

## تأملی فقهی حقوقی بر ماده ۴۰۱ قانون مدنی\*

- سیدمحمد مهدی قبولی درافشان<sup>۱</sup>
- مهدیه لطیف‌زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

خيار شرط يکي از اختيارات منتسب به توافق طرفين عقد است. از مسائل مهم راجع به اين خيار، مدت اين خيار است که ماده ۴۰۱ قانون مدنی به پیروی از گروهی از فقیهان، عدم تعیین مدت را موجب بطلان شرط و عقد دانسته است و گروهی از حقوق دانان، توافق در مورد مدت مجهول را به پیروی از متون فقهی بدان ملحق نموده‌اند. حال سؤال این است که آیا حکم یادشده مبتنی بر ادله و مبانی قوی است یا خیر؟ خصوصاً اینکه در موارد متعدد در قراردادها در مورد تعیین مدت خيار، غفلت یا مسامحه صورت می‌گیرد. این پژوهش با بررسی نظرات فقهی و حقوقی مختلف و نقد و بررسی ادله، به این نتیجه دست یافته که در مورد سکوت طرفین در مورد مدت خيار و نیز مواردی که ضابطه‌ای برای تعیین مدت وجود دارد، اقوی صحت شرط و عقد است. بنابراین اصلاح و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (ghaboli@um.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد (m.latifzadeh@mail.um.ac.ir).

تکمیل قانون مدنی در این زمینه پیشنهاد می‌شود.

**واژگان کلیدی:** شرط خیار، عدم تعیین مدت خیار، غرر، ماده ۴۰۱ قانون

مدنی، بطلان شرط و عقد.

### مقدمه

یکی از موجبات فسخ قراردادها، خیار شرط است که به موجب اشتراط ضمن عقد پدید می‌آید. قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، خیار شرط را در ماده ۳۹۹ قانون مدنی به رسمیت شناخته است. یکی از احکام مترتب بر خیار شرط، مدت این خیار است. در واقع قانون مدنی ذکر مدت معین برای این خیار را از شرایط لازم برای صحت شرط خیار دانسته است. به موجب ماده ۴۰۱ قانون مدنی «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است». بنابراین بر اساس این ماده که حکم آن اختصاص به بیع نیز ندارد و در سایر قراردادهای لازم نیز قابلیت اجرا دارد، عدم تعیین مدت برای خیار شرط، نه تنها موجب بطلان شرط است، بلکه بطلان قرارداد را نیز به دنبال دارد. حال سؤال این است که آیا حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی از مبانی فقهی قوی برخوردار است؟ آیا تفاوتی میان اینکه برای خیار مدت قرار داده نشود یا مدت مجهول باشد وجود ندارد؟ آیا اینکه قانون‌گذار عدم تعیین مدت را موجب بطلان عقد دانسته است می‌تواند مورد پذیرش باشد یا خیر؟ پاسخ این سؤالات از این جهت دارای اهمیت است که امروزه در معاملات رایج میان مردم، در بسیاری از موارد ممکن است تعیین مدت برای شرط خیار مغفول واقع شود یا جهالت‌هایی در مورد آن وجود داشته باشد و چنانچه این امر به طور مطلق موجب بطلان قراردادها دانسته شود، استحکام معاملات رایج مورد تهدید جدی است. از این رو طبیعی است که باید دنبال راه حل‌هایی بود که در عین مطابقت با اصول و موازین شرعی، پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نیز باشد. در هر حال این پژوهش در صدد است با روشی توصیفی تحلیلی، موضوع یادشده را از نظر فقهی و حقوقی بررسی نموده و مبانی ماده ۴۰۱ قانون مدنی و احکام مربوط به تعیین مدت در شرط خیار را مورد بازپژوهی قرار دهد. در این راستا و قبل از شروع مباحث اصلی لازم است به این نکته اشاره گردد که منطقاً معین نبودن

مدت خیار به دو شکل متصور است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳-۳۲/۲۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۲): یکی از موارد، موردی است که طرفین عقد توجهی به لزوم مدت‌دار بودن شرط خیار ندارند و این خیار را به صورت مطلق واقع می‌سازند؛ بدون آنکه متعرض هیچ گونه مدتی برای خیار گردند. حالت دیگر این است که مدت برای شرط بیان می‌گردد، لیکن مدت مزبور، مجهول است. حالت مجهول بودن مدت نیز به دو شکل متصور است؛ یکی اینکه فقط اشاره به مدت‌دار بودن خیار گردد، بدون اینکه مدت دقیقاً بیان گردد یا ضابطه‌ای برای آن مشخص شود؛ مانند اینکه در قرارداد گفته شود یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث تا مدتی حق فسخ معامله را داشته باشند، بدون اینکه مدت مزبور مشخص گردد. شکل دوم اینکه برای تعیین مدت، ضابطه مجهولی قرار داده شود؛ برای مثال، ممکن است مدت خیار شرط، از زمان عقد تا زمان وفات شخص معینی قرار داده شود یا خیار شرط تا زمان استطاعت خریدار در خصوص پرداخت ثمن تعیین گردد.<sup>۱</sup> در هر حال برای تحلیل حالات گوناگون فوق، از آنجا که قانون مدنی ایران در قسمت خیارات، برگرفته از دستاوردهای فقه امامی است، ابتدا موضوع از نظر فقهی مورد بررسی استدلالی قرار می‌گیرد، سپس با توجه به نتایج حاصل، موضوع از نظر حقوق موضوعه ایران مطالعه می‌شود.

### ۱. بررسی ضمانت اجرای معین نبودن مدت شرط خیار از نظر فقهی

همان گونه که قبلاً بیان شد، معین نبودن مدت خیار شرط از دو جهت کلی قابل تصور است؛ یکی موردی که طرفین بر وجود خیار توافق می‌نمایند، ولی به هیچ وجه از مدت آن سخنی به میان نمی‌آورند (خیار شرط مطلق) و دیگری موردی که برای شرط خیار به مدت اشاره می‌گردد، لیکن مدت مورد اشاره مجهول می‌باشد. از آنجا که از نظر فقهی، تفکیک میان این دو حالت یادشده در حکم مسئله مؤثر است، ابتدا حالت

۱. گفتنی است که برخی فقیهان، شکل نخست را مجهول مطابقی و شکل دوم را مجهول التزامی دانسته‌اند (رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴). برخی فقیهان، حالت اخیر را مدت مجهول می‌دانند و فرضی را که اشاره به این می‌شود که برای مدتی طرفین قرارداد یا یکی از ایشان یا شخص ثالث خیار دارد، با عنوان مدت مهمل یاد می‌نمایند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲). در هر حال به نظر می‌رسد مدت مهمل نیز نوعی مدت مجهول است.

نخست بررسی شده و سپس حالت دوم مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

### ۱-۱. خیار شرط مطلق

هنگامی که در قرارداد، شرط خیار مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد، لیکن مدت خیار ذکر نمی‌گردد، در مورد وضعیت خود شرط، از نظر فقه امامی دو دیدگاه مختلف وجود دارد. بنا بر یک دیدگاه، شرط و عقد باطل محسوب می‌شود و بنا بر دیدگاه دیگر، شرط و عقد صحیح به شمار می‌آید. در ادامه به بررسی هر یک از دو دیدگاه و ادله قائلان آن پرداخته می‌شود.

#### ۱-۱-۱. نظریه بطلان شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت

گروهی از فقیهان اعتقاد دارند که شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت باطل است و به بطلان قرارداد نیز می‌انجامد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۶/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۱۱۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۱۱/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۶/۸-۳۷). در ادامه، ضمن تبیین ادله این گروه به نقد ادله ایشان پرداخته می‌شود.

##### ۱-۱-۱-۱. تبیین ادله

##### ۱-۱-۱-۱-۱. غرری شدن قرارداد و مخالفت با کتاب و سنت

یکی از ادله‌ای که برخی قائلان به بطلان شرط و عقد بیان نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۶/۵) این است که اگر شرط خیار به صورت مطلق و بدون ذکر مدت بیان گردد، شرط یادشده غرر محسوب می‌شود و دلیل آن این است که طرف مقابل نمی‌داند که آیا بالاخره قرارداد بیع را کسب می‌کند یا اینکه از دست خواهد داد. به اعتقاد ایشان با توجه به این نوع جهالت، بیع مشمول حدیث شریف نهی از بیع غرری شده و از این جهت باطل است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵). طبیعتاً مخالفت شرط با کتاب و سنت نیز از این جهت است که به بیع غرری می‌انجامد که مشمول نهی در روایت نهی از «بیع غرری» است.

##### ۱-۱-۱-۱-۲. مجهول شدن موضوع قرارداد

دلیل دیگری که برای بطلان قرارداد در بحث شرط خیار در بیع ذکر شده است این

است که شرط خیار به صورت مطلق، موجب جهالت به ثمن و مثنی می‌گردد و به خاطر این جهالت، قرارداد باطل به شمار می‌آید (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۶/۵). به اعتقاد برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴) دلیل سرایت جهل به عوضین این دانسته شده که مقداری از ثمن یا مثنی در مقابل اجل و مدت قرار می‌گیرد و با معلوم نبودن مدت، مقدار عوضین مجهول می‌شود. جهالتی که هنگام عدم ذکر مدت - شرط خیار مطلق - وجود دارد، حتی از جهالتی که در شرط خیار مجهول حاصل می‌شود، بیشتر است و به طریق اولی باید باطل دانسته شود. البته برخی در اینجا تصریح نموده‌اند که جهالت موضوع قرارداد چون باعث غرر می‌گردد، بطلان قرارداد را به دنبال دارد (مشکینی، بی‌تا: ۳۱۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: کتاب الاجاره/۳۲). اگر این نکته پذیرفته شود، بازگشت این دلیل به دلیل نخست یعنی غرری شدن قرارداد است.

#### ۲-۱-۱-۱. نقد ادله

در نقد ادله فوق می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

#### ۱-۲-۱-۱-۱. تردید در دلالت غرر بر بطلان

به اعتقاد برخی فقیهان اینکه غرر، فساد قرارداد را به نحو مطلق و در هر حال به دنبال داشته باشد، امری مسلم نیست و دلیل محکمی بر آن وجود ندارد، مگر اینکه از راه اجماع یا تسالم بتوان از آن دفاع نمود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۶/۸-۳۷). در زمینه موضوع مورد بحث نیز اجماعی بر بطلان قرارداد - با توجه به نظرات مخالف برخی فقیهان - وجود ندارد. بر فرض وجود اجماع نیز این اجماع معتبر محسوب نمی‌شود؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی یا محتمل‌المدرک است و این نوع اجماع دلیل مستقلی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۳۷/۲؛ مرعشی، ۱۴۲۷: ۴۴/۱؛ سیفی، ۱۴۲۵: ۳۵/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۸۹/۲؛ عرفانیان یزدی، ۱۴۱۷: ۱۸؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۲۰۰/۲).

