

فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی
مقاله پژوهشی، دوره ۲۵، شماره ۸۹، بهار ۱۳۹۹، صفحات ۲۷۵ تا ۲۹۸
تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۰۴

مطالعه تطبیقی تأثیر عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد در مذاهب اسلامی

| محسن واتقی* | استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، ایران
| عباس کریمی | استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
دانشگاه تهران، تهران، ایران

چکیده

خیار شرط در مذاهب عامه و امامیه مورد اتفاق فقهاست و اساس نظر آن‌ها اجماع و سنت است. در خصوص مدت خیار شرط، مذاهب شافعی و حنفی معتقدند که خیار شرط تا ۳ روز و کمتر از آن امکان‌پذیر است؛ با این تفاوت که در فقه حنفی لازم نیست حتماً مدت خیار متصل به عقد باشد. فقه حنبلی و مالکی معتقدند که خیار شرط محدود به مدت خاص نیست ولی میزان آن باید معلوم باشد. اگر مدت خیار مضبوط نباشد، در فقه حنبلی عقد باطل است ولی در فقه مالکی مدت خیار با توجه به نیاز و عادت و نوع مبیع متفاوت و توسط حاکم قابل تعیین است. در فقه امامیه نیز مدت خیار شرط باید معین باشد و در خصوص عدم ذکر مدت ۴ نظر وجود دارد: بطلان شرط و عقد، بطلان شرط و صحت عقد، صحت عقد و انصراف شرط به ۳ روز، صحت عقد و تعیین مهلت عرفی. در حقوق ایران نیز شرط خیار با توافق طرفین تعیین می‌شود، در غیر این صورت به حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی شرط خیار و عقد باطل است. محاکم ایران در خصوص یکی از مصایق خیار شرط، یعنی شرط انصراف یا فسخ معامله، رویه واحدی ندارند. برخی بر بطلان شرط و عقد، برخی بر بطلان شرط و صحت عقد و نیز برخی بر صحت عقد و تعیین مدت عرفی نظر داده‌اند و همچنین عده‌ای معتقدند که شرط مذکور شرط خیار نیست، بلکه نوعی برآورد خسارت بوده که برای تحکیم معامله است.

واژگان کلیدی: خیار شرط، فقه عامه، فقه امامیه، رویه قضایی

مقدمه

خیار شرط، خیاری است که با توافق طرفین قابل تعیین است و طرفین می‌توانند این خیار را با توقیت معین برای خود یا برای ثالث قرار دهند و در واقع ابزاری است برای فسخ عقد با رعایت قانون و شروطی که در قرارداد وجود دارد. خیار شرط دارای قواعدی است که در مذاهب گوناگون دارای رویه واحدی نیست. درخصوص اصل مشروعیت خیار شرط بین فقهای حقوق اسلام اتفاق نظر وجود دارد. مواردی که در این مقاله به بررسی آن پرداخته می‌شود خیار شرط مجهول، مطلق و دائمی می‌باشد و خواهیم دید که در مذاهب خمس در این موارد بعضاً اختلاف نظر دارند.

در حقوق ایران به دلیل عدم آگاهی و دانش تخصصی حقوق، بعضاً مدیران بنگاه‌های املاک در مباحثه‌نامه‌ها و قراردادها شروطی را تنظیم و درج می‌کنند که در واقع بسیار مبهم است و باعث سوءاستفاده از این شروط می‌شود اگرچه در واقع افراد عادی از معنا و مفهوم چنین شروطی با خبر نیستند ولی با امضای معامله باید به قرارداد و مفاد آن احترام بگذارند و آن را اجرا کنند. نمونه چنین شروطی، شرط انصراف یا پشیمانی یا فسخ معامله است که در قراردادها بدین صورت درج می‌شود: «در صورت فسخ از سوی هر یک از طرفین مبلغ پنج میلیون به طرف مقابل پرداخت می‌شود.» این شرط از مصادیق خیار شرط است. نکته مهم این خیار این است که مدت در آن قید نشده و از این جهت سوءاستفاده‌گران از آن استفاده می‌کنند تا به حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی عقد را باطل کنند در اینجا نقش دادرسی بسیار مهم است تا با تفسیر قرارداد و احراز قصد واقعی طرفین، قرارداد را تفسیر کند و با لوازم قانونی و عرفی مانند اصل صحت، اصل لزوم، سوءاستفاده از حق قراردادی، انصاف، قاعده لاضرر و اصل وفای به عهد، قرارداد ناقص را تکمیل نماید و تا حد ممکن برای حفظ نظم عمومی معاملات و مراودات تجاری از انحلال قراردادها جلوگیری کند.

هدف از نگارش مقاله حاضر بررسی تطبیقی تأثیر عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد در مذاهب گوناگون است. در این راستا آرای فقها و حقوق‌دانان در مورد موضوع مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد تا بتوان در مورد آن داوری عادلانه را ارائه داد.

پرسش اصلی که مقاله حاضر به دنبال آن است: ضمانت اجرای عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد چیست؟ با تتبع و مذاقه در آرای فقها به این نتیجه می‌رسیم که درخصوص عدم ذکر مدت که شامل خیار شرط مجهول و مطلق و دائمی می‌باشد در مذاهب مختلف، اختلاف نظر وجود دارد. درخصوص عدم ذکر مدت در خیار شرط باید از طریق عرف یا امارات قراردادی مدت را تعیین نمود و اگر در آن مورد عرف یا امارات قراردادی مشخصی وجود نداشت شرط و عقد باطل است.

شیوه پژوهش به صورت توصیفی، تحلیلی است و با تحلیل داده‌ها و مقایسه تطبیقی به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت. روش گردآوری مطالب به صورت کتابخانه‌ای و اینترنتی از طریق فیش‌برداری می‌باشد. ساختار مقاله از دو مبحث تشکیل شده است. مبحث اول در مورد بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در مذاهب خمس می‌باشد که خود بر سه قسم است. قسمت اول، بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در مذاهب عامه و قسمت دوم، بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در فقه امامیه و قسمت سوم در خصوص حقوق ایران است. در مبحث دوم تعیین بعدی مدت در صورت عدم ذکر مدت می‌باشد که خود بر دو قسم است. قسمت اول تعیین بعدی مدت از طریق عرف قسمت دوم تعیین بعدی مدت از طریق امارات قراردادی می‌باشد

۱. بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت

در این مبحث به بررسی آثار و اقوال فقهای اهل سنت و امامیه و حقوق ایران در خصوص تأثیر عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد می‌پردازیم، عدم ذکر مدت شامل خیار شرط با مدت مجهول، خیار شرط به صورت مطلق و خیار شرط دائمی می‌باشد. با تتبع و مذاقه در آثار فقهای اهل سنت و امامیه خواهیم دید که آرای فقها در خصوص موضوع مورد بحث متفاوت می‌باشد و حتی در بعضی مذاهب بین خودشان اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع می‌توان گفت در خصوص موضوع مورد بحث چهار نظریه وجود دارد:

۱-۱. بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در مذاهب اهل سنت

خیار شرط مورد اتفاق جمهور و غالب علما هست به جز ثوری و ابن ابی شرمه و گروهی از اهل ظاهر. پایه و اساس غالب علما اجماع و سنت می‌باشد و نیز حدیث حبان بن منقذ که در آن گفته شده «تو ۳ روز خیار داری» (النووی، بی‌تا/۹: ۱۷۸؛ شربینی، ۲/۱۹۵۸: ۴۷) یکی دیگر از مستندات علما در این مبحث چیزی است که در حدیث ابن عمر آمده «متبایعین تا زمانی که از هم جدا نشده‌اند حق خیار دارند مگر در مورد بیع خیار» و مستند کسانی که آن را منع می‌کنند و موافق آن نیستند این است که مستلزم غرر است و اینکه اصل در بیع، لزوم آن است مگر آنکه دلیلی برای جایز بودن بیع خیاری از کتاب خدا یا سنت ثابت یا اجماع ذکر شود (القرطبی الاندلسی، ۳/۱۹۹۵: ۱۷۵۱) روایت دیگر این است که مردی از مردی دیگر شتری را می‌خرد و شرط خیار را ۴ روز قرار می‌دهد که رسول خدا (ص) بیع را باطل می‌شمارد و فرمودند خیار تا ۳ روز است. چون نیاز به واسطه ۳ روز معمولاً برطرف می‌شود و زیاده از ۳ روز عقد را باطل می‌کند. (شربینی، ۲/۱۹۵۸: ۴۷)

در این مذهب مدت خیار ۳ روز و کمتر می‌باشد، به شرطی که متصل به شرط خیار و به صورت متوالی باشد. (الشافعی، ۳/۱۴۰۳: ۴؛ المزنی، بی‌تا: ۷۶؛ انصاری، ۱/۱۴۱۸: ۲۹۰؛ الحجاوی،

بی تا/۱: ۲۶۰؛ شروانی و العبادی، بی تا/۴: ۳۴۶؛ بکری الدمیاطی، بی تا/۳: ۳۵۳) پس هر گاه مدتی مجهول شرط شود مانند اینکه بگوید: برای من روزهایی یا همیشه خیار باشد عقد باطل می‌گردد و همچنین هر گاه مدت خیار، به شرط خیار متصل نباشد مانند حالتی که بگوید: اکنون به تو می‌فروشم بر این اساس که برای من از فردا خیار باشد پس عقد باطل است و نیز هر گاه روزی از میان ۳ روز، مثلاً پنج‌شنبه به عقد متصل گردد سپس شرط بنماید که مثلاً به مدت ۲ روز از روز شنبه خیار باشد پس باز عقد باطل می‌گردد.

