**بررسی تطبیقی خیار شرط در نظام حقوقی ایران و افغانستان**

**سمیع الله "مبارز"[[1]](#footnote-1)**

**چکیده**

خیار شرط به عنوان یکی از مهم‌ترین خیارها و جلوه‌ای بارز از اصل مترقی حاکمیت اراده در عقود و قراردادها بشمار می‌رود. خیار شرط صلاحیت فسخ قرارداد است که برای یکی از متعاقدین یا هردوی آن‌ها یا شخص سوم در ضمن عقد اصلی شرط می‌شود یا بعد از عقد روی آن توافق صورت می‌گیرد. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی با رویکرد تطبیقی به تحلیل و توصیف داده‌ها پیرامون خیار شرط در نظام حقوقی (ایران و افغانستان) پرداخته و در گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه‌ای استفاده به عمل آمده است. یافته‌های این پژوهش بیان‌گر این امر است که؛ در جریان و تعمیم خیارشرط و در تعیین مدت خیار در (عقودلازم، غیرلازم و ایقاعات) حقوق ایران نسبت به حقوق افغانستان بیشتر متکی به اصل مترقی حاکمیت اراده بوده و تنها عقد نکاح بصورت اتفاقی در هردو نظام حقوقی از این قاعده مستثنی قرار گرفته است. همچنین انتقال ملکیت بدلین در معاوضات مالی که در آن خیار شرط برای طرفین اعطاء شده باشد در حقوق ایران پذیرفته شده ولی حقوق افغانستان با استناد به دیدگاه أبوحنیفه آن‌را نپذیرفته است. و در ضمن انتقال حق خیارشرط برای ورثه در صورت وفات یکی از طرفین صاحب خیار در حقوق ایران پذیرفته شده ولی در حقوق افغانستان با استناد به دیدگاه احناف خیار شرط را در زمرۀ حقوق مالی نپذیرفته و قابل انتقال به ورثه نمی‌داند و بعد از وفات صاحب خیار عقد لازم می‌گردد. و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق، محاسن و معایب هردو نظام حقوقی اشاره گردیده است.

**واژه‌گان کلیدی:** خیار شرط، آثار خیار شرط، حاکمیت راده، لزوم عقد، فسخ عقد، حقوق ایران، حقوق افغانستان.

**مقدمه**

خیار شرط یکی از مباحث بسیار مطرح در بحث قواعد عمومی قراردادها بوده که بر اساس تراضی و توافق طرفین عقد در ضمن عقد یا بعد از آن شکل می‌گیرد و بیشتر به اصل پیشرفته حاکمیت اراده تکیه دارد. خیار شرط از جمله خیارات مشترک است که در تمام عقود لازم می‌تواند جریان یابد. جز در موارد که در قانون استثناء قرار گرفته است. وجود خیار شرط عقد را از حالت لزوم بیرون کشیده و ثبات عقد را متزلزل می‌سازد. بنابراین ماهیت خیار شرط از سایر خیارها متمایز است زیرا خیارشرط از حیث قلت و کثرت، معین و محدود به حدی نیست و این طرفین عقد هستند که قلت و کثرت آن را مشخص می‌کنند. راجع به قلمرو خیار شرط و دایرۀ شمول آن در میان حقوق‌دانان و فقها اختلافات زیادی وجود دارد حتی در عقود لازم که جریان خیار شرط راحت‌تر پذیرفته شده اختلاف وجود دارد. این اختلاف در عقود جایز بسیار عمیق‌تر و شدیدتر است چرا که عقد جایز بدون خیار نیز قابل انحلال است. همچنین در مورد ایقاعات عمدتا دیدگاه بر عدم جریان خیار است با این استدلال که ایقاع عملی یک طرفه است و خیار شرط باید متکی به ارادۀ طرفین باشد. استثناآتی وارده بر برخی از عقود لازم در حقوق ایران و حقوق افغانستان جز عقد (نکاح)، چندان منطقی و مستدل به نظر نمی‌رسد و همچنین جعل خیار در عقود جایز فوایدی دارد که در حقوق افغانستان مغفول واقع شده است و ایقاعات نیز با اینکه بر اساس ارادۀ یک طرفه شکل می‌گیرد ولی همیشه میان دو نفر مؤثر می‌باشد از این رو متکی به دونفر است. نقص که در حقوق افغانستان وجود دارد این است که در برخی از ایقاعات جریان خیار شرط را جایز ندانسته است. بنابراین می‌توان با تکیه بر دلایل قطعی و مسلم دایرۀ مصادیق قابل انحلال با خیار شرط را به وسعت تمام معاملات دانست مگر مواردی مثل نکاح که با دلیل قطعی می‌توان گفت که خیار شرط در مورد آن قابل جریان نیست.

