

خيارات از حقوق و قابل اسقاط است، اين قاعده با دقت نظر حقوق دانان با اشکالات فراوانی مواجه شده است. در تحقيق حاضر در قسمت کلیات به اصل قابلیت اسقاط، ماهیت اسقاط و چگونگی اسقاط خيارات خواهیم پرداخت. در بخش دوم به احکام اسقاط خيارات می پردازیم و امکان اسقاط خيار تدلیس، عیب، غبن، تخلف از وصف، تفلیس و خيار تعذر تسلیم را به بحث می نشینیم و خواهیم دید، که آیا می توان تمام خيارات را با شرط ضمن عقد ساقط نمود یا خیر؟ نظریه بدیع این مقاله حول این نکته است، که خيارات صرفاً راهی میان بر برای جبران خسارات و یا نیل به وضعیت پیشاقراردادی است و نه هیچ چیز دیگر و اسقاط کافه خيارات با هیچ قاعده حقوقی متنافر نیست و درج چنین شرطی در ضمن عقد مطلقاً صحیح است.

کلیدواژه ها

[اسقاط خيارات](#)؛ [اسقاط کافه خيارات](#)؛ [احکام خيارات](#)؛ [سقوط خيار](#)

موضوعات

[حقوق خصوصی](#)؛ [فقه خصوصی](#)

عنوان مقاله [English]]

Waiver of Options in the Law of Iran and Shiite Jurisprudence

نویسندگان [English]]

ataollah bigdeli

چکیده [English]]

Options are among the rights and are subject to waiver. This rule has faced many problems due to the scrupulous care of experts in law. The first part of this article refers to the principle of possibility of waver, the nature of waver, and the quality of waiver of options. The second part deals with the rules of waiver of options including waiver of option of misrepresentation, option of defect, option of deception, violation of qualities, insolvency of a person, and the option of frustrated delivery. Then the question arises whether all the options are subject to waiver due to the proviso. The novel point of this article is that options are merely a shortcut towards compensation of losses or returning to the pre contractual state. Waiver of all options is not in conflict with any legal rule and including such a term within a contract is definitely valid.

کلیدواژه ها [English]]

waiver of options, waiver of all options, rules of options, extinction of option

اصل مقاله

مقدمه

خيارات یکی از احکام مخصوص فقه امامیه و حقوق ایران است و با این تفصیل و گستردگی در حقوق سایر کشورها موضوعیت نیافته است. به گونه ای که در غالب کتب فقهی در کنار کتاب البیع کتاب مستقلی را به خود اختصاص داده است. (مکاسب، 1382، ج2، ص211) از سویی همان گونه که خواهیم دید، خيارات از جمله حقوق است و برخلاف نظر اهل سنت؛ در فقه امامیه قابلیت اسقاط را به شیوه های گوناگون دارد. «اسقاط حق» عملی حقوقی است و مانند تمام اعمال حقوقی نیازمند اراده و اختیار است. مطلبی که در بررسی اسقاط خيارات جلب نظر می کند استثنائات وارده بر این قاعده است، به گونه ای که بسیاری از اساتید استثنائات گسترده ای را به این قاعده وارد دانسته اند. از سویی گنجاندن شرط اسقاط کافیه خيارات در عقود امروزی امری شایع بوده و این مسأله برای دادگاه ها مشکلاتی را فراهم آورده است. تا جایی که

برخی حقوق‌دانان به این نظر متمایل شده‌اند، که عقودی را که دارای چنین شرطی است باطل بدانند [1] از دیگر سو، فقهای عظام شیعه در مورد امکان اسقاط همهٔ اختیارات حکم صریحی ندارند و در تکتک اختیارات به کیفیت اسقاط آن پرداخته‌اند. به هر حال به نظر می‌رسد، موضوع این نوشتار با توجه به شیوع آن در دادگاه‌ها می‌تواند مورد استفادهٔ پژوهش‌گران و قضات و وکلای محترم قرار گیرد؛ مخصوصاً که سعی شده است در بررسی نظرات فقها، فتاوی فقهای معاصر و مراجع فعلی شیعه نیز به بحث و بررسی گذاشته شود.

1. 1. کلیات

1.1 قابلیت اسقاط اختیارات

1.1.1 حق یا حکم بودن اختیارات

شاید اولین فقیهی که به صورت خاص، به تفاوت مفهومی حق و حکم توجه ویژه نموده باشد، شیخ انصاری باشد (انصاری، 1382، ج 2، ص 212؛ سبحانی، 1414 ق.، ص 4) از منظر شیخ مهم‌ترین تفاوت حق و حکم «در اختیار» بودن است. توضیح آن که حق در اختیار شخص است و فی‌الجمله قابل اسقاط است. مانند حق شفعه ولی حکم مطلقاً در اختیار شارع است و اختیار مکلفین در آن مداخلیتی ندارد. (انصاری، 1382، ج 2، ص 212) این قاعده در مقام ثبوت است، ولی در مقام بحث مصداقی و تفصیلی است و به نظر می‌رسد، نمی‌توان قاعده‌ایی کلی ارائه داد تا در مقام شک حق یا حکم بودن مسأله‌ایی را دریافت. [2]

حال سؤال آن است که اختیارات جزء احکام بوده؟ یا حقوق و قرائن مثبتة حق بودن اختیارات چیست؟

- در حقوق ایران

در حقوق ایران شکی نیست، که اختیارات از حقوق مالی هستند. (صفایی، 1383، صص 304-305؛ کاتوزیان، 1387، صص 54-118؛ امامی، 1355، ج اول، ص 540) از نظر قانونی نیز م 448 ق.م دلالتهای تمام بر حق بودن اختیارات

دارد. [3]

استدلال بر حق بودن اختیارات استدلالی لمی است و از آثار و تبعات آن ناشی شده است، به عبارتی با توجه به صراحت مقنن در قابلیت اسقاط و ارث واقع شدن اختیارات، حقوق‌دانان استدلال نموده‌اند، که اختیارات از قبیل حق‌اند، نه حکم و سپس در موارد مشکوک احکام حق را بر اختیارات جاری ساخته‌اند، به عبارتی به نظر می‌رسد، در گام ابتدائی استدلال به «حق» بودن خیار از آثار نتیجه شده و در یک استقراء به قاعده‌ایی کلی منتج شده است و سپس در استدلالی بالا به پائین در موارد شک قاعده اعمال شده است. این روش در حقوق مرسوم است.

- در فقه امامیه

در فقه نیز شکی نیست، که اختیارات از جمله حقوق است. شیخ انصاری به این مطلب مکرر اشاره دارند، از جمله: «ان الخیار من الحقوق لا من الاحکام» (انصاری، 1382، ص 211) و: «ان الخیار حق مالی قابل لاسقاط» (انصاری، 1382، ص 229)

و آن گاه نتیجه می‌گیرند که طبق قاعده مسلمة «ان لكل ذی حق اسقاط حقه»؛ صاحب خیار می‌توان آن را اسقاط نماید (انصاری، 1382، ص 232)

این قول تا آنجا که جست‌وجو شد، مخالفی ندارد. [4] شیخ انصاری در کتاب مکاسب در ابتدای احکام کلی اختیارات این بحث را با تفصیل بیشتری پی گرفته است، ایشان معتقدند برای اثبات این امر فقها به سه دلیل استناد کرده‌اند:

روایت باب خیار حیوان که دلالت بر این امر داشت، که تصرف کاشف از رضا مسقط خیار حیوان است.

اجماع علما بر امکان اسقاط اختیارات. اجماع علما بر حق بودن اختیارات.

شیخ هیچ‌یک از دو استدلال اول را نمی‌پذیرند و سرانجام اجماع را کافی در اثبات مطلب می‌دانند. (انصاری، 1382، ج 3، ص 49)

به هر حال علی‌رغم این که حق بودن اختیارات در فقه بلا مخالف است، ولی دلیلی قابل اعتنا جز اجماع ندارد.

با توجه به نظر حقوق‌دانان و اجماع فقها به نظر می‌رسد، اگر در ضمن عقد شرط شود که خیار ساقط باشد، بلاشکال و مانع است. اما به این استدلال اشکالاتی وارد شده است. از جمله:

1- عقد بیع با خیار مانند عقد جایز است؛ به عبارتی وجود این شرط نوعی دور را لازم می‌آورد، که عقد بیع لازم است، شرط خیار آن را جایز می‌نماید، خود شرط چون ذیل عقد جایزی است جایز الوفاء است و شرط جایز الوفاء عقد را لازم نمی‌کند، حال اگر شرط شود، که اختیارات ساقط باشد در واقع این شرط ذیل عقدی منعقد شده است، که قبلاً به واسطه ثبوت شرط خیار جایز بوده

است و واجب الوفاء نیست. (انصاری، 1382، ص 228) [5]

2- این شرط اصولاً مخالف مقتضای عقد است، زیرا مقتضای عقد بیع است، که همراه با خیار باشد و روایت «البیعان بالخیار» مثبت همراهی همیشگی البیعان و الخیار است و شرط انقطاع این دو شرط خلاف مقتضای عقد است. (انصاری، 1382، ص 227) بعضی از فقهای معاصر آورده‌اند، که بهتر است اشکال این‌گونه مطرح شود، که اشراط اسقاط خیار مخالف مقتضای «سنت» است، نه مخالف مقتضای «عقد»؛ زیرا مخالفت با مقتضای عقد به معنی مخالفت با آن مقتضای عقد است، که از نظر عرف غیر قابل انفکاک است، مانند شرط عدم تمتع جنسی در نکاح یا بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجاره؛ ولی خیار، حکم شرعی است، زیرا در سایر نظام‌های حقوقی، خیارات به این صورت پذیرفته نشده است و این نشانی آن است که وجود یا عدم وجود خیار جزء لاینفک عقد بیع نیست (عرفاً)، بلکه شارع جزئیت خیار را با بیان «البیان بالخیار» جعل کرده است. (سبحانی، 1414ق.، ص 70)

3- اسقاط خیارات، اسقاط مالم یجب است، زیرا خیار بعد از بیع حاصل می‌گردد و اسقاط حق خیار ضمن خود بیع اسقاط قبل از ایجاد است، شیخ این قول را به شافعیه نسبت داده است. (انصاری، 1382، ص 228) این سخن درست است و شافعی‌ها در هیچ عقدی شرط اسقاط خیارات را نپذیرفته‌اند. (موسوعه جمال عبدالناصر، 1411ق.، ج 4، ص 332؛ الزحیلی، 1418ق.، ص 257) ولی برخی حنفی‌ها در خیار شرط و عیب شرط اسقاط را اسقاط مالم یجب ندانسته و آن را اجازه داده‌اند. (الزحیلی، 1418ق.، ص 257؛ دهقانی، 1378، ص 150)

پاسخ اشکالات:

جناب شیخ و دیگر فقها هیچ‌کدام از اشکالات سه‌گانه فوق را وارد ندانسته‌اند. (انصاری، 1382، ص 229؛ سبحانی، 1414ق.، صص 70-72) پاسخ‌هایی که ارائه شده به ترتیب اشکالات به شرح زیر است:

اشکال اول دو پاسخ دارد:

اول: این‌که بحث ما در عقود جایز به ذات بوده نه جایز عرضی که با خیار جایز شده باشد، خیار طاری است؛ متعاقبین با شرط، عاملی عرضی را رفع می‌نمایند و در واقع اشتراط، شأن رفع مزاحم را دارد نه چیز دیگر. (انصاری، 1383، ص 229؛ سبحانی 1414ق.، ص 70)

دوم: آن‌که به صورت کلی در شروط ضمن عقد جایز، اعتبار شرط نه از خود عقد بلکه از عموم «المؤمنون عند شروطهم» ناشی شده است، در نتیجه، این شرط لازم‌الوفاء است. ضمن آن‌که خیار حق متعاقبین است و خیارات در عقود به «شرطلاً» است. یعنی عقد به شرطی که خالی از توافق خلاف آن باشد، یعنی عقدی که خالی از شرط سقوط خیارات بوده جایزه است، نه عقدی که متضمن وجود شرط اسقاط است. به عبارتی عقد بیع (به عنوان مثال) اصالتاً لازم است، لوخلی و طبعه، ولی نفس لزوم عقد به «شرط لا» است؛ نه به «لا شرط»؛ و اگر خیار آمد، عقد را جایز می‌کند و اگر حق خیار ساقط شد، عقد به صورت اولی باز می‌گردد.

2- مشابه پاسخ بالا را می‌توان به ادعای مخالفت این شرط با مقتضای عقد (یا سنت) داد. به عبارتی خیار حق متعاقبین است، اگر عقد خلّی و طبعه بود و اگر «لا به شرط» بود. و این حق با اسقاط آن توسط شرط منافاتی ندارد. یعنی مقتضای خیار عقد به «شرط لا» است، یعنی عقدی که در آن شرط سقوط عقد نشده باشد و نه طبیعت عقد از آن حیث که عقد است و «البیعان با الخیار» ظهور دارد، بلکه از آن متبادر است که حالتی را شامل می‌شود که شرط سقوط در آن نشده باشد. این تبادر از باب جمع ادلة شروط و این حدیث است، یعنی دلایل شروط اقتضا دارد، که هر عقدی به شرط آن که ضمن آن شرط خلاف نشده باشد مقتضای آثار خود است. (انصاری، 1382، ص 229)

اگر اشکال شود که به این ترتیب دیگر هیچ شرط مخالف کتاب و سنتی باقی نمی‌ماند، زیرا اگر این نوع جمع بین ادلة شروط و عموماً کتاب و سنت را بپذیریم، در هر شرطی که ادعای تخالف آن با کتاب و سنت شود، می‌توان پاسخ داد که منظور از نهی کتاب و سنت نهی از بیعی بوده است، که این شرط خاص در آن نشده باشد و اگر شرط کردند، دیگر شامل نهی کتاب و سنت نمی‌شود. به عنوان مثال اگر بیع نموده و شرط کردند که بیع ایجاد ملکیت نکند، نمی‌توان مدعی شد، که این شرط خلاف کتاب و سنت است؛ زیرا عقد لوخلی و طبعه، مقتضی بوده و حال که متبایعین شرط خلاف آن نمودند، شارع به شرط احترام می‌گذارد. بیع لوخلی و طبعه مقتضی ملکیت است و اگر شرط خلاف آن شد دیگر چنین اقتضائی ندارد. (انصاری، 1382، ص 229؛ سبحانی، 1414ق.، ص 71) پاسخ این اشکال آن است، که خود حق اسقاط خیار حقی است که شارع آن را تجویز کرده است. به عبارتی دلیل مخالفت شروطی خاص، با کتاب و سنت خارج از خود عقد است، شارع به صورت جداگانه امر کرده است که پاره‌ایی امور را نمی‌توان ذیل عقد شرط نمود و این ربطی به توافق طرفین ندارد در صورتی که در بقیه موارد خود شارع اجازه شرط داده است. به عبارتی شارع جعل نوع خاصی عقد به نام بیع کرده است، از سویی اجازه داده است تا برخی احکام و آثار را از آن رفع یا به آن اضافه نمود و این اجازه خارج از عقد جعل شده است و به دلیل بیرونی می‌توان جواز یا عدم جواز شرطی را ذیل عقد دریافت نه از خود عقد به ما هو هو. در مورد خاص ما جواز اسقاط حق خیار مسلم است و تنافی با مقتضای عقد ندارد. (انصاری، 1383، ص 229) ضمن آن که توجه به مفهوم اعتباری بودن عقود و آثار آن می‌تواند در تحکیم این پاسخ کمک کند.