نووی می‌گوید: فقه شافعی بر آن است که خیار شرط برای بیش از ۳ روز باعث بطلان بیع می‌شود و مدت آن باید معلوم باشد پس اگر خیار را به صورت مطلق شرط کنند و آن را معین نکنند یا آن را به صورت مجهول تعیین کنند مثل اینکه بگویند: چند روزی، یا مثلاً تا اینکه زید بیاید، پس بدون هیچ اختلافی در فقه شافعی این بیع باطل است، و اگر آن مشروط به فردا در زمان طلوع خورشید کنند بدون هیچ اختلافی جایز است. اما اگر بگوید: تا اینکه خورشید طلوع کند پس جایز نیست زیرا ممکن است در آسمان ابر پدیدار گردد، اما به عقیده احمد جایز است (نووی، ۳/۱۹۹۱: ۱۰۹؛ رافعی، بی تا/۸: ۳۱؛ شربینی، ۳/۱۹۵۸: ۵۹۸) از کسانی که معتقد به بطلان خیار غیرتوقیت هستند عبارتند از ثوری، ابوحنیفه و یاران، احمد و اسحاق گفته‌اند بیع صحیح است و خیار باطل، اوزاعی و ابن ابی لیلی گفته‌اند: بیع صحیح و شرط باطل است (نووی، بی تا/۹: ۲۱۲؛ شربینی، ۳/۱۹۵۸: ۵۹۰؛ سمرقندی، ۲/۱۴۱۴: ۹۳) ولی الثوری خیار شرط به صورت مطلق و دائمی را جایز می‌داند. (القرطبی الاندلسی، ۳/۱۴۱۵: ۱۷۵۱)

در فقه حنفی خیار شرط بر مبنای مدت به ۳ قسمت تقسیم می‌شود: قسم اول که دو نوع است و فاسد و بی اعتبار است که عبارتند از: نوع اول که در آن مدت به صورت مجهول ذکر شود، مانند اینکه بگوید: خریدم بر این اساس که روزهایی یا همیشه برایم خیار شرط وجود داشته باشد. و نوع دوم اینکه خیار مطلق باشد به صورتی که اصلاً با هیچ مدتی آن را محدود ننماید (سمرقندی، ۲/۱۴۱۴: ۶۵) مثل اینکه بگویند: خریدم بر مبنایی که برایم خیار باشد اما هیچ مدتی ذکر نشود، بر این اساس که اطلاق خیار آن را باطل و فاسد می‌کند هر گاه مقارن و هم‌زمان با عقد باشد همان گونه که در مثال ذکر شد، ولی اگر هم‌زمان با عقد نباشد به این صورت که بدون خیار کالایی را به او بفروشد سپس بعد از مدتی با او برخورد کند و به او بگوید: تو حق خیار داری و زمانی را مشخص نکند پس مادام که در مجلسی هستند که در آن به او خیار بخشیده، حق فسخ دارد. بنابراین از این مطلب دانسته می‌شود که نزد اینان اتصال شرط خیار با عقد شرط نیست، بلکه می‌تواند هر چند به مدت طولانی بعد از عقد از آن بهره‌مند شود. ولی اگر قبل از عقد شرط کند بدین صورت که مثلاً با بایع بگوید: به تو خیار می‌دهم در بیعی که

منعقد می‌کنیم، سپس مشتری بدون ذکر خیار از او چیزی بخرد با اکتفا به شرط اول، بنابراین برای او شرط خیار ثابت نمی‌شود. قسم دوم که جایز است و آن حالتی است که در آن مدت ۳ روز و کمتر از آن ذکر شود. قسم سوم که اختلافی است و بحث در آن زیاد است و آن به این صورت است که بگوید: بر این اساس که من یک یا دو ماه خیار داشته باشم که ابوحنیفه می‌گوید این شرط فاسد است ولی ابویوسف و محمد آن را جایز می‌دانند. پس مدت شرط خیار اگر بیش از ۳ روز باشد پس نزد این دو نفر (ابویوسف و محمد و ابن منذر) صحیح است (ابن عابدین، ۵/۱۴۱۵: ۷۴) به شرطی که مدت معلومی را تعیین کند و در این حالت صحیح می‌شود. (الجزیری، ۲/۱۴۲۴: ۱۶۱)

حنفی در مورد خیار شرط گفته‌اند که بیش از ۳ روز نمی‌باشد (کاشانی، ۵/۱۴۰۹: ۱۵۷؛ ماردینی، بی‌تا/۵: ۲۶۸؛ ابن نجیم مصری، ۶/۱۴۱۸: ۴؛ سرخسی، ۱۳/۱۴۰۶: ۴۱) در خیار مطلق بدون مقید بودن به مدت معین اختلاف وجود دارد. ثوری، حسن بن جنی و گروهی دیگر شرط خیار به صورت مطلق را جایز دانسته‌اند پس این شرط باعث می‌شود که شخص برای همیشه خیار داشته باشد. (مختارالشنقیطی، بی‌تا/۸: ۵۶) زیرا مدت ملحق به عقد است پس جایز نیست که در آن جهالت وجود داشته باشد و از طرفی شرط کردن خیار تا ابد اقتضا می‌کند که طرف مقابل تا ابد نتواند در مال خریداری شده تصرف کند و این منافات با مقتضای عقد دارد. (ابن قدامه، بی‌تا/۴: ۹۵) ابوحنیفه و شافعی در این مسئله که اگر خیار در مدت ۳ روز در زمان خیار مطلق واقع شود اختلاف نظر دارند. ابوحنیفه گفته اگر در مدت و ظرف ۳ روز واقع شود جایز است و اگر از ۳ روز بگذرد و بیشتر شود بیع فاسد است. (قرطبی اندلسی، ۲/۱۴۱۵: ۱۶۸)

ابوحنیفه گفته اگر شرط را قبل از سپری شدن ۳ روز ساقط کنند یا زاید بر آن را حذف کنند و مدتش را مشخص کنند صحیح است. زیرا متعاقدين آنچه را که باعث فساد عقد می‌شود قبل از اتصالش به عقد حذف کردند پس واجب است که صحیح باشد گویی که اصلاً آن را شرط نکرده‌اند. (ابن قدامه، بی‌تا/۳: ۴۹۹) حنبلی‌ها گفته‌اند: مدت در خیار شرط باید معلوم باشد اما حد و مرزی ندارد و متعاقدين می‌توانند مثلاً یک ماه یا یک سال و ... در مورد آن شرط کنند، و استناد آن‌ها به «المسلمون علی شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» می‌باشد. (ابن قدامه، بی‌تا/۴: ۱۰۶؛ بهوتی، ۳/۱۴۱۸: ۲۳۳؛ ابن قیم جوزیه، بی‌تا/۴: ۱۸) آنچه در واقع صحیح نیست این است که مدت آن مجهول باشد مانند به تو می‌فروشم و خیار برای توست تا هر وقت بخواهی یا فلانی بخواهد یا تا زمانی که باران ببارد یا باد بوزد یا یکی از متعاقدين بگوید من خیار دارم ولی مدت آن ذکر نگردد یا اینکه تا زمان دروی محصول باشد و مانند آن شرط کنند، در این حالت شرط لغو می‌شود ولی بیع به‌رغم فاسد بودن شرط، صحیح است. اگر خیار شرط را به صورت مدتی غیر متوالی شرط نمایند مثلاً

ده روز غیرمتوالی، پس فقط در روز اول صحیح است و ابتدای مدت در شرط خیار از زمان عقد است. پس اگر بر اساس زمان تفرق و جدایی شرط نمایند، شرط صحیح نیست، به دلیل مجهول ماندن آن زیرا زمان تفرق و جدایی متعاقبین نامشخص و مجهول است. (الجزیری، ۲/۱۴۲۱: ۱۶۳؛ بهوتی، ۳/۱۴۱۸: ۲۳۳؛ ذهبی، ۲/۱۳۱۰: ۷۱-۶۹)

اشتراط خیار به صورت ابدی و همیشه، مستلزم منع از تصرف برای همیشه است و آن منافی مقتضای عقد است پس صحیح نیست. مثل این است که بگوید به تو می فروشم به شرط اینکه در آن تصرف نکنی بر اساس نظر ما شرط فاسد است. (ابن قدامه، بی تا/۲: ۴۹۹)

شرط خیار تا طلوع خورشید یا تا غروب آن، این شرط صحیح است اما برخی از علما گفته اند قرار دادن مدت شرط خیار به طلوع خورشید صحیح نیست زیرا ممکن است آسمان ابری شود و زمان طلوع خورشید مشخص نشود، ما می گوییم آن تعلیق خیار است به امری ظاهر و معلوم که صحیح است به مانند تعلیق به طلوع خورشید یا غروب آنکه بروز و ظهور آن از افق هویدا است و غروبش پایین رفتن خورشید است. (ابن قدامه، بی تا/۲: ۴۹۹) شرط خیار به زمان دروی محصول یا بارندگی، اگر شرط خیار را بدین صورت قرار دهد گویی آن را معلق به آمدن زید نموده است زیرا زمان مزبور در سال های گوناگون، مختلف است و عقب و جلو می رود، پس گویی مجهول است. همچنین احتمال دارد صحیح باشد زیرا آن عادتاً خیلی به عقب و جلو نمی رود و تفاوتش محسوس نیست. (ابن قدامه، بی تا/۲: ۴۹۹)

در فقه مالکی، مدت خیار شرط با توجه به نوع مبیع به متفاوت می باشد. اول: خیار در بیع عقار یعنی زمین و آنچه به آن متصل است مثل بنا و درخت، که در آن تا ۳۶ روز امتداد می یابد یا ۳۸ روز حداکثر، پس اگر بیشتر از آن باشد عقد فاسد می شود و هیچ فرقی بین آن نیست که خیار برای انتخاب چگونگی و وضعیت مبیع باشد یا تأمل در زمینه ثمن آن. و این رأی اکثریت اهل مذاهب است که مخالف است با نظر کسی که می گوید: همانا خیار اگر برای تأمل باشد ۳ روز است. دوم: خیار در کالاهای عرضه شده در تجارت مانند لباس ها و مثل آن. خیار در این موارد از ۳ روز تا ۵ روز می باشد پس اگر زیادت از آن باشد عقد فاسد می گردد. سوم: حیوانات و در این مورد جزئیاتی وجود دارد: چراکه برخی از حیوانات هستند که بر روی آنها سوار نمی شوند مانند گاو، گوسفندان و پرندگان که خیار در این موارد از ۳ روز تا ۵ روز می باشد. مانند خیار در کالاهای تجاری. اما حیواناتی که بر روی آن سوار می شوند پس اگر خیار در آنها برای شناخت ارزانی، گرانی، تنومندی و فربهی آن به همراه شناخت کیفیت سواری و مانند این موارد باشد پس مدت خیار از ۳ تا ۵ روز است حال اگر خیار در آن برای شناخت حال و کیفیت سواری آن باشد پس از دو حالت خارج نیست: یا آن در