مسأله پرچالش دیگر در هردو نظام حقوقی تعیین مدت زمان در خیارشرط است که حقوق ایران بر مبنای دیدگاه فقهای امامیه زمان زیادی را برای آن در نظر گرفته است که این دیدگاه قابل تأمل است و سازگار با انضباط حقوقی نمی باشد. برعکس حقوق افغانستان بر مبنای دیدگاه ابوحنیفه زمان خیلی کمی حداکثر الی سه روز را برای خیار شرط در نظر گرفته که اتخاذ این موضع با اهمیت و جایگاه بسیاری از معاملات سازگاری ندارد. موضوع مطرح دیگر در هر دو نظام حقوقی، بحث انتقال ملکیت بدلین در قراردادهای مالی و انتقال خیار شرط بعد از وفات صاحب خیارشرط به ورثه او است، که در حقوق ایران در عقود معاوضی مالی ملکیت بدلین در جریان مدت خیار به طرفین عقد منتقل می‌شود و بعد از وفات صاحب خیار ورثه وی از حق خیار استفاده کرده می‌توانند در حالیکه در حقوق افغانستان با این دو مورد نیز مخالفت شده است.

از آنجا که معاملات در عرف قبل از اسلام جریان داشته لذا بحث از خیار شرط در معاملات، عقود و ایقاعات و مسائل پیرامون آن از صدر اسلام تا به امروز در میان فقها و حقوق‌دانان مطرح بوده، ولی تاهنوز بصورت تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان مطرح نشده و هیچ پژوهش تطبیقی در این مورد صورت نگرفته است. بنابراین با توجه به اهمیت و جایگاه ویژه‌ی خیار شرط در هردو نظام حقوقی(ایران و افغانستان) در این نوشتار به مباحثی چون (تعریف و ماهیت خیارشرط، قلمرو، ویژه‌گی‌ها، تعیین مدت، آثار، اسقاط و سقوط خیار شرط) پرداخته خواهد شد. این پژوهش از جهت شیوۀ نگارش به صورت تطبیقی به رشتۀ تحریر در آمده و به تحلیل و توصیف داده‌ها در هردو نظام حقوقی پیرامون خیارشرط پرداخته و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق هردو نظام حقوقی پیرامون خیارشرط اشارات قابل ملاحظه‌ی صورت گرفته است. مسئله مهم در این پژوهش این است که آیا جریان خیار شرط در عقود لازم قابل فسخ در حقوق ایران و افغانستان پذیرفته شده است یاخیر؟

**۱- مفهوم شناسی خیار شرط**

عنوان خیار شرط که از دو واژه مستقل فقهی ـ حقوقی ترکیب یافته است ابتدا این سوال را در ذهن خلق می کند که این عنوان در ظرف کدام یک از دو واژه مذکور قابلیت گنجایش را دارد؟ خیار است یا شرط است؟ به عنوان خیار حق فسخ را برای متعاقدین ایجاد می کند یا اینکه به عنوان شرط چیزی را بر طرفین عقد لازم می گرداند و طرفین ملتزم به آن خواهند بود؟ در ماده ۴۰۱ قانون مدنی ایران و ماده ۶۵۲ قانون مدنی افغانستان هردو ترکیب بکار رفته است. می توان گفت که عنوان (خیار شرط) ترکیبی است که معنی واقعی آن، حق حاصل ناشی از شرط خیار در عقد است. خیار شرط بر خلاف خیارات دیگر بر اساس تراضی و توافق مستقیم اراده طرفین عقد بوجود می آید و می توان گفت که خیار شرط جلوه‌ی بارز اصل حاکمیت اراده در عقود یا قراردادها می باشد. در واقع طرفین عقد با ایجاد حق خیار در عقد، اختیار فسخ قرارداد را بدست می آورند که نتیجه و حاصل شرط می باشد و شرط، وجود تبعی و اختیاری دارد که ضمن عقد اصلی در نظر گرفته یا پیشبینی می شود. تفاوت اساسی خیار شرط با خیارات دیگر در این است که از آن بعضا به شرط خیار نیز تعبیر می شود و بستگی به اراده متعاقدین دارد و حقی‌ست که در زمان معین برای طرفین یا شخص ثالث بوجود می آید.

**۱-۱-تعریف شرط**

واژه‌اي شرط در منابع مختلف فقهی و حقوقی از زوایای مختلفی مورد تعریف قرار گرفته است. شرط، واژه‌ای عربی بوده و جمع آن (شروط) و (اَشراط) است که در علوم مختلف معانی متفاوتی دارد که به شرح آن می­پردازیم: ۱. در ادبیات و علم نحو، واژه‌ای شرط در معنای گزاره‌ای که پس از ادات شرط می آید. مانند:

اگر آن ترک شیرازی بدست آرد دل ما را

به خال هندویش بخشم سمرقند و بخارا را

گزاره‌ای که پس از واژه (اگر) آمده است، شرط نامیده می شود و آنچه پس از شرط می آید را جزای شرط می نامند. اهل منطق به شرط، مقدم و به جزای شرط، تالی می گویند(محقق داماد، ۱۳۹۸، ج 2، ص 36). در علم اصول، عبارت از آنچه که از عدم آن، عدم چیزی دیگر لازم می آید، اعم از آنکه از وجود آن وجود دیگری لازم آید یا خیرـ را شرط آن چیز می نامند(انصاری، 1420 ج 6، ص 11) صاحب لسان العرب نیز شرط را به معنای آنچه که موجب الزام و التزام در بیع و همانند آن می شود دانسته و می نویسد: **الشرط معروف...والشرط: الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه** (ابن منظور، 1363، ج 7، ص 29)در عرف عامه، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال شده است. چنان که واژه‌ای شرط در بیت زیر که منسوب به حافظ است به همین معنی بکار رفته است(محقق داماد، همان، ص 37):

