

نگرشی بر گستره خیار شرط در پرتوی ماده ۴۵۶ قانون مدنی و فقه امامیه

فرزاد کرمی کلمتی*

سید مهدی دادمرزی**

محمد مهدی عزیزاللهی***

چکیده

معامله بر وزن مفاعله از لحاظ لغوی برابر با ابتیاع، تجارت، خرید و فروش و داد و ستد و سودا و برابر واژه پارسی سوداگری و داد و ستد آمده است. مفاعله یکی از بابهای ثلاثی مزید و به معنای یکی با دیگری آن کند که او با وی کرده یا مشارکت متقابل دو شخص یا دو چیز در یک فعل است. معاملات در سه معنا بکار رفته که شامل معنای عام، در مقابل عبادات، معنای خاص، به عمل حقوقی نیازمند قصد انشاء اعم از عقد و ایقاع، گفته می‌شود و در معنای اخص به عملی گفته می‌شود که با لحاظ معنای عرفی، دارای چهره و رنگ اقتصادی باشد که شامل عقود مالی و معوض می‌باشد. با این اوصاف و نظر به اینکه اولاً؛ خیار، عارض بر عقد لازم است پس عقود جایز از محل بحث خارج و ماده ۴۵۶ منصرف از آن است، ثانیاً؛ از لحاظ لغوی و اصطلاحی شرط برای صحت، باید ضمن العقد یا مربوط به عقد باشد، بنابراین ایقاعات منصرف از معامله و معنای خاص آن در ماده ۴۵۶ بوده و از دایره آن خارج می‌گردند. ثالثاً؛ با توجه به کلام شیخ انصاری مبنی اینکه شرط، غیر سبب شرعی (فسخ در ایقاعات) را سبب قرار نمیدهد، مشخص میشود معامله در ماده ۴۵۶ منصرف از معنای خاص آن یعنی عقود و ایقاعات می‌باشد، رابعاً؛ با توجه به معنای لغوی و اصطلاحی معامله که مصدر باب مفاعله به معنای عمل طرفینی و در ماده ۴۵۶ معامله شامل عقود معوض مالی است، شمول معامله در ماده ۴۵۶ قانون مدنی بر عقود جایز، ایقاعات، عقود غیرمعوض و غیر مالی ناصحیح است.

کلمات کلیدی: قلمروی خیار شرط، خیار شرط، ایقاع مشروط، شرط ضمن عقد، خیار.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۰۴/۱۹) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۲/۰۱)

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهیدچمران اهواز، اهواز، ایران (نویسنده

مسئول) fkarami506@gmail.com.

** دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. dadmarzism@yahoo.com

*** استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. mm.aziollahi@qom.ac.ir

بیان مسأله

با توجه به تشتت آراء، پیرامون جریان خیار شرط در موارد تردید، که غالباً به علت عدم ارائه ضابطه صحیح برای گستره خیار شرط میباشد، مقاله حاضر در تلاش است تا با بررسی کلام فقها، حقوقدانان و متون قانونی و با الهام از طرح بحث شیخ انصاری اعلی الله مقامه؛ در خصوص قلمروی خیار شرط با تحلیل متون قانونی با محوریت قانون مدنی، دکترین حقوقی و منابع فقه اسلامی، قلمروی فقهی - حقوقی خیار شرط را معین نموده و موارد تردید جریان خیار شرط را احصاء و به ارائه یک ضابطه مشخص برای تعیین قلمروی جریان خیار شرط در اعمال حقوقی نایل آید.

۱- مفهوم و ماهیت خیار شرط

ماده ۳۹۹ ق.م.مقرر می دارد: «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 قراردادهای و نتیجه جعل حکم شرعی و قانونی در باب امکان و نه ضرورت درج شرط خیار در عقود 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 میباشد (ابن منظور، ۱۳۶۳ق، ۲۶۷). بنابراین در معنای لغوی گفته شده است؛ خیار دل نهادن به چیزی با میل و رضا است (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ۳۲۶). از منظر اصطلاحی تعبیر دیگری برای خیار لحاظ شده است و به نوعی، معنای متفاوتتری از معنای لغوی پیدا کرده است. مناسب ترین و مؤجزترین تعریف از خیار در بین فقها مربوط به فخرالمحققین است که میفرمایند «الخيار ملك فسخ العقد» یعنی انسان مالک و صاحب اختیار 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 (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ۳۶۸) و در تعریف شرط بیان میکند که «انه الزام شی و التزامه فیالبيع و نحوه» 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» میباشد نه اینکه تخصصاً از عنوان شرط خارج باشند «فان الشرط لغۀ مطلق الالتزام فیشمل ما کان بغیر لفظ» (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۲). 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. به طور 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 التعليق...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۲۲۵۶). خیار شرط حقی است زاده تراضی طرفین که در چهره شرط ضمن عقد لازم میآید و آن را متزلزل میکند؛ برای مدتی اختیار بر هم زدن عقد را به مشروط له میدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۳۸) 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- نقد کلام فخرالمحققین در باب تعریف خیار

مرحوم شیخ انصاری کلام فخرالمحققین خصوص تعریف خیار به «مالکیت فسخ عقد» را مورد نقد قرار داده و معتقدند این تعریف مانع نبوده و مالکیت ذی نفع در فسخ در عقود جایز، عقد فضولی، مالکیت وراثت در رد وصیت مازاد بر ثلث، مالکیت عمه و خاله نسبت به فسخ نکاح دختر برادر و خواهر خود، مالکیت کنیز عقد شده به برده قبل از آزادی نسبت به فسخ عقد و مالکیت زوجین در فسخ نکاح در صورت وجود عیوب و ... داخل در تعریفند و به اصطلاح تعریف مانع اغیار نیست (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۱-۱۵). سپس ایشان دلیل میآورند شاید مقصود از تعبیر ملک برای توجه دادن به آن باشد که خیار حق است و فسخ در عقود جایز و رد فضولی و ... از آنجایی که جزو احکام شرعیه اند تخصصاً از دایره تعریف خیار خارج میگردند. از کلام شیخ برداشت میشود خیار تسلط ذوالخیار بر تائید یا اضمحلال عقد لازم چه واسطه خيارات شرعیه و چه جعلیه میباشد و فسخ در سایر موارد از شمول

آن خارج هستند (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۷).

۳-۱- 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 می کنند. 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 (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۳۷۵) بنابراین، خیار شرط یکی از مصادیق شروط ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می باشد که به نفس اشتراط حاصل می گردد و از آن جایی که شرط نتیجه قابل اسقاط نمی باشد خیار شرط قابل اسقاط نیست؛ لیکن اسقاط حق فسخ ناشی از خیار شرط قابل تصور و صحیح است. خیار شرط، حقی است که معلول تراضی و مقتضای شرط ضمن عقد است و از زمان انعقاد عقد، با هدف متزلزل کردن عقد، برای مدتی معین به نفع کسی که شرط خیار به نفع او شده به وجود می آید (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۳۷۶). به عبارت دیگر 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- قلمروی خیار شرط

مرحوم شیخ انصاری وضعیت جریان یا عدم جریان خیار شرط در اعمال حقوقی را با در نظر گرفتن اقوال دیگر فقها، سه قسم میدانند، قسم اول؛ عقودی که جریان خیار شرط در آنها مورد اتفاق است، از جمله بیع و هر معاوضه لازم، قسم دوم؛ عقودی که عدم جریان خیار شرط در آنها مورد اتفاق است، از جمله نکاح و وقف، قسم سوم؛ ایقاعات و برخی عقود که جریان خیار شرط در آنها محل تردید است (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۴۶-۱۵۶). این فقیه جلیل القدر قاعده کلی در خصوص قلمروی خیار شرط را اقاله پذیری عقد مورد بحث دانسته و برخی دیگر از فقها از جمله مرحوم نایینی قاعده لزوم و جواز حقی و حکمی را مطرح نموده که بر این اساس در عقود قابل اقاله از منظر شیخ انصاری و عقودی که لزوم آنها حقی باشد از منظر میرزای نایینی، خیار شرط راه دارد و عقودی که لزوم آنها حکمی بوده و

قابل اقاله نیستند همانند نکاح، قابلیت درج شرط خیار وجود ندارد. البته به نظر می‌آید بتوان کلام شیخ مبنی بر دخول خیار شرط در عقود قابل اقاله را حمل بر عقود معاوضی قابل اقاله کرد، چه آنکه شیخ در ادامه، قلمروی خیار شرط را محدود به عقود معاوضی لازم میدانند.

