

## A Jurisprudential-Legal Survey on the Foundations of Non-Operation of Condition Option in Some Contracts

*Farzad Karami\*<sup>1</sup>, Seyyed Mahdi dadmarzi<sup>2</sup>*

1. Ph .D. Student in private law, Faculty of Law, university of qom, qom , iran.

\*. **Corresponding Author:** Email: fkarami506@gmail.com

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

Email: dadmarzism@yahoo.com



**Publisher:**

Shahr-e- Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**

Original Research

**DOI:**

10.48300/JLR.2021.132615

**Received:**

7 August 2020

**Accepted:**

22 September 2020

**Published:**

6 September 2021



S.D.I.L.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study

### A B S T R A C T

Although the option of condition is regarded as one of the general rules of contracts, firstly it should be compatible with the nature and substance of the contract and not be incompatible with its requirements; secondly, its stipulation should not be contrary to public order and good morals. Therefore, stipulating condition option in the contract of endowment (Waqf) is invalid and invalidating because of incompatibility with the requirements of the contract, in guarantee is invalid for violating the rights of third party (guaranteed), and in the contract of marriage is invalid in that it is contrary to public order and the ruling of article 1069 of Iranian Civil Code and the consensus (Ijma') of Imamiyah jurists, but as the result of some interests, does not invalidate the contract. Furthermore, the foundation of

**Copyright & Creative Commons:**

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



non-operation of condition option for the renter in the contract of renting the place of business should be found in the protective aspect of the related Act in favor of the tenant class and consequently it's imperative character and mindfulness of the legislator as to economic stability. Hence, as a general rule, it could be said that stipulation of option condition is possible in all the contracts unless it is incompatible with the nature of the contract or is contrary to public order and good morals.

**Keywords:** Option of Condition, Contract Conditional to Option of Condition, Stipulation of Condition Option, General Rule.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Farzad KaramiKolmoti: Methodology, Formal analysis, Investigation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Project administration.

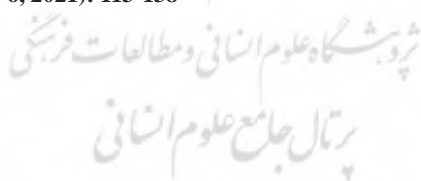
Seyed mahdi Dadmarzi: Conceptualization, Validation, Resources, Data Curation, Supervision.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

---

**Citation:**

Karami, Farzad & Seyyed Mahdi dadmarzi "A Jurisprudential-Legal Survey on the Foundations of Non-Operation of Condition Option in Some Contracts" *Journal of Legal Research* 20, no. 46 (Sep 6, 2021): 113-138



# بررسی فقهی - حقوقی مبانی عدم جریان خیار شرط در پاره‌ای از عقود

فرزاد کرمی کلمتی\*<sup>۱</sup>، سید مهدی دادمرزی<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

\*: نویسنده مسئول: Email: fkarami506@gmail.com

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

Email: dadmarzism@yahoo.com

## چکیده:

به‌عنوان یک قاعد کلی می‌توان گفت درج خیار شرط در کلیه عقود ممکن است؛ و از قواعد عمومی قراردادها است. با وجود این اندراج خیار شرط در تمامی عقود و معاملات امکان‌پذیر نیست چراکه اولاً خیار شرط باید با طبیعت و ماهیت عقد سازگار بوده و با مقتضای عقد منافات نداشته باشد، ثانیاً درج خیار شرط در عقد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد؛ بنابراین درج خیار شرط در عقد وقف به علت تنافی با مقتضای عقد، باطل و مبطل و در ضمان هرچند منافاتی با مقتضای عقد ندارد لیکن درج خیار شرط در ضمان از آن جهت باطل است که مخل حقوق ثالث (مضمون عنه) هست. درج خیار شرط در نکاح به علت مخالفت با نظم عمومی و حکم ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی و اجماع فقهای امامیه باطل است. مبنای عدم جریان خیار شرط برای مؤجر، در قرارداد اجاره



نوع مقاله:  
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.132615

تاریخ دریافت:  
۱۷ مرداد ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:  
۱ مهر ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:  
۱۵ شهریور ۱۴۰۰



پژوهشکده حقوق

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.

محل کسب و پیشه را باید در جنبه حمایتی قانون از قشر مستأجر و بالطبع وصف آمرانه قانون و توجه مقنن به ثبات اقتصادی جستجو کرد.

### کلیدواژه‌ها:

خيار شرط، عقد مشروط به خيار شرط، اندراج خيار شرط، قاعده عمومی.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

فرزاد کرمی کلمتی: روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، مدیریت پروژه.

سید مهدی دادمرزی: مفهوم سازی، اعتبار سنجی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نظارت.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استنادهی:

کرمی کلمتی، فرزاد و سید مهدی دادمرزی، «بررسی فقهی - حقوقی مبانی عدم‌جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۰، ش. ۴۶ (۱۵ شهریور ۱۴۰۰): ۱۱۳-۱۳۸.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

شیخ انصاری نه مورد را به‌عنوان شرایط صحت شرط مطرح می‌نماید که شماری از آنها را می‌پذیرد. از جمله شروط مورد پذیرش شیخ انصاری که مرتبط با این نوشتار هست شرط پنجم از شروط نه‌گانه ایشان، یعنی خلاف مقتضای عقد نبودن شرط هست<sup>۱</sup> که در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند.<sup>۲</sup> بطلان چنین شرطی از منظر فقها به این دلیل است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ چراکه شرط عدم تحقق اثر اصلی عقد، به معنای عدم قصد واقعی برای تحقق عقد است و با آن منافات دارد.<sup>۳</sup> از مجموع مباحث مفصل فقهای امامیه به دست می‌آید که شرط خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل عقد است لذا خیار شرط به‌عنوان مصداقی از شرط، نباید اثر اصلی عقد را نفی نماید در غیر این صورت چنین شرطی باطل و موجب بطلان عقد خواهد بود. کما اینکه در وقف چنین است و در رهن نیز اگر استیثاق را مقتضای ذات عقد بدانیم و خیار شرط منافی استیثاق باشد باید حکم بر بطلان خیار شرط و عقد رهن داد که این دلیل عدم جواز درج خیار شرط در این عقود است. نگارنده در این مجال در حد وسع علمی خویش، با تأملی بر موافقت یا مخالفت خیار شرط با قاعده، مبانی عدم جریان خیار شرط در برخی از عقود را مورد بررسی و کنکاش قرار دهد؛ بنابراین این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی، با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی، به تبیین و بررسی امکان یا عدم امکان اندراج خیار شرط در برخی عقود و مبانی آن می‌پردازد.

## ۱- مفهوم و ماهیت خیار شرط

ماده ۳۹۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی، اختیار فسخ معامله باشد.» امکان جعل خیار و ایجاد اختیار فسخ و انحلال معامله برای یکی از طرفین عقد یا هر دو یا شخص ثالث، از مظاهر اصل حاکمیت اراده در باب قراردادها است. بحث علمی پیرامون هر امری نیازمند شناخت دقیق مفهوم و ماهیت آن امر است که ذیلاً مفهوم و ماهیت خیار شرط تبیین می‌شود.

### ۱-۱- مفهوم خیار شرط

خیار از ریشه خیر به معنای اختیار کردن است.<sup>۴</sup> از این رو در معنای لغوی گفته می‌شود خیار

۱. مرتضی انصاری، کتاب *المکاسب*، جلد ششم (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.)، ۴۴.

۲. سید مصطفی محقق داماد، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، جلد اول (تهران: مرکز نشر علوم

اسلامی، ۱۳۹۸)، ۱۳۳.

۳. میرفتاح مراغی، *عناوین*، جلد دوم (قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۲۷۴ ق.)، ۲۴۸.

۴. محمدبن مکرم ابن منظور، *لسان العرب* (قم: نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳ ق.)، ۲۶۷.

دل نهادن به چیزی با میل و رضا است.<sup>۵</sup> از نظر اصطلاحی تعبیر دیگری برای خیار لحاظ شده است و به نوعی، معنای متفاوت‌تری از معنای لغوی پیدا کرده است. مناسب‌ترین و موجزترین تعریف از خیار در بین فقها مربوط به فخرالمحققین است که می‌فرمایند «الخیار ملک فسخ العقد» یعنی انسان مالک و صاحب‌اختیار برای بر هم زدن عقدی است که منعقد نموده است. خیار حقی است که از عقد یا حکم شرع ایجاد شده و صاحب آن می‌تواند عقد لازم را منحل یا اثبات و ابقاء نماید.

مرحوم شیخ انصاری با نقل کلامی از قاموس محیط و در تعریف شرط بیان می‌کند که «انه الزام شی و التزامه فی البیع و نحوه»<sup>۶</sup> که شرط در این تعریف باید ضمن عقد باشد و شروط ابتدایی تخصصاً از عنوان شرط خارج می‌شوند. لیکن شیخ انصاری در این خصوص اعلام تردید می‌کنند و شرط را مطلق الزام و التزام می‌دانند چه ضمن عقد باشد یا نباشد، به اعتقاد ایشان عدم لزوم وفای به شرط ابتدایی، تخصیص روایت «المؤمنون عند شروطهم» با مخصص «اجماع فقها» هست نه اینکه تخصصاً از عنوان شرط خارج باشند «فان الشرط لغة مطلق الالتزام فیشمل ما كان بغیر لفظ.»<sup>۷</sup> از لحاظ حقوقی، شرط تعهدی فرعی ضمن عقد اصلی محسوب می‌گردد که ضمن عقد بودن شرط از مواد مختلف قانون مدنی (۲۳۲، ۲۳۵، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۴۱ و ...) برداشت می‌شود. به‌طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه اصولی، در فقه آمده است «الشرط امر زاید علی الثمن و المثلث علی وجه التزام دون التعلیق...»<sup>۸</sup> خیار شرط حقی است زاده ترازی طرفین که در چهره شرط ضمن عقد لازم می‌آید و آن را متزلزل می‌کند و برای مدتی اختیار بر هم زدن عقد را به مشروط له می‌دهد؛ به عبارت دیگر خیار شرط، اختیار فسخ عقد است که متعاملین برای مدت معین و بدون تحقق عامل خاصی برای خود یا ثالث شرط می‌نمایند.

## ۲-۱- ماهیت خیار شرط

خیار شرط از نظر تحلیلی از مصادیق شروط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه است؛ به این معنا که طرفین در ضمن عقد، وجود حق خیار برای احد طرفین یا هر دو یا شخص ثالث را شرط می‌کنند. توضیح اینکه جعل خیار که حقی از حقوق مالی محسوب است باید از طریق یک عمل حقوقی انجام گیرد که نتیجه و حاصلش عبارت است از وجود حق خیار برای ذوالخیار؛<sup>۹</sup> بنابراین، خیار شرط یکی از مصادیق شروط ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می‌باشد که به نفس اشتراط حاصل می‌گردد و از آنجایی که شرط نتیجه قابل اسقاط نمی‌باشد خیار شرط قابل اسقاط نیست؛ لیکن اسقاط حق فسخ ناشی از خیار

۵. محمدبن شاه مرتضی فیض کاشانی، *مفاتیح الشرایع* (قم: مجمع الذخائر الاسلامی، ۱۴۰۱ ق.)، ۳۲۶.

