

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی سال یازدهم شماره اول- بهار و تابستان ۱۳۸۹، صص ۱۹۱-۲۴۳

اسقاط خیارات در حقوق ایران و فقه امامیه

عطاءالله بیگدلی*

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۴/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۰۶/۱۳

چکیده

خیارات از حقوق و قابل اسقاط است، این قاعده با دقت نظر حقوق‌دانان با اشکالات فراوانی مواجه شده است. در تحقیق حاضر در قسمت کلیات به اصل قابلیت اسقاط، ماهیت اسقاط و چگونگی اسقاط خیارات خواهیم پرداخت. در بخش دوم به احکام اسقاط خیارات می‌پردازیم و امکان اسقاط خیارات، عیب، غبن، تخلف از وصف، تغلیس و خیارات تعدر تسلیم را به بحث می‌نشینیم و خواهیم دید، که آیا می‌توان تمام خیارات را با شرط ضمن عقد ساقط نمود یا خیر؟ نظریه بدیع این مقاله حول این نکته است، که خیارات صرفاً راهی میان‌بر برای جبران خسارات و یا نیل به وضعیت پیشاقراردادی است و نه هیچ چیز دیگر و اسقاط کافه خیارات با هیچ قاعده حقوقی متنافر نیست و درج چنین شرطی در ضمن عقد مطلقاً صحیح است.

واژگان کلیدی

اسقاط خیارات، اسقاط کافه خیارات، احکام خیارات، سقوط خیارات.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام ataollah.bigdeli@gmail.com

خيارات يکي از احکام مخصوص فقه اماميه و حقوق ايران است و با اين تفصيل و گستردگي در حقوق ساير کشورها موضوعيت نيافته است. به گونه‌اي که در غالب کتب فقهی در کنار کتاب البیع کتاب مستقلي را به خود اختصاص داده است. (مکاسب، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۱۱) از سويي همان‌گونه که خواهيم ديد، خيارات از جمله حقوق است و برخلاف نظر اهل سنت؛ در فقه اماميه قابليت اسقاط را به شيوه‌هاي گوناگون دارد. «اسقاط حق» عملي حقوقی است و مانند تمام اعمال حقوقی نیازمند اراده و اختيار است. مطلبي که در بررسی اسقاط خيارات جلب نظر می‌کند استثنائات وارده بر اين قاعده است، به گونه‌اي که بسياری از اساتيد استثنائات گسترده‌اي را به اين قاعده وارد دانسته‌اند. از سويي گنجاندن شرط اسقاط کافيه خيارات در عقود امروزي امري شایع بوده و اين مسأله برای دادگاه‌ها مشکلاتی را فراهم آورده است. تا جایی که برخی حقوق‌دانان به اين نظر متمایل شده‌اند، که عقودی را که دارای چنین شرطی است باطل بدانند^۱ از ديگرسو، فقه‌اي عظام شيعه در مورد امکان اسقاط همه خيارات حکم صریحي ندارند و در تک‌تک خيارات به کيفيت اسقاط آن پرداخته‌اند.

به هر حال به نظر می‌رسد، موضوع اين نوشتار با توجه به شيوع آن در دادگاه‌ها می‌تواند مورد استفاده پژوهش‌گران و قضات و وکلای محترم قرار گیرد؛ مخصوصاً که سعی شده است در بررسی نظرات فقه‌ها، فتاوی فقه‌اي معاصر و مراجع فعلی شيعه نیز به بحث و بررسی گذاشته شود.

۱. کلیات

۱.۱ قابلیت اسقاط خیارات

۱.۱.۱ حق یا حکم بودن خیارات

شاید اولین فقیهی که به صورت خاص، به تفاوت مفهومی حق و حکم توجه ویژه نموده باشد، شیخ انصاری باشد (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۱۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۴) از منظر شیخ مهم‌ترین تفاوت حق و حکم «در اختیار» بودن است. توضیح آن که حق در اختیار شخص است و فی‌الجمله قابل اسقاط است. مانند حق شفعه ولی حکم مطلقاً در اختیار شارع است و اختیار مکلفین در آن مداخلیتی ندارد. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۱۲) این قاعده در مقام ثبوت است، ولی در مقام بحث مصداقی و تفصیلی است و به نظر می‌رسد، نمی‌توان قاعده‌ایی کلی ارائه داد تا در مقام شک حق یا حکم بودن مسأله‌ایی را دریافت.^۲

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

- در حقوق ایران

در حقوق ایران شکی نیست، که خیارات از حقوق مالی هستند. (صفایی، ۱۳۸۳، صص ۳۰۴-۳۰۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۵۴-۱۱۸؛ امامی، ۱۳۵۵، ج اول، ص ۵۴۰) از نظر قانونی نیز م ۴۴۸ ق.م.دلالیت تمام بر حق بودن خیارات دارد.^۳

استدلال بر حق بودن خیارات استدلالی لمی است و از آثار و تبعات آن ناشی شده است، به عبارتی با توجه به صراحت مقنن در قابلیت اسقاط و ارث واقع شدن خیارات، حقوق‌دانان استدلال نموده‌اند، که خیارات از قبیل حق‌اند، نه حکم و سپس در موارد مشکوک احکام حق را بر خیارات جاری ساخته‌اند، به عبارتی به نظر می‌رسد، در گام ابتدائی استدلال به «حق» بودن خیار از آثار نتیجه شده و در یک

۱۹۴ عطاء الله بیگدلی

استقراء به قاعده‌ایی کلی منتج شده است و سپس در استدلالی بالا به پائین در موارد شک قاعده اعمال شده است. این روش در حقوق مرسوم است.

- در فقه امامیه

در فقه نیز شکی نیست، که خیار از جمله حقوق است. شیخ انصاری به این مطلب مکرر اشاره دارند، از جمله: «ان الخیار من الحقوق لا من الاحکام» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱) و: «ان الخیار حق مالی قابل لاسقاط» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹) و آن گاه نتیجه می‌گیرند که طبق قاعده مسلمة «ان لكل ذی حق اسقاط حقه»؛ صاحب خیار می‌توان آن را اسقاط نماید (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۲)

این قول تا آن جا که جست‌وجو شد، مخالفی ندارد.^۴ شیخ انصاری در کتاب مکاسب در ابتدای احکام کلی خیار این بحث را با تفصیل بیشتری پی گرفته است، ایشان معتقدند برای اثبات این امر فقها به سه دلیل استناد کرده‌اند: روایت باب خیار حیوان که دلالت بر این امر داشت، که تصرف کاشف از رضا مسقط خیار حیوان است.

اجماع علما بر امکان اسقاط خیار است. اجماع علما بر حق بودن خیار است. شیخ هیچ‌یک از دو استدلال اول را نمی‌پذیرند و سرانجام اجماع را کافی در اثبات مطلب می‌دانند. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۴۹) به هر حال علی‌رغم این که حق بودن خیار در فقه بلا مخالف است، ولی دلیلی قابل اعتنا جز اجماع ندارد.

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

۱- عقد بیع با خیار مانند عقد جایز است؛ به عبارتی شرط اسقاط خیار، شرط ضمن عقد جایز است و شرط ضمن عقد جایز عقد را لازم نمی‌کند. به عبارتی وجود این شرط نوعی دور را لازم می‌آورد، که عقد بیع لازم است، شرط خیار آن را جایز

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۱۹۵

می‌نماید، خود شرط چون ذیل عقد جایزی است جایز الوفاء است و شرط جایز الوفاء عقد را لازم نمی‌کند، حال اگر شرط شود، که خیارات ساقط باشد در واقع این شرط ذیل عقدی منعقد شده است، که قبلاً به واسطه ثبوت شرط خیار جایز بوده است و واجب الوفاء نیست. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۸)^۵

۲- این شرط اصولاً مخالف مقتضای عقد است، زیرا مقتضای عقد بیع است، که همراه با خیار باشد و روایت «البیعان بالخیار» مثبت همراهی همیشگی البیعان و الخیار است و شرط انقطاع این دو شرط خلاف مقتضای عقد است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۷) بعضی از فقهای معاصر آورده‌اند، که بهتر است اشکال این‌گونه مطرح شود، که اشراط اسقاط خیار مخالف مقتضای «سنت» است، نه مخالف مقتضای «عقد»؛ زیرا مخالفت با مقتضای عقد به معنی مخالفت با آن مقتضای عقد است، که از نظر عرف غیر قابل انفکاک است، مانند شرط عدم تمتع جنسی در نکاح یا بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجره؛ ولی خیار، حکم شرعی است، زیرا در سایر نظام‌های حقوقی، خیارات به این صورت پذیرفته نشده است و این نشانی آن است که وجود یا عدم وجود خیار جزء لاینفک عقد بیع نیست (عرفاً)، بلکه شارع جزئیت خیار را با بیان «البیان بالخیار» جعل کرده است. (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۷۰)

۳- اسقاط خیارات، اسقاط مالم یجب است، زیرا خیار بعد از بیع حاصل می‌گردد و اسقاط حق خیار ضمن خود بیع اسقاط قبل از ایجاد است، شیخ این قول را به شافعیه نسبت داده است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۸)

این سخن درست است و شافعی‌ها در هیچ عقدی شرط اسقاط خیارات را نپذیرفته‌اند. (موسوعه جمال عبدالناصر، ۱۴۱۱ق.، ج ۴، ص ۳۳۲؛ الزحیلی، ۱۴۱۸ق.، ص ۲۵۷) ولی برخی حنفی‌ها در خیار شرط و عیب شرط اسقاط مالم یجب ندانسته و آن را اجازه داده‌اند. (الزحیلی، ۱۴۱۸ق.، ص ۲۵۷؛ دهقانی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۰)

۱۹۶ عطاء الله بیگدلی

پاسخ اشکالات:

جناب شیخ و دیگر فقها هیچ‌کدام از اشکالات سه‌گانه فوق را وارد ندانسته‌اند. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق.، صص ۷۰-۷۲) پاسخ‌هایی که ارائه شده به ترتیب اشکالات به شرح زیر است:

اشکال اول دو پاسخ دارد:

اول: این‌که بحث ما در عقود جایز به ذات بوده نه جایز عرضی که با خیار جایز شده باشد، خیار طاری است؛ متعاقدین با شرط، عاملی عرضی را رفع می‌نمایند و در واقع اشتراط، شأن رفع مزاحم را دارد نه چیز دیگر. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۹؛ سبحانی ۱۴۱۴ق.، ص ۷۰)

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

۲- مشابه پاسخ بالا را می‌توان به ادعای مخالفت این شرط با مقضای عقد (یا سنت) داد. به عبارتی خیار حق متعاقدین است، اگر عقد خلی و طبعه بود و اگر «لا به شرط» بود. و این حق با اسقاط آن توسط شرط منافاتی ندارد. یعنی مقتضی خیار عقد به «شرط لا» است، یعنی عقدی که در آن شرط سقوط عقد نشده باشد و نه طبیعت عقد از آن حیث که عقد است و «البیعان با الخیار» ظهور دارد، بلکه از آن متبادر است که حالتی را شامل می‌شود که شرط سقوط در آن نشده باشد. این تبادر از باب جمع ادله شروط و این حدیث است، یعنی دلایل شروط اقتضا دارد، که هر

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۱۹۷

عقدی به شرط آن که ضمن آن شرط خلاف نشده باشد مقتضی آثار خود است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹)

اگر اشکال شود که به این ترتیب دیگر هیچ شرط مخالف کتاب و سنتی باقی نمی‌ماند، زیرا اگر این نوع جمع بین ادله شروط و عمومات کتاب و سنت را بپذیریم، در هر شرطی که ادعای تخالف آن با کتاب و سنت شود، می‌توان پاسخ داد که منظور از نهی کتاب و سنت نهی از بیعی بوده است، که این شرط خاص در آن نشده باشد و اگر شرط کردند، دیگر شامل نهی کتاب و سنت نمی‌شود. به عنوان مثال اگر بیع نموده و شرط کردند که بیع ایجاد ملکیت نکند، نمی‌توان مدعی شد، که این شرط خلاف کتاب و سنت است؛ زیرا عقد لوخلی و طبعه، مقتضی بوده و حال که متبایعین شرط خلاف آن نمودند، شارع به شرط احترام می‌گذارد. بیع لوخلی و طبعه مقتضی ملکیت است و اگر شرط خلاف آن شد دیگر چنین اقتضائی ندارد. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹، سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۷۱) پاسخ این اشکال آن است، که خود حق اسقاط خیار حقی است که شارع آن را تجویز کرده است. به عبارتی دلیل مخالفت شروطی خاص، با کتاب و سنت خارج از خود عقد است، شارع به صورت جداگانه امر کرده است که پاره‌ایی امور را نمی‌توان ذیل عقد شرط نمود و این ربطی به توافق طرفین ندارد در صورتی که در بقیه موارد خود شارع اجازه شرط داده است. به عبارتی شارع جعل نوع خاصی عقد به نام بیع کرده است، از سویی اجازه داده است تا برخی احکام و آثار را از آن رفع یا به آن اضافه نمود و این اجازه خارج از عقد جعل شده است و به دلیل بیرونی می‌توان جواز یا عدم جواز شرطی را ذیل عقد دریافت نه از خود عقد به ما هوهو. در مورد خاص ما جواز اسقاط حق خیار مسلم است و تنافی با مقتضای عقد ندارد. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۹) ضمن آن که توجه به مفهوم اعتباری بودن عقود و آثار آن می‌تواند در تحکیم این پاسخ کمک کند.