۱-۲- قلمروی خیار شرط در فقه اسلامی

در این خصوص مرحوم شیخ انصاری خیار شرط را مختص معاوضات لازم میدانند (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۴۶) و بر این اساس، عقود غیر معاوضی از جمله نکاح، صلح بلاعوض، وقف و هبه، از شمول قلمروی خیار شرط خارج میشوند. شهید اول در قواعد معتقدند خیار شرط در هر عقد لازم جز وقف و نکاح وارد است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ۱۶-۱۷۷). برخی فقهای شافعی معتقدند خیار شرط در عقودی که قبض شرط صحت آن باشد، جریان ندارد (نووی، ۱۴۲۷ق، ۲۰۲-۲۰۶) و برخی از فقهای حنفیه معتقد به عدم جریان خیار شرط در عقد سلم میباشند (کاسانی، ۱۴۱۷ق، ۳۴۸). فقهای شافعی ضمن اعتقاد به مخالفت خیار شرط با مقتضای ادله از جمله لزوم عقد و غرری شدن معامله، بر حسب ضرورت و با حفظ محدودیت، خیار شرط را قبول دارند (نووی، ۱۴۲۷ق، ۲۰۴). فصل مشترک تعاریف ارائه شده از خیار شرط در کلام فقهای امامیه، جریان خیار شرط در معاوضات مالی لازم و در کلام فقهای اهل سنت، تأمل و تدبر در معاملات مالی لازم جهت گریز از ضرر است.

۲-۲- قلمروی خیار شرط در کلام دکتربین حقوقی

برخی اساتید حقوق با تأثر از منابع فقهی، خیار شرط را مختص معاوضه لازم دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱۳۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۳۵). البته برخی از بزرگان حقوق، از جهت مصداقی، خیار شرط را در تبرعات ناشی از احسان از جمله هبه، وصیت تملیکی، ضمان و رهن تبرعی به دلیل آن که عقد نیستند و داخل در ایقاعات بوده جاری نمیدانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۱۶-۱۱۷) و رهن شرطی یا تبعی را به علت آنکه شرط ضمن العقد است، مستقلاً عقد ندانسته (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۵۱-۵۲) که در این صورت به علت خروج رهن از شمول عقود، دخول شرط خیار در آن منتفی میباشد، مگر آنکه عقد اصلی متضمن رهن، مشروط به خیار باشد. از منظر ایشان حتی هبه معوض نیز عقد نبوده بلکه دو تبرعاند که هر کدام در عوض دیگری هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۱۷).

برخی مطلق خیار را حق هر یک از طرفین در ازاله اثر عقد و اعاده وضع سابق بر عقد دانسته (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۳۳۵) و آن را عارض بر عقد لازمی که لزوم آن ذاتی عقد (در مقابل ذاتی عرضی) و حقی (در مقابل حکمی) باشد، می‌دانند. با این تعریف و با ذکر عنصر اول، ایقاعات و عقود جایز خارج و با ذکر عنصر دوم، عقود که لزوم آن عرضی باشد از جمله وکالتی که ضمن عقد لازم باشد؛ خارج است و با ذکر عنصر سوم، عقود که لزوم آنها حکمی است از جمله نکاح خارج می‌شوند. ایشان سپس خیار تروی را شامل سه خیار مجلس، حیوان و شرط دانسته و آن را شامل دو قسم از حیث واضع آن یعنی وضع توسط شارع و وضع توسط عاقدین معرفی مینماید که خیار شرط داخل در قسم دوم است؛ عناصر خیار تروی از منظر ایشان شامل وقوع عقد معوض مالی لازم و قابل اقاله است. برخی دیگر از حقوقدانان نیز با ذکر ادله فقهی معظم امامیه معتقد به جریان خیار شرط در هر معامله معوض لازمی میباشند و معتقد به عدم جریان خیار شرط در عقود غیرمعوضی، تبرعات و احسانات و اذنیات و عقود جایز می‌باشند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۳۹۰-۳۹۱). ایشان هرچند خیار شرط را مختص معاملات معوض مالی دانسته ولی عدم جریان خیار شرط در نکاح و ابراء و دیگر ایقاعات را به علت گره خوردن لزوم این اعمال حقوقی با مقتضای آنها دانسته است، در حالی که بنابر عقیده اختصاص خیار شرط به معوضات مالی، این اعمال حقوقی تخصصاً از دایره شمول ماده ۴۵۶ قانون مدنی و خیار شرط خارجاند. مرحوم دکتر کاتوزیان خیار شرط را جزو اختیارات مشترک معرفی نموده و معتقدند که خیار شرط زاده اراده و تراضی دو طرف عقد است که در چهره شرط ضمن عقد میآید و آن را متزلزل میکند و حکومت اراده موجب شده تا برقراری این خیار برای ثالث نیز متصور باشد و با استناد به نظرات فقهی عظام در خصوص جریان خیار شرط در هر معاوضه لازمی، ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی در باب اختصاص خیار شرط به بیع را نادیده میانگارند و به عموم و اطلاق ماده ۴۵۶ در خصوص جریان تمام اختیارات در همه عقود تمسک میجویند. البته ایشان معتقدند که خیار باید با طبیعت عقد سازگار باشد و هرگاه لزوم عقد از احکام مربوط به نظم عمومی باشد، به شرط احراز ارتباط با نظم عمومی، شرط خیار در عقد مؤثر نخواهد بود و مصادیقی از جمله نکاح، وقف و ضمان را از استثنای قاعده جریان خیار شرط در مطلق عقود معرفی مینمایند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱۳۴-۱۵۰). برخی دیگر از اساتید حقوق نیز معتقد به عدم جریان خیار شرط در این عقود میباشند (امامی، ۱۳۷۴، ۶۷-۷۹). دکتر لنگرودی یکی از عناصر خیار شرط را درج در متن عقد دانسته (۱۳۵، ۱۳۹۵) و شروط

تبانی و شرط بعد العقد را مستند به ادله فقهای امامیه، باطل معرفی مینمایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۱۷) ایشان معتقد به بطلان شرط خیار در رهن بوده (جعفری لنگرودی ۱۳۹۵، ۱۲۴) و شرط خیار در نکاح را فاسد غیر مفسد میدانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ش ۴۳۰). این استاد بزرگ با ذکر ادله فقهای امامیه و شافعیه و بر خلاف حنفیه، معتقد به عدم امکان الحاق شرط بعد العقد به عقد میباشند و شرط خیار را جزو شروط تروی دانسته که به موجب آن طرفین با درج خیار شرط به ذوالخیار، اختیار انتخاب آخرین تصمیم خود در مدت کوتاه و معینی، درباره ابقاء و اضمحلال عقد میدهند، در این صورت باید اقدام به معرفی عناصر خیار تروی نمود تا معین شود چه عقود قابلیت تروی ندارند. همچنین ایشان معتقد به عدم جریان خیار شرط در ایقاعات به علت فقدان عناصر خیار شرط و خیار در ایقاعات میباشند؛ چه آنکه یکی از عناصر خیار شرط، درج در متن عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۳۵) و یکی از عناصر خیار، عروض بر عقد لازم معاوضی میباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۳۴۳) بنابراین از نظر ایشان ایقاعات، عقود جایز، ضمان و حواله به شرط عقد بودن نیز از مواردی هستند که خیار فسخ در آنها راه ندارد و شرط خیار در ضمان را فاسد مفسد میدانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۱۷-۱۳۵).

