

## Exercising options in permissible contracts and its effects

## اعمال خیارات در عقود جایز و آثار آن

Alireza Sharifi<sup>1\*</sup>, Masomeh Abdolhy<sup>2</sup>علیرضا شریفی<sup>۱\*</sup>، معصومه عبدالهی<sup>۲</sup>

1- Assistant Professor of Private Law, Payame Noor University, Tehran, Iran.

۱- استادیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

2- Master of Private Law, Payame Noor University, Tehran, Iran.

۲- کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

Received Date: 2020/01/06

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۱۰/۱۶

Accepted Date: 2020/05/11

پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۰۲/۲۲

## Abstract

## چکیده

According to the principle of the necessity of the contracts, the possibility of termination is an exceptional and unconventional one. Article 456 of the Civil Code of Cucumber has been considered as one of the cases of the dissolution of the necessary contracts and has not been included in the law of the law. Therefore, the issue of the flow and absence of cucumber in the authorized contract is not much investigated. The reason is that the well-known jurists have rejected the cucumber flow in an acceptable contract, which is contrary to the rules governing the contract. This group of jurists has stated that: according to the rules governing the contract, the flow of cucumbers in this contract is contrary to the principle, since the permit for termination is permissible in the nature of the contract and does not require cucumber. But the promise against the jurists is that the cucumbers in this contract are regarded as the proper contracts. The purpose of this article is to investigate the effects of bayatars in the works and their works, which can be analyzed by analytical-descriptive methods and by investigating jurisprudential sources and the views of jurists in the existing sources, which ultimately concludes that the use of bouquets In an acceptable contract, not only does not have a legal ban, but it can also have legal and legal effects, and this is the most important goal of the research.

براساس اصل لزوم در قراردادها امکان فسخ عقد امری استثنایی و خلاف قاعده است. در ماده ۴۵۶ قانون مدنی خیار به عنوان یکی از موارد انحلال عقود لازم به شمار آمده و تسری آن به عقود جایز در قانون عنوان نشده است. به همین خاطر مسئله جریان و عدم جریان خیار در عقود جایز چندان مورد بررسی و تحلیل قرار نگرفته است. دلیل این امر آن است، که قول مشهور فقیهان جریان خیار را در عقود جایز رد کرده و آن را برخلاف قواعد حاکم بر عقود جایز دانسته‌اند. این گروه از فقیهان تصریح نموده‌اند که طبق قواعد حاکم بر عقود جایز جریان خیار در این عقود برخلاف اصل است، چرا که جواز فسخ در ماهیت عقود جایز نهفته است و نیازی به خیار در آن دیده نمی‌شود. ولی قول مقابل فقیهان جریان خیار در این عقود را مانند عقود لازم صحیح تلقی کرده‌اند. هدف از این مقاله این است که اعمال خیارات در عقود جایز و آثار آن بررسی شود که با روش تحلیلی-توصیفی و با تحقیق و کاوش در منابع فقهی و نظرات حقوقدانان در منابع موجود موضوع بررسی شود که نهایتاً چنین نتیجه گرفته می‌شود که اعمال خیارات در عقود جایز نه تنها منع قانونی ندارد؛ بلکه می‌تواند فایده و آثار حقوقی نیز داشته باشد و این مهم‌ترین هدف اصلی تحقیق محسوب می‌شود.

Keywords: Derogation, Barnacles, Termination

کلیدواژه‌ها: عقود جایز، خیارات، فسخ.

Email: Alireza.sharifi@yahoo.com

\*: نویسنده مسئول

## مقدمه

خیارات به عنوان یکی از موجبات انحلال عقود لازم هستند و ظاهر این است که برای برهم زدن عقد جایز هیچ سبب خاصی لازم نیست. در قانون مدنی به اعمال خیارات در عقود جایز اشاره‌ای نشده است و نیز در بین فقها و حقوقدانان در مورد اعمال خیارات در عقود جایز اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای عقیده بر عدم اعمال خیارات دارند چون معتقدند؛ که براساس ماده‌ی ۴۵۶ ق.م.جریان خیارات تنها در عقود لازم ممکن است و گفتگو از قلمرو اختیار فسخ و چگونگی آن در عقود جایز امری بیهوده و زائد است چرا که جواز فسخ در ماهیت عقود جایز نهفته است. لذا از این منظر با وجود این امر ذاتی، فایده‌ای برای بحث جریان خیار در این عقود وجود ندارد. به این دلیل مسئله جریان و عدم جریان خیار در عقود جایز چندان مورد بررسی و تحلیل فقهای و حقوقدانان قرار نگرفته است. عده‌ای دیگر معتقدند براساس احادیث و اقوال و نظرات فقها و حقوقدانان هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد جایز است و امکان اعمال خیارات در عقود جایز نیز منع شرعی و قانونی ندارد. بر این اساس، اصلی که در عقود و غیر آن به طور کلی جریان دارد دلالت بر جواز اعمالی دارد که نسبت به آن در شرع اثباتاً و نفیاً حکمی مقرر شده و چنانچه در مشروعیت یا عدم مشروعیت اعمال اعم از اعمال حقوقی و غیر حقوقی تردیدی حادث گردد اصل نخستین جواز است و بنابر اصل، هر شرطی جایز است مگر اینکه حلالی به حرام یا حرامی به حلال مبدل شود یا خلاف مقتضای عقد باشد. ممکن است تصور شود اعمال خیار خلاف مقتضای عقد است، زیرا جواز فسخ در ماهیت عقود جایز نهفته است. اما می‌توان گفت: اگرچه تلقی مختص بودن خیارات به عقود لازم، بنا به فرض قانونی درست باشد و ماده ۴۵۶ قانون مدنی به این بحث در عقود لازم پایان دهد، ولی اولاً: ماده مذکور در قلمرو عقود لازم است و سیاق ماده مذکور نشان می‌دهد که مفاد آن مشمول عقود جایز نیست و حتی استدلال برخی بر جواز ذاتی عقود جایز به فهم این سیاق کمک می‌کند و ثانیاً: جریان خیار در عقود جایز می‌تواند فایده و آثار حقوقی داشته باشد و تصور بی‌فایده بودن این بحث مردود است. تاکنون تحقیق مفصلی که چگونگی اعمال خیارات در عقود جایز را بررسی کند، صورت نگرفته است؛ فقط در برخی کتاب‌ها و مقالات به صورت پراکنده مطالبی بیان شده است ولی در عنوانی مستقل به بررسی این موضوع پرداخته نشده است. بنابراین هدف مقاله این است که دلایل پذیرش جریان خیارات در عقود جایز و آثار اعمال

آن بررسی شود که با روش تحلیلی-توصیفی و با تحقیق و کاوش در منابع فقهی و نظرات حقوقدانان در منابع موجود موضوع بررسی می‌شود. و این سؤال اصلی؛ آیا اختیارات قابلیت اعمال در عقود جایز را دارند؟ و آثار اعمال آن چیست؟ این موضوع در سه مبحث تحت عنوان مبنای اختیارات، اعمال اختیارات در عقود جایز و آثار اعمال آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و نهایتاً به این نتیجه می‌رسیم که اعمال اختیارات در عقود جایز نه تنها منع قانونی ندارد بلکه می‌تواند فایده و آثار حقوقی نیز داشته باشد.

#### ۱- خیار

خیار از حیث لغت، اسم مصدر برای «اختیار» است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۲۶۷) از این رو نتیجه‌ی اختیار، خیار است. در حقیقت، خیار در لغت به معنی دل نهادن است بر چیزی به اختیار خود است (فیض، ۱۳۸۲، ص ۳۲۶). در اصطلاح، خیار با این معنای لغوی متفاوت است و خیار از معنای لغوی خارج و در یک معنی خاص حقیقت یافته است. اگرچه خیار در لغت دارای معنای عام و شامل هر نوع اختیاری است ولی در اصطلاح فقه و حقوق، یک معنای خاص دارد که در آن معنا وضع تعیینی پیدا کرده است و آن اصطلاحاً به ملک فسخ عقد تعبیر شده است (طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۰). اما این معنی از خیار مورد خدشه قرار گرفته و گفته شده که خیار صرف توانایی فسخ عقد نیست بلکه توانایی فسخ و ابقای عقد می‌باشد. بدین معنی که نه تنها فسخ عقد نیاز به اراده صاحب حق یعنی ذی‌خیار دارد بلکه ابقای عقد و عدم فسخ آن نیز محتاج اراده وی است (زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۴۴۳). به نظر می‌رسد این معنا دقیق‌تر و صحیح‌تر است؛ زیرا بقاء عقد به صرف عدم فسخ حاصل نمی‌شود بلکه عدم فسخ می‌تواند ابقای عقد باشد که با آگاهی از وجود خیار و تصمیم به تأیید آن باشد. البته مقنن ضرورتی به اعلام اراده در صورت تأیید و ابقای عقد ندیده است و سکوت صاحب خیار را در این مورد خاص استثنائاً به منزله رضایت به عقد با وضعیت موجود تلقی کرده است. در واقع خیار حقیقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث اختیار فسخ عقد را می‌دهد. اجرای این عمل حقوقی است که با اراده انجام می‌شود نیاز به قصد انشاء دارد و در زمره ایقاعات است، و اراده باطنی و اشتیاق فسخ‌کننده اثری در عقد ندارد. به عبارتی تصمیم او باید اعلان شود و چهره بیرونی و مادی بیابد، هر چند به آگاهی طرف دیگر عقد نرسد و می‌توان گفت: که «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود». پس به مانند سایر اعمال حقوقی در صورتی مؤثر است که اراده سالم باشد و از انسانی آگاه و

هوشیار سر بزند. در طبیعت فسخ تزلزل و راه بازگشت وجود ندارد. نقش مهم عقود سازندگی است؛ ایجاد التزام و پیوند است. بنابراین، شخص می‌تواند آنچه را که برپا داشته فرو ریزد و پیوندهای را بگسلد، اثر عمده فسخ نابودی و گسستن و بازگشت است و به حکم طبیعت خود عملی قاطع و برگشت ناپذیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۶ - ۵۳).

