به همین جهت است که هرگاه ابراء معلق به فوت باشد، از وصیت می‌توان رجوع کرد.

لذا ابراء خیاری همانند ایقاع خیاری، برخلاف آنچه ادعا شده است، امکان دارد و پس از تحقق شرط (عدم اعمال خیار) موجب اسقاط طلب می‌شود. در این فرض نیز، چنانکه در قراردادها گفته می‌شود، انشاء ابراء منجز است و اثر قطعی آن (اسقاط دین) با عدم اعمال خیار حاصل می‌گردد. به سخن دیگر ابراء کننده از آغاز اسقاط دین را توأم با شرط خیار انشاء می‌کند؛ سببی که به وجود می‌آید پس از تحقق شرط کار گزار می‌شود و طلب را ساقط می‌کند.

### 2-3- ضمانت اجراء ایقاع خیاری در فرض بطلان شرط

علاوه بر ادله و تحلیل‌هایی که در خصوص صحت ایقاع خیاری بیان شد، حتی توجه به پاسخ قائلین به بطلان شرط خیار در ایقاع به این سوال که با فرض بطلان شرط خیار، ایقاع چه وضعیتی پیدا می‌کند و ضمانت اجرای عدم صحت شرط چه خواهد بود و سرنوشت مشروط له چه می‌شود؟ آیا صرفاً شرط باطل است یا اینکه بطلان شرط به ایقاع هم سرایت می‌کند؟ نیز، صحت ایقاع خیاری را تأیید می‌نماید.

در پاسخ به سوال فوق دو نظر مطرح شده است: برخی از نویسندگان معتقدند که شرط باطل بوده و این بطلان به ایقاع نیز سرایت کرده و باعث بطلان آن می‌شود.<sup>2</sup> گروه دیگر معتقدند که صرفاً شرط باطل بوده ولی بطلان شرط، موجب بطلان ایقاع نیست.<sup>3</sup>

1. همان ص، 394.

2. شهیدی، مهدی، پیشین، ص 144.

3. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص 395.

در خصوص بطلان شرط و ايقاع، دو دليل ارائه مي‌شود:<sup>1</sup> 1- بطلان شرط در همه موارد باعث مي‌شود آن عمل حقيقي كه شرط باطل، ضمن آن درج شده است، باطل شود؛ زيرا اراده‌ي اشخاص، مجموع عمل حقيقي و شرط را در برمي‌گيرد. پس آنچه به وجود مي‌آيد امري بسيط و تجزيه‌ناپذير است و تبعيض در آن باعث تخلف عمل حقيقي از قصد مي‌شود؛ بنابراین، فساد شرط، همه عمل حقيقي را در بر گرفته و باعث فساد آن نيز مي‌شود. 2- در خصوص ايقاعات، قانون‌گذار مطلق ايقاع را تجويز کرده است؛ بنابراین، به عنوان مثال در ابراء كه از ايقاعات است، بستانكار با درج خيار شرط، آزاد شدن ذمه مديون را به طور قطعي و مطلق قصد نمي‌كند، بلكه برائت ذمه او را مشروط به شرط امكان اشتغال مجدد از طريق فسخ، اراده مي‌كند كه چنين ابرائي قانوناً " قابل تحقّق نيست."<sup>2</sup>

برخي نيز كه صرفاً شرط را باطل مي‌دانند، معتقدند هيچ دليلي براي بطلان ابرائي كه در آن شرط خيار شده است وجود ندارد. بطلان ابراء متناسب با نظر فقيهاني است كه بطلان شرط را سبب بطلان عقد مي‌شمارند، درحالي كه قانون مدني اين نظر را نپذيرفته است و بطلان فرع را باعث بطلان اصل نمي‌داند، مگر اينكه چنان اساسي باشد كه اركان عقد را برهم زند (مواد 222 و 333 قانون مدني).<sup>3</sup> برخي نيز بر اين عقیده‌اند كه در ايقاع همراه با شرط، قصد موقع به عمل حقيقي و شرط به صورت تعدد مطلوب تعلق مي‌گيرد، در اين صورت با بطلان شرط و سقوط يك مطلوب، تعلق قصد به مطلوب ديگر منتفي نمي‌شود.<sup>4</sup>

بي‌ترديد ادعای کسانی كه بطلان شرط را موجب بطلان عمل حقيقي دانسته‌اند بي‌اساس است؛ زيرا ادعای اينكه بطلان شرط در تمامي موارد باعث بطلان عمل حقيقي است، اجتهاد در مقابل نص بوده و مغاير صريح ماده‌ي 222 قانون مدني<sup>5</sup> است. همچنين، اين ادعا كه

1. اصغري آقمشهدی فخرالدین و منصورى بهزاد، «بررسی فقهی حقوقی خيار شرط در ايقاع» مطالعات اسلامي: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پياپی 86/1 (1390) ص 45.