قدر مشترک از قلمروی خیار شرط، در آثار حقوقدانان (لنگرودی، الفارق، تئوری موازنه، فرهنگ عناصر شناسی، فلسفه اعلی - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها- محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات- شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات- امامی، حقوق مدنی) و فقها (شیخ انصاری، مکاسب- طبابایی یزدی، حاشیه بر مکاسب- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه) دخول خیار شرط در معاوضات مالی است. به عنوان مثال وضعیت جریان خیار شرط در وقف در مواد ۵۵ الی ۹۱ قانون مدنی مسکوت است، همچنین است وضعیت جریان خیار شرط در ضمان، صلح، رهن، اقاله، وصیت و سایر تبرعات.

۳-۲- نظر مختار

تحلیل وضع قانون مدنی پیرامون قلمروی خیار شرط نیازمند بررسی و تأمل میباشد. قانون مدنی در ماده ۴۵۶ مقرر می دارد: « تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد؛ مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است.» ممکن است در بدو امر چنین به نظر آید که مطابق عموم ماده یاد شده، ضابطه فوقانی این است که خیار شرط در هر معامله لازمی جریان می

یابد؛ اما به نظر میرسد ماده مزبور از امکان و نه ضرورت جریان خيار شرط در هر معامله لازمی سخن به میان آورده است؛ چه آنکه نگارنده بر این عقیده است که نویسندگان قانون مدنی با علم و التفات کامل از پیشینه فقهی خيار شرط و وجود تردید در بعضی از مصادیق اعمال حقوقی از لفظ "ممکن است" در ماده مذکور استفاده نموده که تفاوت واژه امکان و لزوم بر کسی پوشیده نیست. این تردیدها حتی در کلام فقیه عظیم الشانی همچون شیخ انصاری دیده شده و حکم برخی مصادیق معین نشده است. لذا حکم جریان یا عدم جریان خيار شرط در موارد تردید از جمله هبه، ضمان، قسمت، ایقاعات، صلح و... باید با تدقیق در پیشینه خيار شرط و متون فقهی و ارائه تفسیری صحیح از ماده ۴۵۶ قانون مدنی بدست آید. از این رو موارد متعددی در قانون مدنی یافت میشود که حکم جریان خيار شرط در مورد آن ها به روشنی تبیین نشده است و وجود مانع بر سر امکان یاد شده متصور است، چه آنکه در فرض تعارض مانع و مقتضی، مانع مقدم میشود (اذا تعارض المانع و المقتضی قدم المانع، قواعد فقه شافعی، سالم افسری ۱۳۹۲ ش، قاعده شماره ۳-۱-۲-۳ و بند ۱ ماده ۴ قانون مدنی عراق). همچنین است ابهام حکم صحت و بطلان چنین مواردی در فرض درج چنین خیاری در آنها.

ماده ۴۵۶ قانون مدنی امکان جریان مطلق خیارات در معاملات لازم را پذیرفته که تفسیر از واژه معامله در این ماده، معاملات در معنای اخص شامل معاوضات مالی میباشد. بنابراین دخول خيار شرط در عقود همچون رهن، ضمان، هبه، برخی مصادیق صلح، معاطات، و ایقاعات محل تردید بوده به گونهای که جریان یا عدم جریان خيار شرط در این موارد چه در آثار حقوقدانان و چه در کلام فقها محل اختلاف و تردید جدی است. هرچند ماده ۷۶۱ قانون مدنی جریان خيار شرط را در صلح مبنی بر تسامح یا در مورد تنازع پذیرفته است (که در این صورت اختصاص خيار شرط به معاوضات مالی با تردید مواجه میشود)، اما چه بسا بتوان از اطلاق آن دست شست؛ چه آنکه فلسفه تشریع صلح در مقام تنازع، رفع خصومت و نزاع است در حالی که اشتراط خيار برای عود خصومت با فلسفه صلح منافات دارد. برخی حقوقدانان در ذکر عناصر خيار، امکان اعاده مالکیت (موضوع عقد) را با اعمال خيار، ضروری دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۱۶۰-۱۶۱) و این امکان در خصوص صلح در مقام تنازع منتفی است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۴۰۳- بحرانی، ۱۴۲۲ ق، ۲۹۵). از طرف دیگر برابر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی، شاکی میتواند نسبت به مشتکی عنه گذشت نموده و به گذشت مشروط و معلق ترتیب اثر داده نمیشود. گذشت مشروط را گذشت شاکی به همراه شرطی مبنی بر انجام عمل یا عدم

انجام عمل تعریف کرده‌اند (خالقی، ۱۳۹۴، ۱۲۱-۱۲۲)، بنابراین چنانچه گذشت از دعوی، مسبوق به عقد صلح باشد؛ یعنی صلح، در مقام تنازع باشد، امکان درج خیار شرط در آن وجود ندارد. برخی نویسندگان حقوقی گذشت را مسبوق به توافقات قبلی دانسته، لکن ماهیت آن را ایقاع معین از ناحیه شاکی توصیف نموده، که قانون‌گذار با تشریع این ایقاع، احکام آن را نیز مقرر کرده است و معتقدند از آنجایی که گذشت یک طرفه است، و قابل عدول نیست لذا نمیتواند مشمول عقد صلح باشد چه آنکه صلح قابل فسخ است (احمدزاده و مشایخی، ۱۳۹۸، ۳۱-۳۵). حال آنکه نتیجه عقد صلح می‌تواند ایقاع باشد و صلح اگر متضمن ایقاع باشد، اتفاقاً برابر ادله فقهی غیر قابل رجوع است (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۵۴) بنابراین میتوان قائل بر این شد، چنانچه میان طرفین، قبل از گذشت توافقاتی وجود داشته باشد، توافقات قبلی مشمول عقد صلح بوده و اعلام گذشت، نتیجه عقد صلح در مقام تنازع است. البته اعلام گذشت میتواند بدون توافق نیز باشد و شاکی حتی بدون اطلاع مشتکی عنه میتواند گذشت کند که از موضوع بحث خارج است.

قابل ذکر است عدم تفاوت میان حصول سازش و تحصیل گذشت شاکی از حیث نتیجه در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و صراحت ماده ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب اعلام گذشت شاکی در قصاص به صورت مجانی یا با مصالحه، حاکی از این نکته است که اعلام گذشت در دعاوی کیفری میتواند نتیجه مصالحه طرفین و عقد صلح باشد. لذا برابر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی صلح در مقام تنازع نمی‌تواند معلق یا مشروط اعم از شروط فعل و خیار باشد و این حاکی از نسخ یا تخصیص اطلاق ماده ۷۶۱ قانون مدنی است. در خصوص صلح مبتنی بر تسامح نیز با وجود عروض شرط خیار بر معاملات لازم جهت گریز از غبن، باید قائل بر عدم جریان خیار شرط در آن بود یا حکم مندرج در ماده ۷۶۱ را به عنوان قاعده خاص در برابر قاعده عام مندرج در ماده ۴۵۶ قانون مدنی دانست. عدم توجه کافی به مفهوم واژه معامله در ماده ۴۵۶ قانون مدنی مبنی بر امکان جریان کلیه خیارات در همه معاملات لازم، موجب شده تا برخی حقوقدانان در آثار خود با بررسی یکی از مصادیق مورد بحث مدعی گردند که با توجه به اطلاق ماده مذکور خیار شرط در عقود همچون نکاح، وقف، اقاله، ضمان، برخی مصادیق صلح، رهن و حتی ایقاعات جریان مییابد (احدی و حائری یزدی، ۱۳۹۵-محقق داماد و یزدانی، ۱۳۹۰-صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۴-بهمن پوری و دیگران، ۱۳۹۷-روزبه، ۱۳۹۷-گلباغی و دیگران، ۱۳۹۹-پیرهادی و دیگران، ۱۳۹۸-