حال نکته‌ای در این میان قابل طرح خواهد بود که، مرحوم صاحب جواهر ذیل همین بحث مطرح نموده‌اند، که سبب مناقشاتی شده است، بنابراین نظر ایشان در تحلیل حق اسقاط اختیار، دو دسته دلیل متعارض وجود دارند. دسته اول روایتی است، که مثبت خیار هستند مانند «البیعان بالخیار»؛ دسته دوم عمومات شرط هستند، مانند «المؤمنون عند شروطهم»، تعارض از آن رو است که عموم «المؤمنون» مفید این معنا است که هر شرط صحیحی که ممضی از سوی شارع است را در عقد گنجانده، به آن پای‌بند خواهد بود. از سویی دلیل خیار می‌گوید، طرفین مطلقاً در هر صورت خیار دارند، حال اگر دلیل «المؤمنون» را بر دلیل «خیار» ترجیح دهیم و در واقع، گویی شارع بیان داشته است، طرفین حق خیار دارند، مگر آن‌که شرطی خلاف آن ننموده باشند، اما اگر دلیل «خیار» را بر «المؤمنون» ترجیح دهیم، شارع این‌طور بیان داشته است، که طرفین به شروط ذیل عقد پای‌بند بوده ولی نمی‌توانند شرط اسقاط خیار کنند زیرا شارع این شرط را مشروع ندانسته، شارع می‌خواهد طرفین در هر شرایطی حق خیار داشته و شرط برخلاف آن خلاف حکم کتاب و سنت است. به عبارتی به زبان امروز «البیعان بالخیار» امری است و توافق مخالف آن مشروع، صحیح و نافذ نیست و باطل و بلکه مبطل است.

حال از میان ادله خیار و عموم شروط کدام را و به چه دلیل بر دیگری ترجیح دهیم؟ (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۲۳، ص ۵۰) صاحب جواهر نیز آورده‌اند، که دلیل «المؤمنون عند شروطهم» راجح است. یعنی «البیعان بالخیار حتی لایشترط خلافه»، دلیل ترجیح، «عمل اصحاب» است. ضمن آن‌که شرط عدم‌الخیار مانند جزئی از عقد است، که خود عقد از باب «اوفو بالعقود» لازم الوفا است. به عبارتی شرط مانند ایجاب و قبول است و به دلیل «اوفو بالعقود»؛ وضعاً و تکلیفاً صحیح و واجب است. (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۲۷)

شیخ انصاری استدلال صاحب جواهر را ضعیف می‌داند. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۷) زیرا اولاً عمل اصحاب حجیت نداشته، مخصوصاً آن‌که ما ادله و اسناد عمل آن‌ها را داریم، ادله اصحاب منحصر در «المؤمنون» است و کسی دلیل دیگری که موجب

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۱۹۹

ترجیح باشد، ندارد، ثانیاً این که شرط خیار مانند جزء عقد باشد اول کلام است و در باب شروط به تفصیل راجع به آن سخن گفته شده است. ثالثاً در اصول منقح کردیم که در جمع بین عام و خاص، خاص عرفاً مقدم است، پس قاعداً دلیل «البیعان بالخیار» که اخص از «عموم المؤمنون عند شروطهم» است، باید مقدم باشد و در نتیجه حکم داد که شرط اسقاط خیار، خلاف کتاب و سنت است. در حالی که ادعای صاحب جواهر خلاف این است. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۸)

پس دلیل ترجیح چیست؟ شیخ پاسخ می‌دهد: در فرض مسأله اصولاً تعارضی نبوده تا به دنبال مرجح باشیم، زیرا ادله خیار در مقام بیان این موضوع بوده که اصل خیار از منظر شارع پذیرفته شده است. یعنی «البیعان بالخیار» به معنای این است، که «البیعان یجوزان ان یجعل فی بیعهم الخیار»؛ و این منافاتی ندارد، که بتوانند این توانایی و جواز را با مسقط خارجی ساقط کنند؛ ضمن آن که تدقیق در ادله شروط نشان می‌دهد که هدف این ادله رفع ید از احکام اصلیه ثابت است، به عبارتی ادله شروط حاکم بر سایر ادله هستند، مانند جایی که کسی نذری کرده و عملی را که ذاتاً مستحب است، بر خود واجب می‌کند. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۸) به عبارتی اگر این استدلال پذیرفته شود، عملاً تمام موارد شروط بلا استفاده می‌ماند. زیرا در مقابل آن همیشه یک حکم خاص وجود داشته و دیگر اصولاً از انتفاع ساقط می‌گردند. روایات فراوانی نیز مؤید این نظر است، مانند صحیح مالک بن عطیه و...^۶

۳. اما پاسخ از اهل سنت و اسقاط مالم یجب دانستن اسقاط خیرات آن است، که: اولاً نفس بیع موجد خیار نیست، بلکه مقتضی، عدم الشرط است. اگر شرط اسقاط خیرات شود، در واقع اصولاً مقتضی ایجاد نشده است، نه آن که مانع ایجاد شده باشد. به عبارتی شرط اسقاط خیرات منع است نه دفع. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۲۹)

ثانیاً صحیح مالک بن عطیه نیز بر جواز آن دلالت دارد. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۳۰)

۲۰۰ عطاء الله بیگدلی

ثالثاً: در عقود امور از امور اعتباری است و صرف اعتبار، عقلاً کافی برای صحت امر اعتباری است، همین که مقتضی عرفاً نزد عقلاً فراهم است کافی است. (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۷۲)

رابعاً: صحیحۀ سلیمان بن خالد دلالت بر اسقاط ما لم يجب نبودن اسقاط خیارات دارد. (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۷۲)

خامساً: شیخ طوسی در خلاف و علامه در تذکره فتاوی بسیاری آورده‌اند، که دلالت بر جواز اسقاط خیارات دارد.^۷ (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۷۲)

در مجموع به نظر می‌رسد، با توجه به آن‌که سبب خیار قطعاً ایجاد شده است و هم زمان با وقوع عقد سبب خیار و در نتیجه معقول بودن اسقاط آن نزد شرع و عقلاء پذیرفته شده است، اسقاط خیارات، اسقاط مالم يجب نیست.

به این ترتیب قاعده کلی بدون اشکال باقی مانده و می‌توان خیارات را حین عقد و پس از آن اسقاط نمود.

۱.۲. ماهیت اسقاط خیارات

اسقاط خیار یک عمل حقوقی یک جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، شش ۹۱۲-۹۳۶)

حقوق دانان ذیل بحث اثر اسقاط خیارات؛ آن را به اقاله تشبیه کرده‌اند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۱۰) بنابراین تمام آثاری که بر اقاله جاری است، بر اسقاط نیز جاری می‌گردد. از جمله این‌که اثر اسقاط خیار از تاریخ تحقق اسقاط است.

تنها نکته درخوری که در بحث باقی می‌ماند، آن است که آیا تفاوتی بین ماهیت اسقاط خیارات موجود در حین عقد و خیاراتی که پس از عقد ایجاد می‌شوند (مانند خیار تأخیر ثمن و تخلف از شرط) وجود دارد؟ یا خیر؟ برخی بر این باورند، که شرط اسقاط خیارات ماهیتاً عدم ایجاد مقتضی است، یعنی طرفین با تراضی یک‌دیگر، یا یک طرف از جانب خود با اعلام رضایت و اراده خود مبنی بر اسقاط خیارات در واقع مقتضی ایجاد خیار را از بین می‌برد و مانع ایجاد خیار می‌گردد. اما

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۰۱

نظر دوم آن است، که ایجاد خیار مقتضی عقد است و کسی نمی‌تواند با اراده خود به صورت اصولی مانع ایجاد خیار گردد. حداکثر آن است که با انعقاد عقد خیار ایجاد می‌گردد و بلافاصله و بی‌درنگ حذف می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، شش ۹۳۶-۹۰۳)

به نظر برخی اساتید نظر اول مرجح است و با شرط اسقاط، زمینه ایجاد خیار از بین می‌رود و اصولاً حقی ایجاد نمی‌گردد. به بیان دیگر شرط سقوط خیار در این فرض جلوگیری از تکوین حق و نه سقوط حق بعد از ایجاد است. این سخن مخصوصاً در جایی که مبنای خیار تراضی طرفین است، بی‌گمان باید پذیرفته گردد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۹۳۶)

در مواردی که مبنای خیار لاضرر است، نیز این سخن قابل پذیرش است چرا که زیان دیده علیه خود اقدام کرده است و ضرر ناشی از اقدام ضرر ناروا نیست، ضمن آن‌که خیار از قواعد آمره و از قبیل نظم عمومی نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۹۳۶)

برخی نیز با این نظر مخالف بوده و بر این باورند، که حق خیار به محض ایجاد خود به خود ساقط می‌گردد. (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۵۴۱)

در جمع‌بندی نیز می‌توان این‌طور بیان نمود، که اسقاط اختیارات ماهیتی شبیه ابراء یا اقاله دارد، و به مفهوم «ایقاع» نزدیک است، جز این که ایقاع بیش‌تر ایجابی است و اسقاط سلبی؛ ایقاع ایجاد رابطه می‌کند و اسقاط رابطه را از بین می‌برد. شاید لفظ «عمل حقوقی یک‌جانبه» توصیف خوبی از این تعبیر باشد و به تبع با پذیرش این اصل کلی احکام ایقاع بر اسقاط نیز قابل تطبیق است. اما این مسأله که با شرط اسقاط موجب و سبب زایل می‌گردد و خیار اصولاً ایجاد نمی‌گردد؛ به نظر با توجه به مجموعه مواد راجع به خیار در قانون مدنی و کلیات حقوقی قابل پذیرش نیست؛ اختیارات مخصوصاً در فقه امامیه و با توجه به تعاریفی که از آن در فقه ارائه شده است، ملک و حق است.^۸ اما ماهیت حقوقی که صرفاً ناشی از اراده طرفین است، متفاوت است؛ اختیارات در دیگر نظام‌های حقوقی به این شکل و گستردگی پذیرفته

نشده است (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۷۰) و اصل خیار از احکام شرعی و قانونی است به این اعتبار عقد و خیار همراه و مقتضی شرعی و قانونی یکدیگر خواهند بود و نمی‌توان بیعی را تصور کرد که شرعاً خالی از خیار باشد.

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

۱.۳. چگونگی اسقاط خيارات

اسقاط، عملی حقوقی است و مانند اعمال حقوقی دیگر باید به گونه‌ای ابراز گردد، تا مترتب اثر باشد و صرف قصد و نیت در تحقق آن کافی نیست. اسقاط می‌تواند به لفظ یا عمل باشد. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶) اسقاط لفظی مانند آن است، که صاحب خیار بگوید از حق فسخ خود گذشتم، از سویی اسقاط مانند فسخ است و با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۹۹ قانون مدنی می‌توان دریافت، که اسقاط نیز به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌گردد. در نتیجه اسقاط نیز نیازمند قصد انشاء است و این قصد باید به نحوی ابراز گردد.