داخل شهر است یا خارج از آن، پس اگر در خود شهر و سرزمین متباین باشد مدت خیار در آن ۲ روز یا بیشتر است و اگر خارج از شهر باشد پس مدت خیار در آن، مسافت ۲ برید (بریدین) است نه بیشتر از آن. و برخی از آنان می‌گویند: همانا خیار در حیوانات ۳ روز و به‌طور مطلق آنچه نزدیک به ۳ روز می‌باشد، خواه خیار برای شناختن سواری یا چیزی غیر از آن باشد. اما روز و برید (الیوم و البرید) مخصوص به شناخت وضعیت حیوان از لحاظ کیفیت سواری آن می‌باشد. چهار: مدت خیار در برده که از ۸ تا ۱۰ روز می‌باشد. پنج: مدت خیار در منقول ده روز است. شش: در صورتی که مبیع از چیزهایی باشد که بیش از یک روز دوام نمی‌آورد مانند میوه که جایز نیست بیشتر از یک روز شرط شود. (علی حسین، ۱/۱۴۲۱: ۱۱۸۵)

همانگونه که بیع با شرط کردن خیار بیشتر از مدت مقرر در تمام مواردی که ذکر شد فاسد می‌شود، پس بیع همچنین با شرط مدتی مجهول نیز فاسد می‌شود مانند وقتی که بگوید: به تو می‌فروشم بر این اساس که برایم خیار باشد تا اینکه باران بیارد یا تا اینکه زید از مسافرت برگردد در حالی که زمان آمدنش را نمی‌داند و مسلماً شرط خیار بعد از اتمام عقد بیع صحیح است. همان‌گونه که اگر در آغاز و قبل از اتمام عقد نیز باشد صحیح است. (جزیری، ۲/۱۴۲۴: ۱۶۱)

شرط خیار برای همیشه و ابدی یا هنگامی که فروشنده یا خریدار می‌خواهد هر وقت که باشد: اگر کسی این‌گونه شرط کند یا یکی از آن بگوید: من خیار دارم ولی مدت آن ذکر نشود یا آن را تا مدتی مجهول مانند آمدن زید، وزش باد، نزول باران، مشورت با انسانی نامشخص شرط کند. مالک گفته صحیح است و برای متعاقبین مدتی را مشخص می‌کند که در آن مدت مبیع عادتاً ارزیابی و سنجیده می‌شود زیرا آن مدت عادتاً و معمولاً در مورد هر کالایی از قبل تخمین زده می‌شود و مشخص است. پس هرگاه به‌طور مطلق و غیرمحدود شرط کنند بر آن حمل می‌شود. (ابن قدامه، بی‌تا/۴: ۵۰۱؛ الدسوقی، بی‌تا/۳: ۹۱؛ سیوطی، ۱۴۱۸: ۵۱۰؛ یوسف المواق، ۱۴۱۶: ۱۵۸)

۲-۱. بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در فقه امامیه

در این قسمت به بررسی اقوال فقهای متقدم و متأخر و حقوق‌دانان در خصوص تأثیر عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد می‌پردازیم. در این راستا خیار شرط با مدت مجهول، خیار شرط مطلق و خیار شرط دائمی مورد بحث قرار می‌گیرد.

در فقه امامیه در خصوص موضوع مورد بحث یعنی عدم ذکر مدت چهار نظریه مطرح است:

۱. بطلان شرط و عقد؛ ۲. بطلان شرط و صحت عقد؛ ۳. صحت عقد، انصراف شرط به سه روز و ۴. صحت عقد با تعیین مهلت عرفی، مورد اول در این قسمت بررسی و مورد دوم و سوم و چهارم در مبحث بعدی مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

خيار شرط، يعنى خيارى كه براى متابعين به سبب شرط خيار در ضمن عقد، ثابت مى‌شود و بين علما در اينكه شرط خيار در متن عقد صحيح است و اينكه شرط خيار، معين و محدود به مدت خاصى نيست نه از حيث قلت و نه از حيث كثرت اختلافى نيست. يعنى ممكن است كسى شرط خيار كند براى خودش به مدت سه سال و ممكن است شرط كند به مدت سه ساعت. (شيخ انصارى، ۱۱۰/۵: ۱۱/۱۴۲۰؛ العلامة الحلى، ۱۱۰/۱۴۲۰: ۳۷)

دليل اول براى صحت شرط خيار، اجماعى است كه نقل شده و نقل اجماع بر صحت شرط خيار به حد استفاضه رسيده است. دليل دوم اخبار عامه است يعنى اخبارى كه عموميت داشته و شامل شرط خيار هم مى‌شود. اما بالخصوص در مورد شرط خيار وارد نشده است، مثل «المسلمون عند شروطهم» كه اين روايت به حد تواتر رسيده است. دليل سوم اخبار خاصه است. يعنى اخبارى كه در مورد بعضى مصاديق شرط خيار وارد شده مثل اخبارى كه در مورد بيع به شرط وارد گشته است. (محقق سبزوارى، ۱۴۲۳: ۹۱)

معلوم بودن مدت شرط صحت خيار مى‌باشد. فلذا اگر در مدت مجهوله شرط خيار كنند شرط باطل است. شرط براى زمانى كه احتمال افزايش و كاهش داشته باشد، مثلاً اگر شرط كنند كه تا زمانى كه حجاج از بيت الله الحرام مى‌آيند خيار داشته باشند، ترديد نيست در صورتى كه صاحب خيار در مال يا ثمن تصرف كند خيار ساقط مى‌شود زيرا تصرف دليل راضى بودن به معامله است و بنا بر فرموده حضرت صادق (ع): «اگر مشترى در آنچه خريده تغييرى دهد قبل از سه روز آن به معنى رضى اوست به معامله و ديگرى خيارى نخواهد داشت» (شهيد ثانى، ۳/۱۴۱۳: ۲۰۱) و نيز شرط مذكور باطل خواهد بود، زيرا هنگام آمدن حجاج مجهول است. پس شرط خيار در مدت مجهول باطل است و نه تنها در چنين صورتى شرط باطل است بلكه ادعاى اجماع شده بر اينكه در صورت مذكور عقد هم باطل است. (علامه حلى، ۱/۱۴۲۰: ۱۶۶؛ شيخ الأنصارى، ۵/۱۴۲۰: ۱۱۳؛ طباطبايى، بی تا/۸: ۱۱).

۱. فقهاى كه نظر بر بطلان شرط و عقد دارند: ابن حمزة الطوسى در الوسيلة: ۲۳۸؛ المحقق الحلى در شرائع الاسلام (ج ۲): ۲۷۶؛ المحقق الحلى در المختصر النافع: ۱۲۱؛ يحيى بن سعيد الحلى در الجامع للشرائع: ۲۴۷؛ العلامة الحلى در مختلف الشيعة (ج ۵): ۶۶؛ ابن فهد الحلى در المهذب البارع (ج ۲): ۳۷۴؛ الشهيد الثانى در مسالك الألفهام (ج ۳): ۲۰۱؛ المحقق الأردبيلى در مجمع الفائدة (ج ۸): ۴۰۰؛ السيد على الطباطبائى در رياض المسائل (ج ۸): ۱۱؛ السيد الخوانسارى در جامع المدارك (ج ۳): ۱۵۲؛ لليزدى ترجمة الشيخ عباس قمى در لغاية القصى (فارسى) (ج ۲): ۳۶۳؛ الشيخ محمد على الأراكى در توضيح المسائل (فارسى): ۵۵۱؛ السيد الخمينى در كتاب البيع (ج ۴): ۲۰۹؛ السيد الخوئى در منهاج الصالحين (ج ۲): ۲۹؛ يحيى بن سعيد الحلى در الجامع للشرائع: ۲۴۷؛ المحقق الحلى در المختصر النافع: ۱۲۱.

اما دلیل بطلان عقد، در صورت خیار شرط با مدت مجهول، این است که بیع به واسطه متضمن بودن مدت مجهوله، تبدیل به بیع غرری شده و مشمول نهی پیامبر از بیع الغرر می‌گردد. (علامه حلی، ۵/۱۴۱۳: ۶۶؛ طباطبایی، بی تا/۸: ۱۸۸) سپس شیخ انصاری (ره) اشکال و جواب را بدین صورت مطرح می‌کنند: اشکال این است که عرف، در خیلی از مقامات تسامح می‌نماید. مثلاً شرط خیار به این صورت که مقید به زمان آمدن حجاج باشد، در بین مردم و عرف و عقلا رایج است، لذا نمی‌توان گفت چنین شروطی بیع را غرری می‌نماید.

جواب: مسامحه مردم و اقدام عقلا به شرط مجهول، اشکالی در غرری بودن بیع وارد نمی‌کند. زیرا با تتبع در احکام معاملات، کشف می‌شود که شارع مقدس اعتنایی به تسامح مردم ننموده و راضی به بیع مشتمل بر شرط مجهول و غرری نمی‌شود و عرف مردم در بسیاری از موارد تسامحاتی می‌کند که از نظر شرع مقبول نیست. مثلاً مردم اقدام به بیع ما یتعذر تسلیمه می‌نمایند در حالی که یکی از شرایط بیع قدرت بر تسلیم است. فلذا نمی‌توان تسامحات عرفیه را مبنایی برای این‌گونه مباحث قرار داد و لذا علما می‌گویند دایره غرر در نظر شرع از دایره غرر در نظر عرف، اضیق است. یعنی بعضی مصادیق غرر در نظر شرع، در نظر عرف غرر محسوب نمی‌شود.