موسوی بجنوردی و دیگران، ۱۳۹۱). حال آنکه معامله واژه عربی از ریشه «عمل» مصدر باب مفاعله و به معنای عمل طرفینی است، و در ادبیات فارسی به معنای با هم عمل کردن، کار کردن، تجارت و سوداگری و بده بستان و سود آمده است (عبدی پور فرد، ۱۳۹۷، ۱۱۸). به این صورت که مفاعله یکی از بابهای ثلاثی مزید و به معنای یکی با دیگری آن کند که او با وی کرده یا مشارکت متقابل دو شخص یا دو چیز در یک فعل است و معامله از لحاظ لغوی برابر با ابتیاع، تجارت، خرید و فروش و داد و ستد و سودا و برابر واژه پارسی سوداگری و داد و ستد آمده است. معاملات در سه معنا بکار رفته به این صورت که در معنای عام، در مقابل عبادات و در معنای خاص به عمل حقوقی نیازمند قصد انشاء اعم از عقد و ایقاع، گفته می‌شود و در معنای اخص به عملی گفته می‌شود که با لحاظ معنای عرفی، دارای چهره و رنگ اقتصادی باشد که شامل عقود مالی و معوض می‌باشد (عبدی پور فرد، ۱۳۹۷، ۱۱۸. کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱۱. شهیدی، ۱۴۰۰، ۴۱). با این اوصاف و نظر به اینکه اولاً؛ خیار، عارض بر عقد لازم است پس عقود جایز از محل بحث خارج و ماده ۴۵۶ منصرف از آن است، ثانیاً؛ از لحاظ لغوی و اصطلاحی شرط برای صحت، باید ضمن العقد یا مربوط به عقد باشد، بنابراین ایقاعات منصرف از معامله و معنای خاص آن در ماده ۴۵۶ بوده و از دایره آن خارج می‌گردند. چه آنکه سخن در باب شرط خیار است که باید ضمن العقد باشد، ثالثاً؛ با توجه به کلام شیخ انصاری مبنی اینکه شرط، غیر سبب شرعی (فسخ در ایقاعات) را سبب قرار نمیدهد (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۴۰)، مشخص میشود معامله در ماده ۴۵۶ منصرف از معنای خاص آن یعنی عقود و ایقاعات میباشد، رابعاً؛ با توجه به معنای لغوی و اصطلاحی معامله که مصدر باب مفاعله به معنای عمل طرفینی و در ماده ۴۵۶ معامله شامل عقود معوض مالی است، شمول معامله در ماده ۴۵۶ قانون مدنی بر عقود جایز، ایقاعات، عقود غیرمعوض و غیر مالی ناصحیح است. بر این اساس برخی اساتید پیشنهاد استفاده معامله به جای عقد مغاینه را طرح کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱۲-۱۲۸) و برخی دیگر، عموم این پیشنهاد را مردود ندانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۱۴۵).

با تفاسیر فوق و با توجه به سوابق فقهی دال بر اختصاص خیار شرط به معاوضات لازم و فلسفه تشریع خیار شرط جهت اندیشیدن و گریز از غبن در معاملات، باید گفت مقصود از معاملات در ماده ۴۵۶ قانون مدنی، معاملات در معنای اخص شامل عقود مالی و مغاینه‌ای میباشد، چه آنکه ماده ۴۵۶ قانون مدنی در مقام بیان حکم جواز وجود خیار در معاملات است و با توجه به خلاف اصل بودن خیار

و فسخ، باید تفسیری مضیق از آن ارائه کرد. با توجه به اینکه خیار نتیجه جعل شارع است و سببی به جز جعل شارع ندارد نمیتوان با قیاس و ادله عقلی آن را به موارد دیگر تسری داد.

با ارائه این تعریف از معاملات و تطبیق معنای اصطلاحی و لغوی معاملات با ماده ۴۵۶ قانون مدنی، میتوان گفت از آنجایی که مبنا و شالوده اساسی معتقدین جریان خیار شرط در عقود، که همان تفسیر عام از واژه معاملات در ماده ۴۵۶ است، عمومیت آن دچار خدشه خواهد شد؛ چه آنکه دستاویز برخی حقوق دانان در جریان خیار شرط در موارد تردید و چه بسا مواردی که به اتفاق خیار شرط در آنها جریان ندارد از جمله نکاح و وقف؛ خود دایره شمول آن محدود و شامل معاوضات مالی خواهد شد. همچنین با توجه به تعبیر برخی حقوقدانان، برخلاف نتایج شرعیه ارادی، خیار یک حکم شرعی است و سببی به جز جعل شارع ندارد (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۳۸۵)، بنابراین نمیتوان به صورت مطلق حکم به جواز درج خیار شرط در هر عقدی داد. لذا با توجه به خلاف اصل بودن فسخ باید گفت خیار شرط مختص معاملات در معنای اخص است. با تعیین قلمرو خیار شرط که تاکنون منقح نگردیده بود و یکی از نوآوری‌های این مقاله است، میتوان به بررسی موارد تردید در معاملات مالی از جمله ضمان، صرف، هبه، صلح، رهن و سایر مواردی که خیار شرط در آنها جریان ندارد، پرداخت.

تفسیر ارائه شده از کلمه معاملات در ماده ۴۵۶ قانون مدنی، در تطابق با کلام شیخ انصاری مبنی بر عدم دخول خیار شرط در صلح در مقام تنازع، صلح مفید ابراء و متضمن ابراء و دخول خیار شرط در صلح معاوضی بر عین خارجی میباشد (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۴۶-۱۵۶). همان گونه که بیان شد مبانی عدم جریان خیار شرط در برخی اعمال حقوقی متفاوت است، چه آنکه در خصوص برخی از جمله نکاح و وقف اتفاق وجود داشته و دخول خیار شرط در برخی از اعمال حقوقی همانند ضمان، هبه، رهن، اقاله، صرف، برخی مصادیق صلح خصوصاً صلح مفید ابراء و صلح در مقام تنازع محل تردید میان فقهای عظیم الشأن امامیه و اساطین حقوقی بوده که مقاله حاضر در صدد رفع تردیدها و ارائه ضابطه مشخص تحت عنوان قلمروی جریان خیار شرط است. به نظر میرسد منشاء تردید در برخی از مصادیق فوق، تردید در ماهیت عمل حقوقی است؛ چه آنکه به عنوان مثال برخی رهن تبرع را داخل در تبرعات دانسته که از این حیث از شمول عقود و قلمروی خیار شرط خارج میشود و رهن تبعی را بعلت عدم صدق عقد بر آن از حوزه عقود و منطقیاً درج شروط خارج میدانند. وجود تردیدها در مصادیق مذکور در فقه و حقوق و ضرورت ارائه پاسخی در خور برای آن، ضرورت این تحقیق را بیش

از پیش آشکار میکند. مواردی که در کلام شیخ انصاری نسبت به جریان خیار شرط در آنها تردید وجود دارد ضمان، صلح، صرف، رهن، هبه و ایقاعات میباشد. همچنین مواردی از جمله اقاله، معاطات و اجاره مشمول قانون ۱۳۵۶ نیز محل تردید میباشد. قانون مدنی افغانستان که عمدتاً برگرفته از فقه حنفی میباشد خیار شرط را در مطلق عقود پذیرفته و ضابطه آن را به این صورت قرار داده که در هر عقد لازمی که احتمال فسخ وجود داشته باشد امکان درج خیار شرط در آن وجود دارد (ماده ۶۵۳ قانون مدنی افغانستان) و جریان خیار شرط در وقف، حواله و کفالت نیز پذیرفته شده است (بند ۲ ماده ۶۵۲ قانون مدنی افغانستان) همچنین ماده ۳۵۳ قانون مدنی افغانستان خیار شرط را صرفاً ناظر بر عقود لازم دانسته و آن را منصرف از ایقاعات و عقود جایز دانسته و شرط خیار در عقد نکاح، صرف، سلم، وکالت، وصیت، طلاق و اقرار را نپذیرفته است.