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است

خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

در روایات کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل (الشرط فی الحیوان ثلاثه) یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است( حر عاملی، بی‌تا). در اصطلاحات شرعی واژه‌ای شرط گاهی به معنای مطلق (عهد) آمده است. مانند (شرط الناس) که به معنای (عهدالناس) و یا (شرط الله) که به مفهوم (عهدالله) است و عهدالله نیز به معنی احکام الله، اعم از احکام تکلیفی و وضعی است(همان، ص 37) در منابع فقهی اهل سنت شرط عبارت از آن است که وجود شی بر وجود آن متوقف باشد و خارج از حقیقت شی باشد مانند: وضو شرط برای صحت نماز است ولی وجود خارجی دارد و همچنان حضور شاهدین در عقد ازدواج شرط است ولی وجود خارجی دارد(الزحیلی، ۱۴۲۴، ج 1، ص 52) شهید اول از علمای اهل تشیع در مقام تعریف عرفی شرط می نویسد: ( شرط از نظر عرف عبارت است از چیزی که اثر گذاری هر چیز اثر گذار بستگی به آن دارد، نه وجود اثر گذار. (شهید ‌اول، 1360، ج 16، ص 64) در حقوق ایران واژه‌ای شرط به معنای امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلا یا بعضا متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید یا به معنای وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد(مادهء۲۲۲ و ۲۳۵ق.م)(جعفری لنگرودی، 1399، ص 394) در حقوق افغانستان در ماده ۵۹۵ ق.م از شرط چنین تعریف به عمل آمده است: شرط عبارت از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغهء‌ خاص صورت می­گیرد.(رسولی، 1398، ص 155)

۲-۱- **تعریف خیار:**

در قانون مدنی ایران و افغانستان از خیار تعریفی به عمل نیامده است زیرا ماهیت آن تا اندازه‌ای بدیهی است ولی در فقه تعریف خیار عبارت از تسلط بر ازالهء اثر حاصل از عقد گفته شده است که تعریف متذکره از مفهوم عرفی خیار گرفته شده، بنابر این تسلط قانونی شخص در اضمحلال عقد را خیار گویند( جعفری لنگرودی، همان، ص 274). در مورد تعریف فقهی خیار فقها بدو دسته تقسیم شده اند؛ متقدمین خیار را به دو معنای تثبیت و ابقای عقد و یا زایل کردن آن دانسته اند و فقهای متاخر خیار را به اختیار فسخ عقد تعریف نموده اند(روحانی،1412، ج 17، ص 9). در فقه اهل سنت خیار عبارت از اینکه صاحب خیار میان امضاء و فسخ عقد اختیار داشته باشد اگر چه خیار، خیار شرط، خیار عیب یا خیار رؤیت باشد. بنابر این خیار شرط در اصطلاح حقوقی، اختیاری است که به موجب قانون برای فسخ قرارداد به یکی از طرفین یا هردو یا شخص ثالثی داده شده است. در حقوق افغانستان از خیار شرط چنین تعریف به عمل آمده است؛ خیار شرط صلاحیت فسخ قرارداد است که برای یکی از متعاقدین یا هردوی آن‌ها یا شخص سوم در ضمن عقد اصلی شرط می‌شود یا بعد از عقد روی آن توافق صورت می‌گیرد(رسولی، همان، 188). قانون مدنی ایران خیارها را به ۱۰ قسم تقسیم نموده و برخی از حقوق دانان موارد دیگری مانند خیار تعذر تسلیم-خیار تفلیس- خیار کذب و خیار امهال را نیز از جمله خیارها دانسته اند. قانون مدنی ایران سه مورد از خیارهای ده گانه را ویژه بیع دانسته و مابقی را خیارهای مشترک در عقود تلقی نموده است.[[2]](#footnote-2) خیار شرط در حقوق ایران از جمله خیارات مشترک بوده چنان که مادهء۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می دارد:(تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است)( کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج 5 ، ص 134). در قانون مدنی افغانستان تنها از چهار نوع خیار تذکر به عمل آمده است که عبارت اند از: خیارشرط، تعیین، رؤیت و عیب می باشد(مواد۶۵۲، ۶۶۲، ۶۷۶ و ۶۸۲). در حقوق افغانستان شبیه حقوق ایران در مادۀ ۶۵۲ ق.م خیار شرط را در زمرهء خیارات مشترک در عقود تلقی نموده است(عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن...خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند)(رسولی، همان، ص 188). در حالیکه در منابع فقهی اهل تشیع تعداد خیارات به ۱۴ قسم(کاتوزیان، همان، ص 135). و در منابع فقهی اهل سنت به ۱۷ قسم(الزحیلی، همان، ص 288). می رسد. ولی این اختلاف ماهوی و واقعی نیست؛ بلکه اختلاف در تدوین، گردآوری و تالیف است(کاتوزیان، همان).