دیوان عالی کشور در رأی مورخه ۱۳۱۶/۴/۳ به شماره ۷۴۶ در مورد فسخ این مقرر را به صراحت یادآور شده و آورده است، فسخ معامله محتاج به انشاء فسخ است و خبر از فسخ مثبت وقوع آن نخواهد بود. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۹)^۹ با توجه به این آراء می‌توان به راحتی نتیجه گرفت، که اسقاط نیز از مقوله انشاء است، نه اخبار و انشاء نیازمند اراده و ابراز است.

در فقه امامیه نیز این مسأله مورد توجه است، در فقه نیز خيارات را می‌توان به صورت قولی و فعلی اسقاط نمود. (انصاری، ۱۳۸۲، صص ۲۲۷-۲۲۹)^{۱۰} تنها مسأله‌ایی که در فقه مورد توجه خاص قرار گرفته است، مسأله‌ای است که در شروط به تفصیل به آن پرداخته شده است و در این جا نیز مورد اشاره و نیاز است؛ از آن روی که شرط قولی اسقاط خيارات به صورت شرط ضمن عقد است؛ آیا اگر این شرط به صورت مذاکرات پیش‌اقراردادی و متبانیاً علیه منعقد گردد و ضمن عقد به آن تصریح نگردد مؤثر است؟ یا خیر؟ در این حوزه، مسأله اختلافی است؛ نظر شیخ انصاری آن است، که اقوی غیر مؤثر بودن شرط غیر مذکور در متن عقد است؛ شیخ این قول را به مشهور نیز نسبت می‌دهد. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۱)^{۱۱}

۲۰۴ عطاء الله بیگدلی

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد، آن است که شرط لفظی می‌تواند به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل باشد؛ اما ظاهراً شرط صفت بودن شرط اسقاط خیارات بی‌معنا است (دهقان، ۱۳۸۲، ص ۱۲۱)

اما در مورد اسقاط فعلی که همان تصرف در مورد خیارات است؛ در فقه به تفصیل بحث شده است. در حقوق ایران حقوق دانان تصرفی که کاشف از سقوط باشد را اسقاط عملی می‌دانند؛ مانند آن که مشتری مغبون در خریدخانه، بعد از علم به غبن، خانه را تعمیر کند یا انتقال دهد. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶؛ امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۵۲۹؛ عدل، ۱۳۷۲، ص ۴۵۰) این مسأله از وحدت ملاک ماده ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی نیز قابل فهم است.

در فقه تصرف و دلالت آن بر اسقاط خیار موجب مباحث گسترده‌ای شده است: اولاً تصرف باید اختیاری باشد و تصرف اکراهی لاتصرف است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۵)

ثانیاً محل اصلی این بحث در خیار حیوان است. فقها در این‌که چه نوع تصرفی مسقط خیار است، اختلاف دارند؛ علامه در تذکره معتقد است، که هر نوع تصرفی مطلقاً مسقط خیار است. (به نقل از انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۴۵) شیخ انصاری این نظر را در نهایت اشکال می‌داند. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۴۵) دسته‌ای دیگر از فقها تصرفی را که حاکی از رضایت شخص به لزوم عقد باشد مسقط می‌دانند، این قول از صحیح ابن رثاب و ظاهر کلام علامه در تذکره نیز قابل برداشت است، این فتوا ظاهراً فتوای شیخ در مبسوط نیز هست. (به نقل از انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۵۰)

شیخ این قول را هم نمی‌پسندند و سرانجام معتقد است، تصرفی مسقط خیار است که «نوعاً» کاشف از رضایت متصرف به لزوم عقد باشد، شیخ صحیح ابن رثاب و صفار را دلیل بر سخن خود می‌آورد. (انصاری، ۱۳۸۳، ص ۲۵۰)

اما به هر حال در این‌که اجمالاً تصرف مسقط خیار است، در بین فقها اختلافی نیست. (انصاری، ۱۳۸۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۹۸)^{۱۲}

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۰۵

اما در خیار عیب این سؤال مطرح است که آیا تصرف مسقط خیار عیب است؟ یا خیر؟ مسأله از آن روی در خیار عیب مشکل‌ساز شده است، که مدخلیت علم مشتری به عیب یا عدم علم او مورد مناقشه واقع شده است، ضمن آن‌که تصرف قبل از حدوث عیب و بعد از آن نیز محل بحث است. برخی فقها حدود ده نظریه در مسقط بودن یا نبودن تصرف در خیار عیب مطرح کرده‌اند. (الموسوی‌الخمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۵، ص ۲۴) علی‌رغم اقوال مختلف به نظر می‌رسد، در این موضوع نیز قاعده کلی جاری است و تصرفی مسقط است که کاشف از رضا باشد. اجمالاً حضرات امام خمینی و شیخ انصاری نیز به این نظر تمایل دارند. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹؛ الموسوی‌الخمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۵، صص ۲۵-۳۰)^{۱۳}

پیش‌تر بیان شد، که شرط سقوط را می‌توان به صورت نتیجه در ضمن عقد شرط نمود، یعنی طرفین شرط نمایند، که عقد بیع بدون خیار باشد و صرف انعقاد بیع موجب سقوط خیار گردد. در این میان برخی از فقها نیز اشکال کرده‌اند، که ادله شروط شامل این دسته از شروط نمی‌شوند. (سجادی، ۱۴۲۶ق.، ص ۳۸۳) زیرا کبرای قضیه ظهور در شرط فعل داشته و نتیجه‌ای در بر ندارد. در ضمن ظاهر ادله همگی دلالت بر وجوب تکلیفی دارد و جمع بین وجوب تکلیفی و وجوب وضعی در یک لفظ محل اشکال است. توضیح آن‌که مهم‌ترین دلیل لفظی در باب شروط قول حضرت رسول است که فرمود: «المؤمنون (او المسلمون) عند شروطهم» و واضح است، که عبارت اگر ناظر به شرط نتیجه باشد، معنای محصلی ندارد. ضمن آن‌که دلالت عبارت بر وجوب تکلیفی واضح است.

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

۲۰۶ عطاء الله بیگدلی

و جوب تکلیفی نیز معنای منحصر روایت نیست. زیرا معنای روایت آن است، که مؤمنین ملازم شروط خود هستند و از آن منفک نیستند و ملازمه، کنایه از عمل به مقتضی شرط است. (سجادی، ۱۴۲۶ق.، ص ۳۸۴) ضمن آن که این روایت و روایات دیگری از این دست دلالت بر وجوب وفاء به شرط دارد و واضح است که وجوب اعم از وجوب تکلیفی و وجوب وضعی است. (سجادی، ۱۴۲۶ق.، ص ۳۸۴)

۲. احکام اسقاط خیارات

۲.۱. صحت اسقاط کافه خیارات

این مسأله از مسائل مبتلی به جامعه امروزی حقوق ایران است. آیا می توان تمام خیارات را اسقاط نمود؟ این سؤال از آن روی اهمیت می یابد، که امروزه در بسیاری از اسناد رسمی و غیررسمی جمله «اسقاط کافه خیارات» به عنوان شرطی از شروط ضمن عقد بسیار رایج است و طرفین خیارات را ساقط می نمایند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۱۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۴۳) این مسأله تا جایی شایع است، که به علت سوء استفاده های فراوان از خیارات و عدم استحکام عملی معاملات به دلیل وجود تعداد فراوانی از خیارات در نظام حقوقی ایران، اداره ثبت طبق بخشنامه شماره ۱۰۹۳-۳۵۱۲۶ کلیه دفاتر اسناد رسمی را ملزم نمود در قراردادها کافه خیارات را از طرفین ساقط نمایند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۲)^{۱۴}

ظاهر ماده ۴۴۸ قانون مدنی مشعر این معنا است که می توان تمام خیارات را ساقط کرد. این مسأله مورد اتفاق حقوق دانان است و به جز یک مخالف جدی (دکتر لنگرودی) مخالف دیگری حداقل در اجمال خود ندارد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶، کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۱۳۳، امامی، ۱۳۵۵، ج اول ص ۵۴۱، قائم مقامی، ۱۳۵۶، ص ۱۰۳، عدل، ۱۳۷۲، ش ۵۲۲، ص ۳۱۰ و . . .)

در فقه علی رغم جستجوی فراوان به جمله ای که دلالت بر جواز یا منع اسقاط کافه خیارات دلالت داشته باشد بر نخوردم، اما با احصاء در سرفصل های خیارات تقریباً

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۰۷

در تمامی خيارات شرط اسقاط آن بحث شده است. از جمله در خيار مجلس، خيار حيوان، خيار شرط، خيار الغبن، خيار تأخير، خيار رؤيت (به اختلافات موجود در اين خيار اشاره خواهد شد)، خيار عيب و... (سبحانی، ۱۴۱۴، صص ۶۸، ۱۲۲، ۱۶۲، ۳۳۵، ۲۸۷، ۳۱۰، ۳۴۱ و...) و به نظر می‌رسد ذیل قاعده کلی «لکل ذی حق اسقاط حقه» و جواز اسقاط تک تک خيارات، اسقاط همه آنها بلامانع باشد.

این سخن در میان حقوق‌دانان مخالفانی سرسخت دارد. شاید مهم‌ترین مخالف این نظر دکتر لنگرودی است. ایشان معتقدند درج چنین شرطی باطل و مبطل عقد است. خلاصه استدلال ایشان به این قرار است:

طبق بند اول ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل عقد است. از سویی ماده ۴۴۸ قانون مدنی مخالف ذات عقود مغایه است:

«قانون در ماده ۴۴۸ اشتباه بزرگی کرده است... شرط اسقاط کافه خيارات برخلاف مقتضای ذات عقد مغایه‌ای است. چنین شرطی هم فاسد و هم مفسد بیع است... به این صورت باید جانب ماده ۲۳۳ را گرفت و حکم به ابطال چنین بیعی داد... شرط اسقاط کافه خيارات از مصادیق بارز غرر است». (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۳۷۲-۳۷۳)

به عبارتی ایشان بر این باورند، آن چه از ذاتیات عقود مغایه است، تعادل و همسانی تعهدات طرفین است و اگر طرفی تمام خيارات را ساقط کند، در واقع حقوق خود را بلاوجه و بدون ارزشی همسان و معادل آن از دست داده است. مخصوصاً خيار تدلیس و غبن و غیره که به نوعی تضمین‌کننده حقوق طرف معامله است و با اسقاط آن ضمانت اجرای تخلف از مفاد عقد از بین رفته و گویی تعهد لاتعهد می‌گردد.

این چگونه تعهدی است، که طرف مقابل حق تدلیس و غبن طرف مقابل را دارد و طرف مقابل نمی‌تواند در مقابل مغبون شدن و فریب خوردن معامله را فسخ کند، این امر قطعاً به غرری شدن معامله می‌انجامد و طرفین را در وضعی نابرابر

۲۰۸ عطاء الله بیگدلی

قرار می‌دهد، فلسفه جعل اختیارات جلوگیری از ضرر و ضمانت اجرای اراده طرفین است و با رفع و دفع این ابزار، عقد و تخلف از آن عملاً بلاضمانت اجرا است. این نظر گرچه در ابتدای امر نظری معقول به نظر می‌رسد، اما از ضعف‌هایی برخوردار است:

اولاً اگر پذیرفته شود، که اختیارات بماهو اختیارات جزء حقوق طرفین هستند، نباید اسقاط آن را محدود و غیرمجاز بدانیم؛ تمام حقوق ناظر به یک عقد را می‌توان اسقاط نمود و این امر با ماهیت اختیارات تناسب تام دارد.

ثانیاً اگر با اسقاط کافه اختیارات خللی در ضمانت اجرای عقد حاصل می‌گردد، این مسأله ضعف نظام حقوقی و قواعد ناظر به معاملات و معاهدات است و نباید به خاطر ایجاد این نقطه ضعف اصل قاعده را زیر سؤال برد. اگر با اسقاط کافه اختیارات عقد به نوعی غرری و بلاضمانت می‌شود، باید برای آن، ضمانت اجرایی آمه و قاعده‌مند یافت نه آن که طرفین را در مضیقه نهاد.