#### ۱-۱- احکام خیارات

قانون مدنی در مواد ۴۴۵ تا ۴۵۷ تحت عنوان «در احکام خیارات به طور کلی» پاره‌ای قواعد عمومی در این باره آورده است که بجاست برخی از آن‌ها را به اختصار در این جا بررسی کنیم. اولاً: خیار را، باید یک حق مالی دانست. در قرارداد مالی ایجاد می‌شود و چنان که از عنوان این خیار نیز پیداست، خیار که به کار فسخ عقد مالی می‌آید به معنی حق فسخ مالی است (حمیتی واقف، ۱۳۸۸، ص ۲۶۱). ثانیاً: خیار ممکن است به موجب قرارداد منتقل گردد، کسی که دارای خیار است می‌تواند حق خود را به طرف دیگر معامله که خیار به زیان اوست واگذار کند، همچنین خیار فسخ قابل انتقال به موجب ارث است. ماده‌ی «۴۴۵» قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هریک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می‌شود». بنابراین، وراث در استفاده از خیار جایگزین مورث خواهند بود و می‌توانند به موجب آن قرارداد رافسخ یا خیار را ساقط کنند. ثالثاً: چون خیار یک حق مالی است، از این رو اصولاً قابل اسقاط است. دارنده‌ی خیار می‌تواند آن را اسقاط و از حق خود صرف نظر کند. ماده‌ی «۴۴۸» ق. م اعلام می‌دارد «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد، شرط نمود». منظور از سقوط خیارات، در این ماده اسقاط خیارات است. زیرا سقوط، به معنی افتادن (مصدر فعل لازم) و اسقاط، به معنی انداختن (مصدر فعل متعدی) است و واضح است که خیار، در صورت گنجاندن شرط سقوط آن در عقد، خود به خود نمی‌افتد و باید آن را با لفظ یا فعل، که دلالت بر ایقاع اسقاط می‌کند، انداخت. انداختن خیار، نظر به این که مانند انداختن اموال مادی نیست، از این معنی خود دور می‌شود و به معنی صرف نظر کردن از خیار است (حمیتی واقف، ۱۳۸۸، ص ۲۶۳ و ۲۶۲). اسقاط خیار یک عمل حقوقی یک جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد. رابعاً: کسی که دارای خیار است می‌تواند معامله را به استناد آن فسخ کند. ماده‌ی «۴۴۹» ق. م مقرر می‌دارد: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود». بنابراین، فسخ یک عمل حقوقی غیر تشریفاتی (رضائی

است). فسخ قرارداد نیازی به حکم دادگاه ندارد و یک عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) است که به وسیله صاحب اختیار انجام می‌شود (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۲۴-۳۲۰). خامساً: اختیار حقی دائمی نیست و اعتبار آن پس از ایجاد تا مدتی است که عرف آن را معتبر می‌داند و بعد از انقضای مدت، خیار ساقط می‌شود (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ص ۵۲۳). سادساً: قانونگذار فقط خیار رؤیت و تخلف وصف، خیار غبن، خیار عیب و خیار تدلیس را فوری تلقی کرده است. پس دارنده‌ی هر یک از این اختیارات باید پس از آگاهی از خیار در کوتاهترین مدت ممکن برای فسخ قرارداد اقدام کند و گرنه حق فسخ او ساقط خواهد شد. اما در اختیارات دیگر فوریت شرط نشده است و چون اصل بقاء حق و عدم فوریت خیار است. تأخیر در به کار بردن خیار نمی‌توان موجب سقوط آن دانست، مگر اینکه قراین حاکی از اسقاط حق به وسیله صاحب خیار باشد (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۲۷). همچنین خیار فسخ ویژه عقود نافذ است و هیچ وقت بطلان عقد و خیار فسخ باهم جمع نمی‌شود (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ص ۲۵۳).

#### ۱-۲- مبنای اختیارات

در مجموع می‌توان مبنای اختیارات را در موارد زیر خلاصه کرد:

##### ۱-۲-۱- مبنای التزام و تعهد

هر عقدی، بایک سلسله تعهدات ضمنی مذکور در عقد و تعهدات متمرکز در ذهن عرفی همراه می‌باشد و موارد اختیارات، در حقیقت بخشی از تعهدات نوع دوم است که متعهدین براساس این نوع تعهد، پذیرای فسخ عقد توسط صاحب اختیار می‌باشند. براساس این نظریه، همان نیروی الزام آوری که اصل عقد و لزوم آن را ایجاد می‌کند، یعنی تعهد و پایبندی به عهد، موجب مشروعیت خیار فسخ و مبنای پذیرش آن می‌باشد. مطالعه مورد به مورد اختیارات مانند: خیار مجلس، خیار عیب، خیار غبن و امثال آنها، نشان می‌دهد که در همه این اختیارات نوعی تعهد ضمنی بر قبول آن وجود دارد و خیار شرط ماهیتاً از سایر اختیارات از این جهت متفاوت نیست و همه اختیارات، این مبنا را دارند و می‌توان عموم آیه چون: «وفوا بالعقود» را شامل این نوع تعهدات ضمنی که دارای مبنای عقلایی و شرعی است، دانست و ملاک التزام به خیار شرط و سایر اختیارات را «المؤمنون عند شروطهم» قلمداد کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۳ و ۴۵۴).

## ۱-۲-۲- مبنای نفی اکراه

بر اساس نفی اکراه، سلامت اراده در برابر اجبار و تحمیل غیر در عقود تضمین شده است و عقد باید متکی بر اراده‌ی مستقل طرفین باشد و از آنجا که ابقای عقد برخلاف اسباب خیار فسخ، نوعی تحمیل بر صاحب خیار محسوب می‌شود، باید به منظور حفظ استقلال و اراده، به صاحب خیار، حق انتخاب و اعمال خیار داده شود (عمید زنجانی، احمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۲۳). مبنای نفی اکراه در جایی است که عقد با تراضی انجام گرفته است و شارع و قانونگذار برای استمرار و استقلال این رضایت، خیار فسخ را جعل کرده است تا رضای استمراری شخص را از آسیب اکراه در امان دارد و احتمال اکراه در استمرار رضای عاقد را با جعل این خیار، مرتفع سازد (باقری اصل، ۱۳۹۰، ص ۲۲۱). تعمیم مبنای اکراه و تضمین استقلال اراده به همه موارد خیارات امر دشواری نیست و از آنجا که همه خیارات ریشه عرفی و شرعی دارد، آسیب پذیری رضایت بدون حق در آن موارد قابل پیش بینی است.

## ۱-۲-۳- نفی اشتباه

در هر عقدی همواره وجود اشتباه، ممکن و محتمل است و حق خیار فسخ، در حقیقت پیش بینی این نوع اشتباهات و به منظور امکان جبران آن می‌باشد. بی‌گمان احتمال اشتباه به رضایت‌مندی در عقد لطمه وارد نمی‌آورد و کمتر رضایتی می‌توان یافت که خالی از احتمال اشتباه باشد. عرف و شرع در برخی از موارد (موارد خیارات)، جبران اشتباه در آن موارد را با اعضای حق فسخ پیش بینی و از اشتباه پیشگیری کرده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۴۵۶). بنابراین، خیارات برای جبران اشتباه اصل رضای عاقد و در صورت فقدان رضای او نیست تا حوزه بحث به عیوب اراده وارد گردد، بلکه خیارات برای جبران آن اشتباه در رضای موجود عاقد پیش بینی شده است که بی‌گمان احتمال اشتباه به رضایت‌مندی در عقد لطمه وارد نمی‌کند و کمتر رضایتی را می‌توان یافت که به این معنای اشتباه در رضایت، خالی از احتمال اشتباه باشد (باقری اصل، ۱۳۹۰، ص ۲۱۱). اشتباه، به طور کلی تصور غلطی است که آدمی از چیزی دارد که آدمی به آن دچار می‌شود و در مبحث معاملات، عبارت است از تصور نادرست معامله کننده درباره‌ی یکی از ارکان و عناصر عقد. اشتباه و تأثیر آن در عقد، همیشه یکسان نیست؛ گاهی اشتباه به اندازه‌ای مهم است و گاهی نیز اشتباه هیچ گونه تأثیری در معامله ندارد (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۹۸).

۱-۲-۴- قاعده لاضرر

جبران ضرر ناروا یکی از مبانی مهم و قدیمی خیار فسخ می‌باشد که از نتیجه برخورد الزام ناشی از عقد با عدالت و مصالح اجتماعی ناشی می‌شود که بدین ترتیب جلوی سوء استفاده ناشی از ناتوانی و جهل یک طرف قرارداد را گرفته و از برهم خوردن تعادل دو عوض جلوگیری می‌کند اجرای قاعده لاضرر سبب می‌شود که احکام عادی و اولیه جای خود را به حکم ثانوی و استثنایی بدهد بطوری که از آن ضرری برنخیزد و زیان جبران نشده‌ای به بار نیاید. قاعده لاضرر و لاضرار فی اسلام یکی از قواعد مهم و بنیادی فقه امامیه محسوب می‌شود که به تفضیل مورد بحث قرار گرفته است (عیوضی، ۱۳۸۶، ۱۴۵). حق فسخ یا خیار ممکن است به حکم قانون و برای حمایت از یک طرف، بر مبنای لاضرر ایجاد شود یا با تراضی دو طرف و شرط ضمن عقد به صورت خیار شرط (ماده ۳۹۹ق.م)، خیار تخلف از شرط (ماده ۴۴۴ ق.م) پدید آید (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶ص ۲۵۳). دلیل اصلی خیار عیب و همچنین خیار غبن قاعده لاضرر است زیرا لزوم عقد در مورد عیب وقتی مشتری عالم به آن نبوده و اقدام به آن از روی دانستگی ننموده، ضرری بر او است. و هر حکم ضرری به قاعد لاضرر مرفوع است پس لزوم عقد نسبت به مبیع معیوب مرفوع است (بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۶). شیخ طوسی (ره) مبنای غبن را نفی ضرر می‌شمارد و علامه حلی (ره) نیز نفی ضرر را به عنوان یکی از مبانی خیار غبن و خیار عیب و خیار تأخیر پذیرفته است. می‌توان گفت که قاعده‌ی لاضرر بر احکام عمومی نیز حکومت دارد و در نتیجه، نه تنها قاعده‌ی مذکور نفی حکم می‌کند، بلکه اثبات حکم هم می‌نماید؛ یعنی اگر از وجود حکمی خواه تکلیفی و خواه وضعی ضرری بر شخص پیش آید، به استناد قاعده‌ی لاضرر، حکم مذکور نفی می‌شود البته، در فرض مذکور تلقی مبنای ثبوت خیار از طریق نفی ضرر و قاعده‌ی لاضرر بایستی قائل به ثبوت خیار فسخ، در صورت فساد شرط شد، زیرا حذف شرط از مجموعه تراضی طرفین به لحاظ فساد آن و التزام مشروط له به مفاد عقد بدون شرط، موجب تضرر اوست که برای جبران این ضرر، اعطای حق فسخ به مشروط له ضرورت دارد، به هر روی می‌توان چنین استدلال کرد که لاضرر به مفهوم نفی خطر است که در واقع تعبیر دیگری از خوف ضرر می‌باشد (عمید زنجانی و احمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵ و ۱۲۶).

بدین ترتیب، هر جا تراحمی بین اجرای این قاعده و حکم دیگر رخ دهد، جبران ضرر ناروا مقدم است و از آن به حکومت قاعده لاضرر تعبیر می‌شود. حاصل روایت این است که شارع به آنچه ضرری

است حکم نمی‌کند. و اضرار پاره‌ای از مسلمانان بر بعض دیگر را روا نمی‌بیند. و تصرفاتی را که از آن ضرری بر می‌خیزد امضا نمی‌کند و از همین جا درستی استناد به روایت نفی ضرر آشکار می‌شود که چرا هر عقد که لزوم آن باعث ضرر است برای زیان دیده متزلزل می‌گردد، خواه آن ضرر به دلیل غبن باشد یا امر دیگر و خواه در بیع باشد یا غیر آن مانند: صلحی که بر مبنای مسامحه انجام شده و اجاره و دیگر معاوضات... نویسندگان حقوق مدنی مبنای پاره‌ای از خیارها را جبران ضرر طرفی می‌دانند که به او حق فسخ داده می‌شود. بنابراین، در این که جبران ضرر انگیزه قانونگذار در وضع احکام بخش مهمی از خیارها بوده است تردید نباید کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۲ و ۶۳).

#### ۱-۲-۵- نظریه حمایتی

عرف و شارع، به منظور حمایت از اشخاص متعاهدین خیار فسخ را منظور نموده تا در خصوص حوزه‌ی روابط فی‌مابین دو طرف معامله از حقوق آنها در مقابل یکدیگر حمایت شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۵). در این مورد نیز می‌توان چنین اظهار نظر کرد که مقررات حمایتی، معمولاً در روابط حقوقی‌ای حاکم است که یکی از دو طرف، از امتیازاتی برخوردار و امکان اجحاف به طرف ضعیف وجود داشته باشد. اما در خصوص متبایعین و سایر عقود که خیار فسخ در آنها معتبر می‌باشد، چنین فرصتی خارج از ماهیت عقود می‌باشد. افزون بر این، خیار اگر از نوع مقررات حمایتی باشد، باید اختصاص داده شود؛ در حالی که مسلماً خیار مجلس برای هر دو طرف (قوی و ضعیف) منظور شده است، چرا که حمایت خود مبتنی بر اصل غبن و ضرر است و بازگشت توجیه خیار فسخ با نظریه‌ی حمایتی، همان دفع ضرر می‌باشد و از این رو، نمی‌توان به راحتی، نظریه‌ی حمایتی را در خیارات هم ردیف نظریه‌های دیگر قلمداد کرد (عمید زنجانی و احمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۲۶ و ۱۲۷).

#### ۲- تمییز خیارات با مفاهیم مشابه

##### ۲-۱- رجوع

رجوع از نظر لغوی، از ریشه «رجع» و به معنای بازگشتن، برگشتن و انصراف می‌باشد (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۱۴۴، ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۱۱۴ و ابن فارس، ۱۴۰۴، ص ۲۴۹۰). برگشت به حال قبل از عقد معین یا قبل از ایقاع معین، در اینصورت مرادف معنی فسخ است (لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۳۲۹). رجوع عبارت است از بازگشت به ابتدای هر چیزی، چه به لحاظ مکانی یا زمانی یا فعلی و یا



قولی و ممکن است رجوع به ذات آن امر شده باشد یا به جزئی از اجزاء آن و یا فعلی از افعال آن و در نهایت، رجوع را به معنای بازگشتن تعریف کرده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۳۴۲). در مورد تفاوت اختیار با رجوع می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد.

۱-۱-۲- حق اختیار تنها در مورد انحلال عقد لازم بکار رفته می‌رود، ولی رجوع اصطلاح عام‌تری است که کاربرد آن علاوه بر عقود، در ایقاعاتی مانند طلاق، اذن و سایر نهادهای حقوقی نظیر شهادت و لعان نیز مشاهده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۱).

۲-۱-۲- حق اختیار در زمره حقوق مالی می‌باشد و قابل نقل و انتقال و اسقاط است و بعد از مرگ به ارث می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۳۰). در حالی که رجوع، از جمله حقوق است که قائم به شخص می‌باشد و بعد از مرگ به ارث نمی‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۸) و در بعضی از مصادیق نظیر هبه مرگ یکی از دو طرف، باعث سقوط حق رجوع می‌شود. قانون مدنی این قاعده را در ماده «۸۰۵» به عنوان یکی از مصادیق رجوع بکار برده و مقرر می‌دارد: «بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست».

۲-۱-۳- تفاوت رجوع با حق اختیار در عقود نظیر عقد هبه محسوس تراست، بدین معنا که در این مورد، رجوع به معنای استرداد عین و منوط به وجود عین موهوبه می‌باشد. ماده «۸۰۳» ق. م. در حالی که اعمال حق اختیار در این عقد، منوط به وجود عین موهوبه نیست و تلف آن مانع از فسخ عقد نمی‌شود و مثل آن را در صورت مثلی بودن و قیمت آن را در صورت قیمی بودن می‌توان از طرف مقابل مطالبه کرد، لذا اگر شرط شود که واهب تا مدت یک ساله حق اختیار دارد، تلف عین موهوبه در این مدت، باعث از بین رفتن حق اختیار نمی‌شود در حالی که تلف عین موهوبه، باعث سقوط رجوع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۳). بعضی از فقها در این زمینه می‌گویند: «اگر در عقد هبه، واهب در مقابل متهب شرط کند که تاملت معینی اختیار فسخ عقد را داشته باشد در این صورت، برای واهب حتی در صورت هبه به خویشان و یا در صورت تلف عین موهوبه، حق اختیار وجود دارد. در نتیجه، بین اختیار و رجوع که به معنای استرداد عین است تفاوت وجود دارد، زیرا رجوع به معنای فسخ نیست و متوقف به بقای عین موهوبه است. برخلاف حق اختیار، که وسیله‌ای است جهت برهم زدن و انحلال عقد، و متوقف به بقای عین موهوبه نیست» (طباطبائی‌یزدی، ۱۴۱۴، ص ۱۷۳).

۲-۱-۴- تفاوت بارز حق اختیار با رجوع، در مهلت استفاده از این حق می‌باشد. اعمال حق اختیار بعد از علم به آن فوری است و در غیر این صورت حق اختیار ساقط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۵۴). به

طور مثال ماده «۱۱۳۱» ق. م. در مورد فسخ نکاح مقرر می‌دارد: «خیار فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است». اما در رجوع فوریت مورد نظر در حق خیار وجود ندارد و شخص می‌تواند حتی پس از ایجاد حق رجوع و اطلاع از آن استفاده از آن را به زمان دیگری موکول نماید. البته لازم به ذکر است که در برخی مصادیق رجوع استفاده از این اختیار به صورت مطلق باقی نمانده است و مهلت استفاده از آن محدود به زمان خاصی شده است. به عنوان مثال در طلاق رجعی طبق ماده «۱۱۴۸» ق. م. حق رجوع شوهر محدود به ایام عده شده است. یا در عقد هبه طبق ماده «۸۰۳» حق رجوع واهب، منوط به بقای عین موهوبه گردیده است.

۱-۲-۵- در قراردادها استفاده از حق خیار، منوط به وجود طرف قرارداد نمی‌باشد و مرگ طرف مقابل نمی‌تواند باعث از بین رفتن خیار شود و با مرگ یک طرف، می‌توان عقد را فسخ نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۴) در حال که در بعضی از مصادیق رجوع، مرگ متهب باعث از بین رفتن حق رجوع واهب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۸۸). ماده «۸۰۵» ق. م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست». همچنین در طلاق رجعی مرگ همسر در مدت عده باعث از بین رفتن حق رجوع شوهر می‌شود.

## ۲-۲- فسخ

فسخ در لغت و در مفهوم فقهی آن به معنای برهم زدن و قطع کردن است، اما در قانون تعریفی از آن به عمل نیامده است. با وجود این می‌توان فسخ را به «پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد و زائل کردن یا منحل کردن یک جانبه قرارداد توسط یکی از دو طرف آن یا شخص ثالث» تعریف کرد. اساسی‌ترین عنصر این تعریف اختیار و اقتداری است که دارنده حق فسخ به موجب تراضی طرفین قرارداد یا به موجب قانون در پایان بخشیدن به حیات و اعتبار معامله در اختیار دارد (جعفری، ۱۳۷۷، ص ۱۲۵). بطور کلی تفاوت خیار فسخ با حکم جواز فسخ در عقود جایز آن است که:

۲-۲-۱- خیار به معنی اختیار فسخ، عبارت است از حقی که براساس عقد یا حکم شرع، صاحب آن می‌تواند عقد لازم را منحل (فسخ) و یا اثبات و ابقا نماید همچنین خیار فسخ از مقوله حق است و قابل اسقاط، ولی جواز در عقود جایز حکم و غیرقابل اسقاط است. خیار فسخ به اراده تکوینی صاحب خیار بستگی دارد، لکن جواز فسخ در عقود جایز براراده تشریحی استوار است؛ این نوع تفاوت بین خیار فسخ و جواز فسخ و اختصاص اراده تکوینی به اولی و اراده تشریحی به دومی، قابل مناقشه است زیرا در هر دو مورد می‌توان گفت: که اراده تکوینی و تشریحی نقش دارد. در خیار فسخ، اصل خیار از اراده تکوینی حاصل می‌گردد (عمید زنجانی و احمد زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۱۹).