۶. محمد بن یعقوب فیروزآبادی، *القاموس المحیط*، جلد دوم (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.)، ۳۶۸.

۷. انصاری، پیشین، ۱۲.

۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *تئوری موازنه* (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷)، ۲۲۵۶.

۹. ناصر کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی* (تهران: دادگستر، ۱۳۸۷)، ۱۳۸.

۱۰. محقق داماد، پیشین، ۳۷۵.

شرط قابل‌تصور و صحیح است. خیار شرط، حقی است که معلول تراضی و مقتضای شرط ضمن عقد است و از زمان انعقاد عقد، باهدف متزلزل کردن عقد، برای مدتی معین به نفع کسی که شرط خیار به نفع او شده به‌وجود می‌آید.<sup>۱۱</sup> به‌عبارت‌دیگر خیار شرط، شرط ضمن عقد جهت ایجاد مستقیم حق فسخ برای احد متعاملین یا ثالث است، بدون فراهم آمدن سبب خاصی (برخلاف شرط انفساخ) و بدون تخلف از شرط ضمن عقد یا تخلف از اجرای تعهدات (برخلاف خیار تخلف از شرط).

## ۲- قلمرو خیار شرط

چون خیار شرط، یک قرار تبعی و فرعی است قلمرو آن ممکن است متأثر از عواملی باشد که این امر نیز ارتباط مستقیمی با اصل یا استثناء بودن آن دارد. مشهور فقها معتقدند که خیار شرط مختص عقد بیع نیست و در هر معاوضه لازمی امکان درج آن وجود دارد. در اینکه خیار شرط موافق قاعده و از قواعد عمومی قراردادها می‌باشد یا خلاف اصل لزوم در قراردادها و حکمی است استثنایی و خلاف اصل، میان فقها، اختلاف وجود دارد. به‌نظر می‌رسد مبنای اساسی اختلاف میان موافقین و مخالفین مطابقت یا مخالفت خیار شرط با قاعده، سوای از مسائل مطرح‌شده در نظرات آنان، این نکته می‌باشد که خیار شرط با مقتضای عقد مشروط به شرط خیار منافات دارد یا خیر. به عبارت اخری، می‌توان گفت که اوج اختلاف به این موضوع بازمی‌گردد که شرط خیار تا منقضی شدن مدت خیار مانع از تحقق اثر عقد مشروط می‌گردد یا مقتضای عقد مشروط از حین عقد حاصل می‌گردد. به‌عنوان مثال، اگر در عقد بیع طرفین با توافق برای یکی از متعاملین برای مدت معین حق فسخ عقد را شرط نمایند، اثر بیع (ملکیت) چه زمانی ظاهر می‌شود؟ حین العقد یا پس از منقضی شدن مدت شرط خیار. اگر قائل به نظر نخست باشیم به این صورت که خیار شرط مانع از تحقق اثر عقد از زمان انعقاد آن نیست باید پذیرفت که خیار شرط موافق قاعده بوده و می‌توان قائل بر آن شد که طرفین می‌توانند چنین شرطی را در تمامی عقود برای خود یا ثالث درج نمایند و منحصر به عقدی معین یا مدتی خاص نیست و استثنا کردن عقدی از عقود از این قاعده عمومی، محتاج دلیل عقلایی و جواز شرعی یا قانونی است و اگر بنا را بر نظر دوم بگذاریم که شرط خیار مانع از تحقق اثر عقد از زمان انعقاد آن است و پس از منقضی شدن مدت شرط خیار، اثر آن ظاهر می‌شود باید قبول کرد که خیار شرط مخالف قاعده و مقتضای عقود است و جواز درج چنین شرطی در عقود نیازمند جعل حکم شرعی و قانونی می‌باشد. برخی فقهای امامیه معتقدند که خیار شرط از قواعد عمومی قراردادها محسوب می‌گردد و درمقابل برخی دیگر معتقدند که خیار شرط خلاف قاعده و اصل هست.

## ۱-۲- نظریه مطابق قاعده بودن خیار شرط

مهم‌ترین دلیل موافقین قاعده بودن خیار شرط، بنای عقلا و توجه به اصل حاکمیت اراده است؛ به این صورت که همان‌گونه که طرفین می‌توانند با آزادی اراده اقدام به انعقاد عقد با هر شخصی نمایند،

می‌توانند هر شرطی را در ضمن آن عقد بگنجانند مگر آنکه چنین عملی موردنهی شارع و قانونگذار باشد که در مورد شرط خیار دلیلی بر آن وجود ندارد.

به‌طور کلی، در نظر عقلا، افراد آزادانه می‌توانند هرگونه تعهدی کنند که برخلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و خیار شرط یکی از مصادیق این‌گونه تعهدات است.<sup>۱۲</sup> فقهای امامیه نیز در خصوص موافق قاعده بودن شرط خیار به مواردی استناد کرده‌اند؛ به‌عنوان نمونه، به نصوص عامه در این زمینه متوسل گشته و آن را مستند صحت خیار شرط و به عبارت پرننگ‌تر موافقت شرط خیار با قاعده دانسته‌اند. از مهم‌ترین نصوص عامه در این زمینه می‌توان به روایت «المومنون عند الشروطهم» اشاره کرد. شیخ انصاری می‌فرماید که ادعای تواتر در این زمینه بعید نیست (الخبر المستفیض لا یبعد تواتره).<sup>۱۳</sup> البته در برخی از روایات، مانند موثقه اسحاق بن عمار چنین اضافه شده است: «الا شرطاً حرم حلالاً او حلالاً حراماً» یا در صحیح ابن ثناب با اندکی تفاوت نقل شده است: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم فی ما وافق کتاب الله».<sup>۱۴</sup>

همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد، علاوه بر نصوص شرعی فوق، مهم‌ترین دلیل موافقت شرط خیار با قاعده، حاکمیت اراده طرفین در انعقاد هر عقدی و درج هر شرطی ضمن آن است تا زمانی که موردنهی شارع قرار نگرفته باشد. در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد لیکن قانونگذار در مواد ۳۹۹ و ۴۵۶ ق.م. ج.رایان خیار شرط در عقود را پذیرفته و با توجه به مواد فوق و توجهاً به ماده ۱۰ ق.م. باید خیار شرط را مطابق با قاعده دانست.

## ۲-۲- نظریه خلاف قاعده بودن خیار شرط

برخی از فقهای عامه در خیار شرط به نحو مطلق یا دائم، برخلاف سایر فقیهان که بنا بر لزوم رفع غرر و جهالت ناشی از عدم تعیین مجموع مدت حق فسخ، استدلال بر بطلان کرده‌اند، متذکر شده‌اند که خیار شرط اصولاً خلاف مقتضای اصلی عقد است و به دلیل خاص، تنها در مورد خیار محدود به مدت معین، مثل سه روز یا مدت دیگر، از اصل خارج شده، می‌توان به صحت آن حکم کرد. این‌گونه استدلال به فقهای حنفی نسبت داده شده که گفته‌اند: «شرط الخیار مغایر لمقتضی العقد بحسب الاصل، الا انا اجزناه بنص حدیث حنان بن منقذ» یعنی شرط خیار اصولاً منافی با مقتضای عقد است، ولی ما به دلیل حدیث حنان بن منقذ آن را جایز می‌دانیم.<sup>۱۵</sup>

عمده ادله فقهای امامیه مبنی بر خلاف قاعده بودن خیار شرط این می‌باشد که روایات و سنت دلالت دارند که عقود لازم می‌باشند و در خصوص بیع چون با افتراق بیع واجب می‌شود، بنابراین عدم وجوبش بعد از افتراق، مخالف سنت است. به عبارت دیگر نظر فقها مبنی بر مخالفت شرط خیار با

۱۲. سید حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۵)، ۴۸۴.

۱۳. انصاری، پیشین، ۱۱۱.

۱۴. محقق داماد، پیشین، ۳۸۱-۳۸۲.

۱۵. همان، ۳۸۴.



قاعده، بر این پایه استوار است که اصل بر لزوم عقود می‌باشد و پس از افتراق طرفین (خیار مجلس) عقد واجب الوفا می‌شود درحالی که شرط خیار مخالف این قاعده است و عقد لازم را به عقدی جایز و متزلزل تبدیل می‌کند و از آنجایی که خیار حکم شرعی است و هر حکم شرعی منوط به جعل شارع است و افراد نمی‌توانند با توافق خود به جعل حکم درمورد عقود که منعقد می‌سازند اقدام کنند، قرارداد طرفین درمورد جعل حکم شرعی خیار مخالف قاعده می‌باشد.

### ۳-۲- تحلیل و بررسی موافقت یا مخالفت خیار شرط با قاعده

به نظر می‌رسد که مطابق نظر مشهور فقها و سیره عقلا شرط خیار موافق قاعده می‌باشد. از مهم‌ترین ضوابط اعتبار شرط و صحت آن، این است که با کتاب و سنت مخالف نباشد.

