

# فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی  
سال یازدهم، شماره بیست و یکم (بهار و تابستان ۱۴۰۳)



صاحب امتیاز:

مرکز فقهی ائمه اطهار

مدیر مسئول:

آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سر دبیر:

علی نهبانندی

دبیر تحریریه:

محمد رضا محمودی

دبیر اجرایی:

مهدی مقدادی داودی

ویراستار:

محمد علی اکبری

مترجم انگلیسی:

علی رشیدآبادی

مترجم عربی:

حبیب ساعدی

طراح:

حمیدرضا پورحسین

صفحه آرا:

محسن شریفی

هیئت تحریریه به ترتیب حروف الفبا

- جعفر بستان (نجفی) (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- سید جواد حسینی گرگانی (استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و مدرس دانشگاه)

- محمدجعفر طیبی (مدرس دانشگاه و استاد حوزه علمیه قم)

- سید علی علوی قزوینی (دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی)

- محمدجواد فاضل لنکرانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- محمدرضا فاضل کاشانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- محمد قائینی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- سید محمد نجفی یزدی (استادیار جامعة المصطفی العالمیه)

- علی نهبانندی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

- سعید واعظی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

دوفصلنامه فقه و اجتهاد بر اساس نامه شماره ۱۲۱۲۳  
شورای اعطای مجوزها و امتیازهای شورای عالی حوزه‌های  
علمیه در جلسه مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ از شماره دهم به رتبه  
علمی - پژوهشی ارتقا یافته است.

نمایه شده در پایگاه‌های:

Magiran (بانک اطلاعات نشریات کشور)

Noormags (پایگاه مجلات تخصصی نور)

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار

معاونت پژوهش، دفتر فصلنامه فقه و اجتهاد

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴

دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

سامانه فصلنامه: www.mags.markafeqhi.com

پست الکترونیکی: mags@markazfeqhi.com

قیمت: ۴۰۰۰۰۰ ریال

## A Critical Look at the Theory of Applying the Option of Condition in the Mortgage Contract

*Mohammad Rasoul Ahangaran*<sup>1</sup>

*Farzaneh Karami*<sup>2</sup>

*Mahdi Miri*<sup>3</sup>

*Ahmad Saberi Majd*<sup>4</sup>

### Abstract

The option condition (Khiyare Shart) is a type of right to terminate a binding contract for a specified period, which is formed based on the consent and will of one or both parties or a third party, as stipulated in Article 396 of the Civil Code. The application of the option condition is valid in many contracts, and most Imami jurists have accepted the permissibility of including the option condition in the mortgage contract. The Iranian Civil Code does not explicitly mention the possibility of including the option condition in the mortgage contract. However, based on Article 456 of the Civil Code, which refers to the application of the option condition in all contracts and only considers the three options of (Majles), animal, and delay in price (takhire Saman) as exclusive to sale, one can discover the positive view and response of the legislator to this issue. The outcome of the present study, which has been organized using a descriptive-analytical method, is that based on reasons such as the lack of legitimacy of the option condition in the mortgage contract, its contradiction with the nature of the mortgage contract, its contradiction with the imperative rule (Qanune Amereh), and the practice of rational people (Sireh 'oqala) not to include the option

1. Full Professor at University of Tehran, Corresponding author; ahangaran@ut.ac.ir

2. PhD student in Private Law at Razavi Islamic Sciences University; farzanemi@gmail.com

3. PhD student in Private Law at Razavi Islamic Sciences University; mirimahdi276@gmail.com

4. PhD student in Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at University of Tehran (Farabi Campus); ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

condition in the mortgage contract, one can rule that the application of the option condition in the mortgage contract is invalid.

**Keywords:** Option Condition, Mortgage Contract, Mortgage Guarantee, Nature of Contract, Cancellation in Mortgage.



# فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی

سال یازدهم، شماره بیستم و یکم (بهار و تابستان ۱۴۰۳)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۸

## نگاهی انتقادی به نظریه جریان خيار شرط در عقد رهن

محمد رسول آهنگران<sup>۱</sup>

فرزانه کرمی<sup>۲</sup>

مهدی میری<sup>۳</sup>

احمد صابری مجد<sup>۴</sup>

### چکیده

خيار شرط نوعی حق فسخ عقد لازم برای مدت معین است که بر اساس تراضی و توافق اراده یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث به وجود می‌آید که در ماده ۳۹۶ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است. جریان خيار شرط در بسیاری از عقود صحیح است و اکثر فقهای امامیه به جواز جعل خيار شرط در عقد رهن قائل شده‌اند. قانون مدنی ایران نسبت به امکان درج خيار شرط در عقد رهن تصریحی ندارد، ولی با تمسک به ماده مقرر ۴۵۶ قانون مدنی که به جریان خيار شرط در تمام عقود اشاره نموده و صرفاً سه خيار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن را مختص بیع می‌داند که می‌توان نگرش و پاسخ مثبت قانون‌گذار به این مسئله را کشف نمود. برآیند جستار حاضر که با روش توصیفی تحلیلی سامان‌یافته، چنین است که با تکیه بر دلایلی همانند عدم مشروعیت خيار شرط در عقد رهن و خلاف مقتضای ذات عقد بودن خيار شرط و خلاف قاعده آمره بودن آن و همچنین جریان سیره عقلا بر عدم اندراج خيار در عقد رهن، می‌توان به عدم صحت جریان خيار شرط در عقد رهن، حکم داد.

**کلیدواژگان:** خيار شرط، عقد رهن، توثیق رهن، مقتضای ذات عقد، اقاله در رهن.

۱. استاد تمام دانشگاه تهران، نویسنده مسئول؛ ahangaran@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ farzanemi@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ mirimahdi276@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی)؛

ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

## مقدمه

خیار شرط نوعی از حق شمرده می‌شود که مبتنی بر رضایت و ارادهٔ هریک از طرفین معامله بوده و در قالب شرط ضمن عقد لازم، محقق می‌گردد و عقد را متزلزل می‌نماید. برابر ماده ۳۹۹ قانون مدنی خیار شرط یکی از خیاراتی است که ممکن است در بیع شرط شود. این شرط برای مدتی اختیار برهم‌زدن عقد را به مشروط له می‌دهد. در این گونه شرط، هر یک از متعاملین می‌توانند بر خلاف میل و رضایت طرف دیگر عقد را منحل سازند. نسبت به درج خیار شرط در عقد بیع تفاوت نظری میان فقهای امامیه وجود ندارد، اما نسبت به جریان آن در همه عقود تفاوت دیدگاه وجود دارد.

عقد رهن یکی از عقود است که جریان خیار شرط در آن محل دقت نظر میان فقهای امامیه است. دیدگاه فقهای امامیه مبتنی بر دو نظرگاه است که برخی از آنها قائل به عدم ثبوت خیار شرط در عقد رهن و در مقابل برخی دیگر از فقها بر این باورند که چنین خیاری در عقد رهن ثابت نمی‌گردد. قانون مدنی ایران نسبت به جواز و عدم جواز درج خیار شرط در عقد رهن تصریحی ندارد، بلکه در ماده ۴۵۶، جریان تمام خیارات در تمام عقود را پذیرفته و صرفاً سه خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن را به طور استثنائی مختص بیع می‌داند. اطلاق ماده مزبور نشان می‌دهد که قانون مدنی با تبعیت از دیدگاه مشهور فقها جریان تمام خیارات در تمام عقود لازمه از جمله عقد رهن را جایز می‌داند؛ بنابراین مطابق مادهٔ مزبور جریان خیار شرط در عقد رهن مانعی ندارد.