۳- حکم حقوقی- فقهی موارد تردید

اظهار نظر در خصوص شمول یک عمل حقوقی در یک پدیده اعم از عقد یا شرط، فرع بر تعریف و تبیین ماهیت آن و از همه مهمتر تعیین قلمروی پدیده مورد بحث است. در خصوص اینکه کدام یک از اعمال حقوقی قابلیت درج خیار شرط را دارند یا خیر، اظهار نظر انتزاعی و مجردگرایی بدون ارائه قلمروی آن و پای بند ماندن به آن قلمرو، اظهار نظری نادرست است. این مقاله ضمن تعریف و تبیین ماهیت خیار شرط و تنقیح قلمروی خیار شرط، با تدقیق در منابع فقه اسلامی و متون قانونی معتقد به جریان خیار شرط در معاوضات مالی صرف بوده و حکمت تشریع آن نیز دفع ضرر احتمالی در معاملات بوده چراکه فصل مشترک از قلمروی خیار شرط در میان فقها و اساطین حقوقی دخول خیار شرط در معاوضات مالی با چهره مغایه ای است. عدم پایبندی به قلمروی ارائه شده توسط برخی حقوق دانان موجب شده تا در جایی آن را مختص معاوضات مالی جهت گریز از غبن بدانند و قائل به عدم امکان درج خیار شرط در ضمان بعلت تبرعی بودن شوند و در جایی دیگر امکان درج خیار شرط در کفالت را بپذیرند. نمونه این چنین نتیجه گیریها در کتب حقوقی به کرات قابل مشاهده است.

۳-۱- جریان خیار شرط در ضمان

ضمان در شمار اصطلاحات مشترک ادبیات حقوق مدنی و حقوق تجارت ایران است (گلباغی

ماسوله، سیدعلی؛ شعبان نژاد، علی، ۱۴۰۴، ۲۰۴). عدم تنقیح گستره و قلمرو خيار شرط سبب شده تا در خصوص عقدی همانند ضمان که دخول خيار شرط در آن محل تردید است، برخی حقوقدانان در جایی قابلیت درج شرط خيار را در آن رد نموده (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۳۹۶-) و در جای دیگر معتقد به جریان خيار شرط در آن شوند (محقق داماد، سیدمصطفی، یزدانی، ۱۳۹۰، ۳-۲۴). در حالی که دلیل و مبنای عدم جریان خيار شرط در ضمان، سوای از دخول آن در تبرعات و خروج تخصصی ضمان از دایره شمول و گستره خيار شرط، برخورد شرط با حق مضمون عنه است، زیرا از یکطرف درج خيار شرط مخالف اصل تسلیط میباشد 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 ذمه غیر مدیون) وجود ندارد، لذا پذیرفتن صحت درج خيار شرط در ضمان از این جهت خلاف اصل است و اشتغال ذمه غیر مدیون نیازمند دلیل شرعی و قانونی است که در مسأله معنونه مفقود است.

۲-۳- جریان خيار شرط در اقاله

همچنین مبنای عدم جریان خيار شرط در عقدی همانند اقاله عدم وجود مقتضی درج خيار شرط با لحاظ ماهیت اقاله، که اعاده وضع سابق بر عقد است و در آن، اقاله و خيار شرط توان ورود ندارد و از طرف دیگر اقاله اساساً معاوضه نبوده و از قلمروی خيار شرط خارج میشود. مضافاً به اینکه عدم جریان خيار شرط در اقاله از ملاک عدم امکان اعاده معدوم در ایقاعات نیز پیروی میکند، 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 يعود كما ان المعدوم لا يعود» میباشد. 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 پیشینی شده توسط شرع و قانون و صرفاً با تکیه بر اراده طرفین، حکم بر جواز اعمالی چون اقاله اقاله و درج خيار شرط در اقاله داد. در تمام نظامهای حقوقی، اراده طرفین باید با تکیه بر قالبهای مصرح، به دنبال ایجاد آثار حقوقی باشند و در همان قالبها نیز گاهاً اراده طرفین، محدود یا کنار گذاشته شده است؛ ماده ۴۶۵ قانون مدنی مصر بطلان عقد مشروط به شرط خيار را در همه عقود اعلام نموده است؛ همان گونه 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. بنابراین مبنای عدم جریان خیار شرط در اقاله، عدم امکان عقلی اعاده معدوم و عدم امکان فسخ فسخ است چراکه هر چند اقاله فی نفسه فسخ نیست؛ لکن نتیجه آن فسخ است.

۳-۳- جریان خیار شرط هبه، صرف، معاطات و صدقه

با ارائه ضابطه مشخص برای گستره جریان خیار شرط مبنی بر دخول آن در معاملات معوض، مشخص می‌شود خیار شرط در هبه، حتی هبه با شرط عوض جاری نمی‌شود و تعیین شرط عوض در هبه موجب تغییر ماهیت اصلی هبه که غیر معوض است، نمی‌گردد. دکتر لنگرودی هبه معوض را عقد نمیدانند و آن را دو تبرع که هر کدام در عوض دیگری هستند، معرفی میکند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۱۱۷). بنابراین مبنای عدم جریان خیار شرط در هبه خروج از معاملات معوض میباشد. مبنای عدم جریان خیار شرط در صدقه به علت دخول آن در عبادات و خروج آن از حوزه معاملات است. بیع صرف از عقود است که برخی فقها به علت اینکه غرض از تکلیف به قبض در بیع صرف توسط شارع، قطع امکان نزاع بوده، قائل بر عدم جریان خیار شرط در آن میباشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۹- ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۲۰- ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۲۴۴)، در حالی که شیخ انصاری تلازم بین اشتراط قبض و عدم اشتراط خیار را منتفی میداند (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۵۵). به نظر می‌آید تلازمی میان اشتراط قبض و عدم اشتراط خیار وجود ندارد، چراکه اشتراط قبض عوض در بیع صرف به علت ارزش موضوع معامله بوده، در حالی که قبض عوض فی المجلس، در برخی عقود و قبض در آینده در پاره‌ای دیگر از عقود، به عنوان شرط صحت عقد، فی نفسه تأثیری از حیث صحت یا عدم صحت اندراج خیار شرط در عقود عینی ندارد.

در خصوص معاطات گفته شده است که خیار شرط در آنها جریان ندارد چون معاطات تراضی عملی است، لذا چون شرط باید ضمن العقد باشد دخول شرط خیار در آن نامعقول است (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۵۵) در حالی که به نظر می‌آید در معاطات نیز شرط خیار میتواند جریان داشته باشد چه آنکه شرط صحت خیار شرط، درج ضمن عقد است و نه درج ضمن عقود کتبی و شفاهی، از طرف دیگر امروزه در بازار برای خرید برخی اجناس اعلان میشود مشتری تا یک هفته پس از خرید حق

عودت کالا را دارد که در واقع، ایجاب با شرط خيار به قبول خریدار معاطاتی میرسد که این یک نوع شرط خيار است؛ لذا در صورت فراهم آمدن سایر شروط، خيار شرط نیز در معاطات جاری خواهد شد.