**۲-ماهیت خیار شرط**

برخی حقوق‌دانان خیار شرط را از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می‌دانند. بنابر این به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط به وجود می آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد یا معامله را رقم خواهد زد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران درباره خیار شرط چنین مقرر داشته که ممکن است در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هردو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله شرط شود. همچنان در ماده ۶۵۴ قانون مدنی افغانستان راجع به خیار شرط چنین مشعر گردیده که؛ اعطای خیار شرط برای هردو یا یکی از طرفین عقد یا غیر آنها جواز دارد. در تفسیر و تحلیل مواد قانونی هر دو کشور می توان گفت که وضع خیار از طریق یک عمل حقوقی که همان تلاقی و تراضی اراده طرفین است تحقق می‌یابد و نتیجه آن وجود حق خیار برای دارنده آن است و ذی‌حق می‌تواند هر آن که اراده نماید از حق خیار برای فسخ معامله استفاده نماید. لذا باید میان شرط و نتیجه حاصل از آن تفکیک قائل شد. تفاوت عملی و آثاری تفکیک این دو معنا در آن است که خیار شرط به عنوان یک شرط نتیجه قابل اسقاط نیست، اما اعمال حق حاصل از این شرط قابل اعراض و اسقاط است. بدیهی است اعمال حق ناشی از شرط خیار که همانا فسخ یک‌سویه عقد است می‌بایست با اعلام و ابراز اراده ایقاعی ذی‌حق انجام شود که مستلزم قصد انشاء و نیازمند اظهار قصد و ابلاغ به طرف مقابل است(قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص 142 و 143).

**۳-ویژگی خیار شرط**

خیار شرط در برابر سایر خیارات این ویژگی را دارد که ساختهء تراضی دو طرف عقد است. خیار عیب و غبن را نیز به بنای توافق یا شرط ضمنی نسبت می دهند. ولی، بر فرض که این نظر پذیرفته شود، باید گفت فرض قانون‌گذار مبنای وضع حکم شده است و لزومی ندارد که خیار در واقع نیز موضوع تراضی قرار گیرد. حکومت اراده واقعی بر خیار شرط سبب شده است که، بر خلاف سایر خیارات به شخص ثالث نیز تعلق گیرد، در حالیکه سایر خیارات مختص دو طرف است و بیگانه تنها به نیابت یا قایم مقامی صاحب حق می‌تواند در آن دخالت کند. بیگانه ای که در عقد حق خیار پیدا کرده، در واقع معتمد و داور آنان است و سمت و اختیار خود را از تراضی می‌گیرد نه از اراده خاص یکی از دو طرف و نباید او را در حکم نماینده پنداشت(کاتوزیان، همان، ص 136).

**۴-قلمرو خیار شرط**

اصل اولیه این است که خیار شرط در تمامی عقود جاری است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز جریان آن وجود داشته باشد. پشتوانه این نظریه می تواند اصل آزادی اراده باشد. به این بیان که همان طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می توانند به هر نحوی که خواسته باشند اراده خود را اعمال نمایند در ضمن می توانند در فروعات و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. از ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران چنین برداشت می شود که خیار شرط ویژهء عقد بیع است ولی با توجه به حکم ماده عام مادهء ۴۵۶ ق.م.ا که می گوید: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در منابع فقهی خیار شرط را در هر معاوضهء لازم قابل تحقق می دانند(انصاری، ۱۴۲۰، ص 232 و 233 ). در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است که مهمترین آن حدیث شریف (المؤمنون عند شروطهم) (طوسی،۱۳۶۵، ج 7، ص 372). و (والمسلمون علی شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً او أحل حراماً)[[3]](#footnote-3) است که در منابع اهل سنت و شیعه موجود بوده و دلیل بر جواز شرط تمام قراردادها و عقود، جز آنچه استثناء شده است، می باشد. قانون مدنی افغانستان نیز خیار شرط را در زمرهء شروط مشترک می‌شمارد و در تمام عقود آن را مرعی الاجرا می داند مادهء ۶۵۲ در مورد چنین صراحت دارد؛ (عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارد). این قید در تمام خیارها وجود دارد که باید با طبیعت عقد سازگار باشد و مقتضای ذات آن را برهم نزند. به طور معمول، لزوم قرارداد از اوصاف ذاتی آن نیست و دو طرف می توانند در آن شرط خیار کنند. ولی، بعض از قراردادها را باید از این قاعده استثنا کرد و پایبندی و التزام دو طرف را جزء سرنوشت عقد آورد؛ در حقوق ایران قراردادهای ذیل استثناء قرار گرفته اند:

۱. عقد نکاح بی‌گمان در زمرهء این گروه است که نه اقاله در آن مؤثر است و نه تراضی دو طرف می تواند اختیاری بیش از آنچه در قانون آمده است برای فسخ عقد به وجود آورد. جامعه نسبت به گسیختن این پیوند حساس است و در طول تاریخ بر موانع این اقدام افزوده است. از مفاد ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی ایران نیز به خوبی بر می آید که قانون‌گذار موارد انحلال عقد را در انحصار خود گرفته است و به زن و شوهر اجازه نمی‌دهد چیزی بر آن بیفزایند(کاتوزیان، همان، ص 141). مادهء ۱۰۶۹ ق.م.ا دربارهء امکان شرط خیار در عقد به صراحت اعلام می‌کند:(شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...) و ممکن است بعضی از آن چنین استفاده کنند که عقد نکاح نیز باطل می شود(طباطبایی، 1317، ج 2، ص 66).