برای پاسخ به اشکالات مطروحه توسط فقهای که خیار شرط را مخالف قاعده می‌دانند، می‌توان گفت مهم‌ترین ضابطه تشخیص موافقت شرط با قاعده این است که شرط مخالف مقتضای عقد نباشد و همان‌گونه که در کلام سید یزدی<sup>۱۶</sup> آمده است، مقتضای عقد دو چیز است: یکی مقتضای اطلاق عقد و دیگری مقتضای ذات عقد. مقتضای اطلاق عقد اثری است که عقد به حسب اطلاق خود، مقتضی آن است؛ به تعبیر دیگر، از لوازم لاینفک اطلاق عقد است نه خود عقد؛ مانند نقد بودن ثمن، لزوم عقد، تسلیم عوضین در محل وقوع عقد و غیرهم. چنین شروطی، اطلاق شرط را مقید می‌کند و قابل جمع است. مثل اینکه شرط‌کننده ثمن معامله به جای ریال، دلار باشد؛ بنابراین شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد صحیح است درحالی که مقتضای ذات عقد، اثری است که بی‌واسطه از طبیعت و ذات عقد حاصل می‌شود و مقصود از تشریح عقد، دستیابی به آن اثر است؛ به گونه‌ای که رفع آن، موجب اسقاط هویت و هستی عقد است؛ بنابراین، شرط مخالف اقتضای ذات عقد، شرطی است که با مقتضا و اثر اصلی عقد در تضاد است و عمل بدان، با هویت و مقصود اصلی عقد منافات دارد و جمع آنها ممکن نیست؛ مانند شرط عدم تملیک در عقد بیع؛ بنابراین، لزوم عقد مقتضای ذات عقد نیست و خیار شرط، اگر بپذیریم که عقد لازم را به عقد جایز تبدیل می‌کند، از این جهت مخالف مقتضای ذات آن عقد نمی‌باشد. هرچند می‌توان گفت خیار شرط، عقد لازم را جایز نمی‌کند و با وجود خیار شرط عقد همچنان واجب الوفا می‌باشد. چه آنکه عقود جایز با حجر و فوت احد متعاملین منفسخ می‌گردند درحالی که در عقد مشروط به خیار شرط، خیار شرط همانند سایر حقوق مالی پس از فوت ذوالخیر به وراثت او منتقل می‌گردد؛ و درخصوص اینکه خیار حکمی شرعی است و اشخاص نمی‌توانند جعل حکم شرعی نمایند، سوای از اینکه منع شرعی در این زمینه وجود ندارد، از آنجایی که اشخاص قادر به انعقاد اصل عقد می‌باشند عقلاً می‌توانند انحلال عقد را به گونه‌های خاص (جز در موارد استثنا) پیش‌بینی نمایند. اقاله عقد یک مثال نقض بر این نظر است؛ به این صورت که اشخاص با توافق یکدیگر می‌توانند عقد سابق را منحل نمایند. اقاله، فسخ قرارداد با توافق طرفین است، بنابراین اراده طرفین در انحلال عقد نیز مؤثر می‌باشد؛ هرچند ممکن است گفته شود اقاله به

۱۶. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب (قم: دارالمصطفی لاهیات التراث، ۱۴۲۳ ق)، ۴۶۳.

معنای توافق اراده طرفین در انحلال عقد، خود نیز جعل شارع است لیکن مقصود از ذکر آن تأثیر اراده طرفین در انحلال عقد است، حال چه این توافق پس از انعقاد عقد باشد یا حین العقد. مطابق ماده ۳۶۳ ق.م. در عقد مشروط به شرط خیار، مالکیت از حین عقد بیع منتقل می‌شود نه انقضای خیار. لذا شرط خیار مخالف مقتضای عقد نیست و مقتضای عقد (ملکیت) با وجود خیار شرط در عقد به مشتری و خریدار منتقل می‌گردد؛ بنابراین از نظر حقوقی، با قاطعیت می‌توان گفت شرط خیار موافق قاعده و قاعده عمومی کلیه عقود است و استثنا کردن عقد خاصی از این قاعده نیازمند تصریح قانونگذار یا تعارض شرط خیار با مقتضای ذات آن عقد یا نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد. آنچه فوقاً بیان شد وضع شرط خیار در قانون مدنی است اما برخی از فقها شرط خیار را مخالف مقتضای عقد دانسته، به این صورت که با انقضای مدت خیار، اثر عقد محقق نخواهد شد و از این رو است که خیار شرط را منافی با مقتضای ذات عقد و مخالف قاعده می‌دانند<sup>۱۷</sup>؛ اما مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، ملکیت در عقد بیع مشروط به شرط خیار به مجرد وقوع عقد بیع برای مشتری حاصل می‌شود و اثر شرط خیار فقط در این حد است که مشروط له حقی نسبت به عقد پیدا می‌کند که بتواند سبب ملک را از بین ببرد و ملک را به جای سابقش برگرداند.<sup>۱۸</sup>

### ۳- مبانی عدم‌جریان خیار شرط در پاره‌ای از عقود

شیخ انصاری این قاعده کلی را مطرح ساخته که هر عقدی قابل اقاله باشد اشتراط خیار در آن متصور است؛ اما به نظر می‌رسد این قاعده از یک سو - یعنی از سوی اصل - کاملاً منطقی و قابل قبول است، ولی از سوی عکس چنین نیست و کلیت ندارد؛ یعنی نمی‌توان گفت هر عقدی که در آن اقاله متصور نیست، قابلیت جعل خیار ندارد، زیرا ممکن است در برخی موارد، حکم قبل از حدوث و انعقاد یک عقد با حکم پس از انعقادش متفاوت باشد، یعنی قبل از عقد ممکن است طرفین سرنوشت عقد را به هر دو رهنمون سازند، ولی پس از انعقاد، دستشان برای هرگونه تغییر بسته شود.<sup>۱۹</sup>

#### ۳-۱- جریان خیار شرط در عقد ضمان

ظاهراً اولین نفر از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب وزین مبسوط در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان و نیز در کتاب الخلاف می‌باشد. عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب البیع مجمل است ولی در کتاب الضمان تصریح کرده‌اند که دخول شرط در عقد ضمان، بلامانع است. ایشان در کتاب خلاف نیز تصریح به جواز اشتراط خیار در عقد بیع کرده‌اند.<sup>۲۰</sup> بعد از مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن براج در کتاب مهذب به این فرع پرداخته

۱۷. ابوجعفر محمد شیخ طوسی، *الخلاف* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی‌تا)،

۲۲.

۱۸. انصاری، پیشین، ۱۶۴.

۱۹. محقق داماد، پیشین، ۳۹۶.

۲۰. شیخ طوسی، پیشین، ۳/۳۷۷.

و معتقد شده‌اند که جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد.<sup>۲۱</sup> صاحب جواهر نیز اعتقاد به جواز شرط خیار در عقد ضمان دارند.<sup>۲۲</sup> در مکاسب مرحوم، شیخ نظر قطعی ابراز نکرده‌اند و فرموده‌اند اگر اقاله در ضمان، راه داشته باشد، خیار نیز در آن راه دارد.<sup>۲۳</sup> بعد از مرحوم شیخ، این بحث وارد عرصه جدیدی شده است و کاملاً مسیر بحث عوض شده و محققان از شیوه و طریق و زاویه کاملاً جدیدی به مسئله نگریسته‌اند و اختلاف در جواز اشتراط خیار در عقد ضمان و عدم آن بالا گرفته است. مرحوم محقق یزدی در عروه اعلام کرده است که شرط خیار در عقد ضمان برای مضمون له و ضامن هر دو صحیح است.<sup>۲۴</sup> محقق نایینی معتقد به عدم جواز جریان خیار شرط در ضمان می‌باشند.<sup>۲۵</sup>

در خصوص عدم جریان شرط خیار در ضمان دو دلیل توسط مرحوم خویی بیان شده است که ذکر آنها مفید فایده خواهد بود. اولاً در ابراء، خیار شرط راه ندارد؛ زیرا نتیجه ابراء انعدام و از بین بردن چیزی است که موجود است. نظیر طلاق که رفع زوجیت است، ابراء هم رفع مدیونیت است. یعنی نتیجه ابراء یک امر عدمی است و حاصل آن معدوم شدن امر موجود است درحالی که شرط خیار، نتیجه‌اش آن است که امر موجودی را معدوم نماید مثلاً در عقد بیع، بایع ملکیتی را که برای مشتری ایجاد شده، رفع می‌کند. در نتیجه در ایقاعاتی که نتیجه آنها معدوم نمودن است، خیار شرط قابل تصور نیست. نتیجه آنکه نتیجه عقد ضمان، نوعی ابراء است و از آنجایی که جعل خیار در ابراء غیر معقول است در نتیجه ضمان نیز خیار بردار نمی‌باشد. ثانیاً اگر در قرارداد ضمان، جعل خیار شده است و ذوالخیار خیار خود را اعمال نماید، لازمه‌اش این است که ذمه مضمون عنه، مجدداً مشغول شود و این امر ممکن نیست؛ زیرا اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه، نیازمند سبب مملک است؛ در نتیجه مدیون شدن مجدد مضمون عنه دلیل و سببی ندارد. والذی یدو لنا فی المقام کون الحق مع المانین، فان حقیقی الضمان عندنا لما کانت نقل ذمی الی اخری، کان اشتراط الخیار فیه مقتضی الاشتغال الذمی بعد براءتها و فراغها و هو یحتاج الی الدلیل الخاص، وهو مفقود.<sup>۲۶</sup>

به نظر می‌رسد اگر صحت جریان شرط خیار در عقود را در گرو اقاله پذیری عقود بدانیم باید پذیرفت که اشتراط خیار در عقد ضمان در صورتی صحیح است که ضمان را قابل اقاله بدانیم. قابلیت اقاله عقد ضمان محل نزاع است بدون اینکه بخواهیم وارد مسائل اختلافی در خصوص قابلیت اقاله عقد ضمان شویم می‌توان گفت برخی نظر به عدم نفوذ اقاله ضمان،<sup>۲۷</sup> برخی صحت آن<sup>۲۸</sup> و برخی به

۲۱. عبدالعزیز طرابلسی ابن براج، *جواهر الفقه*، جلد سیزدهم (بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ق.)، ۳۵۵/۱.

۲۲. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا)، ۶۳/۲۳.

۲۳. انصاری، پیشین، ۱۵۵/۵.

۲۴. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، *العروه الوثقی* (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸)، ۴۱۳/۵.

۲۵. میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی نایینی، *منیه الطالب فی حاشیة مکاسب* (تهران: المکتبۃ المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.)، ۵۷/۲.

۲۶. ابوالقاسم خویی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود* (بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.)، ۷۴/۲.

۲۷. کاتوزیان، پیشین، ۲۴۳.

۲۸. انصاری، پیشین، ۱۵۴.

بطلان آن<sup>۲۹</sup> داده‌اند. با در نظر گرفتن این پیش‌فرض، در یک فرض و آن‌هم پذیرش صحت اقاله ضمان (بدون توجه به اراده مضمون عنه) می‌توان قاعده (قاعده مطرح شده توسط شیخ انصاری) را پذیرفت، یعنی نمی‌توان قائل به عدم‌نفوذ و بطلان اقاله ضمان بود و درعین حال اندراج خیار شرط در آن را پذیرفت. اگر قائل بر صحت و جریان اقاله در ضمان باشیم نتیجه آن اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه است درحالی که اشتغال ذمه مضمون عنه بری شده با عقد ضمان، به‌وسیله اقاله صحیح نیست. اندراج خیار شرط در عقد ضمان نیز به علت برخورد با حقوق ثالث (مضمون عنه) باطل است چراکه اشتغال ذمه مضمون عنه بدون رضایت او محل اشکال است.