ثالثاً اصل در روابط قراردادی خصوصی اقتضای تعادل دارد؛ فرض رکن حقوق خصوصی و مدنی بر این واقعیت نهاده شده است، که طرفین آزادانه اعمال اراده می‌کنند و هیچ اهرم مؤثری اراده و رضای آنان را مخدوش نمی‌کند، اگر چنین فرضی درست باشد؛ که البته در واقعیت روابط انسانی غالباً این‌گونه نیست؛ هر ذی‌حقی در برابر اسقاط حق خود معادل و بهایی دریافت می‌کند و حتماً طرف مقابل در قبال اسقاط حق خیار خود عوضی دریافت کرده است. حال قیمت را پائین‌تر آورده است یا از طرف دیگر نیز حقی اسقاط کرده است؛ کما این که در قراردادهای فعل اسقاط کافه اختیارات از طرفین به عمل می‌آید و به نوعی معاوضه حقوق است و همسانی و تعادل عوض و معوض در این فرض محقق است.

رابعاً: فرض کنیم شارع مقدس اختیارات را جعل نمی‌کرد، آیا این امر منجر به غرری شدن عقود می‌شد؟ در نظام‌های دیگر حقوقی که اختیارات به این وسعت و تنوع پذیرفته نشده است و غالباً خیار عیب با محدودیت‌هایی پذیرفته شده است؛ عقود غرری است؟ به نظر می‌رسد در نظام حقوقی فقهی و حقوقی ما نیز اگر

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۰۹

خيارات ساقط شود، طرف ضرر دیده و مضرور طبق قواعد کلی حق رجوع به ضار و غار را خواهد داشت و قواعد کلی ناظر به عدم اجرای تعهد باقی است، خيار تسهیلاتی است، که به یکی از طرفین داده شده است تا بتواند عقد را بدون رجوع به محکمه و رعایت تشریقات مرسوم، فسخ کند و البته نیازی به اثبات مدعی و بر دوش کشیدن بار دلیل نداشته باشد. اشکالی در این بین وارد نیست، که طرف معامله این اجازه را داشته باشد، تا «حق» و تسهیلات خویش را در مقابل دریافت تسهیلاتی وانهاده و اسقاط نماید؟(در ادامه به تفصیل به این بحث خواهیم پرداخت).

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

۲.۲. اسقاط خيار تدلیس

۲.۲.۱. بحث حقوقی

در این‌که فریب خورده بعد از اطلاع از تدلیس طرف مقابل می‌تواند، حق خود را ساقط کند بحثی نیست، اما ایراد اصلی آن‌جا آشکار می‌گردد، که اسقاط ضمن عقد و قبل از آگاهی از تدلیس اتفاق افتد. برخی حقوق‌دانان معتقدند از آن روی که تدلیس قانوناً ممنوع است و حتی درپاره‌ایی موارد مجازات کیفری برای آن مقرر شده است، اسقاط این خيار برخلاف نظم عمومی و باطل است(کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۱۲) برخی دیگر از اساتید بر این باورند، که این شرط غیرعقلایی بوده و در نتیجه باطل است.(جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۹، حاشیه ماده ۴۸۸) در نتیجه اگر در سند ذکر شده باشد که کافه‌خيارات ساقط است، شامل خيار تدلیس نخواهد بود(صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷) در مقابل برخی اساتید چنین شرطی را صحیح می‌دانند.

«متبایعین می‌توانند، در ضمن عقد بیع شرط کنند خیاراتی که در عقد مزبور به وجود می‌آید مانند خیار عیب، غبن، تدلیس و تخلف وصف ساقط شود. اگرچه مشروط علیه جاهل به وجود سبب آن باشد» (امامی ۱۳۳۵، ج اول، ص ۵۴۱) آن‌چه از ظاهر مسأله بر می‌آید، این است که دکتر امامی در این قول متفرد است. پس نظر غالب حقوق‌دانان آن است، که اگر در قرارداد تصریح شده باشد که خیار تدلیس ساقط است، موجب بطلان عقد نیست. ولی چون چنین شرطی یا بی‌فایده و یا نامشروع است، خود شرط باطل خواهد بود. (ماده ۲۳۲ ق.م) نگارنده با این نظر موافق نیست.

۲.۲.۲. بحث فقهی

خیار تدلیس در فقه آن چنان شناخته شده نیست، شیخ انصاری و شارحان آثار او از خیار تدلیس ذکری به میان نیاورده‌اند (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۰۹؛ الخیارات و سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۱۷۴؛ الموسوی‌الخیمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۴-۵، ص ۱۲۱) شهید اول در کتاب شرح لمعه به اقتصار به آن پرداخته است (الجبعی‌العاملی، ۱۴۱۵ق.، ج ۲، ص ۸۹) این خیار غالباً در نکاح و یا ذیل خیار تخلف از شرط بحث شده است. (الجبعی‌العاملی، ۱۴۱۵ق.، ج ۲، ص ۳۷۰)

شهید اول در کتاب الدروس الشرعیة بحثی تفصیلی‌تر داشته و به عنوان هشتمین خیار، خیار تدلیس را بحث کرده است. (مکی‌العاملی، ۱۴۲۶ق.، ج ۳، ص ۳۱۸) در این‌که با خیار تدلیس ارش ثابت است یا خیر، اختلاف بوده و ابن‌ادریس و شیخ طوسی به اثبات ارش فتوا داده‌اند. (مکی‌العاملی، ۱۴۲۶ق.، ج ۳، ص ۳۱۸) و مباحث را با خیار عیب مخلوط کرده‌اند. (مکی‌العاملی ۱۴۲۶ق.، ج ۳، ص ۳۲۱)

به هر حال جایی در کتاب دروس و کتاب لمعه به امکان یا عدم امکان اسقاط این خیار به تصریح اشاره نشده است. هرچند جملاتی به صورت غیرمستقیم

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۱۱

دلالت بر این مطلب دارند^۵ (مکی‌العاملی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، صص ۳۲۱-۳۳۳) به هر حال به نظر می‌رسد، قول فقیهان امکان اسقاط چنین خیراری است.

۲.۲.۳. تحلیل

به نظر قول فقیهان و امکان اسقاط چنین خیراری نزدیک‌تر به صحت است. ظاهراً حقوق‌دانان از اصل خیار تحلیل ناصحیحی داشته و گمان می‌کنند، خیار تنها راه جبران ضرر متعاملین است و حداکثر به این نظر گرایش پیدا کرده‌اند، که خیار ثمره تراضی و اراده طرفین است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۴، ش ۸۹۸)

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

۲.۳. اسقاط خیار عیب

مشتری پس از اطلاع عیب قطعاً می‌تواند، خیار خود را ساقط نماید. در این مورد نیز اختلاف از آن جا آغاز می‌گردد، که در ضمن عقد یا کافه‌خيارات را اسقاط نموده باشند یا آن که به صراحت خیار عیب را در ضمن عقد اسقاط نموده باشند.

برخی حقوق‌دانان بر این باورند، که درست است که مشتری «ریسک» را پذیرفته که اگر کالا معیوب بود، از خیار خود بهره نبرد، اما پذیرش ریسک در حدود متعارف بوده است نه عیب خارج از متعارف و عیب فاحش، با این تفریر اگر در ضمن عقد کلیه‌خيارات اسقاط شده بود، یا حتی خیار عیب به صراحت اسقاط شده بود و بعد از معامله معلوم شد که کالا بیش از حد متعارف معیوب است و عیب فاحش دارد، مشتری حق خیار خواهد داشت. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۵۴)

در مقابل برخی حقوق‌دانان اسقاط‌خيارات را مطلق و شامل هر نوع عیبی اعم از فاحش و ساده می‌دانند. (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۵۴۱) (هرچند این سخن ظاهر در کلام آنان نیست و مستفاد از اطلاق جمله مرحوم امامی است) این اختلافات نظر حقوقی در دادگاه‌ها نیز مطرح شد. در سال ۱۳۰۸ دیوان عالی کشور طبق رأی شماره ۱۲۱۸-۳۴۸ نظری به این شرح ارائه نموده است:

«اسقاط خیار عیب شامل عیوبی که خارج از حد متعارف باشد، نیست»
با توجه به این نکته که جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از این بحث مستلزم بررسی خیار غبن نیز می‌باشد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷) در نتیجه بحث تفصیلی این موضوع را به قسمت بعد واگذار می‌کنیم و در این جا به ذکر چند نکته فقهی در مورد اسقاط خیار عیب بسنده می‌شود:

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۱۳

۱- اگر شخصی خیار عیب را مطلقاً از خود ساقط نماید، ارش هم ساقط است. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲۴) این نظر مورد توجه دادگاه‌ها قرار نگرفته است. در رأی شماره ۷-۲۶/۷۱ دادگاه حقوقی اصفهان اظهار شده است: «اسقاط اختیارات مندرج در سند ناظر به مطالبه ارش نیست و امکان فسخ معامله مانع مطالبه ارش نیست» (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۲۳۰)

البته تعارض بی‌نی بین دو قول نیست. زیرا شیخ معتقد است، اگر خیار را مطلقاً ساقط کند ارش هم ساقط است، اما با توجه به محتویات پرونده، گویا مفاد قرارداد اسقاط ناظر به مطالبه ارش نبوده و قرارداد مشعر این معنا بوده است، که امکان فسخ معامله را اعطا کرده بدون در نظر داشتن اسقاط حق مطالبه ارش؛ ضمن این‌که رأی دادگاه مورد رسیدگی دیوان عالی (شعبه سوم) قرار گرفته و به جهات دیگری رد شده است و دیوان متعرض این نکته حقوقی مندرج در رأی نشده است. (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۲۳۰) و لذا رأی دادگاه متفرد است و مثبت وجود رویه‌ایی خاص در دادگاه‌ها نیست.

۲- اگر در خیار عیب، جنس معیوب تلف شود، استثنائاً خیار ساقط می‌شود. دلیل این مسأله علاوه بر اجماع منقول، مرسله جمیل و امکان رجوع به ارش است. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲۴) در این حالت طرف خسارت دیده تنها می‌تواند مطالبه ارش نماید. در سایر اختیارات با تلف عین ذمه به مثل تعلق گرفته و مشغول می‌شود. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲۴)

۳- در فقه امامیه دو مورد هم مسقط خیار عیب و هم ارش است: علم قبل از عقد به عیب و تبری بایع نسبت به عیب. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲۷) از دلایل نقلی این فتوا می‌توان به مسقط ارش و خیار عیب بودن «تبری»، اجماع منقول، وجود برخی اخبار مانند صحیح زراره از امام باقر علیه‌السلام و مکاتبه جعفر بن عیسی اشاره کرد. تحلیل عقلی نیز مؤید این سخن است. زیرا خیار عیب در صورتی

ثابت است، که اطلاق عقد مقتضی سلامت مبیع باشد، به عبارتی اطلاق عقد مقتضی اختیار عیب است، اگر بایع تصریح کند که نسبت به عیوب مسئولیتی ندارد، اطلاق عقد را منتفی نموده و اختیار عیب بلامقتضی می‌گردد و اصولاً ایجاد نمی‌گردد. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲۷)^{۱۶}

۴- تبری از عیوب فقط اختیار و ارش را ساقط نموده نه احکام دیگر را، لذا تلف مال قبل از قبض و ضمان تلف و غیره هم‌چنان باقی است. (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۴۳) البته شهید در دروس خویش، در ثبوت ضمان تلف مردد شده‌اند. (مکی‌العاملی، ۱۴۲۶، ج ۳، درس ۲۶۱، ص ۳۲۶)^{۱۷}

اسقاط اختیار غبن

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

برخی حقوق‌دانان معتقدند، در مواردی که اسقاط خیرات شده است این موضوع منصرف از غبن فاحش است. غبن خارج از حدود متعارف و چند برابر معمول داخل در تراضی طرفین نیست و شامل اسقاط کافه‌خیرات نیست. (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۹۵۴؛ قائم مقامی، ۱۳۵۶، ص ۱۰۳) برخی حقوق‌دانان نیز با استناد به ظاهر ماده ۴۴۸ این شرط را صحیح می‌دانند (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۵۴۱)

در شرح عدم اشتغال شرط اسقاط کافه‌خیرات به غبن فاحش آورده‌اند:

«... به عبارتی «موضوع اسقاط» غبن متعارف است و اگر کسی به «غبن فاحش» دچار شود، در موضوع اسقاط اشتباه کرده و در اعمال حقوقی یک جانبه نیز

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۱۵

قاعده اشتباه جاری است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۸۳) در این موارد می‌توان قائل شد که اگر تفاوت قیمت پرداخت شود، شرط سقوط خیار نافذ و خیار ساقط است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۵۴)^{۱۸}

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

اول: صحت شرط و سقوط خیار:

دلایل این قول را می‌توان این‌گونه برشمرد:

- المؤمنون عند شروطهم؛ و اطلاق این دلیل.