2. شهیدی، مهدی، پيشين، ص 144.

3. کاتوزيان، ناصر، ايقاع، پيشين، ص 395.

4. حسینی شیرازی، محمد، الفقه، (بيروت، دارالعلوم، 1409 ه.ق). ص 57- اصغري آقمشهدی، فخرالدین منصورى، بهزاد، پيشين، ص 46.

5. ماده 222 ق.م. مقرر مي‌دارد: شروط مفصله ذيل باطل است ولي مفسد عقد نيست:

1 - شرطی كه انجام آن غير مقدور باشد.

2 - شرطی كه در آن نفع و فايده نباشد.

قانون‌گذار صرفاً ایقاع مطلق را تجویز نموده نه ایقاع مشروط را، نیز مستند به هیچ دلیلی نیست و به عکس چنین شرطی مشمول عمومات ادله و صحیح است. در نتیجه ادعای بطلان شرط و ایقاع، به هیچ وجه پذیرفتنی نیست. در خصوص ادعای صحت ایقاع و بطلان شرط نیز استدلال تمام نیست. چون ادعای تعدد مطلوب و انحلال قصد موقع به دو عمل حقوقی ایقاع و شرط، خلاف قصد موقع بوده و صحیح نمی‌باشد تا با انتفاء یکی بتوان از صحت دیگری سخن گفت. با چنین ادعایی آنچه واقع شده مورد قصد نبوده و آنچه مورد قصد بوده واقع نشده است. علاوه بر این تحلیل قصد موقع نیز نشان می‌دهد که او مجموع شرط و ایقاع را اراده کرده است. مضافاً در فرضی که تعدد مطلوب پذیرفته شود، با بطلان شرط، نباید هیچ اختیاری (فسخ - جبران خسارت) به مشروط له قائل بود. این در حالی است که قائلین نظر مزبور به صراحت از حق فسخ و یا امکان مطالبه خسارت سخن می‌گویند.<sup>1</sup>

بر این اساس، تنها یک نظر باقی می‌ماند، نظری که معتقد است چون از منظر قانونی دلیلی بر سرایت بطلان شرط به ایقاع نیست، پس ایقاع صحیح بوده و فقط شرط باطل است.<sup>2</sup> همان‌طور که ملاحظه می‌شود، صاحب‌نظر اخیر باظرافت تمام، به سوال مطروح پاسخ کاملی نمی‌دهد، صرفاً معتقد است، بطلان شرط به ایقاع سرایت نمی‌کند (ماده‌ی 222) مگر اینکه شرط، مشمول ماده‌ی 333 قانون مدنی باشد. این در حالی است که باید به این سوال نیز پاسخ داده شود، در صورتی که بطلان شرط به ایقاع سرایت نکند، سرنوشت طرفین شرط چه خواهد شد؟ آیا باید آن‌ها را پایبند ایقاع بدون شرط دانست؟ از آنجائی که پاسخ به این سوال، پایه‌های تئوری عدم امکان خیار در ایقاع را به هم می‌ریزد، طرفداران عدم امکان ایقاع خیار از ورود به آن و استدلال پیرامون پاسخ آن، امتناع نموده‌اند. لذا به بررسی سوال مزبور که دلیل دیگری بر اثبات اعتبار ایقاع خیار است، می‌پردازیم.

درواقع سوال این است: در فرض پذیرش عدم امکان ایقاع خیار و اعتقاد به بطلان شرط، بدون اینکه این بطلان به ایقاع سرایت کند، سرنوشت موقع چه می‌شود؟ پاسخ این سوال منطبق با

3- شرطی که نامشروع باشد.

1. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین منصوری، بهزاد، پیشین، ص 46.

2. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص 395.