به‌نظر می‌رسد مبنای عدم‌جریان خیار شرط در ضمان، منافات شرط با مقتضای عقد نیست چراکه همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد بنا بر قانون مدنی ایران و نظر اکثر فقهای امامیه اثر عقد مشروط به خیار شرط از زمان عقد ظاهر می‌گردد و نه با انقضای مدت خیار؛ لذا از آنجایی که مقتضای عقد ضمان «نقل ذمه مضمون عنه به ضامن» هست این اثر از لحظه انعقاد عقد محقق می‌گردد، بنابراین مقتضای اصلی عقد «نقل ذمه» با عقد حاصل می‌گردد و از این جهت ایرادی بر اندراج خیار شرط در عقد ضمان وجود ندارد. دلیل و مبنای عدم‌جریان خیار شرط در ضمان برخورد شرط با حق مضمون عنه است زیرا از یک طرف درج خیار شرط مخالف اصل تسلیط هست و اگر شارع به دلایل خاص، جواز عقد ضمان (دخاله در دارایی اشخاص با بری الذمه کردن مضمون عنه) را پذیرفته دلیلی بر اشتغال ذمه شخص بری الذمه شده (دخاله در دارایی اشخاص با مشغول کردن غیر مدیون) وجود ندارد، لذا پذیرفتن صحت درج خیار شرط در ضمان از این جهت خلاف اصل است و اشتغال ذمه غیرمدیون نیازمند دلیل شرعی و قانونی است که در مسئله معنونه مقفود است و از طرف دیگر باتوجه به ماهیت خیار شرط (شرط نتیجه) نمی‌توان سرنوشت شرطی که می‌بایست به نفس اشتراط حاصل می‌گردید به امر نامعلومی (تنفیذ مضمون عنه) معلق نمود؛ بنابراین باتوجه به مراتب پیش گفته از آنجایی که درج خیار شرط در ضمان نه می‌تواند صحیح باشد و نه غیرنافذ باید حکم به بطلان آن داد و در اینکه این بطلان به عقد سرایت می‌کند یا خیر محل نزاع و اختلاف است. به‌نظر می‌رسد با در نظر گرفتن مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی و باتوجه به اینکه درج خیار شرط در ضمان منافاتی با مقتضای عقد نداشته، بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند و موجب بطلان عقد نمی‌گردد (شرط باطل غیرمبطل). ماده ۷۰۱ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به‌طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد» در این ماده از قانون مدنی کلمه «مگر» که از ادوات حصر بوده استفاده شده است؛ بنابراین از آنجایی که ادوات حصر و استثنا دلالت بر محصور کردن دارند، موارد فسخ عقد ضمان صرفاً محدود به موارد ذکر شده در ماده ۷۰۱ قانون مدنی هست؛ بنابراین سواى از مسئله عدم‌امکان درج خیار شرط در عقد

۲۹. سید عبد العلی سبزواری، مهذب/الاحکام، جلد هجدهم (قم: موسسه النمار، ج ۱۸، ۱۴۱۶ ق.)، ۱۱۹.

ضمان از نظر عقلایی و تنافی با حق ثالث بنا بر مراتب پیش گفته، این ماده از قانون مدنی نیز در جهت تقویت این استدلال هست.

### ۲-۳- جریان خیار شرط در عقد رهن

وجود خیار شرط منافاتی با لزوم عقد ندارد چنانچه ماده ۴۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد...» پس آنچه می‌تواند مانع عدم جریان شرط خیار در عقودی مثل نکاح و وقف و ضمان گردد حکم خاص قانونگذار یا تنافی شرط خیار با مقتضای عقد و نظم عمومی است؛ بنابراین خارج کردن عقد خاصی از دایره شمول ماده ۴۵۶ نیازمند تصریح مقنن بوده و نمی‌توان با تفسیر موسع و قیاس آن را به موارد مشابه تعمیم داد. عقد رهن از ناحیه راهن عقدی لازم و از ناحیه مرتهن جایز است لذا خیار شرط برای مرتهن تحصیل حاصل است ولی در خصوص جریان یا عدم جریان شرط خیار برای راهن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

علامه حلی (ره) در تذکره می‌فرماید: الرهن یدخله خیار الشرط، للعموم (المسلمون عند شروطهم) و قال شافعی لا یدخله<sup>۳۰</sup> و در جایی دیگر می‌فرماید: و کذا ان شرط الخیار للراهن علی اشکال<sup>۳۱</sup>. صاحب جواهر می‌فرماید: و استشکل فی التحریر جوازه من الراهن و ان لزم العقد من جهته و لان الرهن وثیقه الدین و الخیار ینافی استیثاق و رد بمنع المنافاه، فان استیثاق فی المشروط بحسب شرط<sup>۳۲</sup>. صاحب جواهر می‌فرماید که در جواز شرط خیار برای راهن اشکال شده که چون عقد از جهت او لازم است و رهن وثیقه دین است لذا شرط خیار با وثوق منافات دارد که نظر ایشان این است که استیثاق هم می‌تواند مشروط باشد به این معنا که اگر طرفین راضی باشند می‌توان استیثاق را نادیده گرفت. شیخ در مکاسب می‌فرماید «ان غایه الامر کون وضعه (وضع رهن) علی اللزوم، فلا ینافی جواز جعل الخیار بتراضی الطرفین» نظر شیخ انصاری این است که شرط خیار با ماهیت عقد رهن منافات دارد نه با لزوم عقد یا اطلاق آن، بنابراین اگر شرط خیار کنند هم شرط و هم مشروط آن باطل است<sup>۳۳</sup>.

همان‌گونه که در خصوص موافقت یا مخالفت خیار شرط با قاعده بیان شد نظر مخالفین بر این بود که خیار شرط با ماهیت و لزوم عقود منافات دارد، لیکن اکثر فقها جریان خیار شرط در عقودی مثل بیع را می‌پذیرند هرچند برخی از فقها اعتقاد دارند که شرط خیار با لزوم بیع و ماهیت آن منافات دارد، به خصوص این مسئله در فقه عامه پررنگ‌تر است و در مسئله رهن نیز وضع به همین منوال است. اگر قائل به عدم جریان خیار شرط در رهن به علت منافات شرط با ماهیت و لزوم آن باشیم قطعاً باید به عنوان یک قاعده کلی، عدم جریان خیار شرط در عقود را بپذیریم. لذا به نظر می‌رسد نظر محقق حلی و صاحب جواهر مبنی بر اینکه وثوق هم می‌تواند مشروط باشد قابل پذیرش است. به عبارت دیگر

۳۰. محمد ابن ادریس حلی، تذکره الفقها (قم: موسسه آل البيت، ۱۳۹۳ ق.)، ۲۵۴.

۳۱. همان، ۶۴.

۳۲. نجفی، پیشین، ۶۴.

۳۳. انصاری، پیشین، ۱۵۴.

به کلام مرحوم نایینی مبنی بر جواز و لزوم حقی و حکمی برمی‌گردیم؛ به این صورت که لزوم رهن از ناحیه رهن، حقی برای مرتهن بوده و وثوق آن نیز حق مرتهن است که مرتهن می‌تواند این حق را به صورت مشروط قبول نماید و لذا چون طرفین با توافق یکدیگر اقدام به درج خیار شرط در عقد رهن می‌نمایند بنا بر عموم ادله صحت شروط و فقدان دلیل خاص جهت عدم‌جریان خیار شرط در رهن، باید حکم به جواز آن داد.

### ۳-۳- جریان خیار شرط در نکاح

ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران، شرط خیار در عقد نکاح را باطل دانسته، ولی در مورد تأثیر بطلان شرط بر عقد سکوت کرده است. این در حالی بوده که در فقه امامیه افزون بر بطلان شرط خیار در نکاح، نظر مشهور بر مبطل بودن چنین شرطی است. یکی از شروطی که قانونگذار ایران، آن را باطل اعلام کرده، شرط خیار در نکاح است. به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ...». قانونگذار در مورد تأثیر بطلان شرط بر عقد نکاح تصریحی ندارد. از نظر فقه امامی، در مورد خود شرط نه تنها ادعای اجماع بر بطلان شده، بلکه ادله دیگری نیز در زمینه بطلان شرط ارائه شده و غالباً میان عقد نکاح دائم و منقطع نیز در این زمینه تفکیکی صورت نگرفته است. در مورد تأثیر شرط بر عقد، باینکه نظر مشهور بر بطلان نکاح قرار دارد گروهی از فقیهان نظر بر صحت عقد دارند.

به اعتقاد فقها از آنجا که بیع از عقود مغابنی بوده و قیمت کالاها در بازارها متفاوت است، شرط خیار، تجویز شده است تا پس از عقد نیز امکان بررسی قیمت کالا هنگام عقد و در نتیجه احتراز از غبن وجود داشته باشد. ولی در نکاح، خود زوجین موضوع عقدند و مانند قیمت کالاها متفاوت نیستند تا مسئله غبن پدید آید. به دیگر سخن، شرط خیار به منظور اندیشیدن در زمینه عقد است، حال آنکه نکاح مسبوق به اندیشیدن کامل بوده و از این نظر موجبی برای تروی (اندیشیدن) وجود ندارد.<sup>۳۴</sup> برخی فقیهان از بین رفتن نکاح را وابسته به طلاق و همین امر را از ادله بطلان شرط خیار دانسته‌اند. در تبیین این استدلال می‌توان از شدت احتیاط در فروج نیز کمک گرفت. در واقع احتیاط در فروج ایجاب می‌کند که برطرف شدن نکاح نیز از راه مسلم آن (یعنی طلاق) صورت گیرد. به علاوه نکاح، معاوضه محض نیست و با معاوضات تفاوت دارد. زیرا در نکاح برخلاف معاوضات حقیقی، آگاهی از معهود علیه از راه رؤیت و وصف به گونه‌ای که رافع جهالت باشد، شرط نیست و نکاح بدون ذکر عوض (مهر) و نیز با عوض فاسد، صحیح است.<sup>۳۵</sup>

از نظر برخی دیگر از فقها، انعقاد نکاح در همه ملتها دارای شأن و آداب ویژه‌ای است. جدایی زوجین نیز از این قاعده مستثنا نیست، به گونه‌ای که از نظر شرعی نیز برای آن، شروط، آداب و سبب ویژه‌ای (استفاده از صیغه ویژه طلاق: هی طالق) قرار داده شده و الفاظ مجازی، کنایه‌ای

۳۴. محمد حسین اصفهانی، حاشیه بر مکاسب (قم: ذوالقربی، ۱۴۲۷ ق.)، ۲۲۴/۲۲۵.

۳۵. علی بن حسین عاملی کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد (قم: آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق.)، ۳۰۳/۳۹۵.

