

Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will

Mohammadali Saeedi


Assistant Professor of Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: saeedi_mha@yahoo.com

Mahdi Miri

PhD Candidate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: mahdimiri427@yahoo.com

Farzaneh Karami* (Corresponding Author) 

PhD Candidate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: f_karami91@yahoo.com



Use your device to scan
and read the article online

Citation Saeedi, M., Miri, M., Karami, F. (2025). Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 159-194

 [10.22034/ilaw.2025.708996](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708996)

Received: 24 April 2023 , Accepted: 21 October 2023

Abstract

A condition option is a type of right to terminate a contract necessary for a certain period of time, which arises based on the consent and agreement of the will of the parties to the transaction in the form of a condition included in the contract, which is necessary for one of the parties or both or a third party. The extent of the option of the condition in the necessary contracts is one of the challenges that can be raised, which in Islamic jurisprudence includes criteria such as the combination between the possibility of abatement in the contract and the option of the condition, or the basis of the contract on the contract or the criterion of the duration of the contract. This diversity and difference among the rules and the lack of comprehensive rules to distinguish the mechanisms of the flow of conditions in contracts have been reflected in the legal texts of Iran and other Islamic countries, which makes it necessary to study this issue and reach a proper attitude. The results of the present article, which was carried out with a descriptive-analytical method, state that the condition option is a product of the agreement of the parties to the transaction, and the freedom of will is not absolute and is limited to the way that it does not contradict the book and the Sunnah and causes the analysis of haram or sanctions. Do not become halal. Also, it should not be against good morals and public order. Therefore, by focusing on the principle of sovereignty of the will, non-opposition to Sharia and the law, and considering the role of the nature and necessity of that contract, comprehensive and systematic rules can be presented for the flow of the condition option in contracts.

Keywords

The flow of the condition, the principle of sovereignty of the will, the nature of the contract, the consent of the parties, necessary contracts



Extended Abstract

1. Introduction

The Option of Condition (Khiyar al-Shart) is defined as a specific right to rescind a binding contract within a determined period, established through the mutual agreement of the parties or for the benefit of a third party. While the principle of contractual stability is paramount in Islamic jurisprudence and modern civil laws, the inclusion of an option to rescind introduces a state of potential instability (Tazalzul) to the legal relationship. The central legal challenge addressed in this research is the determination of a comprehensive criterion to identify which binding contracts permit the inclusion of Khiyar al-Shart and which exclude it due to their inherent nature or religious prohibitions.

In Imami jurisprudence, various criteria have been proposed, such as the correlation between the validity of bilateral rescission (Iqala) and the option of condition, or the distinction between "divine" acts involving the intent of proximity to God (Qasda al-Qurbah) and purely commercial transactions. Similarly, Sunni schools of thought (Hanafi, Shafi'i, Maliki, and Hanbali) have introduced criteria based on the compensatory nature of contracts (Mughabanah), the prevention of the loss of benefits, or the necessity of the option holder's consent. These jurisprudential differences are mirrored in modern legal systems. For instance, while Article 456 of the Iranian Civil Code suggests that all options (except those specific to sale) are generally applicable to all binding contracts, legal scholars argue that the nature of contracts like marriage, endowment (Waqf), and guarantee (Dhaman) necessitates their exclusion. A similar lack of a unified criterion is observed in Iraqi law, which specifies the option's applicability in certain contracts like sale and lease but remains silent on a general rule. This research seeks to bridge these gaps by proposing a systematic, three-stage framework for determining the applicability of Khiyar al-Shart.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical approach to examine the legal and jurisprudential principles governing the option of condition. The methodology involves a comparative analysis across three primary dimensions: Imami jurisprudence, the four Sunni schools, and the civil laws of Iran and Iraq. The research first reviews existing criteria proposed by classical and contemporary jurists, subjecting them to critical evaluation based on their

■ Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of

logical consistency and practical applicability. By identifying the shortcomings of these partial criteria—such as their inability to account for all contract types or their reliance on inconsistent rationales—the study moves toward synthesizing a "comprehensive and systematic" model. Sources include primary jurisprudential texts (Al-Mabsut, Jawahir al-Kalam, Al-Mughni), civil codes, and contemporary legal commentaries.

3. Research Findings

The research findings indicate that existing criteria are often insufficient or lack universality. For example, the theory linking *Khiyar al-Shart* to *Iqala* (rescission) is flawed because *Iqala* depends on mutual agreement at the time of termination, whereas a "condition" is a unilateral right established at the time of contract formation. Furthermore, some contracts may not permit *Iqala* but could logically allow a pre-agreed option to rescind.

The study proposes a three-stage systematic criterion for the applicability of the option of condition:

1. The Principle of Party Autonomy (Rule of Will): The foundation of any contract is the freedom of the parties to define its terms. Since the option of condition is a product of mutual consent, it should theoretically be permissible in all binding contracts unless a specific barrier exists. This principle is supported by the general religious command to "fulfill all obligations" and "abide by conditions".

2. Compatibility with the Essence (Maqtada) of the Contract: The option must not contradict the primary purpose or nature of the contract. For example, in a pledge/security contract (*Rahn*), the essence is to provide security and "peace of mind" to the creditor; allowing the debtor to unilaterally rescind the contract through an option would negate this very purpose. Similarly, marriage is intended for stability and permanence, making a rescission option contrary to its social and legal essence.

3. Compliance with Sharia and Public Order: The autonomy of will is not absolute and is limited by divine prohibitions and public policy. Contracts categorized as "semi-worship" or "devotional" (such as marriage or certain forms of charity/endowment) involve a level of sanctity and public interest that precludes private parties from introducing instability through rescission options. In Iranian and Iraqi law, the exclusion of options in marriage is justified by public order and morality.

The findings also highlight a distinction between commercial contracts and non-commercial/devotional contracts. While commercial contracts

prioritize flexibility and the protection of financial interests (justifying the broad use of options), devotional contracts prioritize stability and the fulfillment of a specific religious or social status, thereby limiting the role of party autonomy.

4. Conclusion

The study concludes that the diverse and often conflicting criteria found in Islamic jurisprudence and modern legislation stem from a failure to view the problem through a multi-layered lens. By adopting the proposed three-stage framework, legal practitioners and jurists can achieve a more consistent and predictable application of the law.

The principle of party autonomy serves as the general rule, granting parties the right to include *Khiyar al-Shart* in most binding transactions. However, this right is systematically restricted when it interferes with the essential nature of the contract or violates public order and Sharia principles. This approach explains why the option is readily accepted in sale and lease but rejected in marriage, endowment, and security contracts. Ultimately, a comprehensive criterion must balance the need for contractual flexibility with the necessity of preserving the fundamental legal and social structures intended by the legislator. This systematic model provides a "worthy attitude" and a "comprehensive perspective" for future legal indexing and judicial decision-making in international Islamic law contexts.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



ضابطه‌شناسی جریان خیار شرط در عقود

محمدعلی سعیدی

Email: saeedi_mha@yahoo.com. استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

مهدی میری

Email: mahdimiri427@yahoo.com. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

فرزانه کرمی* (نویسنده مسئول)

Email: f_karami91@yahoo.com. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.



Use your device to scan and read the article online

Citation Saeedi, M., Miri, M., Karami, F. (2025). Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 159-194

[10.22034/ilaw.2025.708996](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708996)

Received: 24 April 2023 , Accepted: 21 October 2023

چکیده

خیار شرط نوعی حق فسخ عقد لازم برای مدت معین است که بر اساس تراضی و توافق اراده طرفین معامله در قالب شرط ضمن عقد برای یکی از طرفین یا هردو یا شخص ثالث به وجود می‌آید. گستره جریان خیار شرط در عقود لازم از چالش‌های قابل طرح است که در فقه اسلامی ضوابطی همچون تلازم میان امکان اقاله در عقد و خیار شرط یا بناگذاری عقد بر مغاینه یا ملاک قرارداد دوام عقد، طرح گردیده شده است. این گوناگونی و اختلاف در میان ضوابط و فقدان ضابطه‌ای جامع برای تشخیص سازوکارهای جریان خیار شرط در عقود، در متون حقوقی ایران و سایر کشورهای اسلامی نیز بازتاب داشته است که مطالعه این مسئله و رسیدن به نگرشی شایسته را ضروری می‌نماید. نتایج نوشتار حاضر که با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، چنین بیان می‌دارد که خیار شرط، ساخته تراضی طرفین معامله است و آزادی اراده به‌طور مطلق نبوده و محدود به‌صورتی است که مخالف کتاب و سنت نباشد و موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال نگردد. همچنین بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد؛ لذا با محور قراردادن اصل حاکمیت اراده، عدم مخالفت با شرع و قانون و با در نظر گرفتن نقش ماهیت و اقتضای آن عقد، می‌توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند برای جریان‌پذیری خیار شرط در عقود ارائه نمود.

واژگان کلیدی

خیار شرط، حاکمیت اراده، عقد لازم، تراضی و توافق، فقه اسلامی.