۲-۲-۲- در خیار فسخ در حقیقت دو نوع حق وجود دارد، حق نخست به اصل اعمال خیار متعلق است و براساس آن صاحب خیار می‌تواند از اعمال خیار خودداری و عقد را به حال خود رها نماید. حق دوم متعلق به عقد است که صاحب حق می‌تواند آن را ازاله یا ابقا کند، نوع اول حق خیار فسخ شبیه حکم جواز در عقود جایز است و متکی براراده تشریحی است اما نوع دوم حق فسخ بر اراده شخص استوار است. با این تقریب روشن می‌گردد که عدم اعمال خیار فسخ و رها کردن عقد به حال خود به معنی ابقای عقد صرف نظر از فسخ آن نیست و عقد هنگامی الزام و اثبات می‌شود که صاحب خیار با اعمال خیار جانب ابقای عقد را انتخاب کند و از این رو سخن شیخ انصاری (ره) در رد تعریف خیار فسخ به «ملک اقرار العقد و ازالته» مبتنی بر زائد بودن ذکر اقرار با ذکر ازاله، قابل تأیید نیست زیرا ترک ازاله عقد به تنهایی فسخ محسوب نمی‌شود و باید اراده باطنی به نحوی ابراز و در حقیقت ایقاع گردد.

۲-۲-۳- از ویژگی‌های خیار فسخ، قطعی بودن و عدم تزلزل در آن است و به همین دلیل در جایی به کار می‌رود که غیر قابل بازگشت باشد و عقد لازم پس از اعمال خیار فسخ، قابل بازگشت و انتقال مجدد، جز از طریق عقد مجدد نیستند و از این رو است که اقاله را نمی‌توان مشروط به خیار فسخ نمود و دلیل آن نیز متعارف نبودن تزلزل در خیار فسخ است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۴۴۶ - ۴۴۳).

۲-۲-۴- در عقود جایز مرگ، حجر و جنون یکی از طرفین باعث انفساخ عقد و به طریق اولی، از بین رفتن اختیار فسخ می‌شود. در حالی که حق خیار در عقود لازم، حق مالی است و با مرگ، حجر و جنون یکی از طرفین از بین نمی‌رود و بعد از مرگ به میراث می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۴).

۲-۲-۵- حق خیار از جمله حقوق و قابل نقل و انتقال و اسقاط می‌باشد، در حالی که اختیار فسخ در عقود جایز، حکم و غیر قابل اسقاط است (خسروی، حاجی عزیزی، نیازی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۵)، که در این زمینه، بعضی از حقوقدانان با توجه به ماده ۶۷۹ ق. م به این نتیجه رسیده‌اند که در عقود جایز، جز در مواردی که جواز عقد به دلیلی با نظم عمومی ارتباط دارد مثل جواز وعده نکاح، اختیار فسخ قابل اسقاط است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۹۳).

### ۳- پذیرش جریان خیارات در عقود جایز

در مورد قابلیت اعمال خیارات در عقود جایز، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. به طوریکه عده‌ای از فقها و حقوقدانان بر این باورند که خیارات قابلیت اعمال در عقود جایز را دارند و دارای فایده و آثار حقوقی خاصی می‌باشد در مقابل عده‌ای عقیده دارند که جواز فسخ در ماهیت عقود جایز نهفته است، لذا از این منظر با وجود این امر ذاتی، فایده‌ای برای بحث جریان خیار در این عقود وجود ندارد که به بررسی دیدگاه‌های موجود در این زمینه خواهیم پرداخت.

### ۳-۱- پذیرش اعمال خیارات در فقه

۳-۱-۱- فقه امامیه - مشهور فقیهان امامیه بین ماهیت عقود جایز و جریان خیار در آنها منافات دیده و تصریح به عدم جریان خیار در عقود جایز نموده‌اند و چنین نظر دارند که خیار مجلس در وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله نیست، دلیل آنان بر اولی یعنی موارد وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله اجماع است، زیرا بدون اختلاف فقیهان خیار مجلس به این عقود داخل نمی‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ص ۱۳ و ۱۴، شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۳۱۱، اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۳۸۸، علامه حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۴). برخی دیگر بیان کرده‌اند معنایی برای جریان خیار در عقود جایز وجود ندارد، زیرا خیار در آنها همیشگی و ذاتی است و با ماهیت عقود جایز منافات دارد و طرفین عقد هر زمان بخواهند می‌توانند عقد را فسخ نمایند، نه اینکه تنها تا زمانی که خیار مجلس باقی است، بتوانند فسخ کنند. برخی دیگر از فقها بر عدم دخول خیار مجلس در عقد وکالت، عاریه، مضاربه، حواله و ودیعه اجماع وجود دارد برای اینکه این عقود جایزاند و همواره قابل فسخ پس در هر زمان، می‌توان آنها را فسخ کرد.

بنابراین، جریان خیار شرط و مجلس، بدون معنا خواهد بود (محقق حلی، بی تا: ص ۵۱۶، انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۹).

در مقابل عده‌ای از فقهای امامیه، نظریه جریان خیار را در عقود جایز ارائه داده‌اند و بیان نموده‌اند که مانعی برای جریان دوخیار مجلس و شرط در وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله وجود ندارد برخی دیگر نیز جریان دوخیار مجلس و شرط را در عقود جایز پذیرفته است عده‌ای دیگر هم جریان خیار و شرط را در عقود جایز نظیر وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله قبول نموده‌اند. وجود این اقوال اصل جریان خیار را در عقود جایز توجیه می‌کند. همچنین فقها مذکور جریان خیار شرط را در بعضی عقود جایز پذیرفته‌اند و بدان تصریح کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۸۲، ابن ادریس، ۱۴۱۰، ص ۲۴۶، ابن براج، ۱۴۰۶، ص ۳۵۶).

برخی دیگر هم جریان خیار شرط را در همه عقود جایز پذیرفته است دلیل فقیهان در این مسئله استناد به عموم احادیث نظیر، حدیث «المؤمنون عند شروطهم؛ مؤمنان پایبند شروط خود هستند» و «کل شرط لایخالف الكتاب و السنه فانه جائز؛ هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد جایز است» مقتضای این نوع احادیث، شیوع و اطراد صحت را در هر عقد جایزی اثبات می‌کند، به طوری که می‌توان گفت: دلیل فقیهان در جواز و صحت جریان خیار شرط در عقود جایز عبارت از عموم اخباری است که بر جواز و صحت هر شرطی که با کتاب و سنت مخالف نیست، دلالت می‌کند. این ادله با جریان هیچ کدام از خیارها در عقود جایز منافات ندارد، بلکه آنها دلالت می‌کنند که هر نوع خیار می‌تواند در عقود جایز جریان یابد؛ اما از آنجایی که طبق اجماع فقیهان خیار مجلس تنها در عقد بیع جاری می‌شود و سایر عقود جایز هم بیع نیستند، لذا خیار مجلس در غیر بیع جاری نمی‌شود. برای مثال، این خیار در عقد حواله جاری نمی‌گردد زیرا حواله بیع نیست، بلکه ماهیت حواله نوعی ابراء محض محسوب می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ص ۱۳، الحسینی، بی تا، ص ۱۵۴، رافعی، بی تا، ص ۲۹۷، انصاری، ۱۳۹۲، ص ۲۱۶).

با توجه به اینکه فقهای چون علامه حلی در تذکره فرموده است که خیار شرط در عقود جایز بر ماهیت این عقود تأثیری ندارد و چیزی اضافه را بر جواز فسخ آنها نمی‌افزاید (علامه حلی، بی تا، ص ۵۱۶)، زیرا جواز فسخ جزو ماهیت عقود جایز است و شرط فسخ در آنها، بر ماهیت آنها چیزی اضافه نمی‌کند، ولی این قول ضعیف است، زیرا اثر گذاری بر ماهیت عقد، شرط صحت جعل خیار

نیست تا اگر خیار شرط اثری در ماهیت عقدی نگذارد، طرفین عقد نتوانند خیار شرط را در عقد جعل کنند. به این دلیل که گاهی خیار شرط مقتضای عقد را تأکید می‌کند. علاوه بر این باید دانست که اگر از شرط خیار، خصوص مؤثر بودن در عقود جایز اراده شود، نزاع لفظی می‌شود. البته گاهی هم خیار شرط در عقود جایز تأثیر می‌گذارد، برای مثال اگر عقد هبه با تصرف لازم بشود، صاحب خیار می‌تواند آن را در این هنگام فسخ نماید (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۶۱)، همچنین بیشتر اوقات، اثر خیار در صورت جریان آن در عقود جایز، این است که صاحب خیار با دو عنوان می‌تواند عقد جایز را فسخ نماید: یکی از باب جواز فسخ عقود جایز که یک نوع حکم شارع است و طرف عقد نمی‌تواند آن را از خود و طرف مقابل سلب، نفی و اسقاط نماید و دیگری، از باب خیار است که آن یک نوع حق می‌باشد و قابل ارث گذاشتن، سلب، نفی و اسقاط از خود و طرف عقد است (باقری اصل، ۱۳۹۱، ص ۲۸ و ۳۵).

۳-۱-۲- فقه اهل سنت - در مذاهب اهل سنت در رابطه با امکان خیار در عقود جایز، عقود به ترتیب زیر تقسیم بندی می‌شود:

۳-۱-۲-۱- عقود لازمی که مقصود از آنها معاوضه است، مانند بیع و نظایر آن که خود به دو قسم تقسیم بندی می‌شوند:

۳-۱-۲-۱-۱- عقود معاوضی لازم که خیار پذیرند؛ مانند خیار مجلس و خیار شرط که در بیع متصور می‌شود که در صحت آن قبض در مجلس معتبر نیست و همچنین صلحی که معنی بیع دارد و اجاره و هبه معاوضه و در عقد اخیر دو قول وجود دارد.

۳-۱-۲-۱-۲- عقود معاوضی لازم که در آنها قبض در مجلس معتبر است، مانند صرف و سلم که خیار پذیر نیستند و در خیار مجلس در این نوع عقود اختلاف نشمر دیده می‌شود (ابن قدامه، ۱۳۴۸، ص ۱۳۰). ۳-۱-۲-۲- عقود لازمی که مقصود از آنها معاوضه نیست، مانند نکاح و خلع که خیار پذیر نمی‌باشند.