و حتی سایر الفاظ و اسباب که به صراحت افاده جدایی و طلاق کند، جز در برخی موارد استثنایی پذیرفته نشده است. پس این حدس برای فقیه پدید می‌آید که نکاح مانند معاملاتی نیست که با توافق طرفین یا از راه جعل خیار فسخ می‌شود و لزوم آن حکمی است. در نتیجه انحلال نکاح جز از راه‌هایی که شارع بیان می‌کند، ممکن نیست و حداقل می‌توان گفت اطمینان و وثوق به مخالفت شرط خیار با شرع وجود دارد.<sup>۳۶</sup>

برخی دیگر از فقهای اعظم<sup>۳۷</sup> عدم مشروعیت اقاله در نکاح را به عنوان یکی از ادله بطلان شرط خیار در نکاح احتمال داده‌اند. طبیعی است عدم مشروعیت اقاله هنگامی دلیل بطلان شرط خیار خواهد بود که میان آن دو ملازمه باشد. به سخن دیگر اگر فقط در موارد مشروعیت اقاله، شرط خیار مشروع باشد، نتیجه این می‌شود که در موارد عدم مشروعیت اقاله، شرط خیار نیز نامشروع خواهد بود.

عدم جریان خیار شرط در نکاح به اعتقاد برخی دیگر از فقیهان، منافات شرط خیار با دائمی بودن نکاح است، زیرا در اثر خیار، دوام عقد مقید به عدم فسخ می‌شود. در نکاح منقطع نیز مدت نکاح باید دقیقاً معلوم باشد، حال آنکه اگر خیار فسخ در آن راه یابد، مدت بقای نکاح منقطع نیز نامعلوم می‌شود. بنابراین شرط خیار سبب می‌شود که نکاح نه دائم باشد و نه منقطع بلکه قسم سومی باشد و چنین امری تشریح نشده است. به اعتقاد ایشان انحلال نکاح در اثر عواملی چون طلاق و فسخ نکاح در اثر عیوب (که دوام عقد نکاح را از بین می‌برد) نیز امری تعبدی است.<sup>۳۸</sup> این دلیل در متون فقهی قدیمی‌تر<sup>۳۹</sup> نیز به گونه دیگری و بدون اشاره به مخالفت شرط با مقتضی نکاح دیده می‌شود. توضیح اینکه در متون یادشده، شرط خیار از این جنبه مبطل دانسته شده است که دلیلی برای صحت نکاح دارای شرط خیار (خیار مدت) وجود ندارد. به سخن دیگر، نکاح حکمی شرعی بوده و ثبوت آن نیازمند دلیل شرعی است.

به نظر می‌رسد مبنای عدم جریان شرط خیار در نکاح نظر شارع بر دوام و ثبات آن و مخالفت شرط با نظم عمومی است و باتوجه به اینکه طرق انحلال این عقد محصور می‌باشند نمی‌توان اراده طرفین را در درج شرط خیار در آن مؤثر دانست همان گونه که اراده طرفین در حدوث آن منوط به شرایط و رعایت اسباب خاصی شده است.

#### ۴-۳- جریان خیار شرط در وقف

پرواضح است شرط مخالف با مقتضای عقد از نظر عقلا و شارع مقدس باطل است. عده‌ای از فقها در مقام استدلال در بطلان این شرط می‌نویسند: «صاحبان نظریه بطلان شرط خیار استدلال کرده‌اند که این شرط با مقتضای عقد منافات دارد. بنابراین وقف باطل است؛ چون همراه با شرط

۳۶. روح‌الله خمینی، *البیع* (قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.)، ۳۸۹.

۳۷. انصاری، پیشین، ۱۵۱.

۳۸. خوبی، پیشین، ۲۷۲.

۳۹. شیخ طوسی، پیشین، ۳۹۲.

فاسد است»<sup>۴۰</sup> در این میان، شیخ طوسی در مبسوط برخلاف دیدگاهش درنهایه، شرط رجوع واقف را از طریق فسخ موجب بطلان وقف می‌داند: «اگر در وقف شرط فروش بنماید، وقف باطل است؛ زیرا برخلاف مقتضای وقف هست.»<sup>۴۱</sup>

عده‌ای از فقیهان در این رابطه می‌نویسند: شرط ابدی بودن در وقف فاقد دلیل است، بلکه اصل (اصل عدم) و عمومات (عمومات ادله عقود) این شرط رانفی می‌کنند.<sup>۴۲</sup> گروهی دیگر در این باره معتقدند: ظاهر عبارت شهید در مسالک، اشکال در شرط ابدی بودن وقف است، زیرا او می‌گوید: این شرط مورد اختلاف و مشکوک است.<sup>۴۳</sup> عده‌ای دیگر در این رابطه بر این باورند که: «در وقف دوام شرط نیست، همان‌گونه که پیش از این دانستی که وقف منقطع‌الآخر صحیح است.»<sup>۴۴</sup> دلیل دیگر بر بطلان شرط فسخ و فاسخ ضمن وقف آن است که در تحقق وقف، قصد قربت لازم است و آنچه که با قصد قربت برای خدا واقع شده باشد، بر اساس روایات برگشت ندارد. به عبارت روشن‌تر، وقف تنها با حبس عین و تسبیل ثمره محقق نمی‌شود و قصد قربت در واقع جزء ماهیت وقف است و برای تحقق وقف، علاوه بر حبس عین و تسبیل ثمره قصد قربت نیز لازم است؛ در نتیجه بر اساس نصوص شرعیه آنچه برای خدا واقع شده باشد با شرط فسخ و فاسخ و غیر آن قابل بازگشت نخواهد بود.<sup>۴۵</sup>

از جمله ادله بطلان اشتراط شرط فسخ و فاسخ در وقف به‌زعم برخی فقها، ایقاع بودن آن است. از آنجایی که برای ایقاعات بقائی نیست در آنها خیار راه ندارد؛ زیرا در ایقاع که اثر آن بی‌درنگ ظاهر می‌شود و التزام دو طرف پایان می‌پذیرد، امکان انحلال آنچه پایان یافته و مربوط به گذشته است امری نامتعارف و استثنایی است.<sup>۴۶</sup> به بیان روشن‌تر، عقود و ایقاعات در معنای سببی در یک لحظه به‌وجود می‌آیند و سپس معدوم می‌گردند و در آنات باقی نیستند تا قابلیت فسخ داشته باشند. البته در خصوص عقود، شارع و عقلا قائل به بقای اعتباری‌اند. مؤید این مطلب تشریح فسخ و اقاله در عقود است، لکن در ایقاعات دلیلی بر بقای اعتباری آنها نزد عقلا و شرع وجود ندارد بلکه ظاهر عدم اعتبار چنین امری است، لذا فسخ و برهم زدن ایقاع معنایی ندارد. آنچه از شرط فهمیده می‌شود این است که شرط ماهیتاً به‌واسطه دو شخص به‌وجود می‌آید، همان‌گونه که برخی روایات نیز به این مطلب اشاره دارند حال آنکه ایقاع با اراده یک شخص محقق می‌گردد.<sup>۴۷</sup> آنچه در لغت و

۴۰. حلی، پیشین، ۲۹۲.

۴۱. ابوجعفر محمد شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، محقق و مصحح سیدمحمدتقی کشفی (تهران: المکتبیه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق)، ۳۰۰.

۴۲. فیض کاشانی، پیشین، ۷۰۲.

۴۳. حسین بن محمد آل عصفور بحرانی، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (قم: انتشارات المیرزا آل عصفور، بی‌تا)، ۱۳۴.

۴۴. نجفی، پیشین، ۴۷.

۴۵. ابوالقاسم خویی، *الشروط والالتزامات التبعیه فی العقود* (بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ ق)، ۷۴.

۴۶. عبدالله بن احمد ابن قدامه، *الشرح الکبیر*، جلد هفتم (بیروت: دارالکتاب العربی، بی‌تا)، ۸۸.

۴۷. جواد بن محمد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامی فی شرح قواعد العلامه* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به ←



عرف از مفهوم شرط به ذهن انسان متبادر می‌شود التزامی است که در ضمن عقد می‌آید و بر ایقاعات انصراف ندارد لذا اساساً مفهوم شرط در ایقاعات صدق نمی‌کند.<sup>۴۸</sup>

روایاتی در این مسئله وجود دارد که دال بر عدم امکان اشتراط شرط فسخ و فاسخ ضمن وقف است و حکایت از بطلان این شروط ضمن وقف دارد. از جمله این روایات عبارت است از: «اسماعیل پسر فضل از امام صادق (ع) درباره مردی که بعضی از اموالش را در زمان حیاتش در راه خیر صدقه می‌دهد (وقف می‌کند) و می‌گوید: اگر به چیزی از مال و یا نحلّه آن نیازمند شدم خودم سزاوارتر باشم، سؤالی می‌پرسد به این ترتیب که آیا این حق برای او هست درحالی که این مال را برای خدا قرار داده؟ و چگونه است وضعیت این مال پس از مرگ او؟ صدقه است و یا میراث؟ حضرت فرمود: این مال پس از مرگ مالک، میراث است.»<sup>۴۹</sup> روایت موجود دیگر در این زمینه عبارت است از: «امام (ع) فرمودند: کسی که زمینی را وقف کند، ولی پس از آن بگوید: هرگاه خودم نیازمند به این زمین شدم، نسبت به آن از دیگران سزاوارتر باشم و پس از آن بمیرد؛ در این صورت آن زمین به میراث او بازمی‌گردد.»<sup>۵۰</sup> با عنایت به دو روایت فوق، همان‌طور که ملاحظه می‌شود جمله «یرجع میراثا علی اهله» دلالت دارد که هم شرط و هم وقف باطل است چون امام علیه‌السلام فرموده: «این مال پس از مرگ مالک به ارث می‌رسد» این جمله نشان می‌دهد که رجوع پس از وقف (از طریق درج چنین شروطی) باعث می‌شود که اساساً وقفی به وجود نیاید و به همین دلیل است که پس از مرگ مالک، مالی که متعلق اراده واقف بوده، به وراثت می‌رسد اما اگر وقف همراه با حق بازگشت به واقف صحیح بود، نباید با مرگ مالک به ارث می‌رسید بلکه در این حالت می‌بایست مال به حالت موقوفه باقی می‌ماند و به وراثت انتقال نمی‌یافت.

قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ هر موقوفه را دارای شخصیت حقوقی اعلام کرد. برابر ماده ۳ قانون اخیر: «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد» بنابراین، امروزه همه موقوفات، اعم از عام و خاص، دارای شخصیت حقوقی هستند؛ بنابراین، با توجه به اینکه موقوفه موجودی است که دارای نام و دارایی خاص است، به‌وسیله مدیر منصوب واقف یا مقام‌های عمومی اداره می‌شود و تنها تابع مقررات وقف‌نامه است، پس از مرگ واقف به زندگی حقوقی خود ادامه می‌دهد و وجودی دائمی است، طرف قراردادها واقع می‌شود و حق و تکلیف پیدا می‌کند و دارای مالکیت مستقل است؛ لذا به نظر می‌رسد امکان اشتراط شرط فسخ و فاسخ ضمن آن امکان‌پذیر نیست؛ چراکه با وقف اموال، ملکیت آنها از واقف زائل و به موقوف علیه نیز تملیک نمی‌شود، بلکه شخصیت حقوقی مجزا با ملکیت و حق و تکلیف جداگانه شکل می‌گیرد که برخی از حقوق دانان از آن به

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق، ۸۶۵.