جریان خیار شرط در عقد رهن به‌عنوان مسئله‌ای چالشی که در قراردادهای متداول امروزی مصادیق مورد ابتلا دارد، قابل مطالعه و ارزیابی است. محل دقیق این بحث در جریان خیار شرط از ناحیه رهن است؛ چرا که عقد رهن از سوی مرتهن جایز بوده و او هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را فسخ کند و جعل خیار از سوی او تحصیل حاصل می‌باشد. برای مسئله مطرح شده مثال‌های نوپدید فراوانی قابل طرح است همانند اینکه شخصی ۱۰ میلیون تومان از شخصی دیگر یک ساله قرض می‌گیرد و می‌گوید این خانه را به‌عنوان پشتوانه قرضی که از شما گرفتم به رهن

می‌گذارم به شرطی که اگر تا دو ماه خواستم بتوانم خانه را پس بگیرم، آیا در صورتی که مرتهن قبول کند این رهن صحیح است یا خیر؟ در خصوص مسئله مورد بحث، از آنجاکه شأن پژوهش‌های علمی پژوهشی، تئوری‌پردازی و ژرف‌اندیشی به مسائل نظری و پرداختن به شکاف دانشی است، لذا جستار حاضر به بررسی مدقانه مسئله پرداخته است و در این راستا نیز با عمق‌بخشی به آن و باتکیه بر خواستگاه فقهی این مسئله، برای دست‌یابی به دیدگاهی شایسته دو نگرش در جریان و عدم جریان خيار شرط در عقد رهن را با توجه به ادله این باب مورد ارزیابی قرار داده است.

در مسئله مورد پژوهش کتابی تحت عنوان «بررسی خيار شرط در معاملات از منظر فقه و حقوق» توسط بهمن‌پوری نگاشته شده که عمده بحث این کتاب در مورد خيار شرط و ادله مربوط به آن است و در بخشی از آن به مبحث رهن اشاره شده است. همچنین محقق داماد، در کتاب «شروط و التزامات در حقوق اسلامی» مباحث مربوط به خيار شرط را مطرح کرده است و در مبحثی تحت عنوان «موارد امتناع خيار شرط به علت عارضی» به‌طور مختصر بحث رهن را ایضاً ذکر کرده است. در کتابی دیگر کریمی و توکلی مباحث خيار را در کتابی با عنوان «احکام خيار شرط» گردآوری کرده‌اند. این کتاب بیشتر ناظر به مباحث مطرح شده حقوقی در ذیل ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران است و به بحث جریان خيار شرط در عقد رهن صرفاً اشاره شده است. مقالاتی نیز در موضوع خيار شرط نوشته شده است که نخستین آن مقاله‌ای با عنوان «بررسی فقهی حقوق مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود» نوشته کرمی و دادمرزی است که نویسندگان به بررسی مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود پرداخته و به ترتیب جریان خيار شرط را در عقد ضمان، رهن، نکاح و اجاره بر اساس دیدگاه فقهی و قوانین حقوقی مورد بررسی قرار می‌دهند. مبحث رهن و احکام آن در این مقاله به‌طور مختصر به آن پرداخته شده است که تمام زوایای بحث را توضیح نداده است. باقری اصلی نیز در پژوهشی با عنوان «جریان خيار در عقود جایز» به بحث خيار در عقود جایز می‌پردازد و ادله آن را مورد بررسی قرار داده، ولی مبحث رهن را مطرح نکرده

است. عزیزی و عسگری نیز در مقاله‌ای با عنوان «خیار شرط از دیدگاه شیخ انصاری و تطبیق بر حقوق مدنی ایران» بیشتر به مبانی خیار شرط پرداخته‌اند و مواردی را از قبیل گستره زمانی خیار شرط و شرط آن برای اجنبی مورد بررسی قرار می‌دهند. آنچه که جستار حاضر را از دیگر پژوهش‌های بیان شده متمایز می‌سازد این است که به طور مستوفی به بررسی و ارزیابی جریان خیار شرط در عقد رهن پرداخته و دیدگاه‌های رقیب را با توجه به ادله مطرح شده در این باب، مورد نقد و ارزیابی قرار داده تا به نظریه شایسته دست یابد. از این روی ژرف‌اندیشی در این مبحث و بیان دو دیدگاه مطرح شده در میان فقها و بررسی کامل مبانی هر یک از آنها موجب شده است که پژوهش حاضر در تحلیل و دستیابی و گزینش نظریه در جریان خیار شرط در عقد رهن با پژوهش‌های پیشین متفاوت باشد. این جستار در بخش نخست به تبیین مفهوم‌شناسی ماهیت عقد رهن پرداخته و سپس قلمروی خیار شرط را روشن می‌سازد. در بخش سوم دیدگاه‌های فقهای امامیه را مورد کنکاش قرار داده و امکان جریان خیار شرط در عقد رهن مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این بخش ادله و مبانی دو نظریه ثبوت و عدم ثبوت خیار شرط در عقد رهن بررسی و مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد.

## ۱. مفهوم‌شناسی ماهیت عقد رهن

رهن در لغت به معانی متعددی آمده است: از جمله به معنای ثبات و دوام می‌باشد. (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۲۵۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳، صص ۱۹۰ - ۱۸۹؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۲۵۰) بر اساس این معناست که گفته می‌شود: نعمت راهنه یعنی نعمتی که دائم و ثابت است. همچنین گاهی رهن به معنای حبس می‌آید؛ همان‌طور که آیه شریفه بیان می‌دارد: برای وثیقه دین گروی گرفته شود (بقره / ۲۸۳) که در این آیه شریفه کلمه رهن به معنای حبس و نگه داشتن می‌باشد. شهید ثانی برداشت معنای رهن شرعی را از معنای حبس مناسب‌تر دانسته به خاطر اینکه اقتضای عقد رهن، حبس عین مرهونه تا زمان استیفای کامل دین می‌باشد.

مشهور فقهای امامیه رهن را به «هو وثیقة لدین المرتهن» (یعنی اخذ گرو برای

طلب مرتهن) تعریف نموده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۶۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۸؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۴؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۲۱۸). برخی دیگر در تعریف رهن بیان داشته‌اند: رهن اسمی است برای جایی که مالی به‌عنوان وثیقه در نزد طلبکار گرو گذاشته می‌شود تا در صورتی که نتواند طلب خود را در سر رسید مقرر از مدیون بگیرد، طلب خود را از محل فروش مال وثیقه یعنی ثمن آن استیفاء نماید. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۹۶) برخی دیگر نیز دادن عین به‌عنوان وثیقه و گرو در مقابل دین را رهن می‌نامند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۷۵).

قانون مدنی ایران در ماده ۷۷۱ خود با تبعیت از نظر مشهور فقها، در تعریف عقد رهن مقرر بیان می‌دارد: «رهن، عقدی است که به‌موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را رهن و رهن گیرنده را مرتهن می‌گویند.»