در مسئله قبلی که مدت خیار مجهول بود مثل شرط خیار تا آمدن حجاج، عده‌ای قائل به بطلان بیع شدند. و همچنین است اگر اصلاً مدت را ذکر نکنند یعنی فقط خیار را بدون ذکر مدت شرط کنند یا اینکه مدت ذکر گردد لیکن مطلق گذاشته شود. مثلاً فقط شرط کنند که مدتی خیار داشته باشند، بدون تقیید به چیزی پس این دو قسم هم باطل است و فرقی در بطلان بیع به واسطه غرری شدن بین آن قسم و این دو قسم نیست. (شیخ انصاری، ۵/۱۴۲۰: ۱۱۴؛ نایینی للخوانساری، ۳/۱۴۱۸: ۷۴؛ روحانی، ۵/۱۴۱۸: ۳۴۱؛ امام خمینی، ۴/۱۴۱۰: ۲۱۲)

در مقابل عده‌ای از علما مثل شیخ طوسی قائل شده‌اند که در این دو صورت (مطلق و مجهول بودن) بیع باطل نمی‌شود و منصرف به سه روز است. سه تن از علما یعنی سید مرتضی در الانتصار و ابن زهره در الغنیه و قاضی ابن براج در جواهر ادعای اجماع کرده‌اند بر صحت بیع و حمل بر سه روز. شیخ طوسی ادعای وجود اخباری که دلالت بر صحت بیع و حمل بر سه روز می‌کند را نموده در حالی که هیچ عین و اثری از این اخبار در دست ما وجود ندارد ولی از آن طرف شیخ طوسی فقیه جلیل‌القدر و ثقه‌ای صادق و متتبع است و وقتی وجود اخباری را ادعا می‌کند حتماً چنین اخباری دیده است. پس آن اخبار، حال اخبار مرسله را پیدا می‌کند و اجماع منقول هم عمل اصحاب را اثبات می‌کند و ضعف سند اخبار جبران می‌شود. (شیخ انصاری، ۵/۱۴۲۰: ۱۱۴)

اینک شیخ به عنوان استدراک می‌فرماید: بلی یک روایتی در کتب عامه آمده است که شاید قائلین به صحت شرط و عقد، به همین روایت استدلال کنند و آن روایت این است که حبان بن منقذ شخصی بود که در معاملات زیاد گول می‌خورد و بر اثر جراحی که در ناحیه سرش وجود داشت از حیث مشاعر و درایت ضعیف بود و به همین جهت غالباً کلاه سرش می‌رفت. پیامبر اکرم (ص) برای این که حبان را راهنمایی کرده باشد به او فرمودند: هر گاه تصمیم به معامله گرفتی به طرف مقابل بگو در بیع نباید خدعه و حيله به کار ببندی و پیامبر سه روز خیار برای حبان قرار دادند، یعنی گفتند تو این حرف را به طرف مقابل بگو و سه روز خیار داشته باشد وجه اینکه این روایت ممکن است مورد استدلال قائلین به صحت قرار گیرد این است که در روایت با وجود عدم ذکر مدت، خیار حبان سه روز قرار داده شده است. (شیخ انصاری، ۵/۱۴۲۰: ۱۱۵)

این روایت هم از حیث سند و هم از حیث دلالت ضعیف بوده و دارای خدشه است، از نظر سند ضعیف است زیرا روایت مزبور در کتب عامه نقل شده و در کتب معروف شیعی نیامده و اما از حیث دلالت به این علت ضعف دارد که نسبت این روایت با مدعای قائلین به صحت، نسبت عموم و خصوص من وجه است. یعنی این روایت از یک جهت عام است و از جهت دیگر خاص، زیرا مدعای قائلین به صحت این است که اگر کسی شرط خیار کند ولی مدت را بیان نکند خیار خواهد داشت. در حالی که روایت می‌گوید حبان سه روز خیار دارد چه در معامله شرط خیار کرده باشد و چه نکرده باشد چرا که پیامبر به طور مطلق فرمود: «لک الخیار ثلاثه» پس از این جهت عموم دارد و از طرف دیگر روایت، خیار را در مورد کسی ثابت می‌داند که مثل حبان بن منقذ خدعه خورده و مورد حيله قرار می‌گیرد. بنابراین از این جهت روایت خاص است، فلذا وقتی روشن شد که نسبت روایت با مدعای قائلین به صحت عموم و خصوص من وجه می‌باشد، نمی‌توانند روایت را به عنوان دلیل خود قرار دهند. (شیخ انصاری، ۵/۱۴۲۰: ۱۱۶)

۳-۱. بطلان عقد به علت عدم ذکر مدت در حقوق ایران

در حقوق ایران به تبعیت از مشهور فقهای امامیه، قانون‌گذار در ماده ۴۰۱ قانون مدنی اعلام کرده است: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.» قانون مدنی تعیین مدت را شرط صحت عقد می‌داند. مهلت مجهول که احتمال بیش و کم در آن می‌رود، مانند عدم تعیین مدت است. در قراردادها، گرایش و حرکت به سوی ایجاد قید و پایبندی و التزام است. مجهول ماندن مدتی که طرف قرارداد یا بیگانه حق فسخ دارد به طور مستقیم به معلوم بودن موضوع عقد در زمان تراضی صدمه نمی‌زند ولی دامنه التزام به مفاد عقد را مبهم می‌سازد. آنکه خیار به زیان او شرط شده است نمی‌داند که تا چه اندازه می‌تواند به التزام طرف خود اعتماد کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۳)

دلیل فساد عقد: ۱. شرط خیاری که مدت ندارد یا زمان آن روشن نیست، در زمره شروط مجهولی است که باعث جهل به دو عوض می‌شود: در عقد خیاری خریدار باید از تصرفاتی که منافی اعمال خیار است خودداری کند (ماده ۴۶۰ قانون مدنی) این قید از ارزش مبیع می‌کاهد پس شرط اگر مجهول باشد در واقع ارزشی که با تملک مبیع به دارایی خریدار افزوده می‌شود معلوم نیست. ۲. چگونگی التزام به قرارداد به اندازه‌ای در تراضی اهمیت دارد که باید آن را قید عقد شمرد، شرطی که عقد بر پایه آن واقع می‌شود. مقتضای ذات آن است. پس اگر شرط مجهول بماند عقد غرری و فاسد می‌شود و خود به‌طور مستقیم مضمون نهی قانون‌گذار است. به بیان دیگر، فساد آن تبعی نیست و خود از اصل نفوذ حقوقی ندارد. در بیان اخیر، تکیه بر اصالت فساد عقد است و از آن نتیجه گرفته می‌شود که اسقاط نیز عقد را اصلاح نمی‌کند و به نظر می‌رسد که با روح قانون مدنی و پیشینه تاریخی آن سازگارتر باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۰؛ صفایی، ۲/۱۳۹۱: ۲۷۴؛ امامی، ۱/۱۳۸۷: ۴۷۱)

البته عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که این نظر که مجهول بودن مدت خیار شرط ارزش مورد معامله را مجهول خواهد نمود و به این جهت سبب فساد عقد است، صحیح نیست. زیرا مجهول ماندن ارزش مورد معامله سبب بطلان عقد نمی‌شود، بلکه سبب حق فسخ برای طرف معامله به‌عنوان خیار غبن خواهد شد. (شهیدی، ۱/۱۳۸۵: ۵۴)

عده‌ای معتقدند استمرار حق فسخ باعث تزلزل عقد می‌شود و با مقتضای ذات عقد لازم که ثبات و اجرای قطعی مفاد عقد و نیل به مقصود طرفین از انعقاد عقد است منافات دارد. باید توجه داشت که مدت خیار در صورت معین بودن نیز نباید به حدی باشد که موجب تزلزل عقد برای زمانی طولانی و نامعقول گردد مثلاً شرط خیار برای مدت صد سال. (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۷۰؛ نوین، ۲/۱۳۸۲: ۱۱۹) ولی عده‌ای خلاف آن نظر داده‌اند (امامی، ۱۳۸۷: ۴۷۳؛ صفایی، ۱۳۹۱: ۲۷۶)

وفق شق دو از ماده ۲۳۳ قانون مدنی از جمله شروطی که باطل و موجب بطلان عقد می‌باشد شرط مجهولی است که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌گردد. وجود خیار شرط در بیع در ارزش مبیع تأثیر بسزایی دارد، زیرا هر گاه خیار شرط به نفع بایع است به دستور ماده ۴۶۰ قانون مدنی «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفاتی بنماید که منافی خیار باشد». چنانچه مدت شرط مجهول باشد موجب تزلزل ارزش مبیع برای مشتری به قدر نامعلومی می‌گردد و هر گاه خیار به نفع مشتری است بایع باید در مدت مجهولی ثمن‌المثل را آماده نگه دارد که چنانچه مشتری از حق خیار خود استفاده نماید آن را به او رد کند و این امر سبب فزونی ارزش مبیع برای مشتری به مقدار نامعلومی می‌شود. مقدار تنزل و ترقی ارزش مبیع به نسبت کوتاهی و درازی مدت خیار، فرق می‌نماید و در صورتی که مدت خیار شرط مجهول باشد جهل به آن در جهل به احد عوضین که ثمن

باشد، تسری می‌نماید. قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه عقد را نیز باطل می‌داند و قول دیگر آن است که بطلان شرط سرایت به عقد نمی‌کند، زیرا جهل به مدت خیار شرط موجب جهل به ثمن نمی‌گردد. (امامی، ۱۳۸۷: ۴۷۱)

در آراء دادگاه‌های ایران در خصوص عدم ذکر مدت در خیار شرط که با مصادیقی چون «شرط انصراف یا پشیمانی یا عدول از معامله» قابل انطباق است، وحدت رویه وجود ندارد. در این زمینه اداره کل حقوقی قوه قضاییه اظهار نظر نموده است که «چنانچه سند عادی دلالت بر وقوع بیع داشته باشد و با توجه به ماده ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک قابل قبول باشد و کلیه شرایط انجام معامله بیع رعایت و در سند عادی منعکس شده باشد قانوناً باید تاریخ تنظیم سند عادی و موعد حضور طرفین در محضر برای تنظیم سند رسمی انتقال ملک مشخص باشد و بنا به مراتب مذکور و با عنایت به ماده ۴۰۰ قانون مدنی آغاز مدت خیار شرط تاریخ تنظیم سند عادی و انقضای مدت موعد حضور طرفین در دفترخانه اسناد رسمی است و لذا مورد از مصادیق شرط مجهولی که جهل به آن به قرارداد سند عادی سرایت کند و موجب بطلان آن شود نیست. اما اگر در قرارداد مهلتی برای استفاده از خیار شرط یا مهلت معینی برای مراجعه به دفترخانه معین نشده باشد طبق ماده ۴۰۱ قانون مدنی هم شرط خیار و هم بیع باطل خواهد بود اگر سند تنظیمی قولنامه و قرارداد بیع در آینده باشد مورد مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و احکام بیع و اختیارات در آن مورد جاری نیست.»