حال نکته‌ای در این میان قابل طرح خواهد بود که، مرحوم صاحب جواهر ذیل همین بحث مطرح نموده‌اند، که سبب مناقشاتی شده است، بنابراین ایشان در تحلیل حق اسقاط اختیار، دو دسته دلیل متعارض وجود دارند. دسته اول روایتی است، که مثبت اختیار هستند مانند «البیعان بالخیار»؛ دسته دوم عمومات شرط هستند، مانند «المؤمنون عند شروطهم»، تعارض از آن رو است که عموم «المؤمنون» مفید این معنا است که هر شرط صحیحی که مضمی از سوی شارع است را در عقد گنجانده، به آن پای‌بند خواهد بود. از سویی دلیل اختیار می‌گوید، طرفین مطلقاً در هر صورت اختیار دارند، حال اگر دلیل «المؤمنون» را بر دلیل «خیار» ترجیح دهیم و در واقع، گویی شارع بیان داشته است، طرفین حق اختیار دارند، مگر آن‌که شرطی خلاف آن ننموده باشند، اما اگر دلیل «خیار» را بر «المؤمنون» ترجیح دهیم، شارع این‌طور بیان داشته است، که طرفین به شروط ذیل عقد پای‌بند بوده ولی نمی‌توانند شرط اسقاط اختیار کنند زیرا شارع این شرط را مشروع ندانسته، شارع می‌خواهد طرفین در هر شرایطی حق اختیار داشته و شرط برخلاف آن خلاف حکم کتاب و سنت است. به عبارتی به زبان امروز «البیعان بالخیار» امری است و توافق مخالف آن مشروع، صحیح و نافذ نیست و باطل و بلکه مبطل است. حال از میان ادله خیار و عموم شروط کدام را و به چه دلیل بر دیگری ترجیح دهیم؟ (نجفی، 1363، ج 23، ص 50) صاحب جواهر نیز آورده‌اند، که دلیل «المؤمنون عند شروطهم» راجح است. یعنی «البیعان بالخیار حتی لا یشرط خلافه»، دلیل ترجیح، «عمل اصحاب» است. ضمن آن‌که شرط عدم‌الخیار مانند جزئی از عقد است، که خود عقد از باب «اوفو بالعقود» لازم الوفا است. به عبارتی شرط مانند ایجاب و قبول است و به دلیل «اوفو بالعقود»؛ وضعاً و تکلیفاً صحیح و واجب است. (انصاری، 1383، ج 2، ص 227)

شیخ انصاری استدلال صاحب جواهر را ضعیف می‌داند. (انصاری، 1383، ص 227) زیرا اولاً عمل اصحاب حجیت نداشته، مخصوصاً آن‌که ما ادله و اسناد عمل آن‌ها را داریم، ادله اصحاب منحصر در «المؤمنون» است و کسی دلیل دیگری که موجب ترجیح باشد، ندارد، ثانیاً این‌که شرط خیار مانند جزء عقد باشد اول کلام است و در باب شروط به تفصیل راجع به آن سخن گفته شده است. ثالثاً در اصول منقح کردیم که در جمع بین عام و خاص، خاص عرفاً مقدم است، پس قاعدتاً دلیل «البیعان بالخیار» که اخص از «عموم المؤمنون عند شروطهم» است، باید مقدم باشد و در نتیجه حکم داد که شرط اسقاط خیار، خلاف کتاب و سنت است. در حالی‌که ادعای صاحب جواهر خلاف این است. (انصاری، 1383، ص 228)

پس دلیل ترجیح چیست؟ شیخ پاسخ می‌دهد: در فرض مسأله اصولاً تعارضی نبوده تا به دنبال مرجح باشیم، زیرا ادله خیار در مقام بیان این موضوع بوده که اصل خیار از منظر شارع پذیرفته شده است. یعنی «البیعان بالخیار» به معنای این است، که «البیعان یجوزان ان یجعل فی بیعهم الخیار»؛ و این منافاتی ندارد، که بتوانند این توانایی و جواز را با مسقط خارجی ساقط کنند؛ ضمن آن‌که تدقیق در ادله شروط نشان می‌دهد که هدف این ادله رفع ید از احکام اصلیه ثابت است، به عبارتی ادله شروط حاکم بر سایر ادله هستند، مانند جایی که کسی نذری کرده و عملی را که ذاتاً مستحب است، بر خود واجب می‌کند. (انصاری، 1383، ص 228) به عبارتی اگر این استدلال پذیرفته شود، عملاً تمام موارد شروط بلااستفاده می‌ماند. زیرا در مقابل آن همیشه یک حکم خاص وجود داشته و دیگر اصولاً از انتفاع ساقط می‌گردند. روایات فراوانی نیز مؤید این نظر است، مانند صحیح مالک بن عطیه و... [6]

3. اما پاسخ از اهل سنت و اسقاط مالیم يجب دانستن اسقاط خیرات آن است، که: اولاً نفس بیع موجد خیار نیست، بلکه مقتضی، عدم‌الشرط است. اگر شرط اسقاط خیرات شود، در واقع اصولاً مقتضی ایجاد نشده است، نه آن‌که مانع ایجاد شده باشد. به عبارتی شرط اسقاط خیرات منع است نه دفع. (انصاری، 1383، ص 229) ثانیاً صحیح مالک بن عطیه نیز بر جواز آن دلالت دارد. (انصاری، 1383، ص 230) ثالثاً: در عقود امور از امور اعتباری است و صرف اعتبار، عقلاً کافی برای صحت امر اعتباری است، همین که مقتضی عرفاً نزد عقلاً فراهم است کافی است. (سبحانی، 1414 ق، ص 72) رابعاً: صحیح سلیمان بن خالد دلالت بر اسقاط ما لم يجب نبودن اسقاط خیرات دارد. (سبحانی، 1414 ق، ص 72) خامساً: شیخ طوسی در خلاف و علامه در تذکره فتاوی بسیاری آورده‌اند، که دلالت بر جواز اسقاط خیرات دارد. [7] (سبحانی، 1414، ص 72)

در مجموع به نظر می‌رسد، با توجه به آن‌که سبب خیار قطعاً ایجاد شده است و هم زمان با وقوع عقد سبب خیار و در نتیجه معقول بودن اسقاط آن نزد شرع و عقلاء پذیرفته شده است، اسقاط خیرات، اسقاط مالیم يجب نیست. به این ترتیب قاعده کلی بدون اشکال باقی مانده و می‌توان خیرات را حین عقد و پس از آن اسقاط نمود.

1.2. ماهیت اسقاط خیرات
اسقاط خیار یک عمل حقوقی یک جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد. (صفایی، 1383، ص 306؛ کاتوزیان، 1387، شش 912-936)
حقوق‌دانان ذیل بحث اثر اسقاط خیرات؛ آن را به اقاله تشبیه کرده‌اند (صفایی، 1383، ص 310) بنابراین تمام آثاری که بر اقاله جاری است، بر اسقاط نیز جاری می‌گردد. از جمله این‌که اثر اسقاط خیار از تاریخ تحقق اسقاط است.

تنها نکته درخوری که در بحث باقی می‌ماند، آن است که آیا تفاوتی بین ماهیت اسقاط‌خيارات موجود در حين عقد و خياراتی که پس از عقد ایجاد می‌شوند (مانند خيار تأخير ثمن و تخلف از شرط) وجود دارد؟ یا خير؟ برخی بر این باورند، که شرط اسقاط‌خيارات ماهیتاً عدم ایجاد مقتضی است، یعنی طرفین با تراضی یکدیگر، یا یک طرف از جانب خود با اعلام رضایت و اراده خود مبنی بر اسقاط‌خيارات در واقع مقتضی ایجاد خيار را از بین می‌برد و مانع ایجاد خيار می‌گردد. اما نظر دوم آن است، که ایجاد خيار مقتضی عقد است و کسی نمی‌تواند با اراده خود به صورت اصولی مانع ایجاد خيار گردد. حداکثر آن است که با انعقاد عقد خيار ایجاد می‌گردد و بلافاصله و بی‌درنگ حذف می‌گردد. (کاتوزیان، 1387، شش 936-903)

به نظر برخی اساتید نظر اول مرجح است و با شرط اسقاط، زمینه ایجاد خيار از بین می‌رود و اصولاً حقی ایجاد نمی‌گردد. به بیان دیگر شرط سقوط خيار در این فرض جلوگیری از تکوین حق و نه سقوط حق بعد از ایجاد است. این سخن مخصوصاً در جایی که مبنای خيار تراضی طرفین است، بی‌گمان باید پذیرفته گردد. (کاتوزیان، 1387، ش 936) در مواردی که مبنای خيار لاضرر است، نیز این سخن قابل پذیرش است چرا که زیان دیده علیه خود اقدام کرده است و ضرر ناشی از اقدام ضرر ناروا نیست، ضمن آن که خيار از قواعد آمره و از قبیل نظم عمومی نیست. (کاتوزیان، 1387، ش 936)

برخی نیز با این نظر مخالف بوده و بر این باورند، که حق خيار به محض ایجاد خود به خود ساقط می‌گردد. (امامی، 1335، ج 1، ص 541)

در جمع‌بندی نیز می‌توان این‌طور بیان نمود، که اسقاط‌خيارات ماهیتی شبیه ابراء یا اقاله دارد، و به مفهوم «ایقاع» نزدیک است، جز این که ايقاع بیش‌تر ايجابی است و اسقاط سلبی؛ ايقاع ايجاد رابطه می‌کند و اسقاط رابطه را از بین می‌برد. شاید لفظ «عمل حقوقی یک‌جانبه» توصیف خوبی از این تعبیر باشد و به تبع با پذیرش این اصل کلی احکام ايقاع بر اسقاط نیز قابل تطبیق است. اما این مسأله که با شرط اسقاط موجب و سبب زایل می‌گردد و خيار اصولاً ايجاد نمی‌گردد؛ به نظر با توجه به مجموعه مواد راجع به خيار در قانون مدنی و کلیات حقوقی قابل پذیرش نیست؛ خيارات مخصوصاً در فقه امامیه و با توجه به تعاریفی که از آن در فقه ارائه شده است، ملک و حق است. [8] اما ماهیت حقوقی که صرفاً ناشی از اراده طرفین است، متفاوت است؛ خيارات در دیگر نظام‌های حقوقی به این شکل و گستردگی پذیرفته نشده است (سبحانی، 1414 ق.، ص 70) و اصل خيارات از احکام شرعی و قانونی است به این اعتبار عقد و خيار همراه و مقتضی شرعی و قانونی یکدیگر خواهند بود و نمی‌توان بیعی را تصور کرد که شرعاً خالی از خيار باشد.

به عبارتی شارع عقد و خيار را همراه و مقتضی شرعی یکدیگر قرار داده است و نمی‌توان با توافقات شخصی تلازم عقد و خيار را از نظر اقتضایی منحل کرد. اما شارع این اجازه را داده است، که تبعاً و عارضاً آثار خيار را از عقد منفک کرد. به عبارتی هر عقده لاجرم دارای خيار است و شرط اسقاط‌خيارات نمی‌تواند به این معنا باشد، که مقتضی خيار ايجاد نگردد، زیرا مقتضی خيارات از نگاه نگارنده، خود عقد است و اراده طرفین از آن روی که به اصل عقد تعلق گرفته به خيارات نیز تعلق گرفته است. اما طرفین می‌توانند خيار ايجاد شده را ساقط نموده و در واقع شرط اسقاط‌خيارات ضمن عقد چیزی جز اسقاط‌خيارات آنرا از عقد نیست و همان‌گونه که در بحث اسقاط مالم يجب نبودن اسقاط‌خيارات گفتیم، مهم‌ترین دلیل این سخن آن است، که مقتضی ايجاد خيار (عقد) ايجاد شده است و اسقاط چیزی که مقتضی آن قطعاً ايجاد شده است، اسقاط مالم يجب نیست. ولی این سخن به معنای این نیست، که صرف ايجاد مقتضی که عقد است؛ در تحقق اصل خيار و ثبوت آن کافی است، در آنجا سخن این بود، که برای اسقاط مالم يجب نبودن حقی وجود مقتضای آن حق کافی است، در این بحث روی سخن آن است، که خيار همراه عقد ايجاد می‌گردد و برای رفع آن نیازمند توافقی است، که این توافق در ضمن عقد قابل درج است، زیرا اصل عقد و خيار همراه یکدیگر بوده (شرعاً) و توافق بر سر این امر که عقد بیع همراه خيار نباشد از حوزه توافقات و اراده شخصی بیرون است. لذا به نظر می‌رسد، قول به از بین رفتن خيار پس از ايجاد آن، آنرا ما بعد از عقد از نظر اصول و مواد حقوقی و قانونی قابلیت دفاع بیش‌تر خواهد داشت.