البته لازم به ذکر است که برخی از حقوق دانان - به‌خاطر اینکه تعریف مذکور شامل جایی که اخذ وثیقه ممکن است اتلاف مال باشد نه عقد و همچنین قرار دادن رهن ممکن است از ناحیه شخص ثالث باشد نمی‌شود - تعریف دیگری را برای عقد رهن بیان داشته‌اند: «رهن عقدی است که به‌موجب آن، مدیون یا ثالث، مال موجود در خارج (اعم از منقول یا غیر منقول) را به‌عنوان وثیقه به بستانکار اعطا می‌نماید تا اگر مدیون در ادای دین خود در سر رسید مقرر متعذر گردید، از محل فروش آن طلب بستانکار پرداخت شود». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۰۷۱).

در رابطه با توثیقی بودن عقد رهن صاحب ریاض نیز در تعریف وثیقه بیان می‌دارد: «وثیقه بر وزن فعيله که به معنای مفعول می‌باشد چیزی است که به‌خاطر دین موجب اطمینان بستانکار می‌گردد.» (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۱۸۷). صاحب جواهر نیز وثیقه را مالی می‌دانند که در صورت عدم پرداخت دین، از خود وثیقه استیفاء دین صورت گیرد نه اینکه به‌خاطر حبس مال وثیقه از چیز دیگری استیفاء دین صورت گیرد؛ اگر چه مورد وثیقه، مالی باشد که صلاحیت استیفاء نداشته باشد مثل عین موقوفه (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۹۵).

توثیقی بودن عقد رهن به این معناست که در اثر انعقاد عقد مذکور بستانکار



نسبت به پرداخت طلب خود از اطمینان خاطر و آرامش بیشتری برخوردار می‌گردد. اما توثیق در عقد رهن توثیق یا وثیقه عینی بوده و در مقابل عقد ضمان که وثیقه شخصی می‌باشد قرار می‌گیرد. (باریکلو، ۱۳۸۸، ج ۲، صص ۱۸۵ - ۱۸۶). مراد از توثیق یا وثیقه شخصی ذمه شخصی به ذمه بدهکار اصلی ضمیمه گشته و بدین وسیله آن را تضمین می‌نماید و امکان دارد که ناشی از عقد ضمان، کفالت یا حواله باشد. در مقابل آن وثیقه عینی طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق عینی داشته و دارای حق تقدم و تعقیب نیز می‌باشد. (بیات و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۴۸۵)

## ۲. قلمرو خیار شرط

قبل از شناخت و بررسی نظرات فقها و حقوق دانان در این موضوع، لازم است که قلمرو خیار شرط را مشخص نماییم. به تعبیر دیگر اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است یا اصل عدم آن است؟ ثمره بحث از این موضوع این است که در صورت ثبوت جواز اشتراط خیار به عنوان اصل در مسئله، مانع جریان خیار شرط در عقد رهن باید بر مدعای خود دلیل اقامه کنند و در صورت عدم اقناع از دلایل ایشان با رجوع به اصل حکم به صحت اشتراط خیار در عقد رهن می‌شود و در نقطه مقابل در صورتی که به این نتیجه برسیم که اشتراط خیار بر خلاف قاعده است و جریان آن نیاز به دلیل دارد حکم می‌کنیم که اصل عدم جریان خیار شرط در عقد رهن است مگر اینکه دلیل قطعی یا ظنی معتبر بر جریان آن اقامه گردد (بهمن‌پوری، ۱۳۹۲، ص ۲۲). در نهایت اگر با دلایل طرفین نتیجه‌ای به دست نیامد با رجوع به اصل، حکم قضیه به دست خواهد آمد.

ظاهر مطلب نشانگر آن است که در گذشته فقها تفاوت نظری در عدم اختصاص خیار شرط به بیع نداشته و معتقد بوده‌اند که در هر معامله لازمی قابلیت درج خیار شرط وجود دارد مگر در جایی که دلیلی بر عدم جریان خیار شرط در آن مورد وجود داشته باشد مثل عقد نکاح. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۳؛ همان، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۷۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۴۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۶۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۴۷؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۳۲۹؛ خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۶۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۲،

ص ۱۰۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۷۰) برخی دیگر از فقها با اینکه جایز بودن شرط خیار در عقود را به عنوان یک اصل می پذیرند؛ ولی اثبات آن با ادله شروط را صحیح ندانسته؛ به این جهت که ادله شروط را مشروع ندانسته و معتقدند که پیش شرط دلالت این ادله بر وجود عمل به یک شرط، زمانی است که صحت آن شرط ثابت گردیده باشد. (قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳) قدامی از فقها نیز جواز شرط خیار در عقود را امری مسلم می دانند؛ به عنوان مثال قاضی ابن براج در المهدب تک تک قراردادهایی که امکان درج خیار شرط در آنها وجود دارد را احصاء نموده و وجود یا عدم خیار در آن را بررسی می نماید و مواردی که امکان درج خیار در آنها نیست را با ذکر دلیل خارج می کند. (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۵۳)

با این وجود برخی از فقها معتقدند که اصل عدم جواز درج شرط خیار در عقود است. در تشریح این دیدگاه گفته شده: «مقتضای اصل صحیح نبودن درج خیار شرط در عقود و ایقاعات است، مگر در معاملاتی که مشروعیت فسخ آن ها محرز شود؛ بنابراین در هر موردی که مشروعیت فسخ احراز شود، شرط خیار در انشای معامله، امکان پذیر است ولی تمسک به اطلاق ادله شروط برای اثبات مشروعیت آن صحیح نیست؛ چرا که ادله شروط، مشروع نبوده و صرفاً نقش آن ها واجب نمودن عمل به شرطی است که قبلاً مشروعیت آن ثابت گردیده است» (سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۱۷۷؛ همچنین: قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳). به نظر می رسد که اصل جواز جریان خیار شرط در هر عقدی صحیح می باشد و دو ادعای اخیر، یعنی ادعای اصالة عدم جواز جریان خیار شرط در عقود و عدم جواز تمسک به ادله شروط نیز مردود است.

بطلان ادعای عدم تمسک به ادله شروط به جهت تصحیح خیار شرط به این جهت است که روایت «المؤمنون عند شروطهم» دارای یک استثناست و آن جمله «الّا شرط حرم حلالاً أو حلال حراماً». توجه به بند اخیر این روایت نشان می دهد که اگر صرفاً بند نخست یعنی «المؤمنون» فقط مورد توجه قرار گیرد مفاد روایت این می شود که مؤمنان باید به شروط صحیح خود پایبند باشند و این یعنی ذیل روایت بعد از استثنا لغو می باشد؛ لذا باید اصل صحت در شروط را در روایت مفروض گرفت تا لغویت لازم نیاید. گویا چنین گفته شده که اصل در شروط صحت است. پس بر مؤمنان واجب است به شروط خود ملتزم باشند مگر نسبت به شروطی که

حلالی را حرام یا حرامی را حلال می‌کنند. (یزدانی، ۱۳۹۸، صص ۱۲۹ - ۱۳۰)

نسبت به بطلان ادعای اصل عدم جواز جعل خیار در عقود نیز باید گفت اولاً: با وجود عموماتی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده / ۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۲) ادعای عدم جواز ادعایی مردود است چرا که اطلاق این عمومات اقتضا می‌کند که در صورت جعل خیار در عقود وفا و التزام به آن الزامی می‌باشد.