- اصل رکن اصالت اللزوم

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

- اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی

دوم: بطلان شرط و جاری بودن حق فسخ

دلایل این قول را می‌توان این‌گونه دسته‌بندی نمود:

- این شرط خلاف عقل سلیم و غیرعقلایی است.

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

خود است.

- ظاهر شرط اسقاط خیار غبن است، ولی باطن آن تجویز تدلیس است و به

همان دلایلی که در رد امکان اسقاط خیار تدلیس بیان شد، می‌توان در رد امکان

اسقاط این خیار نیز تمسک نمود. در ضمن این امر خلاف اخلاق حسنه مندرج در

ماده ۹۶۰ ق.م است (قائم مقامی، ۱۳۵۶، ص ۱۰۳)

- معامله غرری می‌گردد.^{۱۹}

قبل از بررسی بحث شایسته است نظر حقوق‌دانان، رویه قضایی و فقها را

ذکر کنیم تا بررسی دقیق‌تر سامان یابد:

دکتر صفایی بر این باور است: «در صورت وجود غبن فاحش، مغبون هنگامی می‌تواند، قرارداد را فسخ نماید، که این حق را به طور ضمنی یا صریح اسقاط نکرده باشد». (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۲)

این جمله تمایل ایشان را به نظر اول، یعنی صحت شرط نشان می‌دهد. زیرا طرفین صریحاً غبن فاحش را اسقاط نموده‌اند. بنابر جمله نقل شده از دکتر کاتوزیان نیز همین نظر قابل استفاده است. زیرا مبنای سخن ایشان، قرار گرفتن یا نگرفتن این شرط در دایره تراضی طرفین است. هرگاه واقعاً اسقاط غبن فاحش در دایره تراضی طرفین قرار گرفته باشد چه منعی برای اسقاط آن و صحت این شرط وجود دارد؟ (مستنبط از کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۸۴)

دکتر امامی نیز با توجه به اطلاق جمله مذکور از ایشان نباید با صحت شرط اسقاط غبن فاحش مخالفتی داشته باشند. (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۵۴۱)

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

- طبق رأی صادره از شعبه دهم دیوان عالی به تاریخ ۷۲/۱/۱۸ به شماره دادنامه ۱۰/۲۰:

از آن روی که به موجب فروش نامه مستند دعوی کلیه اختیارات از جمله اختیار غبن به اعلی مرتبه از طرفین ساقط گردیده است، تمسک به اختیار غبن فاقد موقعیت قانونی تشخیص شده است. (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۳۰۷)

- طبق رأی صادره از شعبه سوم دیوان عالی، به تاریخ ۸۷/۷/۵ به شماره ۳/۴۱۰ در موضوع زمینی که به نصف قیمت معامله شده بود و در آن کلیه اختیارات از جمله غبن اسقاط شده بود، نظر به اسقاط اختیار غبن و صحت شرط اسقاط، حکم به صحت معامله داده است. (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۳۰۸)

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۱۷

- طبق رأی صادره از شعبه ۶ دادگاه عمومی و شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر به تاریخ ۷۵/۳/۲۷ به شماره ۵۴۱ اعتراض وخواه که به تحقق غبن فاحش استناد کرده بود، را رد نموده است. نظر دادگاه در این راستا است که اعتراض وخواه مؤثر در مقام نیست. زیرا در قرارداد اسقاط کلیه اختیارات متصوره خصوص خیار غبن فاحش به عمل آمده است. (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۳۱۰)

- طبق رأی شعبه هشتم دیوان عالی، مورخ ۶۹/۱۰/۱۰ به شماره ۸/۵۶۲ دلالت مبیعه نامه عادی و محتویات پرونده بیع صحیح با اسقاط کافه اختیارات بین طرفین واقع شده و استناد به خیار برای فسخ قرارداد صحیح نیست. (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۳۱۱) آراء ۶۹/۱۲/۲۸ شعبه ۲۲ دیوان عالی و ۷۰/۱۰/۲۳ شعبه دیوان و غیره نیز به همین معنا دلالت دارند. (بازگر، ۱۲۷۹، صص ۳۱۳-۳۱۴)

۲.۳.۲. آراء فقهی

آیا اسقاط کافه اختیارات شامل غبن فاحش می‌گردد؟ یا خیر؟ و آیا اسقاط صریح غبن ذیل عقد ممکن است؟
در مورد سؤال اول در میان فقهای متقدم چیزی یافت نشده، اما در مورد سؤال دوم، شیخ در مکاسب متعرض بحث شده است. طبق نقل ایشان شهید اول در دروس معتقدند، اگر در ضمن عقد سقوط خیار غبن و رؤیت شرط شود، چنین عقدی باطل است. (انصاری ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۸۱)^{۲۰}

شیخ در مقام اتیان دلیل برای فتوای شهید می‌فرماید:

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

شیخ این سخن را نمی‌پذیرد، او معتقد است اقوی صحت شرط سقوط خیار غبن در ضمن معامله است، اگر این سخن پذیرفته نشود، مستلزم این نتیجه خواهد

بود که همه معاملات که طرفین عقد به قیمت واقعی کالا نزد اهل خبره مطلع نیستند، باطل باشد در حالی که می‌دانیم این‌گونه نیست. صرف جهل به مالیت موجب غرر نیست. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۸۲)

نکته‌ای که در این بحث باید متذکر شد و در تحلیل ما مؤثر خواهد بود، مفهوم غبن در فقه است. همان‌گونه که شیخ اعظم تذکر به این نکته داده‌اند، اصولاً غبن در مبحث خیار غبن به معنای غبن فاحش است؛ غبنی که در عرف چنان ضرری محسوب گردد، که عرف مردم در آن حاضر به تسامح و گذشت نباشند. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۷۵) شیخ این سخن را به علامه نیز نسبت می‌دهد و در مثال می‌فرماید، که مثلاً ۲ در ۲۰ (۱۰٪) تفاوت قیمت، غبن فاحش نیست. (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۷۵)

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

- الموسوی‌الخمینی:

«آن جا هم که در ضمن عقد تصریح کرده باشند به این‌که: خیار غبن ساقط باشد هر چند که غبن فاحش و بلکه افحش باشد، تنها خیار آن مقدار غبن ساقط می‌شود، که در مثل چنان معامله‌ای احتمالش داده می‌شود، پس اگر فرضاً متاعی را به صد تومان خریده که احتمال نمی‌رود ارزش واقعی‌اش ده یا بیست تومان باشد و احتمال می‌رود، که غبن فاحش و زشت آن پنجاه تومان و غبن افحش زشت‌تر آن هفتاد تومان باشد و اتفاقاً ارزش کالائی که او خریده به صد تومان و یا بیست تومان است، کلمه فاحش در چنین شرطی شامل نود تومان و کلمه افحش شامل هشتاد تومان نمی‌شود بنابراین خیار ساقط نیست.» (الموسوی‌الخمینی، ۱۳۷۷، جلد سوم،

ص ۳)

- آیت‌الله بهجت:

«۸۶۳- در اسناد و قباله‌های معاملاتی می‌نویسند: «با اسقاط تمام اختیارات حتی خیار غبن فاحش» اگر فردی در معامله‌ای فهمید، که خیلی مغبون شده مثلاً جنس خود را یک دهم یا یک بیستم قیمت متعارف فروخته - که عقلاً در این معامله اصلاً اقدام نمی‌کنند مگر سفاهتی باشد - آیا خیار ساقط می‌شود؟
ج: خیار ثابت است و لفظ فاحش تا این حد اطلاق ندارد.

۸۶۴- در بعضی از قول‌نامه‌ها در بنگاه‌ها نوشته شده است «معامله انجام شده قطعی است و کلیه اختیارات حتی خیار غبن از طرفین ساقط گردید»، آیا این شروط جایز است؟ در این صورت هیچ نوع خیار باقی می‌ماند که از آن استفاده نمود؟
ج. بله، این شروط جایز و ساقط‌کننده اختیارات است، مگر موردی که از آن منصرف باشد».

و در پاسخ به سؤال مفصلی با همین موضوع فرموده‌اند:

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

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

ج. اگر اسقاط خیار را مقید کرده بوده، به مرتبه‌ای از غبن که احتمال می‌داده یا از قراین فهمیده بوده است، خیار ساقط نیست، در غیر این صورت ساقط است مگر در صورت ثبوت انصراف قطعی از آن».^{۲۱}

- آیت‌الله صانعی:

«س ۱۰۶۱- شخصی منزل خود را با شرط اسقاط کلیه اختیارات می‌فروشد؛ ولی پس از معامله، به علت جهل به قیمت واقعی خانه مذکور، می‌فهمد که غبن به

۲۲۰ عطاء الله بیگدلی

قدری است که اگر می دانست، آن را قبول نمی کرد. مثلاً خانه ده میلیون تومانی خود را به مبلغ سه میلیون و دویست هزار تومان، یعنی با شش میلیون و هشتصد هزار تومان غبن فروخته است. آیا شرعاً خیار غبن برای فروشنده است یا خیر؟

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

- آیت الله مظاهری:

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

سؤال این است که:

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

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

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

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

ج: ۱) کلیه خیارات قابل اسقاط است مگر خیار غبن که قابل اسقاط نیست.^{۲۲}

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

۳) مورد اجماع نیست.

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۲۱

۴) قاضی بر طبق دستور خود عمل می‌کند

«س: خانه‌ای داشته‌ام که به مبلغ سی میلیون تومان قول‌نامه کرده‌ام، در صورتی که همان زمان قیمت واقعی آن سی و شش میلیون تومان بوده است و آن‌ها در قول‌نامه قید کردند که اسقاط کلیه اختیارات از طرفین گردید و معنی این جمله برای ما مفهوم نبود، آیا می‌توان معامله را فسخ کرد؟»

ج: اگر موقع فروش، تفاوت فاحشی بوده است می‌توان معامله را فسخ نمود.^{۲۳}

- آیت الله مکارم شیرازی:

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

«ج: هر گاه ثابت شود سهم او، در آن زمان چنین قیمتی داشته و او بی‌خبر بوده، اسقاط اختیارات شامل آن نمی‌شده، و می‌تواند معامله را فسخ کند.»^{۲۴}

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، قول مشهور علمای فعل آن است که اسقاط کلیه اختیارات شامل غبن فاحش نمی‌گردد و حتی اگر تصریح به اسقاط غبن فاحش نموده باشند و غبن واقعاً فاحش‌تر از آن چه که در تراضی طرفین بوده است، باشد حق خیار ثابت است و شرط از این نوع غبن انصراف دارد، فتوای امام خمینی رحمت‌الله‌علیه در تحریر و آیت‌الله بهجت حفظه‌الله صریح در معنا است.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، فتوای شیخ اقوی بودن صحت شرط سقوط خیار غبن فاحش و در نتیجه اسقاط آن است، اما نظر مشهور علمای معاصر بطلان یا انصراف چنین شرطی از غبن فاحش است و خیار را برای ذوالخیار ثابت

می‌دانند. این نظر به نظر حقوق‌دانان معاصر نزدیک است و با وحدت رویه در تضاد است.