۲. وقف نیز نهادی است دائمی که با شرط در آن تناسب ندارد. قانون مدنی راجع بطلان خیار شرط حکم ویژه‌ای ندراد. پس یا باید پذیرفت که حبس باشرط خیار وقف نیست، هرچند که این نام را بر آن نهاده باشند؛ یا باید گفت شرط خیار با مقتضای عقد مخالف است و آن را باطل می‌کند، بعضی از استادان نظر اخیر را تایید کرده اند، ولی نخستین احتمال قوی‌تر به نظر می‌رسد، زیرا آنچه واقف خواسته است در قانون ماهیت مشروع دارد(کاتوزیان، همان، ص 142).

چنان‌چه ابن ادریس از فقهای شیعه راجع به شرط خیار در وقف در کتاب مبسوط چنین نگاشته است: اگر واقف شرط خیار کند وقف بنا بر قول صحیح از اقوال فقهای ما باطل است. وی نیز شرط خیار در وقف را باطل می‌داند(ابن ادریس، 1410، ج 3، ص 156).

از طرف دیگر در ماده ۶۱ ق.م به عقد لازم بودن وقف تصریح شده است بناء از آنجا که قانون مدنی خیار شرط را در زمره خیارهای مشترک قرار داده است و منعی نیز بر جریان آن در وقف ذکر نکرده است باید حکم به عمومیت و در نتیجه جریان خیار در وقف از دید قانون مدنی داد.

۳. ضمان نیز از عقودی است که خیار شرط در آن نمی آید. مادهء ۷۰۱ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: (ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در مادهء ۶۹۰ مقرر است یا در صورت حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد).

گذشته از این موارد، در هر فرض که ثابت شود لزوم عقد از احکام مربوط به نظم عمومی است، بناء شرط خیار در عقد تاثیر ندارد. ولی ارتباط لزوم عقد با نظم عمومی باید احراز شود و در مقام تردید در وجود این مانع، باید عقد را مشمول قاعده ۴۵۶ ق.م دانست. ارتباط با نظم عمومی ممکن است از حکم قانونگذار به دست آید یا از طبیعت عقد و نفعی که جامعه دراستواری آن دارد.[[4]](#footnote-4)

در منابع حقوقی افغانستان راجع به قلمرو خیار شرط در عقود و قراردادها اشارات قابل ملاحظه ای شده است از آنجا که در قانون مدنی افغانستان خیار شرط را از جمله خیارات مشترک می داند ولی این امر سبب تعمیم و جریان شرط خیار در تمام عقود و قراردادها نمی شود بلکه استثناآتی نیز از این قاعده وجود دارد. قانون مدنی افغانستان خیار شرط را در قراردادهای صحیح می‌شمارد که نخست، قرارداد به طور طبیعی، لازم باشد، ثانیا اینکه قرارداد قابلیت فسخ را داشته باشد. بناء مادهء ۶۵۳ قانون مدنی افغانستان عقود و قراردادهای ذیل را از تعمیم خیار شرط بر آنها مستثناء می‌سازد: (خیار شرط در عقود لازمی که احتمال فسخ را داشته باشد، صحیح بوده و در عقد نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت، صحیح پنداشته نمی‌شود). بنابر این، در عقود جایز طبیعی مانند: عقد وکالت، ودیعه، قرض و عاریه، خیار شرط صحیح نیست. همچنین، خیار شرط در عقود لازمی که قابلیت فسخ را ندارد صحیح نیست؛ مانند: عقد ازدواج، صرف و سلم.(رسولی، همان، 189).

بنابر این به نظر می رسد که در حقوق افغانستان دایره جریان خیار شرط در قراردادها، نسبت به حقوق ایران تنگ‌تر و ضیق هست و در عقود و قراردادهای نظیر: نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت تعمیم نمی یابد. در قانون مدنی ایران تنها عقد نکاح و عقد ضمان بطور صریح استثناء قرار گرفته و در مورد وقف مادهء صریحی وجود ندارد که قید استثناء را بر آن وارد نماید با وجود که تعدادی از فقها جریان شرط خیار را در وقف جایز نمی دانند ولی این مخالفت روحیه سهم گیری افراد در پیشرفت اقتصادی را ضعیف ساخته و مانع رشد اقتصادی جامعه می شود.