ثانیاً: سیره عقلا دلالت دارد بر اینکه عقد از تمام جهات تحت اراده ایجاد کننده عقد است؛ لذا همان‌طور که در ایجاد و انعقاد عقد او را آزاد و دارای اختیار تام دانسته و به او اذن می‌دهد تا به هر نحو که خواست اراده‌اش را اعمال نماید، در ادامه حیات حقوقی عقد و تعیین حد و مرز فروعات و توابع آن نیز او را مختار دانسته و به اراده‌اش احترام می‌گذارد. البته عرف این اختیار کامل در تعیین حد و مرز عقد را تا جایی معتبر می‌داند که محدودیت از جانب شرع یا عرف یا عقل نرسیده باشد. بلکه حتی می‌توان شرط خیار را از جمله شئون اراده مطلق و تام ایجادکننده عقد دانست؛ زیرا این اراده اقتضا می‌کند اگر در عقد شرط خیاری مطابق میل و اراده و دلخواه ایجاد کننده عقد صورت گرفت، صحیح باشد. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷) علی‌رغم پذیرش اصل جواز جعل خیار شرط در عقود باید این نکته را افزود که جریان این اصل در عقد رهن با موانعی جدی روبرو می‌باشد که در ادامه به آن تفصیلاً پرداخته می‌شود.

### ۳. دیدگاه فقها در امکان جریان خیار شرط در عقد رهن

بررسی در کلام فقها دو نگرش را در مورد جریان خیار شرط در عقد رهن نشان می‌دهد:

#### ۳-۱. نظریه عدم ثبوت خیار شرط در عقد رهن

در مقابل دیدگاه مشهور فقهای امامیه عده‌ای از فقها اعتقاد به عدم جریان خیار شرط در عقد رهن داشته و آن را مورد اشکال می‌دانند. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۹؛ ابن برآج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۵۴؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۴۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۹۳؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۴؛ رشتی، ۱۴۰۷، ص ۳۸۴؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۸۹؛

اراکي، ۱۴۱۴، ص ۱۷۱؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۶؛ قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۷، ص ۱۷۰؛ قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۴) این دسته از فقها برای اثبات نظریه خود دلایلی ذکر کرده‌اند:

### ۳- ۱- ۱. شرط خیار بر خلاف مقتضای عقد رهن (وثیقه بودن)

مقتضای عقد به اثر اساسی عقد مزبور و یا مراد و مقصود مسلم متعاقدين اطلاق می‌شود. مقتضای عقد چیزی است که ایجاد آن با اراده متعاقدين یا جعل شارع و تصویب قانون‌گذار و یا داوری عرف می‌باشد و از عقد قابلیت انفکاک ندارد. (علی آبادی، ۱۳۸۲، ص ۲۶) برخی از فقها در تبیین مقتضای ذات عقد تعابیر متعددی دارند؛ مانند اینکه صاحب عناوین در تبیین مقتضای ذات عقد بیان می‌دارد «مراد از مقتضای ذات عقد این است که صحت و ماهیت عقد به وسیله آن محقق گردد و با انتفاء آن ماهیت عقد از بین رود و ممکن است به سبب از بین رفتن ارکان داخلی یا لوازم یا آثار خارجی آن باشد». (حسینی مراغی، عناوین، ج ۲، ص ۲۴۸) یا میرزای نائینی معتقد است: «آنچه که عقد با ذات خود اقتضاء دارد، به این معناست که سلب آن مقتضی از عقد مساوق نفی یا ابطالش است». (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۱۱) یا ملا احمد نراقی بیان می‌دارد: «مقتضی ذات عقد این است که به‌خودی‌خود به جعل از جانب شارع نیازمند نیست، بلکه بر آن مترتب است و به این معناست که هر چیزی است که عقد بدون آن محقق نمی‌شود، به‌گونه‌ای که اگر آن مقتضی برداشته شود، از نظر لغوی، عرفی و شرعی، عقد منتفی شده است». (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۱)

چکیده تمام این تعاریف نشان می‌دهد که مقتضای ذات عقد (چه جزء ارکان داخلی عقد باشد و چه لوازم و آثار خارجی آن) چنان تلازم و وابستگی به مفهوم و ماهیت عقد دارد که در صورت نفی وجود آن به وسیله شرطی، دیگر وجود عقد نه از لحاظ شرعی و نه جهات دیگر هیچ توجیهی نخواهد داشت. به تعبیر دیگر تحقق و صحت عقد با وجود مقتضای ذات مفهوم می‌یابد و در صورت فقدان آن، ماهیت عقد مفهومی ندارد. با عنایت به تعاریف فوق اقسام مقتضای ذات عقد را به سه صورت می‌توان تصویر نمود:

۱. صورت نخست در جایی است که امری توسط شرع یا قانون جزء مقتضای

عقد شمرده شود لذا این حکم قانون و شرع، قاعده‌ای آمره است که شرط منافی با

آن فاسد و مفسد عقد می‌باشد، مانند شرطیت قبض در صحت عقود عینی مثل عقد رهن که شرط عدم قبض عین مرهونه فاسد و مفسد است یا عبادی بودن عقد نکاح که شرط خیار در آن با عبادی بودن عقد مزبور منافات دارد.

۲. صورت دوم در جایی است که مقتضای ذات عقد جزئی از ماهیت عقد یا به تعبیر دیگر ارکان داخلی عقد اعم از عمومی یا اختصاصی باشد که در این صورت شرط منافی این ماهیت ذاتی یا مفاد اصلی عقد فاسد و مفسد می‌باشد. مانند اینکه رکن اصلی و ذاتی در عقد بیع تملیک عین مالی (مبیع) در برابر عوض معلوم (ثمن) و لذا شرط عدم تملیک عین فاسد و مفسد عقد می‌باشد.

۳. صورت سوم نیز در جایی است که مقتضای ذات عقد جزء ماهیت ذاتی عقد نمی‌باشد، ولی علی‌رغم اینکه جزء ماهیت عقد نیست اما جزء لوازم و آثار خارجی ضروری برای عقد است. به تعبیری دیگر می‌توان اعتقاد داشت جریان شرط، منافی با هدف نهایی و غایی عقد مورد نظر می‌باشد. مثل تعهد بایع به تسلیم مبیع در عقد بیع که جزء ارکان ذاتی عقد نیست، بلکه امری خارج از عقد است، ولی جزء ضروریات و لوازم ضروری خارج از عقد به شمار می‌آید و شرط منافی این تعهد مخالف مقتضای ذات عقد بوده و فاسد و مفسد عقد است.

سوال قابل طرح دیگر این است که مقتضای ذات عقد رهن چیست؟ با عنایت به تحلیل فوق از مفهوم مقتضای ذات عقد به بررسی مقتضای عقد رهن و منافات شرط خیار با این اقتضای ذاتی می‌پردازیم: مقتضای ذاتی عقد در عقد رهن را می‌توان این‌گونه تقریر نمود که مفهوم وثیقه و توثیق در عقد رهن جزئی از عناصر ذاتی عقد رهن بوده و قسمتی از ماهیت و مفاد اصلی و ذاتی عقد رهن را تشکیل می‌دهد و لذا جریان خیار شرط در چنین عقدی با مفهوم توثیق در عقد رهن به عنوان یک عنصر حیاتی در عقد مزبور منافات دارد. در توضیح توثیق به عنوان ماهیت و عنصر اصلی عقد رهن باید اضافه کرد: هدف و غایت و مقصود اصلی متعاقدين از عقد رهن اطمینان و وثوق مرتهن از رسیدن و تحصیل طلب می‌باشد؛ یعنی در صورت عدم تحصیل طلب در موعد مقرر از محل فروش مال مرهونه طلبش را تحصیل نماید. حال وجود خیار شرط در تضاد محض با این مقصود و

مفاد اصلی عقد می‌باشد؛ چرا که اگر واقعا مفهوم توثیق از عقد رهن گرفته شود دیگر فلسفه وجودی ماهیت عقد رهن هیچ وجهی نخواهد داشت؛ زیرا دیگر انعقاد عقد رهن مفید فایده نبوده و موجب ایجاد اطمینان متقابل میان راهن و مرتهن نخواهد شد؛ لذا شرط خيار فاسد و مفسد می‌باشد.

به تعبیر روشن‌تر می‌توان گفت تنافی جریان خيار شرط با مفهوم ذاتی آن به‌گونه‌ای است که در درون شرط تضادی با عقد نهفته است که مانع تحقق عقد می‌گردد و اساساً مانعی در مسیر فعلیت پیدا کردن عقد مزبور می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۷۳). از سوی دیگر با عنایت به اینکه در برخی از موارد وجود خيار شرط با وجود قاعده‌ای آمره از سوی شارع در تضاد است نیز وجود خيار را با اشکال مواجه می‌سازد همان‌طور که یکی از اساتید حقوقی به خوبی به این مسئله اشاره نموده است که با توجه به اینکه لزوم عقد رهن از سوی راهن لزومی حکمی می‌باشد، یعنی نوعی قاعده آمره است و خيار شرط، شرطی خلاف قاعده آمره است چرا که لزوم عقد از سوی راهن را نفی می‌کند لذا شرطی باطل است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۸۸ - ۸۹).

با توجه به اینکه رهن، وثیقه دین است، بنابراین خيار، منافی اصل گرفتن وثیقه و اطمینان بخشی که ناشی از گرفتن وثیقه می‌باشد. (عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۵۶۹) به سخن دیگر حقیقت رهن، وثیقه گرفتن و هدف آن حصول اطمینان برای مرتهن در برابر طلب خود از راهن است که بتواند هر زمان که خواست از مال وثیقه طلب خود را استیفاء نماید که با جعل خيار توسط راهن این وثاقت و گروگرفتن از بین می‌رود. به همین جهت است که رهن پرنده در هوا و ماهی در آب جایز نیست چرا که اختیار مال وثیقه در اختیار مرتهن نیست. نمی‌شود که شخصی چیزی را در وثیقه کسی قرار دهد در حالی که صاحب اختیار کامل مال یا موضوع رهن نیز باشد؛ چون در این صورت معنا و حقیقت رهن که گرویی است تحقق پیدا نمی‌کند. (اراکي، ۱۴۱۴، ص ۱۷۱؛ رشتی، ۱۴۰۷، ص ۳۸۴)

### ۳ - ۱ - ۲. تمسک به بنای عقلا

یکی از روش‌های اثبات مسائل مستحدثه استفاده از بنای عقلاست. از این دلیل به سه روش بنای عقلا در زمان معصوم علیه السلام، بنای عقلا در عصر حاضر استفاده و بنای

عقلا مبتنی بر آرای محمودیه بررسی خواهد شد. مبنای حجیت در بنای عقلا در زمان معصوم علیه السلام، این است که اگر مانعی برای ردع شارع از بنا وجود نداشته باشد، عدم ردع شارع نشان‌دهنده تأیید شارع است و حتی اگر مانعی برای ردع وجود داشته باشد، نفس جریان سیره عقلایی در امور شرعیه در استکشاف عدم ردع شارع کافی است (مظفر، ۱۳۹۳، ص ۵۱۴). حال بر اساس مبنای فوق این سؤال مطرح می‌شود که عقلا مال مرهونه را به چه دلیل اخذ می‌کنند؟ مگر دلیلی غیر از وثاقت وجود دارد؟ یعنی با توجه به سیره عقلا در می‌یابیم که در زمان حاضر وثاقت در ذات عقد رهن نهفته است و تنها دلیل انعقاد عقد رهن وثاقت است لذا شرط بر خلاف وثاقت، شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد است که باطل و مبطل است.

### ۳- ۱- ۳. عدم ورود جریان اقاله در رهن

بنا به گفته مرحوم امام خمینی علیه السلام اقاله در عقد رهن راه ندارد، چرا که جریان اقاله در جایی است که اختیار بر فسخ معامله از جانب دو طرف وجود نداشته و طرفین با رضایت یکدیگر تن به اقاله داده و تنها با رضایت دوطرف عقد منفسخ می‌شود. این در حالی است که در رهن، امکان فسخ یک‌جانبه از طرف مرتهن وجود دارد چرا که عقد از جانب او جایز بوده؛ بنابراین اقاله در رهن صحیح نبوده و به تبع آن جعل خیار هم در رهن صحیح نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، صص ۳۸۹ - ۳۹۰). این استدلال مبتنی بر این مسئله است که به عقیده برخی فقها (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۶) آنچه به حسب قواعد ترجیح دارد این است که دخول و عدم دخول خیار شرط در عقدی مرتبط با صحت اقاله در آن عقد می‌باشد. در توضیح بیشتر این ضابطه باید افزود: مطابق این ضابطه جریان خیار شرط در عقدی مرتبط با جریان اقاله در آن عقد است به این صورت که اگر بعد از عقدی، شارع تراضی طرفین بر اقاله آن عقد را پذیرفت امکان جعل خیار شرط نیز در عقد مزبور می‌باشد.

اما دلیل اعتبار این ضابطه چیست؟ دلیل این ضابطه در این است که هنگامی که شارع بعد از عقد، تراضی بر فسخ معامله‌ای، یعنی اقاله آن را امضا نماید، معنایش این است که اگر در عقد مزبور، یکی از طرفین برای خودش جعل خیار نمود، آن شخص مشروط له و دیگری مشروط علیه می‌شود. حال اگر بعد از عقد، مشروط له

بنخواهد فسخ کند، فسخ عقد از جانب او بلاشکال است، چون مشروط له است. از طرفی شارع نسبت به مشروط علیه نیز می‌گوید: چون مشروط علیه در متن عقد به این شرط ملتزم شده و رضایت داده، پس باید به آنچه که مشروط له پس از عقد انجام می‌دهد رضایت داشته و پایبند باشد. حال الزام شارع نسبت به اینکه مشروط علیه باید شرط را بپذیرد و بدان عمل نماید، این به منزله رضای فعلی است، یعنی ولو مشروط علیه الان رضایت به فسخ مشروط له ندارد، اما چون شارع امر کرده لذا مشروط علیه نیز ملزم به وفای به شرط است. در نتیجه اگر در متن عقد یکی از طرفین، شرط خيار نمود و بعد از عقد اعمال خيار نمود، شبیه تقایل است؛ یعنی مثلاً مشروط له که می‌خواهد فسخ کند، مسلماً رضایت دارد و مشروط علیه نیز به جهت امری که شارع کرده، رضایت دارد، لذا در انتهای کار مثل این است که هر دو راضی هستند و اقاله محقق می‌شود.

حال در عقد رهن با توجه به اینکه از جانب مرتهن جایز می‌باشد و او هر زمان که اراده نماید می‌تواند عقد را فسخ نماید، لذا تراضی طرفین بعد از عقد نسبت به اقاله آن مفهومی ندارد و نمی‌تواند مورد تأیید شارع باشد. چرا که او به مرتهن اختیار کامل در فسخ عقد در هر زمانی داده است بدون اینکه نیاز به جعل خيار شرط از ناحیه او باشد در حالی که رهن از چنین امکان فسخی برخوردار نیست و حال آنکه اقاله در جایی است که هر دو طرف امکان فسخ عقد را داشته باشند؛ در نتیجه وقتی جریان اقاله با مانع روبروست جعل خيار شرط نیز در عقد امکان پذیر نخواهد بود.

### ۳- ۱- ۴. فقدان دلیل بر مشروعیت داشتن جعل خيار در عقد رهن

برخی دیگر از فقها بخاطر نبود دلیل بر مشروعیت خيار در عقد رهن، اصل عدم مشروعیت را جاری ساخته و معتقدند در جایی که دلیلی برای اثبات مبنایی نداریم سراغ اصول می‌رویم و در رابطه با این مسئله مقتضای اصل، عدم مشروعیت است و در نتیجه جریان خيار شرط در عقد رهن جایز نیست (قمی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۱۷۳).

در تحلیل این دیدگاه باید یادآور شد که نص یا دلیل خاصی نسبت به جریان خيار در عقد رهن وجود ندارد و عمومات مورد تمسک مشهور فقها نیز با عنایت به اینکه خيار شرط در تضاد و تنافی با مقتضای ذات عقد است شامل خيار شرط در



عقد رهن نمی‌شود. از سوی دیگر اصل عدم مشروعیت جریان خیار است. یکی از وجوه عدم مشروعیت را می‌توان این دانست که لزوم عقد رهن از سوی راهن امری است حکمی یعنی قاعده‌ای آمره از سوی شارع است و جریان خیار در تضاد و تنافی با این قاعده آمره بوده و باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، صص ۸۸ - ۸۹). به علاوه همان‌طور که قبلاً ذکر شد، یکی از صورت‌های خلاف مقتضای ذات عقد هنگامی است که امری توسط شارع به‌عنوان مقتضای ذات عقد تعیین گردد و حال که جریان خیار خلاف لزوم حکمی به‌عنوان یک قاعده آمره است، لذا برخلاف مقتضای ذات عقد نیز می‌باشد و تمام فقها اعتقاد دارند امری که خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل و مبطل عقد می‌باشد؛ به عبارت روشن‌تر شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرطی است که مخالف کتاب و سنت یعنی شریعت بوده و امری فاسد و مفسد است.

### ۳-۲. نظریه ثبوت خیار شرط در عقد رهن

مشهور فقهای امامیه معتقدند که جریان خیار شرط در عقد رهن بلا مانع بوده و حکم به جریان آن در عقد رهن داده‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۷؛ حلی، ۱۴۰۵، ج ۲۵۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۷۵؛ همان، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۴ و ۱۰۸؛ همان، ۱۴۲۱، ۱۰۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۶۸؛ شمس الدین حلی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۵۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۰۴؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲، ۹۴؛ همان، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۱۱؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۴۱۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۷۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹، ص ۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۲۲؛ مجاهد، بی‌تا، ۳۳۶؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۷۲؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۶۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۴؛ نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۳۰؛ خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۸۸؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۸؛ قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۸) این نظریه مبتنی بر ادله‌ای است که مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۳-۲-۱. عدم تنافی بین شرط خیار و عقد رهن

اولین دلیلی که بر اثبات این نگرش اقامه گردیده، این است که وجود خیار تنها اثری که دارد تبدیل کردن طلب مرتهن به دین بدون وثیقه است و اشکالی بر این مسئله وارد نیست (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۷)؛ لذا دلیلی بر اینکه خیار شرط در عقد رهن را

منتفی بدانیم وجود ندارد. بنابراین ادعای تنافی خیار شرط با مفهوم وثیقه گرفتن و تأمین گرفتن در عقد رهن از جهت شرعی و عرفی مردود می‌باشد چرا که مفهوم وثیقه گرفتن اگر چه در اغلب موارد همراه عقد رهن است ولی جزئی از ماهیت آن را تشکیل نمی‌دهد. (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۴)

در نتیجه ادعای تنافی خیار شرط با توثیق در رهن مردود است چرا که عقد رهن اگرچه متضمن و دربردارنده معنای توثیق و تأمین است اما نکته مهم اینجاست که این توثیق در حدی نیست که قوام و رکن اصلی عقد رهن باشد، به نحوی که موجب شود مرتهن نتواند از این وثیقه رفع ید نماید؛ بلکه نهایت امر این است که عقد رهن مقتضی ثبوت حق توثیق برای مرتهن است. حال اگر بخواهد می‌تواند این حق خود را حفظ کند که طلبش به نحو کامل وصول شده و چیزی از آن فوت نگردد و می‌تواند برعکس، از این حق خود بگذرد، چه در ابتدای عقد و چه در ادامه عقد رهن و با گذشت از این توثیق طلبش از رهن بدون وثیقه شود که این مشکلی را ایجاد نمی‌کند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۷؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۴). به علاوه تنافی داشتن با مفهوم وثیقه گرفتن و اطمینان بخشی در رهن مردود است چرا که وثیقه و اطمینان در عقد رهنی که متضمن شرط خیار است به حسب شرط می‌باشد و این مشروط بودن وثیقه اشکالی ایجاد نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۶۴). توضیح اینکه رهن مقرون به خیار شرط بهتر از این است که رهنی اصلاً در کار نباشد. بنابراین هنگامی که رهن برای خودش در رهن مالش خیار شرط جعل کرده، امر دائر بر این می‌شود که دین دائن یعنی مرتهن در نزد مدیون یعنی رهن بدون رهن بوده یا به نحو مشروط قرار گیرد و مسلماً آنچه به نفع مرتهن است صورت دوم است و این مشروط بودن رهن هیچ اشکال و تنافی با وثیقه بودن رهن نخواهد داشت (رشتی، ۱۴۰۷، ص ۳۸۴).

**تحلیل و بررسی:** این مسئله که توثیقی بودن رهن، رکن عقد نبوده و جعل خیار در عقد رهن، تضادی با این ماهیت نخواهد داشت، سخنی بدون پشتوانه است؛ همچنان که در تقریر اشکال ظاهر شد که مستشکلین برای ادعای خود دلیلی ارائه نکرده‌اند و صرفاً با طرح یک ادعای صرف در صدد اثبات خواسته خود برآمده‌اند.

در پاسخ به این ادعا باید گفت: سه مانع اصلی در جعل خیار در عقد رهن اقتضا می‌کند که جریان خیار را در آن نتوانیم پذیرا باشیم:

نخست آنکه حکمت انعقاد عقد رهن در این است که مرتهن نسبت به پرداخت تضمینی طلب خود اطمینان خاطر و آسودگی خیال پیدا کند یا اینکه با وثیقه گرفتن آن در صورتی که راهن مفلس شود، بتواند طلبش را به وسیله وثیقه‌ای که در دست دارد تحصیل نماید. همچنان که او می‌تواند از ایجاد این عقد صرف‌نظر نموده و صرفاً امید داشته باشد که مدیون با خوش حسابی طلبش را در موعد پرداخت نماید و در صورتی که مفلس شد با سایر غرماء در یک ردیف برای وصول به طلبش قرار گیرد. اما وقتی مرتهن تصمیم می‌گیرد این عقد را ایجاد کند مسلماً هدفش در این مسئله اطمینان خاطرش در تحصیل طلبش می‌باشد. حال با توجه به این مسئله اگر بخواهیم جریان خیار را جایز بدانیم آن وقت تحصیل این غرض برای مرتهن امکان پذیر نخواهد بود و دیگر انعقاد عقد رهن بی‌جهت و بی‌فایده بوده و هیچ توجیهی نخواهد داشت.

دوم آنکه مفهوم‌شناسی عقد رهن نیز همان‌طور که در ابتدای این پژوهش بررسی شد، اقتضا می‌کند که جریان خیار شرط، خلاف مقتضای ذات عقد رهن باشد چرا که وجود مال مرهونه در ید مرتهن به عنوان وثیقه و گروبی می‌باشد تا در صورت عدم وصول به طلبش از محل فروش مال مرهونه به طلب و خواسته خود برسد.

لذا سلطنت و قدرت راهن بر فسخ عقد با این وثیقه بودن مال مرهونه و توثیقی بودن عقد رهن در تضاد محض است و فلسفه وجودی وثیقه را زیر سؤال می‌برد. به تعبیر دیگر اینکه مرتهن از یک‌سو قصد نگهداری مال مرهونه را به عنوان وثیقه دین خودش داشته باشد و از سوی دیگر قصد التزام به تسلط راهن بر فسخ و منحل کردن وثیقه طلبش داشته باشد، این قصدی است که به دو امری برمی‌گردد که با یکدیگر در تنافی و تضاد کامل هستند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۰).

سوم آنکه اگر کسب وثوق و اطمینان را در عقد رهن حکمت انعقاد عقد رهن بدانیم و نه علت تامه آن یعنی معتقد باشیم امکان دارد سبب ایجاد عقد رهن کسب وثوق باشد و امکان دارد این سبب علت تامه ایجاد عقد مزبور نباشد؛ با این حال باز

ادعای جواز جعل خیار مردود می‌باشد چرا که صرف حکمت بودن کسب وثوق و اطمینان نیز موجب می‌شود که ادله جواز جعل خیار در معاملات نسبت به عقد رهن انصراف داشته و شامل عقد رهن نگردد. (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۶)

بنابراین جریان خیار در عقد رهن محذورات فراوانی دارد از جمله اینکه به اعتراف مشهور فقها، بلکه اجماع فقها شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد باشد مبطل است. حال چگونه است که در عقد رهن که باتکیه بر اهداف و اغراضی خاص مثل اطمینان و وثوق به تحصیل طلب از سوی مرتهن منعقد می‌شود و شرط خیار در تنافی محض با این غرض بوده و مفاهیم و مقتضیات ذاتی عقد مثل گرویی بودن مال مرهونه را زیر سؤال می‌برد، جعل خیار را جایز بدانیم؟ حقیقتاً اگر مفهوم وثاقت و توثیق را از عقد رهن منفک نماییم، آیا وجود عقد رهن فایده‌ای خواهد داشت و می‌توان وجود آن را توجیه نمود؟ لذا اینکه ادعا کنیم شرط خیار صرفاً دین را بدون وثیقه می‌کند، نمی‌تواند استدلالی منطقی در اثبات جواز جعل خیار بوده و محذورات فوق‌الذکر را مرتفع نماید.

### ۲-۲-۲. عمومات دلیلی بر صحت خیار شرط در عقد رهن

مشهور فقها در پاسخ به این سؤال که چه دلیلی بر جواز جریان خیار شرط در عقد رهن وجود دارد به عمومات وفای به شرط مثل المسلمون عند شروطهم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده / ۱) استناد می‌نمایند و معتقدند عمومات مزبور دلالت بر این دارد که جعل خیار در عقد رهن صحیح بوده و در صورت جعل خیار در آن، باید بدان ملتزم و پایبند بود.

در نقد قاعده مزبور چنین می‌توان گفت که استناد به عمومات مزبور در صورتی صحیح و کامل است که مانعی در شمول آن نسبت به مصداق مدنظر وجود نداشته باشد. در حالی که نسبت به عقد رهن، شرط خیار خلاف مقتضای ذاتی عقد رهن یعنی وثیقه بودن مال مرهونه می‌باشد و چنین شرطی به اجماع فقهای شیعه امری باطل بلکه مبطل عقد است. مثلاً همان طور که قبلاً نیز ذکر شد عموماتی مثل المؤمنون عند شروطهم دارای بند مکملی هستند که برخی شروط که موجب تحلیل حرام یا تحریم حلالی می‌شود را اجازه نفوذ نمی‌دهند و در مورد بحث ما نیز شرط

خیار وقتی خلاف مقتضای ذاتی عقد بوده و در تضاد محض با لزوم حکمی شارع باشد چه طور می‌تواند از نفوذ برخوردار بوده و فتوا به التزام به آن داد؟ لذا بهتر است مستدلین به عمومات همه روایات و نصوص را در کنار یکدیگر لحاظ کرده و صرفاً یک روایت یا آیه را ملاک فتوا و عمل قرار ندهند.

### ۳-۲-۳. قاعده «العقود تابعة للقصود» دلیل بر صحت شرط خیار در عقد رهن

یکی دیگر از مستندات مشهور را می‌توان استناد به «قاعدة العقود تابعة للقصود» دانست: مطابق این قاعده ایجادکننده یک عقد همان‌طور که در به‌وجودآوردن عقد مزبور دارای سلطنت و قدرت کامل می‌باشد در تعیین حد و مرز آن عقد در ادامه نیز از اختیار کامل برخوردار خواهد بود. حال در عقد رهن نیز وقتی طرفین می‌توانند عقد رهن را با آزادی اراده خود به وجود آورند طبیعتاً در تعیین چارچوبی خاص نیز برای آن از اختیار کامل برخوردار خواهند بود و می‌توانند برای رهن شرایط و ضوابط سهل‌تری قرار دهند و یکی از این شرایط، ایجاد خیار فسخ در به‌هم‌زدن عقد رهن برای رهن‌باشد تا بتواند در فرصت مقتضی اقدام به فسخ عقد رهن نماید.

در نقد چنین دلیلی می‌توان گفت که اشکال این دلیل را نیز می‌توان در اشکالات قبلی یافت چرا که حاکمیت اراده که مطابق «قاعده العقود تابعة للقصود» و ماده ۱۰ قانون مدنی، محترم شمرده شده، در صورتی است که اراده شخص برخلاف قانون و شرع نباشد در حالی که مشخص شد لزوم حکمی عقد رهن قاعده‌ای آمره بوده و توافق برخلاف آن فاقد اعتبار می‌باشد. به‌علاوه جریان خیار با عنایت به اینکه خلاف مقتضای ذاتی عقد رهن می‌باشد نیز امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان صرفاً با استناد به حاکمیت اراده، اشکالات عمده این مسئله را برطرف نمود.