۴۸. مرتضی انصاری، کتاب المکاسب جلد پنجم (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق)، ۹۴۱.

۴۹. ابوجعفر محمد بن حسن طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار (قم: کتابخانه مدرسه فقهات، ۱۴۰۷ ق)، ۶۴۱.

۵۰. همان، ۶۴۱.

«سازمان حقوقی» تعبیر می‌کنند.<sup>۵۱</sup>

در ماده ۱۶ قانون مدنی ایران مقرر شده است که «...واقف نمی‌تواند از آن (وقف) رجوع کند» و این ابهام را به‌وجود آورده است که آیا عدم‌امکان رجوع واقف شامل وقف مشروط به شرط خیار، مقید به پیدایش نیاز بعدی واقف به موقوفه می‌شود یا خیر؟ این مهم در قانون مدنی مسکوت مانده و موجب سردرگمی قضات در وصول به آرای صائب و حقوق‌دانان در تحلیل‌های حقوقی دقیق شده است؛ مضافاً اینکه از نظر فقهی نیز مسئله محل مناقشه میان اجلای فقه‌ها می‌باشد. برخی از حقوق‌دانان در رابطه مخالفت شرط خیار با مقتضای وقف می‌فرمایند: «چنانکه از تعریف ماده (۵۵) قانون مدنی معلوم می‌گردد، در عقد وقف نمی‌توان خیار فسخ قرار داد و یا آن را اقاله کرد، زیرا اختیار فسخ و اقاله منافات با مقتضای عقد که تسبیل منافع است خواهد داشت و شرط خلاف مقتضای عقد طبق ماده (۳۳۲) قانون مدنی باطل و مبطل عقد است» همچنین ماده (۶۵۴) قانون مدنی که می‌گوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است» شامل وقف نمی‌شود، زیرا وقف معامله به معنای خاص نیست. باتوجه به مواد قانون مدنی استدلال مزبور از نظر قضایی نسبت به وقف صحیح است، زیرا وقف چنان که ماده (۵۵) قانون مدنی می‌گوید، حبس عین و تسبیل منفعت است و مالک عین مال را از ملک خود خارج می‌کند و منافع را تسبیل می‌نماید، لذا شرط فسخ برخلاف مقتضای عقد مزبور است و اقاله نیز منافات با اخراج و تسبیل دارد.<sup>۵۲</sup> دسته‌ای دیگر از حقوق‌دانان در این رابطه معتقدند: «وقف نیز نهادی دائمی است که با شرط در آن تناسب ندارد. قانون مدنی درباره بطلان خیار شرط حکم ویژه‌ای ندارد. پس باید گفت شرط خیار با مقتضای عقد مخالف است و آن را باطل می‌کند.»<sup>۵۳</sup> برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند اگر سه عنصر (۱- حبس کامل عین ۲- تأیید ۳- اخراج عین موقوفه از ملک) را به‌عنوان عناصر وقف بپذیریم، ذات عقد وقف وجود آن سه عنصر را اقتضا دارد پس شرط خلاف عناصر مذکور، شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود.<sup>۵۴</sup>

به‌زعم برخی دیگر از فقه‌ها، در ماهیت عقد وقف دائمی بودن نهفته است. به این بیان که وقتی شخصی مالی را وقف می‌کند نمی‌تواند برای آن مدت ذکر کند زیرا وقف دائمی و غیرموقت است و اگر درج خیار شرط در وقف را جایز بدانیم مخالف دائمی بودن وقف است.<sup>۵۵</sup> به بیان دیگر، دوام وقف ملازمه با لزوم آن دارد و هر چیزی که لزوم آن را منتفی کند ملازم آن یعنی دوام را از بین می‌برد.<sup>۵۶</sup>

۵۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰)، ۱۳۱.

۵۲. امامی، پیشین، ۷۰، ۷۲.

۵۳. کاتوزیان، پیشین، ۲۴۱.

۵۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشای قانون مدنی (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰)، ۴۰۲.

۵۵. حسن فاضل آبی، کشف الرموز فی الشرح مختصر النافع (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷)، ۴۶/۲.

۵۶. نایینی، پیشین، ۵۷/۲.

گفته شده است طبیعت دائمی داشتن وقف، منافاتی با درج خیار شرط در عقد وقف ندارد. به اعتقاد اینان طبع اولیه کلیه عقود دوام است، حتی نکاح؛ از این رو، در عقد نکاح، مادامی که شرط مدت نشده باشد، فقها نکاح را دائمی قلمداد می‌کنند و با وجود اینکه طبع اولیه کلیه عقود دوام است، ولی بدون تردید امکان درج خیار شرط در عموم قراردادهای صحیح است.<sup>۵۷</sup> استدلال اخیر غیرقابل پذیرش است چراکه شکی در اینکه طبع اولیه کلیه عقود دوام است، نمی‌باشد لیکن آنچه از ذهن دور مانده، این است که عقود دیگر، از جمله بیع قابلیت اقاله داشته و درج کلیه شروط در آن ممکن است. حال اگر صحت درج خیار شرط در عقود را در گرو اقاله پذیری عقود بدانیم، درج خیار شرط در وقف، از آنجایی که قابلیت اقاله ندارد غیرممکن است. مبرهن است که نمی‌توان به صورت مطلق حکم به جواز هر شرط و خیار در عموم قراردادهای داد، زیرا بعضی اختیارات مختص عقود مغایه‌ای بوده و نمی‌توان حکم کلی، مبنی بر جواز درج کلیه شروط در مطلق عقود داد و نمی‌توان گفت که چون غبن در بیع جریان می‌یابد در صلح مسامحه‌ای نیز جریان دارد، چه اینکه خیار و شرط باید با ماهیت عقد سازگاری داشته باشند. از طرف دیگر ماده ۶۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «وقف، بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض، لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند...» به این معنا است که رجوع واقف از عقد وقف پس از وقوع آن، به هر صورتی ممنوع است و اعم است از اینکه منشأ این رجوع اراده یک طرفه واقف پس از وقوع وقف باشد یا اینکه منشأ آن، اراده مشترک واقف و موقوف‌علیه با درج خیار شرط هم‌زمان با انعقاد عقد باشد. حتی کسانی که درج خیار شرط در وقف را صحیح دانسته‌اند، نمی‌توانند ادعا کنند که ذوالخیار شرط خیار در وقف، می‌تواند موقوف‌علیه یا ثالث باشد؛ چراکه موقوف‌علیه حقی بر عین موقوفه نداشته و تنها حق انتفاع از آن را دارند لذا نمی‌توانند در خصوص انحلال وقف از طریق اندراج خیار شرط در عقد که نتیجه آن برگرداندن عین به مالکیت واقف است، با وی تراضی نمایند. لذا موقوف‌علیه نمی‌تواند با اندراج شرط خیار مالکیت شخصیت حقوقی وقف را متزلزل کند و اساساً اختیار از بین بردن عقد وقف چه با درج خیار شرط در ابتدای عقد و چه با اقاله پس از تحقق عقد را ندارد. ممکن است گفته شود در فرض اخیر و با درج خیار شرط در وقف، عقد صحیحی هرگز شکل نخواهد گرفت و ماده ۶۱ قانون مدنی مربوط به عقد صحیح شرعی است، در پاسخ باید گفت؛ اولاً به اعتقاد آنان عقد وقف مشروط به شرط خیار، صحیح است و ما نیز با پذیرش فرض صحت آن استدلال، به ماده ۶۱ قانون مدنی به عنوان شاهدی بر عدم قابلیت اندراج خیار شرط در وقف تمسک جست‌ایم و گفته شد که عدم امکان رجوع واقف شامل هر دو فرض می‌شود، ثانیاً؛ آنچه مسلم است، عدم امکان رجوع واقف از عقد وقف پس از تحقق آن است لذا هر شرطی که واقف با درج آن بخواهد پس از مدتی از وقف رجوع کند نقض غرض شارع و حکم ماده ۶۱ قانون مدنی می‌باشد. از این رو مبنای عدم جریان خیار شرط در وقف، به علت منافات درج خیار شرط در آن با مقتضای عقد یعنی حبست دائمی عین موقوفه است و ضمانت اجرای درج چنین شرطی بطلان است که به علت خلاف مقتضای عقد بودن چنین شرطی، بطلان آن به عقد

۵۷. غلام‌رضا یزدانی «صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامی»، *جستارهای فقهی و اصولی* ۱۸ (۱۳۹۹)، ۱۳۶.

نیز سرایت کرده و موجب بطلان وقف می‌شود.

### ۳-۵- جریان خیار شرط در اجاره مشمول قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶

در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ محدودیت‌هایی در شرایط، آثار و انحلال عقد اجاره پیش‌بینی شده است به‌نحوی که با انقضای مدت عقد اجاره (محل کسب و پیشه و تجارت) مؤجر حق تخلیه مستأجر را نداشته و در موارد مجاز نیز معمولاً با پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت همراه است. علت این امر نیز حمایت قانونگذار از مستأجرین در جهت ثبات اقتصادی هست. قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در ماده ۱۴ در مقام احصاء موارد فسخ قرارداد اجاره توسط مؤجر ذکری از خیار شرط ننموده است درحالی که در بنده ۲ ماده ۱۲ همان قانون جریان خیار شرط نسبت به مستأجر را پذیرفته است. به‌این ترتیب در عقد اجاره مشمول این قانون درج خیار شرط برای مؤجر، برخلاف مستأجر، فاقد اثر است و از آنجایی که درج خیار شرط در عقد اجاره منافاتی با طبیعت و مقتضای آن نداشته و مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز نمی‌باشد درج چنین شرطی نه تنها مبطل عقد نیست بلکه نظر به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی، خود شرط نیز باطل نمی‌باشد بلکه صرفاً اثری بر درج این شرط از جهت ایجاد حق برای مؤجر، مترتب نیست. مبنای این اقدام قانونگذار را باید در جنبه حمایتی بودن قانون از قشر مستأجر و به‌تبع آن وصف آمرانه قانون در جهت ثبات اقتصادی در سطح کلان جستجو کرد.