**۵- تعیین مدت در خیار شرط**

شرط خیار ضمن برخورداری از عناصری که برای صحت و تشکیل دیگر عقود و شروط، لازم است، شرایط ویژه‌ای نیز دارد که مهم‌ترین آن ضرورت تعیین مدت برای فسخ معامله و قرارداد است. تعیین زمان در خیار شرط حایز اهمیت است و عدم تعیین مدت در خیار شرط سبب ایجاد منازعه در بین طرفین عقد یا قرارداد می‌گردد. در میان فقها و حقوقدانان در تعیین مدت، در خیار شرط اختلاف وجود دارد؛ گروهی معتقد هستند که تعیین مدت بر اساس ارادهء طرفین عقد تا هر زمان که خواسته باشند حتی(دائمی)، امکان دارد و در تائید نظر خود می‌گویند، در موردی که دو طرف می‌دانند که خیار فسخ برای همیشه وجود دارد دیگر ابهام و غرری باقی نمی ماند تا به استناد آن بتوان حکم به بطلان عقد کرد(طباطبایی، ۱۳۱۷، ص 48). بعض دیگر، بطلان شرط و عقد را بر این مبنا تقویت می کنند که مفاد شرط وصف التزام به عقد را که جوهر و مقتضای آن است از بین می‌برد و آن را به پیمانی جایز تبدیل می کند(نائینی، ۱۳۷۳، ج 2، ص 40). بناء هرگاه مدت شرط خیار مجهول باشد، قول مشهور بطلان عقد و شرط است و دلیل آن نیز وقوع غرر در معامله است. مادهء ۴۰۱ ق.م مؤید این مدعاست: (اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط و هم بیع باطل است). در صورت که شرط خیار مدت داشته باشد شرط و عقد صحیح است. هر چند مدت طولانی باشد، قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی این نظر را پذیرفته است. آخر مادهء ۴۰۰ ق.م. مؤید این دیدگاه است که: (اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد ابتدا آن از تاریخ عقد محسوب است، و الا تابع مدت تعیین شده در قرارداد متعاملین است). اما در صورت که انقضای مدت خیار معلوم و ابتدای آن مجهول باشد، مبدأ مدت خیار همان تاریخ وقوع عقد تلقی شده است. قانون مدنی با تکیه بر این فرض قانونی، راه اجتهاد را برای حقوق‌دانان باز گذاشته است؛ چنان‌که برخی از حقوق‌دانان با تفسیر و توسعه این حکم، معتقدند اگر در شرط خیار، مدت ذکر نشود ابتدای آن تاریخ عقد و انتهای آن متعارف در عقود است و لوازم عرفی و قانونی در تعیین مدت شرط تاثیر دارد. در مورد شرط مادام العمر نظرات برخی چنین است: دکتر امامی می گوید: شرط مادام العمر بایع، به واسطه معلوم نبودن تاریخ انتها (زمان فوت بایع) از شروط مجهول است ولی نکته قابل توجه اینکه شرط همیشه (خیار دائمی) را پذیرفته و می گوید: (به نظر می‌رسد مدت مزبور معین است و آن در تمامی مدت اوقات می باشد که ابتدای آن زمان عقد است)(امامی، ۱۳۷۱، ج 1، ص 489).

در نزد دکتر لنگرودی خیار مادام العمر، خیار عارض بر عقود لازم است. غالبا مصالح مردم اقتضاء می کند خیار کوتاه مدت باشد تا عقد از تزلزل مصئون گردد(جعفری لنگرودی، 1381، ص 22). ایشان با طرح عقد صلح که عموما مبتنی بر مسامحه است به نکته ای اشاره فرمودند که قابل تامل است. (....مع ذلک در عقد صلح، گاه خیار مادام العمر با مصالح عاقد سازگار است) که به نظر می‌توان این نظریه را در عقد بیعی که در مقام صلح است نیز حاکم دانست.

با توجه به اهمیت مسأله مدت خیار، و همچنین از آنجا که در فقه امامیه در مورد مدت خیار شرط تنوع دیدگاه وجود ندارد، جهت تطبیق و استخراج نظرات منطقی‌تر، اقوال فقهای اهل سنت و حقوق فرانسه و مصر را نیز اجمالا بررسی می‌کنیم و در اخیر دیدگاه حقوق مدنی افغانستان را برای تکمیل بحث بیان می‌داریم: فقهای اهل سنت در تعیین مدت خیار شرط به سه دسته تقسیم شده اند:

۱- حد اکثرها ۲- حد اقل‌ها ۳- حد تفصیل‌ها

**۱- حد اکثر‌ها**: صاحبین(امام ابویوسف و امام محمد) و حنابله: به این باور هستند که تعیین مدت خیار بسته‌گی به ارادهء طرفین قرارداد دارد و طرفین قرارداد می‌توانند با ارادهء خویش تا هر مدتی را که خواسته باشند، برای خیار شرط تعیین کنند. و مبنای دلیل شان روایتی است که از ابن عمر روایت شده: **(أجاز الخیار إلی شهرین)** به عبارت دیگر مدت خیار ملحق به عقد است پس وابسطه به ارادهء طرفین عقد است و طرفین می‌توانند مدت خیار را با ارادهء خویش تعیین کنند(الزحیلی، همان، ص 305). این دیدگاه با دیدگاه مشهور فقهای امامیه یکسان است زیرا نظر مشهور فقهای امامیه آن است که این خیار بسته به اراده متبایعیین است و حداقل و حداکثری ندارد، زیرا مغایرتی با عموم ادله صحت شرط ندارد. مگر اینکه طولانی شدن مدت، موجب جهل به یکی از عوضین گردد. نظیر خیار شرط برای مدت عمر، بنابراین بطلان چنین شرطی به علت طولانی بودن مدت نیست بلکه به علت مجهول بودن ان است(علامه حلی، 1413، ج 2، 389).