مقاله

خیار شرط نوعی از حق شمرده می‌شود که مبتنی بر رضایت و اراده هریک از طرفین معامله بوده و در قالب شرط ضمن عقد لازم محقق می‌گردد و عقد را متزلزل می‌نماید. این شرط برای مدتی اختیار برهم‌زدن عقد را به مشروطه می‌دهد. در این گونه شرط، هریک از متعاملین می‌توانند بر خلاف میل و رضایت طرف دیگر عقد را منحل سازند. در فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه، جریان خیار شرط در همه عقود، مورد چالش و اختلاف واقع شده است و هریک از آنها برای جریان یا عدم جریان چنین خیاری ضابطه‌ای را مشخص نموده‌اند. در فقه امامیه ضوابطی از جمله تلازم میان جریان اقاله و خیار شرط می‌توان اشاره نمود و همچنین در میان فقهای اهل سنت بناگذاری عقد بر مغاینه و ملاک قرارداد دوام عقد برای جریان خیار شرط را می‌توان نام برد. چنین اختلافاتی در نصوص قوانین ایران و سایر کشورهای اسلامی نیز نمود پیدا کرده و نمی‌توان نسبت به ضابطه‌ای مشخص در جریان خیار شرط در همه عقود اطمینان حاصل نمود. در این راستا قانونگذار ایرانی در ماده ۴۵۶ قانون مدنی مسئله اشتراک اختیارات را مورد امعان نظر قرار داشته است و چنین مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». از این ماده چنین برداشت می‌شود که به جز اختیارات مختص بیع، سایر اختیارات در همه عقود قابلیت جریان دارد، ولی با ژرف اندیشی در این مسئله چنین رهیافت می‌شود که خیار شرط در نکاح، وقف و ضمان با توجه به طبیعت این عقود که اقتضای استمرار دارد، سازگار نیست. آنچه در مورد ضوابط متعدد ارائه شده قابل طرح است، گوناگونی و اختلاف‌های زیاد در میان ضوابط پیشنهادی است، به گونه‌ای که هر کدام از آنها بخشی از یک معیار جامع را می‌تواند تبیین نماید. آنچه نقطه ضعف مشترک در تمام این موارد است، اشاره هر کدام از این ضوابط به بخشی

از شرایط جریان خيار شرط در عقود است و فقدان نظام جامعی است که بتواند برای خواننده به صورت کامل سازوکارهای جریان خيار شرط را در عقود مشخص نماید؛ لذا لازم است برای رسیدن به ضابطه‌ای جامع و دقیق هرکدام از ضوابط ارائه شده را بررسی و ارزیابی نموده تا به نگرش جامع و ضابطه‌ای نظام‌مند در این مسئله دست یافت.

در رابطه با پیشینه مسئله حاضر می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «بررسی فقهی حقوق مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود» نوشته کرمی و همکاران اشاره نمود 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.

همچنین مقاله «بررسی خيار شرط در قانون مدنی و فقه امامیه» نوشته رضا روزبه که خيار شرط را در محور ماهیتی، مفهوم‌شناسی و مبانی نظری، تجزیه - تحلیل شرط ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق مدنی، مورد بحث و بررسی قرار داده است، ولی در این بررسی ضابطه کلی جریان خيار شرط مورد بحث و پژوهش قرار نگرفته است.

مقاله دیگر با عنوان «بازپژوهی ادله عدم جواز دخول خيار شرط در ایقاعات» نوشته سیف‌الله احدی و محمدحسن حائری یزدی به بررسی ادله ممنوعیت خيار شرط در ایقاعات پرداخته و معتقد است؛ کلیت قضیه جریان خيار شرط در ایقاعات، نه از جهت ثبوت و نه از جهت عدم آن صحیح نیست.

همچنین مقاله «خيار شرط در صلح» نوشته عبدالله بهمن پوری و همکاران که نویسنده در آن به بررسی خيار شرط در صلح پرداخته و در انتها با تکیه بر اصل حاکمیت اراده آن را می‌پذیرد.

اما نوشتار حاضر با توجه به بررسی و نقد ضوابط گوناگون ارائه شده

در فقه امامیه و مذاهب اربعه و نمود چنین اختلافی در قوانین ایرانی و سایر کشورهای اسلامی ضوابط ارائه شده را مورد نقد و ارزیابی قرار داده، تا به نظریه شایسته دست یابد؛ لذا پژوهش حاضر در تحلیل و دست‌یابی و گزینش نظریه با پژوهش‌های پیشین متفاوت است.

۱. تبیین قلمرو و خیار شرط

خیار شرط خیاری است که به واسطه شرط کردن آن در ضمن عقد ثابت می‌شود (خمینی، [بی‌تا]، ص ۵۱۹) در خیار شرط دارنده حق خیار، تسلط بر فسخ عقد پیدا می‌کند. ظاهر مطلب نشانگر آن است که در گذشته فقها اختلافی 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 / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۴۷ / نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۲۹ / خویی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۶۵ / سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷ / شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۶۸ / عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۰۳ / محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۷۰) برخی دیگر با اینکه جایز بودن شرط خیار در عقود را به عنوان یک اصل می‌پذیرند، ولی اثبات آن با دلیل شروط را صحیح ندانسته بدین جهت که ادله شروط را مشرّع ندانسته و معتقدند پیش شرط دلالت این ادله بر وجود عمل به یک شرط، زمانی است که صحت آن شرط ثابت گردیده باشد (روحانی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳). قداما نیز جواز شرط خیار در عقود را امری مسلم می‌دانند برای مثال قاضی ابن‌براج در المهدّب تک‌تک قراردادهایی که امکان درج خیار شرط در آنها وجود دارد را احصاء نموده و وجود یا عدم‌خیار در آن را بررسی می‌نماید و مواردی که امکان درج

خيار در آنها نيست را با ذكر دليل خارج مي‌كند (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۵۳). صاحب مفتاح الكرامه بيان داشته؛ مقدس اردبيلي با توجه به عموم ادله عقود، وجوب وفای به عقود و ادله وجوب وفای به شروط اين گونه برداشت کرده است که شرط خيار در هر معامله‌ای داخل می‌شود مگر اينکه مانعی نظير اجماع و مانند آن يافت شود که به نظر می‌رسد حق با ايشان است» (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۵۳).

با وجود اين برخی معتقدند اصل عدم جواز درج شرط خيار در عقود است. در تشریح اين دیدگاه بيان شده «مقتضای قاعده صحيح نبودن درج خيار شرط در عقود و ایقاعات است، مگر در معاملاتى که مشروعیت فسخ آنها محرز شود؛ بنابراین در هر موردی که مشروعیت فسخ احراز شود، شرط خيار در انشای معامله، امکان پذیر است ولی تمسک به اطلاق ادله شروط برای اثبات مشروعیت آن صحيح نيست؛ چراکه ادله شروط، مشروع نبوده و صرفاً نقش آنها واجب نمودن عمل به شرطی است که قبلاً مشروعیت آن ثابت گردیده است» (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۷۷ / همچنين ر. ک: روحانی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳).

۲. ضابطه کلی اشتراط خيار در عقود لازم

شناخت ضابطه صحيح در جریان خيار شرط در عقود مستلزم بررسی در فقه اماميه و مذاهب اربعه و حقوق ايران و کشورهای اسلامی است.

۲-۱. دیدگاه فقهای اماميه

قبل از بررسی نظریات فقها در موضوع جریان خيار شرط در عقود بایستی به بررسی ضابطه کلی جریان خيار شرط در عقود پرداخت. پرداختن به این موضوع کمک می‌کند که در موارد تردید با تکیه بر این قاعده به صحت یا سقم جریان خيار شرط در آن مورد دست يافت.

۲-۱-۱. تلازم اقاله و جریان خیار شرط

شرط خیار و حق فسخ صرفاً در مواردی که اقاله صحیح بوده و مشروع باشد جریان دارد. برای چنین ضابطه‌ای تقریرات گوناگونی اراده شده است که نیازمند به بررسی و ارزیابی است.

۲-۱-۱-۱. ارتباط اقاله و خیار در جریان‌پذیری در عقد

برخی معتقدند جریان خیار شرط در عقد، با جریان اقاله در آن عقد ارتباط دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۶) بدین صورت که اگر پس از عقد، شارع تراضی و توافق متعاقبین بر اقاله آن عقد را بپذیرد امکان جعل خیار شرط در عقد مزبور وجود دارد. عکس قاعده نیز صادق است یعنی اگر شارع توافق و تراضی طرفین را پس از عقد مبنی بر اقاله عقد مزبور امضاء نکند جریان خیار شرط در عقد مزبور با مانع روبرو بوده و امکان نخواهد داشت؛ چراکه وقتی فسخ بعد از عقد با رضایت طرفین بی‌تأثیر باشد، شرط و التزام در هنگام عقد تأثیری نخواهد داشت. نقش و اثر شرط ضمن عقد، همان نقش رضایت فعلی بعد از عقد را دارد و نمی‌توان فسخ را سبب و مؤثر شرعی قرار داد.

هنگامی که شارع پس از عقد، تراضی بر فسخ معامله یعنی اقاله آن را تأیید و امضاء نماید مفهومی این است که اگر، یکی از متعاملین در عقد مزبور برای خودش خیار فسخ قرار دهد، شخص مزبور مشروطه و طرف دیگر مشروط‌علیه محسوب می‌شود، حال اگر بعد از عقد مشروطه اراده فسخ قرارداد را داشته باشد، فسخ از جانب او مانعی ندارد چراکه مشروطه توانایی فسخ قرارداد را دارد و نسبت به مشروط‌علیه نیز شارع می‌گوید؛ با عنایت به اینکه مشروط‌علیه در متن قرارداد پای‌بندی و رضایت خود را به این شرط اعلام داشته، پس ضرورتاً به فسخ مشروطه پس از عقد رضایت داشته و ملتزم است. حال الزام شارع نسبت به پای‌بندی مشروط‌علیه به شرط، به منزله رضای فعلی است؛ یعنی علی‌رغم عدم رضایت فعلی

مشروط‌علیه، ولی چون شارع او را ملزم نموده لذا مشروط‌علیه ملزم به پای‌بندی به شرط مزبور است. در نتیجه در صورتی که یکی از متعاملین در قرارداد جعل خيار نموده و آن را پس از عقد اعمال نمود، عملش شبیه تقابیل است؛ یعنی مشروط‌له که می‌خواهد فسخ کند، رضایتش قطعی است و مشروط‌علیه به جهت الزام شارع، که مفهومش رضایت فعلی است؛ لذا انگار هر دو رضایت دارند و اقاله تحقق پیدا کرده است.