۲. تعیین بعدی مدت در صورت عدم ذکر مدت

در مبحث گذشته در خصوص عدم ذکر مدت در خیار شرط و تأثیر آن بر قرارداد، نظرات فقهای متقدم و متأخر اهل سنت و امامیه بررسی شد در این مبحث ضمن تأیید نظریه مهلت عرفی در صورت عدم ذکر مدت، به قابلیت تعیین مدت در صورت عدم ذکر مدت در خیار شرط می‌پردازیم و در این راستا با کمک از عرف و امارات قراردادی سعی در حفظ قرارداد و جلوگیری از بطلان قرارداد داریم. در این راستا این مبحث از دو قسمت تشکیل می‌شود. قسمت اول در مورد تعیین مدت از طریق عرف و قسمت دوم تعیین مدت از طریق امارات قراردادی می‌باشد.

۲-۱. تعیین بعدی مدت از طریق عرف

ظاهر ماده ۴۰۱ قانون مدنی «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.» تزلزل قرارداد در عقود تملیکی با مفهوم مالکیت، که ثبات و دوام و استمرار را در جوهر خود دارد نامتناسب به نظر می‌رسد. دلیل این سختگیری لزوم آگاهی اشخاص به چگونگی اعمال حقوقی آنان است. در حقوق ما به این نکته اهمیت فراوان داده می‌شود که ملتزم به آنچه پایبند می‌شود آگاه باشد و ندانسته خود را به دامی نیفتد. هر چند که نیاز به پاره‌ای از قراردادها گاه این

هدف را تعدیل می‌کند و نرمش عرف از خشکی اصول می‌کاهد ولی تمایل به آگاهی دادن و جلوگیری از معاملات که غرر در آن است آشکارا دیده می‌شود.

بطلان قرارداد به علت عدم ذکر مدت در خیار شرط بدون نگاه به لوازم عرفی عقد و اجرای آمرانه ماده ۴۰۱ قانون مدنی به نظر منصفانه نمی‌باشد، اگرچه دادرسی نمی‌تواند به استناد انصاف از اجرای مفاد عقد خودداری کند یا شرایط آن را منحرف سازد ولی واقع‌بینی ایجاب می‌کند که نقش انصاف را به‌عنوان آرمانی الهام‌بخش از یاد ببریم. دادرسی در مقام اجرای قرارداد تلاش می‌کند از ظاهر قانون بگذرد و شرط را چنان معنا کند که از انصاف دور نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۳: ۳۳)

اگرچه مرحوم شیخ انصاری با ورود عرف در این زمینه مخالف است و اعتقاد دارد مسامحه عرفی و اقدام عقلا به شرط مجهول، اشکالی در غرری بودن بیع وارد نمی‌کند. زیرا با تتبع احکام معاملات، کشف می‌شود که شارع مقدس اعتنایی به تسامح مردم ننموده و راضی به بیع مشتمل بر شرط مجهول و غرری نمی‌شود و عرف مردم در بسیاری از موارد تسامحاتی می‌کند که از نظر شرع مقبول نیست. مثلاً مردم اقدام به بیع‌هایی می‌کنند که اجرای تعهد یا تسلیم مبیع ممکن نیست در حالی که یکی از شرایط بیع قدرت بر تسلیم است. فلذا نمی‌توان تسامحات عرفیه را مبنایی برای این‌گونه مباحث قرار داد و لذا علما می‌گویند دایره غرر در نظر شرع از دایره غرر در نظر عرف، اضیق است. یعنی بعضی مصادیق غرر در نظر شرع، در نظر عرف غرر محسوب نمی‌شود. (شیخ انصاری، ۱۴۲۰/۵: ۱۱۴)

در فقه امامیه نیز بعضی فقها در صورت وجود مدت مجهول یا شرط خیار به‌صورت مطلق نظر داده‌اند که فقط شرط باطل است ولی عقد صحیح است، مانند آیت‌الله مکارم و آیت‌الله صافی گلپایگانی و آیت‌الله سیستانی. (سیستانی، ۱۴۱۵/۲: ۴۱)

مرحوم آقای خوئی (رضوان‌الله‌علیه) می‌فرماید اگر مدت خیار مشروط مجهول باشد این شرط ممکن است شرط باطل باشد ولی معامله صحیح است. راهی برای بطلان معامله نیست برای اینکه فساد شرط به فساد مشروط سرایت نمی‌کند و هیچ غرری هم در کار نیست. بخش مهم اعتراض ایشان مربوط به سند «نهی النبی عن الغرر» است. اولاً آن اولی که ثابت نشده و دومی هم سند معتبر ندارد. غرری هم بر فرض داشته باشد، غرری هم در کار نیست. برای اینکه اگر غرر به معنای جهل باشد که عوضین مجهول نیستند ولی غرر به معنای جهل نیست. اگر غرر به معنای خطر باشد اینجا هیچ خطری در کار نیست، برای اینکه عوضین کاملاً معلوم‌اند. پس بنابراین دلیلی بر بطلان نیست. بعضی فقها نیز در صورت مطلق و مجهول بودن مدت در خیار شرط نظر داده‌اند که عقد صحیح است و مدت منصرف به سه روز است و همچنین بر آن ادعای اجماع شده است (شریف مرتضی، بی تا: ۴۳۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۸/۳: ۲۰؛ قاضی بن براج، ۱۴۱۱: ۵۵؛ ابن زهره

حلبی، بی تا: ۲۱۸؛ الشیخ المفید، ۱۴۱۰: ۵۹۲؛ الشهید الأول، ۳/۱۴۱۴: ۲۶۹؛ علی بن محمد القمی، بی تا: ۲۵۷؛ أبو الصلاح الحلبی، بی تا: (۳۵۳).

بعضی مانند سید یزدی (ره) در این مورد مهلت عرفی را در نظر گرفته اند که با توجه به اصول حقوقی و فقهی از بین نظریات موجود بهترین نظر می باشد. یکی از موارد مهلت عرفی زمانی است که شرط خیار (انصراف از معامله یا پشیمانی، بدون مدت) در مبیعه نامه عادی درج شده باشد و زمانی برای تنظیم سند رسمی تعیین گشته باشد، خیار تا زمان تنظیم سند رسمی قابل اعمال است و بنابراین هم عقد و هم شرط صحیح است و در غیر این مورد، چنانچه عرف روشنی در رابطه با زمان خیار وجود داشته باشد همان ملاک عمل است.

در فقه مالکی خیار شرط ثابت است و در این مذهب مدت خیار با توجه به نیاز و انواع مبیع، متفاوت است و نیز در خصوص میزان مدت محدود به مدت خاصی نیست و خیار شرط به صورت مطلق و خیار شرط با مدت مجهول و خیار شرط دائمی صحیح است و مدت آن طبق عادت بر حسب نوع مبیع توسط حاکم تعیین خواهد شد (جزیری، ۲/۱۴۲۴: ۱۶۱).

در قراردادهای تجارتي، چنان گفت وگوهای مقدماتی و بنای طرفین در تعیین مفاد آن ها مؤثر است که گاه دادرسی از متن آن به خوبی مقصود را در نمی یابد. در مقام تفسیر قرارداد دادرسی باید در جستجوی قصد واقعی و مشترک دو طرف عقد باشد و خود را پایبند به ظاهر الفاظ و معنای ادبی آن ها نداند. این قاعده به ویژه برای بی اعتبار ساختن قراردادهای صوری و جلوگیری از حیل های نامشروع مفید است و به دادرسی امکان می دهد تا از ظواهر فریبنده بگذرد و رابطه دو طرف را تابع مقصود واقعی آنان سازد و وصف حقوقی عمل انجام شده را معین سازد. (کاتوزیان، ۳/۱۳۸۷: ۱۵)

در جایی که مفاد سند قرارداد روشن است، دادگاه باید ظاهر عرفی الفاظ را حاکی از قصد واقعی و مشترک دو طرف بداند و نمی تواند به بهانه رعایت انصاف یا عرف و قانون معنای دیگری به آن بدهد یا مفاد عقد را منحرف سازد. با وجود این ادعای مخالفت اراده اعلام شده با قصد مشترک را نباید مردود شمرد منتها به دلیل تعارض ظاهر الفاظ با دلایل ابراز شده و همچنین به دلیل موانعی که متون قوانین در تخلف از مفاد اسناد معتبر به وجود آمده است، این ادعا به دشواری اثبات می شود و دادگاه نیز تمایل به انصراف از ظواهر عرفی سند قرارداد ندارند. در رویه قضایی هم قضات سعی بر این دارند تا حد ممکن با تمسک به لوازم قانونی و عرفی از انحلال قراردادهای جلوگیری کنند. در ادامه چند رأی که در آن قاضی از لوازم عرفی قرارداد استفاده کرده بیان می شود.

الف - م دادنامه ۲۱/۱۷ مورخ ۱۳۷۱/۱/۱۹ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور:

«در ذیل قرارداد طرفین موافقت نموده‌اند که مبلغ سه میلیون ریال به‌عنوان پیشیمانی هر یک از طرفین بانضمام کمیسیون بنگاه پرداخت کند و فروشنده متعهد شده در مهلت مرقوم خانه را تخلیه و تحویل خریدار بدهد».