### ۳-۶- جریان خیار شرط در عقد اقاله

درخصوص ماهیت اقاله اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها، به‌خصوص فقهای متقدم<sup>۵۸</sup>، اقاله را فسخ می‌دانند و برای آن ماهیتی ایقاعی در نظر می‌گیرند. درمقابل برخی دیگر از فقهای متأخر<sup>۵۹</sup> قائل بر عقد بودن اقاله بوده و وقوع اقاله را منوط به تحقق ایجاب و قبول و تراضی طرفین دانسته‌اند. درخصوص ماهیت اقاله، میان حقوق‌دانان نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان معتقدند اقاله عقد نیست، چراکه یک عمل حقوقی که موضوع آن زائل ساختن اثر یک عقد است نمی‌تواند در کنار سایر عقود یک معامله و عقد و هم‌ردیف آن تلقی شود.<sup>۶۰</sup> درمقابل اکثر حقوق‌دانان به عقد بودن اقاله نظر دارند و اعتقاد دارند اقاله به تراضی طرفین منعقد می‌شود و همین شرط، تفاوت اساسی آن با سایر اسباب انحلال قرارداد است و در نتیجه اقاله رکن اصلی و جوهر عقد را به همراه دارد.<sup>۶۱</sup> به‌نظر می‌رسد اقاله عقد است و با توجه به لزوم واقع شدن آن، با تراضی طرفین و انطباق تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی با اقاله، باید قائل به عقد بودن آن بود.

۵۸. آقا ضیاء‌الدین علی عراقی، شرح تبصره المتعلمین (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.)، ۳۶۸/۵.

۵۹. ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهیه، تقریر محمد علی توحیدی (قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.)، ۶۷/۶.

۶۰. مهدی شهیدی، حقوق مدنی: سقوط تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۸۶)، ۱۱۴/۵.

۶۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ۲۱/۵.

در خصوص امکان یا عدم امکان اندراج خیار شرط در اقاله نیز به تبع اختلاف در ماهیت آن، اختلاف نظر وجود دارد. به اعتقاد برخی از فقها، فسخ در اقاله راه ندارد چراکه غیر معقول است عمل حقوقی که خود فسخ قرارداد است، قابل فسخ باشد لذا فسخ فسخ معنا ندارد.<sup>۶۲</sup> در مقابل، پاره‌ای دیگر وجود خیار شرط را در اقاله ممکن دانسته و معتقدند اقاله عقد است و فسخ این عقد، حتی اگر اثر آن فسخ عقد دیگر باشد، غیر معقول نیست.<sup>۶۳</sup>

در امکان درج خیار شرط در اقاله، مسئله تا حد زیادی در گرو پذیرش یا عدم پذیرش اقاله اقاله هست در این خصوص نیز عده‌ای از فقها قائل بر امکان اقاله اقاله بوده<sup>۶۴</sup> و برخی دیگر بر عدم امکان آن نظر داشته و اعتقاد دارند با اقاله رابطه طرفین قطع می‌شود و از این رو، چیزی برای بازگشت وجود ندارد.<sup>۶۵</sup> در میان حقوق دانان ایران نیز برخی معتقدند که با اقاله، ماهیت و یا رابطه و اثر حقوقی جدیدی ایجاد نمی‌شود تا به کمک اقاله یا فسخ زائل گردد.<sup>۶۶</sup> با اقاله قرارداد سابق، چیزی باقی نمی‌ماند تا بخواهد قابل بازگشت باشد.<sup>۶۷</sup> در مقابل گفته شده است که اگر تنها دلیل عدم امکان فسخ اقاله و اقاله اقاله، متعارف نبودن و معقول نبودن آن باشد، اگر وجه معقولی در فسخ اقاله و به خصوص اقاله اقاله وجود داشته باشد، منعی در آن دیده نمی‌شود. در واقع، اگر عرف یا عقل، وجود خیار شرط و یا اقاله اقاله را بپذیرد، جواز این عمل حقوقی با مانعی روبه‌رو نخواهد بود. به‌ویژه آنکه اقاله خود یک عمل حقوقی و از نظر ماهیت عقد است و فسخ آن به وسیله خیار شرط و اقاله آن نباید با مانعی برخورد نماید. قرارداد امری اعتباری است که با اقاله که آن هم امری اعتباری است، زائل می‌شود. حال، چه اشکالی دارد که امر اعتباری اخیر نیز از بین برود و عقد سابق دوباره حیات حقوقی یابد.<sup>۶۸</sup>

به نظر می‌رسد خیار شرط در اقاله راه نمی‌یابد و این استدلال که قراردادها از امور اعتباری می‌باشند و اقاله هم از امور اعتباری است لذا قابلیت اقاله و درج خیار شرط در آن متصور است، غیر قابل پذیرش است، چراکه؛ اولاً صرف توافق طرفین برای تحقق تعهدی الزام‌آور، کافی نیست و باید تأیید شارع و قانونگذار به آن ضمیمه شود و تحقق آن از لحاظ اصول حقوقی و عقلی ممکن باشد (کلما حکم به العقل حکم به الشرع)، ثانیاً؛ خیار شرط باید با ماهیت و مقتضای عقد سازگاری داشته باشد. مقتضای اقاله، فسخ عقد سابق است و با فسخ عقد چیزی برای بازگشت وجود نخواهد داشت

۶۲ ابوالقاسم خوبی، *منهاج الصالحین* (قم: مدینه العلم، ۱۴۱۳ ق.)، ۷۰/۲، سید محسن حکیم، *منهاج الصالحین* (بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.)، ۱۱۳/۲.

۶۳ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، *تکلمه العروه الوثقی* (قم: قلم الشرع، ۱۴۱۴ ق.)، ۱۹۱.

۶۴ روح الله خمینی، *تحریر الوسیله* (قم: دارالعلم، بی‌تا)، ۵۵۴/۱.

۶۵ طباطبایی یزدی، پیشین، ۱۲۰/۵.

۶۶ شهیدی، پیشین، ۱۲۰/۵.

۶۷ ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم (تهران: انتشار، ۱۳۸۹)، ۲۱/۵.

۶۸ محمد حسن صادقی مقدم، علی ساعت چی و هادی شعبانی کند سرس، «جریان خیار در اقاله»، *آموزه‌های فقه مدنی* ۱۲(۱۳۹۴)، ۱۴.

که بتوان با اقاله یا درج خیار شرط به‌دنبال بازگشت آن بود، ثالثاً؛ اگر اقاله را بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، فسخ دانسته بنابراین اقاله اقاله (فسخ فسخ) و درج خیار شرط در آن، با لحاظ اختصاص فسخ و درج شروط به عقود لازم، غیرممکن خواهد بود.

حال پس از بررسی عدم‌امکان درج خیار شرط در اقاله، باید به‌دنبال چرایی و علت عدم‌جریان خیار شرط در اقاله و ضمانت اجرای درج چنین شرطی در آن بود. برای پاسخ به چنین پرسشی می‌توان گفت از آنجایی که در قانون مدنی، اقاله در ردیف مواردی از جمله ابراء و وفای به عهد و فسخ، موجب سقوط تعهدات دانسته شده است، هرچند اقاله عقد است، لیکن موضوع آن، فسخ عقد سابق است. بنابراین، عملی که ذاتاً برای از بین بردن و فسخ یک عقد است خود نمی‌تواند بعد از مدتی از بین رود؛ و با تحقق اقاله به‌مجرد ایجاب و قبول، عقد سابق منحل و تعهدات طرفین ساقط می‌شوند. لذا مبناى عدم‌جریان خیار شرط در اقاله این است که مقتضا و اثر اصلی اقاله که همانا فسخ عقد سابق بوده، با تحقق اقاله حاصل می‌شود؛ بنابراین درج خیار شرط در اقاله، با مقتضای آن منافات داشته و موجب عدم‌تحقق مقتضای آن می‌شود. درمقابل نمی‌توان گفت که مقتضای اقاله (فسخ) با اقاله واقع می‌شود؛ بنابراین درج خیار شرط در اقاله ممکن است و پس از اعمال خیار شرط آثار عقد اقاله شده، مجدداً ظاهر می‌شود، چه اینکه از یک‌طرف، عقد اقاله شده، موجودی مرده و منحل شده است که قابلیت تجدید حیات نخواهد داشت و از طرف دیگر تجدید حیات عقد اقاله شده، صرفاً به بهانه اراده طرفین، مصداق بازگشت امر معدوم و ساقط شده خواهد بود و مخالف قاعده فقهی «الساقط لا یعود کما ان المعدوم لا یعود» هست. کما اینکه اراده طرفین هنگامی کارساز خواهد بود که با مسلمات شرعی و عقلی سازگار باشد و در قالب اعمال حقوقی مورد تأیید شارع و مقنن باشد؛ بنابراین نمی‌توان با کنار زدن قالب‌های پیش‌بینی شده توسط شرع و قانون و صرفاً با تکیه بر اراده طرفین، حکم بر جواز اعمالی چون اقاله اقاله و درج خیار شرط در اقاله داد. در تمام نظام‌های حقوقی، اراده طرفین باید با تکیه بر قالب‌های مصرح، به‌دنبال ایجاد آثار حقوقی باشند و در همان قالب‌ها نیز گاه‌ها اراده طرفین، محدود یا کنار گذاشته شده است، همان‌گونه که اصل حسن نیت و انصاف در معاملات منصفانه، اراده طرفین را تحت تأثیر قرار داده است و امکان ابطال شروط قراردادی به دادگاه‌ها داده شده است.

#### ۴- نتیجه‌گیری

از این مقاله نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

۱- مهم‌ترین دلیل موافقت شرط خیار با قاعده، حاکمیت اراده طرفین در انعقاد هر عقدی و درج هر شرطی ضمن آن است تا زمانی که مورد نهی شارع یا قانونگذار قرار نگرفته باشد. در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد لیکن قانونگذار در مواد ۳۹۹ و ۴۵۶ ق.م. جریان خیار شرط در عقود را پذیرفته و با توجه به مواد فوق و توجه به ماده ۱۰ ق.م. باید خیار شرط را مطابق با قاعده دانست.

۲- مبناى عدم‌جریان خیار شرط در ضمان، منافات شرط با مقتضای عقد نیست چراکه همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد بنابر قانون مدنی ایران و نظر اکثر فقهای امامیه اثر عقد مشروط به خیار

شرط از زمان عقد ظاهر می‌گردد و نه با انقضای مدت خیار؛ لذا از آنجایی که مقتضای عقد ضمان «نقل ذمه مضمون عنه به ضامن» هست این اثر از لحظه انعقاد عقد به ضامن منتقل می‌گردد، بنابراین مقتضای اصلی عقد «نقل ذمه» با عقد حاصل می‌گردد و از این جهت ایرادی بر اندراج خیار شرط در عقد ضمان وجود ندارد. دلیل و مبنای عدم جریان خیار شرط در ضمان برخورد شرط با حق مضمون عنه است زیرا از یک طرف درج خیار شرط مخالف اصل تسلیط هست و اگر شارع به دلایل خاص جواز عقد ضمان (دخالت در دارایی اشخاص با بری الذمه کردن مضمون عنه) را پذیرفته دلیلی بر اشتغال ذمه شخص بری الذمه شده (دخالت در دارایی اشخاص با مشغول کردن غیرمدیون) وجود ندارد، لذا پذیرفتن صحت درج خیار شرط در ضمان از این جهت خلاف اصل است و اشتغال ذمه غیرمدیون نیازمند دلیل شرعی و قانونی است که در مسئله معنونه مفقود است و از طرف دیگر باتوجه به ماهیت خیار شرط (شرط نتیجه) نمی‌توان سرنوشت شرطی که می‌بایست به نفس اشتراط حاصل می‌گردید به امر نامعلومی (تنفیذ مضمون عنه) معلق نمود؛ بنابراین باتوجه به مراتب پیش‌گفته از آنجایی که درج خیار شرط در ضمان نه می‌تواند صحیح باشد و نه غیرنافذ، باید حکم به بطلان آن داد و در اینکه این بطلان به عقد سرایت می‌کند یا خیر محل نزاع و اختلاف است. به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی و باتوجه به اینکه درج خیار شرط در ضمان منافاتی با مقتضای عقد نداشته، بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند و موجب بطلان عقد نمی‌گردد (شرط باطل غیرمبطل).