در نقد این ضابطه بیان شده هر چند اصل قاعده صحیح است، ولی عکس قاعده با اشکال روبرو است یعنی اینکه هر عقدی که اقاله در آن راه ندارد خيار شرط در آن متصور نیست صحیح نیست؛ چرا که ممکن است در برخی موارد برای عقد قبل از حدوثش حکمی باشد که با بعد از ایجاد و تحقق عقد مغایر باشد؛ یعنی متعاقدین قبل از عقد بتوانند سرنوشت عقد را به هر طریقی که بخواهند تعیین کنند، مثلاً در آن جعل خيار کنند ولی پس از عقد از این چنین اختیار و آزادی اراده‌ای برخوردار نباشند و نتوانند آن را با اقاله از بین ببرند (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۷ / محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۹۶) به علاوه دلیلی بر اختصاص خيار شرط به مواردی که اقاله در آن مشروع است موجود نیست (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۳). در نقد این ضابطه که جریان شرط خيار را منوط به جریان اقاله می‌داند باید افزود در اقاله آنچه که معتبر است مقارنت و همراهی رضایت دو طرف عقد است و رضایت یکی از طرفین در زمان عقد و رضایت طرف دیگر بعد از عقد در زمان فسخ کفایت نمی‌کند لذا بین شرط خيار و اقاله تفکیک باید کرد به علاوه اینکه شما که امر شارع را به جای رضایت فعلی قرار می‌دهید متفرع بر صحت چنین شرطی است در حالی که این مطلب محل بحث است (اراکي، ۱۴۱۴، ص ۱۵۴).

برخی در تعلیل و نقد دلیل انصاری بیان می‌دارند؛ از معامله‌ای که در آن اقاله جریان می‌یابد کشف می‌شود که معامله بعد از تحقق لزومش

تحت تصرف متعاملین بوده و سرنوشت آن در دست آن هاست؛ لذا به نحو اولویت کشف می‌شود که تعیین سرنوشت عقد قبل از تحقق و لزوم عقد به دست آن هاست و به تعبیر دیگر متبایعین دارای لزوم حقی هستند یعنی با تراضی یکدیگر می‌توانند بقای این حق را از بین ببرند، اما علت صحیح نبودن عکس قاعده این است که به خاطر اینکه محتمل است عقد صرفاً بعد از تحقق و لزومش موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرد نه قبل از تحقق؛ لذا متبایعین می‌توانند صرفاً در حالت تشکیل عقد و نه بقاء آن، حق تصرف داشته باشند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۹۰-۳۹۱).

همچنین در انتها باید گفت، این ادعا که التزام مشروط‌علیه در عقد به منزله تراضی پس از عقد است، از امور مورد اعتبار توسط شارع مقدس نیست و دلیلی بر این مسئله وجود ندارد که این امر به حسب جعل شرعی صورت گرفته باشد لذا وجه و اعتباری برای این ادعا وجود ندارد (روحانی قمی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۸).

۲-۱-۲. ارتباط اقاله با مشروعیت فسخ

محقق اصفهانی در حاشیه خود بر مکاسب بیان می‌دارد که معنای نفوذ شرط این است که موجب الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط و ممنوعیت او از امتناع به التزام شرط می‌گردد و الزام مشروط‌علیه به شرط خود متفرع بر این است که مشروط‌له بتواند عقد را منحل و فسخ نماید یا به تعبیری فسخ او مشروعیت داشته باشد و این مسئله در جایی قابل تطبیق است که اقاله کردن عقد مشروعیت داشته باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۲۰).

محقق اصفهانی معتقد است که شرط خیار، شرط سلطنت تکلیفی یا وضعی نیست (همان)؛ یعنی مقتضا و مفاد دلیل خیار این نیست که شخص از باب حکم تکلیفی یا وضعی سلطنت و توانایی برهم‌زدن معامله و فسخ آن را داشته باشد؛ بلکه مقتضای دلیل خیار این است که شخص برخوردار از حقی است که به او توانایی فسخ عقد و الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی

به عقد را می‌دهد. به علاوه عدم‌جواز امتناع مشروط‌علیه از التزام به شرط اثر همین حق مشروط‌له است نه اینکه اثر متعلق شرط باشد یا اینکه ابتداء حکمی متخذ از ذات شرط باشد. همچنین داشتن حق فسخ عقد و الزام مشروط‌علیه متفرع بر این نیست که مشروط‌له توانایی فسخ و انحلال عقد را ولو با اقاله داشته باشد.

نسبت به این تقریر ملاحظاتی وارد شده است. برخی فقها بیان داشته‌اند که مقتضای دلیل برای نفوذ شرط، الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط نیست، بلکه تحقق شرط و مشروط به‌عنوان حق مشروط‌له است و اثر تحقق این حق، الزام و اجبار مشروط‌علیه به التزام به مفاد شرط است؛ بنابراین الزام مشروط‌علیه نه متعلق شرط است و نه مفاد دلیل نفوذ شرط که از مفاد شرط تبعیت می‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۶۹).

بین این دو دیدگاه؛ در دیدگاه محقق اصفهانی، نفوذ شرط به‌معنای تعهد شخص به پای‌بندی به شرط و اجازه‌دادن به وی برای فسخ عقد است، ولی در دیدگاه محقق قمی، تحقق شرط منجر به تحقق حق مشروط‌له و اجبار مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط می‌شود.

این دو دیدگاه نشان می‌دهند که مفهوم و تبعات نفوذ شرط در قراردادها به‌نحوی پیچیده است و تفسیر آن به مبانی فقهی، حقوقی برمی‌گردد.

۱-۲. عدم‌جریان خیار در عمل حقوقی با قصد قربت

یکی دیگر از ضوابطی که نسبت به جعل خیار در عقود لازم مطرح گردیده این است که بر اساس روایت عملی که برای خدا صورت گرفته است، امکان رجوع از آن توسط فاعل عمل وجود ندارد.^۱ برخی ادعا کرده‌اند که این روایت شامل هر معامله‌ای می‌شود که در آن قصد قربت وجود داشته

۱. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنِ الْحَكَمِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) إِنَّ وَالِدِي تَصَدَّقَ عَلَيَّ بِدَارٍ - ثُمَّ بَدَأَ لِي أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا - وَ إِنْ قَضَيْتُنَا يَقْضُونَ لِي بِهَا - فَقَالَ نَعَمْ مَا قَضَيْتَ بِهِ قَضَائِكُمْ - وَ بَسَّ مَا صَنَعَ وَالِدُكَ - إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - فَمَا جَعَلَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ - فَإِنَّكَ حَاصِمْتَهُ فَلَا تَرْفَعُ عَلَيْهِ صَوْتَكَ - وَ إِنْ رَفَعْتَ صَوْتَهُ فَاحْفَظْ أَنْتَ صَوْتَكَ قَالَ قُلْتُ: فَإِنَّهُ تَوَفَّى قَالَ فَاطِبَّ بِهَا (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۲۰۴).

باشد؛ لذا در معامله مزبور شرط خیار صحیح نمی‌باشد (همان). آنچه مورد استناد در ارائه این ضابطه است، روایت است که برای روشن شدن مراد این روایت ناچار باید جهات و عبارات مربوط به بحث ضابطه خیار شرط در این روایت را تحلیل نمود.

۲-۱-۲. جهت نخست: معناکاوای تعبیر «ما جعل الله»

نسبت به تعبیر «ما جعل الله» سه احتمال داده شده است (همان، ص ۲۷۰) نخست، اینکه عمل مزبور به داعی و انگیزه تقرب به سوی خدا انجام گیرد. این احتمال در صورتی شامل بیع و نکاح می‌شود که به خاطر استحباب و محبوبیتشان در نزد خدا واقع شوند. احتمال دوم، این است که صحت عمل مزبور شرعاً متوقف بر قصد قربت باشد مانند وقف همان‌طور که برخی فقها بر این باورند (مفید، ۱۴۱۴، ص ۶۵۲/ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۲، ص ۱۵۳). احتمال سوم، این است که قصد قربت قوام ذاتی عمل مزبور را شکل دهد به نحوی که قصد قربت فصل مقوم آن شمرده شود نه شرط آن مانند ناطق که فصل مقوم انسان و قوام‌دهنده ماهیت انسان است همچنین صدقه به معنای اخص که قصد قربت فصل مقوم آن است در مقابل وقف و هبه که قصد قربت شرط آن است.

به نظر می‌رسد که جامع این سه احتمال، این است که عمل حقوقی مزبور با انگیزه امتثال امر خدای تعالی انجام گیرد که تعبیر به قصد قربت می‌توان کرد، اما بررسی دقیق‌تر روایت نشان می‌دهد که منظور از ما جعل لله یعنی عملی که صرفاً برای خدا و جلب رضای او است و فعلی که در مسیر خدای تعالی انجام می‌پذیرد؛ لذا منظور از انگیزه عمل چیزی نیست جز اینکه عمل مزبور مورد رضایت و عنایت اوست مانند وقف در راه خیر و... شاهد بر معنای اخیر را می‌توان تعبیر برخی از نصوص دانست که توصیه به عمل خیر صرفاً برای طلب رضای خدا می‌کند بدون اینکه نسبت به وجود قصد قربت یا عدم آن سخنی گفته باشد (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۰).