۲.۳.۳. جمع‌بندی و تحلیل

۱- ما هنگامی که از غبن سخن می‌گوئیم، از غبن فاحش سخن می‌گوئیم. غبن در نظام حقوقی همان غبن فاحش است. در فقه دیدیم که غبن فاحش اصولاً موضوع احکام خیار است. در قانون مدنی نیز ماده ۴۱۶ صراحت بر این معنا دارد، که مراد از غبن «غبن فاحش» است. لذا وقتی طرفین در عقد خیار غبن را ساقط می‌کنند یا کافه‌خيارات را ساقط می‌کنند در واقع خیار غبن فاحش را ساقط می‌کنند و ذکر کلمه «فاحش» در عقود از باب تأکید و اصرار است و ثمره حقوقی خاصی ندارد، لذا به نظر می‌رسد در گام اول دو سؤال فرض شده، به یک سؤال تقلیل می‌یابد و فرقی بین موردی که طرفین کافه‌خيارات را اسقاط می‌کنند یا به صورت خاص خیار غبن فاحش را اسقاط می‌کنند نیست.

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

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

۴- به نظر می‌رسد با توجه به مشکل بودن اثبات این امر که طرفی بتواند ثابت کند منظور او از اسقاط خیار غبن، غبن تا این میزان نبوده است، آراء دیوان عالی به این سمت گرایش دارند که اراده‌ظاهری را معتبر بدانند و همین که خیار

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۲۳

غبن ساقط شد، دعوایی را بر اساس خیار غبن نپذیرد. با دقت در آراء شاید بتوان نتیجه گرفت که اگر طرفی ادعا کند که مقصود طرفین، غبن تا این اندازه نبوده و عملاً تراضی بر سر چیز دیگری واقع شده ادعای او شنیده می‌گردد. آراء دیوان بیش‌تر ناظر به صعوبت اثبات است نه ماهیت و ثبوت. برای تعیین فاحش بودن غبن و در نتیجه کشف بیش‌تر از مقدار فاحش بودن غبن، ۳ راه کار قابل فرض است:

اول آن که عرف را ملاک تعیین میزان غبن فاحش بدانیم. دوم آن که اراده طرفین را ملاک قرار دهیم و تابع قصد آنان باشیم و اثبات میزان مورد توافق را به آنان واگذاریم. سوم آن که میزانی قانونی مشخص کنیم تا فراتر از آن غبن فاحش باشد و کم‌تر از آن قابل مسامحه.

راه حل سوم به تبع نظر برخی فقها عامه (مالک، یک سوم را ملاک می‌دانست. به نقل از (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۷۵) مورد اتباع مقنن در سال ۱۳۰۷ قرار گرفت. طبق ماده ۴۱۷ مصوب سال ۱۳۰۷:

«اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیش‌تر باشد فاحش است و در کم‌تر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». این ملاک طرف اقل را مشخص می‌کرد، اما طرف اکثر را و می‌نهاد و مشخص نمی‌کرد چه غبنی دیگر قابل تحمل نیست و خارج از خیار غبن است نصف یا سه چهارم یا...؟

این ماده در سال ۱۳۶۱ اصلاح شد و به ضابطه نوعی - عرفی فقها بازگشت، طبق اصلاح این ماده:

«غبن در صورتی فاحش است، که عرفاً قابل مسامحه نباشد.»

این مقرر در سال ۱۳۷۰ عیناً مورد تصویب قرار گرفت. (کاتوزیان، ۱۳۸۶،

ص ۳۱۷)

از سویی حقوق‌دانان بر کارایی روش اثبات شخصی اراده واقعی طرفین در کنار این مقررات قانونی اصرار می‌ورزند. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۵ و کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، ش ۹۵۴) ضمن آن‌که متن ماده ۴۱۷ مشکلی را حل نکرده و برای حد بالا صراحتی ندارد.

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

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

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

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

اما با توجه به همه آن چه گفته شد نگارنده معتقد است، بهتر است اصول حقوقی را از دست تطاول مصالح اجتماعی کوتاه کنیم. بهتر است ما حق طرفین در اسقاط خیار غبن [فاحش] را محترم شماریم و برای تشخیص فاحش بودن غبن حداقل آن را به عرف واگذاریم و سقفی برای آن نشناسیم. به عبارتی هر میزان

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۲۵

«فاحش بودن» را غبن بدانیم و با اسقاط خیار غبن راه پی‌گیری ضررهای هنگفت را نیز از راه خیار مسدود کنیم و در مقابل راه‌های دیگر جبران خسارت را به طرفین رهنمون گردیم. این سخن غلبه دادن اراده ظاهری و عدم استماع ادعای مخالف ظاهر قراردادها است که به مصلحت و منطبق بر تاریخ فقه و حقوق ما است. به عبارتی با پذیرش این سخن طرفین نمی‌توانند ادعا نمایند، که میزان غبن وارد شده در دایره تراضی آنان نبوده است و از سوی خیار غبن ناظر به غبن فاحش است و این امر سقفی ندارد، ولو با بیع متاع را به یک دهم قیمت واقعی فروخته باشد؛ با اسقاط خیار غبن نمی‌تواند به آن استناد کند و باید راه دیگری پی‌بگیرد. این سخنان در مورد خیار عیب نیز جاری است.

۲.۴. اسقاط خیار تخلف از وصف

بدیهی است که اگر متعهد از وصفی که قرار بوده است، کالایی داشته باشد تخلف نماید، تعهد به تمامی انجام نگرفته است. چه وصف از مشخصاتی است که متعهد را تشویق به معامله کرده است و با فقدان اوصاف مورد نظر رضای طرف مقابل مخدوش است. در جای خود به تفصیل بحث شده است که وصف مورد نظر در باب خیار از اوصاف اساسی نیست و تخلف از اوصاف اساسی عملاً با عدم انجام تعهد برابر است و موجب می‌گردد تا شرط ذیل ماده ۲۱۴ قانون مدنی محقق نشده و به علت فقدان شرط اساسی صحت معامله، این معامله صحیح نباشد (باطل باشد).

از سوی واضح است که متعهد می‌تواند بعد از اطلاع از تخلف از وصف و ایجاد خیار تخلف از وصف آن را اسقاط نماید و بیع را به همان‌گونه که هست قبول نماید (ماده ۴۱۰) مانند موارد گذشته اشکال از آنجا ایجاد می‌گردد، که طرفین در ضمن عقد کافه خیار یا به صراحت خیار تخلف وصف را اسقاط نموده باشند. پیش‌تر مشاهده شد که دو مورد تفاوت جوهری ندارند.

برخی حقوق دانان بر این باورند، که اسقاط کافهٔ خيارات شامل تخلف وصف نمی‌گردد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷؛ کاتوزیان، ۱۴۸۶ق.، ص ۳۳۱) استدلال این دسته از اساتید آن است، که این شرط غیرعقلایی است و حتی اگر تصریح به اسقاط خيار تخلف وصف هم شده باشد به استناد مادهٔ ۲۳۲ باطل خواهد بود. وجه غیرعقلایی بودن این شرط آن است، که گویی طرف معامله می‌گوید: «این خانه را می‌خرم به شرطی که در منطقه خوش آب و هوا باشد ولی اگر در منطقهٔ هوش آب و هوا نبود هم می‌خرم».

از طرفی در مواردی که طرفین اسقاط کافهٔ خيارات را در قرارداد شرط کرده‌اند، تفسیر ارادهٔ طرفین نیز ما را به عدم شمول این شرط به اسقاط خيار تخلف از وصف رهنمون می‌کند، زیرا معقول به نظر نمی‌رسد، که طرفین اوصافی را که مد نظر داشته‌اند بدون ضمانت اجرا رها نمایند. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷) در نتیجه معقول‌تر قرارداد آن است، که ارادهٔ طرفین را به اسقاط این خيار ناظر ندانیم. دیوان عالی نیز در تاریخ ۱۳۱۹/۵/۲۸ به صراحت به این نظر متمایل شده است. طبق این نظر: «توصیف مبیع در قباله برای تعیین مورد معامله است و اسقاط خيارات به‌طور مطلق شامل تخلف از وصف نخواهد بود» (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷)

از سویی برخی حقوق دانان با این نظر مخالف بوده و با تمسک به اطلاق مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی صراحت دارند، که خيار تخلف از وصف را نیز می‌توان اسقاط کرد. (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۵۴۱)

در فقه نیز در اسقاط خيار رؤیت (تخلف از وصف در حقوق) پس از اطلاع و رؤیت اختلافی نیست. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۵) اما در شرط اسقاط این خيار حین‌العقد برخلاف سایر خيارات که تقریباً در صحت اسقاط آن تردیدی نشده است، اختلاف نظر وجود دارد.

شیخ انصاری، علامهٔ حلّی، شهید^{۲۵} و محقق قائل‌اند، که چنین شرطی فاسد و مفسد عقد است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶) دلیل این دسته از فقها آن است، که با اسقاط چنین شرطی بیع عملاً غرری می‌گردد زیرا این شرط به معنای فقدان اعتبار

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۲۷

اوصاف ذکر شده است و گویی مبیع غایب، بلا توصیف خریداری شده است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶) شیخ این قول را تقویت نموده و معتقد است هر چند خیار حکمی شرعی است و موجب غرر عرفی نمی‌گردد، ولی به هر حال بین شرط سقوط خیار با ذکر اوصاف منافات هست و غرر به سبب همین تنافی در عقد راه می‌یابد. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶)

برخی دیگر از فقها در مقابل معتقدند، که این شرط صحیح و عقد نیز صحیح است. شیخ این قول را به صاحب نهایت الاحکام نسبت داده است. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶) دلیل صاحب النهایه آن است، که ثبوت خیار اصولاً رافع غرر نیست تا سقوط آن موجب غرر گردد، خیار حکمی شرعی است و غرر امری عرفی است.

چگونه می‌توان ادعا کرد که امری شرعی موضوعی عرفی را محقق کند. در ضمن چه تفاوتی بین این مورد و اسقاط خیار عیب است؟ چگونه در آن‌جا همگی قائل به صحت اسقاط خیار عیب‌اند ولی در این مورد اسقاط خیار رؤیت را نمی‌پذیرند؟

شیخ از ادعای اخیر پاسخ می‌دهد، به نظر شیخ بین خیار عیب و خیار تخلف از وصف فرق است. زیرا در خیار رؤیت (تخلف از وصف) با بیع متعهد به وجود اوصاف در مبیع شده است و اسقاط این خیار با عدم تعهد مساوی است و گویی با بیع در ضمن تعهد، شرط عدم تعهد نماید که غیر عقلایی است. اما در خیار عیب با بیع متعهد به نبودن عیب در مبیع در ضمن عقد نشده است. نفی عیب و نبود عیب در کالای فروخته شده مقتضی اصالت الصحه است و طرف می‌تواند با قرار دادن شرط ذیل عقد اقتضاء قاعده را مرتفع نماید. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶)

برخی از فقها نیز معتقدند، چنین شرطی فاسد است ولی عقد صحیح است (شیخ انصاری قائل را ذکر نکرده است) دلیل این گروه آن است، که رؤیت سبب خیار است و لذا هنگام عقد، خیار رؤیت وجود ندارد تا شرط ساقط شود. لذا

اسقاط چنین خیاری، اسقاط مالم یجب است که شرطی لغو و فاسد است ولی موجب افساد عقد نیست به عبارتی، تخلف از وصف بعد از اطلاع مستقر می‌گردد و تا قبل از آن اصولاً خیاری ثابت نیست تا آن را اسقاط نمود. (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۳۱۶)

آیت الله سبحانی نیز نظر شیخ را با تفصیلی تأیید می‌کنند و اشکالات وارده را (مخصوصاً از طرف سیدطباطبائی و محقق خراسانی) وارد نمی‌دانند. (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، صص ۳۱۱-۳۱۳) الموسوی الخمینی نیز پس از انتقاد به نظر شیخ، سرانجام مسأله را بدون اظهار نظر خاتمه می‌دهند. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۴، ص ۴۴۰) تنها نکته‌ایی که در بحث فقهی مسأله به عنوان نکته‌ایی فرعی باید به آن پرداخت، این است که برخی فقها قائل اند خیار رؤیت یا خیار تخلف از وصف متفاوت است. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۴، ص ۴۲۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۳۰۰)

وجه تفاوت یا آن است، که خیار تخلف از وصف ناظر به اوصافی است که صریحاً در عقد بیان شده در حالی که خیار رؤیت ناظر به تخلف متبانیاً علیه است. (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۳۰۰) اگر این تفاوت پذیرفته شود اصرار بر بلا اثر بودن شروط متبانیاً علیه و غیر مصرح در عقد بلاوجه است.^{۲۶} (سبحانی، ۱۴۱۴ق.، ص ۳۰۰)

وجه تفاوت دیگر شاید آن باشد، که خیار تخلف از وصف در بیع کلی مصداق دارد و خیار رؤیت ناظر به موردی است، که عین معین غایب با توصیف فروخته می‌شود. شاید در کلام الموسوی الخمینی دلالتی بر این تفاوت باشد. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۵ق.، ج ۳، ص ۴۲۷)

اما به هر حال به نظر می‌رسد وجوه تفاوت قابل اعتنا نبوده و خیار رؤیت تفاوت جوهری با خیار تخلف از وصف ندارد.^{۲۷}

در این بین مجالی کوتاه برای تحلیل مسأله خواهیم داشت، که از آن چه گفته شد برمی‌آید: اکثر فقها و حقوق دانان در این مسأله که اسقاط کافه خیارات

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۲۹

شامل خیار تخلف از وصف نمی‌شود توافق دارند و اشتراط صریح اسقاط چنین
خیاری را در ضمن عقد فاسد می‌دانند (اکثر فقها مفسد نیز می‌دانند).