۴-۳- جریان خيار شرط در صلح و رهن

در عقد صلح به عنوان یکی دیگر از عقود محل تردید، باید قائل به تفکیک شد؛ چه آنکه صلح معوض حتی صلح بر دین مشمول قاعده مندرج در ماده ۴۵۶ قانون مدنی خواهد بود و از طرف دیگر ماده ۷۶۰ قانون مدنی جریان خيارات در صلح را پذیرفته است، لکن در خصوص برخی مصادیق آن از جمله صلح در مقام تنازع، صلح مبنی بر تسامح و صلح مفید ابراء اختلاف نظر و تردید وجود دارد، چرا که فلسفه صلح در مقام تنازع رفع خصومت است و درج خيار شرط و عود خصومت مستلزم امر نامشروعی است، لذا شرط مخالف کتاب و سنت، مشمول بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی است. همچنین در صلح مبنی بر تسامح، خيار غبن جاری نبوده و مشمول ماده ۴۵۶ نیست؛ هر چند ماده ۷۶۱ قانون مدنی دخول خيار شرط در صلح مبنی بر تسامح و صلح در مقام تنازع را پذیرفته، لکن به نظر می‌آید نظر به تعارض ماده ۷۶۱ قانون مدنی با مواد ۲۳۲ و ۴۵۶ همان قانون و ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی باید به عموماً مندرج در ماده ۴۵۶ قانون مدنی و اصول حاکم بر آن عمل کرد؛ از طرف دیگر برابر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی که مؤخر بر قانون مدنی است گذشت از دعوی کیفری که اعم از صلح و غیر صلح است، باید منجز باشد و به گذشت مشروط و معلق ترتیب اثر داده نمیشود و حتی بر فرض عدم نسخ، خصوص صلح در مقام تنازع، باید قائل بر تخصیص حکم ماده ۷۶۱ قانون مدنی به وسیله ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی بود. در صلح مفید ابراء چون عقد صلح متضمن ایقاع است، از آنجایی که تصالح بر ابراء است و موجب اسقاط دین بر ذمه مدیون و براءت او میشود، لذا خيار شرط جاری نمیشود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ۱۶۷- محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۰۴). این تفسیر مورد قبول شیخ انصاری نیز واقع شده و دلیل آن عدم سببیت فسخ برای ابراء و آنچه مفید ابراء است، میباشد (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۵۴).

در خصوص جریان خيار شرط در عقد رهن و مخالفت شرط با استیثاق اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوقدانان جریان خيار شرط در آن را پذیرفته (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱۳۸) و برخی دیگر در خصوص ماهیت رهن معتقدند رهن تبرع خارج از حوزه عقود بوده و رهن شرطی و تبعی نیز به علت

آنکه خود ضمن عقد دیگری بوده، واجد وصف شرطی بوده که لزوماً نتیجه آن عدم امکان اشتراط خیار در رهن است (لنگرودی، ۱۳۹۵، ۴۷-۵۰). بنظر میآید خیار شرط در رهن جریان نمییابد، مبنای اتخاذ این دیدگاه سوای از خروج رهن از شمول معاوضات لازم، عدم دخول خیار شرط در تبرعات اعم از رهن تبرع و عدم صدق عنوان عقد بر رهن ضمن عقد دیگر میباشد.

۵-۳- جریان خیار شرط در ایقاعات

جریان خیار شرط در ایقاعات با لحاظ نظرات متأخرین از فقها، محل تردید است. برخی از فقها خصوصاً متقدمین را اعتقاد بر این است که برخلاف عقود، در ایقاعات احکام فصولی جاری نمیشود و بر این مسئله ادعای اجماع شده است (حکیم، ۱۳۹۱، ق، ۳۰۱- خویی، ۱۴۱۷، ق، ۵) و این به معنای جریان اثر ایقاع در لحظه اراده موقع است و عدم امکان تعلیق آن بر تنفیذ صاحب حق، فارغ از سایر ادله ارائه شده میتواند رابطه مستقیمی با عدم امکان درج خیار شرط در ایقاعات داشته باشد. پیرامون امکان جریان خیار شرط در ایقاعات اختلاف برخی فقها معتقدند (کاشف الغطاء، ۱۳۸۷، ق، ۶۰ و امام خمینی، ۱۳۹۰، ق، ۵۲۰) که خیار شرط در ایقاعاتی مانند طلاق، عتق و ابراء جریان نمییابد و صاحب جواهر عدم جریان خیار شرط را مختص مطلق ایقاعات می‌دانند (جواهرالکلام، ۱۳۶۲، ۶۴)، و برخی یکی از ادله عدم جریان خیار شرط در ایقاعات را اجماع می‌دانند (تبریزی، ۱۴۲۵، ق، ۱۵۰). در مقابل برخی از متأخرین جریان خیار در ایقاعات را مشمول عمومات دانسته و معتقدند بطلان خیار در ایقاع منوط به مخالفت و نه موافقت با شرع و کتاب است (همدانی، ۱۴۲، ۴۸۴). عده‌ای از حقوقدانان نیز معتقدند از آنجایی که خیار ناظر بر تخلف از تراضی طرفین و ایجاد ضرر ناروا میباشد و این موارد شامل ایقاعات نیست؛ لذا خیار شرط در ایقاعات جاری نمیشود (محمدی و عبدالکریمی، ۱۳۹۵، ۱۶۶). از طرف دیگر فسخ یعنی گسسته شدن یک قرارداد دو طرفه و باتوجه به یک طرفه بودن ایقاعات، خیار شرط در آن موضوعیت ندارد (امیرخانی و باقری، ۱۳۹۶، ۳۸). اجماع فقها دال بر عدم دخول خیار شرط در ایقاع، مطابق با تفسیر بعمل آمده در طلّیعه بحث از ماده ۴۵۶ قانون مدنی مبنی بر عدم تطابق معنای معاملات در این ماده با معنای خاص معامله میباشد. در این خصوص مرحوم شیخ انصاری بیان میدارند ظاهراً اختلافی در عدم جریان خیار شرط در ایقاعات نیست و علت آن را عدم دخول خیار شرط در ایقاعات بر مبنای خروج آن از عقد میدانند. البته شیخ انصاری سخن پاره‌ای از فقها (علامه حلی، ۱۴۱۹، ق، ۵۶۸- نجفی، ۱۳۶۲، ۶۴) مبنی بر اینکه شرط، قائم بر ایجاب و قبول

است را رد نموده و معتقدند آنچه از روایات استفاده میشود این است که شرط قائم به دو شخص است (عاملی، ۱۴۰۰ق، ۳۵۳) و نه دو ایجاب و قبول و شرط خدمت در عتق برای عبد را مثال نقض معرفی مینمایند. به نظر میرسد بر این کلام که موجب استدلال گروهی از حقوق دانان مبنی امکان درج شرط خیار در ایقاعات گردیده است ایراداتی وارد است. چرا که اولاً؛ تفسیر باید بر مدار اغلب باشد و غالب شروط محتاج قبولند و عدم نیاز به قبول توسط عبد مثال نادری است، ثانیاً؛ عتق به همراه شرط خدمت در زمان رقیت برده واقع میشود و رقیت در کنار سفه، جنون و ... از اسباب حجر بوده و قبول عبد با لحاظ حجر وی سالبه به انتفای موضوع است، ثالثاً؛ بعید نیست با توجه به اینکه مولا مالک برده است حین عتق به نیابت از عبد، قبول شرط خدمت هم کرده باشد و با توجه به حجر عبد این مسأله در آن مستتر است. بنابراین به نظر می‌آید شرط همانند آنچه مشهور از فقها بیان فرموده‌اند قائم بر ایجاب و قبول است و وجود تعهد بر ذمه شخص بدون قبول وی، خلاف قواعد است.