۲-۱-۲. جهت دوم: معناکاوی تعبیر «فلا رجعه له فیه»

نسبت به تعبیر «فلا رجعه له فیه» نیز احتمالات متعددی مطرح گردیده است (همان، ص ۲۷۱). احتمال نخست؛ این است که برگشت مال به کسی که از دستش خارج گردیده به هیچ وجه پذیرفته نیست حتی اگر کالای مزبور را بخواهد خریداری کند یا به او هبه گردد یا به واسطه دیگری مالک مال مزبور گردد. این احتمال را برخی نصوص که صدقه را تشبیه به عتق می‌کند از این حیث مانند آزاد کردن عبد که دیگر از حالت حریت به عبد بودن سابق و مالکیت شخص آزادکننده بر نمی‌گردد صدقه نیز به مالکیت صدقه‌دهنده بر نمی‌گردد. به علاوه برخی نصوص بر عدم رجوع مال به مالک با شراء و... دلالت دارند. احتمال دوم؛ این است که عملی که برای خدا صورت گیرد بدون در نظر گرفتن چیز دیگری صرفاً یک عقد لازم است مانند بیع در مقابل هبه که عقدی جایز و قابل رجوع است. با این وصف می‌توان در این عقد که طبعش عقد لازم است جعل خيار کرد چراکه لزوم طبعی یک عقد مانند بیع منافاتی با خيار شرط ندارد. احتمال سوم؛ این است که عمل مزبور عقد لازم است مطلقاً یعنی به هیچ عنوان قبول فسخ نمی‌کند و لذا لزوم جزء لوازم ذاتی آن عقد بوده و قابل انفکاک از آن نیست.

در تحلیل این احتمالات باید افزود که معنای نخست را نمی‌توان پذیرفت اگرچه که به وسیله مفاد برخی نصوص مورد تأیید قرار گرفته است چراکه معنای مزبور بر خلاف اتفاق و سیره متشرعه می‌باشد چراکه احدی تاکنون در این مسئله که صدقه‌دهنده می‌تواند صدقه‌ای را که به فقیر داده است - البته زمانی که فقیر بخواهد بفروشد - بخرد درنگ و تأملی ننموده است. البته برخی فقها با اعتقاد بر اینکه سیاق روایت در معنای سوم ظهور دارد تعبیر فلا رجعه له فیه را حمل بر معنای سوم نموده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۵۰). که البته نمی‌توان آن را پذیرفت، چراکه از روایت این معنا به دست نیامده و ثابت نمی‌گردد بلکه آنچه از روایت ظاهر می‌گردد لزوم طبعی عقدی است

که طبیعت آن اقتضای لزوم دارد مانند عقد بیع و روایت بر چیزی بیشتر از این دلالت نمی‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۱-۲۷۲).

۲-۱-۲-۳. جهت سوم: معناکاوی تعبیر «شرط خیار در عمل مزبور موجب رجوع از عمل است»

در این فقره نیز احتمالاتی قابل طرح است؛ احتمال اول؛ اینکه با وجود شرط خیار در صدقه با فسخ رجوع از عقد صدق نمی‌کند، چراکه عقد مقید به شرط خیار شده است؛ یعنی قرار است با کیفیت خاصی محقق گردد؛ از این رو با اعمال حق یعنی شرط خیار رجوع صدق نمی‌کند. مانند جایی که رجوع مقید به زمان خاصی مثلاً سه روز شود؛ لذا استرداد مال بعد از سه روز دیگر صدق رجوع نمی‌کند (همان). در نقد این احتمال برخی گفته‌اند خیار شرط موجب مقید کردن متعلق عقد یا تحقق آن با کیفیت خاصی نمی‌شود بلکه التزامی است که در ضمن التزامی دیگر یعنی عقد محقق گردیده است؛ از این رو التزام به چنین عقدی مقید نشده است که التزام به رجوع از آن با عقد مزبور در تنافی باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۷۵-۱۷۶).

احتمال دوم: برخی معتقدند فسخ عقدی که متزلزل است مانند عقدی که در آن شرط خیار صورت گرفته است موجب نمی‌شود که گفته شود از عقد رجوع نمود زیرا رجوع از یک عمل حقوقی زمانی صدق می‌کند که مالی بر وقفیت یا صدقه بودن خود بدون هیچ تزلزلی باقی باشد نه در بحث ما که صدقه و وقف با وجود شرط خیار مورد تردید است؛ لذا در فرض بحث ما با اعمال فسخ، رجوع از عقد صدق نمی‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۰، ص ۳۳).

در نقد دیدگاه مزبور باید گفت که رجوعی که در روایت مورد نهی واقع گردیده رجوعی نیست که با قهر و غلبه صورت گیرد و شخص با اجبار و زور بخواهد مالی را که صدقه داده از فقیر بگیرد و موجب غصب مالش گردد بلکه مراد از رجوع مورد نهی در روایت رجوعی است که شخص ارتباط و علقه خود را با صدقه و وقفی که در قالب یک قرارداد نموده زایل و قطع

نماید و عقد مزبور را فسخ نماید، لذا بر صرف فسخ رجوع صدق می‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۲)؛ لذا دیدگاه مزبور در توجیه شرط خيار صحيح نیست، بلکه شخص به صرف اعمال خيار و فسخ عقد از عمل خود رجوع نموده است و مرتکب فعل حرامی گردیده است. شاید مراد عبارت سید یزدی وجه اول؛ یعنی قهر و غلبه باشد همان‌طور که شاید بتوان صدر کلام ایشان را ظاهر در این وجه دانست.

۳-۱-۲. شرط منوط به عدم لزوم ذات عقد و اختیار بر فسخ

دسته‌ای دیگر از فقها ضمن موافقت با ضابطه شیخ انصاری در تکمیل آن، جزئی دیگر به آن افزوده‌اند. این ضابطه از دو جزء ترکیب یافته است و محقق ایروانی آن را تکمیل نموده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۶).

در تبیین این ضابطه بیان می‌دارد: «اشتراط خيار در عقد لازم منوط به این است که وصف لزوم عقد جزئی از مقتضای ذات آن نباشد. به گونه‌ای که با اشتراط خيار معامله از اینکه آن معامله خوانده شود خارج شود یعنی عقد واقع شده آن معامله خوانده نشود. مثلاً در عقد رهن که مبتنی بر وثیقه گرفتن و اطمینان است شرط خيار در آن منافی این وثیقه و اطمینان که وصف لزوم عقد و ذاتی آن است می‌باشد. در تکمیل این ضابطه افزوده‌اند اشتراط خيار منوط به این است اختیار بقاء و انحلال عقد مانند اختیار ایجاد آن به دست متعاملین باشد به گونه‌ای که اگر بر انحلال عقد اجتماع کردند بتوانند آن را منحل نمایند. در نتیجه اگر این اختیار بر فسخ وجود نداشته باشد مانند عقد نکاح اشتراط خيار توسط متعاقدين صحيح نمی‌باشد». بیان دیگری برای این ضابطه ذکر گردیده است (جهت آشنایی بیشتر با این تقریب و اشکال وارده بر آن، ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۲). اگرچه می‌توان بیان داشت که این جزء همان ضابطه شیخ انصاری با بیانی دیگر است؛ به تعبیر دیگر تکرار همان ضابطه قبلی با بیانی دیگر است. علاوه بر این،

چگونه می‌توان ملاک این که وصف لزوم، جزئی از مقتضای عقد است را به دست آورد.

۲-۱-۴. شرط منوط به لزوم قابل انفکاک

برخی دیگر از فقها معتقدند آنچه می‌تواند به‌عنوان معیاری قابل اعتماد در صحت اقاله و شرط خیار در عقود لازم نقش ایفا نماید این است که زمانی اقاله و شرط خیار در عقود لازم قابلیت تطبیق و اجرا دارد که لزوم عقد، حکم شرعی مفارق و جدا شدنی از عقد باشد (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۷)؛ لذا در جایی که لزوم عقد حکمی شرعی ذاتی و غیر قابل انفکاک از عقد باشد اقاله و شرط خیار جریان پیدا نمی‌کند مانند عقد نکاح که لزوم عقد ذاتی آن و دائمی بوده و نمی‌توان آن را به‌وسیله اقاله یا شرط خیار منحل نمود، اما تفصیل بین اقاله و شرط خیار که در ضابطه نخست بررسی شد و وجود خیار شرط منوط به امکان جریان اقاله گردد در این ضابطه مردود است چرا که امکان دارد در مواردی شرط خیار به‌جهت منافی بودن با مقتضای عقد منتفی باشد درحالی که اقاله امکان جریان داشته باشد این مطلب به این خاطر است که اگر در عقدی شرط خیار منافات با مقتضای عقد داشته باشد، این تنافی به‌خاطر لحاظ شدن لزوم به‌صورت غیر قابل انفکاک در ماهیت عقد مزبوره بوده و مرجع اشتراط قصدی است که به دو امر منافی با هم تعلق گرفته است (قصد شرط خیار که منافی با لزوم عقد است) و این لحاظ لزوم موجب می‌شود که اقاله نیز صحیح نباشد درحالی که اگر لزوم عقد به‌صورت قابل انفکاک از عقد باشد امکان جعل خیار به‌جهت عدم تنافی با مقتضای عقد امکان پذیر بوده و اقاله نیز صحیح است.

در نقد این ضابطه باید اظهار داشت که تفکیک بین لزوم حکمی و حقی و عدم جریان خیار در عقدی که واجد وصف لزوم حکمی غیر مفارق است صحیح به‌نظر نمی‌رسد چرا که اولاً وصف لزوم، حکمی است که از ناحیه

شارع جعل گردیده است. و فرقی بین لزوم حقی و حکمی از حیث ماهیت و حقیقت وجود ندارد، بلکه هردو یک حقیقت واحده دارند و مجعول از سوی شارع می‌باشند. نهایت امر اینکه شارع در برخی عقود اختیار فسخ معامله را به متعاملین داده است تا عقد را فسخ نمایند و آن عقد قابلیت فسخ و منحل شدن را دارد که در اصطلاح حق نامیده می‌شود ولی در برخی عقود چنین اختیاری را برای هیچکدام از طرفین قرار نداده است و لذا آن عقد قابلیت فسخ را ندارد همان‌طور که جواز حکمی بدین صورت می‌باشد که قابلیت نقل و اسقاط در آن وجود ندارد و این در اصلاح حکم نامیده می‌شود؛ بنابراین وصف حق و حکم تحت عنوان لزوم حقی و حکمی باعث اختلاف ماهیت آن دو نیست، بلکه در نهایت هردو وصف به شارع برگشته و هردو یک ماهیت دارند (خویی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۶۷).