اما به نظر می‌رسد، علی‌رغم تصریح رأی دیوان بر این نظر؛ از منظر حقوقی
این سخن قابل اتکاء نیست. دلیل این مسأله آن است، که به نظر می‌رسد حقوق دانان
و فقها به تفاوت اوصاف موجب خیار با سایر اوصاف توجه ننموده‌اند.

هنگامی که بایع و مشتری بر سر معامله کالایی اعم از کل یا شخصی معین
به توافق می‌رسند، دو دسته از صفات را مدنظر دارند، دسته اول صفاتی اساسی که
ماهیت کالا را سامان می‌دهد و دسته دوم صفات عارضی که ترغیب کننده شخص
است و موضوع تعهد را تسلیم نکرده است و باید کالا یا موضوع تعهد را منطبق بر
وصف انجام شده تسلیم نماید، به نظر می‌رسد در این مسأله شکی نیست. اما چه
مانعی دارد، که متعهدله در ضمن عقد، اوصاف فرعی را بدون ضمانت اجرای
قراردادی رها نماید؟ حتی عدم انجام و تحقق مورد تعهد بدون رعایت این اوصاف،
مورد معامله را مخدوش نمی‌کند، چه این اوصاف فرعی و ناظر به رضای طرفین
است و خلل به آن مورد معامله را غیرمعین نمی‌نماید. ضمن آن‌که همان‌گونه که
ذکر کرده‌ایم، خیار روش قراردادی و مورد تراضی طرفین برای جبران خسارات یا
عدم تحقق مطلوب است. اسقاط خیار تخلف از وصف به این معنا نیست، که
متعهدله هیچ راه دیگری برای وصول به مطلوب ندارد. اسقاط خیار تخلف از
وصف تنها به این معنا است که در صورت محقق نشدن اوصاف فرعی در مورد
کالایی کسی که حق خیار را از خویش سلب کرده حق فسخ معامله را نخواهد
داشت. اما راه الزام متعهد هم‌چنان باز است، متعهدله می‌تواند با رجوع به دادگاه
الزام متعهد به انجام تعهد به تمامه و کماله را خواستار گردد. به این ترتیب معنای
اسقاط خیار تخلف از وصف در مثال ذکر شده در کتب حقوقی که مشعر بر این
معنا نیست که: «این خانه را می‌خرم به شرطی که سقف شیروانی داشته باشد، ولی
اگر سقف شیروانی هم نداشت می‌خرم» بلکه به این معنا است، که این خانه را

می‌خرم به شرطی که سقف شیروانی داشته باشد، ولی اگر سقف شیروانی نداشت من معامله را فسخ نمی‌کنم» بدیهی است متعهدله می‌تواند متعهد را الزام به نصب شیروانی کند. آری اگر وصف اساسی بود، مثل آن که او خانه‌ای در منطقه خوش آب و هوا خریداری کرده بود؛ اسقاط خیار تخلف از وصف شامل تخلف چنین وصفی نیست و عدم تسلیم خانه‌ای در منطقه خوش آب و هوا به منزله عدم ایفای تعهد است نه تخلف از وصف موجب خیار.

لذا به نظر می‌رسد، اسقاط این شرط مطلقاً موجب غرر نیست. ضمن این‌که استدلال صاحب‌النهاییه هم متین است و جواب شیخ کافی در رد آن نیست و تفاوتی بین خیار عیب و تخلف از وصف نیست. در خیار عیب نیز اراده ضمنی طرفین به عدم وجود عیب در کالا تعلق گرفته و فرقی بین اراده ضمنی و صریح از نظر آثار نیست. این سخن با ظاهر ماده ۴۴۸ و قول دکتر امامی نیز موافق است.

۲.۵. اسقاط خیار تفلیس و تعذر تسلیم

آیا اسقاط کافه خیارات یا شرط اسقاط این دو خیار که تقریباً مشابه بوده و صحیح و نافذ است؟ این مسأله نیز اخلاقی است. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴) علی‌رغم ظهور ماده ۴۴۸ برخی معتقدند این شرط با مقتضای عقد منافات دارد، زیرا تسلیم در عقود تملیکی یا اجرای تعهد در عقود عهدی جزء ماهیت این‌گونه عقود است و شرط اسقاط خیار به این معنی است که متعهد می‌تواند عوض معامله را دریافت نماید بی آن که تعهد خود را اجرا نماید و این با مقتضای عقد معاوضی منافات دارد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴) برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز بر این باورند، که این شرط خلاف نظم عمومی و قواعد آمره است و شرطی نامشروع است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۳۸، بند ۴ ذیل ماده ۴۴۸ و کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۴۰، ش ۱۰۸۱) زیرا جمع شدن عوض و معوض نزد یک نفر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۳۱

فقها از امکان یا عدم امکان اسقاط این دو خیار سخنی نگفته‌اند (جبعی‌العاملی، ۱۴۱۵، ج ۲، صص ۹۳-۹۴) بسیاری از فقها نیز اصولاً از این اختیارات سخنی نگفته‌اند.^{۲۸} لذا نمی‌توان از کتب فقهی نکته خاصی در این باره استفاده کرد و نتیجه آن است که طبق قاعده اصلی این اختیارات قابل اسقاط است. ثمره قول و مبنای مختلف حقوق‌دانان آن است، که اگر این اسقاط را خلاف مقتضای عقد بدانیم شرط فاسد و مفسد است و در حالت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه شرط صرفاً باطل و غیر مفسد است.

در این بیان به تحلیلی از مسأله خواهیم پرداخت، که به نظر می‌رسد، نظر اساتید حقوق صحیح نیست. این برداشت ناشی از فهم ناصحیح اختیارات است. اختیارات به گمان برخی تنها راه جبران ضرر است و سقوط آن موجب وجود ضرری تدارک نشده می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۴۱)

در حالی که این سخن اشتباه است. گروهی دیگر از حقوق‌دانان به اجمال سعی کرده‌اند به نظر مخالف تمایل نشان دهند ولی آنرا منقح نکرده‌اند. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۴۹۳) بنابر نظر ایشان:

«در فقه و قانون مدنی، موقعی می‌توان از این خیار [تعذر تسلیم] استفاده کرد که راه اجبار مشتری به پرداختن ثمن، بر بایع مسدود باشد نمی‌توان تنها راه اعمال حق بایع را از طریق شرط اسقاط خیار تعذر تسلیم، بست.» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۴۹۳)

تمام این سخنان و نظرات از این مبنا ناشی می‌شود، که گمان آن بوده که اختیارات تنها راه اعمال حق و جبران ضرر است. در حالی که اختیارات راهی آسان و قراردادی برای بازگرداندن وضعیت به وضعیت سابق است و نه هیچ چیز دیگر. لذا بنابر مبنای نویسنده معنای اسقاط خیار تعذر تسلیم، این نیست که متعهد بتواند عوض معامله را دریافت کند، بدون آن‌که تعهد خود را اجرا نماید، (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴) بلکه به این معنا است که اگر متعهد نتواند کالا را تحویل دهد، متعهدله

نمی‌تواند رأساً معامله را فسخ کند بلکه باید با مراجعه به حاکم، فسخ قرارداد را یا اجبار متعهد را در صورت امکان تقاضا نماید.

عجیب است که اساتید محترم اسقاط یک حق امتیاز در روش و شیوه احقاق حق را صورتی ماهوی و ثبوتی داده‌اند و آن را مغایر با نظم عمومی یا مقتضای عقد می‌دانند. اسقاط حق خیار تعذر تسلیم اسقاط حق است؛ اسقاط و صرف نظر کردن از یک آئین و راه سریع قراردادی رسیدن به حق و نه صرف نظر کردن از حق ثبوتی که ناظر به ماهیت عقد است. اسقاط حق خیار و تعذر تسلیم به این معنا است که مشتری اگر با عدم تحویل کالا از سوی بایع مواجه شده نتواند رأساً از حق فسخ که حقی عرضی و غیر اصیل است استفاده کند و باید منطبق بر قاعده و اصالت‌اللزوم، فسخ را از دادگاه بخواهد. حق فسخ «اولین» حق است نه آخرین آن‌ها. حق فسخ آسان‌ترین راه و امتیازی در دست صاحب‌خيارات نه آن‌گونه که برخی اساتید پنداشته‌اند «آخرین» و تنها راه جبران خسارت. پس به نظر ما می‌توان خیار تعذر تسلیم و تفلیس را نیز اسقاط نمود.

۲.۶. عدم پای‌بندی به اسقاط حق خیار و فسخ معامله

تا این مرحله و در شش گام احکام ناظر به خيارات به صورت موردی بررسی شد. در این بند به بررسی این مسأله می‌پردازیم، که اگر شخص که ذیل عقد، تعهد نموده است، که از خیار خود استفاده نکند و آن را اسقاط می‌نماید، با تخلف از این شرط، حق خیار خویش را اعمال کرده و معامله را فسخ نمود، سرنوشت عقد چه می‌شود؟

این مسأله آن‌گاه رخ می‌نماید که طبق ضوابط و اصول کلی طرف مقابل تنها می‌تواند، به تخلف از شرط ضمن عقد استناد نماید و حداکثر معامله را فسخ کند! در حالی که هدف او حفظ قرارداد از فسخ یک جانبه و استحکام آن بوده است. در کتب حقوقی تا آن‌جا که فحوص شد، به مسأله پرداخته نشده است. اما فقها به مسأله پرداخته‌اند. شیخ در مکاسب معتقدند که:

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۳۳

«... فلو خالف الشرط و فسخ: فیحتمل عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بشرط مستلزم بوجود اجباره علیه و عدم سلطنته علی ترک... و یحتمل قویاً عدم نفوذ، للعموم دلیل الخیار والالتزام بترک الفسخ لایوجب بالشرط الدال علی وجوب ترتب آثار الشرط...» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۰)

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

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

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

در این مجال نیز نکته‌ای قابل بررسی است، که: طبق ماده ۴۴۸ قانون مدنی اصل، امکان اسقاط تمامی خيارات است. طبق احصای قانون مدنی در نظام حقوقی ایران ۹ خیار مشترک شناخته شده است. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۲۷۲) این خيارات عبارت‌اند از: خیار شرط، تخلف از وصف، غبن، عیب، تدلیس، تبعض صفقه، تخلف از شرط، تفلیس و تعذر تسلیم.

اساتیدی که قائل‌اند اسقاط کافه‌ی خيارات شامل برخی خيارات نمی‌گردد، تعداد استثنائات را حدود ۶ فقره از این خيارات می‌دانند. اگر این تفسیر پذیرفته شود عملاً تعداد مستثنیات بیش‌تر از اصل قاعده می‌گردد که قطعاً استثناء مستهجن است. لذا این نکته نیز اماره‌ای بر این ادعا است، که تحلیل کلی این اساتید صحیح نیست.