شیخ انصاری سوای از عدم صدق شرط در ایقاعات و انصراف شرط به عقود بر مبنای تعریف لغوی شرط از قاموس، به نامشروع بودن فسخ در ایقاعات استناد مینمایند و آن را دلیل محکمتری بر مدعا دانسته تا قوام شرط بر دو اراده؛ ایشان معتقدند زمانی که معلوم نباشد فسخ سبب ارتفاع ایقاع است یا عدم آن، بنابراین لزوم در ایقاعات همچون جواز در عقود جایز، حکم شرعی است (لزوم حکمی) در این صورت فسخ، به واسطه اشتراط تسلط بر آن در متن ایقاع، سبب ارتفاع ایقاع نخواهد شد. این دلایل سوای از اجماع فقها، مورد استناد شیخ انصاری مبنی عدم امکان شرط خیار در ایقاعات است. شیخ با ذکر این مقدمات نتیجه می‌گیرند که خیار شرط در عقدی که متضمن ایقاع میباشد نیز جریان نخواهد داشت؛ مانند صلح مفید ابراء و همانند آنچه در تحریر (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ۱۶۷) و جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۰۴) آمده است (شیخ انصاری، ۱۴۴۲ق، ۱۴۸-۱۴۹). مرحوم نایینی معتقدند از آنجایی که خیار، تسلط بر التزام است و در ایقاع هیچگونه التزامی از ناحیه ایقاع کننده وجود ندارد، امکان جعل خیار شرط در ایقاعات وجود ندارد (نایینی، ۱۳۷۶، ۵۵). و در مقابل برخی فقها معتقدند هیچ مانع عقلی در این خصوص وجود ندارد و در این حالت شخص موقع از التزام خود دست می‌کشد و وضعیت سابق برقرار می‌شود. برخی دیگر از فقها در تایید این نظر برآنند که حقیقت فسخ و رجوع به معنای موقعیت جدید مانند تملک جدید است؛ یعنی با رجوع از طلاق مجدداً زوجیت حاصل و با فسخ عتق، مجدداً رقیت و بردگی حاصل میگردد که به عنوان اعاده ما کان و امر موجود قبلی

است (اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۲۱۸). برخی دیگر از فقها، راه دیگری انتخاب نموده و معتقدند ایقاع واقع میشود، منتها شرط به علت تعلق حق غیر بر آن نافذ نیست، بنابراین ایقاع به صورت منجز واقع ولی مقرون به اشتراط خیاری که نیازمند قبول مشروط علیه است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ۳۱-۳۲). در این خصوص برخی از متأخرین معتقدند شرط قائم به دو شخص است و نه دو ایجاب و قبول؛ بنابراین ممکن است شرط با یک اراده انشایی ولی بین مشروط له و مشروط علیه محقق گردد. ایشان شهودی برای مدعای خویش از جمله شرط خدمت برای عبد در مدت معین در عتق و آزاد کردن بنده ذکر نموده اند و معتقدند برای تحقق شرط، لازم است ضمن التزام باشد و لزومی به درج ضمن التزام های متعدد (دو التزام) ندارد (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ۴۵۰ و ۴۵۱). بنابراین تحلیل در خصوص امکان درج خیار شرط در ایقاعات، ابتدائاً فرع بر تحلیل امکان درج مطلق شروط در ایقاعات و سپس در صورت ممکن بودن درج شرط در ایقاعات، امکان سنجی مخالفت یا موافقت خیار شرط با مقتضای انواع ایقاعات است.

نتیجه گیری

ماده ۴۵۶ قانون مدنی امکان جریان مطلق خیارات در معاملات لازم را پذیرفته که تفسیر از واژه معامله در این ماده، معاملات در معنای اخص شامل معاوضات مالی میباشد. بنابراین دخول خیار شرط در عقود همچون رهن، ضمان، هبه، برخی مصادیق صلح، معاطات، و ایقاعات محل تردید بوده به گونه‌ای که جریان یا عدم جریان خیار شرط در این موارد چه در آثار حقوقدانان و چه در کلام فقها محل اختلاف و تردید جدی است. هرچند ماده ۷۶۱ قانون مدنی جریان خیار شرط را در صلح مبنی بر تسامح یا در مورد تنازع پذیرفته است (که در این صورت اختصاص خیار شرط به معاوضات مالی با تردید مواجه میشود)، اما چه بسا بتوان از اطلاق آن دست شست؛ چه آنکه فلسفه تشریع صلح در مقام تنازع، رفع خصومت و نزاع است در حالی که اشتراط خیار برای عود خصومت با فلسفه صلح منافات دارد. از طرف دیگر برابر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی، شاکی میتواند نسبت به مشتکی عنه گذشت نموده و به گذشت مشروط و معلق ترتیب اثر داده نمیشود. گذشت مشروط را گذشت شاکی به همراه شرطی مبنی بر انجام عمل یا عدم انجام عمل تعریف کرده‌اند؛ بنابراین چنانچه گذشت از دعوی، مسبوق به عقد صلح باشد؛ یعنی صلح، در مقام تنازع باشد، امکان درج خیار شرط در آن وجود ندارد. از آنجایی که گذشت از جرایم کیفری میتواند نتیجه عقد صلح باشد و اعلام گذشت ایقاع خواهد

بود، لذا صلح متضمن ایقاع بوده و برابر ادله فقهی غیر قابل رجوع است. بنابراین میتوان قائل بر این شد، چنانچه میان طرفین، قبل از گذشت توافقاتی وجود داشته باشد، توافقات قبلی مشمول عقد صلح بوده و اعلام گذشت، نتیجه عقد صلح در مقام تنازع است.

قابل ذکر است عدم تفاوت میان حصول سازش و تحصیل گذشت شاکی از حیث نتیجه در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و صراحت ماده ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب اعلام گذشت شاکی در قصاص به صورت مجانی یا با مصالحه، حاکی از این نکته است که اعلام گذشت در دعاوی کیفری میتواند نتیجه مصالحه طرفین و عقد صلح باشد. لذا برابر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی صلح در مقام تنازع نمیتواند معلق یا مشروط اعم از شروط فعل و خيار باشد و این حاکی از نسخ یا تخصیص اطلاق ماده ۷۶۱ قانون مدنی است. در خصوص صلح مبتنی بر تسامح نیز با وجود عروض شرط خيار بر معاملات لازم جهت گریز از غبن، باید قائل بر عدم جریان خيار شرط در آن بود یا حکم مندرج در ماده ۷۶۱ را به عنوان قاعده خاص در برابر قاعده عام مندرج در ماده ۴۵۶ قانون مدنی دانست. معامله واژه عربی از ریشه «عمل» مصدر باب مفاعله و به معنای عمل طرفینی است، و در ادبیات فارسی به معنای با هم عمل کردن، کار کردن، تجارت و سوداگری و بده بستان و سود آمده است. به این صورت که مفاعله یکی از بابهای ثلاثی مزید و به معنای یکی با دیگری آن کند که او با وی کرده یا مشارکت متقابل دو شخص یا دو چیز در یک فعل است و معامله از لحاظ لغوی برابر با ابتیاع، تجارت، خرید و فروش و داد و ستد و سودا و برابر واژه پارسی سوداگری و داد و ستد آمده است. معاملات در سه معنا بکار رفته به این صورت که در معنای عام، در مقابل عبادات و در معنای خاص به عمل حقوقی نیازمند قصد انشاء اعم از عقد و ایقاع، گفته می‌شود و در معنای اخص به عملی گفته می‌شود که با لحاظ معنای عرفی، دارای چهره و رنگ اقتصادی باشد که شامل عقود مالی و معوض میباشد. با این اوصاف و نظر به اینکه اولاً؛ خيار، عارض بر عقد لازم است پس عقود جایز از محل بحث خارج و ماده ۴۵۶ منصرف از آن است، ثانیاً؛ از لحاظ لغوی و اصطلاحی شرط برای صحت، باید ضمن العقد یا مربوط به عقد باشد، بنابراین ایقاعات منصرف از معامله و معنای خاص آن در ماده ۴۵۶ بوده و از دایره آن خارج میگردند. چه آنکه سخن در باب شرط خيار است که باید ضمن العقد باشد، ثالثاً؛ با توجه به کلام شیخ انصاری مبنی اینکه شرط، غیر سبب شرعی (فسخ در ایقاعات) را سبب قرار نمیدهد، مشخص میشود معامله در ماده ۴۵۶ منصرف از معنای خاص آن یعنی

عقود و ایقاعات میباشد، رابعاً؛ با توجه به معنای لغوی و اصطلاحی معامله که مصدر باب مفاعله به معنای عمل طرفینی و در ماده ۴۵۶ معامله شامل عقود معوض مالی است، شمول معامله در ماده ۴۵۶ قانون مدنی بر عقود جایز، ایقاعات، عقود غیر معوض و غیر مالی ناصحیح است.