ثانیا: اینکه ضابطه جریان و عدم جریان خيار را در عقود بر مبنای لزوم وصف حکمی مفارق و غیرمفارق قرار دهیم خود اول کلام است چراکه پرسشی که مطرح می‌شود این است که از کجا بدانیم لزوم یک عقدی لزومی حکمی و مفارق است تا خيار شرط در آن جریان داشته باشد و در عقدی که غیرمفارق است جریان خيار ممکن نباشد (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۵). به تعبیر دیگر از کجا بدانیم که لزوم در یک معامله خاص ناشی از حکم شارع است تا خيار شرط جریان نداشته باشد یا منشأ آن التزام متعاقدين است تا خيار خيار بلا مانع باشد.

۱-۵. شرط منوط به عدم تنافی با عقد

بررسی در کلمات برخی دیگر از فقها ضابطه دیگری را در این جهت نشان می‌دهد. به عقیده ایشان ضابطه کلی در جعل خيار در عقد یا ایقاع، این است که خيار مندرج در عقد با مفهوم عقد یا ایقاع منافات نداشته باشد. مثلاً در طلاق زنش را طلاق بدهد و در ضمن جعل خيار برای خود نماید چراکه معنای طلاق، اطلاق (آزادکردن) است و جعل خيار در آن به معنای توقیت

در طلاق و موقت بودن آن است که با اطلاق در طلاق منافی است (موسوی خویی، [بی تا]، ج ۶، ص ۲۸۱). ایشان در جای دیگری مقرر می‌دارد که هر جا که دلیلی بر عدم اندراج خیار شرط در عقد و ایقاعی دلالت کند به گونه‌ای که آن عقد و ایقاع از جمیع جهات لازم است به آن دلیل اخذ می‌شود و الا عموماً وجوب وفای به شرط مورد تبعیت بوده و خیار در هر عقد و ایقاعی جریان دارد تا زمانی که دلیلی برخلافش نباشد (همان، ص ۲۶۷).

مطابق این ضابطه، ملاک جریان و عدم جریان خیار در عقد و ایقاع هنگامی است که دو شاخصه وجود داشته باشد: اولاً خیار منافی با مفهوم عقد نبوده و ثانیاً: دلیلی نیز بر عدم جواز جعل خیار در عقد مربوطه از سوی شارع نرسیده باشد و منشیء بتواند در عقد از ابتدا اثر عقد را محدود به عدم فسخ انشاء کند. با این دو شاخصه جریان خیار شرط در عقود بلامانع است.

اما در تحلیل این ضابطه باید گفت: شاخصه نخست این ضابطه تکرار سخن محقق ایروانی است و سخن جدیدی نیست هرچند در مقایسه با برخی ضوابط فوق از جهاتی کامل‌تر است چرا که در بیان معیار هم مفهوم عقد در جریان خیار ملاک قرار گرفته و هم نگاه شارع لذا می‌تواند از جهاتی ضابطه بهتری باشد، اما نکته مغفول در این ضابطه که بهتر بود مورد تصریح قرار می‌گرفت ذکر اراده طرفین می‌بود چرا که تکمیل این ضابطه با اراده طرفین می‌تواند در جامعیت این معیار بسیار مؤثر باشد.

۲-۲. دیدگاه فقهای عامه

بررسی در متون فقهی اهل سنت نیز نشانگر وجود ضوابط مختلفی در این موضوع می‌باشد:

۲-۲-۱. جریان خیار در عقود مغابنه‌ای

شافعیه یکی از ملاکهای اندراج خیار شرط را بناگذاری عقد بر مغابنه یا دقت می‌دانند (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۳، ص ۴۳۳/ وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷،

ج ۱۸، ص ۲۱۵ / عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶) به همین دلیل در عقد حواله که بر مبنای مغاینه بناگذاری نشده است اندراج خيار شرط را غیرممکن می‌دانند.

۲-۲-۲. جریان خيار در عقود قابل فسخ

معیار دیگر جواز اندراج خيار شرط در عقد آن است که عقد لازم بوده و دوام داشته باشد (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۷) و قابلیت فسخ را داشته باشد. چون اگر عقد جایز باشد طبیعتاً بدون شرط خيار می‌تواند فسخ شود و اگر قابلیت فسخ نداشته باشد، مثل عقد مساقات که اگر فسخ شود امکان رد معقود علیه وجود ندارد (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۴۰۹ / ابن‌قدامه، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۵ / همو، ۱۴۱۷، ج ۱۱، ص ۳۲۷) ایجاد خيار شرط برای چنین عقدی جایز نیست و جواز شرط خيار فسخ با عدم قابلیت فسخ عقد ناسازگار است (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷، ج ۲۰، ص ۸۸). به همین جهت در بیع غیر مشروط به قبض در مجلس (زهري، [بی‌تا]، ص ۱۸۵)، اجاره، مزارعه و همچنین در مورد دو عقد سبق و رمی بنا بر اینکه این دو عقد مانند اجاره باشند و هبه بعد از قبض که مقتضی ثواب است (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۸) که عقدی لازم و قابل فسخ هستند چنین اشتراطی جایز است (زحیلی، ۲۰۱۱، ص ۲۴۳۶) اما در عقود جایز مثل وکالت که شرط خيار باید در عقد لازم دیگری قرار داده شود (ابن‌عابدین، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۴۱۶ / قاضی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۵۶۷) یا در عقد رهن برای مرتهن (نسفی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۲۶۴) طلاق خلع برای زوجه که عقد از جانب او جایز است و عقد قرض (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۵۷) چنین شرط خیار و وجود ندارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹).

۲-۲-۳. جریان خيار منوط به عدم فوت منافع

از جمله ضابطه‌های دیگر اندراج خيار شرط در عقد آن است که خيار شرط سبب فوت منافع نشود (ابن‌قدامه، ۱۴۱۷، ج ۱۱، ص ۵۳۱). بنابراین در

برخی از عقود مثل عقد اجاره معینه که از زمان فوریت عقد ایجاد شده یا استیفاء منفعت در زمان خیار وجود دارد (بهوتی، ۱۴۱۷، ص ۳۲۴/ ضناوی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۰۳) خیار شرط وجود نخواهد داشت.

۲-۲-۴. جریان خیار منوط به لزوم رضایت صاحب خیار

از دیگر ملاکها و ضوابط اندراج خیار شرط در عقود آن است که رضایت دارای خیار در عقد واجب باشد (ابواسحاق، ۱۴۳۶، ج ۱، ص ۲۳۸/ همان، ج ۲، ص ۲۴۳/ ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۵۴). مثلاً در عقد حواله از نظر حنفیه علت اینکه برای محال و محال علیه شرط خیار وجود دارد، اما برای محیل چنین امتیازی وجود ندارد به سبب آن است که رضایت محتال و محال علیه در عقد حواله واجب است، اما رضایت محیل واجب نیست. به همین دلیل در عقد کفاله برای مکفول له و کفیل شرط خیار وجود دارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹). هرچند از نظر شافعی و حنابله به طور کلی در عقد حواله برای هیچ یک از طرفین شرط خیار وجود ندارد، زیرا عقد حواله بر اساس مغابنه بنا نشده است (ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۵۴/ ابواسحاق، ۱۴۳۶، ج ۱، ص ۲۳۸).

۲-۲-۴-۱. جریان خیار منوط به عدم تنافی با مقتضای آن

از دیگر ملاکهای امکان شرط خیار اختیار متعاقدین در انهاء مدت عقد است بنابراین در مثل عقد ازدواج دائم که نهایت عقد به طرق شرعی مثل طلاق و خلع است یا عقد شفعه که متوقف بر تراضی نیست (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶). خیار شرط برای طرفین وجود ندارد (زحیلی، ۲۰۱۱، ص ۳۱۸۹). از نظر برخی از اهل سنت از جمله شافعی و احمد، خیار شرط در بعضی از عقود با مقتضای آن عقد منافات دارد چنانکه در عقد سلم باعث اخلال در تسلیم شده و در بیع صرف خیار شرط سبب نفی استحقاق قبض می شود (موصلی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۳۶-۴۰) و در وقف نیز چنین خیاری باطل

۱. در برخی از کتب فقهی رضایت محیل و محتال شرط صحت عقد حواله بیان شده است (ر.ک: فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۰۳، ص ۱۰۵).

بوده و باعث فساد عقد می‌شود (ابن‌قدمه، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۳۱/ نسفی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۴/ نووی، ۱۴۱۷، ج ۹، ص ۱۷۷). توجیهی که می‌توان برای این نظر بیان کرد آن است که شرط خيار با مقتضای انشاء وقف که ازاله ملک به قصد قربت بوده (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۷) با قصد تابدید واقف، منافات دارد و هرچند نزد ابی‌یوسف چنین خیاری برای واقف وجود دارد. به همین جهت می‌توان گفت از نظر مالکیه و حنابله که تابدید را برای صحت وقف، شرط نمی‌دانند (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷، ج ۴۴، ص ۱۲۴). نباید از این جهت مشکلی برای شرط خيار در وقف وجود داشته باشد. در اقرار نیز در صورت هم‌زمانی اقرار به شی با اسقاط شرط خيار، خيار شرط از مقرر سلب می‌شود زیرا شرط خيار با انشاء اقرار او به عدم خيار منافات دارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹).

۲-۲-۴-۲. جریان خيار منوط به قصد عوضیت

دیگر از ملاک‌هایی که برای جواز اندراج خيار شرط مورد توجه برخی فقهای اهل سنت است آن است که قصد طرفین از اجرای عقد به دست آوردن عوض باشد بنا براین در عقود همچون هبه قبل از قبض و ضمان (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۲۲) و کتابت مقرون با قصد قربت و نکاح و همچنین ایقاعاتی همچون عتق که عوضیت در آن مورد قصد قرار نگرفته (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۸) اندراج خيار شرط با اشکال مواجه می‌شود.