1.3. چگونگی اسقاط‌خيارات

اسقاط، عملی حقوقی است و مانند اعمال حقوقی دیگر باید به گونه‌ای ابراز گردد، تا مترتب اثر باشد و صرف قصد و نیت در تحقق آن کافی نیست. اسقاط می‌تواند به لفظ یا عمل باشد. (صفایی، 1383، ص 306) اسقاط لفظی مانند آن است، که صاحب خيار بگوید از حق فسخ خود گذشتم، از سویی اسقاط مانند فسخ است و با استفاده از وحدت ملاک ماده 499 قانون مدنی می‌توان دریافت، که اسقاط نیز به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌گردد. در نتیجه اسقاط نیز نیازمند قصد انشاء است و این قصد باید به نحوی ابراز گردد.

دیوان عالی کشور در رأی مورخه 1316/4/3 به شماره 746 در مورد فسخ این مقرر را به صراحت یادآور شده و آورده است، فسخ معامله محتاج به انشاء فسخ است و خبر از فسخ مثبت وقوع آن نخواهد بود. (صفایی، 1383، ص 309) [9] با توجه به این آراء می‌توان به راحتی نتیجه گرفت، که اسقاط نیز از مقوله انشاء است، نه اخبار و انشاء نیازمند اراده و ابراز است.

در فقه امامیه نیز این مسأله مورد توجه است، در فقه نیز خیارات را می‌توان به صورت قولی و فعلی اسقاط نمود. (انصاری، 1382، صص 227-229) [10]

تنها مسأله‌ایی که در فقه مورد توجه خاص قرار گرفته است، مسأله‌ای است که در شروط به تفصیل به آن پرداخته شده است و در این‌جا نیز مورد اشاره و نیاز است؛ از آن روی که شرط قولی اسقاط خیارات به صورت شرط ضمن عقد است؛ آیا اگر این شرط به صورت مذاکرات پیش‌اقراردادی و متبانیاً علیه منعقد گردد و ضمن عقد به آن تصریح نگردد مؤثر است؟ یا خیر؟ در این حوزه، مسأله اختلافی است؛ نظر شیخ انصاری آن است، که اقوی غیر مؤثر بودن شرط غیر مذکور در متن عقد است؛ شیخ این قول را به مشهور نیز نسبت می‌دهد. (انصاری، 1382، ص 231) [11]

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد، آن است که شرط لفظی می‌تواند به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل باشد؛ اما ظاهراً شرط صفت بودن شرط اسقاط خیارات بی‌معنا است (دهقان، 1382، ص 121)

اما در مورد اسقاط فعلی که همان تصرف در مورد خیارات است؛ در فقه به تفصیل بحث شده است. در حقوق ایران حقوق‌دانان تصرفی که کاشف از سقوط باشد را اسقاط عملی می‌دانند؛ مانند آن که مشتری مغبون در خریدخانه، بعد از علم به غبن، خانه را تعمیر کند یا انتقال دهد. (صفایی، 1383، ص 306؛ امامی، 1355، ج 1، ص 529؛ عدل، 1372، ص 450) این مسأله از وحدت ملاک ماده 450 و 451 قانون مدنی نیز قابل فهم است.

در فقه تصرف و دلالت آن بر اسقاط خیار موجب مباحث گسترده‌ایی شده است:

اولاً تصرف باید اختیاری باشد و تصرف اکرایی لاتصرف است. (انصاری، 1382، ص 235)

ثانیاً محل اصلی این بحث در خیار حیوان است. فقها در این‌که چه نوع تصرفی مسقط خیار است، اختلاف دارند؛ علامه در تذکره معتقد است، که هر نوع تصرفی مطلقاً مسقط خیار است. (به نقل از انصاری، 1382، ص 245) شیخ انصاری این نظر را در نهایت اشکال می‌داند. (انصاری، 1382، ص 245) دسته‌ای دیگر از فقها تصرفی را که حاکی از رضایت شخص به لزوم عقد باشد مسقط می‌دانند، این قول از صحیح ابن رثاب و ظاهر کلام علامه در تذکره نیز قابل برداشت است، این فتوا ظاهراً فتوای شیخ در مبسوط نیز هست. (به نقل از انصاری، 1382، ص 250)

شیخ این قول را هم نمی‌پسندند و سرانجام معتقد است، تصرفی مسقط خیار است که «نو عاً» کاشف از رضایت متصرف به لزوم عقد باشد، شیخ صحیح ابن رثاب و صفار را دلیل بر سخن خود می‌آورد. (انصاری، 1383، ص 250) اما به هر حال در این‌که اجمالاً تصرف مسقط خیار است، در بین فقها اختلافی نیست. (انصاری، 1383، ص 250؛ سبحانی،

1414 ق.، ص 98) [12]

اما در خیار عیب این سؤال مطرح است که آیا تصرف مسقط خیار عیب است؟ یا خیر؟ مسأله از آن روی در خیار عیب مشکل‌ساز شده است، که مدخلیت علم مشتری به عیب یا عدم علم او مورد مناقشه واقع شده است، ضمن آن‌که تصرف قبل از

حدوث عیب و بعد از آن نیز محل بحث است. برخی فقها حدود ده نظریه در مسقط بودن یا نبودن تصرف در خیار عیب مطرح کرده‌اند. (الموسوی‌الخمینی، 1415 ق.، ج 5، ص 24) علی‌رغم اقوال مختلف به نظر می‌رسد، در این موضوع نیز قاعده کلی جاری است و تصرفی مسقط است که کاشف از رضا باشد. اجمالاً حضرات امام خمینی و شیخ انصاری نیز به این نظر تمایل دارند. (انصاری، 1382، ص 239؛ الموسوی‌الخمینی، 1415 ق.، ج 5، صص 25-30) [13]

پیش‌تر بیان شد، که شرط سقوط را می‌توان به صورت نتیجه در ضمن عقد شرط نمود، یعنی طرفین شرط نمایند، که عقد بیع بدون خیار باشد و صرف انعقاد بیع موجب سقوط خیار گردد. در این میان برخی از فقها نیز اشکال کرده‌اند، که ادله شروط شامل این دسته از شروط نمی‌شوند. (سجادی، 1426 ق.، ص 383) زیرا کبرای قضیه ظهور در شرط فعل داشته و نتیجه‌ای در بر ندارد. در ضمن ظاهر ادله همگی دلالت بر وجوب تکلیفی دارد و جمع بین وجوب تکلیفی و وجوب وضعی در یک لفظ محل اشکال است. توضیح آن‌که مهم‌ترین دلیل لفظی در باب شروط قول حضرت رسول است که فرمود:

«المؤمنون (او المسلمون) عند شروطهم» و واضح است، که عبارت اگر ناظر به شرط نتیجه باشد، معنای حاصلی ندارد. ضمن آن‌که دلالت عبارت بر وجوب تکلیفی واضح است.

پاسخ آن است که وفاء به شرط همانا عمل به مقتضای شرط است، اگر شرط، شرط فعل باشد معنای وفای به شرط عمل به فعل است و اگر به صورت شرط نتیجه باشد، معنای آن ترتیب آثار آن نتیجه است.

وجوب تکلیفی نیز معنای منحصر روایت نیست. زیرا معنای روایت آن است، که مؤمنین ملازم شروط خود هستند و از آن منفک نیستند و ملازمه، کنایه از عمل به مقتضی شرط است. (سجادی، 1426 ق.، ص 384) ضمن آن‌که این روایت و

روایات دیگری از این دست دلالت بر وجوب وفاء به شرط دارد و واضح است که وجوب اعم از وجوب تکلیفی و وجوب وضعی است. (سجادی، 1426 ق.، ص 384)

1. 2. احکام اسقاط خیارات

2.1. صحت اسقاط کافه خیارات

این مسأله از مسائل مبتلی به جامعه امروزی حقوق ایران است. آیا می‌توان تمام اختیارات را اسقاط نمود؟ این سؤال از آن روی اهمیت می‌یابد، که امروزه در بسیاری از اسناد رسمی و غیررسمی جمله «اسقاط کافه اختیارات» به عنوان شرطی از شروط ضمن عقد بسیار رایج است و طرفین اختیارات را ساقط می‌نمایند (صفایی، 1383، ص 306؛ کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 912؛ جعفری‌لنگرودی، 1357، ص 43) این مسأله تا جایی شایع است، که به علت سوء استفاده‌های فراوان از اختیارات و عدم استحکام عملی معاملات به دلیل وجود تعداد فراوانی از اختیارات در نظام حقوقی ایران، اداره ثبت طبق بخشنامه شماره 35126-1093 کلیه دفاتر اسناد رسمی را ملزم نمود در قراردادهای کافه اختیارات را از طرفین ساقط نمایند. (جعفری لنگرودی، 1378، ج 1، ص 372) [14]

ظاهر ماده 448 قانون مدنی مشعر این معنا است که می‌توان تمام اختیارات را ساقط کرد. این مسأله مورد اتفاق حقوق‌دانان است و به جز یک مخالف جدی (دکتر لنگرودی) مخالف دیگری حداقل در اجمال خود ندارد (صفائی، 1383، ص 306، کاتوزیان، 1387، ج 5، ص 133، امامی، 1355، ج اول ص 541، قائم مقامی، 1356، ص 103، عدل، 1372، ش 522، ص 310 و...).

در فقه علی رغم جستجوی فراوان به جمله‌ای که دلالت بر جواز یا منع اسقاط کافه اختیارات دلالت داشته باشد بر نخوردم، اما با احصاء در سرفصل‌های اختیارات تقریباً در تمامی اختیارات شرط اسقاط آن بحث شده است. از جمله در خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار الغبن، خیار تأخیر، خیار رؤیت (به اختلافات موجود در این خیار اشاره خواهد شد)، خیار عیب و... (سیحانی، 1414، صص 68، 122، 162، 335، 287، 310، 341 و...). و به نظر می‌رسد ذیل قاعده کلی «لکل ذی حق اسقاط حقه» و جواز اسقاط تک تک اختیارات، اسقاط همه آن‌ها بلامانع باشد. این سخن در میان حقوق‌دانان مخالفانی سرسخت دارد. شاید مهم‌ترین مخالف این نظر دکتر لنگرودی است. ایشان معتقدند درج چنین شرطی باطل و مبطل عقد است. خلاصه استدلال ایشان به این قرار است: طبق بند اول ماده 232 قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل عقد است. از سویی ماده 448 قانون مدنی مخالف ذات عقود مغاینه است:

«قانون در ماده 448 اشتباه بزرگی کرده است... شرط اسقاط کافه اختیارات برخلاف مقتضای ذات عقد مغاینه‌ای است. چنین شرطی هم فاسد و هم مفسد بیع است... به این صورت باید جانب ماده 233 را گرفت و حکم به ابطال چنین بیعی داد... شرط اسقاط کافه اختیارات از مصادیق بارز غرر است.» (جعفری‌لنگرودی، 1378، ج 1، صص 372-373) به عبارتی ایشان بر این باورند، آن چه از ذاتیات عقود مغاینه است، تعادل و همسانی تعهدات طرفین است و اگر طرفی تمام اختیارات را ساقط کند، در واقع حقوق خود را بلاوجه و بدون ارزشی همسان و معادل آن از دست داده است. مخصوصاً خیار تدلیس و غبن و غیره که به نوعی تضمین‌کننده حقوق طرف معامله است و با اسقاط آن ضمانت اجرای تخلف از مفاد عقد از بین رفته و گویی تعهد لاتعهد می‌گردد.

این چگونه تعهدی است، که طرف مقابل حق تدلیس و غبن طرف مقابل را دارد و طرف مقابل نمی‌تواند در مقابل مغبون شدن و فریب خوردن معامله را فسخ کند، این امر قطعاً به غرری شدن معامله می‌انجامد و طرفین را در وضعی نابرابر قرار می‌دهد، فلسفه جعل اختیارات جلوگیری از ضرر و ضمانت اجرای اراده طرفین است و با رفع و دفع این ابزار، عقد و تخلف از آن عملاً بلاضمانت اجرا است.

این نظر گرچه در ابتدای امر نظری معقول به نظر می‌رسد، اما از ضعف‌هایی برخوردار است: اولاً اگر پذیرفته شود، که اختیارات بماهو اختیارات جزء حقوق طرفین هستند، نباید اسقاط آن را محدود و غیرمجاز بدانیم؛ تمام حقوق ناظر به یک عقد را می‌توان اسقاط نمود و این امر با ماهیت اختیارات تناسب تام دارد. ثانیاً اگر با اسقاط کافه اختیارات خللی در ضمانت اجرای عقد حاصل می‌گردد، این مسأله ضعف نظام حقوقی و قواعد ناظر به معاملات و معاهدات است و نباید به خاطر ایجاد این نقطه ضعف اصل قاعده را زیر سؤال برد. اگر با اسقاط کافه اختیارات عقد به نوعی غرری و بلاضمانت می‌شود، باید برای آن، ضمانت اجرایی آمره و قاعده‌مند یافت نه آن که طرفین را در مضیقه نهاد.

ثالثاً اصل در روابط قراردادی خصوصی اقتضای تعادل دارد؛ فرض رکین حقوق خصوصی و مدنی بر این واقعیت نهاده شده است، که طرفین آزادانه اعمال اراده می‌کنند و هیچ اهرم مؤثری اراده و رضای آنان را مخدوش نمی‌کند، اگر چنین فرضی درست باشد؛ که البته در واقعیت روابط انسانی غالباً این‌گونه نیست؛ هر ذی‌حقی در برابر اسقاط حق خود معادل و بهایی دریافت می‌کند و حتماً طرف مقابل در قبال اسقاط حق خیار خود عوضی دریافت کرده است. حال قیمت را پائین‌تر آورده است یا از طرف دیگر نیز حقی اسقاط کرده است؛ کما این که در قراردادهای فعل اسقاط کافه اختیارات از طرفین به عمل می‌آید و به نوعی معاوضه حقوق است و همسانی و تعادل عوض و معوض در این فرض محقق است. رابعاً: فرض کنیم شارع مقدس اختیارات را جعل نمی‌کرد، آیا این امر منجر به غرری شدن عقود می‌شد؟ در نظام‌های دیگر حقوقی که اختیارات به این وسعت و تنوع پذیرفته نشده است و غالباً خیار عیب با محدودیت‌هایی پذیرفته شده است؛ عقود غرری است؟ به نظر می‌رسد در نظام حقوقی فقهی و حقوقی ما نیز اگر اختیارات ساقط شود، طرف ضرر دیده و مضرور طبق قواعد کلی حق رجوع به ضار و غار را خواهد داشت و قواعد کلی ناظر به عدم اجرای تعهد باقی است، خیار

تسهیلاتی است، که به یکی از طرفین داده شده است تا بتواند عقد را بدون رجوع به محکمه و رعایت تشریقات مرسوم، فسخ کند و البته نیازی به اثبات مدعی و بر دوش کشیدن بار دلیل نداشته باشد. اشکالی در این بین وارد نیست، که طرف معامله این اجازه را داشته باشد، تا «حق» و تسهیلات خویش را در مقابل دریافت تسهیلاتی و انهداده و اسقاط نماید؟ (در ادامه به تفصیل به این بحث خواهیم پرداخت).