۳. نتیجه‌گیری

اصل اولی و قطعی امکان اسقاط خيارات است، هم در قانون ایران و هم در فقه؛ و این اصل شامل اسقاط خيارات در ضمن عقد نیز می‌گردد. نظریه‌ایی که از دید حقوق‌دانان مغفول واقع شده است. این نکته بدیع است که خيارات صرفاً راهی میان‌بر و تسهیلاتی است که قانون‌گذار برای صاحب خیار جعل نموده تا بدون سپری کردن تشریفات و آئین دادرسی مدنی عقد را به صورت یک جانبه فسخ کند و ضرر خود را جبران کند یا اگر به هدف مطلوب خود از معامله نرسیده است معامله را کأن‌لم‌یکن بگرداند. خيارات اولین راه و آسان‌ترین راه است و هیچ منافاتی با پیگیری بقیه‌ی طرق جهت اجرای تعهد یا جبران ضرر ندارد. لذا خیار ماهیت «حق» دارد و حق را مطلقاً می‌توان ساقط نمود به عبارتی طرفین می‌توانند با اسقاط خيارات، حق بهره‌مندی خود از یک امتیاز و تسهیل قانون را ساقط نمایند و اگر با ضرر یا عدم ایفای تعهد مواجه شدند از طریق عادی طرح دعوی نمایند به حق خود برسند. در نتیجه تمام استدلال‌هایی که اساتید محترم در استثناء کردن برخی خيارات از شمول جواز مندرج در ماده ۴۴۸ قانون مدنی آورده‌اند، بلاجهت و

ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۳۵

ناصحیح است. کما این‌که در فقه امامیه نیز تنها بر سر اسقاط ضمن عقد خیار تخلف از وصف اختلاف رخ داده است و در صحت اسقاط ضمن عقد هیچ‌یک از اختیارات تردیدی وجود ندارد. لذا اگر طرفین واقعاً کافه اختیارات را از یک‌دیگر ساقط نموده‌اند، تمام اختیارات حتی خیار تدلیس و تخلف از وصف و تعذر تسلیم ساقط می‌گردد و در صورت بروز هر مشکلی، طرف مدعی باید از طریق عادی مشکل را حل کند. این سخن در مواردی که به صراحت این اختیارات اسقاط شده باشد قطعاً جاری است.

یادداشت‌ها

- ۱- رجوع کنید: به همین تحقیق، بخش احکام، نظر دکتر لنگرودی.
- ۲- برای دیدن بحث تفصیل تفاوت حق و حکم و شیوه تشخیص آن دو رک: فرق «حق» و «حکم» در فقه امامیه (کنگره حقوق؛ اردن) مؤلف: آیت... واعظ زاده خراسانی (استاد دانشگاه فرودسی مشهد) ترجمه سید محمد اطمینانی (پائیز ۱۳۸۳) و پایان نامه دوره کارشناسی ارشد دکتر سید رمضان شجاعی کیاسری (۱۳۷۵) دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل
- ۳- متن ماده ۴۴۸ به این قرار است: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود.»
- ۴- از جمله رجوع کنید: ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۲ (فخر المحققین)، مفتاح الکرامه سید محمد جواد عاملی، ج ۴، ص ۵۶، جواهر الحکام، محمد حسن نجفی، ج ۲۳، ص ۱۷، نهائیه المقال مامقانی، ص ۹۰، کفایه سبزواری، ص ۹۲ و در آثار متأخرین: دراسات فی البیع، سجادی اصفهانی، (که تقریرات دروس حضرت امام است) ص ۳۸۲ و المختار فی احکام الخیار آیت... سبحانی، ص ۸ - ۹
- ۵- البته شیخ این اشکال را کلی‌تر مطرح نموده‌اند و توضیح و تفصیل از ما است.
- ۶- برای دیدن تفصیل این روایت و نقد و نظر پیرامون آن رجوع کنید: شیخ انصاری، مکاسب، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۲۸ و شروح مکاسب ذیل همین عنوان در خیار مجلس از جمله منیه الطالب و شرح سید یزدی و همچنین رجوع کنید: سجادی اصفهانی، ۱۴۲۶، ص ۳۸۶ به بعد.
- ۷- برای دیدن تفصیلی این فتاوی رجوع کنید: خلاف شیخ طوسی، ج ۱، صص ۱۹۳-۱۹۵ و تذکره علامه ذیل باب وکالت مسأله «لو وکله فی شراء عبده و عتقه...».

۸- برای دیدن خلاصه‌ایی از تعاریف ارائه شده رک: شیخ انصاری، المکاسب، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۱۱، به نظر صاحب کتاب ایضاح الفوائد (ج اول، ص ۴۸۲) خیار «ملک فسخ العقد» است و به نظر صاحب جواهر «الخیار ملک اقرار العقد و ازالته» است، شیخ تعریف «الخیار ملک فسخ العقد» به معنا حق فسخ العقد را می‌پذیرد. هم‌چنین رجوع کنید: سبحانی، المختار فی احکام الخیار، ۱۴۱۴ هـ ق، صص ۹-۱۰

۹- برای دیدن آراء مشابه رجوع کنید: دکتر صفایی، دوره مقدماتی حقوقی مدنی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۰۹

۱۰- هم‌چنین خلاف شیخ طوسی، مبسوط و غنیة ابن زهره و... نیز براین امر اتفاق دارند.
۱۱- این بحث، بحثی تفصیلی است و جایگاه اصل آن در باب شروط است، شیخ اقوال مختلفی هم در باب شروط و هم در باب خیار مجلس مسأله سوم، ذیل عنوان القول فی مسقطات الخیار آورده است و به تفصیل بحث کرده است رجوع کنید: انصاری، المکاسب، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۳۱) و سرانجام نتیجه گرفته است: «فالقوی ان الشرط الغیر المذکور فی متن العقد غیر مؤثر...»

۱۲- از جمله علامه در تذکره ادعای اجماع کرده است، در خلاف، جواهر، کافی و سرائر نیز همگی اجمالاً مطلب را پذیرفته‌اند: به نقل از (انصاری، مکاسب، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۳۹)

۱۳- برخی علما، ۷ صورت را فرض و به تفصیل بحث کرده‌اند، از جمله رک: تعلیقہ سید طباطبائی، ج دوم، ص ۲۱ و سبحانی، المختار فی احکام الخیار، ۱۴۱۰، ص ۱۲۲ و برای دیدن روایات محتمل الوجوه رک: حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب چهارم از ابواب خیار حدیث ۱ به بعد، آیت الله جعفر سبحانی ملاک مغیر بودن تصرفات را ترجیح می‌دهند و البته جهل و علم را نیز بنابر مشهور دخیل نمی‌دانند. رک: جعفر سبحانی، المختار فی احکام الخیار، ۱۴۱۴، ص ۱۲۸ ایشان اقوال ذیل خیار عیب را در مورد مسقط بودن تصرف در ۶ قول دسته‌بندی نموده‌اند هم‌چنین رک: جواهر الکلام، ۱۴۰۰، ج ۲۳، ص ۲۳۹ به بعد

- ۱۴- متن این بخشنامه را نیافتیم. اما در این اواخر قراردادهای دفاتر اسناد رسمی تغییر یافته و خیار تدلیس را از شمول کافهٔ اختیارات مستثنی کرده است.
- ۱۵- شهید در فرع پنجم فتوا داده است که «لو تصرف بغیر الحلب فلارد...» که دلالت دارد تصرف در گوسفند شیردهی که با تصریح و تدلیس بیع شده مسقط این خیار است. (رجوع کنید: الدرر السعیه فی فقه الامامیه، مکی العاملی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۳۲۱، فرع پنجم).
- ۱۶- این نظریه مخالفی ندارد رک: خلاف، غنیه، تذکره و... ذیل خیار عیب، مسقط دوم از مسأله سوم.
- ۱۷- شیخ در مکاسب معتقد است شهید اول منکر ثبوت ضمان تلف است. (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۴۳) ولی عبارت شهید در دروس بیش تر به تردید ایشان دلالت دارد تا انکار، شهید می فرماید:
- «لو تبرأ من عیب، فتألف به فی زمن خیار المشتري فالأقرب: عدم ضمان بایع... و یحتمل الضمان لبقاء غلقه (عله) الخیار مقتضی لضمین العین المعیبه...»
- و سرانجام فتوایی صریحی نمی دهند، مخصوصاً آن که در لواحق خیار غبن مسأله سوم را به قول شیخ مفید (ره) اختصاص داده اند و می فرمایند:
- «ظاهر المفید (رحمه الله علیه): أن حدوث عیب عند المشتري لایمنع من الرد (المقنعه ص ۹۲) و یشکل اذ کان غیر مضمون علی البایع...» در این جا نیز به نوعی وجه تردید دیده می شود مخصوصاً اگر «کان» را شرطیه معنا کنیم.
- ۱۸- نظر اخیر الذکر مورد تأمل است. نظر خود دکتر کاتوزیان ذیل مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی ارجحیت بطلان است در اشتباه در خود موضوع معامله (قواعد عمومی قراردادها ج ۱، ش ۲۴۵ به بعد) این جا موضوع اسقاط اشتباه است. و باید رأی به بطلان چنین شرطی داد. ضمن آن که شرط باطل با پرداخت اختلاف صحیح نمی شود، ماده ۴۲۱ نیز مضمون را مجبور به قبول تفاوت نمی داند. او می تواند تفاوت را قبول نکند.
- ۱۹- این مجموعه از دلائل از کلیات استخراج شده و منع خاصی ندارد.

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

نقل قول شیخ: «و لو اشترطاً رفعه او رفع الخيار الرؤیه، فالظاهر بطلان العقد للغرر» (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۸۱)

اصل جمله: «ولو شرطاً رفعه، فالظاهر: بطلان العقد؛ للغرر، وكذا خيار الغبن» (مکی العاملی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۳۱۸).

۲۱- این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

http://bahjat.org/fa/index.php?option=com_content&task=view&id=۱۰۱۰&Itemid=۴۵

۲۲- به اختلاف نظر ایشان با دیگر مراجع دقت شود.

۲۳- این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

<http://www.almazaheri.org/farsi/Index.aspx?TabID=۰۰۰۵&ID=۱۹۹&CategoryNum=۱۱۰>

۲۴- این مطالب از سایت معظم له نقل شده است رجوع کنید:

<http://www.makaremshirazi.org/persian/estefra/?it=۵۹۰>

۲۵- به جمله اخیر الذکر در پاورقی ۱۹ توجه فرمائید. که اصل جمله در خیار رؤیت است.

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

۲۷- برای دیدن بحث تفصیلی رجوع کنید: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۵۷، ش ۹۵۹

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

منابع

منابع فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۵۵)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۲. بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، *خيارات و احكام راجع به آن مواد ۳۹۶ الی ۴۶۵*، تهران: فردوسی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، *مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی)*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: بنیاد راستاد.
۶. صانعی، یوسف (۱۳۷۶)، *مجمع المسائل*، قم: میثم تمار.
۷. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
۸. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، *حقوق مدنی*، تهران: بحرالعلوم.
۹. قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۶)، *حقوق تعهدات: نظریه کلی تعهدات قانون مدنی*، تهران: دانشگاه تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، تهران: میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۵، انحلال قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه ۲۴۱

منابع عربی

۱. انصاری، مرتضی (۱۳۸۲)، *المکاسب*، قم: اسماعیلیان.
۲. الجبعی العاملی (۱۴۱۵ق.)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، قم: اسماعیلیان.
۳. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق.)، *فقه الاسلامی و ادلته: الشامل للادلہ الشرعیة و الاراء المذهبیة و اهم النظریات*، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۴. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق.)، *مختار فی احکام الخیار: دراسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و التقد و النسیئه و القبض*، قم: مؤسسه الامام الصادق.
۵. سجادی اصفهانی، محمد (۱۴۲۴ق.)، *دراسات فی البیع: تشتمل علی قواعد فقهیه فی المعاملات، تقریر أبحاث الموسوی الخمینى*، قم: دفتر انتشارات اسلامی و ابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. المکی العاملی (۱۴۲۶ق.)، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، جلد سوم، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
۷. موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی (۱۴۱۱ق.)، مصر: المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه.
۸. الموسوی الخمینى (۱۳۷۷)، *ترجمه تحریر الوسیله*، مترجم سید محمد باقر موسوی همدانی قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. الموسوی الخمینى (۱۴۱۵ق.)، *کتاب البیع*، جلد ۴-۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی و ابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

پایگاه‌های اینترنتی

۲۴۲ عطاء الله بیگدلی

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