۲-۳. دیدگاه حقوق ایران

قانونگذار ایران در ماده ۴۵۶ قانون مدنی مسئله اصل اشتراک اختیارات و اختیارهای ویژه بیع را مورد توجه قرار داده است و مقرر می‌دارد: «تمام انواع خيار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار مجلس و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

آنچه ظاهر ماده نشان می‌دهد این است که به جز اختیارات مختص بیع سایر اختیارات در عقود قابلیت جریان دارد. برخی حقوق‌دانان در شرح این

ماده بیان داشته‌اند که در خیارهای مشترک باید شرط سازگاری با طبیعت عقد را از شرایط جریان خیار محسوب نمود و عموم ماده ۴۵۶ را تا حدودی تعدیل نمود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۹۹). همچنان که دیگر اساتید حقوق در ذیل ماده در تعدیل آن افزوده‌اند: خیار شرط در نکاح و وقف و ضمان جریان نمی‌یابد و با طبیعت این عقود که اقتضای استمرار دارد مخالفت دارد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۵، ص ۵۸).

برخی عقود مانند عقد نکاح با توجه به ممنوعیت خیار در آن که مورد تصریح ماده ۱۰۶۹ است باید اظهار داشت که مبنای عدم جریان شرط خیار در نکاح، نظر شارع بر دوام و ثبات آن و مخالفت شرط با نظم عمومی است و با توجه به اینکه طرق انحلال این عقد محصور می‌باشند نمی‌توان اراده طرفین را در درج شرط خیار در آن مؤثر دانست همان‌گونه که اراده طرفین در حدوث آن منوط به شرایط و رعایت اسباب خاصی شده است (کرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۱۲۷) همین مسئله موجب شده قانونگذار در ماده ۱۰۶۹ جریان خیار را در عقد نکاح مردود شمارد، چراکه شرطی نامشروع و باطل است (بیات، ۱۳۹۲، ص ۶۱۹).

در مورد عقد اجاره نیز در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ در ماده ۱۴ در مقام احصاء موارد فسخ اجاره توسط موجر ذکری از خیار شرط ننموده است در حالی که در بند ۲ ماده ۱۲ قانون اخیر الذکر جریان خیار شرط را نسبت به مستأجر پذیرفته است؛ بنابراین در عین تأکید قانونگذار بر صحت خیار نسبت به مستأجر، اما نمی‌توان برداشت نمود که نسبت به موجر صحیح نیست، ولی با عنایت به اینکه درج خیار شرط در عقد اجاره در تنافی با طبیعت و مقتضای آن نبوده و مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز نمی‌باشد؛ لذا با توجه به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی، خود شرط واجد وصف بطلان نمی‌باشد (کرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۱۳۲). البته که مبنای این اقدام قانونگذار را باید در جنبه حمایتی بودن قانون از قشر مستأجر و به تبع

آن وصف آمرانه قانون در جهت ثبات اقتصادی در سطح کلان جستجو کرد. در عقودی مثل ضمان با عنایت به اخذ ملاک ماده ۷۳۲ و ۴۵۶ قانون مدنی جریان خيار را در آن می‌پذیرد البته در برخی عقود دیگر مثل وقف با عدم اظهار نظر صریح و صرفاً ذکر مقررات مواد ۵۵ و ۶۱ و ۶۵۴ بر ابهامات جریان خيار در آن افزوده و موجب سردرگمی قضات در رسیدن به رأی صحیح و جامع و حقوقدانان در وصول به تحلیل عمیق و درست در این امر گردیده است چراکه از یکسو با عنایت به اینکه وقف برابر ماده ۵۵ عبارت از حبس عین و تسبیل منافع است لذا شرط خيار فسخ منافی با مقتضای عقد که تسبیل منافع بوده است می‌باشد و چنین شرطی طبق ماده ۲۳۳ مبطل می‌باشد. از جهتی ماده ۶۱ که مقرر می‌دارد واقف نمی‌تواند از وقف رجوع کند این ابهام را ایجاد نموده که عدم امکان رجوع شامل وقف مشروط به خيار شرط نیز می‌گردد یا خیر؟ فارغ از مواد قانونی این مسئله در میان فقها و حقوقدانان نیز محل چالش و اختلاف نظر می‌باشد.

جمع‌بندی از نگرش قانون مدنی ایران نشان می‌دهد که قانونگذار مدنی ایران با احترام به مسئله حاکمیت اراده در جریان خيار شرط در عقود لازم، آن را به عنوان یک اصل و قاعده پذیرفته و با تأیید آن در مواد ۱۰ و ۳۹۹ و ۴۵۶ به آن اعتبار بخشیده است لذا آن را در بسیاری از عقود پذیرفته است، ولی در برخی عقود مثل نکاح با توجه به حساسیت شارع و عبادی بودن آن و مخالفت خيار شرط با اقتضای ذاتی آن که استمرار بوده و مخالفت خيار شرط با نظم عمومی مانع جریان خيار گردیده است لذا قانون مدنی در تبیین ضابطه خيار شرط به صورت مطلق وارد نمی‌گردد، بلکه ابتدا آن را با تأسیس اصل حاکمیت اراده عمومیت بخشیده و عدم جریان خيار را منوط به تصریح قانونگذار می‌داند. و این تصریح در برخی موارد مبنی بر عدم جریان خيار در عقد مزبور با تکیه بر ظرفیت و ماهیت عقد مزبور و لوازم جریان خيار در آن می‌باشد.

۲-۴. دیدگاه حقوق موضوعه عراق

بررسی در قانون مدنی کشورهای اسلامی از جمله عراق نشان می‌دهد که قانونگذار عراق صریحاً ضابطه‌ای برای جریان خیار شرط در عقود مشخص ننموده است و صرفاً به جریان خیار در برخی عقود تصریح نموده است مثلاً در مواد ۳۵۷ و ۵۰۹ و ۷۲۶ به ترتیب به جواز جریان خیار در حواله، بیع و اجاره حکم نموده است. این جریان خیار در عقود مذکور نشان می‌دهد که قانون عراق چندین ضابطه را محور جریان خیار شرط در عقود می‌داند.

۲-۴-۱. جریان خیار در عقد لازم قابل فسخ

اولین ملاکی که به چشم می‌آید این است که عقد مزبور باید عقد لازم قابل فسخ باشد بنابراین در عقود جایز که شخص هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را فسخ کند نیازی به خیار شرط نیست. لذاست که صرفاً در برخی عقود مثل بیع، اجاره و حواله که عقد لازم و قابل فسخ می‌باشد جریان خیار شرط را تصریح نموده است. برخی از نویسندگان حقوقی در تبیین ضابطه فسخ عقد به وسیله شرط، جریان فسخ عقد را منوط به سه شرط می‌کنند؛ اول اینکه فسخ عقد باید در عقدی صورت گیرد که برای هردو طرف الزام‌آور بوده و از جانب هردو واجد وصف لزوم باشد. دومین شرط این است که یکی از طرفین التزام خویش به عقد را نهایی ننموده و خود را از حق فسخ محروم ننماید. همچنین کسی که مطالبه فسخ می‌کند باید این توانایی را داشته باشد که التزام خود را به عقد نهایی کرده و از سوی دیگر بتواند وضعیت فعلی عقد را به حالت سابق برگرداند؛ لذا کسی که مبیع مثلاً در یدش از بین رفته نمی‌تواند عقد را به حالت سابق و اولیه برگرداند لذا نمی‌تواند مطالبه حق فسخ نماید (احمد، ۱۹۹۹، ص ۱۶۶) همچنانکه به این شروط در ماده ۱۵۷ قانون مدنی مصر اشاره گردیده است (سنهوری، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۸۱۳).

۲-۴-۲. جریان خیار منوط به لزوم قابل انفکاک

دومین معیار قابل برداشت این است که لزوم عقد لازمی که خیار شرط در آن جریان دارد نباید لزوم حکمی شرعی ذاتی و غیر قابل انفکاک از عقد باشد مانند عقد نکاح که لزوم عقد ذاتی آن و دائمی بوده و نمی‌توان آن را به‌وسیله اقاله یا شرط خیار منحل نمود؛ لذا در عقودی مثل نکاح جریان خیار شرط مردود است. در توجیه این تصمیم قانونگذار عراق نسبت به عدم جریان در برخی عقود می‌توان افزود که برخی عقود مثل عقد نکاح پایان‌دادن به حیات حقوقی آن از حیطة اختیار طرفین خارج است و صرفاً به‌واسطه اسباب مشخص شده از جانب قانونگذار صورت می‌گیرد لذا جریان خیار در نکاح با مانع روبرو است. شاهد این استنتاج با مراجعه به قانون احوال شخصیه عراق روشن می‌شود چراکه قانون احوال شخصیه عراق بعد از آن که شرایط تحقق و انعقاد نکاح را احصاء می‌نماید مقرر می‌دارد که فسخ نکاح جز در مواردی مثل عدم ایفای زوج به شروط مقررہ ضمن عقد ازدواج (بند ۴ ماده ششم) امکان پذیر نیست. این ممنوعیت نشانگر آن است که قانونگذار عراق فسخ عقد نکاح را به‌وسیله خیار شرط برنمی‌تابد و لزوم آن را تأکید می‌کند، بلکه فسخ نکاح را در چارچوب مشخصی تعریف می‌کند که بیرون از این چارچوب مشخص، فسخ عقد با خیار شرط امری ناممکن است؛ لذا لزوم عقد نکاح امری است که جز در موارد مشخصی امکان نقض آن وجود ندارد. این مسئله را نیز می‌توان در متون حقوقی عراق به دست آورد چراکه عقودی مثل عقد ازدواج، طلاق، نذر و یمین، خلع بدون دادن مال از جانب زوجه را قابل فسخ نمی‌دانند (جزیری، ۱۴۲۴، ص ۱۷۵-۱۷۶ / حسون، ۱۹۲۷، ج ۱، ص ۱۳۴). هرچند دفع صفت لزوم از آثار خیار شرط است، اما می‌توان گفت در عقود جایزی که طرف مقابل علم به جواز ندارد امکان جریان خیار شرط وجود دارد چون وقتی طرف به عدم لزوم جهل دارد برای دفع لزوم عقد احتیاج به چنین اشتراطی دارد. بنا