#### ۲-۲-۱-۱-۱. ضعف سندی و دلالتی حدیث نهی از غرر

برای بطلان شرط و عقد، به حدیث نهی از غرر استناد شده است، لیکن سند و دلالت (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۵۶/۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۳۶۵/۴؛ غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۴۶۷/۲)

ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲) این حدیث محل بحث است. به لحاظ سندی این حدیث مرسل است و طبیعی است که اگر شهرت فتوایی، موجب جبران ضعف سند حدیث دانسته شود، می‌توان به آن استناد نمود. در غیر این صورت نمی‌توان به آن استناد نمود و باید به دنبال ادله‌ای دیگر برای اثبات اینکه غرر موجب بطلان است، بود. از نظر دلالتی نیز نکاتی قابل ذکر است. توضیح اینکه در مورد غرر در این حدیث، این مسئله مطرح است که غرر به چه معناست؟ در مقام پاسخ باید گفت غرر از نظر لغوی به معانی مختلفی همچون خطر (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۳/۵؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۸/۷؛ سعدی، ۱۴۰۸: ۲۷۲: موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۵/۳۰؛ همو، بی‌تا: ۲۱۱/۶؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۴۹/۲۴)، ضرر (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۰/۷) و فریب (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۱/۵؛ قرشی، ۱۴۱۲: ۹۲/۵) آمده است. حال برخی فقیهان معتقدند که اگر مفهوم غرر در حدیث شریف، خدعه و نیرنگ باشد، حدیث دلالت بر نهی تکلیفی خواهد داشت و دلالتی بر حکم وضعی بطلان ندارد؛ لیکن اگر غرر به معنای خطر دانسته شود، حدیث در مقام بیان حکم وضعی است و نهی ارشاد به بطلان قراردادی است که موجب خطر است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۵۷/۵). البته اشاره به این نکته خالی از لطف نیست که خطر خود از نظر لغوی، معانی مختلفی دارد؛ از جمله: مجموعه بزرگی از شتران (تعداد هزار یا بیشتر)، بزرگی مرتبه و مال و شرف، مسابقه‌ای که نسبت به آن شرط‌بندی می‌شود (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۱۳/۴)، در معرض هلاک و نابودی بودن (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶). البته برخی از لغویان معتقدند که خطر دو مفهوم اصلی دارد: یکی قدر و منزلت و دیگری اضطراب و حرکت (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲-۲۰۰). برخی نیز معتقدند که اصل خطر به معنای مسابقه‌ای است که در آن شرط‌بندی می‌شود، سپس واژه خطر در مورد شرافت و امتیاز نیز به عاریت گرفته شده تا اینکه در مورد معنای اخیر نیز به صورت حقیقت عرفی درآمده است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶). نکته قابل توجه این است که در برخی کتب لغت به حدیث پیامبر گرامی اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مبنی بر نهی از بیع غرر اشاره شده و مقصود از غرر در حدیث، خطر دانسته شده است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۳/۵؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۰/۷) و این گونه استنباط می‌شود که این لغویان خطر را در این مورد به مفهوم «در معرض هلاک بودن» به شمار آورده‌اند. از مثال‌هایی که ایشان برای بیع غرر مطرح

نموده‌اند نیز فروش ماهی در آب و پرند در هواست. در هر حال استناد به حدیث در صورتی موجه است که از نظر سند و دلالت، اشکالات یادشده برطرف گردد.

۲۹

#### ۱-۱-۱-۳. تفاوت جهل و غرر

در استدلال به بطلان، ادعا شده که جهالت موجب غرر است، لیکن باید توجه داشت که نمی‌توان به نحو مطلق پذیرفت که هر جهلی غرر محسوب می‌شود؛ زیرا اگر پذیرفته شود که غرر در حدیث شریف به معنای خطر است، فقط جهالتی که خطری را به دنبال داشته باشد، به غرر می‌انجامد؛ مگر اینکه ادعا شود در مسئله مورد بحث چنین خطری وجود دارد. به علاوه بر فرض که غرر موجب بطلان قرارداد باشد، اینکه عدم ذکر مدت در همه قراردادهای لازم به غرر بینجامد، محل بحث است؛ زیرا اولاً در مورد دلیل بطلان غرر اگر قائل به اختصاص نهی از غرر به بیع باشیم، دیگر نمی‌توان قلمرو بطلان عقد را به سایر قراردادها سرایت داد و فقط باید به قرارداد بیع بسنده نمود. ثانیاً ممکن است در همه قراردادهای لازم، جهالت از نظر عرفی به غرر (در مفهوم خطر) نینجامد؛ زیرا شرط مجهول تنها در صورتی باطل است که موجب تحقق غرر گردد و شرط مجهولی که چنین خاصیتی ندارد، از حوزه شمول ادله بطلان غرر خارج خواهد بود. این مدعا با توجه به فتاوا و تعابیر فقها نیز تأیید می‌شود؛ زیرا برخی از فقها بطلان شرط مجهول و ابطال عقد در اثر آن را مقید به جهالتی نموده‌اند که موجب غرر گردد (موسوی خویی، بی‌تا: کتاب‌الاجاره/۳۲؛ حسنی، بی‌تا: ۳۶۸؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۱۳-۱۱۲/۲۷؛ بهجت، ۱۴۲۸: ۲۶۲/۳).

#### ۱-۱-۱-۴. وجود راهکارهای عقلایی برای منتفی نمودن غرر

در صورتی که پذیرفته شود غرر موجب بطلان قرارداد است، در مواردی که راه‌هایی برای رفع غرر وجود دارد، غرر منتفی گردیده و دلیلی برای بطلان قرارداد باقی نمی‌ماند. به نظر می‌رسد در مسئله مورد بررسی از دید عرفی، راه‌هایی برای گریز از غرر وجود دارد که با استحکام معاملات نیز سازگار است؛ به عنوان مثال، یکی از راه‌ها این است که مدت بیان‌نشده در خیار شرط را می‌توان حمل بر زمان‌های معهود و مدت شرعی -مانند سه روز که قول آن به تفصیل بیان خواهد شد- نمود تا موجب جلوگیری از

تزلزل و ابهام عقد گردد (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۱۴۱/۴) و بدین نحو شرط و عقد صحیح است. بر فرض که مدت معهود شرعی نیز برای خیار شرط پذیرفته نشود، می‌توان از مدت متعارف در این زمینه سخن گفت و عدم ذکر مدت برای خیار را حمل بر مدت متعارف نمود؛ خصوصاً اینکه در خیاراتی که توسط شارع مقرر شده است نیز در همه موارد، مدت برای خیار ذکر نگردیده است؛ برای مثال در مورد خیار تأخیر تأدیه ثمن نیز این گونه است؛ همچنان که راه دیگر، فوری دانستن خیار و اکتفاء به قدر متیقن آن است.

### ۱-۱-۲. نظریه صحت شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت

فقیهانی که اعتقاد به صحت شرط و عقد در صورت عدم ذکر مدت برای خیار دارند، به دو دسته تقسیم می‌شوند. برخی از ایشان معتقدند که در این حالت مدت خیار سه روز خواهد بود و با باور برخی دیگر، در چنین حالتی مدت خیار همیشگی و ابدی خواهد بود. در ادامه، ضمن بیان این دو قول، به تبیین ادله هر یک از نظرات و نقد آن پرداخته می‌شود.

#### ۱-۱-۲-۱. نظریه صحت شرط خیار بدون مدت و حمل آن بر مدت سه روز

گروهی از فقیهان شرط خیار بدون ذکر مدت را صحیح دانسته و مدت خیار را در این صورت تا سه روز دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۰/۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۸؛ حلبی، ۱۴۰۳: ۳۵۳؛ ابن براج، ۱۴۱۱: ۵۴؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۶۹/۳؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۴۸/۳).<sup>۱</sup>

برخی فقیهان این نظر را به مشهور متقدمان نسبت داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). ادله این گروه را می‌توان به شرح ذیل تبیین نمود:

#### ۱-۱-۲-۱-۱. اجماع

برخی فقیهان ادعا نموده‌اند که در زمینه صحت شرط و حمل آن بر سه روز، اجماع وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۰/۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۹).

۱. شهید اول تمایل به این قول دارد و صراحتاً بدان اشاره نکرده است.



در نقد این نظر می‌توان گفت از سویی اجماع یاد شده، ادعایی بیش نیست؛ زیرا در مسئله مورد بررسی، نظرات دیگر نیز وجود دارد. از سوی دیگر، بر فرض وجود اجماع، این اجماع مدرکی یا حداقل محتمل‌المدرک است و از این رو به صورت مستقل دارای اعتبار نیست (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۹۲/۲).

#### ۲-۱-۲-۱-۱. روایات

برخی فقیهان برای صحیح دانستن شرط خیار بدون مدت و حمل آن بر سه روز، به وجود روایاتی استناد جسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰/۳)، ولی مشخص نکرده‌اند که روایات مورد ادعای ایشان دقیقاً چیست. طبیعتاً استناد به روایات هنگامی پذیرفتنی است که روایت دقیقاً همراه با سند آن ذکر گردد تا بتوان در مورد آن از نظر سند و دلالت داوری نمود.

در این ارتباط و در مقام نقد، برخی فقیهان از سویی دستیابی به چنین روایاتی را در میان روایات موجود انکار نموده و از سوی دیگر احتمال داده‌اند که مقصود از روایات پیش گفته، روایات مربوط به خیار حیوان باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). توضیح اینکه در مورد خیار حیوان با صحیح علی بن رئاب روبه‌رو هستیم که متن آن به شکل ذیل است:

«ابنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانَ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرَطَ أُمَّ كَمْ يَشْتَرُطُ...» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۱۸؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۹/۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸/۱۹)؛ خیار حیوان سه روز برای مشتری است چه در بیع شرط شود و چه شرط نشود....

در مورد این روایت برخی فقیهان ادعایی را از دیگران مطرح نموده‌اند بی‌آنکه مشخص نمایند چه کسی آن را مطرح نموده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴-۵۶۲).

ادعا بدین ترتیب است که این روایت به مفهوم موافق، دلالت بر این دارد که چنانچه در غیر از مورد حیوان، خیار شرط شود، حمل بر سه روز می‌شود؛ زیرا این سه روز مختص خیار حیوان نیست؛ چرا که در مورد خیار حیوان نیز چنانچه شرط خیار بر مدت

معینی گردد، مدت مزبور معتبر است. بنابراین سه روز مربوط به حالت اطلاق اشتراط است. در همین راستا برخی فقیهان ضمن تأیید نکته یادشده، معتقدند که در مورد خیار حیوان نیز از این جهت به سه روز اشاره شده است که مدت معهود در شرط خیار، همان سه روز است. لیکن در موردی که مبیع حیوان است، با توجه به اینکه ممکن است عیوب مخفی در حیوان وجود داشته باشد و به زیان خریدار بینجامد، با وسعت نظر بیشتری به مسئله نگریسته شده و شرط نمودن خیار، لازم دانسته نشده است. بنابراین می‌توان با اشتراط، مدت سه روز مزبور را در مورد خیار حیوان نیز بیشتر یا کمتر نمود (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹).