۳-۱-۲-۱-۳- عقود که از یک طرف لازم می‌باشند مانند: رهن، در این نوع عقود نیز خیار فسخ وجود ندارد. در چنین عقود ماهیتاً امکان انحلال وجود دارد.

۳-۱-۲-۱-۴- عقود که از هر دو طرف جایز است مانند شرکت، مضاربه، جعاله، وکالت، ودیعه و وصیت. در این نوع عقود خیار وجود ندارد زیرا این عقود خود جایزند.

۳-۱-۲-۵- عقودی که بین جایز و لازم مرددند مانند مساقات و مزارعه. در این عقود دو احتمال وجود دارد و با اثبات لزوم، خیار در آن راه می‌یابد.

۳-۱-۲-۶- عقودی که یک جانبه و لازم است مانند حواله و شفعه و در این موارد نیز چون یک جانبه است خیار وجود ندارد و برخی از فقهای مذاهب اربعه برای «محیل» و «شفیع» خیار قائل‌اند.

۳-۱-۲-۷- در عقودی مانند عقد ضمان عقد کفاله و عقد قرض خیار وجود ندارد (ابن قدامه، ۱۳۴۸، ص ۲۹۴).

بنابراین، در مورد اعمال خیار به ویژه خیار مجلس جمهور علما از اصحاب و تابعین برای نظر هستند که، خیار مجلس در همه عقود از قبیل بیع، صلح، حواله و اجاره و بطور کلی در هر عقد معاوضه‌ای که مقصود از آن حصول مال باشد ثابت است. ولی در عقود لازمه‌ای که مقصود از آنها عوض مالی نیست مانند: عقد ازدواج و خلع در آنها خیار مجلس ثابت نیست و همچنین در عقود غیر لازمه مانند مضاربه، شرکت و وکالت خیار مجلس نیست (سید سابق، ۱۳۷۱، ص ۲۲۶۹). برای هر یک از دو شریک صحیح است، هرگاه بخواهد عقد شراکت را فسخ نماید و با فسخ نمودن عقد شراکت هر دو از تصرف التجاره در مال التجاره معزول می‌شوند چرا که شرکت عقدی است جایز و نیاز به دلیل خاصی برای فسخ نیست (نووی، ۱۳۸۰، ص ۳۵۵). همچنین عاریه که برای هر دو طرف عقدی جایز (یعنی غیر لازم الاجرا) است. یعنی معیر و مستعیر هر وقت بخواهند، می‌توانند بدون آگاهی و رضایت طرف مقابل عاریه را فسخ کنند. پس معیر هر وقت بخواهد حتی اگر عاریه مدت معینی داشته و زمان آن به پایان نرسیده باشد، می‌تواند عین مستعار را پس بگیرد. مستعیر نیز هر وقت بخواهد می‌تواند مستعار را به معیر باز گرداند و هیچ کدام از آنها ملزم به ادامه دادن عاریه نمی‌شوند، چرا که عاریه عقدی است جایز و به خودی خود قابل فسخ می‌باشد (الخن والبغا والشربجی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۷).

خیار شرط فقط در عقود لازم قابل فسخ با رضایت طرفین ثابت می‌شود، هر چند لزوم آن یک جانبه باشد مثل بیع، اجاره، مزارعه، مساقات، کفالت، حواله و رهن چنانچه رهن آن را برای لزوم عقد از جانب خود شرط کند، ولی نیازی نیست که مرتهن آن را شرط کند، چون عقد به نسبت او غیر لازم است. اما عقود غیر لازم مثل وکالت، عاریه، ودیعه، وصیت و هبه نیازی به شرط کردن خیار ندارد، چون طبیعاً غیر لازم هستند. و شرط کردن خیار در عقود لازمی که قابل فسخ نیستند مثل ازدواج، خلع و طلاق صحیح نیست، چون فسخ آنها غیر ممکن است (زحیلی، ۱۴۱۸، ص ۳۱۰۹).

## ۳\_۲\_ پذیرش جریان خیارات در نظریات حقوقدانان

جایز به معنای عقدی است که ذاتاً و بدون خیار قابل فسخ باشد و این نوع از عقد است که ماده «۹۵۴» قانون مدنی به آن اشاره نموده است که به موجب آن «کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» و عقد جایز به معنای صحیح کلمه همین عقد است. فلذا گفته می‌شود که خیار از مختصات عقد لازم است و در عقد جایز راه ندارد چرا که ذاتاً و بدون خیار قابل فسخ می‌باشد و گنجاندن خیار در آن بی‌معناست (بیانی و حشمتی، ۱۳۹۴، ص ۲). خیارات اصولاً در همه‌ی معاملات لازم ممکن است موجود باشد، قید «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 و خیار حق فسخ عقد لازم یعنی، خیار فقط در عقد لازم است (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۲۸۸). اختصاص داشتن خیارات به معاملات لازمه، از نظر آن است که عقود جایزه مانند: ودیعه، عاریه، وکالت و امثال آن به خودی خود قابل فسخ و انحلال می‌باشد و احتیاجی به موجب دیگری نخواهد داشت و هرگاه شرط فسخ در عقد جایز بشود بیان و تأکیدی بیش نمی‌باشد (امامی، ۱۳۸۶، ص ۴۷۱). فسخ عقد مالی، ایقاع است. ایقاعی است که به حیات عقد مالی لازم، پایان می‌دهد (حمیتی واقف، ۱۳۸۸، ص ۳۶۲). طبیعت عقد جایز چنان است که دو طرف راپای بند نمی‌کند و برای برهم زدن آن نیاز به اختیار ویژه قراردادی یا قانونی نیست؛ بنابراین گفتگو از خیار فسخ و چگونگی اجرای آن بیهوده است و از فسخ قرارداد در آنها سخنی به میان نمی‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۱). فسخ حق برهم زدن عقدی است که صحیحاً واقع شده و لازم اتباع است، مانند بیع، اجاره، معاوضه، اجاره اشخاص، رهن، قرض و... اگر واژه فسخ را هم در عقود لازم و هم در عقود جایز بکار بریم، اقاله یا تفاسخ و خیارات قانونی مانند: خیار عیب یا خیار غبن و خیار تخلف شرط و غیره در عقود جایز کاربردی ندارد (نوبین، ۱۳۸۴، ص ۱۳۸). خیارات در عقد لازم وجود دارند و در عقود جایز چون شخص هر موقع بخواهد می‌تواند عقد را فسخ کند خیار بی‌معناست (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۳). عقد وکالت به عبارتی دیگر اذن در تصرف است و چون مقتضای طبیعت اذن همانا جواز می‌باشد پس مقتضای طبیعت عقد وکالت نیز جواز خواهد بود و بهمین جهت تعلق حق خیار بر آن ممتنع و به منزله تحصیل حاصل می‌باشد و دیگر آن که بین جواز و خیار تفاوت‌های هست که آن تفاوت‌ها مانع اجتماع



آنها در یک مورد می‌گردند از جمله آن که خیار حق است و جواز حکم، در اجتماع حق و حکم در یکجا ممنوع می‌باشد چه آنکه اولی قابل اسقاط است و دومی غیر قابل اسقاط و دیگر آنکه حکم جواز موجود در عقد وکالت مثلاً به مجرد فوت احد طرفین به خودی خود یعنی با انتفاء اصل وکالت منتفی می‌شود به خلاف حق خیار موجود در عقد بیع مثلاً که با فوت متعاقدين منتفی نمی‌گردد و بلکه به وارث منتقل می‌شود (رشاد، ۱۳۴۴، ص ۶۵). در عقود جایز به ذات بوده نه جایز عرفی که با خیار جایز شده باشد خیار طاری است، متعاقدين با شرط، عاملی عرفی را رفع می‌نماید و در واقع اشتراط، نشان رفع مزاحم را دارد نه چیز دیگر (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۱). مبنای ادعای امکان جریان خیار در عقود جایز از جمله خیار شرط در همه عقود جایز، تمسک به قول عدم فصل و نیز عدم اجماع مرکب فقیهان در مسئله است. نحوه تمسک به قول عدم فصل و نیز عدم اجماع مرکب فقیهان در مسئله بدین بیان است که بگوییم: از آنجایی که فقیهان بین جریان خیار شرط در عقود جایز اجماع مرکب ندارند، بلکه اجماع آنان به صورت تفضیل است، یعنی هر فقهی که جریان خیار شرط را در عقدی از عقود جایز پذیرفته، جریان آن را در سایر عقود جایز نیز قبول کرده است و اگر جریان خیار شرط را در عقدی از عقود جایز نپذیرفته، آن را در سایر عقود جایز نیز قبول نکرده است، لذا می‌توان با تمسک به قول عدم فصل بین جریان و عدم جریان خیار شرط در عقود جایز و در نتیجه عدم قول به اجماع مرکب در میان جریان و عدم جریان خیار شرط در عقود جایز نتیجه گرفت و گفت: یا باید در تمام موارد به جریان خیار شرط در همه عقود جایز معتقد شویم و یا در تمام موارد به عدم جریان خیار شرط در همه عقود جایز رأی دهیم، زیرا فقیهان میان آن دو، قول به تفضیل و در نتیجه اجماع مرکب برخلاف گفته مذکور ندارد. بنابراین، فقدان اجماع مرکب و نیز قول به فصل در خلاف مسئله مذکور سبب می‌شود که ادله صحت عموم جعل شرط خیار در عقود جایز و در نتیجه، جریان خیار در عقود مذکور تقویت شوند و ادله جعل خیار شرط سالم از تعارض باشند، به طوری که می‌توان نتیجه گرفت که، امکان خیار شرط در جمیع عقود جایز وجود دارد، مگر اینکه دلیلی موجب استثنای ورود آن شود (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۴۱ و ۴۰).