**۲- حد اقل‌ها:** أبوحنیفه، زفر و شافعی به این باور اند که: خیار شرط در مدت معلوم که بیشتر از سه روز نباشد جواز دارد. زیرا اصل امتناع خیار در قرارداد است و مانع از انتقال ملکیت و لزوم آن می‌شود ولی به علت موجودیت روایات مبنی بر جواز خیار، خلاف این اصل عمل می شود روایت که به آن استدلال می کنند، حدیثی است که از طریق أنس روایت شده: (أن رجلا اشتری من رجل بعیراً، و اشترط علیه الخیار أربعۀ أیام، فأبطل رسول الله البیع، و قال: الخیار ثلاثۀ أیام). و غالباً ضرورت مردم در جریان سه روز رفع می‌شود، اگر بیشتر از سه روز دوام کند چنین عقدی در نزد ابی حنیفه و زفر فاسد می گردد. و در صورت که به سه روز توافق کنند چنین عقدی صحیح می‌شود ولی در نزد زفر عقد فاسد دوباره به حالت صحت‌اش بر نمی‌گردد. عقدی که در آن بیشتر از سه روز خیار شرط، شده باشد در نزد شافعی چنین عقدی باطل است به علت وجود غرر در قرارداد و در کمتر از سه روز جواز دارد(الزحیلی، همان، ص 304).

**۳- حد تفصیل‌ها:** فقهای مالکیه تعیین مدت خیار را به اندازه که در قرارداد نیاز باشد جایز دانسته اند، و تعیین مدت بر اساس اختلاف موضوع (مبیع) در قرارداد از همدیگر تفاوت دارند. بناء در میوه‌جات، سبزیجات و سایر اشیای که بیشتر از یک روز قابل نگهداری نمی باشند، مدت خیار شرط بیشتر از یک روز جواز ندارد. در اشیای مثل؛ لباس و حیوانات و سایر اشیای که قابل نگهداری می باشند مدت خیار سه روز است. و در عقارات که تعیین مدت سه روز کافی به نظر نمی رسد، تعیین مدت بیشتر از سه روز جایز است، مثل: زمین و خانه. و دلیل شان این است که؛ هدف از خیار، معاینه و آزمایش مبیع یا موضوع عقد است پس بنابر این برای آزمایش و معاینه مبیع یک زمان مناسب تعیین گردد که با اختلاف مبیع، تعیین مدت خیار نیز متفاوت می باشد و نصوص که راجع به تحدید مدت خیار وارد شده جنبهء تنبیهی دارد(ابن رشد، ۱۴۱۵، ج 2، ص 169).

در قانون قدیم فرانسه، مدت خیار در بحث بیع شرط و معاملات با حق استرداد آمده بود.دو مدت حق استرداد سی سال پیش بینی شده بود اما قانون‌گذار مایل بود که معامله از حالت شک و ناپایداری رها شود. به همین علت در مادهء ۱۶۶۰ ق.م فرانسه نهایت مدت حق استرداد، پنج سال پیش بینی شد(سنهوری، 1970، ج 4، ص 158). و اگر طرفین حق فسخ را شرط کنند، بدون اینکه مدت آن را تعیین کنند، بر پنج سال حمل می‌شود((Art1660. در قانون مدنی فرانسه، این قانون جنبه ای امری دارد و قاضی نمی تواند حکم به افزایش آن بدهد((Art1660.

در قانون قدیم مصر در ماده ۳۴۱ ق.م همانند قانون مدنی فرانسه نهایت مدت حق استرداد پنج سال پیش بینی شده بود و مدت نیز به ماه قمری احتساب می‌شد و روز بیع و استرداد جزو مدت مذکور محسوب نمی‌شد(همان).

قانون مدنی افغانستان ظاهراً از رأی احناف و شافعی پیروی کرده و در تعیین مدت خیار دایرهء زمان را خیلی محدود کرده است، در مادهء ۶۵۲ ق.م افغانستان راجع به تعیین مدت در خیار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند). تعیین مدت سه روز در عقود بر می‌گردد به مبنای احناف در تعیین مدت خیار، که به احادیث وارده در باب تعیین مدت خیار تمسک جسته اند. ولی در بند دوم این ماده در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین، استثناء قائل شده و تعیین مدت بیشتر از سه روز را جایز دانسته: (مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین استثناءً بیش از سه روز جواز دارد). که در بند دوم ظاهرا نظر به تفاوت در نوعیت معامله، به دیدگاه مالکیه عمل کرده است. که این تفاوت در قانون مدنی ایران و فقه امامیه دیده نمی‌شود، زیرا در فقه امامیه و قانون مدنی ایران بیشتر به اصل حاکمیت اراده و تبعیت از خواست و ارادهء متعاقدین اهمیت قائل شده اند و دیدگاه شان با دیدگاه صاحبین و حنابله نزدیکی دارد.