گفتنی است که به اعتقاد برخی فقیهان اگر پذیرفته شود که روایت فوق در مورد مدت خیار شرط (در مواردی که طرفین مدت خیار را تعیین نکرده‌اند)، نیز جاری می‌شود، این روایت موجب تخصیص روایات مربوط به نهی از غرر است و از باب تخصیص، شرط و عقد صحیح خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۵-۱۱۸).

لیکن برخی دیگر از فقیهان به درستی معتقدند که بر فرض پذیرش، در اینجا تخصیصی رخ نداده، بلکه با تعیین مدت خیار به حکم شارع، غرر منتفی شده و خیار شرط بدون مدت، تخصصاً از روایات نهی‌کننده از غرر خارج گردیده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۲۴).

در هر حال اگر مدت سه روز به عنوان مدت خیار شرط در موارد عدم ذکر مدت دانسته شود، دیگر نمی‌توان شرط را باطل دانست؛ زیرا اگر دلیل بطلان شرط و عقد غرر دانسته شود، غرر با تعیین مدت خیار توسط شارع منتفی می‌گردد. همچنان که با رجوع به مدت سه روزه مزبور، جهالتی در مورد مدت خیار وجود نخواهد داشت و دیگر نمی‌توان این مورد را با قیاس اولویت نسبت به مدت ذکرشده برای شرط خیار مجهول، موجب بطلان شرط و عقد دانست (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۲/۴).

گفتنی است که در توجیه در نظر گرفتن مدت سه روزه برای شرط خیار بدون ذکر مدت، این نکته نیز بیان شده است که یا مدت سه روزه به این دلیل است که در صورت اطلاق، عرفاً کلام منصرف به سه روز است؛ چرا که سه روز، اولین مدت و زمان عرفی است که در موارد مشابه برای اندیشیدن در موضوع قرار داده

می‌شود و از آنجا که عرف یادشده، پنهان محسوب می‌شود، شرع کاشف از این عرف هست، یا اینکه مدت سه روزه خیار، به دلیل تعیین مستقیم سه روز توسط شارع است (همان).

ادعاهای فوق مورد نقد برخی دیگر از فقیهان قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). در واقع اینکه مدت سه روز در روایت پیش گفته، اختصاص به خیار حیوان نداشته باشد و آنچه در این روایت اختصاص به خیار حیوان دارد، عدم نیاز به اشتراط این خیار باشد، مورد انکار ایشان قرار گرفته است. به دیگر سخن، روایت پیش گفته فقط مربوط به خیار حیوان است و قابل تسری به شرط خیار نیست. حتی برخی فقیهان در مقام تبیین تفاوت خیار حیوان و شرط خیار، به این نکته اشاره نموده‌اند که تفاوت آشکاری میان این دو وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲).

توضیح اینکه در مورد خیار حیوان، از آنجا که خیار حیوان توسط شارع مقرر شده است و طرفین آن را شرط نکرده‌اند، قرارداد بیع به صورت غرری واقع نگردیده است؛ حال آنکه در شرط خیار طرفین مدت مجهول مقرر نموده‌اند و همین امر موجب غرر گردیده و با توجه به ارزشی که برای شروط وجود دارد، به اصل قرارداد سرایت می‌نماید؛ چرا که موجب مجهول شدن عوض می‌گردد.

در برخی کتب فقهی در کنار بحث از خیار حیوان به دو روایت نبوی: «الخیار ثلاث» و «... و لك الخیار ثلاثاً» که مربوط به خیار حیوان نیست و در آن به مدت سه روزه برای خیار شرط تصریح شده است، نیز استناد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). البته به رغم اشاره به این نکته که این دو روایت به دلیل قصور سندی و دلالتی، حجت نیستند، لیکن به دلیل استناد شیخ طوسی به این روایات و همراهی اجماع با آن‌ها و عدم وهن این روایات توسط متأخران، استناد به این روایات تقویت شده است.

در مقام نقد می‌توان گفت که استناد شیخ طوسی به این روایات مرسل، دلیلی بر اعتبار آن‌ها محسوب نمی‌شود. به علاوه اجماع مزبور نیز نه تنها محقق نمی‌باشد، بلکه بر فرض تحقق نیز مدرکی بوده و دلیل مستقل و معتبری نیست.

البته ممکن است برای اینکه مدت معهود شرعی سه روز است، به روایات مربوط به خیار تأخیر تأدیه ثمن نیز استناد شود. لیکن مسئله این است که در روایات مربوط به

خيار تأخير تأديه ثمن،<sup>۱</sup> تأخير سه روزه موجب پيدایش خيار است و به عنوان مدت خيار محسوب نمی‌شود. افزون بر این، دليل روشنی برای پذيرش قياس در اين زمينه وجود ندارد. به ديگر سخن، اينکه با گذشت سه روز خيار پديد می‌آيد، ارتباطی به مدت خيار ندارد.

۲-۲-۱-۱. نظريه صحت شرط خيار بدون مدت و حمل آن بر دائمی و هميشگی بودن

خيار

تبیین نظر و دليل آن

برخی از فقيهان معتقدند که قرار دادن خيار شرط به صورت مطلق در صورتی که مقدمات حکمت وجود داشته باشد، با اشکالی روبه‌رو نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۹۶/۲-۱۹۷). توضیح اينکه در صورتی که طرفین قرارداد در مقام اجمال و اهمال نبوده، بلکه در مقام بیان بوده باشند و قرينه صارفهای وجود نداشته باشد، اطلاق کلام ایشان دلالت بر وجود دائمی خيار دارد. به اعتقاد ایشان مفهوم عرفی از اطلاق، استمرار است و مقتضی استمرار، ثبوت خيار مادام‌العمر است که در این صورت اجمال و غرر منتفی می‌شود و حالت خيار شرط در این فرض مانند جایی است که زمان به صراحت بیان شده باشد (همان: ۲۰۵/۲).

۱. برای نمونه روایات ذیل قابل ذکر است:

الف) صحیح زراره: «مَحْمَدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَلِيدٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قُلْتُ: الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ يَقُولُ حَتَّى آتَيْكَ بِمَمْنِهِ. قَالَ: إِنْ جَاءَ بِمَمْنِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۱/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳-۲۰۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱/۷)؛ زراره گوید: به امام باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ عرض کردم: شخصی از دیگری متاعی را می‌خرد، سپس نزد او باقی می‌گذارد و می‌گوید باشد تا قیمتش را آورده، آن را بخرم، حکمش چیست؟ فرمود: اگر تا سه روز بازگشت و به وعده‌اش عمل نمود فبها، وگرنه حقی نسبت به مال ندارد.

ب) صحیح علی بن یقطین: «عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَقُطِينَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَيْعَ وَلَا يَقْبِضُهُ صَاحِبُهُ وَلَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ. قَالَ: الْأَجَلُ بَيْنَهُمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ؛ فَإِنْ قَبِضَ بَيْعَهُ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲/۷)؛ علی بن یقطین گوید: از امام کاظم عَلَيْهِ السَّلَامُ درباره مردی پرسیدم که بیعی انجام داده است، ولی مبیع را به مشتری تحویل نداده و ثمن را نیز دریافت نکرده است. امام عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمودند: بین این دو نفر مدت تحویل سه روز است؛ اگر در این سه روز تحویل انجام شد، بیع حاصل می‌شود، وگرنه بیعی بین این دو نفر واقع نشده است.

## نقد و بررسی نظر

برای نقد و بررسی نظر باید به این نکته اشاره نمود که گرچه در برخی از منابع فقهی قرار دادن مدت دائمی و همیشگی برای خیار جایز دانسته شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ همو، بی تا: ۲۰۷/۶؛ حسینی روحانی، بی تا: ۶۱/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲)، در عین حال این ادعا مورد پذیرش برخی دیگر از فقیهان نیست و در فرضی که مدت خیار دائمی است، ادله‌ای برای بطلان شرط و عقد ارائه شده است. بنابراین برای داوری صحیح در مورد مسئله مورد بررسی باید به بررسی این نکته پرداخت که آیا مدت دائمی برای خیار لطمه‌ای به شرط و عقد وارد می‌نماید یا خیر؟

در این راستا برخی فقیهان معتقدند که مدت دائم و ابدی، خود مجهول است و از این جهت باید شرط را باطل دانست (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰/۲). در واقع از آنجا که چنین شرطی موجب غرر است، شرط و عقد هر دو باطل هستند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که اولاً در این مورد جهالتی وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۲)؛ ثانیاً غرر نیز در اینجا منتفی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲)؛ زیرا در این مورد خطری وجود ندارد، همچنان که در عقود جایزی چون وکالت که شخص مادام‌العمر می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد بنماید، کسی توهم غرر را ننموده است (موسوی خویی، بی تا: ۲۰۷/۶). ثالثاً به اعتقاد برخی اصولاً حدیث نهی از غرر به نحو مطلق و در مورد همه قراردادها اثبات نگردیده و نهی از بیع غرری نیز از راه معتبری روایت نشده است (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲). به علاوه بنای خردمندان نیز دلالتی بر بطلان شرط در فرضی که شرط خیار بدون ذکر مدت بوده و حمل بر دائمی بودن گردد، ندارد. حتی در موارد تردید در این خصوص نیز نمی‌توان به بنای خردمندان برای بطلان استناد نمود؛ زیرا در مورد ادله لبی باید به قدر متیقن آن بسنده نمود.

دلیل دیگری که برای بطلان شرط و عقد در صورت دائمی بودن مدت ذکر شده است، مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد است. در این راستا ادعا شده است که مفاد شرط وصف التزام به عقد را که جوهر و مقتضای آن است، از بین می‌برد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰/۲). به اعتقاد این فقیه، مقتضای قرارداد بر اساس مدلول التزامی عقد، پایبندی

هریک از طرفین قرارداد به آن چیزی است که انشاء نموده است. حال چنانچه یکی از ایشان در مدت زمان محدودی به مفاد انشاء خود پایبند نباشد، منافی با اطلاق عقد است؛ ولی اگر قرار باشد به طور دائم به مفاد انشاء پایبند نباشد، مخالف با مقتضای ذات عقد بوده و بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت.