ملاک ماده‌ی 240 قانون مدنی و نظیر اراده‌ی قانون‌گذار در عقود خواهد بود.<sup>1</sup> به موجب ماده‌ی اخیر: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد؛ بنابراین با توجه به ماده‌ی اخیر، ناگزیر به جعل حق فسخ برای مشروط له (موقع) که شرط خود را ازدست داده است، خواهیم بود، خواه مبنای فسخ را تخلف از قصد، خواه جبران ضرر بدانیم و از آنجایی که در نظر بطلان شرط و صحت ايقاع، به ماده 222 قانون مدنی استناد شده،<sup>2</sup> همین امر تمسک به ماده‌ی 240 ق.م.را در پاسخ به سوال فوق تأیید می‌کند. در نتیجه، از آنجایی که در مورد ضمانت اجرای بطلان شرط خیار و با توجه به ملاک ماده‌ی 240 قانون مدنی، به جواز حق فسخ در ايقاع می‌رسیم، مهم‌ترین دلیل مخالفین، در امکان اشتراط خیار در ايقاع، متنفی می‌گردد و چون بدون جعل خیار در ايقاع، امکان فسخ (به سبب تخلف از شرط) در آن متصور است، بنابراین، امکان فسخ به سبب خیار شرط نیز جایز و معتبر خواهد بود.<sup>3</sup>

### نتیجه‌گیری

نظریه عدم امکان شرط خیار در ايقاع مبتنی بر ادعای قوام و صدق شرط به عقد و فقدان تأیید شرعی نسبت به خیار در ايقاع است. ادعای قائم بودن شرط به ایجاب و قبول و ایراد بر آن مطرح شد و معلوم گردید که هر شرطی نیاز به مشروط له و مشروط علیه دارد ولی این امر ملازم با وقوع شرط توسط دو طرف نبوده و مستلزم ایجاب و قبول نیست و با یک اراده نیز تعیین شرط میسر است و این چنین شرطی واجد مشروط له و مشروط علیه است. ادعای عدم امکان شرط خیار در ايقاعات به جهت فقدان تأیید شرعی نیز مردود است و چنین شرطی موجب حلال نمودن حرامی و یا عکس آن نیست و مشمول عمومات ادله است. ادعای عدم امکان اعاده معدوم در ايقاعات نیز وجهتی ندارد چون قبول چنین ادعایی به برهان خلف و ماهیت ايقاع خیاری مردود است زیرا با قبول این ادعا امکان فسخ در عقود تملیکی که با انعقاد عقد مالکیت سابق معدوم شده است نیز مصداق امتناع اعاده معدوم خواهد بود؛ در حالی

1. برای دیدن نظر موافق رجوع کنید به: فصیحی زاده، علیرضا و کیانی، عباس، پیشین، ص 54.

2. کاتوزیان، ناصر، ايقاع، پیشین، ص 395.

3. برای دیدن نظر مخالف، به این صورت که اندراج تمامی شروط در ايقاعات را جایز و در نهایت، صرفاً "اشترط شرط فسخ در ايقاع را غیر ممکن می‌داند، رجوع کنید به: فصیحی زاده، علیرضا و کیانی، عباس، پیشین، ص 54.

که در امکان فسخ عقود تملیکی اتفاق نظر وجود دارد و ماهیت ایقاع خیاری، ایجاد عمل حقوقی به اراده‌ی واحد و به صورت متزلزل و فسخ آن اعاده‌ی وضعیت سابق است، بنابراین اشکال مورد ادعا مردود است. ادعای اجماع در بطلان ایقاع خیاری نیز مورد قبول متأخرین صاحب نام نیست. در نتیجه نظریه‌ی امکان شرط خیار در ایقاع موجه و شروط ضمن ایقاع معتبر بوده و ایقاع خیاری موجب اثر نامستقر است. مضاف بر اینکه اگر قائل به بطلان شرط خیار در ایقاع خیاری باشیم، با توجه به ملاک ماده‌ی 240 قانون مدنی، ناگزیر از جعل حق فسخ به نفع موقع (مشروط له) خواهیم بود و همین امر مبانی عدم صحت خیار شرط در ایقاع را که ادعای «عدم مشروعیت فسخ در ایقاع بدون خیار» بود، در هم می‌ریزد. در نتیجه جعل خیار در ایقاع صحیح خواهد بود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## منابع فارسی