ممکن است گفته شود که عقود جایز را هر یک از دو طرف به دلخواه می‌تواند فسخ کند ماده «۱۸۶» ق.م فسخ با ارده تحقق می‌یابد و ناظر به آینده است، ولی چهره استثنایی ندارد و طبیعت عقد چنان است که دو طرف رایای بند نمی‌کند و برای برهم زدن آن نیاز به اختیار ویژه قراردادی یا قانونی

نیست چنانکه موکل بخواهد وکیل را عزل می‌کند، بنابراین فسخ قرارداد به علت خیارات فقط اختصاص به عقود لازم دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵). اما می‌توان گفت در وکالت بلاعزل چون با تحقق آن طبیعت وکالت وجایز بودن آن همچنان باقی است فقط به علت اینکه اختیار مطلق موکل یا وکیل محدود شده، غیر قابل فسخ از جانب مشروط علیه می‌شود، بحث اجرای خیارات محملی ندارد ولی در اینجا فقط به ظواهر امر توجه شده زیرا در وکالت بلاعزل با تحقق آن مشروط علیه حق استفاده از اختیار خود را در بر هم زدن عقد ندارد همانند عقود لازم که در آن پیمان‌شکنی گناه و تقصیر است پس نیاز به چنین مجوزی است و در اینجا نیز حرزی شکسته و التزامی در هم می‌ریزد پس اجرای خیارات از جانب مشروط علیه قابلیت طرح را دارد، بنابراین خیارات قانونی اعم از خیار شرط و انواع دیگر خیارات که با طبع عمل حقوقی مورد نظر سازگار باشد مانند: خیار تخلف از شرط یا خیار تدلیس قابلیت اعمال را دارد. (شریفی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۲).

در حقیقت حق خیار فسخ امتیاز نیست، بلکه برای تضمین و تأمین استقلال اراده صاحب خیار منظور گردیده است (عیوضی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۶). عقد کفالت نسبت به مکفول له جایز است و هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را بر هم زند و از تعهد کفیل بگذرد، مگر این که شرطی به سود کفیل در عقد شده باشد و الزام ناشی از آن او را پای‌بند کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۳۰). می‌توان اجمالاً اشاره داشت که تمامی عقود جایز و لازم، دارای خیار می‌باشند، هر چند که برخلاف اصل باشند. چرا که اصل بر اساس قاعده‌ی مستخرج از اجماع، کتاب و سنت اصل لزوم است و طرفین عقد، بایستی بر مفاد آن پایبند باشند (عمید زنجانی و احمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸). همچنین در عقد شرکت، اگر شرط کنند کسی که کار می‌کند یا بیشتر از شریک دیگر کار می‌کند بیشتر منفعت ببرد، باید به شرطی که کرده‌اند عمل نمایند (امام خمینی، ۱۳۸۵، ص ۷۳۳).

بر اساس مطالب گفته شده می‌توان گفت که: اولاً، خیار مجلس در هیچ کدام از عقود لازم غیر از بیع جاری نمی‌شود، دلیل عدم جریان خیار مجلس در عقود جایز و نیز سایر عقود لازم آن است که این خیار به بیع اختصاص دارد و قابل تسری به سایر عقود اعم از لازم و جایز نیست و ثانیاً، دلیل فقہیان امامیه بر جواز و صحت جریان خیار شرط، عبارت از عموم اخباری است که بر جواز و صحت هر شرطی که با کتاب و سنت مخالف نباشد دلالت می‌کند، از جمله احادیث «المؤمنون عند شروطهم،

مؤمنون پایبند شروط خود هستند» و «کل شرط لایخالف الکتاب و السنه فانه جائز»، هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد، جایز است. بنابراین می‌توان گفت: که خیار شرط در تمامی عقود جایز جریان می‌یابد، مگر اینکه مورد خاصی و دلیل ویژه‌ای در مقام باشد، چرا که شرط توافقی است که بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف از توابع عقد دیگری قرار گرفته است.

اکثر عقود جایز به اراده طرفین قابل فسخ هستند مگر اینکه در آن شروط ضمن عقد درج شده باشد. در مورد چگونگی رد مال و کیفیت مال در حین استرداد و همچنین خسارت، فرسودگی و سایر زیان و ضررهای وارده به مال و یاشیء در عقد ودیعه می‌توان گفت که: ودیعه عقدی جایز است و در مواردی که ودیعه به دلیل فسخ یا فوت و حجر یکی از طرفین منحل می‌شود مورد ودیعه نزد امین امانت شرعی است، یعنی عنوان حقوقی متصرف مال از امین مالک تبدیل به امین شرعی می‌شود. این تغییر وضع، امین را مکلف می‌کند به انتظار مطالبه مالک نمازند (نجفی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۷)، تأخیر در اجرای این وظیفه نوعی تقصیر است و موجب می‌شود که صفت امانت از بین برود و متصرف در حکم غاصب به شمار آید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۴۵). با وجود این نباید چنین پنداشت که رابطه حقوقی در این حالت تنها تابع قانون است و در عقد ودیعه نمی‌توان برای این دوران تکلیفی معین کرد. زیرا با پذیرفتن امانت، امین به طور ضمنی متعهد می‌شود که آن را پس از انحلال عقد یا گذاشتن مدتی به مالک یا نماینده او رد کند. قانون نیز بر مبنای همین توافق ضمنی امین را مکلف به رد مال می‌داند. پس در صورت ایجاد خسارت در مال مورد استرداد باید زیان و ضرر آن از طرف امین جبران گردد و در اینجا هم مثل سایر عقود جایز و حتی بیع خیار عیب مد نظر قرار خواهد گرفت، یعنی فردی که مال را به امین امانت داده است و در صورت تأخیر، عدم استرداد و یا ضرر زیان مال از سوی امین نامبرده می‌تواند با توسل به خیار عیب تقاضای استرداد خسارت مالش را از امین نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۴۵). در اثر ودیعه و با سپردن مال به امین او وظیفه دارد که از آن نگاهداری و محافظت کند. بدین معنی که نه تنها آن را رها نسازد و تلف نکند، از گزند حوادث خارجی نیز مصون دارد. به همین جهت نیز در روابط طرفین عقد، اثبات این امر که موارد ودیعه در اثر حادثه خارجی، مانند آتش سوزی و یا دزدی، تلف یا ناقص شده است امین را از مسئولیت بری نمی‌کند. باید احراز شود که امین توانایی دفع خطر را نداشته و مواظبت‌های متعارف در این زمینه را انجام داده است.

در صورت ایجاد خسارت در مال، مالک باید توانایی اثبات آن را داشته باشد. برای اینکه مالک بتواند به دلیل تلف مال از امین خسارت بگیرد، باید ثابت کند که سبب تلف مال شده یا در حفظ آن تقصیر کرده است. در فرض نخست اثبات اتلاف مال به وسیله امین و احراز رابطه علیت بین تقصیر خواننده دعوی و رابطه علیت میان تقصیر و ورود زیان را اثبات کند. ولی در فرض دوم، که مالک به عنوان اهمال در مواظبت از مال و دفع ضرر خسارت می‌خواهد به دلیل بار اثبات تعدی و تفریط را به دوش دارد که تعهد امین در حفاظت از مال تعهد به وسیله است. پس، با احراز تلف مال، نمی‌توان ادعا کرد که امین به تعهد خویش وفا نکرده و مسئول زبانی است که از این بابت به بار آمده است. امین در واقع ملتزم به مواظبت و نگهداری است و اقداماتی که برای انجام این تعهد ضرورت دارد به لیاقت و کاردانی و موقع‌شناسی او واگذار شده است. بنابراین مالک باید تجاوز او را از حدود متعارف یا قرارداد اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۵).

همین قاعده درباره تعهد امین نسبت به بازگرداندن مورد ودیعه نیز اجرا می‌شود. زیرا این تعهد نیز ناظر به نتیجه معین است و امین باید تلف مال یا حادثه خارجی دیگری را که مانع از ایفای آن شده است اثبات کند، وگرنه به جبران خسارت مالک محکوم می‌شود. قانون اشاره صریحی به اعمال خیار عیب در خسارت مال امانی در مورد ودیعه ندارد اما با توجه به تحلیل‌های دکتر کاتوزیان می‌توان چنین برداشت کرد که ممکن است در نتیجه عیب موجود در مال ودیعه خسارتی برای امین به بار آید، چنانچه در اثر فرسودگی سیم‌های برق اتومبیل، آتش‌سوزی رخ دهد و اموال امین بسوزد. در این گونه امور، قواعد عمومی مسئولیت مدنی حکومت دارد. یعنی باید اهمال مودع در نظر عرف سبب ورود خسارت به شمار آید، پس برای گرفتن خسارت امین باید ثابت کند که مودع از آن عیب آگاه بوده و یا در دید عرف باید از آن آگاه می‌بوده است و به عمد یا در نتیجه بی‌مبالاتی به امین اعلام نکرده یا پنهان داشته است. در این دعوی هیچ اماره یا فرضی به سود امین وجود ندارد تا به استناد آن بتوان مودع را بدون احراز از رابطه سببیت بین عمل او و ضرر ضامن شناخت. بدین ترتیب، هرگاه عیوب آشکار مورد ودیعه یا عیوبی که امین نیز از آن آگاه است خسارتی ایجاد کند مالک را نمی‌تواند مسئول قرارداد. زیرا در این فرض مسامحه و بی‌مبالاتی امین باعث ضرر شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۷۱). بطور کلی می‌توان گفت قانون مدنی در فصل ودیعه حکمی درباره این گونه خسارت‌ها ندارد. ولی در ماده ۶۳۹ ق. م

آمده است « هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود، مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آنها جاری می‌شود».

همچنین در مورد عاریه می‌توان گفت: عاریه عقدی جایز است، بنابراین برطبق قواعد عمومی در صورت فسخ هریک از طرفین یا فوت و حجر آنان منحل می‌شود. اما درباره اینکه آیا امکان رجوع معیر از اذن و جواز عاریه، وجود خواهد دارد یا خیر؟ گروهی از فقها از جمله شهید ثانی، در مسالک و شرح لمعه تأیید کرده‌اند که در پاره‌ای حالت‌ها باید عقد را از جانب معیر لازم شمرد و به او اجازه رجوع از اذن و فسخ عاریه را نداد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۳۱۴). بعنوان مثال: بعضی از فقها آن را به مواردی اختصاص داده‌اند که زمین برای دفن میت عاریه داده می‌شود که پس از دفن معیر حق رجوع از اذن را ندارد. عده‌ای دیگر عاریه برای رهن و مواردی را که رجوع معیر باعث ضرر جانی یا مالی جبران ناپذیر می‌شود بر آن افزوده‌اند. برخی نیز عاریه زمین برای زراعت و ساختمان و عاریه دیوار برای گذراندن سرتیر ساختمان را از این قبیل شمرده‌اند (علامه حلی، ۱۳۳۷، ص ۲۳۹).