به نظر می‌رسد در پاسخ به این استدلال باید با این نکته توجه نمود که مقتضای ذات عقد چیست و از چه راهی حاصل می‌شود و آیا پایبندی به عقد از مقتضیات ذاتی عقد به شمار می‌آید یا خیر؟

در این راستا برخی معتقدند که لزوم و پایبندی به قرارداد، از احکام قرارداد محسوب می‌شود و مقتضای ذات آن به شمار نمی‌آید و در مورد احکام قرارداد نیز دو دسته احکام وجود دارد: یک دسته، احکامی که امکان مخالفت با آن نیست و شرط خلاف آن، شرط مخالف با کتاب و سنت محسوب شود که در این صورت فقط شرط باطل است. ولی دسته‌ای دیگر از احکام وجود دارد که از قبیل حقوق بوده و امکان توافق بر خلاف آن وجود دارد، همچنان که در مورد پایبندی به قراردادی مانند قرارداد بیع چنین است. طبیعی است در این موارد نه تنها عقد باطل نیست، بلکه شرط نیز شرطی صحیح محسوب می‌گردد (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۱۵/۴).

جالب توجه است اینکه مدلول التزامی به عنوان مقتضای ذات عقد در نظر گرفته شود، با مبنایی که محقق نائینی در تبیین شرط خلاف مقتضا پذیرفته است، منطبق نیست. زیرا ایشان در مقام تبیین مقتضای ذات عقد، منشآت عقدی را به دو دسته مدلول مطابقی صریح انشاء و التزامات تبعی و فرعی (مدلول التزامی) تقسیم می‌نماید و فقط دسته نخست را مقتضای ذات عقد معرفی می‌کند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۳/۲)؛ حال آنکه در بحث فعلی از پایبندی به قرارداد به عنوان مدلول التزامی و مقتضای ذات عقد، سخن می‌گوید.

برخی فقیهان نیز معتقدند که بطلان شرط به دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد از این جهت است که به تناقض میان مجموعه شرط و عقد می‌انجامد (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۰۸/۶)؛ برای مثال، چنانچه در قرارداد بیع شرط شود که مشتری مالکیت مبیع را به دست نیاورد، چنین شرطی متناقض با مقتضای عقد است، لیکن اینکه در عقد شرط

شود که یکی از طرفین قرارداد برای مدت عمر خود خیار داشته باشد، چنین امری موجب تناقض با مقتضای عقد نخواهد شد. طبیعتاً در این راستا باید گفت که پابندی به قرارداد، جزء مقتضای ذات عقد محسوب نمی‌شود و به همین دلیل نیز در مسئله مورد بررسی، تناقضی پدید نمی‌آید.

## ۱-۲. خیار شرط مجهول

گاهی در قرارداد شرط خیار ذکر می‌شود و مدت خیار به گونه مجهولی بیان می‌گردد. حال باید دید که در این حالت، وضعیت شرط و عقد به چه ترتیب است. با بررسی‌های انجام‌شده در این فرض دو نظر به چشم می‌خورد: اکثر فقیهان قائل به بطلان شرط و عقدند، لیکن نظریه صحت عقد نیز در کلام برخی فقیهان مشاهده می‌شود. در ادامه ضمن تبیین هر دو نظر، به نقد و بررسی آن پرداخته خواهد شد.

### ۱-۱-۲. نظریه بطلان شرط و عقد

در این راستا برخی فقیهان ادعا نموده‌اند اینکه ضابطه مجهولی برای تعیین مدت خیار گذاشته شده باشد و احتمال کم و زیاد در مورد آن وجود داشته باشد، بدون هرگونه اختلاف فقهی، مجاز نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۲؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴) و چنین شرطی در قرارداد بیع، موجب بطلان قرارداد نیز می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۳). این دسته از فقیهان برای اثبات مدعای خود به دلایل ذیل تمسک جسته‌اند:

#### الف) اجماع

برخی فقیهان بر بطلان عقد و شرط در صورتی که زمان ذکر شود، ولی مجهول یا مهمل باشد، ادعای اجماع و نفی خلاف کرده و بطلان عقد و شرط را امری مسلم انگاشته‌اند (حسینی عاملی، بی تا: ۵۶۱/۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۲؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴).

در مقام نقد این دلیل از سویی می‌توان گفت که با توجه به نظر مخالف برخی فقیهان که به صورت کلی یا حداقل در برخی حالات، از صحت عقد سخن گفته‌اند (فیاض، بی تا: ۱۴۷/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲)، اجماعی محقق نیست. از سوی دیگر بر فرض وجود اجماع نیز این اجماع معتبر محسوب نمی‌شود؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی

یا محتمل‌المدرک است و این نوع اجماع دلیل مستقلی نیست. به علاوه قدر متیقن اجماع، بطلان شرط است.

### ب) غرر و نهی از آن

یکی دیگر از ادله‌ای که برای بطلان شرط و عقد در مورد مدت مجهول (اعم از اینکه مدت مهمل باشد یا اینکه ضابطه مجهولی برای آن قرار داده شده باشد)، ارائه شده است، غرر است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴).

در پاسخ به این دلیل باید گفته شود اینکه غرری شدن موجب بطلان شرط و عقد است، اگر به روایات مستند گردد، در این زمینه اشکالات وارد بر روایات از باب سند و دلالت، دوباره مطرح است. البته برخی فقیهان ضمن تأیید ضعیف بودن روایات یادشده، حکم شرطیت مدت معین برای خیار را از باب احتیاط برای عدم مخالفت با اجماع ادعایی در این زمینه دانسته‌اند (ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲). در پاسخ به این استدلال نیز می‌توان گفت که اجماع مزبور (بر فرض وجود)، مدرکی بوده و از این جهت بی‌اعتبار است. در چنین مواردی، دلیلی بر لزوم احتیاط نیز وجود ندارد که بتوان به استناد آن از لزوم شرطیت مدت برای خیار سخن گفت. گفتنی است که اگر دلیل اینکه غرری شدن موجب بطلان شرط و عقد است، بنای عقلا دانسته شود، نیز باید به قدر متیقن آن بسنده نمود و چه بسا بتوان فقط از بطلان شرط (و نه عقد) سخن گفت.

### ج) تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد

برخی فقیهان از تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد نیز به عنوان دلیلی بر بطلان شرط و عقد یاد نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴). در تبیین بیشتر این دلیل می‌توان گفت از آنجا که اجل و مدت در معاملات، دارای ارزش مالی است، در نتیجه مجهول بودن آن، موجب سرایت به عوضین و مجهول شدن آن می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت که از سویی شرط خیار مستقیماً مربوط به ارزش عوضین نیست و سرایت جهل از آن به عوضین محل تأمل است (در تأیید این نظر رک: موسوی خویی، بی‌تا: ۲۱۱/۶). از سوی دیگر بر فرض که سرایت پذیرفته شود، مسئله غرر به عنوان مبنای



بطلان در چنین فرضی مطرح می‌شود که نقدهای وارد بر دلیل غرر نیز در دلیل قبلی بیان گردید.

#### د) فساد شرط و بطلان عقد به دلیل فساد شرط

برخی فقیهان شرط خیار مجهول را باطل دانسته و با توجه به اینکه هر شرط فاسدی موجب فساد عقد است، عقد را باطل به شمار می‌آورند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳). در واقع طبق این نظر، دلیل بطلان شرط، مجهول بودن آن است و دلیل بطلان عقد این است که شرط فاسد موجب بطلان عقد است. البته در مورد اینکه چرا فساد شرط موجب فساد عقد است، استدلال‌های مختلفی مطرح شده است، از جمله اینکه شرط قید تراضی است و با منتفی شدن قید، تراضی نیز منتفی می‌گردد و نیز شرط جزئی از ثمن است و با فساد آن ثمن مجهول می‌گردد و از جهت جهل به موضوع قرارداد، قرارداد باطل خواهد بود. طبیعتاً این استدلال با استدلال گذشته که در مورد شرط خیار مجهول، پدیده سرایت جهل به قرارداد رخ می‌دهد، کمی متفاوت است؛ زیرا در این نظر میان شروط مختلف تفکیک نمی‌شود و به صورت مطلق هر شرط مجهولی موجب فساد عقد به شمار می‌آید.

در مقام نقد این نظر باید گفت اینکه شرط قید تراضی باشد یا در هر حال جهالت از شرط به عقد سرایت نماید، ادعایی بیش نیست و همان گونه که برخی فقیهان بیان داشته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۳۴/۱)، هر چند شروط ضمن عقد به عنوان جهات تعلیلیه می‌توانند مدنظر باشند، ولی اینکه قید تراضی باشند یا جزئی از عوضین قرارداد محسوب شوند، پذیرفته نیست. به همین جهت نیز گروهی از فقیهانی که در مسئله مورد بررسی، قائل به بطلان شرط و عقد هستند، هر شرط فاسدی را مفسد عقد نمی‌دانند.

#### ه) اجتناب از اختلاف به عنوان حکمت تشریح قراردادها و منافات شرط خیار مجهول با آن

برخی فقیهان در مقام باطل دانستن شرط و خیار معتقدند که حکمت تشریح قراردادها، دوری از اختلاف است و قرار دادن شرط خیار به صورت مجهول با چنین حکمتی منافاتی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴).

در پاسخ می‌توان گفت که حکمت با علت متفاوت است و نمی‌توان بر پایه حکمت به توسعه یا تضییق حکم مبادرت نمود (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۱/۱: جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۱۰-۱۰۹/۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۱۷). گفتنی است به نظر می‌رسد فقهایی که به حکمت فوق استناد جسته‌اند، صرفاً آن را به عنوان مؤید بیان نموده‌اند و بعید است که مقصود ایشان استناد به آن به عنوان دلیلی مستقل باشد.

## ۲-۱-۲. نظریات مبتنی بر صحت عقد

به رغم اینکه با توجه به مطالب فوق، نظری که بیشتر در فقه امامی رایج است، بطلان شرط و عقد در فرض مجهول بودن مدت شرط خیار است، لیکن برخی فقیهان در فرضی که مدت مهمل است، قائل به بطلان شرط و صحت عقد هستند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲). در خلال برخی کتب فقهی در مسئله شرط خیار مجهول نیز به نظری اشاره شده است که فقط شرط را باطل می‌داند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۹/۵). در مقام دلیل آن نیز احتمال داده شده است که دلیل نظر، قاعده عدم فساد عقد به دلیل فساد شرط باشد (همان).

در مقام نقد این نظر گفته شده است که در مسئله مورد بررسی با توجه به اینکه شرط به اصل قرارداد لطمه وارد می‌نماید و مجهول بودن شرط، موجب غرری شدن قرارداد می‌گردد، نظریه بطلان قرارداد، صحیح است (همان). به دیگر سخن در اینجا بر فرض پذیرش قاعده عدم تسری بطلان از شرط به عقد، نمی‌توان به این قاعده استناد نمود؛ زیرا قاعده یادشده مربوط به مواردی است که شرط به اصل قرارداد لطمه وارد ننماید.

