

دو فصلنامه علمی - تخصصی علامه

سال یازدهم - شماره پیاپی ۳۵

پاییز و زمستان ۹۰

## خيارات غير قابل اسقاط\*

فرج محمدقليزاده\*\*

### چکیده

ماده ۴۴۸ قانون مدنی، اسقاط تمام یا بعضی از خيارات را در ضمن عقد جایز می‌داند. بر این اساس در عرصه اجتماع و در تنظیم روابط حقوقی افراد با همدیگر، این حکم قانون که ناشی از ظهور ماده ۴۴۸ می‌باشد، مسلم فرض می‌شود که این استنباط از ماده مذکور و ظهور ناشی از آن می‌تواند موجبات تضییع حقوق برخی افراد شود، هرچند از زمان تصویب ماده مزبور حتی حقوق‌دانان و شارحان متقدم قانون مدنی نیز آن حکم کلی را مبنی بر نفوذ شرط اسقاط تمام خيارات در ضمن عقد مسلم فرض می‌کرده‌اند، اما با دقت و تیزبینی حقوق‌دانان و شارحان متأخر قانون مدنی می‌توان از ظاهر ماده عدول کرد و حکم کلی ناشی از ظهور آن را مقید و محدود نمود، این تحقیق با استفاده از روش کتابخانه‌ای، اسنادی به دنبال اثبات این فرضیه است که بعضی خيارات از جمله خيار تدلیس، خيار تفلیس، خيار تعذر تسلیم و خيار وصف و رویت، با وجود شرط اسقاط تمام خيارات در ضمن عقد، غیر قابل اسقاط می‌باشند.

**واژگان کلیدی:** خيار، اسقاط، تدلیس، تفلیس، تعذر تسلیم.

\* تاریخ دریافت: ۹۰/۳/۷

تاریخ پذیرش: ۹۰/۷/۲۵

\*\* مربی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان

alghadir\_me\_mgh@yahoo.com

## مقدمه

مبحث خیارات، از قدیمی‌ترین مباحث در تاریخ فقه و حقوق است. از بدو شکل‌گیری فقه و حقوق و از زمان مطرح شدن عقود و قراردادها از جمله از هنگام طرح شدن عقد بیع، که مشهورترین عقود است، خیارات نیز دوش‌به‌دوش آن مطرح شده و مورد توجه فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است. بدیهی است که این بحث در فقه از قدمت و عمق بیشتری برخوردار بوده است. لذا تمام فقهای که در طول تاریخ فقه به بحث عقد بیع پرداخته‌اند، خیارات را نیز مورد بررسی قرار داده‌اند. حقوق‌دانان نیز با پیروی از سیره فقها در هنگام طرح بحث بیع و هم‌چنین در شرح قانون مدنی، نسبت به بررسی خیارات نیز اقدام کرده‌اند.

در میان فقها شاید مفصل‌ترین بحث را مرحوم شیخ انصاری در کتاب «مکاسب» انجام داده است. بعد از ایشان نیز شارحان و حاشیه‌نویسان مکاسب، نسبت به طرح مباحث جدید اقدام نموده‌اند. حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی هم به مبحث خیارات توجه خاصی کرده‌اند، اما مفصل‌ترین بحث را، دکتر ناصر کاتوزیان در جلد پنجم کتاب «قواعد عمومی قراردادها» انجام داده و بحث خیارات را بسط داده و نکات جدید و نغزی را هم مورد مذاقه قرار داده است.

در این تحقیق قصد بر این نیست که همه خیارات موردنظر فقه یا قانون مدنی به صورت جداگانه و مستقل مورد بررسی قرار گیرد، بلکه هدف این تحقیق با معرفی بسیار اجمالی خیارات موردنظر قانون مدنی، و اشاره کوتاه به بعضی قواعد مشترک در بین همه خیارات، پاسخ به این سؤال است که آیا همه خیارات با شرط اسقاط تمام خیارات در ضمن عقد قابل اسقاط هست یا بعضی از آنها غیرقابل اسقاط می‌باشد؟

جواب اجمالی این است که بعضی از خيارات غير قابل اسقاط است، که شرح آن خواهد آمد.

### خيارات

"خيارات" واژه‌ای عربی و جمع مونث خيار است. خيار اسم مصدر باب افتعال است. خيار در لغت به معنی اختيار و معنی اصطلاحی آن نیز از معنی لغوی دور نيافته است. در واقع، خيار در اصطلاح حقوقی، «اختیاری است که به موجب قانون برای فسخ قرارداد به یکی از طرفین قرارداد یا هر دو یا شخص ثالثی داده شده است» (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۷۲). به تعبیر دیگر «تسلط قانونی شخصی در اضمحلال عقد را خيار گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ۲۶۶). در فقه نیز گاهی به تسلط بر ازاله اثر حاصل از عقد مملک را خيار گفته‌اند به طوری که بعد از ازاله اثر، هر عوضی به صاحب اولیه خود برگردد<sup>۱</sup> و گاهی نیز گفته‌اند: «قد یعرف بآنه ملک اقرار العقد و ازالته» (انصاری، ۱۴۲۸: ۴، و آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۴۳).