طبق نظر فقها هر گاه مورد عاریه در اثر استعمال عاریه گیرنده و بدون تقصیر او ناقص یا تلف شود، نسبت به فرسودگی و نقصی که از این راه ایجاد می‌شود، بی‌گمان نباید مستعیر را ضامن شمرد. زیرا مبنای عاریه دادن اذن در انتفاع است و فرسودگی و کهنگی که لازمه انتفاع متعارف از مال عاریه باشد داخل در مفاد عقد است. ولی در مورد تلف، چون بنای طرفین بر این است که عین مورد عاریه به مالک باز گردانده شود، در اینکه آیا اذن شامل تصرفی هم به تلف انجام می‌شود یا باید آن را محدود به اندازه کرد که عین را از بین نبرد، اختلاف است و اذعان می‌دارند که اگر بدون ضرورت و حاجت مال مورد عاریه تلف شود یا خواست او را راهی غیر از اذن معیر به کار برد و تلف شود ضامن است. یعنی اگر تعهد قهری شد هر چند تقصیر نداشته، ضامن است (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۱، ص ۳۵).

پس اگر قول فقها در مورد ضامن بودن مستعیر صحیح باشد باید بپذیریم که وی مؤظف به بازگرداندن عین مال به شرط صحیح و سالم بودن است و در صورت امتناع از آن معیر می‌تواند از طریق قانون و با استناد به خیار عیب مال خویش را استرداد نماید.

یکی دیگر از عقود جایز عقد وکالت است، این عقد بر مبنای اعتماد و تکیه بر شخصیت طرف‌های متقابل بسته می‌شود. پس طبیعی است که به خواسته هریک از دو طرف یا فوت و حجر یکی از آنان

منحل می‌شود. ماده ۶۷۸ ق. م در این باره مقرر می‌دارد: «وکالت به طرق ذیل مرتفع می‌شود: ۱. به عزل موکل. ۲. به استعفای وکیل. ۳. به موت یا به جنون وکیل و موکل». به موجب ماده ۶۷۹ ق. م «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند». پس موکل نیازی به توجیه کار خود برای عزل وکیل ندارد و در برهم زدن وکالت آزاد است. ولی ممکن است تردید شود که آیا اثبات سوء استفاده از حق عزل موجب مسئولیت مدنی ناشی از اعمال نابخجای حق فسخ می‌شود یا موکل از این حق به طور مطلق بهره‌مند است و می‌تواند آن را تنها به سود و میل خود به کار برد؟

برعکس ماده «۶۷۹» ق. م به موجب اصل «۴۰» ق. ۱، هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. با اینکه حکم ق. ۱ عام و ماده «۶۷۹» مخصوص حق عزل موکل است به نظر می‌رسد که اجرای نظریه سوء استفاده از حق در مورد عزل وکیل قوی‌تر باشد. زیرا مفاد اصل «۴۰» ق. ۱ گامی به سوی اجتماعی کردن در حقوق فردی است. منتها باید افزود که ضرر ناشی از عزل وکیل باید ناهنجار و از نظر اخلاقی و در دید عرف ناروا باشد و نمی‌توان تنها به استناد زیانی که به وکیل می‌رسد از عزل او جلوگیری کرد یا موکل را مسئول زیان‌های ناشی از آن پنداشت. همچنین باید دانست که لزومی ندارد که اقدام موکل به قصد اضرار انجام پذیرد و نتیجه زیانبار هدف اصلی یا مطلوب او باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۹۹).

#### ۴- آثار اعمال خیارات در عقود جایز

##### ۴-۱- جبران ضرر

یکی از آثار اعمال خیارات در عقود جایز جبران ضرریست که از عقد ایجاد شده است، چرا که به مقتضای اصل عدالت و احقاق حق، ضرر زیان هنگامی که ناروا باشد، بایستی به نحو قانونمند جبران شود و حق خیار فسخ، یکی از راه‌های این جبران خسارت است (عمید زنجانی و احمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵). یکی از مبانی فسخ قانونی عقد لازم و خیارات، قاعده نفی ضرر با متن «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» است، که لزوم عقد را از شخص زیان دیده برمی‌دارد و اختیار فسخ معامله را به وی جعل می‌کند (باقری اصل، ۱۳۹۰، ص ۲۱۹). بنابراین در این که «جبران ضرر» انگیزه قانونگذار در وضع احکام بخش مهمی از خیارها بوده است تردید نباید کرد.

#### ۴-۲- توجیه خیارات

در حقوق امروز، به استناد اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای (م ۱۰ ق. م)، می‌توان توافق اراده‌ی افراد در این زمینه را نافذ و معتبر دانست، چه تفاوت می‌کند که توافق اراده به صورت شرط ضمن عقد لازم باشد یا به صورت شرط خیار در عقود جایز؟ اراده به هر نحوی ابراز شود باید معتبر و نافذ باشد و اصولاً شکل خاصی برای ابراز اراده نیست (صفایی، ۱۳۹۵ ص ۳۱). بنابراین اصل، هر شرطی جایز است مگر اینکه حلالی به حرام یا حرامی به حلال مبدل شود یا خلاف مقتضای عقد باشد، ممکن است تصور شود شرط فوق، خلاف مقتضای عقد است زیرا لزوم عقد، مقتضای آن است و شرط خیار خلاف آن می‌باشد. در عمل فقها این شرط را به جز در مواردی استثنایی (مانند نکاح و وقف) پذیرفته‌اند. می‌توان این را بدین شکل توجیه کرد که لزوم مقتضای عقد است اما اگر در عقد، شرط خیار قرار داده شود لزوم به جواز تبدیل می‌شود. عقلاً نیز در صورت نبود شرط، لزوم را مقتضای عقد می‌دانند و وجود خیار نیز براساس مصلحت و به منظور جلوگیری از زیان است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶ ص ۱۹۲ و ۱۹۱). اختیار فسخ ممکن است ناشی از خواست صریح 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 خیار را توجیه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۵).

خیارات یکی از مهمترین دلایل نقض اصل لزوم عقود می‌باشد که آن را مورد تخصیص قرار می‌دهد. اصل لزوم عقود و قراردادهای غیر قابل انحلال بودن آن که به اصالة اللزوم تعبیر می‌شود، جز در مورد استثنایی که آن اصل مورد تخصیص قرار گرفته حاکم می‌باشد. یکی از موارد مهمی که آن اصل مورد تخصیص قرار گرفته خیار است که می‌باشد که موجب تزلزل عقود شده و عقود را از لزوم و غیر قابل انحلال بودن می‌اندازد. خیار در واقع برای ارفاق و توسعه امر بر متعاملین در آنچه که به آن دو منتقل می‌شود یا از آنها منتقل می‌شود تشریح شده است (عیوضی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶ و ۱۶۳).

در واقع خیار، حقی است که صاحب آن، براساس حکم شرع، می‌تواند عقد را فسخ و یا ابقاء نماید؛ آیه شریفه‌ی «افوا بالععود» بیانگر «یجب الوفاء بکل عقد» است. به بیان دیگر، اصل لزوم و وفای به عقد، زیر بنایی ترین اصل تعالیم اسلامی به شمار می‌رود و از سوی دیگر، اصالة لزوم و حق خیار، هر دو متعلق به عقد بوده است. بنابراین، ملاک و مبنای خیار فسخ، همان نیروی الزام آوری است که

اصل عقد و لزوم آن را ایجاب می‌کند و در عقود جایزه نیز، طرفین عقد، مادامی که عقد پا برجاست، بایستی ملتزم به مضمون آن باشند (عمیدزنجانی و احمدزاده، ۱۳۹۰ ص ۱۳۵). صرفنظر از قواعد مربوط به جامعه، از دیدگاه منافع خاص مربوط به متعاقدين نیز برای تفسیر خیارات می‌توان استفاده نمود به این ترتیب که عرف و شارع به منظور حمایت از اشخاص متعاقدين خیار فسخ را منظور نموده تا در خصوص حوزه روابط فیما بین دو طرف معامله از حقوق آنها در مقابل یکدیگر حمایت شود لذا خیار فسخ در همه حال چهره حمایتی و خصوصی دارد و نباید آن را از قواعد مربوط به نظم عمومی پنداشت. به بیان دیگر، لازمه‌ی تحقق هر عقدی، التزام به مضمون آن خواهد بود؛ حتی در عقود جائزه؛ زیرا در عقد جایز هم مادامی که عقد باقی است طرفین باید ملتزم به مضمون آن باشند.

#### ۳-۴- حق جبران خسارت

ضرر و زیان هنگامی که ناروا باشد، به مقتضای اصل عدالت و احقاق حق باید به نحو قانونمند جبران شود و حق خیار یکی از راه‌های این نوع جبران خسارت است. ضرر و زیان در مواردی که خیار فسخ ثابت شده محتمل می‌باشد. می‌توان صرف نظر از قواعد عمومی مربوط به جامعه از دیدگاه منافع خاص مربوط به متعاقدين برای تفسیر خیارات استفاده کرد؛ به این ترتیب که عرف و شارع به منظور حمایت از اشخاص متعاقدين خیار فسخ را منظور کرده تا در خصوص حوزه روابط میان دو طرف معامله، از حقوق آنها در مقابل هم حمایت شود. در حقیقت، حق فسخ امتیاز نیست بلکه برای تضمین و تأمین استقلال اراده صاحب خیار منظور گردیده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۴۵۸-۴۵۵). جایز بودن عقد بودن که به تسلط فسخ کننده بر تملک چیزی که از او منتقل شده و مال دیگری شده و نیز گرفتن آن مال از دیگری، بی‌آنکه راضی باشد منجر می‌شود باعمومیت «مردم بر اموالشان مسلطند» منافات دارد. یعنی لازمه «مردم بر اموالشان...» آن است که عقد جایز نباشد بلکه لازم و غیر متزلزل باشد تا اینطور نشود که یکی از متعاقدين به صرف فسخ، مال طرف مقابل را بگیرد؛ مگر در جایی که دلیل شرعی بر خیار باشد (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۷). بنابراین می‌توان گفت: که درسته که جواز جزء ذات عقود جایز هست و طرفین هر زمان بخواهند می‌توانند عقد را فسخ نمایند اما این دلیل نمی‌شود که طرفین بدون هیچ الزامی عقد را فسخ کنند، بدون آنکه خسارتی که احتمالاً وارد شود جبران گردد.