براین در طلاق زوج به چیزی ملتزم نمی‌شود تا بخواهد با شرط خیار دفع صفت لزوم داشته باشد (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ص ۴۶). در مواد قانونی کشور عراق به همین مطلب اشاره شده است.^۱ هرچند در بعضی از عقود از جمله عقد بیع و عقد اجاره شرط خیار به شرط معلوم بودن مدت مورد تصریح قانونگذار بوده است.^۲

۲-۴-۳. جریان خیار منوط به عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد

سومین مسئله‌ای که می‌توان آن را معیار جریان خیار شرط از نگاه قانون مدنی عراق دانست، این است که خیار شرط نباید مخالف مقتضای ذات عقد باشد چراکه در این صورت جریان خیار شرط امکان پذیر نمی‌باشد مانند عقد رهن که استیثاق و وثیقه گرفتن مقتضای ذات آن است و گرفتن رهن برای اطمینان و آرامش خاطر رهن است، لذا شرط خیار در تنافی با این اقتضای ذاتی بوده و مردود است. در متون حقوقی عراق برای جریان خیار شرط در عقود این ضابطه تعریف گردیده است که عقود امکان درج خیار شرط در آن وجود دارد که از جانب یکی از طرفین عقد یا هر دو لازم باشد و فسخ عقد نیز جایز باشد. این ضابطه را در عقود مانند بیع، اجاره، مزارعه، کفالت، حواله، شفعه و اقاله می‌توان جاری دانست، اما در عقود غیر لازم مانند عاریه و ودیعه درج خیار شرط معنایی ندارد زیرا بدون درج خیار شرط هم امکان رجوع از عقد امکان پذیر است (حسون، ۱۹۲۷، ج ۱، ص ۱۳۴).

۲-۴-۴. جریان خیار منوط به ممانعت از غرر

ضابطه خیار شرط در نظر برخی از دولتهای عربی این است که از غرر در آن

۱. اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع (ماده ۵۱۱ قانون مدنی عراق)، اذا مضت مدی الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم الايجار (ماده ۷۲۸ قانون مدنی عراق).

۲. اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع، وإيهما اجاز سقط الخيار المجيز وبقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة (ماده ۵۱۰ قانون مدنی عراق) يصح ان يكون عقد الايجار مقترناً بشرط الخيار فيجوز الايجار والاستئجار، على ان يكون احد الطرفين او كلاهما مخيراً في فسخ الايجار في مدة معلومة (ماده ۷۲۶ قانون مدنی عراق) اذا شرط الخيار للمؤجر والمستأجر معاً فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ الايجار، وإيهما اجاز سقط خياره وبقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة (ماده ۷۲۷ قانون مدنی عراق).

معامله جلوگیری شود و چون در نکاح غرری وجود ندارد خيار شرط تصور نمی‌شود (ابن‌رشد، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۷). بررسی در منابع فقهی قانونگذاری برخی کشورهای اسلامی مانند سوریه نشان می‌دهد که دو ضابطه مهم برای جریان خيار شرط وجود دارد لزوم و قابلیت فسخ (زحیلی، ۲۰۱۱، ج ۴، ص ۱۰۹) بنابراین علت عدم امکان خيار شرط در بیع سلم و سلف این است که در بیع سلم و صرف تاخیر قبض از مجلس عقد که اقتضای خيار شرط است اگر وجود داشته باشد سبب بطلان بیع می‌شود (زحیلی، ۲۰۱۱، ج ۴، ص ۱۱۰). در این میان می‌توان به حق هریک از طرفین بر امکان چنین خياری اشاره کرد که هر کجا متعاملین حق بر اعمال خيار عیب و رویت از جانب خود یا وکیل خود را دارند حق اعمال خيار شرط بر خود و وکیل خود را دارند پس اشتراط خيار شرط برای شخص ثالث می‌تواند مصداقی از حق هریک از طرفین بر اختیار وکیل بر فسخ باشد و چنین حقی در مواردی که خيار عیب و رویت مصداق دارد ظهور پیدا می‌کند (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ص ۴۷).

۲-۵. دیدگاه برگزیده

در مباحثی که گذشت ضوابط متعددی از فقه امامیه، فقه عامه و حقوق کشورهای اسلامی مورد بررسی قرار گرفت. گوناگونی و اختلاف زیاد در بین ضوابط پیشنهادی به نحوی بود که هر کدام از آنها تنها بخشی از یک معیار جامع را می‌توانست تبیین نماید. مثلاً در برخی از ضوابط به تلازم جریان اقاله و خيار شرط اشاره شد در حالی که فی الواقع ارتباط و ملازمه‌ای بین این دو موضوع وجود ندارد، چراکه مجرای تحقق اقاله را می‌توان اراده و تراضی طرفین دانست، ولی در فسخ یک اراده در انحلال عقد نقش دارد. علاوه بر اینکه نقش اراده شارع در تجویز جریان خيار و عدم آن نادیده گرفته شده است. در برخی دیگر از ضوابط به لزوم قابل انفکاک از عقد و عدم مخالفت خيار با ماهیت عقد و عدم جریان خيار در عملی که برای خدای متعال صورت می‌گیرد اشاره گردید. آنچه نقطه ضعف مشترک در تمام این موارد

است اشاره هرکدام از ضوابط به بخشی از شرایط جریان خیار شرط در عقود است و نظام جامعی که بتواند برای خواننده به صورت کامل مشخص کند حقیقتاً خیار شرط با چه سازوکاری می‌تواند در عقود جریان پذیرد وجود ندارد. هرکدام از ضوابط مبتلا به اشکالاتی است از جمله اینکه هرکدام از فقها با زوایه دید خود این مسئله را تحلیل نموده و نتوانسته‌اند طریقی را پیشنهاد نمایند که توانایی پاسخگویی به اشکالات ضوابط مقابل خود را داراست باشد؛ لذا آنچه ضروری می‌نماید ارائه معیاری جامع و نظام مند و مرحله‌ای است که با تمسک به آن بتوان چگونگی جریان و شرایط اندراج آن در عقود را مورد تحلیل قرار داد.

قبل از رسیدن به این نگرش جامع با طرح چند سوال اهمیت ارائه این نگرش نمایان می‌شود و آن این است که آیا در ارائه ضابطه نباید نقش مقتضای ذات عقد و ماهیت ذاتی آن را به ضمیمه لوازم و آثار جریان خیار شرط در آن در نظر داشت؟ آیا در کنار مسئله قبل نباید نگرش و حساسیت شارع را به عنوان مؤسس بسیاری از تأسیسات و قانونگذار و تحدیدکننده حدود و ثغور عقود مورد توجه قرار داد تا بتوان جریان خیار را با راهبردی کاملتر در عقود مورد تحلیل قرار داد؟ آیا اراده متعاقدين به عنوان زیر بنای تحقق و شاکله عقود نقشی حیاتی در جریان‌پذیری خیار ایفاء نمی‌نماید؟ آیا صرف تمسک به اقاله و مغاینه‌ای بودن عقود و سایر موارد می‌تواند پاسخگوی چالش‌های جریان خیار در عقود باشد؟ در پایان آیا عبادی و تجاری بودن عقود در این مسئله نمی‌تواند نقش ایفاء نماید؟ عدم پاسخ جامع به این پرسش‌ها موجب گردیده است که این همه تشتت و اختلاف در نگرش‌های مربوطه نسبت به ضابطه جریان خیار وجود داشته باشد. حال برای ارائه نگرش نهایی باید آن را در چند جهت مورد کاوش و تحلیل قرار داد تا بتوان به پاسخی جامع در این موضوع دست یافت.

۲.۵.۱. مرحله نخست: توجه به اصل حاکمیت اراده

آنچه در ابتدا باید بدان توجه نمود، آزادی اراده طرفین قرارداد در تعیین حدود و ثغور قرارداد است یعنی همان‌طور که طرفین قرارداد در ایجاد یک قرارداد آزادی اراده دارند و حاکمیت اراده ایشان به‌عنوان شکل‌دهنده ساختمان تراضی عقد نقش ایفاء می‌کند به‌طور مسلم این امکان را دارند که بتوانند حدود و ثغور عقد را مورد بازبینی و تغییر قرار دهند. در تعلیل این مسئله باید گفت: سیره عقلاء برای طرفین سلطنت ابقائیه را همانند سلطنت ایجادیه قائل است؛ یعنی همان‌طور که در ایجاد و انعقاد عقد مختار و دارای سلطنت مطلق است و به هر نحو خواست می‌تواند اراده‌اش را اعمال نماید در ادامه (در تعیین حد و مرز فروعات و توابع عقد) نیز سلطنت دارد. بلکه حتی می‌توان گفت که شرط خیار از شوون سلطنت مطلقه منشی عقد است و این سلطنت مطلق اقتضا می‌کند که اگر در عقد شرط خیاری مطابق میل و اراده و دلخواه منشی صورت گرفت صحیح باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷). در اثبات این سخن علاوه بر دلیل فوق باید یادآور شد که قانون مدنی در ماده ۱۰ و عموماً در کتاب مثل روایت المسلمون عند شروطهم (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۶۹ و ۱۷۰ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۰۲ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲ / عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۱۶) حاکمیت اراده طرفین را مورد تأیید قراردادده‌اند تا جایی که مخالف کتاب و سنت نباشد لذا هنگامی که این اراده بتواند در تکوین و شکل‌گیری عقد به‌عنوان مهم‌ترین رکن و عامل عمده ایجاد عقد و آثار آن نقش ایفا کند مسلماً می‌تواند در جهت انحلال و از بین بردن آثار عقد هم با توافق اراده‌ها عاملی تعیین‌کننده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۷۴)؛ بنابراین در وهله اول این اراده طرفین است که باید آن را در تعیین جریان‌پذیری خیار در عقود مورد تحلیل قرار داد و آن را معتبر دانست چراکه اصل بر جریان خیار در هر عقدی است و عدم جریان آن در عقود نیاز به دلیل متقن نقلی و عقلی دارد.