### تعداد خيار

درباره تعداد خيارها در فقه نظر واحدی وجود ندارد. بلکه نظریات گوناگونی در این خصوص بیان شده است. بعضی از فقها تعداد آنها را هفت (شیخ انصاری، ۱۴۲۸: ۱۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۳: ۲۰۲ و عاملی، ۱۴۱۴: ۲ و ۱۰۸) و بعضی دیگر تعداد خيارها را هشت (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۸ و سبزواری، ۱۴۲۳: ۱: ۴۶۲) و بعضی دیگر تعداد خيارها را ده (نراقی، ۱۴۲۵: ۱۰۴) و شهید اول تعداد خيارها را به چهارده رسانده است (عاملی، ۱۳۸۳: ۱۰۸؛ عاملی، بی تا: ۳، ۴۴۷ و بهبهانی، ۱۳۱۰: ۷۲).

به هر حال تعداد انواع خیار و اختلاف اسامی آنها و تغایر نسب و اضافاتش ناشی از اختلاف اسباب خیار است. «اسباب خیار زیاد است و لکن جامع مشترک بین همه آنها سه نوع است، زیرا موجب یا امری است راجع به امر عوضین مثل خیار عیب، خیار غبن و خیار رؤیت و خیار تأخیر ثمن و یا امری است قائم به عقد، و آن یا به جعل شارع است مثل خیار مجلس و خیار حیوان و یا به جعل متعاقدین مثل خیار شرط یا شرط خیار. به عبارت دیگر خیار یا شرعی است مثل غیار مجلس و خیار حیوان یا طبیعی است مثل خیار عیب و خیار غبن و یا به جعل متعاقدین است مثل خیار شرط و شرط خیار» (عبده بروجردی، ۱۳۸۳: ۹۷). با این وصف باید توجه کرد که اختلاف موجود در متون فقهی، اختلاف ماهوی و واقعی نیست، بلکه اختلاف در تدوین و گراوری و تالیف است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۵: ۱۵۴).

درباره تعداد خیارها در حقوق اتفاق نظر وجود دارد. با این توضیح که: به موجب ماده ۳۹۶ ق.م خیارها از قرار ذیل اند: ۱- خیار مجلس ۲- خیار حیوان ۳- خیار شرط ۴- خیار تأخیر ثمن ۵- خیار رؤیت و تخلف وصف ۶- خیار غبن ۷- خیار عیب ۸- خیار تدلیس ۹- خیار تبعض صفقه ۱۰- خیار تخلف شرط.

حقوق دانان و شارحان متقدم قانون مدنی مانند مصطفی عدل، عبده بروجردی، سید حسن امامی در تالیفات خود در بحث خیارها، به ده مورد مذکور اکتفا و نسبت به بررسی آنها اقدام کرده اند. اما در عین حال افرادی مثل امامی و سیدعلی حائری از این موضوع غفلت نکرده اند که قانون مدنی در ماده ۳۹۶ ده قسم از خیارها را شمرده است و در ضمن مواد دیگر، احکام خیارها را نیز بدون آن که نامی از آنها ببرد، متعرض شده اند (ر.ک: امامی، ۱۳۷۰، ۱: ۴۷۵ و حائری شاه باغ، ۱۳۸۷، ۱: ۳۷۱).

اما حقوق دانان و شارحان متأخر مانند سید حسن صفائی و ناصر کاتوزیان و جعفری لنگرودی در آثار خود علاوه بر موارد ده گانه مذکور، خيار تفليس و خيار تعذر تسليم را به صورت جداگانه و مستقل مورد بررسی قرار داده و تصريح کرده اند که: «بايد توجه داشت که در ماده ۳۸۰ ق.م.آمه است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عين مبيع نزد او موجود باشد، بايع حق استرداد آن را دارد...» اين حق نیز به معنی خيار فسخ است، زیرا، تا عقد برهم نخورد، فروشنده نمی تواند مبيع را از خریدار، که به موجب عقد مالک آن شده است، پس بگیرد. امکان استرداد کالای فروخته شده ملازمه با پذیرفتن انحلال عقد و مالکیت خریدار دارد». هم چنین متذکر شده اند: «درست است که قانون مدنی به خيار تعذر تسليم تصريح نکرده، لیکن علاوه بر منابع فقهی می توان در این خصوص به مواد ۲۳۹، ۲۴۰، ۳۸۰، ۴۷۶ و ۵۳۶ قانون مدنی استناد کرد و از مجموع این مواد پراکنده و منابع فقهی معتبر قاعده کلی خيار تعذر تسليم در حقوق ایران را استخراج کرد» (صفائی، ۱۳۸۵: ۳۰۴-۲۹۸ و کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۵: ۳۹۹-۳۹۳).