در پاسخ می‌توان گفت اینکه در مسئله مورد بررسی شرط خیار مجهول به اصل قرارداد لطمه وارد نماید، محل تأمل است؛ همان گونه که در بند پیشین و در قسمت ادله قائلان به فساد عقد نیز به این نکته اشاره گردید. جالب توجه است که در نظری شاذ، برخی فقیهان در فرضی که مدت شرط خیار قابل زیادت و نقصان است، در صورت قبول طرف قرارداد از صحت آن، سخن گفته‌اند (فیاض، بی‌تا: ۱۴۷/۲). هرچند ایشان دلیلی برای این نظر بیان نکرده‌اند، به نظر می‌رسد دلیل صحیح دانستن عقد و

شرط، عدم پذیرش ادله بطلان شرط و عقد باشد. لیکن پذیرش این نظر از جهت صحیح دانستن شرط با این اشکال روبه‌روست که اگر تسری جهالت از شرط به عقد پذیرفته نشود و حدیث نهی از غرر و دلالت آن بر بطلان عقد و شرط پذیرفته نگردد، حداقل به نظر می‌رسد که بنای عقلا چنین شرطی را صحیح نمی‌داند. بنابراین نظر میانه بطلان شرط و صحت عقد است. طبیعتاً اگر شرط مجهول باشد، ولی ضابطه‌ای که برای تعیین مدت در آن قرار داده شده است، عقلایی باشد، به نظر می‌رسد بنای عقلا دلالتی بر بطلان شرط در چنین حالتی نیز ندارد.

### ۳. حقوق موضوعه ایران

قانون‌گذار مدنی ایران در قسمت مربوط به خیار شرط، فقط سه ماده را به این خیار اختصاص داده است. در ماده ۳۹۹ قانون مدنی از امکان شرط خیار در مدت معین سخن گفته است. در ماده ۴۰۰ نیز در مواردی که مدت برای خیار مشخص شده است، ولی ابتدای مدت مورد تصریح قرار نگرفته است، شروع خیار را از تاریخ عقد دانسته و در نهایت در ماده ۴۰۱ قانون مدنی چنین بیان داشته است:

«اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، ماده ۴۰۱ فرضی را بیان می‌نماید که برای خیار شرط اصلاً مدتی تعیین نگردد. در واقع این حالت یکی از حالت‌های گوناگونی است که در متون فقهی مورد بررسی قرار گرفته است. در واقع این فرض، همان توافق در مورد خیار به نحو مطلق و بدون اشاره به مدت آن است که در مبحث پیشین تبیین گردید. در هر حال قانون‌گذار مدنی ایران فرضی را که مدت مجهول برای خیار شرط مشخص می‌شود، مورد تصریح قرار نداده است. حال سؤالی که وجود دارد این است که اولاً ماده ۴۰۱ قانون مدنی بر چه مبانی استوار است و ثانیاً در مواردی که مدت ذکر می‌شود، ولی مجهول است، از نظر حقوقی چه حکمی جاری است.

در مورد مبانی ماده ۴۰۱ قانون مدنی در متون حقوقی، نویسندگانی که به بررسی موضوع پرداخته‌اند، گوشه‌ای از همان ادله فقهی را که برای بطلان شرط و عقد در

مبحث پیشین بیان شد، متذکر گردیده‌اند. در این راستا از سویی به غری شدن معامله در صورت عدم ذکر مدت خیار استناد شده است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۸۹؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۵۲۸؛ امامی، بی‌تا: ۲/۳۳۷). دلیل دیگری که مورد تمسک قرار گرفته است، سرایت جهل از شرط به عوضین قرارداد است. توضیح اینکه بر اساس بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌گردد، از جمله شروط باطل و مبطل به شمار آمده است. بر اساس این استدلال در مواردی که مدت خیار معین نیست، معلوم نبودن مدت، باعث جهل به عوض می‌گردد؛ برای مثال چنانچه شرط خیار به نفع بایع قرار داده شود، علاوه بر ثمن، خیار نیز جزء عوض است و در صورت معلوم نبودن آن، معلوم نیست بایع دقیقاً چه چیزی به دست آورده است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۴-۲۷۵). کما اینکه به اعتقاد برخی حقوق‌دانان از آنجا که در عقد خیار تصرفات منافی خیار ممنوع است، همین مسئله از ارزش مبیع (موضوع قرارداد) می‌کاهد؛ همچنان که در مواردی که خیار برای مشتری قرار داده می‌شود، ارزش پولی که به بایع داده شده است و ممکن است در اثر فسخ قرارداد به مشتری بازگشت داده شود، با ارزش پولی که به طور قطعی به بایع منتقل شده است متفاوت است و اگر نتوان مدت تزلزل عقد را تشخیص داد، میزان آن ثمن مجهول می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۷۰).

برخی حقوق‌دانان در نقد این دلیل معتقدند که لزوم معلوم بودن عوضین قرارداد تنها در هنگام انعقاد قرارداد شرط صحت قرارداد است و در فرض شرط خیار با مدت مجهول نیز عوضین معلوم است. به اعتقاد ایشان، شرط خیار بدون تعیین مدت، موجب مجهول شدن سود ناشی از قرارداد می‌گردد و معلوم بودن سود ناشی از قرارداد شرط اعتبار قرارداد محسوب نمی‌شود (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱/۱۹۳).

دلیل دیگری که برخی حقوق‌دانان به آن استناد جسته‌اند، مخالفت شرط خیار بدون مدت با مقتضای ذات عقد است. به اعتقاد ایشان در عقود لازم، لزوم مقتضای عقد است و اگر در عقد لازم، خیار شرط بدون ذکر مدت ذکر گردد، این شرط با مقتضای مزبور منافی بوده و در نتیجه شرط و عقد باطل است (عدل، ۱۳۷۸: ۲۱۵). برخی دیگر از حقوق‌دانان همین دلیل را با عباراتی دیگر بیان داشته‌اند؛ بدین ترتیب که چگونگی التزام

به قرارداد به خاطر اهمیت ویژه آن در تراضی، قید قرارداد به شمار می‌آید و جزء مقتضای ذات قرارداد است. به اعتقاد ایشان چنانچه شرط خیار مجهول بماند، با توجه به تنافی که مقتضای مزبور دارد، موجب غرری شدن و فساد عقد می‌گردد و فساد عقد تبعی محسوب نمی‌شود و قرارداد از اساس، به خاطر وجود شرط منافی با مقتضای آن، نفوذ حقوقی نخواهد داشت. طبیعی است که بند نخست ماده ۲۳۳ قانون مدنی از مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد سخن گفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۰/۵).

در مقام نقد این نظر نیز همان گونه که قبلاً در قسمت فقهی بیان گردید، پابندی به قرارداد جزء مقتضای ذات عقد نیست و اینکه قید قرارداد به شمار آید نیز فقط ادعایی است که مطرح شده و برای آن دلیل قانع‌کننده ارائه نگردیده است.

برخی حقوق‌دانان نیز معتقدند که شرط خیار با مدت نامعلوم مشمول عنوان معامله غرری و موارد مندرج در ماده ۲۳۳ قانون مدنی (شرط مخالف مقتضا و شرط مجهول موجب جهل به عوضین) نیست، بلکه عنوان مستقلی دارد و دلیل بطلان آن، این است که در مدت خیار، شخص فاقد خیار باید از انجام تصرفات منافی با آن اجتناب نماید. به دیگر سخن وی متعهد به عدم انجام تصرفات منافی است. حال در صورتی که مدت خیار معلوم نباشد، چنین تعهدی، تعهدی همیشگی و ابدی است حال آنکه تعهدات ابدی باطل به شمار می‌آید. البته ایشان لزوم تعیین مدت برای خیار را ناظر به قراردادهای غیر موقت می‌دانند و در قراردادهای موقت تعیین مدت را دارای اهمیت به شمار نمی‌آورند. به اعتقاد ایشان اگر مدت عقد معلوم باشد، از آنجا که عقلاً مدت خیار بیشتر از مدت قرارداد نیست، شرط خیار مجهول خللی به اعتبار قرارداد وارد نمی‌نماید (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۹۴/۱-۱۹۵).

در مقام نقد این نظر نیز می‌توان گفت که از سویی، همیشگی بودن تعهد در صورتی است که مدت خیار دائمی دانسته شود و اگر خیار حمل بر مدت سه روز یا مدتی متعارف یا فوری گردد، دیگر نمی‌توان از تعهد دائمی سخن گفت. از سوی دیگر، دلیل روشنی بر اینکه تعهد دائمی باطل است، ارائه نشده است و معلوم نیست که چرا باید تعهد دائمی در موردی ویژه باطل باشد. به علاوه معلوم نیست که چگونه می‌توان با این نظر حکم ماده ۴۰۱ مبنی بر بطلان عقد را توجیه نمود.

برخی حقوق دانان در مقام تفسیر ماده ۳۹۹ قانون مدنی معتقدند که ذکر مدت، شرط حتمی برای خیار نیست و از این رو معتقدند در بیع شرط که نوعی بیع خیار است، می توان شرط نمود که بایع به محض رد ثمن، خیار فسخ بیع را داشته باشد و ادعا نموده اند که فرع مندرج در ماده ۴۰۱ قانون مدنی را مبنی بر اینکه عدم تعیین مدت موجب بطلان شرط و عقد است، در متون فقهی نیافته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۸۴).

در نقد این نظر می توان گفت که ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی این است که در مورد شرط خیار، تعیین مدت لازم است و معلوم نیست الزامی نبودن تعیین مدت، چگونه از این ماده استنباط گردیده است. به علاوه معلوم نیست ایشان چگونه فرع مندرج در ماده ۴۰۱ را در متون فقهی نیافته اند؛ حال آنکه در قسمت بررسی فقهی موضوع، بسیاری از فقیهان به آن پرداخته اند. البته فارغ از انتقادی که به ادعاهای ایشان وارد است، اینکه ایشان شرط خیار بدون مدت را منافی مقتضای عقد یا موجب جهل به عوضین ندانسته اند، قابل تأیید به نظر می رسد. البته اعتقاد ایشان درباره مدت خیار شرط در مواردی که مدت آن توسط طرفین ذکر نگردد و نیز سایر خیاراتی که مدت آن توسط قانون معین نشده باشد، فوری بودن خیار است (همان: ۸۲۶-۸۲۷). دلیل این حقوق دان در این باره، اصل عدم ولایت انسانی بر انسان دیگر است (همو، ۱۳۸۱: ۱۷۲-۱۷۳). در واقع اصل مزبور اقتضا می نماید که اصل در خیار، فوریت آن باشد. همچنین به اعتقاد ایشان، شرط خیار درازمدت با عنصر لزوم عقد مابینت دارد (همان: ۲۱۵).