با توجه به مطالب گفته شده می‌توان گفت: که با اعمال خیار صاحب خیار می‌تواند با دو عنوان عقد جایز را فسخ کند، یکی از باب جواز فسخ ذاتی عقود که یک نوع حکم شارع است و با اراده تشریحی استوار است و طرف عقد نمی‌تواند آن را از خود و طرف مقابل سلب، نفی و اسقاط نماید و یا به وراثت یا فوت خود به ارث بگذارد و دیگری، از باب خیارات است که به اراده تکوینی ذوالخیار استوار است که یک نوع حق می‌باشد و قابل سلب، نفی و اسقاط از خود و طرف عقد است که صاحب خیار در این عقود می‌تواند از این دو امتیاز بهره‌مند شود که اگر دست او در استفاده از جواز فسخ ذاتی این عقود کوتاه گردد از خیار برای فسخ عقود مزبور کمک بگیرد و عاقدی که تعهد به نفع او شده و انجام نشده، در صورت امکان طرف را اجبار به انجام تعهد کند و یا با فسخ معامله و اعمال خیار از وی مطالبه خسارت نماید.

#### نتیجه گیری

این تحقیق اثبات نمود که فقها و حقوقدانان جریان خیارات را در عقود جایز پذیرفته و معتقدند که عرف و شارع به منظور حمایت از اشخاص متعاقدين خیار فسخ را منظور نموده، تا در خصوص حوزه روابط فیما بین دو طرف از حقوق آنها در مقابل یکدیگر حمایت شود. با توجه به مباحث مطرح شده و بررسی دلایل و نظرات مختلف فقها و حقوقدانان، می‌توان بر این نظر بود که روح انعطاف پذیر قواعد عقود است که ایجاد خیار را ممکن ساخته و مباحث خیارات را به وجود آورده است. پس در صدد اثبات جواز اعمال خیارات در عقود جایز هستیم چرا که مبنای پاره‌ای از خیارات التزام و تعهد و جبران ضرر و حمایت از ذوالخیار است، که با اعمال آن صاحب خیار می‌تواند با دو عنوان عقد جایز را فسخ نماید، یکی از باب جواز فسخ ذاتی عقود که یک نوع حکم شارع است و با اراده تشریحی استوار است و طرف عقد نمی‌تواند آن را از خود و طرف مقابل سلب، نفی و اسقاط نماید و دیگری، از باب خیارات است که به اراده تکوینی ذوالخیار استوار است که یک نوع حق می‌باشد و قابل سلب، نفی و اسقاط از خود و طرف عقد است که صاحب خیار در این عقود می‌تواند از این دو امتیاز بهره‌مند شود که اگر دست او در استفاده از جواز فسخ ذاتی این عقود کوتاه گردد، از خیار برای فسخ عقود مذکور کمک بگیرد. لذا خیار فسخ در هر حال چهره حمایتی دارد و صاحب خیار با اعمال آن می‌تواند علاوه بر فسخ، مطالبه خسارت نیز نماید.

## منابع

- امامی، حسن. (۱۳۸۶). حقوق مدنی. چاپ بیست و هفت، تهران: انتشارات اسلامیه.
- خمینی، امام روح الله. (۱۳۸۵). رساله توضیح المسائل (شش مرجع). چاپ پنجم، مشهد مقدس: انتشارات هاتف.
- باقری اصل، حیدر. (۱۳۹۰). احکام عمومی فسخ عقود لازم. تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز.
- بروجردی، محمد عبده. (۱۳۸۰). حقوق مدنی با تصحیح و تعلیق (محمد رضا بندرچی). قم: انتشارات طه.
- حمیتی واقف، احمد علی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۳ (اصول و قراردادها). تهران: انتشارات دانش نگار.
- زنجانی، سیدسابق. (۱۳۷۱). فقه السنه. مترجم دکتر محمود ابراهیمی، سقز: انتشارات محمدی.
- شریفی، علیرضا. (۱۳۹۴). وکالت بلاعزل و موارد انحلال. چاپ دوم، تهران: انتشارات بهنامی.
- صفایی، حسین. (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها. چاپ بیست و سوم، تهران: نشر میزان.
- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۶). قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی). تهران: انتشارات سمت.
- فخار طوسی، سیدجواد. (۱۳۸۴). شرح خیارات. چاپ پنجم، قم: نشر مرتضی.
- فیضی، علیرضا. (۱۳۸۲). مبادی فقه و اصول. چاپ چهاردهم، تهران: مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران.
- قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۸۶). اصول قراردادها و تعهدات. چاپ هفتم، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از عقود معین). چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). حقوق مدنی عقود معین عطایا. چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ شانزدهم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). عقود معین (عقود اذنی \_ وثیقه های دین). چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۰). ترمینولوژی حقوق. چاپ بیست و سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.  
نوبین، پرویز. (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۳ در عقود و تعهدات بطور کلی (انعقاد و انحلال قراردادها). تهران:  
انتشارات تدریس.

یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی. (۱۳۹۱). حاشیه مکاسب. چاپ اول، ج ۱، قم: اسماعیلیان.  
باقری اصل، حیدر. (۱۳۹۱). جریان خیاردر عقود جایز، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی. دوره ۳  
(ش ۶)، ص ۲۷-۴۴.

بیگدلی، عطاالله. (۱۳۸۹). اسقاط خیارات در حقوق ایران و فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی (   
دانشگاه امام صادق ). دوره ۱۱ (ش ۳۱)، ص ۱۹۱-۲۴۳.

جعفری، سیاوش. (۱۳۷۷). ماهیت فسخ در ایران. ماهنامه کانون. (ش ۵)، ص ۱۲۳-۱۴۳.  
خسروی، حامد؛ حاجی عزیزی، بیژن و نیازی، قدرا الله. (۱۳۹۵). ماهیت رجوع و تمایز آن از مفاهیم  
مشابه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۸ (ش ۱۵)، ص ۱۵۵-۱۵۲ و ۱۴۹.  
رشاد، محمد. (۱۳۴۴). خیارات. کانون وکلا. دوره ۶ (ش ۹۶)، ص ۶۴-۶۹.

عمید زنجانی، عباس‌العلی؛ احمد زاده، ابوالفضل. (۱۳۹۰). بررسی کلیات احکام خیارات، مجله فقه و  
مبانی حقوق اسلامی. دوره ۴ (ش ۱)، ص ۱۳۵ و ۱۱۸.

عبوضی، حمید. (۱۳۸۶). مبانی خیارات از منظر فقها. پژوهشهای اعتقادی کلامی. دوره ۸ (ش ۸)، ص  
۱۳۵-۱۸۴

#### عربی

ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد بن ادریس. (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: موسسه  
النشر الاسلامی.

ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

ابن قدامه، موفق الدین بن قدامه المقدسی الحنبلی. (۱۳۴۸). المغنی، مطبعه المنار بالقاهره.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق). چاپ سوم، بیروت: دارالفکر.

اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، تحقیق مجتبی عراقی و علی

پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه الاولى.

- النووی، امام ابی زکریاء یحیی بن شرف. (۱۳۸۰). *راه دین (ترجمه منهاج الطالبین در فقه امام شافعی رحمه الله)*. مترجم مسعود قادر مرزی، چاپ سوم، انتشارات کردستان.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۵). *المکاسب*. چاپ دوم، اطلاعات، تیریز: چاپ سنگی.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۹۲). *المکاسب (خیارات)*، توضیح و تعلیق: حضرت آیت الله پایانی، ترجمه محمد مسعود عباسی، چاپ سوم، قم: انتشارات دارلعلم.
- الحسینی. (بی تا). *کفایه الاخیار فی غایه الاختصار*، بیروت: دارالمعرفه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی. (علامه). (بی تا). *تذکره الفقهاء*، قم: المکتبه الرضویه لاحیاء التراث لجفریه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی (علامه). (۱۴۱۰). *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، تحقیق الشیخ فارس الحسون، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی (علامه). (۱۳۳۷). *ترجمه کلبعلی وکیلی بیمانی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- الخن، مصطفی؛ البغا، مصطفی و الشریجی، علی. (۱۳۸۴). *فقه منهجی (در مذهب امام شافعی)*، مترجمان حسامی، محمد عزیز و پارسا، فرزاد، سنج: انتشارات کردستان.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان: انتشارات دارلعلم.
- رافعی، عبدالکریم بن محمد رافعی. (بی تا). *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، بیروت: انتشارات دارالفکر.
- زحیلی، وهب. (۱۴۱۸). *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق: انتشارات دارالفکر.
- سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸). *القاموس الفقهی*، لغه و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق: انتشارات دارالفکر.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی. (۱۴۱۳). *مسالك الغمام الی تنقیح شرائع الاسلام*، تحقیق و نشر مؤسسه المعارف اسلامی، قم: الطبعة الاولى.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی. (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی دمشقیه*، قم: انتشارات داورى.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ الطائفه). (۱۴۱۷). *الخلاف*، تحقیق سید علی خراسانی و سید جواد تهرانی و محمد مهدی نجفی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.

طوسی، محمد حسن (شیخ الطائفه). (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامیه، تصحیح و تعلیق محمد تقی کشفی*، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاءالاثار الجعفریه.

قاضی ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶). *المهذب. تحقیق تحت اشراف آیه الله جعفر سبحانی*، قم: موسسه النشر الاسلامی.

نجفی، محمد حسن صاحب جواهر. (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تحقیق و تعلیق محمد القوجانی*، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت: الطبعة السابعة.

نجفی، محمد حسن صاحب جواهر. (۱۳۷۶). *جواهر الکلام*، چاپ سوم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.

یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (۱۴۱۴). *تکلمه العروه الوثقی*، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.