### اقسام خيار

خيارها را به دو گروه می توان تقسیم کرد:

- ۱- خيارهایی که بيع اختصاصی داشته و در سایر قراردادها جایگاهی ندارند. چنانکه ماده ۴۵۶ ق.م.مقرر می دارد: «تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خيار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بيع است».
- ۲- خيارات مشترک اصولاً در همه معاملات لازم ممکن است موجود باشد. قيد «لازم» برای آن است که معاملات جایز مانند ودیعه و وکالت ذاتاً قابل فسخ هستند و

نیازی نیست که موجبات خاصی برای فسخ آنها به عنوان خیار، ذکر کنند. اما در معامله لازم در پاره‌ای موارد مصلحت معامله‌کننده ایجاب می‌کند که حق فسخ برای او شناخته شود.

خيارات مشترک عبارتند از: ۱- خیار شرط ۲- خیار رؤیت و تخلف وصف ۳- خیار غبن ۴- خیار عیب ۵- خیار تدلیس ۶- خیار تبعض صفت ۷- خیار تخلف شرط ۸- خیار تفلیس ۹- خیار تعذر تسلیم یا تعذر اجرای تعهد.

یادآور می‌شود که این خيارات در همه عقود لازم جاری نمی‌شوند. چون طبیعت بعضی با بعضی از خيارات فوق سازگاری ندارند. به عنوان مثال در معاملات غیرمعوّض یا محاباتی، مانند صلح بدون عوض یا صلح محاباتی، (۷۶۱ ق.م) خیار غبن جاری نمی‌شود، چه این خیار مربوط به معامله‌ای است که تعادل عوضین در آن وجود ندارد، اگر چه باید وجود داشته باشد؛ ولی در معامله غیرمعوّض فرض آن است که عوض در میان نیست، در معامله محاباتی هم اگر چه عوض وجود دارد، لیکن ناچیز است و تعادل عوضین مقصود طرفین نیست. هم‌چنین در وقف، هیچ‌یک از خيارات وجود پیدا نمی‌کند. در نکاح هم نظر به اهمیت اجتماعی خاص آن، برخی از خيارات از جمله خیار شرط نیست. بنابراین، در هر خیار مشترک باید قید «سازگاری با طبیعت عقد» را از شرایط تحقق آن شمرد و عموم ماده ۴۵۴ ق.م را اصلاح کرد (صفائی، همان: ۲۷۲؛ کاتوزیان، همان: ۱۵۲؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۶۱-۵۳ و عدل، ۱۳۷۳: ۲۶۰).

## خيارات مشترک<sup>۲</sup>

خيارات مشترک به طور اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۱- خيار شرط

خيار شرط آن است که خریدار و فروشنده با یکدیگر شرط کنند که تا مدت معینی، هر دو یا یک کدام یا شخص دیگر غیر ایشان اختیار فسخ آن معامله را داشته باشند. هرگاه چنین شرطی بکنند، هرکسی که از برای او این شرط شده است تا مدتی که شرط کرده‌اند می‌تواند آن معامله را فسخ کند. باید آن مدتی که شرط می‌کنند مدتی معین معلومی باشد که احتمال زیادتی و کمی نداشته باشد.

### ۲- خيار رؤیت و تخلف وصف

خيار رویت آن است که هرگاه کسی جنس معینی را ندیده باشد و او را به وصف بخرد، هرگاه بعد از آن که او را بگیرد و ببیند موافق آن وصف نباشد که فروشنده کرده بود، در این صورت خریدار اختیار دارد که آن خرید و فروش را فسخ کند.

### ۳- خيار غبن

خيار غبن آن است که هرگاه کسی چیزی بخرد و از اهل خیرت نباشد (از قیمت اطلاع نداشته باشد) و بعد از آن معلوم شود که آن چیز را گران خریده است و به این سبب نقصان کرده است، می‌تواند آن خرید و فروش را فسخ کند. فروشنده هم هرگاه از اهل خیرت نباشد و بعد از آن معلوم شود که آنچه فروخته است ارزان فروخته است و به این سبب نقصان کرده است، می‌تواند آن خرید و فروش را فسخ کند.

### ۴- خيار عیب

خيار عیب آن است که هرگاه کسی جنسی از غیري بخرد و بعد از گرفتن آن جنس معلوم شود که آن جنس عیب‌دار است و آن عیب پیش از آنکه خریدار آن را بگیرد، در

آن جنس موجود بوده است، خواه پیش از صیغه، آن عیب در آن جنس بوده است، یا بعد از صیغه و پیش از آنکه خریدار او را بگیرد آن عیب در آن حاصل شود. در هر دو صورت خریدار اختیار دارد که آن معامله را فسخ کند و آن جنس را پس دهد و قیمت را از فروشنده پس بگیرد و اختیار هم دارد که آن جنس را نگه دارد.

#### ۵- خیار تدلیس

خیار تدلیس آن است که فروشنده در جنس خود عملی بکند که آن جنس را از آنچه هست در نظر خریدار بهتر وانماید، پس هرگاه بر خریدار معلوم شود که فروشنده تدلیس کرده است، خریدار اختیار دارد که آن خرید و فروش را فسخ کند و قیمتی که داده است پس بگیرد. «تصریه» هم از جمله تدلیس است.