همان گونه که ملاحظه می شود، استدلال های فوق، جزئی از استدلال هایی است که در متون فقهی بیان شده است و حقوق دانان نیز با اقتباس از فقه امامی به طرح آن پرداخته اند. بنابراین بدیهی است که همان انتقاداتی که در مبحث پیشین بر این استدلال ها وارد گردید، در اینجا نیز وارد است.

گفتنی است که هرچند در ماده ۴۰۱، عدم تعیین مدت موجب بطلان شرط و عقد دانسته شده است، لیکن برخی حقوق دانان، شرط خیار با مدت مجهول را نیز به خیار شرطی که برایش مدت تعیین نشده باشد، ملحق نموده یا تفکیکی میان آن قائل نشده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۷۰؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۴؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۱۳۰؛ امامی، بی تا: ۴۹۰/۲).

نکته قابل توجه دیگر این است که اختلاف فقیهان در مورد امکان دائمی بودن خیار شرط، به حقوق دانان نیز راه یافته است. برخی حقوق دانان، همیشگی و دائمی بودن خیار را می پذیرند و آن را از دایره ماده ۴۰۱ خارج می دانند (همان: ۴۸۹)، در حالی که برخی دیگر، آن را مدت معین محسوب ننموده و شرط خیار همیشگی را مبطل عقد می دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۷/۵-۱۶۸؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵-۲؛ باریکو، ۱۳۹۴: ۱/۱۹۳). البته گروه اخیر نیز در مورد قراردادهای مسامحی اختلاف دارند. توضیح اینکه برخی، دائمی بودن خیار را حتی در قراردادهای مسامحی مخالف مقتضای ذات عقد می پندارند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۸/۵-۱۶۹). حال آنکه برخی دیگر، دائمی بودن خیار را در این قراردادها مغایر با مقتضای عقد به شمار نمی آورند (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵-۲۷۶).

همان گونه که در قسمت نقد و بررسی نظرات فقهی نیز گذشت، اصولاً به نظر نمی رسد که دائمی بودن خیار منافاتی با مقتضای ذات عقد داشته باشد.

### نتیجه گیری

با بررسی های به عمل آمده در این پژوهش، این نتیجه حاصل شده است که از نظر فقهی در مورد وضعیت شرط خیار بدون مدت یا با مدت مجهول، اجماعی وجود ندارد. در خصوص شرط خیار بدون مدت، گروهی از فقیهان به استناد ادله ای چون غرری شدن قرارداد، مخالفت با کتاب و سنت و مجهول شدن موضوع قرارداد، شرط را باطل و موجب بطلان قرارداد دانسته اند. لیکن ادله یادشده با این اشکال روبه روست که با توجه به مبانی، هر مجهولی موجب غرر محسوب نمی شود. افزون بر اینکه دلیل محکمی بر دلالت غرر بر بطلان وجود ندارد و حدیث نهی از غرر گذشته از ضعف سندی، از منظر دلالتی نیز دلالت آن بر بطلان، محل اختلاف است. به علاوه برای مشخص نمودن زمان برای خیار شرط بدون مدت، راه هایی چون پذیرش مدت سه روزه یا دائمی ارائه شده است. در این ارتباط، پذیرش مدت سه روزه با توجه به اینکه ادله محکمی برای آن ارائه نشده است، دشوار است؛ لیکن در صورتی که مقدمات حکمت وجود داشته باشد، منعی برای منتسب نمودن مدت دائمی به اراده طرفین و نیز برخورداری خیار از مدت همیشگی به نظر نمی رسد و ادعای مخالفت مدت دائمی خیار با مقتضای ذات قرارداد

پذیرفته نیست. همچنان که در موارد ابهام نیز توسل به عرف یا نهایتاً اکتفا به فوری بودن  
خیار می‌تواند سازگاری بیشتری با استحکام معاملات داشته باشد. بنابراین حکم ماده  
۴۰۱ قانون مدنی که از بطلان شرط و عقد سخن گفته است، قابل انتقاد بوده و شایسته  
اصلاح است.

در مورد خیار شرط مجهول در مواردی که برای آن ضابطه مجهولی تعیین می‌گردد  
که احتمال کم و زیاد در آن وجود دارد، نظر غالب بر بطلان شرط و عقد است و در  
این زمینه نیز به اجماع، غرر و نهی از آن، تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد و  
فساد شرط و سرایت آن به عقد استناد شده است. لیکن هیچ یک از ادله یادشده  
نمی‌تواند ادعای بطلان عقد را اثبات نماید؛ زیرا نه تنها اجماعی در این زمینه وجود  
ندارد، ادعای سرایت جهالت به عوضین قرارداد و ادعای رخ دادن غرر، مبتنی بر ادله  
قانع‌کننده‌ای نیست و استحکام معاملات نیز ایجاب می‌نماید که شرط مجهول نتواند  
لطمه‌ای به عقد وارد نماید. حتی در مواردی که علم اجمالی به مدت خیار وجود دارد  
و با ضابطه‌ای عقلایی می‌توان جهل نسبت به مدت را ولو در آینده برطرف نمود،  
صحیح دانستن شرط در کنار عقد اقوی به نظر می‌رسد.

با توجه به مطالب فوق پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در مواردی که مدت برای شرط  
تعیین نمی‌گردد و از اراده طرفین یا عرف نمی‌توان مدت مشخص یا دائمی بودن خیار  
را استنباط نمود، قانون خود مدت متعارفی را به عنوان مدت شرط مقرر نماید یا حکم به  
فوریت اعمال خیار نماید.

در مورد مجهول بودن مدت شرط خیار نیز پیشنهاد می‌شود جهل مطلق را موجب  
بطلان شرط دانسته و مواردی که علم اجمالی به مدت خیار وجود دارد و ضابطه  
عقلایی برای تعیین تفصیلی مدت قرار داده شده است، شرط را صحیح به شمار آورد.



کتاب‌شناسی

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، جواهر الفقه - العقائد الجعفریه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۳. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، بی تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم، بی تا، ۱۴۲۷ ق.
۸. باریکلو، علیرضا، حقوق قراردادها - عقود معین، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. بروجرودی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. بهجت، محمدتقی، استفتائات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، ۱۳۸۱ ش.
۱۴. همو، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۵. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، زیر نظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۶. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. حسینی، هاشم معروف، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۱۹. حسینی روحانی، سیدصادق، منهاج الصالحین، بی جا، بی تا، بی تا.
۲۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۲. حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲۳. رشتی، میرزاحسین الله، فقه الامامیه - قسم الخیارات، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. سبحانی تبریزی، جعفر، الرسائل الاربع، قم، بی تا، ۱۴۱۵ ق.
۲۵. سعدی، ابوجیب، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۲۶. سیفی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۷. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۸. شریف مرتضی، علی بن حسین، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، قم، اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.

۳۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طباطبایی قمی، سید تقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۳. همو، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۳۴. همو، *مبانی منهاج الصالحین*، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *التخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۷. همو، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، طه، ۱۳۷۸ ش.
۴۱. عرفانیان یزدی، غلامرضا، *تسمیم کتاب اصول الفقه*، قم، بی‌نا، ۱۴۱۷ ق.
۴۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب والبیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. فیاض، محمد اسحاق، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴۶. قرشی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۴۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۴۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۹. مرعشی، سید محمد حسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق*، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۵۰. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، قم، بی‌نا، ۱۴۲۸ ق.
۵۳. همو، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۵۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۶. همو، *مصباح الفقاهه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۷. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۹. موسوی خویی، سید محمد تقی، *الشروط و الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۶۰. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۱. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، *انیس التجار*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۶۲. واسطی زبیدی، محب‌الدین سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.

# تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

## موجز المقالات

### تحليل مفهوم الشرط في العرف الخاص لفقهاء الإمامية

- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)
- حسين داورزنى (أستاذ مشارك بجامعة طهران)
- سيد محمود هل أتاي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة طهران)

لم تتطرق الروايات أبداً لطبيعة مفهوم كلمة الشرط. مفهوم الشرط من وجهة النظر العرفية وبناءً على الشواهد اللغوية الموجودة عبارة عن شيئين: الأول: الجعل والعقد الموجود في المعاملة، الثانى: الشىء الذى يتعلّق عليه شىء آخر، وبما أنه لا يوجد بين المفهوم الأول والثانى قدر جامع، ولم يرد عن فقهاء الإمامية أيضاً مصطلح خاص ومختلف عن العرف فيجب أن نرى بأى مفهوم عرفى قد تمّ الاهتمام في مجال المواضيع الفقهية وخاصة المعاملات؟ بشكل عام يوجد ثلاثة نهج وبناء على كلّ واحد منها فإنّ المفهوم المحورى لمواضيع الشرط عبارة عن: مفهوم الإلزام والالتزام، الثانى: مفهوم التعليق، الثالث: مفهوم الربط. بناءً على نتائج هذا البحث الناتجة عن دراسة ومطالعة عشرات الأعمال الفقهية، فإنّ المفهوم الذى تمّ وضعه منذ الماضى بالاستناد للقرائن المؤكدة أساساً للمواضيع الفقهية عبارة عن: «الإلزام والالتزام فى البيع وأمثال

ذلك» وعلى أساس هذا الارتكاز لا يصدق أبدًا عنوان الشرط على الشرط خارج العقد.  
الكلمات الأساسية: الشرط، مفهوم الشرط، العرف، عرف الفقهاء الخاص.

### نظرة فقهية قانونية على المادة ٤٠١ للقانون المدني

□ سيد محمد مهدي قبولي درافشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسي بمشهد)

□ مهديّة لطيف زادة (طالبة دكتوراه في القانون الخاص بجامعة فردوسي بمشهد)

خيار الشرط واحد من الخيارات المنسوبة إلى اتفاق طرفي العقد. من القضايا الهامة المتعلقة بهذا الخيار هي ومدة الخيار التي اعتبرت المادة ٤٠١ من القانون المدني وتبعًا لمجموعة من الفقهاء أنّ عدم تعيين المدة يؤدي إلى بطلان الشرط والعقد «كما قامت مجموعة من علماء القانون بإلحاق التوافق حول المدة المجهولة تبعًا للنصوص الفقهية. السؤال الآن هل الحكم المذكور مبني على أدلة وأسس قوية أم لا. خاصة أنه في حالات عديدة في العقود كان هناك إهمال أو تسامح فيما يخص تحديد مدة الخيار. يقوم هذا البحث بدراسة الآراء الفقهية والقانونية المختلفة ونقد ودراسة الأدلة. فقد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن سكوت الطرفين حول مدة الخيار وكذلك الحالات الموجودة كميّار لتعيين المدة، فالأقوى صحة الشرط والعقد؛ لذلك فإنّ تعديل وتكميل القانون المدني في هذا المجال.