پس به نظر می‌رسد، استدلال دکتر لنگرودی نائل به مقصود نیست. اما همان‌گونه که خواهیم دید، همه حقوق‌دانان اصل امکان اسقاط کفایت خیار را با این گستردگی نپذیرفته و تقریباً همه در خیارات خاص، قائل به عدم امکان اسقاط برخی خیارات شده‌اند که در ذیل هر عنوان به بحث و بررسی آن خواهیم پرداخت.

2.2 اسقاط خیار تدلیس

2.2.1 بحث حقوقی

در این‌که فریب خورده بعد از اطلاع از تدلیس طرف مقابل می‌تواند، حق خود را ساقط کند بحثی نیست، اما ایراد اصلی آن‌جا آشکار می‌گردد، که اسقاط ضمن عقد و قبل از آگاهی از تدلیس اتفاق افتد. برخی حقوق‌دانان معتقدند از آن روی که تدلیس قانوناً ممنوع است و حتی در پاره‌ایی موارد مجازات کیفری برای آن مقرر شده است، اسقاط این خیار برخلاف نظم عمومی و باطل است (کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 912) برخی دیگر از اساتید بر این باورند، که این شرط غیر عقلایی بوده و در نتیجه باطل است. (جعفری لنگرودی، 1379، حاشیه ماده 488) در نتیجه اگر در سند ذکر شده باشد که کفایت خیارات ساقط است، شامل خیار تدلیس نخواهد بود (صفایی، 1383، ص 307) در مقابل برخی اساتید چنین شرطی را صحیح می‌دانند.

«متبايعين می‌توانند، در ضمن عقد بیع شرط کنند خیاراتی که در عقد مزبور به وجود می‌آید مانند خیار عیب، غبن، تدلیس و تخلف وصف ساقط شود. اگر چه مشروط علیه جاهل به وجود سبب آن باشد» (امامی، 1335، ج اول، ص 541) آن‌چه از ظاهر مسأله بر می‌آید، این است که دکتر امامی در این قول متفرد است.

پس نظر غالب حقوق‌دانان آن است، که اگر در قرارداد تصریح شده باشد که خیار تدلیس ساقط است، موجب بطلان عقد نیست. ولی چون چنین شرطی یا بی‌فایده و یا نامشروع است، خود شرط باطل خواهد بود. (ماده 232 ق.م) نگارنده با این نظر موافق نیست.

2.2.2 بحث فقهی

خیار تدلیس در فقه آن چنان شناخته شده نیست، شیخ انصاری و شارحان آثار او از خیار تدلیس ذکری به میان نیاورده‌اند (انصاری، 1382، ص 209؛ الخیارات و سبحانی، 1414 ق.م، ص 174؛ الموسوی الخمینی، 1415 ق.م، ج 4-5، ص 121) شهید اول در کتاب شرح لمعه به اقتضار به آن پرداخته است (الجبعی‌العاملی، 1415 ق.م، ج 2، ص 89) این خیار غالباً در نکاح و یا ذیل خیار تخلف از شرط بحث شده است. (الجبعی‌العاملی، 1415 ق.م، ج 2، ص 370) شهید اول در کتاب الدروس الشرعیة بحثی تفصیلی‌تر داشته و به عنوان هشتمین خیار، خیار تدلیس را بحث کرده است. (مکی‌العاملی، 1426 ق.م، ج 3، ص 318) در این‌که با خیار تدلیس ارش ثابت است یا خیر، اختلاف بوده و ابن ادریس و شیخ طوسی به اثبات ارش فتوا داده‌اند. (مکی‌العاملی، 1426 ق.م، ج 3، ص 318) و مباحث را با خیار عیب مخلوط کرده‌اند. (مکی‌العاملی 1426 ق.م، ج 3، ص 321)

به هر حال جایی در کتاب دروس و کتاب لمعه به امکان یا عدم امکان اسقاط این خیار به تصریح اشاره نشده است. هر چند جملاتی به صورت غیرمستقیم دلالت بر این مطلب دارند [15] (مکی‌العاملی، 1426 ق.م، ج 3، صص 321-333) به هر حال به نظر می‌رسد، قول فقیهان امکان اسقاط چنین خیار است.

2.2.3 تحلیل

به نظر قول فقیهان و امکان اسقاط چنین خیار نزدیک‌تر به صحت است. ظاهراً حقوق‌دانان از اصل خیار تحلیل ناصحیحی داشته و گمان می‌کنند، خیار تنها راه جبران ضرر متعاملین است و حداکثر به این نظر گرایش پیدا کرده‌اند، که خیار ثمره تراضی و اراده طرفین است. (کاتوزیان، 1387، ص 54، ش 898)

این مسأله که تدلیس ممنوع و گاه جرم است، دلیلی بر عدم امکان اسقاط آن نیست و اسقاط آن حق و جوازی برای طرف مقابل در دست یازیدن به آن نیست و اصولاً بحث ربطی به نظم عمومی ندارد. تدلیس، خیار و «حق» طرف است و هیچ دلیلی بر عدم امکان حق وی در اسقاط حق موجود نیست. ضمن این‌که غیر عقلایی بودن این شرط نیز محل اشکال است. طرفین ممکن است، با اسقاط این خیار از ثمن بکاهند یا منفعتی دیگر حاصل نمایند. گمان حقوق‌دانان آن بوده است، که بین اسقاط حق خیار تدلیس با اعطای جواز برای ارتکاب آن از سوی مقابل تلازم وجود دارد در حالی که هیچ تلازمی در بین نیست. یک طرف می‌تواند، خیار تدلیس را ساقط کند و طرف مقابل موظف به حسن‌نیت و عدم تدلیس است. ضمن آن‌که بر فرض که تدلیس واضح شد، خیار تنها راه جبران خسارت یا غرر نیست. خیار تدلیس صرفاً یک نوع تسهیلات و آسانی اثبات دعوا و به نوعی جبران قراردادی خسارت از طریق فسخ معامله است و طرفین می‌توانند از این تسهیلات استفاده نموده فارغ از این‌که موجب ایجاد این امتیاز و تسهیلات چه باشد، چه اهمیتی دارد خیار به چه سبب ایجاد شده، طرف

ذی‌الخیار حق دارد از امتیاز خیار استفاده نماید ولی از طرق عمومی و ذیل مواد عدم ایفا یا اجرای تعهد یا ذیل قواعد کلی لاضرر و لاغرر جبران خسارت نماید، هرچند بار اثبات دعوا با او است. لذا اسقاط حق خیار تدلیس ممکن و صحیح است.

2.3. اسقاط خیار عیب

مشتري پس از اطلاع عیب قطعاً می‌تواند، خیار خود را ساقط نماید. در این مورد نیز اختلاف از آن جا آغاز می‌گردد، که در ضمن عقد یا کافه‌خیرات را اسقاط نموده باشند یا آن که به صراحت خیار عیب را در ضمن عقد اسقاط نموده باشند. برخی حقوق‌دانان بر این باورند، که درست است که مشتري «ریسک» را پذیرفته که اگر کالا معیوب بود، از خیار خود بهره نبرد، اما پذیرش ریسک در حدود متعارف بوده است نه عیب خارج از متعارف و عیب فاحش، با این تقریر اگر در ضمن عقد کلیه‌خیرات اسقاط شده بود، یا حتی خیار عیب به صراحت اسقاط شده بود و بعد از معامله معلوم شد که کالا بیش از حد متعارف معیوب است و عیب فاحش دارد، مشتري حق خیار خواهد داشت. (صفایی، 1383، ص 307؛ کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 954)

در مقابل برخی حقوق‌دانان اسقاط خیرات را مطلق و شامل هر نوع عیبی اعم از فاحش و ساده می‌دانند. (امامی، 1335، ج 1، ص 541) (هرچند این سخن ظاهر در کلام آنان نیست و مستفاد از اطلاق جمله مرحوم امامی است) این اختلافات نظر حقوقی در دادگاه‌ها نیز مطرح شد. در سال 1308 دیوان عالی کشور طبق رأی شماره 348-1218 نظری به این شرح ارائه نموده است:

«اسقاط خیار عیب شامل عیوبی که خارج از حد متعارف باشد، نیست»

با توجه به این نکته که جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از این بحث مستلزم بررسی خیار غبن نیز می‌باشد (صفایی، 1383، ص 307) در نتیجه بحث تفصیلی این موضوع را به قسمت بعد واگذار می‌کنیم و در این‌جا به ذکر چند نکته فقهی در مورد اسقاط خیار عیب بسنده می‌شود:

1- اگر شخصی خیار عیب را مطلقاً از خود ساقط نماید، ارزش هم ساقط است. (انصاری، 1382، ج 2، ص 324) این نظر مورد توجه دادگاه‌ها قرار نگرفته است. در رأی شماره 71/26-7 دادگاه حقوقی اصفهان اظهار شده است: «اسقاط خیرات مندرج در سند ناظر به مطالبه ارزش نیست و امکان فسخ معامله مانع مطالبه ارزش نیست» (بازگیر، 1379، ص 230)

البته تعارض بیتی بین دو قول نیست. زیرا شیخ معتقد است، اگر خیار را مطلقاً ساقط کند ارزش هم ساقط است، اما با توجه به محتویات پرونده، گویا مفاد قرارداد اسقاط ناظر به مطالبه ارزش نبوده و قرارداد مشعر این معنا بوده است، که امکان فسخ معامله را اعطا کرده بدون در نظر داشتن اسقاط حق مطالبه ارزش؛ ضمن این‌که رأی دادگاه مورد رسیدگی دیوان عالی (شعبه سوم) قرار گرفته و به جهات دیگری رد شده است و دیوان متعرض این نکته حقوقی مندرج در رأی نشده است. (بازگیر، 1379، ص 230) و لذا رأی دادگاه متفرد است و مثبت وجود رویه‌ایی خاص در دادگاه‌ها نیست.

2- اگر در خیار عیب، جنس معیوب تلف شود، استثنائاً خیار ساقط می‌شود. دلیل این مسأله علاوه بر اجماع منقول، مرسله جمیل و امکان رجوع به ارزش است. (انصاری، 1382، ج 2، ص 324) در این حالت طرف خسارت دیده تنها می‌تواند مطالبه ارزش نماید. در سایر خیرات با تلف عین ذمه به مثل تعلق گرفته و مشغول می‌شود. (انصاری، 1382، ج 2، ص 324)

3- در فقه امامیه دو مورد هم مسقط خیار عیب و هم ارزش است: علم قبل از عقد به عیب و تبری بایع نسبت به عیب. (انصاری، 1382، ج 2، ص 327) از دلایل نقلی این فتوا می‌توان به مسقط ارزش و خیار عیب بودن «تبری»، اجماع منقول، وجود برخی اخبار مانند صحیح زراره از امام باقر علیه‌السلام و مکاتبه جعفر بن عیسی اشاره کرد. تحلیل عقلی نیز مؤید این سخن است. زیرا خیار عیب در صورتی ثابت است، که اطلاق عقد مقتضی سلامت مبیع باشد، به عبارتی اطلاق عقد مقتضی خیار عیب است، اگر بایع تصریح کند که نسبت به عیوب مسئولیتی ندارد، اطلاق عقد را منتفی نموده و خیار عیب بلامقتضی می‌گردد و اصولاً ایجاد نمی‌گردد. (انصاری، 1382، ج 2، ص 327) [16]

4- تبری از عیوب فقط خیار و ارزش را ساقط نموده نه احکام دیگر را، لذا تلف مال قبل از قبض و ضمان تلف و غیره همچنان باقی است. (انصاری، 1383، ج 2، ص 343) البته شهید در درس خویش، در ثبوت ضمان تلف مردد شده‌اند. (مکی‌العالمی، 1426، ج 3، درس 261، ص 326) [17]

اسقاط خیار غبن

اصل بحث را در این خیار باید جستجو نمود. در این‌که مغبون بعد از اطلاع از غبن، خیار خود را اسقاط کند سخنی نیست. اشکال از آن جا آغاز خواهد شد، که در ضمن عقد کافه‌خیرات اسقاط شده باشد یا به تصریح خیار غبن را ساقط کرده باشند. اشکال آن‌گاه غامض‌تر می‌گردد، که در ضمن عقد تأکید شده باشد که طرفین خیار غبن فاحش را نیز ساقط کرده باشند، در این اواخر قراردادهای فراوانی دیده شده است که حتی با فراتر نهاده و کلیه خیرات، حتی خیار غبن فاحش، بل فاحش را نیز ساقط کرده‌اند؟ در این موارد آیا خیار ساقط است؟

برخی حقوق‌دانان معتقدند، در مواردی که اسقاط خیرات شده است این موضوع منصرف از غبن فاحش است. غبن خارج از حدود متعارف و چند برابر معمول داخل در تراضی طرفین نیست و شامل اسقاط کافه‌خیرات نیست. (صفایی، 1383،

ص 307؛ کاتوزیان، 1387، ج 5، ص 954؛ قائم مقامی، 1356، ص 103) برخی حقوق‌دانان نیز با استناد به ظاهر ماده 448 این شرط را صحیح می‌دانند (امامی، 1335، ج 1، ص 541)

در شرح عدم اشتغال شرط اسقاط كافة خيارات به غبن فاحش آورده‌اند:

«... به عبارتی «موضوع اسقاط» غبن متعارف است و اگر کسی به «غبن فاحش» دچار شود، در موضوع اسقاط

اشتباه کرده و در اعمال حقوقی یک جانبه نیز قاعده اشتباه جاری است» (کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 983) در این موارد می‌توان قائل شد که اگر تفاوت قیمت پرداخت شود، شرط سقوط خيار نافذ و خيار ساقط است. (کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 954) [18]

این فرض اول (بررسی را به انتهای بحث وامی‌گذاریم) اما در فرضی که طرفین صراحت به اسقاط غبن فاحش بلکه افحش دارند چگونه خواهد بود؟ به نظر دو رأی قابل ارائه است:

اول: صحت شرط و سقوط خيار:

دلایل این قول را می‌توان این‌گونه برشمرد:

- المؤمنون عند شروطهم؛ و اطلاق این دلیل.