#### ۶- خیار تبعض صفقه

از دیرباز مرسوم شده است که دو طرف (خریدار و فروشنده) به نشانه رضایت و استواری در عهد و پیمان به هم دست می‌دهند و گاه نیز دستها را به هم می‌کوبند. این اقدام را در عربی «صفقه» می‌نامند. رفته رفته همراهی دست کوبیدن و فشردن با معامله باعث شد که صفقه به معنی معامله و عقد نیز به کار رود. در اصطلاح «خیار تبعض صفقه» نیز واژه صفقه به معنی معامله است: یعنی خیار تبعض معامله. تبعض نیز به معنی پاره پاره شدن معامله است و این اصطلاح بدین مفهوم است که بعضی از معامله‌ها به دلیلی باطل باشد و بعضی دیگر درست. بنابراین، خیار فسخ به طرفی از معامله تعلق دارد که به زیان او عقد تجزیه شده و تنها پاره‌ای از آن باقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۶۸).



#### ۷- خيار تخلف شرط

جایز است از برای هر یک از فروشنده و خریدار که در ضمن العقد هر شرطی که خواسته باشند بکنند، اما باید به آن شرط وفا کنند و آن شرط شرطی باشد که نامشروع نباشد و سبب آن نشود که قدر قیمت یا مبیع مجهول شود، که معلوم نشود در وقت صیغه که قدر هر یک چه نحو است. در این صورت- یعنی در صورتی که شرط صحیح مشروعی کرده باشند- واجب است بر آن شخصی که شرط به او شده است، که از عهده آن شرط برآید و هرگاه در عمل آوردن آن شرط کوتاهی کند، باید به حاکم شرع عرض نمود تا او را الزام کند بر وفای آن و هرگاه قادر بر وفا کردن به آن شرط نباشد، در این صورت می تواند آن خرید و فروش را فسخ نمود.

#### ۸- خيار تفليس

تفليس عبارت است از صدور حکم دادگاه به اینکه اموال شخصی کمتر از ديون است و به ديگر سخن، تفليس عبارت از منع شخص مدیون از تصرف در اموال خود به حکم دادگاه برای حفظ حقوق بستانکاران است. شخصی که دادگاه چنین حکمی درباره او صادر کرده و بدین ترتیب عدم قدرت او را به پرداخت ديونش احراز نموده مفلس نامیده می شود. در حقوق جدید به جای مفلس بیشتر معسر و ورشکسته به کار می رود و هر یک از این دو اصطلاح معنی خاص دارد. اکنون که مفهوم مفلس روشن شد، ماده ۳۸۰ ق.م.خيار تفليس را در مورد بيع بدین شرح بیان کرده است: « در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بايع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسليم نشده باشد، می تواند از تسليم آن امتناع کند» (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۹۸).

### ۹- خیار تعدّر تسلیم

خیار تعدّر تسلیم آن است که هرگاه کسی چیزی بخرد و طرفین چنان دانند که فروشنده می‌تواند آن چیز را تسلیم خریدار نماید و بعد از آن معلوم شود که فروشنده قدرت ندارد که آن چیز را به خریدار بدهد، به اعتبار این که به نحوی از دست او بیرون رفته باشد که نتواند او را به دست آورد، در این صورت خریدار اختیار دارد که آن خرید و فروش را فسخ کند.

### ماهیت خیار

در بین حقوق دانان اتفاق نظر وجود دارد که خیار حق مالی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث اختیار فسخ عقد را می‌دهد. اجرای این حق عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود، نیاز به قصد انشاء دارد و در زمره ایقاعات است. اراده باطنی و اشتیاق فسخ کننده اثری در عقد ندارد. تصمیم او باید اعلان شود و چهره بیرونی و مادی بیابد، هر چند به آگاهی طرف دیگر نرسد. چون خیار حق مالی است، مانند تمام حقوق مالی دیگر قابل انتقال خواهد بود. انتقال خیار ممکن است اختیاری یا قهری باشد. (صفایی، همان: ۳۰۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۷۱؛ امامی، ۱۳۷۰، ۱: ۵۳۱؛ عدل، ۱۳۷۳: ۲۵۶) براساس بررسی بعضی از اساتید، در فقه، در خصوص حق و یا حکم بودن «خیارات» اتفاق نظر وجود ندارد. بنابراین برخی از فقهای عظام، خیارات را «حق» نمی‌دانند بلکه آن را از «احکام» محسوب کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱: ۲۰).

## مبنای خيار

نتیجه پژوهش‌های محققان در مبنای خيار در دو گروه زیر قابل بررسی است:

- ۱- نظرهایی که خيار فسخ را بر پایه حکومت اراده و مفاد تراضی توجیه می‌کند.
- ۲- نظرهایی که مبنای خيار را جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت اجتماعی در قراردادها می‌داند. دکتر کاتوزیان با بررسی‌یی که در این خصوص انجام داده، نتیجه می‌گیرد که خيارهای گردآوری شده در قانون مدنی دارای مبنای مشترک و یگانه‌ای نیست، اختیار فسخ ممکن است ناشی از خواست صریح و یا ضمنی دو طرف باشد. (ریشه قراردادی) یا جبران ضرر ناروایی که از عقد ایجاد می‌شود، انگیزه قانون‌گذار در دادن حق فسخ به زیان دیده شود. (مسئولیت مدنی) یا عادات و سنت‌های تاریخی وجود خيار را توجیه کند. باید از تمهید یک نظریه عمومی در این باره گذشت و مبنای هر خيار را با توجه به طبیعت و مستند آن جداگانه معین کرد. با وجود این، از استقراء درباره مبنای خيارهای گوناگون به دست می‌آید که مبنای اصلی خيارات، بر پایه غلبه یکی از دو اصل «حکومت اراده» و «لاضرر» است، مگر اینکه مبنای دیگری احراز شود (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۶-۵۷).