با تفاسیر فوق و با توجه به سوابق فقهی دال بر اختصاص خيار شرط به معاوضات لازم و فلسفه تشریع خيار شرط جهت اندیشیدن و گریز از غبن در معاملات، باید گفت مقصود از معاملات در ماده ۴۵۶ قانون مدنی، معاملات در معنای اخص شامل عقود مالی و مغایبهای میباشد، چه آنکه ماده ۴۵۶ قانون مدنی در مقام بیان حکم جواز وجود خيار در معاملات است و با توجه به خلاف اصل بودن خيار و فسخ، باید تفسیری مضیق از آن ارائه کرد. با توجه به اینکه خيار نتیجه جعل شارع است و سببی به جز جعل شارع ندارد نمیتوان با قیاس و ادله عقلی آن را به موارد دیگر تسری داد.

تفسیر ارائه شده از کلمه معاملات در ماده ۴۵۶ قانون مدنی، در تطابق با کلام شیخ انصاری مبنی بر عدم دخول خيار شرط در صلح در مقام تنازع، صلح مفید ابراء و متضمن ابراء و دخول خيار شرط در صلح معاوضی بر عین خارجی میباشد (مکاسب، همان ۱۴۶-۱۵۶). با ارائه این تعریف از معاملات و تطبیق معنای اصطلاحی و لغوی معاملات با ماده ۴۵۶ قانون مدنی، میتوان گفت از آنجایی که مبنا و شالوده اساسی معتقدین جریان خيار شرط در عقود، که همان تفسیر عام از واژه معاملات در ماده ۴۵۶ است، عمومیت آن دچار خدشه خواهد شد؛ چه آنکه دستاویز برخی حقوق دانان در جریان خيار شرط در موارد تردید و چه بسا مواردی که به اتفاق خيار شرط در آنها جریان ندارد از جمله نکاح و وقف؛ خود دایره شمول آن محدود و شامل معاوضات مالی خواهد شد. لذا با توجه به خلاف اصل بودن فسخ باید گفت خيار شرط مختص معاملات در معنای اخص است. با تعیین قلمرو خيار شرط که تاکنون منقح نگردیده بود و یکی از نوآوری‌های این مقاله است، میتوان به بررسی موارد تردید در معاملات مالی از جمله ضمان، صرف، هبه، صلح، رهن و سایر مواردی که خيار شرط در آنها جریان ندارد، پرداخت.

منابع

احدی، سیف الله؛ حائری یزدی، محمد حسن (۱۳۹۵). بازپژوهی ادله عدم جواز دخول خيار شرط در ایقاعات. آموزههای فقه مدنی. دوره ۱. شماره ۱۳ ص ۲۹-۵۲.

احمدزاده، رسول؛ مشایخی، زهرا (۱۳۹۸). تحلیل حقوقی گذشت مشروط و آثار آن. مجله حقوقی

- دادگستری. دوره ۸۳، شماره ۱۰۶ ص ۲۱-۴۴.
- اصفهانى، شيخ محمد حسين (۱۴۱۸ ق). حاشیه کتاب المكاسب. قم: المحقق.
- افسری، سالم (۱۳۹۲ ش). قواعد فقه شافعی. تهران: سمت.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴). حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
- امیرخانی، شکبیا؛ باقری، احمد (۱۳۹۶). امکان سنجی جریان اقاله در ایقاعات. فقه. دوره ۷، شماره ۳ ص ۳-۱۸.
- انصاری، مرتضی (۱۴۴۲ ق). مکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بحرانی، سید هاشم (۱۴۲۲ ق). غایه المرام. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.
- بهمن پوری، عبدالله؛ حائری، محمدحسن؛ فخلعی، محمدتقی (۱۳۹۶). نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح. فقه و اصول. دوره ۴۹، شماره ۳ ص ۹۵-۱۱۲.
- پیرهادی، محمد رضا؛ نظری، وحید (۱۳۹۸). ایقاع خیاری در فقه امامیه و حقوق موضوعه. پژوهش حقوق خصوصی. دوره ۸، شماره ۲۹ ص ۵۷-۸۲.
- تبریزی، جواد (۱۳۹۹ ق). ارشاد الطالب الی تعلیق علی المكاسب. قم: مطبعه مهر.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۷). تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۵). الفارق. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۳۹۱). مفتاح الکرامه. قم: انتشارات اسلامی.
- حلی، سید حمزه (۱۴۱۷ ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰ ق). سرائر. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق). تحریر الاحکام. قم: مؤسسه امام صادق.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم.
- خالقی، علی (۱۴۰۱). آیین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
- خمینی، روح الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق). مصباح الفقاهه. قم: مؤسسه انصاریان.
- روزبه، رضا (۱۳۹۷). بررسی خیار شرط در قانون مدنی و فقه امامیه. قانون یار. دوره ۲، شماره ۶ ص ۴۸۵-۵۰۰.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
- صادقی مقدم، محمد حسن؛ ساعت چی، علی؛ شعبانی کند سری، هادی (۱۳۹۴). جریان خیارات در اقاله. آموزه‌های فقه مدنی. دوره ۷، شماره ۱۲ ص ۳-۱۸.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۰). حاشیه المکاسب. قم: موسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۹۱ ق). مستمسک عروه الوثقی. قم: دارالتفسیر.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتب المرتضویه.
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۰۰ ق). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۷). حقوق تجارت. تهران: مجد.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۵ ق). القاموس المحیط. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱ ق). مفاتیح الشرایع. قم: مجمع الذخائر الاسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
- کاشانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۱۷ ق). بدایع الصنائع. قم: کتابخانه دیجیتال دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاشف الغطاء، مهدی (۱۳۸۷). مورد الانام فی شرح الشرایع الاسلام. قم: مؤسسه تبیان.
- کرکی، شیخ نورالدین علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل البیت.
- گلپاغانی، ماسوله؛ جبار، سید علی؛ فخلعی، محمدتقی؛ سلطانی، عباسعلی (۱۳۹۹). واکاوی تاریخی عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات با رویکرد به آراء انتقادی صاحب عروه. فقه و اصول. دوره ۵۲. شماره ۱۲۱ ص ۹۹-۱۲۲.
- گلپاغانی، ماسوله، سیدعلی؛ شعبان نژاد، علی (۱۴۰۴). نهاد مان قراردادی در بوتهی سیاست قانونگذاری؛ تعارض یا همگرایی. فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی. دوره ۲۱. شماره ۷۹ ص ۲۰۳-۲۲.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۸). نظریع عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ یزدانی، غلام رضا (۱۳۹۰). شرط خیار در عقد ضمان. آموزههای فقه مدنی. دوره ۳. شماره ۴ ص ۳-۲۴.
- محمد بن مکرم، ابن منظور (۱۳۶۳ ق). لسان العرب. قم: نشر ادب الحوزه.
- محمدی، سام؛ عبدالکریمی، هیوا (۱۳۹۵). بررسی جریان خیارات در ایقاعات. پژوهش حقوق خصوصی. دوره ۵. شماره ۱۷ ص ۱۵۹-۱۸۰.
- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ عمارتی، زهرا (۱۳۹۱). بررسی خیار شرط در عقد ازدواج از دیدگاه فقهی حقوقی با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره). پژوهشنامه متین. دوره ۱. شماره ۵۷ ص ۱-۱۸.
- نایینی، محمد حسن (۱۳۶۲). منیه الطالب. قم: انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نووی، یحیی بن شرف (۱۴۲۷ ق). المجموع. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

همدانی، آقا رضا (۱۴۲۰). مصباح الفقیه. قم: مؤسسه جعفریه لاحیاء التراث.