نظر شعبه: «با فرض تلقی عبارت مذکور در ذیل قرارداد مستند دعوی به‌عنوان خیار شرط قید مدت مذکور در قرارداد عرفاً ناظر به کل قرارداد منجمله خیار شرط بوده و نتیجتاً مورد از مصادیق ماده ۴۰۱ قانون مدنی نبوده و معامله باطل نمی‌باشد». (بازگیر، ۱۳۷۹: ۳۲)

ب - دادنامه ۲۲/۶/۸۸ مورخ ۱۳۶۹/۹/۱۰ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور: در این قرارداد تراضی گردیده هر گاه از تاریخ ۶۶/۷/۱۷ بنا به دلایلی طرفین فسخ قولنامه را خواستند مبلغ پنجاه هزار تومان به دیگری دادنی باشد به تجویز ماده ۴۰۱ قانون مدنی شرط خیار و هم عقد بیع ۶۶/۷/۱۷ باطل است.

نظر شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور: «دادنامه تجدیدنظر خواسته مخدوش است زیرا اگرچه موضوع فسخ قولنامه که در قرارداد تنظیمی عنوان شده مقید به زمان معینی نگردیده لیکن در این خصوص فقط شرط مزبور مجهول و باطل است و دیگر این شرط اثری در صحت بیع ندارد». (بازگیر، ۱۳۷۹: ۷۱).

ج - پرونده کلاسه ۷۰/۸۶ ح.ا. (خواسته: ابطال بیع) خواهان اعلام می‌دارد به دلالت مبیعنامه مورخ ۸۴/۳/۲۷ خواننده دعوی یک دستگاه ساختمان را به شرح مندرج در مبیعنامه از اینجانب خریداری نموده است، در قسمت ذیل مبیعنامه شرط شده «چنانچه هر یک از طرفین به هر دلیلی از معامله فوق انصراف دهند موظف به پرداخت پانزده میلیون تومان به طرف دیگری می‌باشد» نظر به اینکه شرط مذکور شرط خیار بوده که به‌لحاظ نداشتن مدت باطل و مبطل عقد است.

دادنامه شماره ۸۸/۲/۳۱-۲۹ شعبه ۱۰۱ جزایی دادگاه عمومی کلاردشت: «دادخواست خواهان به‌لحاظ عدم ثبوت غیروارد تشخیص و مستنداً به ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوا صادر می‌گردد».

دادنامه شماره ۸۸/۹۹۷۱۵۱۶۶/۱۴۹۳ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران:

استدلال دادگاه تجدیدنظر:

۱. استناد تجدیدنظر خواه به بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی به‌لحاظ تملک و قبض مبیع و ثمن توسط مشتری و بایع، خروج موضوعی از ادعای جهل عوضین می‌باشد.

۲. گرچه در ماده ۴۰۱ قانون مدنی اشاره شده اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط و هم بیع باطل است، لیکن همان طور که در سطور پایانی لایحه تجدیدنظرخواهی اشاره به ضرورت توجه قصد و اراده طرفین قرارداد و بی اثر بودن قصد و اراده کاتب قرارداد شده است و برابر ماده ۲۲۴ قانون مدنی «الفاظ عقود محمول است بر معنای عرفیه» و ماده ۱۹۰ قانون مدنی که اشاره به قصد و اراده طرفین دارد از این رو دلایل و قراین و اماره‌ای در قرارداد و پرونده مشاهده نمی شود که طرفین قرارداد اراده و نیت و قصد برای انصراف و به هم زدن عقد بیع در آینده داشته باشند و تملک مبیع از سوی مشتری و قبض ثمن توسط بایع، مثبت ادعای فوق مبنی بر عدم اراده و قصد طرفین برای به هم زدن بیع در آینده است و مضافاً آنقضای ۲ سال از وقوع معامله و بیع و تملک مبیع و قبض ثمن مؤید نظر فوق می باشد و خلاف استنباط موجب تزلزل در نظم عمومی جامعه و معاملات و مراودات تجاری فراهم خواهد نمود و فتاوی تعدادی آیات عظام حضرات آیت الله مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی نشانگر صحت معامله و فقط باطل بودن شرط می باشد».

۲-۲. تعیین بعدی مدت از طریق امارات قراردادی

در این مبحث به قابلیت تعیین مدت در صورت عدم تعیین مدت در خیار شرط با توسل به امارات قراردادی می پردازیم تا از این طریق بتوانیم نقص مربوط به عدم تعیین مدت را برطرف و از انحلال قرارداد جلوگیری کنیم. به طور معمول در قراردادهایی که توسط بنگاه املاک تنظیم می شود شروطی مانند اینکه «در صورت انصراف یا فسخ هر یک از طرفین از معامله مبلغ پنج میلیون به طرف مقابل پرداخت می نماید یا بیعانه متعلق به طرف مقابل خواهد بود» درج می شود. قدر مسلم درج چنین شروطی توسط بنگاه املاک باب تفسیرهای مختلفی را در صورت نزاع و اختلاف در قرارداد باز می کند و طرف ناراضی از قرارداد در پی بطلان قرارداد به استناد ماده ۴۰۱ قانون مدنی می باشد با این استدلال که شرط مذکور نمونه بارز خیار شرط است و چون مدت در آن قید نگردیده شرط خیار و عقد باطل است.

نقش دادرس به عنوان مجری قانون به جهت حفظ قرارداد تا حد ممکن و در واقع حفظ نظم عمومی معاملات بسیار مهم است. دادرس از طریق تفسیر قرارداد به قصد مشترک و هدف واقعی طرفین از انعقاد قرارداد خواهد رسید و در صورت نقص قرارداد با توسل به امارات قراردادی و قواعد عام، قرارداد را حفظ خواهد کرد. به طور مثال در قراردادهایی که توسط بنگاه املاک تنظیم می شود که با شرط فوق الذکر همراه است دادرس جهت تعیین مدت در قرارداد به دنبال تاریخ مؤخر بر قرارداد می گردد تا از انحلال معامله جلوگیری کند. اماراتی مانند تاریخ مراجعه به دفتر اسناد رسمی برای تنظیم سند رسمی، بدین صورت که به حکم ماده ۴۰۰ قانون مدنی، ابتدای خیار شرط از تاریخ

انعقاد قرارداد است و انتهای خیار شرط تاریخ مراجعه به دفتر اسناد رسمی است یا اینکه عموماً در جایی که ثمن معامله از طریق چک پرداخت می‌شود، معمولاً تعداد چک‌ها و تاریخ سرسید آن‌ها در مبایعه‌نامه قید می‌شود در این صورت انقضای خیار شرط می‌تواند تاریخ سررسید اولین چک باشد. همین‌طور دریافت ثمن توسط فروشنده و تصرف در آن یا برعکس تصرف خریدار بر مال خریداری شده یا عدم استفاده از خیار برای مدت طولانی به معنای انصراف صاحب خیار از اجرای خیار می‌باشد. دادرسی با استفاده از امارات قراردادی می‌تواند قرارداد ناقص را تکمیل نماید.

تفسیر قرارداد باعث درهم آمیختن التزام ارادی با الزام‌های اجتماعی می‌شود و از طرفی با پیدایش اختلاف، هر قراردادی هرچند دقیق و فنی باشد، نیاز به تفسیر دارد (قاسم زاده، ۱۳۷۶: ۵۸). یکی از راه‌های جلوگیری از انحلال عقد توسط اصل لزوم و التزام به قرارداد و اصل صحت است.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی، به خوبی نشان می‌دهد که نیروی الزام‌آور عقد مشروط است و قانون حق نظارت و دخالت را برای خود حفظ می‌کند. ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز صریح‌تر از ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد. پس گزاف نیست که گفته شود قراردادی الزام‌آور است که از دیدگاه حقوق مشروع باشد یا به بیان دیگر الزام ناشی از عقد چهره‌ای از الزام اجتماعی است.

مفاد ماده ۲۲۳ قانون مدنی بی‌گمان یک قاعده موضوعی نیست و قانون‌گذار نمی‌خواهد حکمی مستقل بنا گذارد و رابطه آن را با ظاهر و غلبه‌ای که انگیزه صدور حکم قرار گرفته است قطع کند. به همین جهت نیز اعتبار اصل صحت تا زمانی است که خلاف آن ثابت نشود. اجرای اصل صحت بدین معنی است که دادرسی همه آثار حقوقی عقد را بر قرارداد مورد تردید بشناسد، ولی درباره امور خارجی که لوازم عقلی یا عادی آن صحت است، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی که قاعده صحت را در شمار امارات آورده‌اند و آن را راهی برای کشف واقع می‌دانند، بی‌گمان برای اجرای کامل قرارداد لوازم عقلی و قانونی صحت آن را نیز می‌پذیرند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۸۹).

گاهی اوقات ممکن است شرط خیار قبل از عقد با توافق طرفین ایجاد شده باشد و بعد از آن عقد بر اساس توافق قبلی منعقد شود و در ضمن عقد به خیار شرط قبل از عقد اشاره شود ولی مدت آن قید نگردد در صورتی که قبل از انعقاد قرارداد طرفین بر شرط خیار و مدت آن به توافق رسیدند، ولی در متن قرارداد مدت را ذکر نکردند. در اینجا با اثبات توافق قبل از عقد یعنی توافق بر شرط خیار با مدت معین توسط طرف مقابل از بطلان قرارداد جلوگیری می‌شود و این از مصادیق شرط بنایی می‌باشد. شرط بنایی یک توافق فرعی حاصل از مذاکرات مقدماتی در ارتباط با عقد اصلی است که به هنگام انعقاد این عقد حسب اراده مشترک قبلی طرفین، جزء مفاد عقد قرار می‌گیرد (عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود)

و مفاد آن غیر از الزامات عرفی یا ارکان و عناصر عقد است (وائقی، ۱۳۹۱: ۱۷۰) شرط بنایی زیر مجموعه شرط ضمن عقد است و به حکم ماده ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی صحیح و لازم الاجراست. در رویه قضایی هم دادگاه‌ها در عمل سعی می‌کنند قرارداد را طوری تفسیر کنند تا از انحلال قرارداد جلوگیری شود. البته با کمک امارات قراردادی و قواعد عام، و اگر در قراردادی هیچ اماره‌ای دال بر محدود بودن یا انقضای اختیار شرط را نشان ندهد به ناچار به حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی هم شرط اختیار و هم قرارداد باطل است. در ادامه نمونه‌هایی از رویه قضایی را در خصوص موضوع مورد بحث خواهیم دید که بعضی دادگاه‌ها شرط «انصراف از قرارداد یا پشیمانی» را اختیار شرط ندانسته بلکه ضمن تحکیم مبانی معامله یک نوع برآورد خسارتی است که از تعلل در انجام رسمی معامله حاصل می‌گردد.