- اصل ركين اصالت اللزوم

- نبود خيار غبن در نظام‌های حقوقی کامن‌لو و اقتصاد بازار باز.

- اطلاق ماده 448 قانون مدنی

دوم: بطلان شرط و جاری بودن حق فسخ

دلایل این قول را می‌توان این‌گونه دسته‌بندی نمود:

- این شرط خلاف عقل سلیم و غیر عقلایی است.

- اشخاص در ضرر زدن به خود آزاد نبوده و قطعاً این شرط ضرر زدن به خود است.

- ظاهر شرط اسقاط خيار غبن است، ولی باطن آن تجویز تدلیس است و به همان دلایلی که در رد امکان اسقاط خيار تدلیس

بیان شد، می‌توان در رد امکان اسقاط این خيار نیز تمسک نمود. در ضمن این امر خلاف اخلاق حسنة مندرج در ماده 960

ق.م است (قائم مقامی، 1356، ص 103)

- معامله غرری می‌گردد. [19]

قبل از بررسی بحث شایسته است نظر حقوق‌دانان، رویه قضایی و فقها را ذکر کنیم تا بررسی دقیق‌تر سامان یابد:

2.3.1. حقوق‌دانان

دکتر صفایی بر این باور است: «در صورت وجود غبن فاحش، مغبون هنگامی می‌تواند، قرارداد را فسخ نماید، که این حق

را به طور ضمنی یا صریح اسقاط نکرده باشد». (صفایی، 1383، ص 282)

این جمله تمایل ایشان را به نظر اول، یعنی صحت شرط نشان می‌دهد. زیرا طرفین صریحاً غبن فاحش را اسقاط نموده‌اند.

بنابر جمله نقل شده از دکتر کاتوزیان نیز همین نظر قابل استفاده است. زیرا مبنای سخن ایشان، قرار گرفتن یا نگرفتن این

شرط در دایره تراضی طرفین است. هرگاه واقعاً اسقاط غبن فاحش در دایره تراضی طرفین قرار گرفته باشد چه منعی برای

اسقاط آن و صحت این شرط وجود دارد؟ (مستنبط از کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 984)

دکتر امامی نیز با توجه به اطلاق جمله مذکور از ایشان نباید با صحت شرط اسقاط غبن فاحش مخالفتی داشته باشند. (امامی،

1335، ج 1، ص 541)

خوشبختانه در رویه قضائی آرای موجود است که به این مسأله پرداخته است:

- طبق رأی صادره از شعبه دهم دیوان عالی به تاریخ 72/1/18 به شماره دادنامه 10/20:

از آن روی که به موجب فروش‌نامه مستند دعوی کلیه خيارات از جمله خيار غبن به اعلی مرتبه از طرفین ساقط گردیده

است، تمسک به خيار غبن فاقد موقعیت قانونی تشخیص شده است. (بازگیر، 1379، ص 307)

- طبق رأی صادره از شعبه سوم دیوان عالی، به تاریخ 87/7/5 به شماره 3/4/10 در موضوع زمینی که به نصف قیمت

معامله شده بود و در آن کلیه خيارات از جمله غبن اسقاط شده بود، نظر به اسقاط خيار غبن و صحت شرط اسقاط، حکم به

صحت معامله داده است. (بازگیر، 1379، ص 308)

- طبق رأی صادره از شعبه 6 دادگاه عمومی و شعبه 7 دادگاه تجدیدنظر به تاریخ 75/3/27 به شماره 541 اعتراض

واخواه که به تحقق غبن فاحش استناد کرده بود، را رد نموده است. نظر دادگاه در این راستا است که اعتراض واخواه مؤثر

در مقام نیست. زیرا در قرارداد اسقاط کلیه خيارات متصوره خصوص خيار غبن فاحش به عمل آمده است. (بازگیر، 1379،

ص 310)

- طبق رأی شعبه هشتم دیوان عالی، مورخ 69/10/10 به شماره 8/562 دلالت مبیاعه نامه عادی و محتویات پرونده بیع

صحیح با اسقاط كافة خيارات بین طرفین واقع شده و استناد به خيار برای فسخ قرارداد صحیح نیست. (بازگیر، 1379،

ص 311) آراء 69/12/28 شعبه 22 دیوان عالی و 70/10/23 شعبه دیوان و غیره نیز به همین معنا دلالت دارند. (بازگیر،

1279، صص 313-314)

2.3.2. آراء فقهی

آیا اسقاط کافهٔ خيارات شامل غبن فاحش می‌گردد؟ یا خیر؟ و آیا اسقاط صریح غبن ذیل عقد ممکن است؟ در مورد سؤال اول در میان فقهای متقدم چیزی یافت نشده، اما در مورد سؤال دوم، شیخ در مکاسب متعرض بحث شده است. طبق نقل ایشان شهید اول در دروس معتقدند، اگر در ضمن عقد سقوط خیار غبن و رؤیت شرط شود، چنین عقدی باطل است. (انصاری 1382، ج 2، ص 281) [20]

شیخ در مقام اتیان دلیل برای فتوای شهید می‌فرماید:

وقتی خیار غبن در عقدی ساقط گردد، به این معنا است، که طرف معامله نمی‌داند آیا قیمت کالائی را که خریده است (به مبلغی معین) همین قیمت است یا خیر؛ و این سبب جهل به قیمت (مالیت) مبیع می‌گردد که موجب بطلان و غرری شدن بیع است.

شیخ این سخن را نمی‌پذیرد، او معتقد است اقوی صحت شرط سقوط خیار غبن در ضمن معامله است، اگر این سخن پذیرفته نشود، مستلزم این نتیجه خواهد بود که همهٔ معاملاتی که طرفین عقد به قیمت واقعی کالا نزد اهل خیره مطلع نیستند، باطل باشد در حالی که می‌دانیم این‌گونه نیست. صرف جهل به مالیت موجب غرر نیست. (انصاری، 1382، ج 2، ص 282)

نکته‌ای که در این بحث باید متذکر شد و در تحلیل ما مؤثر خواهد بود، مفهوم غبن در فقه است. همان‌گونه که شیخ اعظم تذکر به این نکته داده‌اند، اصولاً غبن در مبحث خیار غبن به معنای غبن فاحش است؛ غبنی که در عرف چنان ضرری محسوب گردد، که عرف مردم در آن حاضر به تسامح و گذشت نباشند. (انصاری، 1382، ج 2، ص 275) شیخ این سخن را به علامه نیز نسبت می‌دهد و در مثال می‌فرماید، که مثلاً 2 در 20 (10%) تفاوت قیمت، غبن فاحش نیست. (انصاری، 1382، ج 2، ص 275)

اما در مورد هر دو سؤال از علمای معاصر فتاوی متعددی موجود است، که به صورت خلاصه به برخی از آنان اشاره می‌گردد:

- الموسوی‌الخمینی:

«آن جا هم که در ضمن عقد تصریح کرده باشند به این‌که: خیار غبن ساقط باشد هر چند که غبن فاحش و بلکه فاحش باشد، تنها خیار آن مقدار غبن ساقط می‌شود، که در مثل چنان معامله‌ای احتمالش داده می‌شود، پس اگر فرضاً متاعی را به صد تومان خریده که احتمال نمی‌رود ارزش واقعیش ده یا بیست تومان باشد و احتمال می‌رود، که غبن فاحش و زشت آن پنجاه تومان و غبن فاحش زشت‌تر آن هفتاد تومان باشد و اتفاقاً ارزش کالائی که او خریده به صد تومان و یا بیست تومان است، کلمه فاحش در چنین شرطی شامل نود تومان و کلمه فاحش شامل هشتاد تومان نمی‌شود بنابراین خیار ساقط نیست». (الموسوی‌الخمینی، 1377، جلد سوم، ص 3)

- آیت‌الله بهجت:

«863- در اسناد و قباله‌های معاملاتی می‌نویسند: «با اسقاط تمام خيارات حتی خیار غبن فاحش» اگر فردی در معامله‌ای فهمید، که خیلی مغبون شده مثلاً جنس خود را یک دهم یا یک بیستم قیمت متعارف فروخته - که عقلاً در این معامله اصلاً اقدام نمی‌کنند مگر سفاهتی باشد - آیا خیار ساقط می‌شود؟

ج: خیار ثابت است و لفظ فاحش تا این حد اطلاق ندارد.

864- در بعضی از قول‌نامه‌ها در بنگاه‌ها نوشته شده است «معامله انجام شده قطعی است و کلیه خيارات حتی خیار غبن از طرفین ساقط گردید»، آیا این شروط جایز است؟ در این صورت هیچ نوع خیاری باقی می‌ماند که از آن استفاده نمود؟

ج: بله، این شروط جایز و ساقط‌کننده خيارات است، مگر موردی که از آن منصرف باشد».

و در پاسخ به سؤال مفصلی با همین موضوع فرموده‌اند:

«... اگر غبن فاحش غیرقابل اغماض در وقت معامله ظاهر شد، به گونه‌ای که با علم به آن احتمال اقدام نبوده و منظور از اسقاط خیار در نزد عرف و متفاهم طرفین، آن مقدار نبوده است، حق فسخ ثابت است.

873. اگر در معامله‌ای اسقاط کافهٔ خيارات شده و طرف معامله احتمال غبن می‌دهد، ولی در ادامه معلوم می‌شود، که غبن او خیلی زیاد بوده به نحوی که قابل اغماض نیست، آیا حق فسخ دارد؟

ج: اگر اسقاط خیار را مقید کرده بوده، به مرتبه‌ای از غبن که احتمال می‌داده یا از فراین فهمیده بوده است، خیار ساقط نیست، در غیر این صورت ساقط است مگر در صورت ثبوت انصراف قطعی از آن». [21]

- آیت‌الله صانعی:

«س 1061- شخصی منزل خود را با شرط اسقاط کلیه خيارات می‌فروشد؛ ولی پس از معامله، به علت جهل به قیمت واقعی خانه مذکور، می‌فهمد که غبن به قدری است که اگر می‌دانست، آن را قبول نمی‌کرد. مثلاً خانه ده میلیون تومانی خود را به مبلغ سه میلیون و دویست هزار تومان، یعنی با شش میلیون و هشتصد هزار تومان غبن فروخته است. آیا شرعاً خیار غبن برای فروشنده است یا خیر؟

ج- چون اصل خیار غبن ساقط شده، نه فاحش و خارج از متعارف آن، بنابراین، خیار غبن فاحش، ثابت است و اطلاق غبن، مربوط به غبن های متعارف است و شامل فاحش و غبن فوق العاده زیاده که نادر است، نیست، یعنی کلمه غبن از آن انصراف دارد». (صانعی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۱۹)

- آیت الله مظاهری:

«همان گونه که می دانید در بسیاری از قول نامه ها و معاهدات و قراردادها نوشته می شود: «کافه خیارات اسقاط می گردد» یا حتی نوشته می شود: «کافه خیارات حتی خیار غبن و لو فاحش اسقاط می گردد». سؤال این است که:

اولاً) خیارات در بیع و عقود قابل اسقاط است یا خیر؟

ثانیاً) اگر قابل اسقاط است و در ضمن عقد اسقاط گردد، بعداً می توان از اسقاط برگشت و خیار را اعمال نمود یا خیر؟

ثالثاً) در این مسأله اجماع و اتفاق نظر بین فقهاء وجود دارد یا خیر؟

رابعاً) اگر اختلاف نظر بین فقهاء باشد، در محاکم قضائی، قاضی بر اساس فتوای چه کسی باید عمل کند؟ البته باید عرض شود که بر طبق قوانین قضائی و حقوقی مورد عمل در آئین دادرسی مدنی، خیارات قابل اسقاط است و اگر اسقاط شد قابل برگشت نیست.

ج: ۱) کلیه خیارات قابل اسقاط است مگر خیار غبن که قابل اسقاط نیست. [22]

۲) اگر قابل اسقاط باشد، بعداً نمی تواند اعمال کند.

۳) مورد اجماع نیست.

۴) قاضی بر طبق دستور خود عمل می کند

«س: خانهای داشته ام که به مبلغ سی میلیون تومان قول نامه کرده ام، در صورتی که همان زمان قیمت واقعی آن سی و شش میلیون تومان بوده است و آن ها در قول نامه قید کردند که اسقاط کلیه خیارات از طرفین گردید و معنی این جمله برای ما مفهوم نبود، آیا می توان معامله را فسخ کرد؟

ج: اگر موقع فروش، تفاوت فاحشی بوده است می توان معامله را فسخ نمود». [23]

- آیت الله مکارم شیرازی:

«اگر کسی بدون اطلاع از نرخ روز، سهم الارث خود را به مبلغ پنجاه هزار تومان به برادرانش بفروشد، در حالی که سهم نامبرده بیش از ۵ میلیون تومان ارزش داشته است. چنین معامله ای چه حکمی دارد؟ ضمناً خریداران مذکور، برخی از علما و دیگران را شاهد گرفته، و خیارات را ساقط کرده اند. آیا این معامله صحیح است؟»

«ج: هر گاه ثابت شود سهم او، در آن زمان چنین قیمتی داشته و او بی خبر بوده، اسقاط خیارات شامل آن نمی شده، و

می تواند معامله را فسخ کند». [24]

همان گونه که ملاحظه می شود، قول مشهور علمای فعل آن است که اسقاط کلیه خیارات شامل غبن فاحش نمی گردد و حتی اگر تصریح به اسقاط غبن فاحش نموده باشند و غبن واقعاً فاحش تر از آن چه که در تراضی طرفین بوده است، باشد حق خیار ثابت است و شرط از این نوع غبن انصراف دارد، فتوای امام خمینی رحمت الله علیه در تحریر و آیت الله بهجت حفظه الله صریح در معنا است.