## اسقاط خيارات

حقوقدانان در این نکته اتفاق نظر دارند که «خيار» حق مالی است و همچنین بر این باورند که حق مالی، قابل اسقاط است. از طرف دیگر مطابق تصریح ماده ۴۴۸ ق.م: «سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود» از سوی دیگر همه یا حداقل اکثر حقوق‌دانان و شارحان متقدم قانون مدنی در بررسی مسایل مربوط به خيارات و همچنین در شرح و تفسیر ماده ۴۴۸ قانون مدنی بدون تعرض به

محدودیت‌های احتمالی که ممکن است، ظاهر اطلاق ماده مزبور را مقید سازد، شرط سقوط تمام اختیارات در ضمن عقد را معتبر شناخته و آن را منشاء اثر دانسته‌اند (ر.ک: عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۲۲۳-۱۹۵ و عدل، ۱۳۷۳: ۲۵۷). و یا با آوردن متن ماده ۴۴۸، در خصوص شرح و ایرادات احتمالی آن سکوت کرده‌اند، می‌توان این سکوت را که در مقام بیان و شرح است، دلیل بر تأیید اطلاق ماده مبنی بر اعتبار و نفوذ شرط «سقوط تمام اختیارات» در ضمن عقد حمل نمود. در بین حقوق‌دانان مذکور سید حسن امامی در بخشی از بررسی‌های خود در موضوع اختیارات، به مسله مهمی که در فقه تحت عنوان غیر قابل اسقاط بودن حق غیر موجود که به «اسقاط مالم یجب» مشهور است، توجه کرده و متذکر شده: «اسقاط خیار در صورتی ممکن است که خیار موجود باشد و الا هرگاه خیار موجود نشده باشد نمی‌توان آن را اسقاط نمود. مثلاً قبل از گذشتن سه روز از انعقاد بیع بایع نمی‌تواند خیار تاخیر ثمن را اسقاط نماید. زیرا چیزی که هنوز پیدا نشده نمی‌توان در آن تصرف نمود» (امامی، ۱۳۷۰: ۵۳۸). این نظر در حقیقت عدول از ظاهر ماده ۴۴۸ ق. م است و مقید نمودن حکم آن است. پرواضح است که بعضی از اختیارات به لحاظ طبیعت خود بعد از انعقاد عقد و با گذشت زمان و حادث شدن احتمالات دیگر به وجود می‌آید، مثل خیار تاخیر ثمن یا خیار رؤیت و تخلف از وصف و همچنین خیار تعذر تسلیم و غیره؛ پس با این تحلیل حکم مندرج در ماده ۴۴۸ مبنی بر اختیار شرط نمودن سقوط تمام اختیارات را باید مقید به اختیاراتی نمود که همزمان با انعقاد عقد به وجود می‌آیند نه اینکه بعداً موجود گردند. در غیر این صورت «اسقاط ما لم یجب» خواهد بود. با این وصف، حقوق‌دان موصوف وقتی به شرح ماده ۴۴۸ می‌رسد، گویا این تحلیل خود را فراموش و تصریح می‌کند که: «طبق ماده ۴۴۸ ق.م متبایعین می‌توانند در ضمن عقد بیع شرط کنند اختیاراتی که در عقد مزبور به

وجود می‌آید، مانند خيار عيب، خيار غبن، خيار تدليس، خيار تخلف وصف ساقط شود، اگر چه مشروط عليه جاهل به وجود سبب آن باشد... شرط سقوط خياراتی که پس از عقد به وجود می‌آیند، در ضمن آن عقد صحيح خواهد بود، مثلاً می‌توان ضمن عقد شرط نمود که خيار تاخير ثمن ساقط گردد، خيار مزبور پس از پیدایش به خودی خود ساقط می‌شود» (همان: ۵۴۱).

علاوه بر متقدمین، برخی حقوق‌دانان متاخر نیز با تمام تیزی و دقت نظر خود، در مبحث خيارات بدون توجه و تعرض به ابهام موجود در اطلاق ماده ۴۴۸ ق.م. می‌گویند: «طبق ماده ۴۴۸ ق.م. سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد، شرط کرد؛ هم‌چنین می‌توان پس از عقد، حق فسخ را اسقاط کرد، هر صاحب حقی می‌تواند حق خود را از بین ببرد» (شهیدی، ۱۳۸۳: ۷۴).