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۳۴۸۶ مورخ ۷۸/۴/۲ بدین شرح اعلام نظر می‌نماید: «شرط پشیمانی از مصادیق اختیار شرط موضوع ماده ۴۰۱ قانون مدنی نیست، بلکه ضمن تحکیم مبانی معامله یک نوع برآورد خسارتی است که از تعلل در انجام رسمی معامله حاصل می‌گردد و مطالبه آن گویای استفاده از شرط فسخ تلقی نمی‌شود».

در نشست قضایی دادگستری استان لرستان در خصوص این شرط بدین شرح اظهار نظر شده است: «معامله‌ای در مورد یک باب ساختمان صورت گرفته و در قولنامه شرط شده «چنانچه هر یک از طرفین از انجام معامله منصرف شود مبلغ یک میلیون ریال به طرف مقابل به‌عنوان ضرر و زیان پردازد» آیا شرط مذکور با توجه به ماده ۴۰۱ قانون مدنی مبطل عقد است؟

اتفاق نظر: از فرض سؤال قید مذکور اختیار شرط نمی‌باشد بلکه قید مذکور از باب تحکیم و استحکام معامله است و به استناد این قید نمی‌توان درخواست فسخ معامله را به‌عنوان اختیار شرط مطرح کرد. مضاف بر اینکه به‌صراحت ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه و قید مذکور عرفاً اختیار شرط محسوب نمی‌شود.» (مجموعه نشست‌های قضایی، ۴/۱۳۸۳: ۶۸)

دادنامه ۴۴۳ مورخ ۱۳۷۰/۴/۱۵ شعبه ۸ دیوان عالی کشور: تصریح در سند معامله به اینکه اگر فروشنده از انجام معامله منصرف شود باید علاوه بر رد بیعانه معادل بیعانه به خریدار پردازد، برای تحکیم معامله است و دلالت بر حق فسخ فروشنده ندارد. (بازگیر، ۱۳۷۹: ۵۲)

برخی دادگاه‌ها این شرط را شرط اختیار تلقی کرده ولی از طریق امارات قراردادی پایانی را برای اختیار شرط در نظر گرفته‌اند:

الف - دادنامه ۲۱/۷/۰۶ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۱۳ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور:

با توجه به تعیین مدت جهت پرداخت ثمن به کیفیت مندرج در قرارداد مذکور که نهایتاً ۷۰/۳/۳۰ قید و بلافاصله اضافه گردیده است که: «چه خریدار و چه فروشنده هر کدام پشیمان شویم

مبلغ چهل هزار تومان به طرف دادنی باشیم» در قرارداد مدت مذکور (از ۶۹/۸/۷ تاریخ انعقاد تا ۷۰/۳/۳۰) مدت خیار بوده و از مصادیق ماده ۴۰۱ قانون مدنی نمی‌باشد).

ب- دادنامه ۲۱/۴۹۵ مورخ ۹۳/۹/۱۰ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور:

با توجه به بند ۷ قولنامه حق فسخ برای خریدار بدون ذکر مدت طبق ماده ۴۰۱ قانون مدنی شرط و بیع باطل می‌باشد لیکن اشکالی که به این استدلال و دادنامه تجدیدنظرخواسته وارد به نظر می‌رسد این است که اولاً ضرب‌الاجل مذکور در صدر بند ۴ قرارداد صریحاً با این عبارت: «چنانچه در مدت زمان یکسال بعد از امضای قولنامه خریدار حاضر به پرداخت مبلغ باقی‌مانده از کل مبلغ مورد معامله باشد فروشنده متعهد به انتقال سند به نام وی خواهد بود» ناظر به کل قرارداد منجمله بند ۷ قرارداد بوده بنابراین با فرض تلقی این بند به‌عنوان خیار شرط، بدون مدت نبوده و استناد به ماده ۴۰۱ قانون مدنی و صدور حکم به بطلان قرارداد موجه نمی‌باشد.

ج- دادنامه ۲۱/۱۷۸ مورخ ۷۳/۴/۱۲ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور:

«قطع نظر از اینکه علی فرض تلقی عبارت مذکور در ذیل قرارداد به‌عنوان خیار شرط در قرارداد باشد مورد مشمول مقررات ماده ۴۰۱ قانون مدنی می‌باشد» (بازگیر، ۱۳۷۹: ۸۳).

نتیجه

با تحقیق و تتبع در آثار فقهای متقدم و متأخر عامه و امامیه در خصوص تأثیر عدم ذکر مدت در خیار شرط بر قرارداد نتایج ذیل حاصل شده است:

خیار شرط مورد اتفاق فقهای متأخر و معاصر امامیه و اهل سنت می‌باشد، پایه و اساس استدلال غالب علما اجماع و سنت می‌باشد ولی ثوری و ابن ابی شرمه و گروهی از اهل ظاهر خیار شرط را قبول ندارند. در فقه شافعی مدت خیار فقط ۳ روز و کمتر امکان‌پذیر است به شرطی که متصل به شرط خیار و به‌صورت متوالی باشد و اگر مدت خیار مجهول، مطلق یا دائمی یا بیشتر از ۳ روز و نیز به شرط خیار متصل نباشد، عقد باطل است. فقه حنفی نیز مانند فقه شافعی می‌باشد با این تفاوت که لازم نیست حتماً مدت خیار متصل به عقد باشد و نیز در خیار شرط به‌صورت مطلق اگر در مدت ۳ روز واقع شود جایز و بیشتر از آن بیع باطل است. فقه حنبلی معتقد است که مدت در خیار شرط باید معلوم باشد و نیز خیار شرط مجهول و مطلق و دائمی را مجاز نمی‌داند. در فقه مالکی مانند فقه حنبلی خیار شرط محدود به مدت خاص نیست ولی خیار شرط مطلق و مجهول باطل نیست و با توجه به نیاز و نوع مبیع مدت خیار متفاوت است.

در فقه امامیه نظر غالب بر این است که خیار شرط محدود به مدت خاصی نیست و نیز خیار شرط منفصل و متصل صحیح است ولی در مورد حکم عقدی که مدت خیار در آن قید نشده چهار نظر وجود

دارد: عده‌ای معتقدند در این صورت عقد و شرط خیار به علت غرری شدن باطل است، عده‌ای معتقدند فقط شرط خیار باطل است و عقد صحیح است و نیز عده‌ای معتقدند عقد صحیح است و شرط منصرف به ۳ روز می‌باشد و عده‌ای معتقدند اگر از طریق عرف، مدت قابل تعیین باشد عقد صحیح است که نظر نگارندگان بر همین نظر اخیر می‌باشد. در حقوق ایران نیز خیار شرط با توافق طرفین تعیین می‌شود ولی اگر مدت مجهول باشد به حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی عقد و شرط خیار باطل است.

رویه قضایی در ایران در خصوص یکی از مصادیق خیار شرط یعنی «شرط انصراف یا پشیمانی یا فسخ معامله» که معمولاً در مبایعه‌نامه‌ها توسط بنگاه املاک تنظیم می‌شود رویه واحدی نداشته و بعضی محاکم نظر به بطلان شرط و عقد به حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی دارند و بعضی محاکم معتقدند فقط شرط باطل است، ولی عقد باطل نیست و برخی دادگاه‌ها معتقدند که این شرط، شرط خیار نیست بلکه نوعی برآورد خسارت و نیز برای تحکیم معامله است و بعضی محاکم معتقدند این شرط خیار است ولی به کمک قواعد عام مانند اصل لزوم و صحت، عرف و امارات قراردادی پایانی را برای شرط خیار تعیین نموده‌اند.

به نظر نگارندگان، در مواردی که شرط خیار در مبایعه‌نامه عادی درج شده باشد و زمانی برای تنظیم سند رسمی تعیین گشته باشد، خیار تا زمان تنظیم سند رسمی قابل اعمال است و بنابراین هم عقد و هم شرط صحیح است و در غیر این مورد، چنانچه عرف روشنی در رابطه با زمان خیار وجود داشته باشد همان ملاک عمل است و در غیر این دو مورد عدم تعیین مدت در شرط خیار، موجب بطلان شرط و عقد می‌گردد.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسین (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ۲۸، تهران: انتشارات اسلامی.
- اراکی، محمد علی (۱۳۷۱)، توضیح المسائل (فارسی)، فقه شیعه، قم: چاپخانه دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور، چاپ ۱، تهران: فردوسی.
- رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی و حقوقی، (۱۳۸۳) جلد ۹، تهران: انتشارات جنگل.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، عقود معین ۱، چاپ ۶، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ ۳، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ ۱، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲ چاپ ۱۵، تهران: انتشارات میزان.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۶)، «حل اختلاف قراردادی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵ و ۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی (۱۳۸۱)، جلد ۲، چاپ ۲، تهران: معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضاییه.
- مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی (۱۳۸۴)، جلد ۴، چاپ ۱، تهران: معاونت آموزشی قوه قضاییه.
- مجموعه نشست‌های قضایی (۱۳۸۳)، جلد ۴، معاونت آموزشی قوه قضاییه، مسائل قانون مدنی.
- مجموعه نشست‌های قضایی (۱۳۸۲)، جلد ۶، معاونت آموزشی قوه قضاییه، مسائل قانون مدنی.
- نوین، پرویز و عباس خواجه پیری (۱۳۸۲)، عقود معین ۱، چاپ ۲، تهران: گنج دانش.
- واثقی، محسن (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی شرط بنایی در حقوق اسلام و ایران»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۹.