۲.۵.۲. مرحله دوم: توجه به مقتضای عقد

بعد از تحدید مسئله حاکمیت اراده باید مسئله دیگری را در جریان خیار شرط در عقود، مدنظر قرار داد و آن ماهیت عقد مورد نظر است. به این بیان که جریان پذیری خیار در برخی عقود مثل بیع، اجاره و... بدون چالش است اما جریان خیار در برخی دیگر از عقود با ماهیت و مقتضای عقد در تضاد است. مانند عقد رهن که مقتضای ذاتی آن استیثاق و گرفتن رهن است و جریان پذیری خیار شرط برای رهن در آن در تضاد کامل با این مقتضای ذاتی عقد است به نحوی که جریان خیار اصل غایت و هدف انعقاد عقد رهن را با چالش و مانع روبرو می کند؛ لذا جریان خیار در برخی عقود با ماهیت و مقتضای ذاتی عقود مورد نظر در تضاد است که اندراج خیار شرط را ناممکن می سازد. مسئله نکاح را نیز می توان در همین چارچوب مورد تحلیل قرار داد و جریان خیار را در آن نپذیرفت. هرچند می توان علاوه بر دلایلی که گذشت در ممنوعیت جریان خیار، آن را در چارچوب سیره عقلا مورد تحلیل قرار داد و آن را ممنوع دانست چراکه حکم اسلام در مسئله نکاح تأیید تأسیسات عقلی بوده و حکم امضایی است و تأسیس مستقلاً جدای از عقل ندارد و ممنوعیت نکاح از پذیرش خیار با صرف نظر از شریعت، وابسته به این امر است که در هیچ جامعه ای ولو غیر دینی مسئله نکاح قابل انعطاف نبوده و آن را قابل فسخ با خیار نمی دانند چراکه نوعی تقدس داشته و به نظم عمومی گره خورده لذا شرط خیار در آن مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است و عقلاً و خردمندان بر این امر تأکید می ورزند.

۲.۵.۳. مرحله سوم: عدم مخالفت با شرع و قانون

پس از توجه به مسئله آزادی طرفین در اندراج خیار شرط در عقود و توجه به مقتضای عقد باید به این مسئله توجه نمود که این اراده مطلق نبوده بلکه محدود به صورتی است که اندراج شرط مخالف کتاب و سنت نباشد همچنان که در ادامه روایت المسلمون عند شروطهم به مسئله عدم نفوذ

حاکمیت اراده در جایی که موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال گردد اشاره گردیده است و ماده ۱۰ قانون مدنی آن را تا جایی اعتبار بخشیده است که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد؛ بنابراین یکی از اموری که موجب محدودیت در آزادی حاکمیت اراده طرفین است مسئله عدم مخالفت آن با شرع و اخلاق حسنه و مقررره آمره قانونگذار است. جریان‌پذیری خیار در عقودی مثل نکاح، طلاق و... با عنایت به حساسیت شارع در این امور و عبادی‌بودن برخی با مانع روبروست و نمی‌توان آن را در ذیل اصل حاکمیت اراده دارای نفوذ دانست. بعد از گذر از این سه مرحله یعنی اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و عدم مخالفت با مقتضای ذاتی عقود می‌توان جریان خیار شرط در عقد را پذیرفت. به تعبیر دیگر باید با تمسک به مسئله اصل حاکمیت اراده به‌عنوانی اصلی مترقی و پیشرفته که مورد تأیید عقل، شرع و قانون است، جریان‌پذیری خیار را در عقود پذیرفت و عدم جریان خیار در برخی عقود را به‌عنوانی امری استثنایی مورد تحلیل و تبیین قرار داد و آن را توجه به سه شاخصه‌ای که مورد اشاره قرار گرفت بررسی نمود تا به نتیجه جریان یا عدم‌جریان خیار شرط در آن پی برد؛ لذا نمی‌توان به‌صورت کلی و بدون توجه به این سه شاخصه در ضابطه‌ای کلی جریان خیار شرط در عقود را ممکن یا ناممکن دانست، بلکه باید ماهیت عقد مورد نظر شارع و مقتضای ذاتی عقد و مسائل دیگر را مدنظر قرار داد تا به نتیجه‌ای جامع در آن دست یافت. در انتها باید افزود هرکدام از عقود باتوجه به شرایط و ضوابطی که در انعقاد و بقای حیات حقوقیشان حاکم است ظرفیت‌های مختلف را در پذیرش خیار شرط و عدم‌پذیرش آن دارند که باید مورد توجه قرار گیرد. ازجمله این ظرفیت‌ها مسئله عبادی‌بودن (نکاح) و تجاری‌بودن برخی عقود است که امکان‌پذیری خیار را در دسته اول ممکن و در گروه دوم ناممکن ساخته است.

نتیجه

برآیند بررسی ضوابط گوناگونی در فقه امامیه و مذاهب اربعه و حقوق ایران و کشورهای اسلامی این است که ضوابط ارائه شده دارای اشکالاتی بوده که هرکدام از آنها با نگاهی جامع جریان خیار شرط در عقود را مورد بررسی قرار نداده است؛ لذا با محور قراردادن حاکمیت اراده در اصل آزادی قراردادها و در نظر گرفتن نقش مقتضای عقد که مبتنی بر توجه به لوازم و آثار جریان خیار شرط است، می‌توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند ارائه نمود. البته حاکمیت اراده به‌طور مطلق نبوده و در مواردی که شارع و قانونگذار به‌طور صریح حدود و ثغور آن را مشخص کرده است، محدود می‌گردد. طرفین قرارداد همان‌طور که در ایجاد قرارداد بر اساس اصل حاکمیت اراده، می‌توانند آزادانه قراردادی را ایجاد نموده و در این ایجاد و انعقاد عقد دارای سلطنت بوده و به هر نحوی که بخواهند می‌توانند اراده خود را اعمال نمایند. با این وصف جریان‌پذیری خیار در عقود همچون نکاح، طلاق و... با عنایت به حساسیت شارع در این امور و تعیین حدود و ثغور خاص و شبه عبادی بودن برخی از آنها، اصل حاکمیت اراده محدود می‌گردد. عامل مهم دیگری که در ضابطه جریان خیار شرط در عقود، نقش اساسی دارد، توجه به ماهیت و سرشت آن عقد است. با توجه به این موضوع برخی از عقود همچون بیع و اجاره و... جریان‌پذیری خیار در آن بدون چالش است، اما در برخی دیگر از عقود جریان خیار با ماهیت و مقتضای عقد مورد نظر در تضاد است، برای نمونه عقد رهن است که مقتضای ذاتی آن استیثاق و گرفتن رهن است و جریان‌پذیری خیار شرط برای رهن در آن در تضاد کامل با مقتضای ذاتی عقد است که در این صورت جریان خیار شرط با اصل غایت انعقاد رهن با چالش مواجه می‌شود و اندراج خیار شرط را ناممکن می‌سازد؛ بنابراین با توجه به اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و قانون و توجه به مقتضای ذاتی عقود می‌توان به ضابطه‌ای جامع دست یافت.

بنابراین ضابطه جریان خيار شرط در عقود لازم بر مبنای اصل حاکمیت اراده اصولاً صحیح است، با این حال باید در چارچوب مشخصی و با رعایت حدود و ضوابطی قرار گیرد. این حدود و ضوابط به توجه به ماهیت و سرشت عقد لازم و مقتضای ذاتی آن محدود می‌شوند. همچنین، جریان خيار نباید با اخلاق و نظم عمومی مرتبط با عقد مذکور مخالف باشد؛ بنابراین با تمرکز بر اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و قانون، و با در نظر گرفتن نقش ماهیت و اقتضای عقد، می‌توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند برای جریان خيار شرط در عقود ارائه کرد.

منابع

- اراکي، محمدعلي؛ الخيارات؛ مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمدبن محمد؛ مجمع‌الفائده والبرهان فی شرح إرشادالأذهان؛ قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
- حسینی روحانی، صادق؛ منهاج‌الفقاهه؛ أنوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ إرشادالأذهان إلی أحكامالإیمان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیله؛ مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی‌تا].
- خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب‌البیع؛ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- زهری، محمد؛ السراج‌الوہاج؛ دارالمعرفه، [بی‌تا].
- سبحانی، جعفر؛ المختار فی أحكامالخيار؛ مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ مهذب‌الأحكام؛ مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدني؛ دار إحياء التراث العربي، [بی‌تا].
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ الإستبصار فیما إختلف من الأخبار؛ دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ تهذیب‌الأحكام؛ دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- کرمی کلمتی، فرزاد و سیدمهدی دادمزنی «بررسی فقهی - حقوقی مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود»، پژوهش‌های حقوقی؛ ش ۲۰، شهریور ۱۴۰۰.

محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عدومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

مکی عاملی، محمد؛ الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].

موسوی خویی، سیدمحمدتقی؛ الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود؛ دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ق.

مؤمن سبزواری (محقق سبزواری)، محمدباقرین محمد؛ کفایة الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ق.

نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین؛ حاشیة المکاسب؛ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.

نراقی، مولی محمدبن احمد؛ مشارق الأحكام؛ کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ق.