با توجه به این دیدگاه در روابط حقوقی افراد در سطح جامعه نیز به عنوان اصل پذیرفته شده، طرفین در معاملات، اسقاط کافه خيارات را در ضمن عقد شرط می‌کنند. به طوری که اتحادیه صنف مشاورین املاک که تحت نظارت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و هم‌چنین تحت نظارت وزارت صنایع و بازرگانی است، در فرمی که به عنوان «مبايعه نامه املاک» برای سراسر کشور تنظیم و ارسال کرده و بنگاه داران و مشاورین املاک را مکلف نموده که خرید و فروش املاک در آن فرمها انجام دهند، در ماده ۶ که مربوط به آثار قرارداد است، در بند ۶-۶ آورده است: «کلیه خيارات از جمله خيار غبن به استثنای خيار تدليس با اقرار طرفین اسقاط گردید» هم‌چنین، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور طی بخش‌نامه (شماره ۱۰/۱۳۰ مورخ ۵۸/۱/۱۴) تمام سردفترداران کشور را مکلف کرده که در هنگام تنظیم انتقال اسناد رسمی مالکیت «اسقاط کافه خيارات» از طرفین در سند درج گردد، که هم‌اکنون در دفترخانه‌های

استاد رسمی براساس همان بخش نامه در اسناد رسمی، اسقاط کافه خيارات از جانب طرفین درج می گردد.

این در صورتی است که، حقوق دانان و شارحان متاخر قانون مدنی در عدم نفوذ شرط اسقاط تمام خيارات در ضمن عقد، در مورد خيار تفليس و خيار تعذر تسليم و خيار تدليس، به اتفاق نظر رسیده اند و در مورد «خيار رؤيت و تخلف و صف» نیز تردیدهای جدی را مطرح نموده اند. هم چنین در مورد غبن و عيب خارج از حد متعارف را غير عقلانی دانسته اند.

#### ۱- خيار تدليس

فريب خورده می تواند بعد از آگاهی از تدليس حق خود را ساقط کند، ليکن اسقاط خيار تدليس ضمن عقد و قبل از آگاهی از واقع قابل ايراد است. به اين معنی که شرط اسقاط اين خيار ضمن عقد برخلاف نظم عمومی و باطل است. اما چرا شرط سقوط خيار تدليس، با نظم عمومی مخالف است؟ پاسخ اين سؤال دشوار نيست. فروشنده ای که از اين شرط سود می برد، در واقع جواز تقلب در تجارت را به دست می آورد. اين جواز به رضا داده نمی شود و فرض اين است که مشروط له، به دليل انحصار در توليد يا موقعيت بهتر اقتصادی يا بهره برداری از نیاز طرف قرارداد، شرط را بر او تحميل کرده است. افزون بر اين، می دانيم که پاره ای از مصداق های تدليس جرم است و بزهکار نمی تواند در سایه شرط يا قرارداد، ممنوع قانونی را بر خود مباح کند. علاوه بر آن برخی از استادان حقوق شرط اسقاط خيار تدليس را غيرعقلانی تلقی کرده اند که اين هم مؤيد نظريه بطلان چنان شرط در ضمن عقد می باشد. بنا بر اين، هرگاه در سند معامله «کافه خيارات» اسقاط شده باشد، می توان گفت اين شرط شامل خيار تدليس

نیست (ر.ک: صفایی، ۱۳۸۵: ۳۰۷-۳۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۵۳؛ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹۳).

## ۲- خيار تفليس و خيار تعذر تسليم

شرط سقوط تمام خيارات كه شامل خيار تفليس و تعذر تسليم هم باشد، با مقتضای ذات عقد منافات دارد، زیرا تسليم در عقد تملیكي یا اجرای تعهد اصلی در عقود عهدي معاوضی مقتضای معاوضه و ماهیت این گونه عقود است و شرط اسقاط خيار بدین معنی است كه متعهد بتواند عوض معامله را دریافت کند، بی آنكه تعهد خود را اجرا نماید و این با مقتضای عقد معاوضی منافات دارد و از این رو هم شرط و هم عقد باطل است. به تعبیر حقوق دان دیگر «شرط اسقاط خيار تعذر تسليم و خيار تفليس باطل است زیرا با اصل موازنه تسليم به تسليم عوضین مغایرت دارد و خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی تملیكي است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۰۲ و ۱۰۵).

اگر فرض بر این باشد كه شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد نباشد، می توان آن را خلاف نظم عمومی و قواعد آمره و به تعبیر دیگر شرط نامشروع تلقی کرد. آنچه استفاده از این دو خيار را با نظم عمومی اقتصادی مربوط می کند، جلوگیری از جمع شدن عوض و معوض نزد یکی از دو طرف قرارداد است. خریداری كه با ناتوانی فروشنده در تسليم مبیع روبرو می شود، اگر نتواند خود را از قید التزام برهاند، ناچار باید بهای قراردادی را بدهد و در برابر آن هیچ نستاند، در نتیجه، هم ثمن و هم مبیع در کیسه فروشنده باقی ماند، نتیجه ای كه نه اخلاق می پسندد و نه با سیاست اقتصادی حاکم بر جامعه مطابق است. هم چنین است حال فروشنده ای كه با خریدار مفلس روبرو است، یا موجری كه مستاجری درمانده دارد و دستیابی به اجاره بها را ممكن نمی بیند؛

به ویژه که چنین شروطی استفاده از راه‌هایی شیطانی را ترغیب می‌کند و انگیزه کلاهبرداری و تقلب می‌شود (ر.ک: صفایی، همان، ۳۰۴؛ کاتوزیان، همان: ۳۹۷، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۶).