همان گونه که ملاحظه می شود، فتوای شیخ اقوی بودن صحت شرط سقوط خیار غبن فاحش و در نتیجه اسقاط آن است، اما نظر مشهور علمای معاصر بطلان یا انصراف چنین شرطی از غبن فاحش است و خیار را برای ذوالخیار ثابت می دانند. این نظر به نظر حقوق دانان معاصر نزدیک است و با وحدت رویه در تضاد است.

2.3.3. جمع بندی و تحلیل

1- ما هنگامی که از غبن سخن می گوئیم، از غبن فاحش سخن می گوئیم. غبن در نظام حقوقی همان غبن فاحش است. در فقه دیدیم که غبن فاحش اصولاً موضوع احکام خیار است. در قانون مدنی نیز ماده 416 صراحت بر این معنا دارد، که مراد از غبن «غبن فاحش» است. لذا وقتی طرفین در عقد خیار غبن را ساقط می کنند یا کافه خیارات را ساقط می کنند در واقع خیار غبن فاحش را ساقط می کنند و ذکر کلمه «فاحش» در عقود از باب تأکید و اصرار است و ثمره حقوقی خاصی ندارد، لذا به نظر می رسد در گام اول دو سؤال فرض شده، به یک سؤال تقلیل می یابد و فرقی بین موردی که طرفین کافه خیارات را اسقاط می کنند یا به صورت خاص خیار غبن فاحش را اسقاط می کنند نیست.

2- اگر بتوان ثابت نمود، که میزان غبنی که حاصل شده؛ واقعاً در دایره تراضی طرفین نبوده است و ضرر غیر قابل تحملی (نه غیر قابل تسامح) به طرف وارد شده است در این که اسقاط خیار غبن [فاحش] شامل این مورد نمی گردد، نباید تردید کرد. فتوای فقهای معاصر و حقوق دانان نیز ناظر به این مورد است. جایی که قطعاً می توان گفت تراضی طرفین اسقاط چیزی جز آن چه واقع شده است بوده، «ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع».

3- اما اگر طرفین واقعاً خیار غبن را بین خود ساقط نموده باشند و میزان عرفی «غبن فاحش» را مدنظر قرار داده باشند و با توجه به میزان و معنای آن خیار غبن را اسقاط نموده باشند. این اسقاط معتبر و خیار ساقط است.

4- به نظر می‌رسد با توجه به مشکل بودن اثبات این امر که طرفی بتواند ثابت کند منظور او از اسقاط خیار غبن، غبن تا این میزان نبوده است، آراء دیوان عالی به این سمت گرایش دارند که اراده‌ی ظاهری را معتبر بدانند و همین که خیار غبن اسقاط شد، دعوایی را بر اساس خیار غبن نپذیرد. با دقت در آراء شاید بتوان نتیجه گرفت که اگر طرفی ادعا کند که مقصود طرفین، غبن تا این اندازه نبوده و عملاً تراضی بر سر چیز دیگری واقع شده ادعای او شنیده می‌گردد. آراء دیوان پیش‌تر ناظر به صعوبت اثبات است نه ماهیت و ثبوت.

برای تعیین فاحش بودن غبن و در نتیجه کشف بیش‌تر از مقدار فاحش بودن غبن، 3 راه کار قابل فرض است: اول آن که عرف را ملاک تعیین میزان غبن فاحش بدانیم. دوم آن که اراده‌ی طرفین را ملاک قرار دهیم و تابع قصد آنان باشیم و اثبات میزان مورد توافق را به آنان واگذاریم. سوم آن که میزانی قانونی مشخص کنیم تا فراتر از آن غبن فاحش باشد و کمتر از آن قابل مسامحه.

راه حل سوم به تبع نظر برخی فقها عامه (مالک، یک سوم را ملاک می‌دانست. به نقل از (انصاری، 1382، ج 2، ص 275) مورد اتباع مقنن در سال 1307 قرار گرفت. طبق ماده 417 مصوب سال 1307: «اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیش‌تر باشد فاحش است و در کم‌تر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

این ملاک طرف اقل را مشخص می‌کرد، اما طرف اکثر را و می‌نهاد و مشخص نمی‌کرد چه غبنی دیگر قابل تحمل نیست و خارج از خیار غبن است نصف یا سه چهارم یا ...؟

این ماده در سال 1361 اصلاح شد و به ضابطه‌ی نوعی- عرفی فقها بازگشت، طبق اصلاح این ماده: «غبن در صورتی فاحش است، که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

این مقرر در سال 1370 عیناً مورد تصویب قرار گرفت. (کاتوزیان، 1386، ص 317) از سویی حقوق‌دانان بر کارایی روش اثبات شخصی اراده‌ی واقعی طرفین در کنار این مقررات قانونی اصرار می‌ورزند. (صفایی، 1383، ص 305 و کاتوزیان، 1387، ج 5، ش 954) ضمن آن‌که متن ماده 417 مشکلی را حل نکرده و برای حد بالا صراحتی ندارد.

6- چه باید کرد؟ همان‌گونه که اشاره شد به نظر نگارنده، خیار تسهیلاتی است در جهت جبران مافات به صورت قراردادی و بدون نیاز به مراجعه به دادگاه، «امکان و اختیار فسخ معامله» و این راه کار می‌تواند صرف نظر از منشأ آن اسقاط گردد.

چه اهمیتی دارد که خیار به چه سبب ایجاد شده است؟ خیار همین که ایجاد شد (یا اسباب ایجادش فراهم شد) قابل اسقاط است. مغبون شدن حقی را برای طرف قرارداد ایجاد می‌کند که می‌تواند از آن حق (راه دسترسی) صرف‌نظر کند. اما این صرف‌نظر نافی راه‌های دیگر او برای جبران خسارت نیست و هر مغبونی می‌تواند با ادعای جبران خسارت غبن خود را جبران کند ولو خیار غبن را اسقاط کرده باشد. استناد به کلیات عدم وفای به عهد و لاضرر و تسبیب و غیره هیچ‌گاه بسته نیست.

از سویی امکان اثبات خارج از تراضی بودن میزان غبن حاصله هر چند راه حل اصل حقوقی خوبی است. اما در عمل چاره‌ایی نمی‌کند و اثبات این امر آن قدر مشکل است که عملاً بی‌فایده است.

از سویی شاید بهتر آن باشد، که بنابر اقتضائات اجتماعی و مصالح جامعه این دست شروط را باطل دانست و قلع ماده فساد نمود و از اختلاف جلوگیری نمود و اجازه نداد، طرفین خیار غبن را اسقاط نمایند.

اما با توجه به همه‌ی آن چه گفته شد نگارنده معتقد است، بهتر است اصول حقوقی را از دست تطاول مصالح اجتماعی کوتاه کنیم. بهتر است ما حق طرفین در اسقاط خیار غبن [فاحش] را محترم شماریم و برای تشخیص فاحش بودن غبن حداقل آن را به عرف واگذاریم و سقفی برای آن نشناسیم. به عبارتی هر میزان «فاحش بودن» را غبن بدانیم و با اسقاط خیار غبن راه پی‌گیری ضررهای هنگفت را نیز از راه خیار مسدود کنیم و در مقابل راه‌های دیگر جبران خسارت را به طرفین رهنمون گردیم. این سخن غلبه دادن اراده‌ی ظاهری و عدم استماع ادعای مخالف ظاهر قراردادهای است که به مصلحت و منطق بر تاریخ فقه و حقوق ما است.

به عبارتی با پذیرش این سخن طرفین نمی‌توانند ادعا نمایند، که میزان غبن وارد شده در دایره‌ی تراضی آنان نبوده است و از سویی خیار غبن ناظر به غبن فاحش است و این امر سقفی ندارد، ولو بایع متاع را به یک دهم قیمت واقعی فروخته باشد؛ با اسقاط خیار غبن نمی‌تواند به آن استناد کند و باید راه دیگری پی بگیرد. این سخنان در مورد خیار عیب نیز جاری است.

2.4. اسقاط خیار تخلف از وصف

بدیهی است که اگر متعهد از وصفی که قرار بوده است، کالایی داشته باشد تخلف نماید، تعهد به تمامی انجام نگرفته است. چه وصف از مشخصاتی است که متعهد را تشویق به معامله کرده است و با فقدان اوصاف مورد نظر رضای طرف مقابل مخدوش است. در جای خود به تفصیل بحث شده است که وصف مورد نظر در باب خیار از اوصاف اساسی نیست و تخلف از اوصاف اساسی عملاً با عدم انجام تعهد برابر است و موجب می‌گردد تا شرط ذیل ماده 214 قانون مدنی محقق نشده و به علت فقدان شرط اساسی صحت معامله، این معامله صحیح نباشد (باطل باشد).

از سویی واضح است که متعهدله می‌تواند بعد از اطلاع از تخلف از وصف و ایجاد خیار تخلف از وصف آن را اسقاط نماید و بیع را به همان‌گونه که هست قبول نماید (ماده 410) مانند موارد گذشته اشکال از آنجا ایجاد می‌گردد، که طرفین در ضمن عقد کافه‌خیرات یا به صراحت خیار تخلف وصف را اسقاط نموده باشند. پیش‌تر مشاهده شد که دو مورد تفاوت جوهری ندارند.

برخی حقوق‌دانان بر این باورند، که اسقاط کافه‌خیرات شامل تخلف وصف نمی‌گردد (صفایی، 1383، ص 307؛ کاتوزیان، 1486ق.، ص 331) استدلال این دسته از اساتید آن است، که این شرط غیرعقلایی است و حتی اگر تصریح به اسقاط خیار تخلف وصف هم شده باشد به استناد ماده 232 باطل خواهد بود. وجه غیرعقلایی بودن این شرط آن است، که گویی طرف معامله می‌گوید: «این خانه را می‌خرم به شرطی که در منطقه خوش آب و هوا باشد ولی اگر در منطقه هوش آب و هوا نبود هم می‌خرم».

از طرفی در مواردی که طرفین اسقاط کافه‌خیرات را در قرارداد شرط کرده‌اند، تفسیر اراده طرفین نیز ما را به عدم شمول این شرط به اسقاط خیار تخلف از وصف رهنمون می‌کند، زیرا معقول به نظر نمی‌رسد، که طرفین اوصافی را که مد نظر داشته‌اند بدون ضمانت اجرا رها نمایند. (صفایی، 1383، ص 307) در نتیجه معقول‌تر قرارداد آن است، که اراده طرفین را به اسقاط این خیار ناظر ندانیم. دیوان عالی نیز در تاریخ 1319/5/28 به صراحت به این نظر متمایل شده است. طبق این نظر: «توصیف مبیع در قباله برای تعیین مورد معامله است و اسقاط خیرات به‌طور مطلق شامل تخلف از وصف نخواهد بود» (صفایی، 1383، ص 307)

از سویی برخی حقوق‌دانان با این نظر مخالف بوده و با تمسک به اطلاق ماده 448 قانون مدنی صراحت دارند، که خیار تخلف از وصف را نیز می‌توان اسقاط کرد. (امامی، 1335، ج 1، ص 541) در فقه نیز در اسقاط خیار رؤیت (تخلف از وصف در حقوق) پس از اطلاع و رؤیت اختلافی نیست. (انصاری، 1382، ص 315) اما در شرط اسقاط این خیار حین‌العقد برخلاف سایر خیرات که تقریباً در صحت اسقاط آن تردیدی نشده است، اختلاف نظر وجود دارد.

شیخ انصاری، علامه حلی، شهید [25] و محقق قائل‌اند، که چنین شرطی فاسد و مفسد عقد است. (انصاری، 1382، ص 316) دلیل این دسته از فقها آن است، که با اسقاط چنین شرطی بیع عملاً غرری می‌گردد زیرا این شرط به معنای فقدان اعتبار اوصاف ذکر شده است و گویی مبیع غایب، بلا توصیف خریداری شده است. (انصاری، 1382، ص 316) شیخ این قول را تقویت نموده و معتقد است هر چند خیار حکمی شرعی است و موجب غرر عرفی نمی‌گردد، ولی به هر حال بین شرط سقوط خیار با ذکر اوصاف منافات هست و غرر به سبب همین تنافی در عقد راه می‌یابد. (انصاری، 1382، ص 316) برخی دیگر از فقها در مقابل معتقدند، که این شرط صحیح و عقد نیز صحیح است. شیخ این قول را به صاحب نهایت الاحکام نسبت داده است. (انصاری، 1382، ص 316) دلیل صاحب نهاییه آن است، که ثبوت خیار اصولاً رافع غرر نیست تا سقوط آن موجب غرر گردد، خیار حکمی شرعی است و غرر امری عرفی است.

چگونه می‌توان ادعا کرد که امری شرعی موضوعی عرفی را محقق کند. در ضمن چه تفاوتی بین این مورد و اسقاط خیار عیب است؟ چگونه در آنجا همگی قائل به صحت اسقاط خیار عیب‌اند ولی در این مورد اسقاط خیار رؤیت را نمی‌پذیرند؟ شیخ از ادعای اخیر پاسخ می‌دهد، به نظر شیخ بین خیار عیب و خیار تخلف از وصف فرق است. زیرا در خیار رؤیت (تخلف از وصف) با بیع متعهد به وجود اوصاف در مبیع شده است و اسقاط این خیار با عدم تعهد مساوی است و گویی با بیع در ضمن تعهد، شرط عدم تعهد نماید که غیر عقلایی است. اما در خیار عیب با بیع متعهد به نبودن عیب در مبیع در ضمن عقد نشده است. نفی عیب و نبود عیب در کالای فروخته شده مقتضی اصالت الصحة است و طرف می‌تواند با قرار دادن شرط ذیل عقد اقتضاء قاعده را مرتفع نماید. (انصاری، 1382، ص 316)

برخی از فقها نیز معتقدند، چنین شرطی فاسد است ولی عقد صحیح است (شیخ انصاری قائل را ذکر نکرده است) دلیل این گروه آن است، که رؤیت سبب خیار است و لذا هنگام عقد، خیار رؤیت وجود ندارد تا شرط ساقط شود. لذا اسقاط چنین خیراتی، اسقاط مالیم یجب است که شرطی لغو و فاسد است ولی موجب افساد عقد نیست به عبارتی، تخلف از وصف بعد از اطلاع مستقر می‌گردد و تا قبل از آن اصولاً خیراتی ثابت نیست تا آن را اسقاط نمود. (انصاری، 1382، ص 316) آیت‌الله سبحانی نیز نظر شیخ را با تفصیلی تأیید می‌کنند و اشکالات وارده را (مخصوصاً از طرف سیدطباطبائی و محقق خراسانی) وارد نمی‌دانند. (سبحانی، 1414ق.، صص 311-313) الموسوی‌الخمینی نیز پس از انتقاد به نظر شیخ، سرانجام مسأله را بدون اظهار نظر خاتمه می‌دهند. (الموسوی‌الخمینی، 1415ق.، ج 4، ص 440)

تنها نکته‌هایی که در بحث فقهی مسأله به عنوان نکته‌هایی فرعی باید به آن پرداخت، این است که برخی فقها قائل‌اند خیار رؤیت یا خیار تخلف از وصف متفاوت است. (الموسوی‌الخمینی، 1415ق.، ج 4، ص 422؛ سبحانی، 1414ق.، ص 300) وجه تفاوت یا آن است، که خیار تخلف از وصف ناظر به اوصافی است که صریحاً در عقد بیان شده در حالی که خیار رؤیت ناظر به تخلف متبانیاً علیه است. (سبحانی، 1414ق.، ص 300) اگر این تفاوت پذیرفته شود اصرار بر بلا اثر بودن شروط متبانیاً علیه و غیر مصرح در عقد بلاوجه است. [26] (سبحانی، 1414ق.، ص 300)

وجه تفاوت دیگر شاید آن باشد، که خیار تخلف از وصف در بیع کلی مصداق دارد و خیار رؤیت ناظر به موردی است، که عین معین غایب با توصیف فروخته می‌شود. شاید در کلام الموسوی‌الخمینی دلالتی بر این تفاوت باشد. (الموسوی‌الخمینی، 1415ق، ج3، ص427)

اما به هر حال به نظر می‌رسد وجوه تفاوت قابل اعتنا نبوده و خیار رؤیت تفاوت جوهری با خیار تخلف از وصف ندارد. [27]

در این بین مجالی کوتاه برای تحلیل مسأله خواهیم داشت، که از آن چه گفته شد برمی‌آید: اکثر فقها و حقوق‌دانان در این مسأله که اسقاط کافه خیرات شامل خیار تخلف از وصف نمی‌شود توافق دارند و اشتراط صریح اسقاط چنین خیاری را در ضمن عقد فاسد می‌دانند (اکثر فقها مفسد نیز می‌دانند).

اما به نظر می‌رسد، علی‌رغم تصریح رأی دیوان بر این نظر؛ از منظر حقوقی این سخن قابل اتکاء نیست. دلیل این مسأله آن است، که به نظر می‌رسد حقوق‌دانان و فقها به تفاوت اوصاف موجب خیار با سایر اوصاف توجه ننموده‌اند. هنگامی که بایع و مشتری بر سر معامله کالایی اعم از کل یا شخصی معین به توافق می‌رسند، دو دسته از صفات را مدنظر دارند، دسته اول صفاتی اساسی که ماهیت کالا را سامان می‌دهد و دسته دوم صفات عارضی که ترغیب کننده شخص است و موضوع تعهد را تسلیم نکرده است و باید کالا یا موضوع تعهد را منطبق بر وصف انجام شده تسلیم نماید، به نظر می‌رسد در این مسأله شکی نیست. اما چه مانعی دارد، که متعهدله در ضمن عقد، اوصاف فرعی را بدون ضمانت اجرای قراردادی رها نماید؟ حتی عدم انجام و تحقق مورد تعهد بدون رعایت این اوصاف، مورد معامله را مخدوش نمی‌کند، چه این اوصاف فرعی و ناظر به رضای طرفین است و خلل به آن مورد معامله را غیرمعین نمی‌نماید. ضمن آن‌که همان‌گونه که ذکر کرده‌ایم، خیار روش قراردادی و مورد تراضی طرفین برای جبران خسارات یا عدم تحقق مطلوب است. اسقاط خیار تخلف از وصف به این معنا نیست، که متعهدله هیچ راه دیگری برای وصول به مطلوب ندارد. اسقاط خیار تخلف از وصف تنها به این معنا است که در صورت محقق نشدن اوصاف فرعی در مورد کالایی کسی که حق خیار را از خویش سلب کرده حق فسخ معامله را نخواهد داشت. اما راه الزام متعهد هم‌چنان باز است، متعهدله می‌تواند با رجوع به دادگاه الزام متعهد به انجام تعهد به تمامه و کماله را خواستار گردد. به این ترتیب معنای اسقاط خیار تخلف از وصف در مثال ذکر شده در کتب حقوقی که مشعر بر این معنا نیست که: «این خانه را می‌خرم به شرطی که سقف شیروانی داشته باشد، ولی اگر سقف شیروانی نداشت می‌خرم» بلکه به این معنا است، که این خانه را می‌خرم به شرطی که سقف شیروانی داشته باشد، ولی اگر سقف شیروانی نداشت من معامله را فسخ نمی‌کنم» بدیهی است متعهدله می‌تواند متعهد را الزام به نصب شیروانی کند. آری اگر وصف اساسی بود، مثل آن که او خانه‌ای در منطقه خوش آب و هوا خریداری کرده بود؛ اسقاط خیار تخلف از وصف شامل تخلف چنین وصفی نیست و عدم تسلیم خانه‌ای در منطقه خوش آب و هوا به منزله عدم ایفای تعهد است نه تخلف از وصف موجب خیار.

لذا به نظر می‌رسد، اسقاط این شرط مطلقاً موجب غرر نیست. ضمن این‌که استدلال صاحب‌النهایی هم متین است و جواب شیخ کافی در رد آن نیست و تفاوتی بین خیار عیب و تخلف از وصف نیست. در خیار عیب نیز اراده ضمنی طرفین به عدم وجود عیب در کالا تعلق گرفته و فرقی بین اراده ضمنی و صریح از نظر آثار نیست. این سخن با ظاهر ماده 448 و قول دکتر امامی نیز موافق است.

2.5. اسقاط خیار تفریب و تعذر تسلیم

آیا اسقاط کافه خیرات یا شرط اسقاط این دو خیار که تقریباً مشابه بوده و صحیح و نافذ است؟ این مسأله نیز اخلاقی است. (صفایی، 1383، ص304) علی‌رغم ظهور ماده 448 برخی معتقدند این شرط با مقتضای عقد منافات دارد، زیرا تسلیم در عقود تملیکی یا اجرای تعهد در عقود عهدی جزء ماهیت این‌گونه عقود است و شرط اسقاط خیار به این معنی است که متعهد می‌تواند عوض معامله را دریافت نماید بی آن‌که تعهد خود را اجرا نماید و این با مقتضای عقد معاوضی منافات دارد (صفایی، 1383، ص304) برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز بر این باورند، که این شرط خلاف نظم عمومی و قواعد آمره است و شرطی نامشروع است (کاتوزیان، 1386، ص338، بند 4 ذیل ماده 448 و کاتوزیان، 1387، ص340، ش1081) زیرا جمع شدن عوض و معوض نزد یک نفر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

فقها از امکان یا عدم امکان اسقاط این دو خیار سخنی نگفته‌اند (جبعی‌العالمی، 1415، ج2، صص93-94) بسیاری از فقها نیز اصولاً از این خیرات سخنی نگفته‌اند. [28] لذا نمی‌توان از کتب فقهی نکته خاصی در این باره استفاده کرد و نتیجه آن است که طبق قاعده اصلی این خیرات قابل اسقاط است.

ثمره قول و مبنای مختلف حقوق‌دانان آن است، که اگر این اسقاط را خلاف مقتضای عقد بدانیم شرط فاسد و مفسد است و در حالت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه شرط صرفاً باطل و غیر مفسد است.

در این بیان به تحلیلی از مسأله خواهیم پرداخت، که به نظر می‌رسد، نظر اساتید حقوق صحیح نیست. این برداشت ناشی از فهم ناصحیح خیرات است. خیرات به گمان برخی تنها راه جبران ضرر است و سقوط آن موجب وجود ضرری تدارک نشده می‌گردد. (کاتوزیان، 1387، ص341)

در حالی که این سخن اشتباه است. گروهی دیگر از حقوق‌دانان به اجمال سعی کرده‌اند به نظر مخالف تمایل نشان دهند ولی آنرا منقح نکرده‌اند. (جعفری‌لنگرودی، 1357، ج 1، ص 493) بنابر نظر ایشان:

«در فقه و قانون مدنی، موقعی می‌توان از این خیار [تعذر تسلیم] استفاده کرد که راه اجبار مشتری به پرداختن ثمن، بر بایع مسدود باشد نمی‌توان تنها راه اعمال حق بایع را از طریق شرط اسقاط خیار تعذر تسلیم، بست». (جعفری‌لنگرودی، 1357، ج 1، ص 493)

تمام این سخنان و نظرات از این مبنا ناشی می‌شود، که گمان آن بوده که خیارات تنها راه اعمال حق و جبران ضرر است. در حالی که خیارات راهی آسان و قراردادی برای بازگرداندن وضعیت به وضعیت سابق است و نه هیچ چیز دیگر. لذا بنابر مبنای نویسنده معنای اسقاط خیار تعذر تسلیم، این نیست که متعهد بتواند عوض معامله را دریافت کند، بدون آن‌که تعهد خود را اجرا نماید، (صفایی، 1383، ص 304) بلکه به این معنا است که اگر متعهد نتواند کالا را تحویل دهد، متعهدله نمی‌تواند رأساً معامله را فسخ کند بلکه باید با مراجعه به حاکم، فسخ قرارداد را یا اجبار متعهد را در صورت امکان تقاضا نماید. عجیب است که اساتید محترم اسقاط یک حق امتیاز در روش و شیوه احقاق حق را صورتی ماهوی و ثبوتی داده‌اند و آن را مغایر با نظم عمومی یا مقتضای عقد می‌دانند. اسقاط حق خیار تعذر تسلیم اسقاط حق است؛ اسقاط و صرف‌نظر کردن از یک ائین و راه سریع قراردادی رسیدن به حق و نه صرف‌نظر کردن از حق ثبوتی که ناظر به ماهیت عقد است. اسقاط حق خیار و تعذر تسلیم به این معنا است که مشتری اگر با عدم تحویل کالا از سوی بایع مواجه شده نتواند رأساً از حق فسخ که حق عرضی و غیر اصیل است استفاده کند و باید منطبق بر قاعده و اصالت‌اللزوم، فسخ را از دادگاه بخواهد. حق فسخ «اولین» حق است نه آخرین آن‌ها. حق فسخ آسان‌ترین راه و امتیازی در دست صاحب خیار است نه آن‌گونه که برخی اساتید پنداشته‌اند «آخرین» و تنها راه جبران خسارت. پس به نظر ما می‌توان خیار تعذر تسلیم و تفلیس را نیز اسقاط نمود.

2.6. عدم پای‌بندی به اسقاط حق خیار و فسخ معامله

تا این مرحله و در شش گام احکام ناظر به خیارات به صورت موردی بررسی شد. در این بند به بررسی این مسأله می‌پردازیم، که اگر شخص که ذیل عقد، تعهد نموده است، که از خیار خود استفاده نکند و آن را اسقاط می‌نماید، با تخلف از این شرط، حق خیار خویش را اعمال کرده و معامله را فسخ نمود، سرنوشت عقد چه می‌شود؟ این مسأله آن‌گاه رخ می‌نماید که طبق ضوابط و اصول کلی طرف مقابل تنها می‌تواند، به تخلف از شرط ضمن عقد استناد نماید و حداکثر معامله را فسخ کند! در حالی که هدف او حفظ قرارداد از فسخ یک جانبه و استحکام آن بوده است. در کتب حقوقی تا آن‌جا که فحص شد، به مسأله پرداخته نشده است. اما فقها به مسأله پرداخته‌اند. شیخ در مکاسب معتقدند که:

«... فلو خالف الشرط و فسخ: فیحتمل عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بشرط مستلزم بوجوب اجباره علیه و عدم سلطنته علی ترک... و یحتمل قویاً عدم نفوذ، للعموم دلیل الخیار والالتزام بترک الفسخ لایوجب بالشرط الدال علی وجوب ترتب آثار الشرط...». (انصاری، 1382، ص 230)

به عبارتی استدلال شیخ آن است، که وجوب وفاء به شرط، یعنی اسقاط حق خیار، با عدم امکان ترک آن، یعنی فسخ معامله ملازم دارد و می‌توان او را به عدم فسخ اجبار کرد و التزام بدون اجبار و وجوب بلا التزام و ضمانت اجرا بی‌معنا است. استدلال مخالف آن است که صرف تعهد به ترک عملی موجب فساد آن عمل در صورت اجرا نیست اگر من تعهد دادم که بیع نکنم ولی بیع نمودم آیا این دلیل بطلان بیع است؟ به همین قیاس اگر تعهد نمودم که اعمال خیار ننمایم، و اعمال نمودم به چه دلیل اعمال خیار از سوی ذی‌الحق باطل است؟

شیخ استدلال اول را موافق‌تر با عموم ادله وجوب وفاء به شرط می‌داند و معتقد است وجوب وفای به شرط معنایی جز ترتب آثار آن یعنی عدم تسلط مشروط علیه بر فسخ ندارد.

این نظر مقبول است؛ زیرا به نظر می‌رسد هرگاه شخصی حق اعمال یک عمل حقوقی را از خود سلب کند، دیگر مالک آن حق نیست. و اگر آن را اعمال کند در واقع عمل حقوقی فضولی (ایقاع فضولی) انجام داده است. یعنی حقی را که برای طرف مقابل یا شخص ثالثی بوده است اعمال کرده است و در آن تصرف نموده است. مشروط علیه ابتداءً حق اعمال خیار را ندارد و با فسخ مشروط علیه ارکان فسخ که یکی از آنان ملکیت حق است حاصل نشده و اصولاً فسخی محقق نشده است تا از اثر آن سخنی به میان آید و یا بحث شود که تخلف از شرط اسقاط خیار واقع شده است. به عبارتی با این توضیح مسأله منحل می‌گردد و عمل حقوقی مشروط علیه در اعمال فسخ، عملی فضولی است که با رد طرف مقابل کان‌لم‌پکن است.