۳- وجود خیار شرط منافاتی با لزوم عقد ندارد چنانچه ماده ۴۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد...» پس آنچه می‌تواند مانع عدم جریان شرط خیار در عقودی مثل نکاح و وقف و ضمان گردد حکم خاص قانونگذار یا تنافی شرط خیار با مقتضای عقد و نظم عمومی باشد؛ بنابراین خارج کردن عقد خاصی از دایره شمول ماده ۴۵۶ نیازمند تصریح مقنن بوده و نمی‌توان با تفسیر موسع و قیاس آن را به موارد مشابه تعمیم داد. عقد رهن از ناحیه رهن عقدی لازم و از ناحیه مرتهن جایز است؛ لذا خیار شرط برای مرتهن تحصیل حاصل است ولی درخصوص جریان یا عدم جریان شرط خیار برای رهن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. لزوم رهن از ناحیه رهن، حقی برای مرتهن بوده و وثوق آن نیز حق مرتهن است که مرتهن می‌تواند این حق را به صورت مشروط قبول نماید و لذا چون طرفین با توافق یکدیگر اقدام به درج شرط خیار در عقد رهن می‌نمایند بنا بر عموم ادله صحت شروط و فقدان دلیل خاص جهت عدم جریان شرط خیار در رهن، باید حکم به جواز آن داد.

۴- انعقاد نکاح در همه ملت‌ها دارای شأن و آداب ویژه‌ای است. جدایی زوجین نیز از این قاعده مستثنا نیست، به گونه‌ای که از نظر شرعی نیز برای آن، شروط، آداب و سبب ویژه‌ای (استفاده از صیغه ویژه طلاق: هی طالق) قرار داده شده و الفاظ مجازی، کنایه و حتی سایر الفاظ و اسباب که به صراحت افاده جدایی و طلاق کند، جز در برخی موارد استثنایی پذیرفته نشده است. عدم جریان شرط خیار در نکاح، نظر شارع بر دوام و ثبات آن و مخالفت شرط با نظم عمومی است و باتوجه به اینکه طرق انحلال این عقد محصور می‌باشند نمی‌توان اراده طرفین را

در درج شرط خیار در آن مؤثر دانست همان‌گونه که اراده طرفین در حدوث آن محدود به شرایط و اسباب خاصی شده است.

۵- شیخ انصاری نه مورد را به‌عنوان شرایط صحت شرط مطرح می‌نماید که شماری از آنها را می‌پذیرد. از جمله شروط موردپذیرش شیخ انصاری که مرتبط با این نوشتار هست شرط پنجم از شروط نه گانه ایشان، یعنی خلاف مقتضای عقد نبودن شرط هست؛ که در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به‌قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند. بطلان چنین شرطی از منظر فقها به این دلیل است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ چراکه شرط عدم تحقق اثر اصلی عقد، به معنای عدم قصد واقعی برای تحقق عقد است و با آن منافات دارد. از مجموع مباحث مفصل فقهای امامیه به‌دست می‌آید که شرط خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل عقد است لذا خیار شرط به‌عنوان مصداقی از شرط، نباید اثر اصلی عقد را نفی نماید؛ در غیر این صورت چنین شرطی باطل و موجب بطلان عقد خواهد بود. کما اینکه در وقف چنین است و در عقد وقف نمی‌توان خیار شرط قرار داد و یا آن را اقاله کرد، زیرا اختیار فسخ و اقاله منافات با مقتضای عقد که تسبیل منافع است خواهد داشت و شرط خلاف مقتضای عقد طبق ماده (۳۳۲) قانون مدنی باطل و مبطل عقد است.

۶- خیار شرط در اقاله جریان پیدا نمی‌کند؛ چه اینکه از یک طرف، عقد اقاله شده، موجودی مرده و منحل شده است که قابلیت تجدید حیات نخواهد داشت و از طرف دیگر تجدید حیات عقد اقاله شده، صرفاً به بهانه اراده طرفین، مصداق بازگشت امر معدوم و ساقط شده خواهد بود و مخالف قاعده فقهی «الساقط لا یعود کما ان المعدوم لا یعود» هست. کما اینکه اراده طرفین هنگامی کارساز خواهد بود که با مسلمات شرعی و عقلی سازگار باشد و در قالب اعمال حقوقی مورد تأیید شارع و مقنن باشد؛ بنابراین نمی‌توان با کنار زدن قالب‌های پیش‌بینی شده توسط شرع و قانون و صرفاً با تکیه بر اراده طرفین حکم بر جواز اعمالی چون اقاله اقاله و درج خیار شرط در اقاله داد. در تمام نظام‌های حقوقی، اراده طرفین باید با تکیه بر قالب‌های مصرح، به‌دنبال ایجاد آثار حقوقی باشند و در همان قالب‌ها نیز گاه‌ا اراده طرفین، محدود یا کنار گذاشته شده است همان‌گونه که اصل حسن نیت و انصاف در معاملات منصفانه، اراده طرفین را تحت تأثیر قرار داده است و امکان ابطان شروط قراردادی به دادگاه‌ها داده شده است.



## فهرست منابع

### منابع فارسی

- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. تهران: کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *تئوری موازنه*. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷.
- شهبیدی، مهدی. *حقوق مدنی: سقوط تعهدات*. تهران: مجد، ۱۳۸۶.
- صادقی مقدم، محمدحسن، علی ساعت چی و هادی شعبانی کند سری. «جریان‌های خیار در اقاله». *آموزه‌های فقه مدنی* ۱۲ (۱۳۹۴): ۳-۱۸.
- کاتوزیان، ناصر. *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. جلد پنجم. تهران: انتشار، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. جلد پنجم. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
- کاتوزیان، ناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. جلد سوم. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر. *حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین*. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. جلد سوم. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *مجموعه محشای قانون مدنی*. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
- محقق داماد، سید مصطفی. *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
- یزدانی، غلامرضا. «صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامی». *جستارهای فقهی و اصولی* ۱۸ (۱۳۹۹): ۱۲۵-۱۴۹.

### منابع عربی

- آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد. *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*. قم: انتشارات المیرزا آل عصفور، بی تا.
- ابن براج، عبدالعزیز طرابلسی. *المهذب*. تحقیق و تصحیح جمعی از محققان و مصححان زیر نظر شیخ جعفر سبحانی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. *الشرح الکبیر*. جلد هفتم. بیروت: دارالکتاب العربی، بی تا.
- ابن منظور، محمدبن مکرم. *لسان العرب*. قم: نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳ ق.
- اصفهان‌ی، محمد حسین. *حاشیه بر مکاسب*. قم: ذوالقربی، ۱۴۲۷ ق.
- المارودی البصری، محمد بن حبیب. *الحاوی الکبیر فی الفقه الشافعی*. قم: دار الکتب العلمیه، بی تا.
- بغدادی، غانم بن محمد. *مجمع الضمانات*. قم: دار الفکر، بی تا.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد. *مفتاح الکرامی فی شرح قواعد العلامه*. تحقیق و تصحیح شیخ محمدباقر خالصی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، سید محسن. *منهاج الصالحین*. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
- حکیم، سید محسن. *مستمسک العروی الوثقی*. قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- حلی، محمد ابن ادریس. *تذکره الفقها*. قم: موسسه آل البیت، ۱۳۷۵ ق.
- حلی، حسن بن یوسف. *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*. تحقیق و تصحیح شیخ فارس حسون. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، محمد ابن ادریس. *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: موسسه النشر الاسلامی التابع لجماعه المدرسین،

۱۴۱۰.

- خمینی، روح الله. *تحریر الوسیله*. قم، دارالعلم، بی تا.
- خمینی، روح الله. *البیع*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم. *مصباح الفقاهه*. قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم. *منهاج الصالحین*. قم: مدینه العلم، ۱۴۱۳ ق.
- خویی، ابوالقاسم. *الشروط او الالتزامات التبعیه فی العقود*. بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
- راشد صیمری، مفلح بن حسن. *غایب المرام فی شرح شرائع الاسلام*. تحقیق و تصحیح جعفر کوثرانی عاملی. بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
- سزواری، سید عبد العلی. *مذهب الاحکام*. جلد ۱۸. بیروت: موسسه النمار، ۱۴۱۶ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد. *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم. تحقیق و تصحیح سیدمحمدتقی کشفی. تهران: المکتبۃ المرتضوی لایحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد. *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
- شیخ انصاری، مرتضی. *کتاب مکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. *العروه الوثقی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. *تکلمه العروه الوثقی*. قم: قلم الشرق، ۱۴۱۴ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. *حاشیه بر مکاسب*، قم: دارالمصطفی لایحیاء التراث، ۱۴۲۳ ق.
- طرابلسی ابن براج، عبدالعزیز. *جواهر الفقه*، جلد ۱۳. بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*. قم: کتابخانه مدرسه فقاقت، ۱۴۰۷ ق.
- عراقی، آقا ضیاءالدین علی. *شرح تبصره المتعلمین*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل آبی، حسن. *کشف الرموز فی الشرح مختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. *القاموس المحيط*. بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. *مفاتیح الشرایع با تحقیق مهدی رجائی*. قم: مجمع الذخائر الاسلامی، ۱۴۰۱ ق.
- کرکی، علی بن حسین عاملی. *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- مراغی. میرفتاح. *عناوین*. قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۲۷۴ ق.
- نابینی، میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی. *منیه الطالب فی حاشیة مکاسب*. تقریر شیخ موسی ابن محمد نجفی خوانساری. تهران: المکتبۃ المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی، محمدحسن بن باقر. *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. تحقیق و تصحیح شیخ عباس قوچانی. بیروت: دار احياء التراث العربی، بی تا.