### ۳- خیار رؤیت و تخلف وصف

در نفوذ شرط خیار رؤیت و تخلف وصف از دو جهت تردید شده است:

۱- پیش از رؤیت مورد معامله، خیار به وجود نمی‌آید تا بتوان آن را ساقط کرد. بنابراین، اگر در عقد شرط شود که خیار رؤیت ساقط است، این شرط نفوذ حقوقی ندارد و بی‌اثر است.

۲- اسقاط خیار باعث غرر در معامله است، در قراردادی که ندیده و به وصف داد و ستد می‌شود، توصیف مورد معامله جانشین رؤیت آن است. پس، اگر شرط شود که وصف انجام شده نیز بی‌اثر است، در واقع مانند این است که آن مورد غیرمرئی و وصف‌نشده باقی بماند. در نتیجه، شرط و عقد را باید باطل شمرد. به تعبیر فقیه و حقوق‌دان دیگر: «اگر سقوط خیار رؤیت در ضمن عقد شرط شود مثل این که فروشنده مالی را موصوفاً بوصف کذا بفروشد و شرط سقوط خیار رؤیت کند این شرط قطعاً فاسد است و دور نیست که مفسد عقد هم باشد. زیرا مفروض این است که صحت عقد به ذکر وصفی است که رافع غرر و جهالت باشد و معنی شرط سقوط خیار رؤیت اسقاط حق وصف و الغای اثر آن خواهد بود و مثل این است که عین را بدون مشاهده و ذکر وصف فروخته باشد» (عبده یروجردی، ۱۳۸۳: ۱۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۹؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۳۰۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ۲: ۱۴۴).



#### ۴- خيار غبن و خيار عيب

هرگاه خيار عيب ضمن عقد اسقاط شده باشد، ولی بعد از عقد معلوم شود که مورد معامله عیبی خارج از حد متعارف داشته و معامله‌کننده تصور آن را نمی‌کرده است، برای وی حق فسخ خواهد بود. در رأی شما ۱۲۱۸-۳۴۸ مورخ ۱۳۰۸ دیوان عالی کشور آمده است: «اسقاط خيار عيب شامل عیوبی که خارج از حد متعارف باشد نیست».

همین قاعده در مورد خيار غبن نیز جاری است، یعنی هرگاه مغبون به تصور این که تفاوت قیمت در حدود غبن متعارف است، این خيار را ساقط کند و بعد آشکار گردد که غبن خارج از حدود متعارف و ثمن معامله چند برابر قیمت واقعی است، حق فسخ خواهد داشت. به تعبیر محقق دیگر: «شرط اسقاط خيار غبن و عيب که عرفاً مسامحه نباشد، این شرط مخالف عنصر مغابنه‌ای بودن بیع و مخالف مقتضای ذات عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹۳؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۳۰۷).

در فقه، برای بطلان اسقاط حقی که هنوز به وجود نیامده است، (اسقاط مال م یجب) فقهای امامیه اجماع دارند و در جای‌جای فقه، با مسلم فرض کردن بطلان اسقاط مال م یجب، هر موردی که از مصادیق آن تصور شود، نسبت به بطلان آن نیز فتوا می‌دهند (ر.ک: عاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۰؛ ۴: ۲۰۲؛ ۹: ۳۸۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۱۲۴ و ۵۱۴ و ۳۳۷) هم‌چنین فقهای اسقاط مال م یجب را عقلاً محال می‌دانند، زیرا از بین بردن چیزی که وجود ندارد، ممکن نیست. هم‌چنین، در نظر فقها، تعلق اراده به امر معدوم غیرممکن بوده و تصرف در آنچه وجود ندارد، ممتنع است، به علاوه حتی اگر چنین اسقاطی ممکن باشد، کاری بیهوده و عبث است. چون از بین بردن چیزی که معدوم است، تحصیل حاصل بوده و فایده‌ای ندارد (فشارکی، ۱۴۱۳:

۵۰۴-۵۰۵) با عنایت به این موضوع، اختیارات که در ضمن عقد اسقاط آنها شرط می‌گردد، در صورتی که هنوز آن اختیارات ایجاد نشده است، چنین شرطی بی‌اعتبار خواهد بود. علاوه بر این قاعده کلی، فقهای عظام با اختلاف نظری که دارند، هر کدام به تناسب بحث خود، شرط اسقاط در مورد بعضی اختیارات را جایز نمی‌دانند یا آن شرط را بی‌اثر تلقی می‌کنند و یا اینکه علاوه بر جایز نبودن و باطل بودن آن شرط، اصل معامله را نیز باطل می‌دانند، برای تبیین این بحث، اشاره به دو نکته، ضروری می‌نماید: نراقی در انیس‌التجار می‌نویسد: «جایز نیست که فروشنده و خریدار در ضمن‌العقد شرط کنند که خیار رؤیت نباشد و هرگاه چنین شرطی بکنند، آن شرط و اصل معامله باطل است (نراقی، ۱۴۲۵: ۱۳۵).