- اصغری آقمشهدی فخرالدین و منصورى بهزاد، «بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ايقاع» مطالعات اسلامى: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی 86/1 (1390).
- الآخوند الخراسانى محمد كاظم، حاشیه كتاب المكاسب، (الطبعة الأولى، وزارت ارشاد اسلامى، 1406 ه ق).
- الإصفهانی محمد حسین، حاشیه كتاب المكاسب، ج 4، (الطبعة الأولى، الناشر المحقق، 1419 ه ق).
- الانصارى الشيخ مرتضى، كتاب المكاسب، ج 5، (چاپ الاولى، ناشر المؤتمر العالمى بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصارى، 1420 ه ق). همچنين چاپ سنگى مكاسب (1375 ه ق).
- الحسينى السيد محمد جواد، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، الجزء الرابع عشر، مؤسسه النشر الإسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، 1418 ه ق).
- الطباطبایى اليزدى سيد محمد كاظم، حاشیه المكاسب، ج 2، (موسسه اسماعيليان لطباعه و النشر و التوزيع، 1378).
- اللارى السيد عبدالحسين، التعليقه على المكاسب، جلد 2، (چاپ الأولى، اللجنة العلمية للمؤتمر - مؤسسه المعارف الإسلاميه، 1418 ه ق).
- الهمدانى الحاج آقا رضا، حاشیه كتاب المكاسب، (الطبعة: الأولى، المطبعة: ستاره قم، 1420 ه ق).
- الخوئى السيد محمد تقى، الشروط أو الالتزامات التبعيه فى العقود، جلد 2-3، (چاپ الأولى، دار المؤرخ العربى - بيروت - لبنان، 1414 ه ق - 1993 م).
- جعفرى لنگرودى محمد جعفر، مسبوٲ در ترمينولوژى حقوق، جلد اول، (تهران: گنج دانش، 1378).
- \_\_\_\_\_، دايرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، (تهران: گنج دانش، 1388).
- حسينى شيرازى محمد، الفقه، (بيروت: دارالعلوم، 1409 ه ق).
- حقيقت صبا، «بررسی شرط در ايقاعات با رویکردى بر نظر امام خمينى» پژوهشنامه متين، سال نوزدهم، شماره هفتاد و ششم (1396).

- رضا نژاد لقمان، «رابطه تولیدی منطقی در ادراکات حقیقی و اعتباری» فصلنامه صدر، شماره نوزده (1396). قابل دسترس در سایت: <http://www.talie.ir> آخرین بازدید: 95/3/20.
- شهیدی مهدی، سقوط تعهدات، 0 چاپ ششم، تهران: انتشارات مجد، 1390.
- شهیدی تبریزی میرزا فتاح، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، جلد 3، (قم: چاپخانه اطلاعات، 1375).
- صفایی حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، (چاپ دوازدهم، تهران: میزان، 1390).
- عباسی جمیله و نیک نژاد عباس، «ماهیت و اقسام ایقاعات» سومین کنفرانس ملی علوم انسانی (1396). قابل دسترس در سایت: [www.hmconf.ir](http://www.hmconf.ir) آخرین بازدید: 96/10/33.
- \_\_\_\_\_، «شرایط صحت ایقاعات» سومین کنفرانس ملی علوم انسانی (1396). قابل دسترس در سایت: [www.hmconf.ir](http://www.hmconf.ir) آخرین بازدید: 96/10/33.
- فسیحی زاده علیرضا و کیانی عباس، «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ایقاع و آثار آن» آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره 9 (1393).
- کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد 5، (چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1393).
- \_\_\_\_\_، ایقاع، چاپ ششم، (تهران: نشر میزان، 1393).
- کلانتر سید محمد، کتاب المکاسب (المحشی)، جلد 15، (چاپ سوم، دارالکتاب، 1410 ه. ق.).
- محقق داماد سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی 2)، (چاپ هشتم، تهران: سمت، 1387).
- محمدی سام و عبدالکریمی هیوا، «بررسی جریان خیار در ایقاعات» فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره هفدهم (1395).
- میرزایی علیرضا، گزیده متون حقوقی فرانسه، (چاپ اول، تهران: انتشارات بهنامی، 1381).
- وکس ریموند، فلسفه حقوق، ترجمه: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، (تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، 1389).



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی