

## امکان سنجی جریان خيار در تجارت معاظاتی

اسرافیل فرزانه\*

احمد مرتاضی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۰

### چکیده

یکی از مسائل فرعی مطرح در باب معاظات، امکان یا عدم امکان جریان خيارات در آن است. در صورتی که قصد متعاطیان از معاظات، مجرد اباحه تصرف باشد، در این صورت از نظر بیشتر اندیشمندان، معاظات اصلاً بیع نیست تا محل جریان خيارات باشد. اما در فرضی که قصد متعاطیان، تملیک و تملک و معامله بوده، ولی در خارج تنها مفید اباحه تصرف باشد، مطابق یک دیدگاه، جریان خيارات به نحو مطلق ممنوع است و طبق نظر دیگر، باید قائل قائل به تفصیل شد؛ بدین نحو که اگر مقصود از جعل خيار، مترتب ساختن اثر فعلی بر عقد باشد، خيار در اینجا جریان پیدا نمی‌کند، ولی اگر هدف، تمکن صاحب خيار در الغا کردن چیزی باشد که مؤثر در نقل و انتقال است، خيار قابل جریان است. مبنای دیگر اینکه قصد متعاطیان تملیک است و عرفاً و شرعاً نیز معاظات همچون بیع قوی، مفید ملک لازم قلمداد گردد که در این صورت، جریان خيار در معاظات پذیرفته شده گرچه، در خصوص خيار شرط، اقوال مختلفی ارائه گردیده است. به لحاظ حقوقی باید گفت که از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به‌ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م و همچنین با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م نیز می‌توان قبول همین نظریه، یعنی جریان همه خيارات حتی خيار شرط را در معاظات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. بر مبنای نظریه مفید ملک جایز و متزلزل بودن معاظات، سه قول: جریان، عدم جریان و تفصیل بین انواع خيارات اظهار شده است. تحقیق مطلب این است که مطابق همه مبانی مذکور، جریان همه خيارات، حتی خيار شرط، در معاظات امکان‌پذیر است و در معاظات ایقاعی هم به استثنای برخی از ایقاعات، مثل طلاق که خروج تعدی دارد، جریان خيارات منعی ندارد.

### کلیدواژگان:

معاظات، خيار در معاظات، معاظات ایقاعی، اباحه تصرف، بیع قوی.

\* کارشناس ارشد، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)

d.m.a.fiqh@gmail.com

\*\* دانشیار، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

امکان جریان خیار در معاطات برخلاف معاملات لفظی، مورد ابهام واقع شده است؛ به‌ویژه در خصوص خیار شرط که از مقوله لفظ است و شاید در نگاه اول، قابل درج و لحاظ در ضمن معاطات که از مقوله فعل است، نباشد. دیدگاه‌ها و مبانی مختلفی که در خصوص اثر معاطات، اعم از افاده اباحه تصرف یا ملکیت جایز یا لازم، وجود دارد ابهام یادشده را دوچندان کرده است. نکته قابل توجه اینکه ممکن است دو فقیه دارای یک مبنا، مثلاً افاده ملکیت لازم در معاطات باشند، ولی نظرات مختلفی در خصوص اصل جریان خیار در معاطات یا تعداد اختیارات جاری در آن، داشته باشند. بنابراین، باید با لحاظ مبانی مختلف در مورد ماهیت و اثر فقهی-حقوقی معاطات اعم از حصول ملکیت لازم یا جایز یا اباحه تصرف و با بررسی ادله اقوال مختلف در مورد امکان یا عدم امکان جریان خیار در معاطات، به نظریه صحیح در این رابطه دست‌یافت. شایان‌ذکر است که معاملات معاطاتی به‌دلیل عدم نیاز به تشریفات لفظی، فرآیند معامله را ساده‌تر و سریع‌تر می‌کند و از این‌رو، نقش مهمی در تسهیل و تسریع مبادلات روزمره دارد و به‌شکل گسترده‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد و همین امر، حاکی از ضرورت و کارایی حقوقی معاملات معاطاتی است. فلسفه وجود اختیارات در معاطات به‌عنوان معاملات پرکاربرد در روابط تجاری بین افراد و شرکت‌ها و نیز در زندگی روزمره، بر پایه اصل «عدم ضرر» و «لزوم وفای به عهد» استوار است و به همین سبب، ثمره جریان خیار در این نوع معاملات، قابل‌انکار نیست؛ به‌ویژه در معاملات بزرگ و پیچیده که احتمال بروز اختلاف و ضرر بیشتر است. با وجود این، مسئله امکان جریان خیار در معاطات، فاقد پیشینه پژوهشی در قالب مقالات و پایان‌نامه‌ها بوده و فقط در معدودی از دروس خارج فقه، آن هم بر محور خیار شرط و نه همه اختیارات، مورد طرح و تدریس قرار گرفته است. حال، با توجه به اینکه معاطات در معاوضات یعنی اعمال حقوقی مبتنی بر دو اراده و همچنین در اعمال حقوقی تک‌اراده‌ای، یعنی ایقاعات، جاری است، در دو بخش مجزا، جریان یا عدم جریان اختیارات مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۱. امکان سنجی جریان اختیارات در معاطات مبتنی بر دو اراده

یکی از چالش‌های مهم بحث معاطات یافتن پاسخ به این پرسش است که آیا همان طور که در بیع لفظی، اختیارات مختلفی مثل خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار غبن و نظایر آن جریان دارد، در معاطات نیز قابل جریان است یا نه؟ اما مناسب است که قبل از هر چیز معنای خیار در معاطات روشن شود. در همین راستا باید گفت: خیار در معاطات به‌معنای «ملک فسخ التزام و اقرار» نیست؛ به این جهت

که معاطات متضمن التزامی که از متعاملین انشا شده باشد، نیست؛ بلکه معنای خیار در معاطات، منحل کردن چیزی است که ایجاد کرده‌اند و ثبوت این معنا برای متعاطیین، از حین معاطات تا بعد از تلف، امکان دارد.<sup>۱</sup> پس کارایی خیار در معاطات همان کارایی است که برای اختیارات مصطلح است و فقط تفاوتشان در این است که در اختیارات مصطلح، التزام و عقدی وجود دارد که با اعمال خیار، آن التزام و عقد از بین می‌رود و صاحب خیار می‌تواند از این مزیت استفاده کند و خسارتی را که برای او وارد آمده است جبران نماید. اما در معاطات، چون عقد و التزامی نیست، عبارت «فسخ» مورد استفاده واقع نمی‌شود، بلکه از عبارت «انحلال» استفاده می‌شود. البته به نظر می‌رسد در صورتی که معاطات مفید «ملکیت لازم» باشد، معنایش همان معنای موجود در اختیارات مصطلح خواهد بود. حال، به طرح و ارزیابی دیدگاه‌های موجود درباره ماهیت و اثر معاطات و ارتباط آن با امکان جریان خیار در معاطات، پرداخته می‌شود:

### ۱.۱. ارتباط سنجی ماهیت معاطات با امکان جریان خیار در آن

به‌منظور سنجش امکان یا عدم امکان جریان خیار در معاطات، باید اثر فقهی و حقوقی مترتب بر آن مدنظر قرار گیرد و در این مورد، بر مبنای قصد متعاطیین، چندین دیدگاه مطرح است که طبق آنها ثبوت یا عدم ثبوت اختیارات در معاطات، طرح و بررسی می‌شود:

#### ۱.۱.۱. مبنای اول: قصد طرفین، مجرد اباحه تصرف باشد

برخی از اندیشمندان در خصوص مسئله مورد بحث، معتقدند که اگر منظور و مقصود متعاطیین مجرد اباحه باشد، در آن صورت، امکان جریان اختیارات در چنین معاطاتی ممکن نیست؛ زیرا معنای خیار «سلطنت و ملک فسخ عقد» است و ناگفته پیداست معاطاتی که مقصود از آن، صرف اباحه باشد، از شمار عقود محسوب نمی‌شود تا اختیارات در آن قابل جریان باشد. بنابراین، از آنجا که ثبوت خیار ممکن نیست، نمی‌تواند مشمول ادله خیار در مقام اثبات باشد.<sup>۲</sup> بر اساس همین مبنای اول، برخی از محققان علت‌های دیگری را نیز بر عدم امکان جریان خیار، بیان نموده‌اند که در ادامه به‌اختصار بیان می‌گردد:

از جمله علت‌های بیان شده در این خصوص، آن است که چنانچه رجوع میباید بر مال خویش تا زمان بقای مال جایز باشد، در آن صورت دیگر، جایی برای جریان خیار وجود ندارد. مطابق این استدلال، جواز

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، **منیة الطالب**، ج ۱، تهران: المکتبۃ المحمدیة، ۱۳۷۳ ق، ص ۹۹.

۲. خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، ج ۲، قم: مؤسسه الامام خوئی، بی‌تا، ص ۱۶۱.

رجوع مبیح، علت عدم جریان خیار و در واقع بی‌معنا بودن جریان خیار دانسته شده است.<sup>۱</sup> تحلیل دیگر اینکه اختیارات در معاوضات ملکیه جاری می‌شود و در اباحه، رنگ و بوی تملیک وجود ندارد<sup>۲</sup>، چون سالبه به انتفای موضوع‌اند.

حال سؤالی که در این راستا مطرح می‌شود اینکه، آن دسته از فقیهان که امکان جریان خیار را، در صورتی که قصد متعاطیین اباحه باشد، بی‌معنا می‌دانند<sup>۳</sup>، در فرض مفید اباحه دانستن معاطات، **بدون توجه به قصد متعاطیین**، نیز همین نظر را دارند؟ تحقیقات نشان می‌دهد که اکثر فقها و اندیشمندان اسلامی بر این باورند که در معاطات مفید اباحه مجرد، جریان خیار معنا ندارد<sup>۴</sup>. گرچه بیشتر ایشان، دلیل عدم جریان خیار را به صراحت نیاورده‌اند، اما به ظن قوی عمده دلیل این عده آن است که در معاطات، جواز رجوع هریک از متعاطیین، جریان خیار را بی‌معنا، لغو و موجب تحصیل حاصل می‌نماید<sup>۵</sup>. در یک جمع‌بندی، می‌توان چنین گفت که علت عدم جریان خیار، جواز رجوع، و علت جواز رجوع، مفید اباحه بودن معاطات، و علت مفید اباحه بودن معاطات، لزوم وجود صیغه‌ای است که دلالت بر رضایت باطنی داشته باشد<sup>۶</sup>.

البته علت‌های مذکور بی‌اساس به نظر می‌رسد؛ بدین جهت که اولاً: پذیرفته نیست که جواز رجوع متعاطیین در صورت مفید اباحه بودن معاطات، ثبوت خیار را لغو و بی‌معنا کند؛ بدین جهت که در فایده وجود خیار، همین بس که در برخی اوقات، جواز ذاتی با عروض یک عامل خارجی تبدیل به لزوم می‌شود<sup>۷</sup>. برخی از محققین در این رابطه چنین می‌نویسند: «اختیارات در معاطاتی که مفید اباحه تصرف است جریان دارد، چون معاطات بیع عرفی است و نهایت امر این است که، حصول ملکیت، مشروط به تلف یا یکی از تصرفات متوقف بر ملک است و ادعای عدم جریان خیار به‌خاطر لغویت و بی‌معنا بودن جعل خیار، ادعای بدون دلیل است. آری، در صورتی که قصد متعاملین از معاطات اباحه باشد، در این

۱. مروج جزائری، سیدمحمد، **هدی الطالب**، ج ۲، قم: موسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۰.

۲. حسینی میلانی، سیدمحمدهادی، **محاضرات فی فقه الامامیه - کتاب البیع**، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰.

۳. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۱.

۴. شیخ انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: کنکره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۷۲.

۵. ر.ک: مروج جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۴۰.

۶. حسینی عاملی، جواد، **مفتاح الکرامه**، ج ۱۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۰۰.

۷. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۶۸؛ شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه الطالب**، ج ۲، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق، ص ۱۷۸.

صورت خیارات اختصاصی و غیراختصاصی بیع جاری نمی‌شود، چون در این صورت، سبب معاملی وجود ندارد تا اقدام به ازاله آن نمود.<sup>۱</sup>

### ۱.۱.۲. مبنای دوم: قصد طرفین، تملیک و تملک و اثر خارجی معاطات، اباحه تصرف باشد

مطابق مبنای دوم، متعاطیان گرچه از داد و ستد، قصد تملیک و تملک را دارند، اما در خارج، ملکیتی بر آن مترتب نمی‌شود، بلکه شارع و قانون‌گذار به صرف حصول اباحه تصرف در مال دریافتی حکم می‌نماید. در این صورت، هرچند اباحه حاصل از قصد متعاطیان، اباحه مالکی است، اباحه حاصل از خود معاطات، بدون توجه به قصد متعاطیین، اباحه شرعی است که مستند آن شرع است و تصرف طرفین، حرام نیست.

برخی از اندیشمندان اسلامی درخصوص مبنای دوم، چنین اظهار داشته‌اند که: بدون تردید براساس این مبنا، معاطات، بیع عرفی محسوب می‌شود<sup>۲</sup>، نه بیع شرعی؛ چراکه بیع شرعی مفید ملکیت و لزوم است، درحالی‌که مطابق مبنای مذکور، معاطات مجرد از ملکیت و پیرو آن، خالی از لزوم است؛ بدین جهت که لزوم فرع ملکیت است؛ مگر اینکه بر عدم تأثیر معاطات در حصول ملکیت در نزد شارع تا زمان معین، مثل زمان تلف یکی از عوضین یا وقوع تصرفات متوقف بر ملک، اجماع باشد که با این‌همه، اجماع یادشده مانع از صدق بیع به حمل شایع به چنین معاطاتی نمی‌شود<sup>۳</sup>. در نتیجه، ادله عمومی صحت بیع شامل معاطات هم می‌شود و در نظر شارع، محکوم به حکم بیع می‌گردد؛ همان‌گونه که حصول ملکیت - به معنای بیع شرعی و لازم شدن - در بیع صرف و سلم نیز متوقف بر قبض خارجی است و تا زمانی معین، یعنی زمان حصول قبض، تأثیری در حصول ملکیت ندارد<sup>۴</sup>.

بنابراین، اگر مقصود از ثبوت خیار در عقد، سلطنت صاحب‌خیار بر فسخ فعلی عقد باشد، یعنی امکان این را داشته باشد تا چیزی را که از ملکیت خودش منتقل شده به ملکیتش بازگرداند، در این صورت بی‌تردید، معاطات بنابر صرف افاده اباحه تصرف، مشمول ادله خیارات نمی‌شود<sup>۵</sup>. اما اگر مقصود از ثبوت خیار در معاطات، متمکن شدن صاحب‌خیار بر الغای آن چیزی باشد که در نقل و انتقال تأثیر دارد، در این

۱. حسینی‌روحانی، سیدصادق، **منهاج الفقاهه**، ج ۳، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق، ص ۱۲۱؛ خوانساری، محمد، **الحاشیة الاولى علی المکاسب**، قم: تبلیغات اسلامی، بی‌تا، ص ۲۸.

۲. شیخ‌انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۶۲.

۳. مروج‌جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۱۶.

۴. حجت‌کوه‌کمری، سیدمحمد، **کتاب البیع**، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۰۸.

۵. نجفی کاشف‌الغطاء، عباس، **الفوائد الجعفریة**، عراق: مؤسسه کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۲۰۴.

صورت شکی در جریان خیار مصطلح در چنین معاطاتی وجود ندارد، چون در فرض مذکور، معاطات قابلیت تأثیر در ملکیت را دارد.<sup>۱</sup>

### ۱.۱.۳. مبنای سوم: قصد متعاطیان، تملیک بوده و عرفاً و شرعاً نیز مفید ملکیت لازم باشد

طبق این مبنا، چون معاطات مفید ملکیت لازم است، هیچ تفاوتی بین آن و سایر بیوع از جهت حکم و جریان اختیارات نخواهد بود.<sup>۲</sup> از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م. و همچنین با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م. می‌توان قبول جریان همه اختیارات را در معاطات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. توضیح بیشتر اینکه از یک سو، برحسب ماده ۱۹۳ قانون مدنی ایران، «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد» و وفق ماده ۳۳۹ ق.م. بیع می‌تواند به وسیله عمل و به صورت معاطات نیز اجرا شود و مصداق بیع به عنوان یکی از عقود لازم بشود؛ چراکه این ماده مقرر می‌دارد: «... ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد». از سوی دیگر، طبق ماده ۴۵۶ قانون مذکور، «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». در نتیجه، مطابق قانون، همه اختیارات می‌توانند در معاطات به عنوان یکی از مصادیق بیع به عنوان یک معامله لازم جریان پیدا کنند؛ چراکه بر مبنای مواد مذکور و به اذعان حقوق دانان، معاطات مصداق عقد است؛ زیرا لفظ عنصر عقود نیست<sup>۳</sup> و ضرورتی ندارد که لفظ وسیله بیان اراده، باشد؛<sup>۴</sup> چون ایجاب و قبول از جنس الفاظ نبوده، بلکه مدلول و مکشوف به آن الفاظاند و حتی ممکن است بدون الفاظ هم ایجاب و قبول پدید آید<sup>۵</sup> و لزوم عقود لازم هم تابع الفاظ ایجاب و قبول نیست. از سوی دیگر، مانع «ارتباط لزوم عقد با نظم عمومی» که سبب عدم امکان جریان خیار در نکاح و وقف و ضمان شده است<sup>۶</sup>، در خصوص معاطات، به ویژه بیع معاطاتی، محرز نیست. پس مقتضی، موجود و مانع، مفقود است و در نتیجه، اطلاق عبارت قانون‌گذار مبنی بر اینکه «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد»، عقود و معاملات لازم معاطاتی و فاقد عنصر لفظ را هم شامل می‌شود.

۱. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۴.

۲. تبریزی، جوادبن علی، **ارشاد الطالب**، ج. ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق، ص ۶۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین**، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، ج ۴، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲، ص ۵۶.

۶. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها (انحلال قراردادها)**، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲.

## ۱.۱.۴. مبنای چهارم: قصد متعاطیان تملیک بوده و در خارج، مفید ملکیت جایز باشد

برخی از محققان معتقدند که داد و ستد معاطاتی به قصد تملیک، مفید ملکیت جایز است و این ملکیت متزلزل، مستفاد از مقتضای قواعد شرعیه و ادله مأثوره است.<sup>۱</sup> بر این مبنای، علت اینکه معاطات افاده ملکیت جایز می‌کند، آن است که موجب و عامل لازم‌شدن عقد در اینجا محقق نیست؛ چراکه عامل لزوم یا حکم شرعی تبعیدی است، کما اینکه در عقد نکاح و ضمان همین‌طور است و یا مثل بیع عقدی از جهت التزام متعاقبین به لزوم آن همراه با امضای شرعی است؛ در حالی که معاطات فاقد این دو عامل است.<sup>۲</sup>

بر این اساس، میان اندیشمندان اسلامی دیدگاه‌های مختلفی در امکان جریان خیار وجود دارد. دسته‌ای از ایشان قول به عدم جریان مطلق خیار را برگزیده و برای اثبات ادعای خود به «دلیل انصراف» و «حصول لغویت» استناد جسته‌اند. با این توضیح که معتقدند هر چند بر معاطات مفید ملکیت متزلزل نیز عنوان بیع صادق است، تمامی ادله خیار در معاملات که برحسب طبیعت مبتنی بر لزوم است، ظهور دارد<sup>۳</sup> و ادله خیار، انصراف به موردی دارد که دارای اثر ملکیت لازم باشد.<sup>۴</sup> چون خیار یعنی رفع ملک التزام و حال اینکه در معاطات مذکور التزامی وجود ندارد و از این جهت، خیار در معاطات معنا ندارد.<sup>۵</sup> همچنین، هیچ‌گونه اطلاقی در ادله شروط بیع، وجود ندارد تا شامل بیع عرفی که مفید ملک جایز است نیز بشود.<sup>۶</sup>

آنچه در نقد این برداشت به نظر می‌رسد این است که اگر منشأ انصراف مورد ادعا، کثرت استعمال باشد، این ادعا قابل پذیرش است، چون در فرض بروز شک، حمل بر همان مورد غالب می‌شود؛ اما در مسئله مورد بحث ما منشأ انصراف، کثرت وجودی و خارجی است. یعنی غالباً خیار در ملک لازم، موجود است و چون کثرت وجودی، انصراف بدوی ایجاد می‌کند نه انصراف ظهوری، از این رو، ادعای مذکور وجهی ندارد.<sup>۷</sup>

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۴۹.

۲. نائینی، میرزا محمدحسین، همان منبع؛ اصفهانی، سید ابوالحسن، **وسيلة النجاة**، قم: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ ق، ص ۳۳۴.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة - کتاب البیع**، قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۲ ق، ص ۹۰.

۴. ابروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت ارشاد، ۱۴۰۶ ق، ص ۶۹.

۵. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۶۸.

۶. مروج جزائری، سید محمد، منبع پیشین، ص ۱۹.

۷. موسوی خمینی (امام)، سید روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق، ص ۲۴۷.

همچنین، باید توجه داشت که به ادعان فقیهان، لزوم و جواز از خصوصیات سبب (عقد) است نه مسبب<sup>۱</sup>؛ زیرا ملکیت، که مسبب است، امر اعتباری واحدی است و تعدد سبب موجب تعدد مسبب نمی‌شود. تعدد مسبب به تعدد معروض آن است نه به تعدد سبب. بر این پایه، حقیقت ملک، متنوع به لزوم و جواز نمی‌شود، بلکه این دو، حکم شرعی مترتب بر ملک محسوب می‌شوند، گرچه غالباً به سبب مملک استناد داده می‌شوند<sup>۲</sup>.

دلیل دیگری که پیروان نظریه عدم جریان مطلق خیارات مطرح ساخته‌اند عبارت است از: «لغویت و تحصیل حاصل بودن خیار». بدین بیان که وقتی معاطات خودش جایز است و هروقت طرفین اراده کنند می‌توانند آن را فسخ نمایند، چه نیازی به وجود و جعل خیار است و اگر خیار هم باشد، لغو خواهد بود، چون تحصیل حاصل است و تحصیل حاصل هم محال است<sup>۳</sup>. اما در نقد این دلیل باید گفت: بدیهی است که جواز ثابت در معاطاتی که مفید ملکیت جایز است یا جواز حقی است که از حیث بقا و ارتفاع به دست متعاملین است و یا جواز حکمی است که مثل جواز در هبه، به دست شارع است. بنا به هر دو فرض، متعلق جواز یا خود عقد است یا عین مأخوذه به معاطات که در مجموع، چهار صورت می‌شود که طبق هریک از این صور، باید مسئله جریان یا عدم جریان خیار و همچنین لغویت و تحصیل حاصل بودن خیار در معاطات مفید ملکیت جایز مورد بررسی قرار بگیرد:

**صورت اول:** اینکه جواز مذکور، جواز حقی و متعلق به عقد قلمداد شود. در این حالت، بدون تردید، ادله خیارات، معاطات را نیز شامل می‌شود و حق خیار در بیع معاطاتی از طریق دو سبب جداگانه برای هر یک از متعاطیان ثابت می‌شود. بدین معنا که چون معاطات به یک اعتبار معاطات بیعی است، خیار بیعی، مثل خیار مجلس، در آن جریان دارد و به اعتباری دیگر، چون از مجلس عقد متفرق شدند، خیار مجلس ساقط می‌شود؛ اما خیار و جواز معاطاتی بر حال خود باقی می‌ماند. یعنی در این صورت، دو سبب و دو مسبب وجود دارد: یکی خیار بیعی و دیگری خیار و جواز معاطاتی و هیچ محدودی در جمع بین آن دو نیست. ثمره آن نیز در اینجا ظاهر می‌شود که اگر در مجلس واحد، بایع جنسی مثل شیشه را به مشتری داد و همان لحظه از دست مشتری افتاد و تلف شد، اینجا خیار معاطاتی از بین می‌رود، برای اینکه

۱. عراقی، آفاضیاءالدین، حاشیة المکاسب، قم: انتشارات غفور، ۱۴۲۱ ق، ص ۱۱۷.

۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، منبع پیشین، ج ۱، ص ۴۹۸؛ حسینی روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ص ۱۱۴.

۳. حسینی میلانی، سیدمحمدهادی، منبع پیشین، ص ۱۲۲؛ رشتی، میرزا حبیب‌الله، فقه الإمامیه - قسم الخیارات، قم: دآوری، ۱۴۰۷ ق، ص ۹۲.

معاطات مفید ملکیت جایز، بعد از تلف عین، لازم می‌شود و جواز آن از بین می‌رود؛ اما هنوز خیار مجلس باقی است، چون هنوز مجلس عقد بهم نخورده است.<sup>۱</sup>

**صورت دوم:** اینکه مراد از جواز فوق‌الذکر جواز حقی باشد، اما خیار به عین تعلق پیدا کند نه به خود عقد. یعنی اصولاً به خود معاطات نباید گفت که «جایز» است، بلکه این «عین» است که «یجوز ردّها و یجوز أخذها». در این صورت اجنبی بودن متعلق خیار معاطاتی یا همان جواز معاطاتی با خیار مصطلح روشن است و در مورد واحدی جمع نمی‌شوند تا مناقشه شود که در اینجا وجود خیار، لغو و تحصیل حاصل است. توضیح بیشتر اینکه، متعلق تمام خيارات عقد است، چون در تعریف آن گفته می‌شود: «الخیار، ملک فسخ العقد». بنابراین، خیار مجلس، شرط، عیب، غبن، حیوان و تمام اینها به خود عقد و معامله تعلق پیدا می‌کنند. حال اگر ما خیار معاطاتی را جواز حقی متعلق به عین قلمداد کنیم، در این حالت، متعلق هر کدام از این دو، یعنی خیار معاطاتی و خیار مصطلح، فرق می‌کند. مثلاً خیار مجلس به معامله و خیار معاطاتی به خود عین، تعلق پیدا می‌کند.<sup>۲</sup>

**صورت سوم:** اینکه جواز «حکمی» و متعلق به خود عین باشد. این صورت نیز مثل صورت دوم روشن است، چون در صورت دوم گفته می‌شود که مالک قبلی حق دارد مال خود را بازپس گیرد، اما در اینجا گفته می‌شود که شارع به او اجازه داده تا آن مال را بگیرد. یعنی به لحاظ ماهوی، حکم است و حکم هم به هیچ‌عنوان قابل اسقاط و بر هم زدن نیست. طبق صورت دوم، چنانچه صاحب حق، به درخواست طرف مقابل «تمام حقوق خود» را اسقاط کند، این اسقاط، «حق به عین» را هم شامل می‌شود و دیگر حق استرداد ندارد. اما در فرض صورت سوم، جواز به عنوان حکم است و مطلقاً خيارات مصطلح، عنوان حقوق را دارند و ذوالخيار ملکیت و سلطنتی به سبب خیار پیدا می‌کند. بنابراین، میان متعلق خيارات مصطلح و جواز و خیار معاطاتی تفاوت چشمگیری وجود دارد و روشن می‌شود که در فرض سوم، یعنی فرض تغایر بین متعلق‌ها، طرح اشکال لغویت خودش لغو است.<sup>۳</sup>

**صورت چهارم:** اینکه، جواز، «حکمی» بوده است، اما به خود عقد تعلق یابد. در این فرض، چنانچه جواز معاطاتی جواز حکمی باشد و قائل به تفاوت و تغایر متعلق آن با متعلق خیار مصطلح باشیم، هیچ تردیدی در عدم لزوم لغویت نیست. ولی در صورتی که متعلق هر دو اتحاد داشته باشد، چه بسا توهم شود

۱. مروج جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

۲. همان منبع.

۳. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۲.

که در اینجا لغویت و تحصیل حاصل پیش می‌آید که البته این توهم نیز فاسد است؛ چراکه لزوم لغویت در صورتی پیش می‌آید که انفکاک و جدایی بین دو خیار و جواز ممکن نباشد، درحالی‌که رابطه این دو عموم و خصوص من وجه است. با این توضیح که گاهی خیار و جواز معاطاتی ساقط می‌شود، اما خیار مصطلح ثابت و باقی است و گاه نیز خیار مصطلح ساقط می‌گردد، ولی خیار معاطاتی ثابت است و گاهی هم از حیث سقوط و بقا با هم جمع می‌شوند. بنابراین، هیچ منعی در اجتماع خیار معاطات با خیار مصطلح وجود ندارد.<sup>۱</sup>

نتیجه‌ای که از ترسیم و تبیین چهار صورت فوق اخذ می‌شود اینکه بدون تردید، خیارات در معاطات مفید ملکیت جایز، جاری است و تصور باطل و لغو بودن جریان آن، سخنی بدون دلیل است. در مقابل، گروه دیگری از اندیشمندان معتقدند که برطبق مبنای چهارم، باید بین خیارات مختلف قائل به تفصیل شد؛ یعنی بین خیاراتی که دلیل آنها دلالت بر این دارد که باید معامله با قطع نظر از وجود خیار و فی نفسه لازم باشد، با خیاراتی که ادله آنها عام است و در تمام معاملات جریان دارند، تفکیک داد. مثلاً دلیل خیار مجلس این است که «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و دلالت بر این دارد که بیع با قطع نظر از خیار مجلس فی نفسه لازم است. اما دلیل خیار غبن، که عبارت است از بنای عقلا، دال بر این است که اگر در معامله‌ای با بیع یا مشتری مغبون واقع شدند، کسی که مغبون است خیار دارد و دلالتی ندارد بر اینکه معامله با قطع نظر از خیار غبن باید لازم باشد. بنابراین در معاطات مفید ملکیت جایز، خیارات قسم اول جریان ندارد، چون اگر این خیار هم نباشد، ملکیت حاصل از آن لازم نیست. حاصل سخن اینکه، قسم اول خیارات که دلیل آنها خاص است، در معاطات مفید ملکیت جایز جریان ندارد، اما قسم دوم خیارات، مثل خیار غبن و عیب که دلیلشان عام است، در معاطات جریان دارند.<sup>۲</sup>

در نقد این دیدگاه، گفته می‌شود که: پذیرش قول به تفصیل، مستلزم آن است که تفصیل یادشده در بیع لفظی نیز هم جاری گردد. چون در بیع لفظی، در صورتی که اسباب متعددی برای خیار وجود داشته باشد و مثلاً مبیع حیوان باشد، با قطع نظر از دلیل خیار مجلس، باز هم این معامله لازم نخواهد بود؛ چون تا سه روز برای مشتری خیار حیوان وجود دارد. پس قهراً باید پذیرفت که در اینجا هم خیار جریان ندارد و این اشکال نقضی حاکی از آن است که لازمه قول به تفصیل، عدم پذیرش وجود دو یا چند خیار در یک معامله است درحالی‌که هیچ‌یک از فقیهان ملتزم به این نشده و نمی‌شوند. جواب حلی قابل بیان هم

۱. همان منبع.

۲. شیخ‌انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۳۷.

اینکه، هر دلیلی که خیار را اثبات می‌کند، معنایش این است که با قطع نظر از این خیار، معامله از جهت خود لازم است، اما منافات ندارد که از جهات دیگر جایز باشد. مثلاً وقتی گفته می‌شود: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع» معنایش این است که بیع از ناحیه خیار مجلس و به دلیل افتراق واجب می‌شود، اما منافاتی ندارد که از جهت سایر خيارات بتواند جایز باشد؛ چرا که لزوم آن، «نسبی» است.<sup>۱</sup>

با توضیحات پیشین و نقد ادله قول به عدم جریان مطلق خيارات و نیز قول به تفصیل، نظریه جریان همه خيارات در معاطات حتی بنا بر مبنای افاده ملکیت جایز به اثبات می‌رسد و بدین ترتیب، ثابت می‌شود که اگر قصد متعاطیان صرف اباحه تصرف نباشد، همه خيارات، اعم از خيارات مختص بیع و غیر آن در معاطات، قابل جریان است، خواه مبنای منتخب در مورد ماهیت و اثر معاطات اباحه تصرف باشد یا ملکیت جایز یا ملکیت لازم. اما با توجه به اینکه عده‌ای از معتقدین به قابلیت جریان خيارات در معاطات، در خصوص خیار شرط، به صورت ویژه، تشکیک نموده‌اند، در ادامه به صورت مجزا به طرح ادله مخالفین امکان جریان خیار شرط در بیع فعلی و نقد آنها پرداخته می‌شود:

## ۱.۲. جریان یا عدم جریان خیار شرط در معاطات

طرفین عقد در بیع لفظی این حق را دارند که شرط نمایند تا در مدتی معین برای فروشنده، خریدار یا برای هر دو یا برای شخص ثالث، اختیار فسخ قرارداد وجود داشته باشد. وفق ماده ۳۹۹ ق.م. این نوع اختیار برای فسخ معامله، خیار شرط نامید می‌شود. سؤالی که در این خصوص به میان می‌آید این است که آیا بایع می‌تواند در معاطات، یعنی هنگام اعطای مال به مشتری به قصد ایجاب، شرط فعل، وصف یا نتیجه را نیز ضمن آن، طرح و درج نماید؟ در این خصوص، گروهی دیدگاه عدم جواز را انتخاب نموده و ادله‌ای مطرح ساخته‌اند که بررسی آنها ضروری است. اولین دلیل این عده، عدم ارتباط شرط قولی با انشای فعلی اعلام شده است. برای نمونه، شیخ انصاری در این خصوص می‌گوید: «هر معامله‌ای که مثل معاطات، انشا و ایجاد آن با فعل باشد، امکان جریان خیار شرط که از مقوله لفظ و قول است، در آن وجود ندارد، زیرا قول (خیار شرط) نمی‌تواند با فعل ارتباط پیدا کند».<sup>۲</sup> مراد ایشان از عدم ارتباط شرط قولی با انشای فعلی آن است که خیار شرط باید در متن عقد ذکر شود؛ حال اینکه در معاطات و داد و ستد فعلی، عقدی وجود ندارد که بتوان خیار شرط را در متن آن قرار داد.<sup>۳</sup>

۱. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۳.

۲. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۵۶.

۳. کلانتر، سیدمحمد، محشّی کتاب المکاسب، ج ۱۵، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۲۸.

علت مذکور، برای اثبات عدم جریان خیار شرط در معاطات کافی نیست، چون ارتباط امری اعتباری است و اگر عقلاً این ارتباط را اعتبار کنند، مانعی ندارد و بدون نیاز به مؤونه، می‌شود بین قول و فعل ارتباط برقرار نمود. بنابراین اگر یکی از طرفین معاطات مقارن با فعل بگوید: «به این شرط که...» و کلام خود را با فعلش ربط دهد، همین کفایت می‌کند و ربط کلام با فعل حاصل می‌شود و التزام به این شرط از جزئیات الزام در التزام است.<sup>۱</sup> ضمن اینکه فعل گاهی به قول مرتبط می‌شود و بلکه از حیث اقتران به قول و وجود مناسبات بین فعل و قول، جزوی از قول محسوب می‌شود، مثل قرینه حالیه که در قرینه بودن، مثل قرینه مقالیه است؛ به نحوی که به سبب همانندی با قرینه حالیه، لفظ در غیر معنای حقیقی خود، ظهور پیدا می‌کند. بر این پایه، اگر شخصی مقارن با تعاطی بگوید: «برای من حق خیار باشد»، این قول مقارن با تعاطی، به انشای فعلی مرتبط می‌شود و موجب می‌گردد که آن فعل مقید به التزام مزبور باشد<sup>۲</sup> و معنای حقیقی شرط، یعنی «التزام فی ضمن التزام آخر»<sup>۳</sup>، تحقق خارجی پیدا کند.

دلیل دوم این گروه بر عدم جریان خیار شرط در معاطات، آن است که ماهیت معاطات از عقود جایز است و شروط در عقود جایز لزوم وفا ندارد. به عنوان مثال، اگر مالی به دیگری هبه شود، این عقد جایز است و واهب هر وقت بخواهد، می‌تواند از هبه خود رجوع کند و مال موهوبه را پس بگیرد. حال اگر واهب در ضمن عقد جایز هبه، شرطی کند، بنابر نظر مشهور، آن شرط چون در ضمن عقد جایز جعل شده، وجوب وفا ندارد، چون لزوم وفای به شرط به خاطر لزوم وفای به عقد است و از این رو، عقدی که اصلاً خودش لزوم وفا ندارد، معنا ندارد که شرطش لازم‌الوفا باشد.<sup>۴</sup> بر همین اساس، اشتراط خیار در معاطات نیز لغو محض است.<sup>۵</sup>

در نقد دلیل تنافی باید گفت که اولاً: همان‌طور که قبلاً ذکر شد، لغویت زمانی لازم می‌آید که جدایی یکی از خیارها یعنی خیار معاطاتی (جواز رجوع) و خیار مصطلح از دیگری، ممکن نباشد، درحالی‌که جدایی این خیارها از یکدیگر به وضوح روشن است، چون نسبت بین این دو جواز، عموم و خصوص

۱. ایروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۲۷.

۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ ق، ص ۲۳۱.

۳. همان منبع، ج ۳، ص ۷۸.

۴. فاضل لنکرانی، محمدجواد، درس خارج فقه-بیع و معاطات، ۱۳۸۸، جلسه ۷۶.

۵. ر.ک: (خوبی شهید)، سیدمحمدتقی، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۲، بیروت: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق، ص ۴۲.

منوجه است و هیچ محذوری در اجتماع خیارات مصطلح با خیار معاطات چه از لحاظ ثبوت و چه از لحاظ اثبات نیست.<sup>۱</sup> **ثانیاً:** دلیل و مستند وجوب وفای به شرط «لزوم عقد» نیست، چون در آن صورت، با عقود لازم خیار نقض می‌شود، بلکه دلیل آن، حدیث «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده فقهی مستخرج از آن است. شاهد مدعا اینکه، اگر کسی در عقود خیاری، یعنی عقودی که فی‌نفسه لازم است اما در آنها خیار وجود دارد، شرطی را مطرح کند، این شرط وجوب وفا دارد و باید به آن وفا کنند، اما اگر بایع معامله را فسخ کند، دیگر موضوع وجوب وفا منتفی می‌شود و چیزی باقی نمی‌ماند تا بخواهد به آن وفا کند. در عقود جایز مثل هبه نیز همین‌طور است و اگر کسی شرط کرد، آن شرط وجوب وفا دارد، اما واهب چون می‌تواند عقد را بهم بزند، اگر آن را فسخ کند، موضوع وجوب وفا نسبت به شرط هم از بین می‌رود. پس، شرط در جایی است که عقد باشد و هرگاه عقد از بین برود، دیگر موضوع منتفی می‌شود.<sup>۲</sup>

**ثالثاً:** دلیل تنافی اخص از مدعاست؛ چون مدعای مذکور این بود که در معاطات، مطلقاً خیار شرط جریان ندارد، خواه قائل به جواز شویم یا قائل به لزوم. درحالی‌که با کمی دقت روشن می‌گردد که دلیل تنافی فقط به جایی مربوط می‌شود که ما معاطات را مستلزم ملکیت جایز، بدانیم و نسبت به نظریه حصول ملکیت لازم، کارساز نیست.

## ۲. امکان سنجی جریان خیار در معاطات مبتنی بر یک اراده (ایقاعی)

در مقابل معاطات مبتنی بر دو اراده، معاطات ایقاعی قرار دارد؛ چون انجام عمل حقوقی معاطات به‌عنوان یکی از مصادیق انشای فعلی، هم به‌صورت تعاطی و هم به‌شکل اعطا از جانب واحد، قابل ترسیم است. ایقاع در یک دسته‌بندی به «ایقاع معین» که در قانون دارای نام معینی است و احکام آن توسط قانون‌گذار بیان شده است، مانند طلاق (ماده ۱۱۳۳ به‌بعد ق.م) ابراء (ماده ۲۸۹ به‌بعد ق.م) اخذ به شفعه (ماده ۸۰۸ به‌بعد ق.م)، و «ایقاع نامعین» که در قانون نام معینی ندارد، تقسیم می‌شود و در نگاه دیگر، به «ایقاع منجز»، مثل طلاق و «ایقاع معلق» تقسیم می‌شود؛ مانند شخصی که ابراء ذمه مدیون خود را معلق به موفقیت او در آزمونی مشخص بنماید.<sup>۳</sup> ایقاع همچنین به «ایقاع رضایی» در مقابل

۱. همان منبع؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۳.

۲. فاضل‌لنکرانی، محمدجواد، درس خارج فقه-بیع و معاطات، ۱۳۸۸، جلسه ۷۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی-ایقاع، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۸.

«ایقاع تشریفاتی» و به «ایقاع اصلی، مثل حيازت مباحات» در مقابل «ایقاع تبعی (که مستلزم وجود امری مقدم، بر آن است) مثل طلاق که مستلزم وجود رابطه نکاح مقدم بر آن است» تقسیم می‌گردد.<sup>۱</sup>

قاعده اولیه این است که معاطات در همه عقود و ایقاعات جریان دارد، مگر اینکه دلیلی بر لزوم لفظ وجود داشته باشد، همان‌طور که در انعقاد شرعی نکاح و طلاق چنین است؛ چون بدیهی است برای اعتبارات نفسانی، میرزی جز میرز خارجی فعلی و قولی وجود ندارد<sup>۲</sup> و از این رو، لفظ و فعل هر دو می‌توانند وسیله اثباتی ایقاعات باشند. برای ایقاع معاطاتی می‌توان چنین مثال زد که در ابراء، طلبکار اصل سند عادی طلب خود را که به امضای بدهکار رسیده است، به او تسلیم نماید یا پاره کند و قرآینی برخلاف این دلالت عرفی، موجود نباشد.<sup>۳</sup> مطابق ماده ۴۴۹ قانون مدنی نیز «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود» و این مثالی است برای ایقاع معاطاتی. حال پرسش بنیادین در این خصوص آن است که آیا در معاطات ایقاعی نیز همانند معاطات مبتنی بر اراده، امکان جریان خیار وجود دارد یا نه؟

برخی از محققان بر این باورند که جریان هیچ‌یک از خیارها در ایقاعات فعلی و لفظی ممکن نیست و برای اثبات ادعای خود به دلایلی مانند: «عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات» و «سازگار نبودن مفهوم شرط با مفهوم ایقاع»، و غیر آن استناد جسته‌اند. در مقابل، برخی قول به امکان را برگزیده و بیان داشته‌اند که: قاعده لاضرر، اختلال رضا در ایقاعات و سایر ادله، اثباتگر امکان تعدیل نظریه اختصاص خیارها به عقود معاوضی است. بر این پایه، جریان خیار در همه ایقاع‌ها در فرض تحقق شرایط و وجود سبب آن و در نبود مانعی منطقی ممکن است و بدین ترتیب، می‌توان در اخذ به شفعه به‌عنوان یک ایقاع، خیار عیب و خیار غبن و تدلیس و حتی رؤیت را تصور نمود و در صورت اجتماع شرایط هر یک از این خیارها، شفعه خواهد توانست نهادی را که با اراده یک‌طرفه خویش به وجود آورده است فسخ کند.<sup>۴</sup> برای نمونه، دکتر امامی ضمن اذعان به ایقاع بودن شفعه، در این خصوص می‌نویسد: «ماده ۴۵۶ ق. م که می‌گوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد...»؛ شامل شفعه نیز می‌گردد؛ زیرا شفعه یکی از معاملات لازمه شناخته می‌شود و ناچار مفاد مواد مربوطه به خیار عیب نسبت

۱. حیاتی، علی‌عباس، **حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۹۶.

۲. خوبی، سیدابوالقاسم، **منبع پیشین**، ص ۱۹۴.

۳. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (سقوط تعهدات)**، ج ۵، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۱۳۶.

۴. محمدی، سام؛ عبدالکریمی، هیوا، «بررسی جریان خیار در ایقاعات»، تهران: مجله پژوهش حقوق خصوصی) دانشگاه علامه طباطبائی، د. ۵، ش. ۱۷، زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۷۴.

به آن جاری خواهد گشت»<sup>۱</sup>. اذعان نویسندگان حقوقی به اینکه واژه معامله به معنای خاص آن، شامل ایقاعات هم می‌شود<sup>۲</sup>، شمول امکان جریان خیار نسبت به معاطات ایقاعی را از منظر قوانین موضوعه تقویت می‌کند. در ادامه، به بررسی هر یک از ادله مخالفین و پاسخ مقتضی به آنها جهت اثبات امکان جریان خیار در معاطات ایقاعی پرداخته می‌شود:

### ۲.۱. نبود موضوع فسخ در ایقاعات

این دسته بر این باورند که خیار همان ملکیت فسخ است و فسخ نیز فقط بین دو امر مرتبط به همدیگر وجود دارد و آن دو امر مرتبط، عبارت‌اند از دو قرار طرفین معامله. بنابر این، فسخ در ایقاعی که ماهیت آن التزام واحد است، معقول نیست<sup>۳</sup>. در نقد دلیل مذکور به‌طور اختصار می‌توان چنین گفت که اولاً: برای قابلیت رفع و فسخ، لزومی به وجود دو طرف و دو قرار نیست، بلکه وجود دو امر مرتبط به هم کفایت می‌کند<sup>۴</sup> و ثانیاً فسخ به معنای زایل نمودن و رفع امر ثابت و واحد بودن یا متعدد بودن امر ثابت، تأثیری در قابلیت رفع آن ندارد<sup>۵</sup> و این ویژگی‌ها در معاطات ایقاعی وجود دارد.

### ۲.۲. استلزام اعاده معدوم

از جمله ادله مخالفین جریان خیار در ایقاعات اعم از معاطات و غیر آن این است که جریان خیار در ایقاعات منجر به اعاده معدوم می‌شود که امری است محال. بدین بیان که مضامین ایقاعات در اکثر موارد، مثل زوال زوجیت در طلاق و زوال رقیب در عتق و سقوط ما فی‌الذمه در ابراء، اموری عدمی است<sup>۶</sup> و بدین علت، جعل خیار و حق رجوع در ایقاعات، از قبیل اعاده معدوم و باطل است؛ برعکس عقود که مضامین و مفاهیم آنها امور وجودی بوده و ممکن است با فسخ از آن رجوع شود<sup>۷</sup>. در نقد این استدلال باید گفت: حقیقت فسخ و رجوع به‌طور کلی، تملک جدید است و اثبات دوباره زوجیت و رقیب به‌عنوان اعاده امر موجود است؛ چون در غیر این صورت، لازم می‌آید که اعاده ملکیت زایل شده در بیع

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۳۴، صص ۵۳-۵۲.

۲. طاهری، حبیب‌الله، **حقوق مدنی**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق، ص ۹.

۳. ر.ک: حسینی‌روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۹.

۴. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

۵. حسینی‌روحانی، سیدصادق، **فقه الصادق علیه السلام**، ج ۱۷، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۶۴.

۶. خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ج ۶، ص ۲۷۱.

۷. ر.ک: کلانتر، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۱۱۰.

نیز اعاده معدوم محسوب گردد. باید توجه داشت که حکم یک شیء، به‌عنوان و اعتبار آن سرایت نمی‌کند و از این رو، توهّم عدم بازگشت سقوط آنچه در ذمه بوده، فاسد است؛ زیرا آنچه ساقط شده است، به وجود شخصی و حقیقی اش باز نمی‌گردد؛ اما عقلاً به وجود اعتباری خود و عنواناً قابل اعاده است.<sup>۱</sup> پس، نمی‌توان دلیل اعاده معدوم را به‌عنوان دلیل بر عدم جریان خیار در ایقاعات و معاطات ایقاعی، پذیرفت. گفتنی است که مخالفین جریان خیار در ایقاعات دلیل‌های دیگری نیز بر اثبات مدعای خود ارائه نموده‌اند که اخص از مدعا بوده و بر محور خیار شرط، مطرح گردیده است که در ادامه، به طرح و بررسی آنها پرداخته می‌شود:

### ۲.۳. عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات

برخی از اندیشمندان اسلامی چنین استدلال نموده‌اند که فسخ در ایقاع مشروعیت ندارد و پیرو آن، جعل خیار در ایقاعات، ممکن نیست. یعنی همان‌طور که در ضمن عقد، شرط تزویج دختر مشتری به بایع، بدون عقد نکاح صحیح نیست، همین‌طور صحیح نیست ایقاعی را که غیرقابل انفساخ است با شرط نمودن قابل فسخ کرد.<sup>۲</sup> شیخ انصاری در این خصوص می‌گوید: «فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد تا قابلیت اشتراط تسلط بر فسخ را داشته باشد. بنابراین رجوع در عده فسخ طلاق محسوب نمی‌شود، بلکه حکم شرعی در بعضی از اقسام طلاق بوده که در این اقسام قابل اسقاط نیست؛ همچنان که در غیر آن موارد قابل ثبوت نیست. برای مشروعیت فسخ باید دلیل داشت که در عقود برخلاف ایقاعات، به‌جهت مشروعیت اقاله و ثبوت خیار مجلس و حیوان و غیر آن، چنین دلیلی، موجود است، اما در ایقاعات، جواز شرعی فسخ آن محرز نیست تا اینکه اشتراط نقض اثر آن حین وقوع، صحیح باشد».<sup>۳</sup>

این استدلال، مبتنی بر قاعده فقهی «کلّ ما تجری فیهِ الإقالة یصحّ فیهِ شرط الخیار» است<sup>۴</sup> که مشروعیت جعل خیار شرط در قرارداد را منوط به مشروعیت و جواز اقاله در آن کرده<sup>۵</sup> و بیانگر آن است که خیار شرط فقط در قراردادهایی قابل درج است که به‌لحاظ شرعی و قانونی، قابلیت اقاله را داشته باشد و چون جعل خیار شرط نیازمند رضای طرفین بر فسخ است، از این رو، نازل منزله اقاله بوده و در نتیجه،

۱. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، **ایصال الطالب**، ج ۱۲، تهران: منشورات اعلمی، بی‌تا، ص ۱۲.

۳. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۴، ص ۱۵۰.

۴. موسوی خمینی (امام)، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۹۰.

۵. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۵۶.

قابلیت جعل آن منوط به وجود قابلیت اقاله است و چون معاطات ایقاعی و سایر ایقاعات قابل اقاله نیستند، از این رو، جعل خیار شرط نیز در آن صحیح نیست.

**در نقد استدلال** مذکور مبنی بر اینکه فسخ در ایقاعات مشروع نیست، همین بس که فسخ در وقف منقطع، نذر فرزند توسط ابوبن و همچنین فسخ نذر زن توسط شوهر و همین‌طور رجوع مرد در عده طلاق رجعی مشروعیت دارد.<sup>۱</sup> بنابراین، به موجب کلیه نمی‌شود گفت که فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد؛ بلکه اطلاق ادله شروط حاکی از آن است که اصل، دخول خیار شرط در تمامی عقود و ایقاعات است، مگر دلیلی بر اخراج وجود داشته باشد و دلیلی بر مخصص بودن قابلیت تقابل وجود ندارد<sup>۲</sup>، بلکه شرط خیار امری عقلایی است که شارع آن را امضا می‌کند و خارج شدن ایقاعات از تحت امر عقلایی (شرط) نیازمند دلیل است.<sup>۳</sup> در قالب یک ضابطه می‌توان گفت: در صحت اشتراط خیار، محور توجه قابلیت تقابل نیست، بلکه ضابطه در آن، وجود سلطنت انحلال معامله برای مجموع طرفین است که اگر چنین باشد، یکی از طرفین می‌تواند سهم خود را از سلطنت بر انحلال در قالب پذیرش خیار شرط، به طرف مقابل تفویض نماید.<sup>۴</sup>

#### ۲.۴. سازگار نبودن مفهوم شرط و ایقاع

دلیل دیگر بر عدم امکان جریان خیار شرط در ایقاعات، بی‌سنخیتی و ناسازگاری مفهوم شرط با مفهوم ایقاع است.<sup>۵</sup> بدین معنا که ایجاد شرط بین دو طرف، یعنی مشروطه و مشروط‌علیه، قابل تحقق است؛ در حالی که ایقاع، طرفینی نیست و قائم به فرد واحد است.<sup>۶</sup> برخی از محققان اسلامی نیز چنین آورده‌اند که: مفهوم شرط این است که بین دو نفر باشد؛ چنان‌که برخی از روایات<sup>۷</sup> بر این مطلب دلالت دارند، در حالی که ایقاع قائم به فرد واحد است.<sup>۸</sup>

۱. لاری، سید عبدالحسین، **التعلیقہ علی المکاسب**، ج ۲، قم: المعارف‌الاسلامیہ، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۳۳.

۲. مامقانی، ملا عبدالله، **نہایۃ المقال**، قم: الذخائر الإسلامیہ، ۱۳۵۰ ق، ص ۷۱.

۳. حسینی شیرازی، سید محمد، منبع پیشین، ص ۱۱.

۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۲۶.

۵. طباطبایی‌یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیہ مکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۱.

۶. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

۷. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیہ، ۱۴۰۷ ق، ص ۱۶۹.

۸. حسینی‌عاملی، جواد، منبع پیشین، ج ۴، ص ۵۶۸.

در **نقد** این دلیل، گفتنی است که آنچه از روایات برداشت می‌شود اینکه، شرط به **وجود** دو شخص مشروطاً و مشروطاً علیه قائم است؛ نه اینکه متوقف بر ایجاب و قبول و قائم به طرفین باشد.<sup>۱</sup> شاهد این ادعا این است که فقها در آزاد کردن برده به‌عنوان یک نوع ایقاع، با تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم»، شرط خدمت برای یک مدت مشخص را جایز شمرده‌اند. نهایت امر اینکه بنا بر قول بعضی از فقها لزوم آن همچون شرط مال بر ذمه بنده، بر قبول او متوقف است، اما این غیر از اشتراط وقوع شرط بین ایجاب و قبول است.<sup>۲</sup> همچنین به‌واسطه توقف شرط بر قبول، ایقاع از حقیقت خود خارج نمی‌شود، بلکه این شرط گاهی برعهده خود شخص ایقاع‌گر است؛ مثل اینکه طلاق‌دهنده بگوید: «انت طالق علی أن أعطیک درهما» که در این صورت او مشروطاً علیه نیز محسوب می‌شود و دلیلی بر اعتبار رضایت او نیست.<sup>۳</sup>

## ۲.۵. انصراف

انصراف خیار از ایقاعات و مخصوص شدن آنها به عقود معاوضی، یکی دیگر از ادله عدم جریان خیار در ایقاعات، از جمله معاطات ایقاعی، است. بدین بیان که ماهیت شرط، الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن است و به همین خاطر، ایقاعات را شامل نمی‌شود؛ چون شرط خیار فقط می‌تواند در ضمن دو التزام جاری شود. برخی از فقها و حقوق‌دانان چنین آورده‌اند که دلیل عدم جواز شرط خیار در ایقاعات، منع صدق شرط در ایقاعات و انصراف آن به عقود، است.<sup>۴</sup>

**در نقد استدلال** ابتدا باید گفت که انصراف انواع مختلفی دارد که در ادامه به آنها اشاره می‌گردد:

۱. انصراف بدوی: چنین انصرافی ناشی از کثرت خارجی بوده و با اندک تأملی از میان می‌رود و از این رو مانع از اطلاق نیست.
۲. انصراف ظهوری: که در اثر کثرت استعمال لفظ در یک فرد یا صنف خاص، ذهن شنونده با آن فرد و صنف انس پیدا می‌کند و به محض شنیدن آن لفظ، همان فرد یا صنف خاص به ذهن متبادر می‌شود.
۳. انصراف تیقنی: گاهی خود لفظ ظهور در آن فرد یا صنف ندارد ولی قدر متیقن در مقام تخاطب همین فرد یا صنف است که این نیز همانند انصراف ظهوری، مانع از تمسک به اطلاق می‌شود و متفرع بر مقدمه سوم از مقدمات حکمت یعنی فقدان قدر متیقن در مقام تخاطب، است.

۱. ابروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۱۴۹.

۲. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۴۹.

۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، منبع پیشین، ص ۳۱.

۴. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین؛ شهیدی، مهدی، منبع پیشین؛ موسوی خمینی (امام)، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ص ۳۷۴.

۴. انصراف اشتراکی: گاهی کثرت استعمال مطلق در فرد یا صنف به درجه‌ای رسیده که در آن حقیقت شده، ولی معنای اصلی مطلق هم مهجور نشده و هر دو موجود است و نتیجه، اشتراک لفظی است که باز مانع از تمسک به اطلاق است و سبب اجمال خطاب می‌شود.

۵. انصراف نقلی: گاهی از اشتراک لفظی هم بالاتر می‌رود و به درجه‌ای می‌رسد که در خصوص این فرد یا صنف حقیقت می‌شود و معنای اصلی مهجور و به معنای جدید نقل می‌شود؛ در این صورت چنین انصرافی مانع از تمسک به اطلاق است.<sup>۱</sup>

باتوجه به انواع انصراف، انصرافی را که برخی از مخالفین جریان خیار در ایقاعات مطرح ساخته‌اند، جز انصراف ظهوری و اشتراکی نمی‌تواند باشد. چون انصراف بدوی مانع از اطلاق نیست و انصراف تیقنی هم در مسئله مورد بحث منتفی است؛ چه اینکه در انصراف تیقنی گفته شد که خود لفظاً، ظهور در آن فرد یا صنف ندارد؛ درحالی‌که در مورد بحث، ظهور وجود دارد. انصراف نقلی هم در اینجا به سبب فقدان نقل، سالبه به انتفای موضوع است.

حال، در تحلیل دلیل فوق به نظر می‌رسد که استناد به انصراف ظهوری و اشتراکی، در خصوص عدم جریان شرط خیار در ایقاعات ناتمام است؛ زیرا فقیهان منشأ انصراف را تعریف لغوی شرط به «الزام شیء و التزام آن در بیع و مانند آن» می‌دانند که در قاموس و بعضی از کتب لغوی<sup>۲</sup>، آمده است؛ درحالی‌که واژه‌شناسان در تبیین معنا و مفهوم شرط، هم‌رأی نیستند، بلکه معدودی از ایشان شرط را معروف در بیع دانسته‌اند، نه منحصر در بیع و نظایر آن<sup>۳</sup> و برخی از واژه‌شناسان تصریح کرده‌اند که شرط به هر حکم معلومی گفته می‌شود که به امری تعلق دارد که با وقوع شرط، آن امر هم تحقق یافته و در واقع، آن امر همسان علامتی برای آن شرط است<sup>۴</sup>. بنابراین، ادعای انصراف ظهوری یا اشتراکی خیار شرط در عقود درست نیست و اینکه لازم است شرط در ضمن دو التزام باشد و در ضمن التزام واحد بودن کفایت نمی‌کند، سخنی بدون دلیل است، بلکه نصوص شرعی بر عدم لزوم آن دلالت می‌کند.<sup>۵</sup>

۱. محمدی خراسانی، علی، شرح کفایة الأصول، ج ۳، قم: امام حسن (ع)، ۱۳۸۵، ص ۳۷۸.

۲. فیروزآبادی، محمد، القاموس المحيط، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق، ص ۵۷۳؛ ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، ج ۷، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۳۹؛ واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۱۰، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۰۵.

۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۶، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۳۴؛ ابن عبّاد، ابوالقاسم اسماعیل، المحيط فی اللغة، ج ۷، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۹۱.

۴. راغب اصفهانی، حسین، مفردات الفاظ قرآن، بیروت: دارالعلم، ص ۴۵۰.

۵. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹؛ حسینی روحانی، سید صادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۷.

## ۲.۶. عدم امکان انضمام شرط به عوضین، در ایقاع

برخی از فقهای امامیه در توجیه عدم جواز دخول شرط خیار در ایقاعات و الزام‌آور نبودن آن چنین استدلال آورده‌اند که با درج شرط در ضمن قرارداد، شرط مذکور ضمیمه یکی از عوضین می‌شود و در مقابل عوض دیگر قرار می‌گیرد؛ حال اینکه در ایقاع، برخلاف عقود، عوضی وجود ندارد تا شرط بتواند ضمیمه آن شود و در نتیجه، ربط و پیوندی بین شرط و قرارداد ایجاد نخواهد شد. چون در ایقاع، متعلق (انشاء) منشأ، به صرف انشاء، به وجود می‌آید و متوقف بر قبول طرف مقابل نیست و از این رو، شرطی که پس از انشای ایقاع واقع شود در فرض عدم اناطه و انضمام آن به منشأ، مصداق شرط ابتدایی خواهد شد که لازم‌الوفاء نیست و در صورت اناطه هم به معنای تعلیق منشأ خواهد بود که آن نیز باطل است و بنابراین، در هر حالت، خارج از محل بحث، یعنی التزام در ضمن التزام، می‌شود.<sup>۱</sup>

در نقد این اشکال باید گفت که تعلیق در منشأ، آسیبی به التزام طرف مقابل نمی‌رساند؛ چون تعلیق بر امری است که وجودش مسلم و احراز شده است.<sup>۲</sup> افزون بر این، معیار در تحقق بایبی مفهوم شرط، آن است که الزام و التزام مشروطه و مشروط‌علیه، مستقل از یکدیگر نباشند و به گونه‌ای به هم مرتبط باشند و این ملاک در مسئله مورد بحث ما نیز تحقق یافته است؛ چون هنگامی که الزام در ضمن ایقاع ایجاد می‌شود و التزام طرف مقابل نیز با داشتن وصف ارتباط، بدان الزام تعلق می‌یابد، مجموع الزام و التزام مرتبط به آن ایقاع حاصل می‌گردد. ولی اینکه الزام و التزام باید به شکلی باشد که ضمیمه یکی از عوضین محسوب شود، هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد. در عقود هم منشأ با این معنا، منوط به شرط نمی‌گردد و به همین خاطر است که هیچ وقت، یک مقدار از عوض، که در برابر شرط قرار گرفته، بازگردانده نمی‌شود.<sup>۳</sup>

اشکال دیگر یعنی بازگشت شرط نام برده به تعلیقی که اجماع بر بطلان آن وجود دارد، با دو جواب رد می‌شود:

اولاً اشکال یادشده مختص شرط خیار در ایقاعات نیست بلکه در شرط خیار در عقود نیز بحث به همین شکل است؛ یعنی عدم جواز تعلیق و لزوم تجزیه در هر دو یکسان است.

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ج ۲، ص ۵۶.

۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، ج ۴، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق، ص ۱۷۷.

۳. حسینی روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۱۲، ص ۱۶۴.

ثانیاً، اساساً شرط خیار به تعلیق در منشأ بازگشت ندارد، زیرا ملکیت عین که با عقد بیع انشا می‌شود، ملکیتی دائمی است و جدایی حاصل به وسیله ایقاعی مثل طلاق هم دائمی است و نهایت امر، ذوالخیار می‌تواند آن ملکیت و جدایی را با ابطال بیع و طلاق رفع نماید، همسان تأثیر اقاله در عقد؛ چراکه بین اقاله و ملکیت مطلقه بودن منشأ در حین انشا تنافی وجود ندارد. با این فرق که اقاله حق طبیعی طرفین است، ولی حق فسخ ایجادشده با شرط خیار حقی جعلی است که برای ثبوت خود به اشتراط آن در ضمن انشا نیازمند است.<sup>۱</sup>

## ۲.۷. اجماع

شیخ طوسی در مبسوط، علت عدم مشروعیت جعل خیار در طلاق و عتق را اجماع اعلام داشته<sup>۲</sup> و ابن‌ادریس بر عدم جریان خیار مجلس و خیار شرط در خصوص طلاق و عتق، ادعای عدم خلاف کرده است.<sup>۳</sup> برخی نیز عدم ثبوت خیار در عتق، ابراء و طلاق را دیدگاه اتفاقی فقیهان اعلام داشته‌اند.<sup>۴</sup> از این میان، ابن‌ادریس ذیل بیان عدم خلاف، استدلال دیگری نیز بر این نظریه ارائه داشته و چنین آورده است: «در طلاق، از آنجا که عقد نیست، خیار شرط و مجلس داخل نمی‌شود».<sup>۵</sup> همان‌طور که مشاهده می‌گردد، مقتضای تعلیل وی بر «عقدنبودن طلاق»، تعمیم حکم به سایر ایقاعات است و بر همین اساس، صاحب جواهر نیز بر این تعلیل وی صحه می‌گذارد و می‌افزاید: «ثبوت خیار در این موارد با ایقاع بودن آنها منافات دارد؛ لذا در سرائر علت عدم ثبوت خیار در طلاق را ایقاع بودن آن دانسته و مقتضای این سخن، تعمیم حکم به سایر ایقاع‌هاست و شاید مسئله همین‌گونه باشد».<sup>۶</sup>

در بررسی دلیل اجماع باید گفت: چنانچه به لحاظ صغروی، اجماع اصولی و کاشف از قول معصوم (ع) بر عدم صحت درج شرط خیار در همه ایقاعات یا بعضی از آنها وجود داشته باشد، باید براساس آن عمل شود و گرنه مقتضای عموم «المؤمنون عند شروطهم» صحت شرط خیار در ایقاعات است. تحقیق مطلب نیز آن است که اعتبار چنین اتفاق نظری با وجود روایات صحیحی که در مورد ثبوت خیار شرط در عتق،

۱. خوبی (شهید)، سیدمحمدتقی، منبع پیشین، ص ۱۱۰.

۲. شیخ طوسی، محمد، المبسوط، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق، ص ۸۱.

۳. ابن‌ادریس حلی، محمد، السرائر، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۶.

۴. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام، ج ۳، قم: المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۱۲.

۵. ابن‌ادریس حلی، محمد، منبع پیشین.

۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، بیروت: إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ص ۶۴.

وارد شده مشکل است<sup>۱</sup> و شائبه مدرکی بودن آن را القا می‌کند. چون بعضی از فقیهان در مورد عتق، اشتراط بازگرداندن برده آزاد شده به حالت رقیب را در فرض تخلف از چیزی که بر او شرط شده است، به دلیل وجود خبر واحد معتبر و خاص<sup>۲</sup> جایز دانسته‌اند<sup>۳</sup>. ضمن اینکه، اجماع ادعا شده فقط منحصر در سه مورد از ایقاعات یعنی، عتق، طلاق و ابراء است نه هر نوع ایقاع معاطاتی و لفظی<sup>۴</sup> و از این رو، افزون بر اینکه اخص از مدعاست، کاشف از قول معصوم نیز نیست<sup>۵</sup>.

حاصل سخن اینکه از مطالب مربوط به ادله مخالفین جریان خیار در ایقاعات و نقد آنها، می‌توان به این نتیجه دست یافت که در معاطات ایقاعی نیز همه خیارها، جریان دارد.

### نتیجه گیری

در خصوص اثر فقهی و حقوقی معاطات، دیدگاه‌های مختلفی از دانشمندان اسلامی بیان شده است؛ از جمله، لزوم معاطات مطلقاً، عدم لزوم معاطات مطلقاً، لزوم معاطات به شرط لفظ بودن دال بر رضا یا معامله، مفید اباحه جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک؛ مفید اباحه تصرفات غیرمالکانه و نهایتاً عقد فاسد بودن معاطات. گفتنی است، عمده دلیل مشترک بین اقوال مختلف به استثنای قول اول (لزوم مطلق)، متوقف بودن لزوم عقد به ایجاب و قبول لفظی است. اما با عنایت بر اقوال مختلف در آثار فقهی و حقوقی معاطات و نقد و بررسی استنادات و دلایل خاص هر یک از اقوال، ادله قول به لزوم معاطات، از آیات و روایات و همچنین بنای عقلا و اصل استصحاب به عنوان محکم‌ترین دلیل از میان سایر ادله به شمار می‌آید؛ چه اینکه، انشا و ایجاد معامله، منحصر به ایجاب و قبول لفظی نیست، بلکه فقط یکی از راه‌های ایجاد معامله محسوب می‌شود و تحقق آن از طریق ایجاب و قبول فعلی نیز امکان پذیر است؛ به دیگر سخن، ایجاب و قبول از مقوله الزام و التزام است نه الفاظ. یافته‌های تحقیق نشان داد که بین امکان و عدم امکان جریان خیار در معاطات عقدی و ایقاعی، با برداشت اندیشمندان از وضعیت فقهی و

۱. سبزواری، عبدالاعلی، **مهذب الاحکام**، ج ۱۷، قم: موسسه المنار، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۲۲.

۲. موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) درباره مردی است که برده خود را آزاد کرده و دخترش را به ازدواج او در آورده و شرط کرده که در صورت فریب دادن دخترش او را به رقیبت برگرداند و حضرت فرمودند: این شرط به نفع آن مرد خواهد بود (حرعاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، ج ۲۳، قم: موسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۷).

۳. ابن‌براج، قاضی عبدالعزیز، **المهذب**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۳۵۹؛ فاضل‌هندی، محمد، **کشف اللتام و الایهام**، ج ۸، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۶۲.

۴. طباطبایی‌یزدی، سیدمحمد کاظم، **منبع پیشین**، ص ۳۲.

۵. حسینی‌روحانی، سیدصادق، **منبع پیشین**، ۱۴۱۲، ص ۱۶۲.

حقوقی معاطات و آثار مترتب بر آن، ارتباط معناداری وجود دارد. بدین ترتیب که اگر قصد متعاطیان از معاطات صرف اباحه تصرف باشد، در این فرض، به باور بیشتر اندیشمندان، معاطات اساساً بیع نخواهد بود تا محل جریان خیار باشد. ولی چنانچه قصد طرفین معاطات، تملیک و تملک و معامله باشد، ولی در خارج تنها مفید اباحه تصرف باشد، گروهی از ایشان به منع مطلق جریان خیار رأی دادند و وفق نظر رقیب، باید قائل به تفصیل شد؛ به این نحو که چنانچه هدف از جعل خیار، مترتب ساختن اثر فعلی بر عقد باشد، خیار در اینجا جریان پیدا نمی‌کند؛ اما اگر مراد متمکن ساختن صاحب خیار در الغای امر مؤثر در نقل و انتقال باشد، خیار قابل جریان است. اندیشمندی هم که معتقدند در تجارت‌های معاطاتی، قصد متعاطیان تملیک است و عرفاً و شرعاً نیز معاطات همچون بیع قولی مفید ملک لازم قلمداد می‌گردد و از این رو، جریان خیار در معاطات قابل پذیرش است، گرچه در بین این گروه، در خصوص خیار شرط اقوال مختلفی ارائه شده است. بر مبنای نظریه مفید ملک جایز و متزلزل بودن معاطات نیز سه قول: جریان، عدم جریان و تفصیل بین انواع خیار اظهار شده است. اما به باور نویسندگان پژوهش حاضر، تحقیق مطلب این است که با توجه به آثار مطرح برای معاطات و دیدگاه‌های مختلف اندیشمندان اسلامی در خصوص جریان یا عدم جریان خیارها بر مبنای هر یک از آثار مذکور و با عنایت به نقد و بررسی ادله و استنادات هر یک از دیدگاه‌ها، روشن شد که خیار در معاطات، با توجه به تمام آثار آن اعم از افاده اباحه تصرف یا ملکیت جائزه یا ملکیت لازم، جاری است. همچنین با تأمل در نقد و اشکالات وارده بر ادله قائلین عدم جواز جریان خیار شرط در معاطات مبتنی بر دو اراده معلوم گردید که در جریان خیار در معاطات، هیچ فرقی میان خیار جعلی، مثل خیار شرط که منوط به جعل و قرارداد طرفین معامله است و خیار حکمی، مثل خیار مجلس و حیوان، وجود ندارد. در مورد جریان خیار در معاطات ایقاعی هم اثبات گردید که به استثنای برخی از ایقاعات، مثل طلاق، که تعبداً به صورت معاطاتی واقع نمی‌شود، جریان خیار در معاطات ایقاعی بلامانع است.

گفتنی است که از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م و نیز با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م می‌توان قبول جریان همه خیارها حتی خیار شرط را در معاطات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. مستنبط از ظاهر ماده ۴۵۶ قانون مذکور نیز، که تمام خیارها را در معاملات لازمه جاری می‌داند، این است که امکان جریان خیار مختص معاملات مبتنی بر دو اراده نیست، بلکه معاطات ایقاعی را هم در برمی‌گیرد؛ چراکه به اذعان حقوق دانان، معامله به معنای خاص آن شامل ایقاعات هم می‌شود.

## منابع

## فارسی

## کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۳۴.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲.
۴. حیاتی، علی عباس، **حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۵. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (سقوط تعهدات)**، ج ۵، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۶. طاهری، حبیب‌الله، **حقوق مدنی**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۷. فاضل لنکرانی، محمدجواد، **درس خارج فقه - بیع و معاطات - جلسه ۷۶**، ۱۳۸۸.
۸. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - ایقاع**، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها (انحلال قراردادها)**، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین**، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶.
۱۱. محمدی خراسانی، علی، **شرح کفایة الأصول**، ج ۳، قم: امام حسن (ع)، ۱۳۸۵.

## مقاله

۱۲. محمدی، سام، و هیوا عبدالکریمی، «بررسی جریان خیار در ایقاعات»، تهران، **مجله پژوهش حقوق خصوصی**، د. ۵، ش. ۱۷، زمستان ۱۳۹۵، صص. ۱۵۹-۱۸۰.

<https://doi.org/10.22054/jplr.2017.7129>

## عربی

## کتاب

۱۳. ابن ادریس حلی، محمد، **السرائر**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، **المهذب**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۱۵. ابن عبّاد، ابوالقاسم اسماعیل، **المحیط فی اللغة**، ج ۷، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ج ۷، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. اصفهانی، سید ابوالحسن، **وسيله النجاه**، قم: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ ق.
۱۸. اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۴، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۱۹. ایروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۰. تبریزی، جواد بن علی، **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. حجت کوه کمری، سید محمد، **کتاب البیع**، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، ج ۲۳، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. حسینی روحانی، سید محمد صادق، **فقه الصادق علیه السلام**، ج ۱۷، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. حسینی روحانی، سید محمد صادق، **منهاج الفقاهه**، ج ۳، قم: انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۵. حسینی شیرازی، سید محمد، **ایصال الطالب الی المکاسب**، ج ۱۲، تهران: منشورات اعلمی، بی تا.
۲۶. حسینی عاملی، جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. حسینی میلانی، سید محمد هادی، **محاضرات فی فقه الامامیه - کتاب البیع**، مشهد: دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ ق.
۲۸. خوانساری، محمد (بی تا)، **الحاشیه الاولی علی المکاسب**، قم: تبلیغات اسلامی، بی تا.
۲۹. خوبی (شهید)، سید محمد تقی، **الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود**، ج ۲، بیروت: دارالمؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. خوبی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، ج ۲، قم: مؤسسه الامام خوئی، بی تا.
۳۱. راغب اصفهانی، حسین، **مفردات الفاظ قرآن**، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
۳۲. رشتی، میرزا حبیب الله، **فقه الإمامیه - قسم الخیارات**، قم: داوری، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. سبزواری، عبدالاعلی، **مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، ج ۱۷، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الأفهام**، ج ۳، قم: المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتح، **هدایه الطالب الی اسرار المکاسب**، ج ۲، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.

۳۶. شیخ‌انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. شیخ‌طوسی، محمد، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲، تهران: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۸. طباطبایی قمی، سید تقی، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، ج ۴، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۳۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، **حاشیه المکاسب**، قم: انتشارات غفور، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. فاضل هندی، محمد، **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الأحكام**، ج ۸، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، **کتاب العین**، ج ۶، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. فیروزآبادی، محمد، **القاموس المحيط**، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق.
۴۴. کلانتر، سیدمحمد، **محشی کتاب المکاسب**، ج ۱۵، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۶. لاری، سید عبدالحسین، **التعلیقہ علی المکاسب**، ج ۲، قم: المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
۴۷. مامقانی، ملاعبدالله، **نهایه المقال فی تکمله غایه الامال**، قم: الذخائر الإسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۴۸. مروج جزائری، سیدمحمد، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۴۹. مکارم‌شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة - کتاب البیع**، قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۲ ق.
۵۰. موسوی خمینی (امام)، سید روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. نائینی، میرزاحمدحسین، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۱، تهران: المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۵۲. نجفی کاشف‌الغطاء، عباس، **الفوائد الجعفریه**، عراق: مؤسسه کاشف‌الغطاء، بی‌تا.
۵۳. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، بیروت: إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۴. واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۱۰، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.