عربی

- انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق)، المکاسب، جلد ۵، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه باقری.
- ابن قیم جوزیه، شمس الدین ابوعبدالله (بی تا)، إعلام الموقعین عن رب العالمین، جلد ۴، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- ابن قدامه، عبدالله (بی تا)، المغنی، جلد ۴، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن قدامه، عبد الرحمن (بی تا)، الشرح الكبير، جلد ۴ و ۷، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن عابدین (۱۴۱۵ق)، رد المختار علی الدر المختار، جلد ۱، الطبعة الاول، بیروت: دارالفکر.
- ابن براج، عبد العزیز (قاضی ابن براج) (۱۴۱ق)، جواهر الفقه، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه سیدالشهدا.
- انصاری، زکریا (۱۴۱۸ق)، فتح الوهاب، جلد ۱، فقه شافعی، طبعة الأولى، دارالکتب العلمیة.

- اصفهانی، محمدحسین (١٤١٨ق)، حاشیه المکاسب، جلد ٤، الشیخ عباس محمد آل سبع القطیفی، الأولى، علمیه، المحقق.
- اردبیلی، احمد، المحقق الأردبیلی (بی تا)، مجمع الفائدة، جلد ٨، الشیخ علی پناه الاشتهاردی، قم: جماعة المدرسین قم.
- بهوتی، منصور بن یونس (١٤١٨ق)، کشف القناع، جلد ٣، الطبعة الأولى، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- بیهقی، احمد بن حسین بن علی (١٤١٢ق)، السنن الکبری، جلد ٥، الطبعة الأولى، بیروت: دارالفکر.
- بیهقی، ابومحمد (بی تا)، معرفة السنن والآثار، جلد ٤، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- بحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضرة، جلد ١٩، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة.
- جزائری، عبدالله (بی تا)، التحفة السنیه (مخطوط)، نسخة مخطوطة، تخطیط: عبدالله نور الدین بن نعمت الله.
- جزیری، عبدالرحمن (١٤٢٤ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ٢، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین (١٤١٠ق)، المختصر النافع، طبعة الثانية، طهران: قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسة البعثة.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین (١٤٠٩ق)، شرائع الإسلام، جلد ٢، طبعة الثانية، طهران: انتشارات استقلال.
- حلی، یحیی بن سعید (١٤٠٥ق)، الجامع للشرایع، إشراف: الشیخ جعفر السبحانی، قم: المطبعة العلمیه.
- حلی، جمال الدین (١٤٠٧ق)، المهذب البارع، جلد ٢، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة.
- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر (١٤١٣ق)، مختلف الشیعه، جلد ٥، الطبعة الأولى، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (١٤٢٠ق)، تحرير الأحكام، جلد ٣، الشیخ إبراهيم البهادری، طبعة الأولى، قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- حلی، حسن بن یوسف (١٤٢٠ق)، تذكرة الفقهاء، جلد ١١، طبع الأولى، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- حلبي، أبو الصلاح (بی تا)، لكافي للحلبي، رضا أستاذی، اصفهان: مكتبة الإمام أمير المؤمنين علی (ع) العامة.
- حلبي، ابن زهرة (بی تا)، غنية النزوع، الشیخ إبراهيم البهادری / إشراف: جعفر السبحانی، الأولى، قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- حصفکی، محمد امین (١٩٩٥م)، الدر المختار، جلد ٥، فقه حنفی، مكتب البحوث والدراسات، بیروت: دارالفکر.
- خوئی، ابولقاسم (١٤١٣ق)، منهاج الصالحین، جلد ٢، فقه شیعه، قم: نشر مدينة العلم.
- خمینی، روح الله (١٤١٠ق)، کتاب البیع، جلد ٤، طبعة الأولى، تهران: مؤسسة تنظیم ونشر آثار الامام الخمينی.
- خوانساری، احمد (١٤٠٥ق)، جامع المدارک، جلد ٣، تعليق: علی أكبر الغفاری، الثانية، قم: مؤسسة إسماعيلیان.

- خوانساری موسی (١٤١٨ق)، منية الطالب، جلد ٣، طبعة الأولى، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- دمیاطی، سید بکری (١٩٩٧م)، إعانة الطالبین، جلد ٣، فقه شافعی، طبعة الأولى، بیروت: دارالفکر للطباعة.
- دسوقی، عمس الدین محمد بن عرفه (بی تا)، حاشیة الدسوقی، جلد ٣، بیروت: دار احیاء الکتب العربیة.
- ذهبی (١٣١٠ق)، تنقیح التحقیق فی أحادیث التعلیق، جلد ٢، الطبعة الثانية، قم: دارالفکر.
- روحانی، محمد صادق (١٤١٨ق)، منهاج الصالحین، جلد ٢، فقه شیعة (فتاوی مراجع)، طبعة الثانية، الكويت: مكتبة الألفین.
- روحانی، سید محمد صادق (١٤١٨ق)، منهاج الفقاهه، جلد ٥، الطبعة الرابعة، قم: مطبعة العلمية.
- رافعی، عبد الکریم بن محمد (بی تا)، فتح العزیز فی شرح الوجیز، بی تا، جلد ٨، بیروت: مطبعة دار الفکر.
- زید بن علی، مسند زید بن علی (بی تا)، فقه زیدی، بیروت: منشورات دار مكتبة الحياة.
- سرخسی، شمس الدین (١٤٠٦ق)، المسووط تحقیق جمع من الافاضل، جلد ١٣، بیروت: دار المعرفة.
- سمرقندی، علا الدین (١٤١٤ق)، تحفة الفقهاء، جلد ٢، فقه حنفی، الثانية، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- سیوطی، جلال الدین (١٤١٨ق)، تنویر الحوالمک، فقه مالکی، بیروت.
- سیستانی، سید علی (١٤١٥ق)، منهاج الصالحین، جلد ٢، طبعة الأولى، قم: مکتب آية الله العظمی السید السیستانی.
- سبزواری، محمد باقر (١٤٢٣ق)، کفایة الأحکام، جلد ١، الشیخ مرتضی الواعظی الأراکی، الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي.
- شربینی، محمد بن احمد (١٩٥٨م)، مغنی المحتاج، جلد ١، فقه شافعی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- شربینی الخطیب، محمد (١٩٥٨م)، المغنی المحتاج، جلد ٣، مصر: دار احیاء التراث العربی.
- شافعی، الامام (١٤٠٣ق)، کتاب الام، جلد ٣، طبعة الثانية، بیروت: مطبعة دارالفکر.
- شروانی، العبادی، عبد الحمید، ابن قاسم (بی تا)، حواشی الشروانی، جلد ٤، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- طباطبائی، سید محمد کاظم (بی تا)، ریاض المسائل، جلد ٨، الطبع الاولي، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (١٣٧٨ق)، حاشیة المکاسب، جلد ٢، الطبعة الاولي، قم: نشر اسماعیلیان.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (١٤١٧ق)، خلاف، سید علی خراسانی، جلد ٣ و ٤، الطبع الاولي، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد، ابن حمزة الطوسی (١٤٠٨ق)، الوسيلة، تحقیق: الشیخ محمد الحسون، طبعة الأولى، قم: مطبعة الخيام.
- علی حسینی، سید عبدالله (١٤٢١ق)، مقارنات التشریعیه، جلد ١، طبعة الاول، دارالسلام.
- قرطبی اندلسی، ابوالید، ابن رشد الحفید (١٤١٥ق)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جلد ٢ و ٣، بیروت: دار الفکر.
- قمی، عباس (١٣٥٩)، الغایة القصوی (فارسی)، للیزدی ترجمة (عروة الوثقی)، جلد ٢، طهران: انتشارات المكتبة المرتضوية.
- قمی، علی بن محمد (بی تا)، جامع الخلاف والوفاق، قم: انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر (عج).
- کاشانی، ابوبکر بن مسعود (١٤٠٩ق)، بدائع الصنائع، جلد ٥ و ٢، الطبعة الاولي، پاکستان: المكتبة الحبيبية.

- مرواريد، علي اصغر (١٤١٠ق)، **الينابيع الفقهية**، جلد ١٣، طبعه الأولى، بيروت: الدار الإسلامية.
- مكى عاملى، ابو عبدالله محمد بن جمال الدين (شهيد اول) (١٤١٤ق)، **الدروس**، جلد ٣، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، الأولى.
- مكى العاملى، محمد بن جمال، **الشهيد الثانى** (١٣٩٨ق)، **شرح اللمعة**، جلد ٤، طبعه الأولى، قم: السيد محمد كلاتر.
- مكى العاملى، محمد بن جمال، **الشهيد الثانى** (١٤١٣ق)، **مسالك الأفهام**، جلد ٣، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- موسى البغدادي، علي بن الحسين، **الشرىف المرتضى (بى تا)**، **الانتصار**، تهران: مؤسسة النشر الإسلامى.
- ماردىنى، علا، **الدين (بى تا)**، **الجواهر النقى**، جلد ٥، فقه حنفى، بيروت: دار الفكر.
- مليبارى الفناني الهندي، عبدالعزيز (١٤١٨ق)، **فتح المعين**، جلد ٣، الطبعه الاول، بيروت: دارالفكر.
- مواق، محمد بن يوسف (١٩٩٥م)، **مختصر خليل**، فقه مالكى، طبعه الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية.
- مزنى، اسماعيل (بى تا)، **مختصر المزنى**، فقه شافعى، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.
- نراقى، احمد (١٤١٥ق)، **مستند الشيعه**، جلد ١٤، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- نسفى، عبدالله بن احمد، ابن نجيم المصرى (١٩٩٧م)، **البحر الرائق**، جلد ٦، فقه حنفى، بيروت: دار الكتب العلمية.
- نووى، يحيى بن شرف (بى تا)، **المجموع فى شرح المهذب**، جلد ٩، بيروت: دارالفكر.
- نووى، ابو زكريا محبى الدين (١٩٩١م)، **روضه الطالبين وعمدة المفتين**، جلد ٣، الطبعه الثالثه، دمشق: المكتب الاسلامى.
- نجفى، محمد حسن (١٣٦٨ش)، **جواهرالكلام**، جلد ٢٣، التاسعة، طهران: دارالكتب الإسلامية.
- نعمان الكبرى البغدادي، ابى عبدالله، **الشيخ المفيد** (١٤١٠ق)، **المقنعة**، طبعه الثانية، قم: مؤسسة النشر الإسلامى.