در این مجال نیز نکته‌ای قابل بررسی است، که: طبق ماده 448 قانون مدنی اصل، امکان اسقاط تمامی خیارات است. طبق احصای قانون مدنی در نظام حقوقی ایران 9 خیار مشترک شناخته شده است. (صفایی، 1383، ص 272) این خیارات عبارت‌اند از: خیار شرط، تخلف از وصف، غبن، عیب، تدلیس، تبعض صفت، تخلف از شرط، تفلیس و تعذر تسلیم. اساتیدی که قائل‌اند اسقاط کافه خیارات شامل برخی خیارات نمی‌گردد، تعداد استثنائات را حدود 6 فقره از این خیارات می‌دانند. اگر این تفسیر پذیرفته شود عملاً تعداد مستثنیات بیش‌تر از اصل قاعده می‌گردد که قطعاً استثناء مستهجن است. لذا این نکته نیز اماره‌ای بر این ادعا است، که تحلیل کلی این اساتید صحیح نیست.

اصل اولی و قطعی امکان اسقاط خیار است، هم در قانون ایران و هم در فقه؛ و این اصل شامل اسقاط خیار در ضمن عقد نیز می‌گردد. نظریه‌ایی که از دید حقوق‌دانان مغفول واقع شده است. این نکته بدیع است که خیار صرفاً راهی میان‌بر و تسهیلاتی است که قانون‌گذار برای صاحب خیار جعل نموده تا بدون سپری کردن تشریفات و آئین دادرسی مدنی عقد را به صورت یک جانبه فسخ کند و ضرر خود را جبران کند یا اگر به هدف مطلوب خود از معامله نرسیده است معامله را کلاً بپذیرد. خیار اولین راه و آسان‌ترین راه است و هیچ منافاتی با پیگیری بقیه طرق جهت اجرای تعهد یا جبران ضرر ندارد. لذا خیار ماهیت «حق» دارد و حق را مطلقاً می‌توان ساقط نمود به عبارتی طرفین می‌توانند با اسقاط خیار، حق بهره‌مندی خود از یک امتیاز و تسهیل قانون را ساقط نمایند و اگر با ضرر یا عدم ایفای تعهد مواجه شدند از طریق عادی طرح دعوی نمایند به حق خود برسند. در نتیجه تمام استدلال‌هایی که اساتید محترم در استثناء کردن برخی خیار از شمول جواز مندرج در ماده 448 قانون مدنی آورده‌اند، بلاجهت و ناصحیح است. کما این‌که در فقه امامیه نیز تنها بر سر اسقاط ضمن عقد خیار تخلف از وصف اختلاف رخ داده است و در صحت اسقاط ضمن عقد هیچ یک از خیار تردیدی وجود ندارد. لذا اگر طرفین واقعاً کافه خیار را از یکدیگر ساقط نموده‌اند، تمام خیار حتی خیار تدریس و تخلف از وصف و تعذر تسلیم ساقط می‌گردد و در صورت بروز هر مشکلی، طرف مدعی باید از طریق عادی مشکل را حل کند. این سخن در مواردی که به صراحت این خیار اسقاط شده باشد قطعاً جاری است.

یادداشت‌ها

منابع
منابع فارسی

1. امامی، حسن (1355)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
2. بازگیر، یدالله (1379)، خیار و احکام راجع به آن مواد 396 الی 465، تهران: فردوسی.
3. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (1379)، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی)، تهران: کتابخانه گنج دانش.
4. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (1378)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
5. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (1357)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: بنیاد راستاد.
6. صانعی، یوسف (1376)، مجمع المسائل، قم: میث‌تار.
7. صفایی، سیدحسین (1383)، دورة مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
8. عدل، مصطفی (1373)، حقوق مدنی، تهران: بحر العلوم.
9. قائم‌مقامی، عبدالمجید (1356)، حقوق تعهدات: نظریه کلی تعهدات قانون مدنی، تهران: دانشگاه تهران.
10. کاتوزیان، ناصر (1386)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: میزان.
11. کاتوزیان، ناصر (1387)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد 5، انحلال قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار.

منابع عربی

1. انصاری، مرتضی (1382)، المكاسب، قم: اسماعیلیان.
2. الجبعی العاملی (1415ق.)، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: اسماعیلیان.
3. زحیلی، وهبه (1418ق.)، فقه الاسلامی و ادلته: الشامل للادلة الشرعیة و الاراء المذهبیة و اهم النظریات، بیروت: دارالفکر المعاصر.
4. سبحانی تبریزی، جعفر (1414ق.)، مختار فی احکام الخیار: دراسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد و النسیئه و القبض، قم: مؤسسه الامام الصادق.
5. سجادی اصفهانی، محمد (1424ق.)، دراسات فی البیع: تشتمل علی قواعد فقهیه فی المعاملات، تقریر أبحاث الموسوی الخمینی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

6. المکی العاملی (1426ق.)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، جلد سوم، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة.
7. موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی (1411ق.)، مصر: المجلس الاعلی للثئون الاسلامیة.
8. الموسوی الخمینی (1377)، ترجمه تحریر الوسیلة، مترجم سید محمد باقر موسوی همدانی قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
9. الموسوی الخمینی (1415ق.)، کتاب البیع، جلد 4-5، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

پایگاه‌های اینترنتی

1. <http://bahjat.org/fa/index>
2. <http://www.almazaheri.org/farsi>

<http://www.makaremshirazi.org/persian>

- [1] - رجوع کنید: به همین تحقیق، بخش احکام، نظر دکتر لنگرودی.
- [2] - برای دیدن بحث تفصیل تفاوت حق و حکم و شیوة تشخیص آن دو رک: فرق «حق» و «حکم» در فقه امامیه (کنگره حقوق؛ اردن) مؤلف: آیت... واعظ زاده خراسانی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد) ترجمه سید محمد اطیابی (پائیز 1383) و پایان نامه دوره کارشناسی ارشد دکتر سید رمضان شجاعی کیاسری (1375) دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل
- [3] - متن ماده 448 به این قرار است: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود.»
- [4] - از جمله رجوع کنید: ایضاح الفوائد، ج 1، ص 482 (فخر المحققین)، مفتاح الکرامه سید محمد جواد عاملی، ج 4، ص 56، جواهر الحکام، محمد حسن نجفی، ج 23، ص 17، نهائیه المقال مامقانی، ص 90، کفایة سبزواری، ص 92 و در آثار متأخرین: دراسات فی البیع، سجادی اصفهانی، (که تقریرات دروس حضرت امام است) ص 382 و المختار فی احکام الخیار آیت ا. سبجانی، ص 8 - 9
- [5] - البته شیخ این اشکال را کلی‌تر مطرح نموده‌اند و توضیح و تفصیل از ما است.
- [6] - برای دیدن تفصیل این روایت و نقد و نظر پیرامون آن رجوع کنید: شیخ انصاری، المکاسب، 1382، ج 2، ص 228 و شروح مکاسب ذیل همین عنوان در خیار مجلس از جمله منیة الطالب و شرح سید یزدی و همچنین رجوع کنید: سجادی اصفهانی، 1426، ص 386 به بعد.
- [7] - برای دیدن تفصیلی این فتاوی رجوع کنید: خلاف شیخ طوسی، ج 1، صص 193-195 و تذکرة علامه ذیل باب وکالت مسألة «لو وکله فی شراء عبده و عتقه...».
- [8] - برای دیدن خلاصه‌ایی از تعاریف ارائه شده رک: شیخ انصاری، المکاسب، 1382، ج 2، ص 211، به نظر صاحب کتاب ایضاح الفوائد (ج اول، ص 482) خیار «ملک فسخ العقد» است و به نظر صاحب جواهر «الخیار ملک اقرار العقد و از الته» است، شیخ تعریف «الخیار ملک فسخ العقد به معنا حق فسخ العقد» را می‌پذیرد. همچنین رجوع کنید: سبجانی، المختار فی احکام الخیار، 1414 هـ. ق، صص 9-10
- [9] - برای دیدن آراء مشابه رجوع کنید: دکتر صفایی، دورة مقدماتی حقوقی مدنی، 1383، ج 2، ص 309
- [10] - همچنین خلاف شیخ طوسی، مبسوط و غنیة ابن زهره و... نیز بر این امر اتفاق دارند.
- [11] - این بحث، بحثی تفصیلی است و جایگاه اصل آن در باب شروط است، شیخ اقوال مختلفی هم در باب شروط و هم در باب خیار مجلس مسأله سوم، ذیل عنوان القول فی مسقطات الخیار آورده است و به تفصیل بحث کرده است رجوع کنید: انصاری، المکاسب، 1382، ج 2، ص 231 و سرانجام نتیجه گرفته است: «فالاقوی ان الشرط الغیر المذكور فی متن العقد غیر مؤثر...»
- [12] - از جمله علامه در تذکره ادعای اجماع کرده است، در خلاف، جواهر، کافی و سرائر نیز همگی اجمالاً مطلب را پذیرفته‌اند: به نقل از (انصاری، مکاسب، 1383، ج 2، ص 239)
- [13] - برخی علما، 7 صورت را فرض و به تفصیل بحث کرده‌اند، از جمله رک: تعلیقة سید طباطبائی، ج دوم، ص 21 و سبجانی، المختار فی احکام الخیار، 1410، ص 122 و برای دیدن روایات محتمل الوجوه رک: حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 12، باب چهارم از ابواب خیار حدیث 1 به بعد، آیت الله جعفر سبجانی ملاک مغیر بودن تصرفات را ترجیح می‌دهند و البته جهل و علم را نیز بنابر مشهور دخیل نمی‌دانند. رک: جعفر سبجانی، المختار فی احکام الخیار، 1414، ص 128 ایشان اقوال ذیل خیار عیب را در مورد مسقط بودن تصرف در 6 قول دسته‌بندی نموده‌اند همچنین رک: جواهر الکلام، 1400، ج 23، ص 239 به بعد

[14] - متن این بخشنامه را نیافتیم. اما در این اواخر قراردادهای دفاتر اسناد رسمی تغییر یافته و خیار تدلیس را از شمول کفایه‌ی خیرات مستثنی کرده است.

[15] - شهید در فرع پنجم فتوا داده است که «لو تصرف بغیر الحلب فلارد...» که دلالت دارد تصرف در گوسفند شیردهی که با تصریح و تدلیس بیع شده مسقط این خیار است. (رجوع کنید: الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، مکی العاملی، 1426، ج3، ص321، فرع پنجم).

[16] - این نظریه مخالفی ندارد رک: خلاف، غنیه، تذکره و... ذیل خیار عیب، مسقط دوم از مسأله سوم.

[17] - شیخ در مکاسب معتقد است شهید اول منکر ثبوت ضمان تلف است. (انصاری، 1383، ج2، ص343) ولی عبارت شهید در دروس بیش‌تر به تردید ایشان دلالت دارد تا انکار، شهید می‌فرماید:

«لو تبرأ من عیب، فتلّف به فی زمن الخیار المشتري فالأقرب: عدم ضمان باع... و یحتمل الضمان لبقاء علقه (علّه) الخیار مقتضی لضمان العین المعیبه...»

و سرانجام فتوایی صریحی نمی‌دهند، مخصوصاً آن‌که در لواحق خیار غبن مسأله سوم را به قول شیخ مفید(ره) اختصاص داده‌اند و می‌فرمایند:

«ظاهر المفید(رحمة الله علیه): أنّ حدوث عیب عند المشتري لایمنع من الرد(المقتعه ص92) و یشکل اذ کان غیر مضمون علی الباع...» در اینجا نیز به نوعی وجه تردید دیده می‌شود مخصوصاً اگر «کان» را شرطیه معنا کنیم.

[18] - نظر اخیرالذکر مورد تأمل است. نظر خود دکتر کاتوزیان ذیل ماده 200 قانون مدنی ارجحیت بطلان است در اشتباه در خود موضوع معامله(قواعد عمومی قراردادها ج1، ش245 به بعد) این‌جا موضوع اسقاط اشتباه است. و باید رأی به بطلان چنین شرطی داد. ضمن آن‌که شرط باطل با پرداخت اختلاف صحیح نمی‌شود، ماده 421 نیز مضمون را مجبور به قبول تفاوت نمی‌داند. او می‌تواند تفاوت را قبول نکند.

[19] - این مجموعه از دلایل از کلیات استخراج شده و منبع خاصی ندارد.

[20] - جمله‌ای که شیخ در مکاسب از قول شهید نقل فرموده‌اند در دروس به این شکل نیست جمله منقول و اصل جمله به شرح زیر است:

نقل قول شیخ: «و لو اشتراط رفعه او رفع الخیار الرویة، فالظاهر بطلان العقد للغرر» (انصاری، 1383، ج2، ص281) اصل جمله: «ولو شرطاً رفعه، فالظاهر: بطلان العقد؛ للغرر، وكذا خيار الغبن» (مکی العاملی، 1426، ج3، ص318).

[21] - این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

http://bahjat.org/fa/index.php?option=com_content&Itemid=45&id=1010&task=view

[22] - به اختلاف نظر ایشان با دیگر مراجع دقت شود.

[23] - این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

<http://www.almazaheri.org/farsi/Index.aspx?TabID=0005&CategoryNum=110&ID=199>

[24] - این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

<http://www.makaremshirazi.org/persian/estefta/?it=590>

[25] - به جمله اخیر الذکر در پاورقی 19 توجه فرمائید. که اصل جمله در خیار رویت است.

[26] - ایشان نقل می‌کنند که استاد فقیدشان آیت الله سیدمحمد کوه‌کمری قدس سرّه، اصرار عجیبی بر غیر مؤثر بودن شروط غیر مصرح در عقد داشته‌اند، شیخ انصاری نیز بر این نظر مصر است.

[27] - برای دیدن بحث تفصیلی رجوع کنید: کاتوزیان، 1387، ص157، ش959

[28] - از جمله شیخ در کتاب الخیارات، حضرت امام در کتاب البیع باب خیارات، شهید در دروس، کتاب الخیارات و آیت الله سبحانی در کتاب المختار فی احکام الخیار و... نامی از این خیارات نبرده‌اند، تنها شهید اول در لمعه مختصراً از آن

ذکری به میان آورده.