## References

### Books

1. Emami, Seyyed Hasan, **Civil Law**, Vol. 3, Tehran, Islamia Publications. 1955. (in Persian)
2. Esfahani, Mohammad Hossein, **Margin of Kitab Al-Makasib**, Vol. 4, Qom, Anwar Al-Hadi. 1997. (in Arabic)
3. Esfahani, Sayyed Abd Al-Hassan, **Wasile Al-Najat**, Qom, Publishing the Works of Imam Khomeini. 2001. (in Arabic)
4. Farahidi, Khalil ibn Ahmad, **Kitab Al-Eyn**, Vol. 6, Qom, Hijrat Publishing. 1989. (in Arabic)
5. Fazel Hendi, Muhammad, **Kashf Al-Letham Va Al-Ebham An Ghavaed Al-Ahkam**, Vol. 8, Qom, Islamic Publications. 1995. (in Arabic)
6. Fazel Lankarani, Mohammad Javad, **Jurisprudence Course - Sale and Payments - Session 76**. 2009. (in Persian)
7. Firuzabadi, Mohammad, **Al-Qamus Al-Mohit**, Vol. 2, Beirut, Dar Al-Kutb Al-Ilmiyah. 2008. (in Arabic)
8. Hayati, Ali Abbas, **Civil Law-General Rules of Contracts**, Tehran, Mizan. 2013. (in Persian)
9. Hojjat-Kuh-Kamari, Seyyed Muhammad, **Kitab Al-Biya**, Qom, Islamic Publications. 1988. (in Arabic)
10. Horr Ameli, Muhammad ibn Hassan, **Wasa'il Al-Shi'ah**, Vol. 23, Qom, Al-Bayt Institute. 1988. (in Arabic)
11. Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq, **Fiqh Al-Sadiq**, Vol. 17, Qom, Dar al-Kitab. 1991. (in Arabic)
12. Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq, **Minhaj al-Fiqhahat**, Vol. 3, Qom: Anwar al-Huday, 2008. (in Arabic)
13. Hosseini-Ameli, Javad, **Miftah Al-Karamah Fi Sharh Ghavaed Al-Allamah**, Vol. 12, Qom, Islamic Publications. 1998. (in Arabic)
14. Hosseini-Milani, Seyyed Mohammad Hadi, **Lectures on Imami Jurisprudence - Book of Sale**, Mashhad, Ferdowsi University. 1975. (in Arabic)
15. Hosseini-Shirazi, Seyyed Mohammad, **Isaal-Talib Ela Al-Makasib**, Vol. 12, Tehran, Scientific Publications. n.d. (in Arabic)
16. Ibn-Barraj, Ghazi-Abd Al-Aziz, **Al-Muhadzb**, Vol. 2, Qom, Islamic Publications. 1985. (in Arabic)
17. Ibn-Idris-Helli, Muhammad, **Al-Saraer**, Vol. 2, Qom, Islamic Publications, 1991. (in Arabic)

18. Ibn-Manzoor, Muhammad ibn Makram, **Lesan Al-Arab**, Vol. 7, Beirut, Dar al-Fikr. 1993. (in Arabic)
19. Ibn-Obbad, Abu Al-Ghasim Ismail, **Al-Muhit Fi Al- Lughah**, Vol. 7, Beirut, Alam al-Kutb. 1993. (in Arabic)
20. Iraqi, Agha Zia Al-Din, **Marginalia of al-Makasib**, Qom, Ghafour Publications. 2001. (in Arabic)
21. Irvani, Ali ibn Abdul Hussein, **Margin of Makasib**, Vol. 2, Tehran, Ministry of Culture & Islamic Guidance. 1985. (in Arabic)
22. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, **Al-Fariq**, Tehran: Ganj Danesh, 1402. (in Persian)
23. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, **Detailed in Legal Terminology**, Tehran: Ganj Danesh, 2012. (in Persian)
24. Kalantar, Seyyed Mohammad, **Commentary on Al-Makasib**, Vol. 15, Qom, Dar Al-Kitab. 1989. (in Arabic)
25. Katouzian, Nasser, **Civil Law: Unilateral Acts**, Vol. 1, Tehran, Mizan. 2005. (in Persian)
26. Katouzian, Nasser, **General Rules of Contracts (Termination of Contracts)**, Vol. 5, Tehran: Publishing Joint Stock Company, 2008. (in Persian)
27. Katouzian, Nasser, **Introductory Course in Civil Law: Lessons from Specific Contracts**, Vol. 1, Tehran: Ganj Danesh, 2017. (in Persian)
28. Khansari, Mohammad, **The First Commentary on Al-Makasib**, Qom, Islamic Publication. n.d. (in Arabic)
29. Khoiy (Martyr), Seyyed Muhammad Taqi, **The Conditions or Subordinate Obligations in Contracts**, Vol. 2, Beirut, House of the Arab Historian. 1993. (in Arabic)
30. Khoiy, Seyyed Abul-Qasim, **Misbah Al-Fiqhahat**, Vol. 2, Qom, Dar al-Ilm. 1988. (in Arabic)
31. Koleyni, Muhammad bin Yaqub, **Al-Kafi**, Vol. 5, Tehran, Islamic Books House. 1986. (in Arabic)
32. Lari, Seyyed Abd al-Hussein, **Annotations on Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Al-Ma'arif Al-Islamiya. 1997. (in Arabic)
33. Makarem-Shirazi, Nasser, **Anwar Al-Fiqhahat: The Book of Sale**, Qom, Imam Ali School. 2001. (in Arabic)
34. Mamaqani, Mulla Abdullah, **Nihayat Al-Maghal Fi Takmelat Ghayat Al-Amal**, Qom, Al-Zhakhar al-Islami. 1931. (in Arabic)
35. Mohammadi-Khorasani, Ali, **Commentary on Al-Kifaya al-Usul**, Vol. 3, Qom, Imam Hassan. 2006. (in Persian)
36. Moravej-Jazayeri, Seyyed Mohammad, **Hoda Al-Talib Fi Sharh Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Dar al-Kitab Institute. 1995. (in Arabic)

37. Mousavi-Khomeini (Imam), Seyyed Ruh-Allah, **Kitab Al-Beyea**, Vol. 1, Qom, Dar al-Elam. n.d. (in Arabic)
38. Naini, Mirza Mohammad Hossein, **Moniyat Al-Talib Fi Sharh Al-Makasib**, Vol. 1, Tehran, Al-Muhammadiya Library. 1994. (in Arabic)
39. Najafi Kashif Al-Ghita, Abbas, **The Ja'fari Virtues**, Iraq, Kashf-al-Ghata Institute. n.d. (in Arabic)
40. Najafi, Mohammad Hassan, **Javaher Al-Kalam**, Vol. 23, Beirut, Revival of Arab Heritage. 1983. (in Arabic)
41. Raghieb Esfahani, Hussein, **Dictionary of the Words of the Quran**, Beirut: Dar Al-Ilm, 1991. (in Arabic)
42. Rashti, Mirza Habibullah, **Imami Jurisprudence - Section of the Rights of Option in Transaction**, Qom: Davari, 1986. (in Arabic)
43. Sabzevari, Abdul Aali, **Mohazab Al-Ahkam Fi Bayan Al-Halal Va Al-haram**, vol. 17, Qom: Al-Manar Institute, 1992. (in Arabic)
44. Shahid Thani, Zeyn Al-Din ibn Ali, **Masalik Al-Afham**, Vol. 3, Qom, Al-Ma'arif al-Islamiyyah. 1992. (in Arabic)
45. Shahidi, Mahdi, **Civil Law (The Fall of Obligations)**, Vol. 5, Tehran, Majd. 2016. (in Persian)
46. Shahidi-Tabrizi, Mirza Fattah, **Hidayat Al-Talib Ela Asrar Al-Makasib**, Vol. 2, Tabriz, Information Printing House. 1996. (in Arabic)
47. Sheikh Ansari, Murtaza, **Kitab Al-Makasib**, Vol. 3, Qom, Sheikh Ansari's Congress. 1994. (in Arabic)
48. Sheikh Tusi, Muhammad, **Al-Mabsut Fi Fiqh Al-Imamiah**, Vol. 2, Tehran: Al-Maktabah Al-Murtazawiyah, 1967. (in Arabic)
49. Tabatabaei-Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, **Marginalia of al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Ismailian. 2000. (in Arabic)
50. Tabatabayi-Qommi, Seyyed Taqi, **Our studies in Ja'fari jurisprudence**, Vol. 4, Qom, Al-Khayyam Publication. 1979. (in Arabic)
51. Tabrizi, Javad ibn Ali, **Ershad Al-Talib Ela Al-Taligh Ala Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Ismailian. 1995. (in Arabic)
52. Taheri, Habibollah, **Civil Law**, Vol. 2, Qom: Islamic Publications, 1997. (in Persian)
53. Vaseti-Zubaidi, Seyyed Mohammad Murtaza, **Taj Al-Arus Men Javaher Al-Ghamus**, Vol. 10, Beirut, Dar Al-Fikr. 1993. (in Arabic)

#### Articles

54. Mohammadi, Sam; Abdul Karimi, Hiwa, "Critical Analysis of Rights of Rescission in Unilateral Acts", *Journal of Private Law Research*, No. 17, winter. 2016, pp. 159-180. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.7129>

## Examining the Possibility of Exercising the Right of Option in Transaction by Conduct

Israfil Farzaneh\*  
Ahmad Mortazi\*\*

Received: 2025.10.02

Accepted: 2025.02.12

### Abstract

One of the minor issues raised regarding transaction by conduct is the possibility of exercising the right of option therein. If the intention of the parties to the transaction by conduct is simply to allow possession, then, according to most jurists, the transaction is not a sale at all and consequently, it is not possible to exercise options thereto. On the other hand, if their intention is owning, possession, and transaction, but the only benefit is the permission to possess; according to one opinion, exercising the right of option is absolutely prohibited, and according to another, a distinction must be made: In this way, if the purpose of including the right of withdrawal is to create an actual effect on the contract, the option will not be valid here, but if the purpose is to enable the option holder to cancel something that is effective in the transfer, the option is valid. Another viewpoint is that if the transactors' intention is ownership transfer and, according to custom and law, transactions such as a verbal sale are considered effective to irrevocable ownership, in this case, the option is accepted, although different opinions have been presented regarding the option of condition. From a legal perspective, it should be stated that from the totality of Article 339 of the Civil Code together with the totality of Article 456 of the Civil Code, likewise, by invoking the appearance of Article 193 of the Civil Code, it is possible to accept the same theory, namely the exercising of all options, even option of condition, in transactions by conduct, from the perspective of the Iranian legislator. Based on the theory that transactions by conduct, give rise to volatile (cancellable) ownership, three propositions have been stated: exercising, non-exercising, and distinction between types of options. This research has proven that, according to all the aforementioned principles, the exercising of all options, even the option of condition, is possible in transaction by conduct, and in unilateral transaction by conduct, with the exception of some unilateral, such as divorce, which involves an obligatory exit, the exercising of options is not prohibited.

### Keywords:

Transaction by Conduct, Options in Transaction by Conduct, Unilateral Transaction by Conduct, Permission to Possess, Verbal Sale

---

\* L.L.M., Faculty of Theology & Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Corresponding Author Email: d.m.a.fiqh@gmail.com

\*\* Associate Professor, Faculty of Theology & Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.