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در پاسخ به این سؤال که اگر شخصی بدون اطلاع از قیمت، سهم ارث خود را به برادرش به مبلغ ۵۰۰۰۰۰۰ تومان فروخته، در صورتی که قیمت واقعی سهم وی بیش از ۵۰۰۰۰۰۰ تومان است، با این وصف در حضور شهود جمیع اختیارات را در ضمن معامله ساقط کرده است، آیا این معامله صحیح است؟ ایشان جواب داده‌اند که: «إذا ثبت أن حصته كانت تساوی فی ذلک الزمان مبلغاً معیناً و كان جاهلاً بتلك القيمة فلا يشملها اسقاط الخيارات و يمكنه فسخ المعاملة» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳: ۱۶۵).

### نتیجه

با توجه به مطالبی که در خصوص شرط اسقاط کافه اختیارات در ضمن عقد مطرح گردید، باید از ظاهر ماده ۴۴۸، ق.م.عدول کرد و آن را مقید به اختیاراتی نمود که اولاً در زمان انعقاد عقد به وجود آمده باشد و یا حداقل اسباب آن فراهم شده باشد. ثانیاً

باید شامل خياراتی دانست که این شرط مخالف مقتضای ذات عقود مشروط به آن شرط نباشد. ثالثاً باید شامل خياراتی دانست که شرط اسقاط در ضمن عقد خلاف نظم عمومی و مغایر قواعد آمره نباشد. با این وصف در عرصه عمل و در محاکم قضایی نیز در صورت نیاز به تفسیر قراردادها و هنگام اتخاذ تصمیم مبنی بر فصل خصومتها نباید از قیود و عوامل محدودکننده حکم ماده ۴۴۸ ق.م غفلت نمود.

## پی نوشت‌ها

- ۱- ازالة أثر العقد المملک فی رجع کل عوض الی صاحبه الاول.
- ۲- توضیح مختصر خیارات مشترک منهای خیار تبعض صفقه و خیار تفلیس را عیناً از کتاب «انیس‌التجار» نوشته فقیه نامدار مولی محمد مهدی نراقی، نوشته شده است. در ارزش و اعتبار علمی و فقهی این کتاب همین بس که سه نفر از فقهای عظام یعنی مرحومین سید محمد کاظم طباطبایی و سید اسماعیل صدرعاملی و مؤسس حوزه علمیه قم مرحوم عبدالکریم حائری یزدی بر آن حاشیه زده‌اند. (نراقی، ۱۴۲۵: ۱۵۸-۱۱۲). برای ملاحظه مشروح بحث می‌توان به جلد پنجم کتاب قراردادهای عمومی دکتر کاتوزیان مراجعه کرد که تا صفحه ۱۵۵ قواعد عمومی خیارات را توضیح داده و از صفحه ۱۵۵ تا ۳۹۹ خیارات مشترک را به طور مفصل و عمیق بررسی کرده است.

## منابع

- امامی، سیدحسن (۱۳۷۰): *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل (۱۳۱۰ق): *رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی* (با تعلیقات میرزای شیرازی)، تهران، حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷، *مجموعه محشی قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷): *المدوّنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲): *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- حائری شاه‌باغ، سیدعلی (۱۳۸۷): *شرح قانون مدنی*، جلد ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- حسینی مراغی، سید میر الفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق): *العناوین الفقهیه*، جلد ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سیزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ ق): *کفایه الاحکام*، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳): *حقوق مدنی*، ۶، تهران، مجد.
- صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۵): *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان.
- طوسی، محمدبن علی بن حمزه (۱۴۰۸ ق): *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌اله مرعشی نجفی.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن جمال‌الدین مکی (۱۳۸۳ ش): *اللمعه الدمشقیه*، قم، دارالفکر.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۴ ق): *حاشیه الارشاد*، جلد ۲، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق): *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، جلد ۱ و ۴ و ۹، قم، موسسه المعارف الاسلاميه.
- عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)؛ *حقوق مدنی*، قم، موسسه چاپ الهادی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳)؛ *کلیات حقوق اسلامی*، تهران، دانشگاه تهران.
- عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)؛ *حقوق مدنی*، قزوین، انتشارات بحرالعلوم.
- فشارکی، سید محمد بن قاسم طباطبایی (۱۴۱۳ ق)؛ *الرسائل الشارکيه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۵، بی‌جا، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)؛ *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، میزان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)؛ *قواعد فقه*، جلد ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)؛ *قواعد فقه*، جلد ۲، تهران، سمت.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ق)؛ *الفتاوی الجديده*، جلد ۳، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.
- نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر (۱۴۲۵ ق)؛ *أنیس التجار*، (با حواشی سید محمد کاظم طباطبایی و سید اسماعیل صدرعاملی و عبدالکریم حائری یزدی)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.