الكلمات الأساسية: شرط الخيار، عدم تعيين مدة الخيار، الغرر، المادة ٤٠١ للقانون المدني، بطلان الشرط والعقد.

### التحقيق الفقهي في حيز البيانات في الفضاء الإلكتروني

□ علي أكبر إيزدي فرد (أستاذ بجامعة مازندران)

□ عابدين مؤمنّي (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

□ سيد مجتبي حسين نژاد (أستاذ مساعد بمؤسسة بارسا للتعليم العالي، بابلسر)

□ فاضل أميرى سوادردباري (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

يعدّ الاحتجاز في الفضاء الإلكتروني أحد أهمّ الأحداث في العصر الحاليّ. في كثير من الحالات، يتمّ احتجاز المعطيات والمعلومات العلميّة والتعليميّة والماليّة للأفراد في

الفضاء الإلكتروني بطريقة تمنع أصحاب العمل من استخدام معلوماتهم، مما يثير سؤالاً وهو هل هذا الاحتجاز في العالم الافتراضي جائز؟ في حالة عدم الجواز فما هو حكمه من الناحية التكميلية والوضعية؟ هل الاحتجاز في جميع الحالات يوجب الحرمة والضمان؟ وقوع الاحتجاز في العالم الافتراضي في حالات يوجب الحرمة والضمان، لكن في حالات فقط يأتي حكم الضمان أو فقط حكم الحرمة ووجوب رفع الاحتجاز، على الرغم أنه من الممكن في مصاديق أن لا يأتي حكم الضمان ولا حكم الحرمة. في هذا البحث هناك أدلة مثل حكم العقل بقبح التصرف في أموال الآخرين دون إذن الولي، حرمة أكل المال بالباطل، قاعدة على اليد وقاعدة الاحترام فيما يتعلق بالحرمة والضمان والجهل والشبهة وانتقاد أدلة الضمان في فرض الإباحة وعدم الضمان من المواضع التي تمّ بحثها ودراستها.

الكلمات الأساسية: الاحتجاز، الغضب، الحكم التكميلي، الحكم الوضعي، الحرمة، الضمان.

## تأمل حول عقيدة الفقهاء

### في باب اشتراط «وحدة الجنس» في تحقق المعاملة الربويّة

- إحصان على أكبرى بابوكاني (أستاذ مساعد بجامعة إصفهان)
- أحمد على قانع (أستاذ مشارك بجامعة الإمام الصادق (عليه السلام))
- محمّد هادي حبيب اللّهي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

الربا في المعاملة واحد من أقسام الربا ومشهور الفقهاء أنّ له ثلاث شروط للتحقق وهي: ١- كونه مكيل وموزون، ٢- أخذ الزيادة، ٣- العوضين من نفس الجنس. المقصود من نفس الجنس في كلام الفقهاء هو أنّه إذا كان العرف يحمل كلمة خاصّة على شيئين متشابهين، فلا يمكن بيعهما بالتفاضل، وبالتأكيد يجب أن يكونا متساويين من حيث الكميّة. قول الفقهاء هذا يصدق عندما يعتبر عرف الناس أنّ السلعتين المتشابهتين ولكن بصفات مختلفة لهما قيمة تداول مختلفة، والعقل يحكم أيضاً أنّ أخذ الزيادة ليس جائز فقط، بل سيكون ضروريّ لانعقاد الصفقة. لقد افترض الفقهاء ضمن الإشارة إلى الروايات المذكورة في هذا الباب، أنّ هذا الشرط تعبدى، وقد حكموا جميعاً بذلك

بشكل إجماعي. في هذه المقالة وضمن فحص الأدلة وصلنا إلى هذه النتيجة وهي أنّ روايات هذا الباب لا تعطى من عبارات الفقهاء معنى ضرورة نفس الجنس ويمكن استبدال معيار «نفس القيمة» بدل نفس الجنس. بهذه الطريقة إذا لم تكن قيمة سلعتين متساوية، فليس فقط أخذ الزيادة جائز، بل عدم أخذ زيادة العين سيكون عين الربا. الكلمات الأساسية: الربا، ربا المعاملة، المكيل والموزون، تفاضل العوضين، اتحاد جنس العوضين.

## دراسة ونقد أدلة حكم بطلان المعاملة المشروط بالعمل الحرام (بالاستناد إلى دليل حرمة أكل المال بالباطل)

- سجّاد داورناه مقدّم (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة فردوسی بمشهد)
- حسين ناصري مقدّم (أستاذ بجامعة فردوسی بمشهد)

أحد المواضيع التي تمّ بحثها في الفقه المدنيّ هو جعل الصفقة مشروطة بشرط حرام من قبل البائع. أحد تلك الأدلة الثلاثة للفقهاء القائلين ببطلان هذا النوع من المعاملة هو تطبيق عنوان أكل المال بالباطل، هو هذه المعاملة. مدّعى البطلان يستندون إلى دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن هذا النوع من المعاملة، وعدم إمكانيّة التفكيك بين الشرط والمشروط والروايات الخاصّة. في هذه المقالة سيتمّ التطرّق لدراسة أدلة بطلان المعاملة بنهج أكل المال بالباطل، وقد خلصت هذه الدراسة إلى ضرورة الماليّة في المعاملات، عدم دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن الصفقة، التفكيك بين الشرط والمشروط، قرار ثمن المعاملة مقابل المبيع جزء في حالات تأثير الشرط في انخفاض وزيادة السعر وفي النهاية ستختم على عدم دلالة الرواية بشكل صريح على بطلان المعاملة المشروطة بالحرام. لذلك فإنّ الحكم ببطلان هذه المعاملة سيكون ثابتاً فقط في الشروط التي هي سبب في تقليل وسعر البضاعة.

الكلمات الأساسية: سلب الماليّة، الشرط الحرام، أكل المال بالباطل، المعاملة الباطلة.

## تحليل نقديّ لنهج الفقهاء للسنة الحالية في استنباط الأحكام

### «دراسة حالة لرواية عبد الحميد بن سعيد»

- راضية أمينيّ (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- حسين صابريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- محمّد حسن حائريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)

لا شكّ أنّ السنة الحالية التي هي نفس عمل المعصوم عليه السلام لها مصداقية، ويتمّ الاستشهاد بها تحت شروط في عمليّة الاستنباط؛ لكنّ الأمر الجدير بالتأمّل في هذا الصدد هو أنّه على الرغم من التأثير الأعمق للأفعال مقارنة بالأقوال، فإنّ هذا الجزء من التراث الإسلاميّ تمّ إهماله ولم يتمّ الاهتمام به كما ينبغي. يقوم المقال الذي بين أيدينا ضمن التأكيد على أنّ اكتشاف العقبات ممكن من خلال فحص المصاديق، بدراسة أحد الروايات التي تدلّ على السنة الفعلية للمعصوم عليه السلام. يوضح مضمون الرواية المذكورة أنّ سلوك الإمام عليه السلام في مواجهة الأموال التي تمّ الحصول عليها عن طريق المقامرة، والتي شكّك الفقهاء بسند ودلالة الخبر، قد حكموا بتعارض مفاد الرواية مع الأسس العقائديّة للإماميّة بما في ذلك عصمة وعلم الإمام. قام الباحث بمنهج وصفيّ - تحليليّ بمطالعة الخبر المذكور وطريقة تعامل الفقهاء معه باعتباره واحد من مصاديق السنة الفعلية للمعصومين عليهم السلام. بموجب البحث في فرض المسألة، وبينما كان باستطاعة الإمام الاكتفاء بالنهيّ القوليّ، فقد قام تأكيداً للنهيّ بحظر المال؛ وهو ما يظهر أنّ النهيّ الفعليّ له ردة أكبر من النهيّ القوليّ؛ لذلك فإنّه وفق الرأى المختار فإنّ الرواية لا تتنافى مع المبادئ العقائديّة بما في ذلك العصمة وعلم الإمام، كما يعتقد بعض الفقهاء؛ إضافة إلى ذلك فإنّه من خلال فحص الخبر المذكور فقد حصلت النتيجة التالية وهي أنّ في فحص الروايات يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مجموعة من القرائن؛ حيث ستكون دراسة المضمون والسند من بين تلك القرائن؛ لذلك فإنّ الاكتفاء بواحد منها فقط لا يبدو صحيحاً؛ وعليه فمن أجل الحكم النهائيّ لا بدّ من جعل مجموع القرائن أساساً للعمل.

الكلمات الأساسية: السنة الحالية، سلوك المعصوم عليه السلام، السنة القولية، خبر عبد الحميد بن سعيد.

## دراسة النظرية المشهورة فى الشهادة على الشهادة

- سيد جعفر علوى (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- غلام حيدر رضوانى (طالب دكتوراه فى الفقه الجنائى بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

الشاهد إما نفسه يكون شاهداً مباشراً على الحادثة ويشهد عليها، وإما الاطلاع على ذلك الحدث بواسطة من شهد الحادثة ويشهد على شهادته. الشخص الذى يكون شاهداً على الحادثة ويشهد عليها فإن شهادته شهادة أصلية وهو بنفسه الشاهد الأساسى والشخص الذى يشهد على شهادته عند الحاكم تكون شهادته ثانوية، ويسمى أيضاً بالشاهد الثانوى. بما أن حضور الشاهد الأصلى فى كثير من الحالات يكون متعذراً فإن شرح وتنقيح هذا البحث يكون ضرورياً. كثير من الفقهاء قد قبلوا الشهادة على الشهادة مع مراعاة سبعة شروط بعنوان دليل إثبات الدعوى؛ حيث تمّ التصريح باشتراط بعضها، والبعض الآخر بينوها ضمن عباراتهم. لكن من وجهة نظر هذا البحث لم يتمّ تقديم دليل مقنع من قبل الفقهاء على اشتراط الشرط الأول والثانى والخامس والسادس والسابع، وعليه فإن الشرط قابل للنقد ويبدو غير لازم. كذلك فإن الأدلة المشهورة فيما يخص إثبات عدم مقبولية الشهادة على شهادة الشهود هو فرع يطلق عليه بالمصطلح الشهادة الثالثة غير ناضج وقاصر، وصحة شهادة الثالث قابلة للدفاع.

الكلمات الأساسية: الشهادة، الشهادة على الشهادة، النيابة فى الشهادة، الشاهد الأساسى، الشاهد الثانوى.

## تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية غير التعاقدية على مسؤولية الشركة القابضة على تصرفات الشركات التابعة

- إبراهيم عبدى پور (أستاذ بجامعة قم)
  - بشرى كريمى (طالبة دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة قم)
- المجموعة القابضة وشركتها التابعة، واحدة من أكثر الأنشطة نشاطاً فى المجتمع الاقتصادى اليوم، والتي على الرغم من عدم وجود أحكام خاصة فى النظام القانونى الإيرانى، كانت تعمل فى النظام الاقتصادى الإيرانى لبعض الوقت. لذلك فإنه من أجل



استنباط الأحكام والقوانين التي تحكم العلاقات فيما بينها، فلا بدّ من مراجعة القواعد والقوانين العامّة الموجودة. أحد القضايا المتبلى فيها فيما يخصّ مجموعة الشركة المذكورة هي مسؤوليّة وعدم مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه المدينين للشركات التابعة لها بالنظر للأسهم ومدير الشركة القابضة في الشركات التابعة والشخصيّة القانونيّة المستقلّة لكلّ منهم. بعد الاختلاف بوجهات النظر المتعلّقة بوحدة أو تعدّد الشخصيّة القانونيّة بين هاتين المجموعتين للشركة وفي النتيجة المسؤوليّة المطلقة أو عدم المسؤوليّة المطلقة للشركة القابضة، فقد اخترنا رأيًا ثالثًا بين الرأيين يقوم على الاستقلال النسبيّ للشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة. بعد دراسة استدلالات مؤيدى نظريّة الاستقلال النسبيّ في قانون الغرب مثلاً إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، الغشّ بالنسبة للقانون، منع استغلال الحقّ بالنظر لاستغناء النظام القانونيّ الإيرانيّ الذي يقوم على أساس النظام القانونيّ للإسلام، ونظرًا للقواعد الفقهيّة مثل لا ضرر، الغرور، «من له الغنم فعليه الغرم»، التسيب وغيرها وكذلك الموادّ القانونيّة المرتبطة بها، اختيار قاعدة التسيب وتنقيح المناط من الموادّ المتعلّقة بالمسؤوليّة المدنيّة غير التعاقدية القائمة على التسيب مثل الموادّ ١، ٧، ١١ و١٢ من قانون المسؤوليّة المدنيّة بعنوان معيار عامّ في إحراز وأساس مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة.

الكلمات الأساسيّة: الشركة القابضة، الشركات التابعة، إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، التسيب.

## أمكانيّة القياس الفقهيّ والقانونيّ

### للتعويض الناتج عن ملكيّة الأشياء الخطيرة

□ رضا دريائيّ (أستاذ مساعد بجامعة جيلان)

□ مصطفى كربلائيّ آقازادة (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة المفيد)

تتمّ دراسة مواضيع «المسؤوليّة المدنيّة في القانون» تحت عنوان «الضمان القهرىّ» في الفقه. التدقيق في مسببات الضمان القهرىّ في الفقه تدلّ على أنّ من بين مسببات الضمان فإنّ «سلوك الشخص» هو الذى يلعب الدور الأساسيّ في الضمان. التأكيد على ضرورة انتساب تلف المال إلى السلوك في القانون الإسلامىّ يخلق هذا السؤال وهو هل

يمكن اعتبار ملكية الأشخاص للمال أن تكون من موجبات الضمان القهرى مثل الإلتاف وعلى اليد؟ بعبارة أخرى هل يمكن بمساعدة الملكية أو حيازة الأشخاص على المال دون أن تستند الخسارة إلى سلوك المالك، أن نعتبر الشخص ضامناً للخسارة؟ أظهر البحث أن الملكية فى القانون الإسلامى مثل حزمة من الحقوق التى تمنح للشخص إمكانية الاستفادة منها، دون أن تكون تلك الملكية سبباً للضمان فى مقابل حق الاستعمال وحق الاستثمار وحق التصرف الذى يطبقه الشخص على تلك الملكية. ومع ذلك وبمنظور المحافظة على المصالح والعادات الاجتماعية فى العصر الحاضر التى أدت إلى إنتاج أشياء خطيرة وإلحاق خسارة زائدة بالأشخاص ناتجة عنها، فلا بد من السعى لإيجاد حل للإجابة على المالك بالنسبة للخسارة الناتجة عن البضاعة الخطيرة التى كانت تحت سلطته. باعتقاد الكتاب فإنه بالاستناد إلى فقه الإمامية والاهتمام بالفرق بين مفاهيم «المسؤولية» و«الضمان» فإنه يمكن الاستفادة من نظريات المسؤولية المدنية فى القانون التى تعادل وجوب تعويض الخسارة وكذلك توفير التأمين بشكل إجبارى والتعرف على الطبيعة العقلانية للضمان.

الكلمات الأساسية: المسؤولية المدنية، الضمان القهرى، السلوك، الملكية، البضاعة الخطيرة.

## بحث فى ملاك تأثير الجهة غير المشروعة: التصريح أو الإحراز

### (فحص المبادئ الفقهية للمادة ٢١٧ من القانون المدنى)

- أمين سليمان كلوانق (طالب دكتوراه فى الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة قم)
- محمد على راغبى (أستاذ مساعد بجامعة قم)
- أحمد مرتاضى (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

بموجب المادة ١٩٠ من القانون المدنى، فإن شرعية الجهة واحدة من الشروط الأساسية لصحة المعاملات. وفيما يخص الشرط فقد نصت المادة ٢١٧ من القانون المدنى على تأثيره وأنه من أجل تأثير الجهة غير المشروعة (بمعنى بطلان العقد) فيجب التصريح بذلك. لذلك فإنه فى حال علم أحد الطرفين بالجهة غير المشروعة للطرف المقابل فإن العقد صحيح. هذا فى حين أن هذه المسألة محل اختلاف بين فقهاء

الإمامية بحيث يعتبر البعض أنّ ذلك جائز، ويعتبره البعض الآخر باطل. في الدراسة التي بين أيدينا وبعد شرح معنى الجهة غير المشروعة ونقل التفسير القانونيّة التي تحكم البحث، فإن المبادئ الفقهيّة الخاصّة بالمسألة مثل الروايات الخاصّة وحرمة الإعانة على الإثم، مع الأخذ بعين الاعتبار غرض الشارع المبتنى على قلع مادة الفساد، فقد تمّت دراسة تلك الحالة وفي النهاية ثبت بطلان العقد في حال كانت الجهة غير مشروعة من جهة واحدة مع علم الطرف المقابل بذلك، ولا يمكن لأصول مثل أصل الصّحة أن يمنع نفاذ حكم البطلان، وقد حصلت النتيجة التالية وهي أنّه من أجل تأثير الجهة غير المشروعة يلزم إحراز أو إثبات ذلك (وليس التصريح به) لذلك تمّ تقديم اقتراح للمشروع المحترم للاهتمام بهذا الأمر في التعديلات اللاحقة للقانون المدنيّ.

الكلمات الأساسيّة: جهة غير مشروعة، جهة المعاملة، العلم، التصريح، الحرمة، البطلان.

### دراسة في تأثير إفسار الدائن على موضوع مستثنيات الدين

- موسى حكيم صدر (أستاذ مساعد بجامعة الحكيم السيزواريّ)
- فاطمة رجائي (أستاذة مساعدة بجامعة الحكيم السيزواريّ)

أحد القضايا التي تغيّب بها المحاكم المدنيّة من الماضي حتّى الآن هي مستثنيات الدين. يعتقد الفقهاء وعلماء القانون أنّه إذا لم يمتلك المديون ممتلكات باستثناء المنزل وبعض مستلزمات الحياة الأخرى، فإنّ الدائن لن يستطيع إجباره على بيع أمواله. تمّت دراسة الجوانب المختلفة لمستثنيات الدين في كتب الفقهاء والأبحاث الفقهيّة والقانونيّة، لكن الشياء الذي لم يتمّ التطرّق له هو تأثير الظروف الماليّة للدائن على حكم مستثنيات الدين. السّؤال هو هل إذا كان الدائن في عسر وحرَج فهل يمكن الحكم باستثناء بعض أموال المديون؟ وهو السّؤال الذي حاولنا في هذا البحث الإجابة عنه بين الكتب الفقهيّة والروائيّة والقانونيّة. في الختام وبعد دراسة أدلّة مستثنيات الدين التي معظمها روايات وقاعدة لا حرج، فإنّ الشياء الذي تمّ شرحه كجواب لهذا السّؤال هو أنّ هذه الأدلّة لا تشمل الحالة التي يكون فيها الدائن في عسر وحرَج. لذلك إذا كان الدائن في عسر وحرَج، فإنّه متى ما زال العسر والحرَج فيمكن أخذ الدين من أموال المديون حتّى لو كان بيته.

الكلمات الأساسية: مستثنيات الدين، العسر والحرج، المديون، قاعده لا حرج.

## بحث فى دور سيرة العقلاء فى تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية بالاستناد إلى رأى الإمام الخميني والشهيد الصدر

□ سيد محمد حسن موسوي خراساني  
□ أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

لقد كان الدور الفاعل «لسيرة العقلاء» فى استبطاء الأحكام الشرعية محل اهتمام الفقهاء نوعاً ما. لكن هناك اختلاف فى وجهات النظر حول كيفية إحراز السيرة وشروطها ومدى مصداقيتها. فى الوقت نفسه، فإنّ إنفاذ معظم أحكام المعاملات بالمعنى الأعمّ يشير إلى أهميّة بناء العقلاء فى الفقه. إنّ الآراء البديعة لبعض الفقهاء فى الحصول على المكونات المادية والمعنوية تؤسس مبدأً يلعب دوراً فى أعمال مهمّة فى المسؤولية التعاقدية. بحسب نتائج هذا البحث الذى كُتب بطريقة وصفيّة تحليلية، يمكن القول أنّه إضافة إلى أدلة الضمان القهرى فى إثبات أصل المسؤولية التعاقدية، وبالاستناد إلى السيرة المؤكدة للعقلاء، فإنّ هذا القسم من المسؤولية مسلّم، وربطه باشتراط كونه صريحاً أو ضمناً غير صحيح. لذلك فإنّ طريقة تدوين المادة ٢٢١ من القانون المدنى نادرة. إضافة إلى ذلك وبالاستناد إلى الدور الآلى لسيرة العقلاء واعتبارها أداة فى فهم قواعد الإتلاف، على اليد ولا ضرر، فإنّ شعاع المسؤولية يشمل ضرر عدم النفع مسلّم الحصول. على هذا الأساس تمّ اقتراح موادّ تعديلية بدل المواد ٢٢١ من القانون المدنى والتبصرة ٢ من المادة ٥١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنى. المنهج العام للمقالة التى بين أيدينا فى تأييد نظرية وحدة مبانى المسؤولية، وعليه فإنّها تتماشى مع الفقه، فى الوقت نفسه وبما أنّ أدلة الضمان القهرى تشمل خسارات عدم النفع المؤكدة فإنّها تختلف عن الرأى المشهور للفقهاء. خسارة عدم النفع سواء كانت ناتجة عن غصب المال أو حبس الإنسان الحرّ أو انتهاك العقد.

الكلمات الأساسية: سيرة العقلاء، العرف، المسؤولية المدنية التعاقدية، خسارة عدم النفع.