### نتیجه

این نوشتار با بررسی کلام فقهای امامیه و ارزیابی ادله‌ای که در جریان خیار شرط در عقد رهن قابل طرح است، به این نتیجه دست‌یافته است:

جریان خیار شرط در عقد رهن که مورد پذیرش بسیاری از فقهای امامیه و قانون

مدنی ایران قرار گرفته است، با اشکال مواجه و محذورات فراوانی دارد. بر اساس تحلیل مبانی این دیدگاه می‌توان گفت که شرط خلاف مقتضای ذات عقد به اجماع فقهای شیعه، امری باطل و مبطل عقد است و شرط خیار در تنافی محض با غرض گرویی بودن مال مرهونه و اطمینان به تحصیل طلب از سوی مرتهن می‌باشد. بر اساس حاکمیت آزادی اراده در قراردادها که مطابق با قاعده «العقود تابعة للقصود» و ماده ۱۰ قانون مدنی، محترم شمرده شده، در صورتی است که اراده شخص برخلاف قانون و شرع نباشد؛ در حالی که مشخص شد لزوم حکمی عقد رهن قاعده‌ای آمره بوده و توافق برخلاف آن فاقد اعتبار می‌باشد. از این رو با تکیه بر دلایلی همانند عدم مشروعیت خیار شرط در عقد رهن و خلاف مقتضای ذات عقد بودن خیار شرط و خلاف قاعده آمره بودن آن و همچنین جریان سیره عقلاء بر عدم اندراج خیار در عقد رهن، می‌توان به عدم صحت جریان خیار در عقد رهن، حکم داد.

## فهرست منابع

### کتابها

- قرآن کریم.

۱. آملی، میرزا محمدتقی (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. تهران: نشر فردین.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهذب. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
۴. اصفهانی، محمدتقی (۱۴۱۸). یک دوره فقه کامل فارسی. تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: انوار المهدی.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۸ش). عقود معین ۲ (عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم)، تهران: انتشارات مجد.
۸. بحر العلوم، محمد (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه. تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۹. بحرانی، حسین (۱۴۰۵ق). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیه.
۱۰. بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین (۱۳۹۷ش). شرح جامع قانون مدنی. تهران: انتشارات ارشد.
۱۱. تبریزی، جواد (۱۴۱۷ق). اسس الحدود و التعزیرات. قم: دار الصدیقه الشهیده.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الاحکام فی شرح شرایع الاسلام، قم: دار الصدیقه الشهیده.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق). صراط النجاح. قم: دار الصدیقه الشهیده.
۱۴. جرجانی، سید امیر (۱۴۰۴ق). تفسیر شاهمی. تهران: انتشارات نوید.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۶. حکیم، محمدتقی (بی تا). الاصول العامه للفقه المقارن، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۷. حلّی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: انتشارات اسلامی.
۱۸. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، مشهد: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: انتشارات اسلامی.
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة، قم: انتشارات اسلامی.
۲۱. حلّی، سید ابن طاووس (۱۴۱۵ق). الإقبال بالأعمال الحسنة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۲. حلّی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ع.
۲۳. حلّی، نجم الدین (۱۴۰۷ق). المعتبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.

۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق). *ایضاح ترددات الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمته.
۲۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته.
۲۸. خویی، سید ابوالقاسم و میرزا جواد تبریزی (۱۴۲۷). *فقه الاعذار الشریعه و المسائل طیبه من صراط النجاح*. قم: دارالصدیقه الشهیده.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق). *موسوعة الامام خویی*. قم: احیاء الآثار الامام خویی.
۳۰. راوندی، قطب الدین (۱۴۰۵ق)، *فقه القرآن*. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۳۱. سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). *کهایه الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه المنار.
۳۳. شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۰۵ق). *رسائل الشریف المرتضی*. قم: دار القرآن الکریم.
۳۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق). *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. صاحب بن عباد، اسماعیل (بی تا). *المحیط فی اللغة*. بیروت: العالم الکتب.
۳۶. طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). *حقوق ملنی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۸ق). *العروة الوثقی مع التعليقات*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۸. طباطبایی حائری، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۹. طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). *المؤتلف من المختلف بین أئمة*. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۴۰. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین*. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۴۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۴. عاملی، زین الدین (۱۳۶۰ق). *الروضة البهیة*. تهران: علمیه اسلامیه.
۴۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۴۶. عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. فیروزآبادی، مجدالدین (بی تا). *قاموس المحيط*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.



۴۸. فیومی، احمد (بی تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*. قم: منشورات دار الرضی.
۴۹. کریمی، مهدی؛ توکلی؛ علی اکبر (۱۳۹۶ش). *احکام خیار شرط*، تهران: انتشارات قانون یار.
۵۰. مازندرانی، رشیدالدین محمد (۱۳۶۹ش). *مثنای القرآن و مختلفه*. قم: دار البیدار للنشر.
۵۱. مازندرانی، محمد صالح (۱۳۸۲ش). *شرح الکافی*. تهران: المكتبة الإسلامية.
۵۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳ش). *شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر اسلامی.
۵۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵ش). *قواعد فقه بخش مدنی*، تهران: نشر سمت.
۵۴. مدنی کاشانی، رضا (۱۴۰۸ق). *کتب الدیات*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۵. مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. مفید، محمد (۱۴۱۳ق). *المقنعة*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *القواعد الفقهیة*، قم: مدرسه امام امیر المومنین علیه السلام.
۵۸. مکی عاملی، محمد بن جمال (۱۴۱۴ق). *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق). *ذکری الشيعة فی أحكام الشريعة*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۰. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۸ق). *منية الطالب فی حاشیة المكاسب*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۶۲. نجفی گیلانی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ق). *فقه الإمامیة*، قم: کتابفروشی داوری.
۶۳. نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق). *عواید الايام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی قم.
۶۴. واسطی، زبیدی، سید محمد (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

## مقالات

۶۵. باقری اصل، حیدر (۱۳۹۱ش). *جریان خیار در عقود جایز*. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۳ (۶)، ص ۲۷ - ۴۴.
۶۶. عباسی، محمود (۱۳۷۹ش). *مجموعه مقالات حقوق پزشکی*، انتشارات حقوقی، چاپ دوم، (مقاله دیوید مارشال، راهنمای حقوق پزشکی)
۶۷. عزیزی ناصراًباد، نجمه؛ عسگری، علی رضا (۱۳۹۴). *خیار شرط از دیدگاه شیخ انصاری و تطبیق بر حقوق مدنی ایران*. مطالعات فقهی و فلسفی، ۶ (۲۱)، ص ۱۱۷ - ۱۴۳.
۶۸. عظیمی گرگانی، هادی (پاییز ۱۳۹۱). *معناشناسی تنقیح مناط*. مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ش ۹۰، ص ۱۵۳ - ۱۲۷.

۶۹. کرمی کلمتی، فرزاد؛ دادمرزی، سیدمهدی (شهریور ۱۴۰۰). بررسی فقهی - حقوقی مبانی عدم جریان خیار شرط در پاره‌ای از عقود. پژوهشهای حقوقی، ش ۲۰ (۴۶)، ص ۱۳۸ - ۱۱۳.
۷۰. یزدانی و صابری، محمدمهدی و حسین (تابستان ۱۳۸۹). تعمیم حکم به استناد کشف علت از دیدگاه امام خمینی. مجله پژوهش‌های فقهی، ش ۶ (۲)، ص ۱۴۶ - ۱۲۱.
۷۱. یزدانی، غلامرضا (خرداد ۱۳۹۹). صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامی. جستارهای فقهی و اصولی، سال ششم، ش ۱۸، ص ۱۴۹ - ۱۲۵.