اما به نظر نگارنده در شرایط کنونی در این زمینه قول مالکیه خالی از فایده و قوت نیست و نکاتی مهمی در این دیدگاه نهفته است که می‌تواند به استحکام در معاملات و پایداری نظم عمومی کمک کند. به سخن دیگر، هر چند قول امامیه همگام با اصل حاکمیت اراده است اما قول مالکیه همگام با نظم عمومی است. و بدیهی است در صورت تقابل حاکمیت اراده با نظم عمومی، نظم عمومی مقدم است، زیرا حاکمیت اراده مربوط به حق فرد است ولی نظم عمومی مربوط به حقوق جمع یا اجتماع است.

**۶-آثار خیار شرط**

شرط خیار در عقد لازم، نه تنها از التزام به آن می‌کاهد و به صاحب خیار (مشروط‌له) حق فسخ می‌دهد، در آثار عقد نیز مؤثر است:

**۱.** گروهی از فقیهان تحقق تملیک را منوط به پایان گرفتن مدت خیار و عدم استفاده از آن می‌دانند. پیشرو این نظر در فقه امامیه شیخ طوسی است و از آن نتیجه می‌گیرد که تلف مبیع در زمان خیار از کیسۀ فروشنده است، هر چند که تسلیم شده باشد(طوسی، همان، ص 84). این نظر در میان متأخران مهجور ماند و با اقبالی روبرو نشد. قانون مدنی ایران در رد این نظر اعلام کرده که؛ (در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار... و نماآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است). دربارۀ انتقال ضمان معاوضی نیز مادۀ ۴۵۳ ق.م آن را به خیار مختص مشتری محدود می سازد. دیدگاه شیخ طوسی با دیدگاه ابوحنیفه یکسان است زیرا امام ابوحنیفه در مورد، چنین نظر دارد: عقد بیع بر اساس خیار شرط در حال منعقد نمی شود یعنی ملکیت مبیع از بایع به صاحب خیار منتقل نمی شود. بلکه موقوف به سقوط خیار است؛ چه از طریق اجازه بیع یا فسخ آن باشد. اگر بیع را اجازه دهد چنین عقدی گویا از ابتدای زمان آن منعقد شده تلقی می‌شود و اگر فسخ کند عدم انعقاد آن استصحاباً به حالت اولی‌اش استمرار می یابد(الزحیلی، همان، ص 315). قانون مدنی افغانستان از همین دیدگاه پیروی کرده و در مادۀ ۶۵۵ چنین اعلام می‌دارد: (هرگاه در معاوضه مالی، برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، بدلین عقد از ملکیت هیچ یک آنها خارج نمی‌گردد). همچنین در بند دوم همین ماده چنین مشعر است: (مال صاحب خیار از ملکیت وی خارج نگردیده و مال طرف دیگر نیز به ملکیت صاحب خیار داخل نمی‌گردد). عین این مطلب را مادۀ ۱۷۸ قانون مدنی اردن مقرر کرده است: ( اذا شرط الخیار لکل من العاقدین فی عقود المعاوضات المالیه فلا یخرج البدلان عن ملکهما فان جعل لاحدهما فلا یخرج ماله عن ملکه و لا یدخل مال الاخر فی ملکه). اگر خیار شرط برای یکی از متعاقدین ایجاد شده باشد، وضعیت انتقال ثمن و مثمن به این ترتیب است:

**الف:** اگر حق خیارتنها برای فروشنده باشد، مبیع تا پایان مدت خیار از ملک بایع خارج نمی‌شود؛ اما ثمن گرچه از ملک مشتری خارج می‌شود؛ ولی در ملک بایع داخل نمی‌شود، مگر اینکه صاحب خیار، عقد را اجازه کند، که در این صورت، عوض و معوض از ملک صاحبان اول خارج و در ملک طرف مقابل وارد می‌شود(رسولی، پیشین، ص 190).

**ب:** اگر حق خیار فقط برای خریدار ایجاد شده باشد، ثمن تا پایان مدت خیار از ملک مشتری خارج نمی‌شود و مبیع گرچه از ملک بایع خارج شده؛ ولی تا پایان مدت خیار در ملک مشتری نیز داخل نمی‌شود، مگر این‌که مشتری عقد را اجازه کند که در این صورت، انتقال ملکیت عوضین پیش از پایان مدت خیار، انجام می‌شود(همان).

**۲.** با این که اصل انتقال مالکیت را قانون مدنی می‌پذیرد، از نفوذ نظر شیخ مصئون نمی ماند: آنچه خریدار شرطی به دست می آورد مالکیتی است ناقص و از حق تصرف منافی با اعمال خیار محروم می‌ماند. مادۀ ۴۶۰ ق.م. ایران در این باره می گوید: (در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره، بنماید). باید افزود که قانون ثبت اسناد و املاک، نظامی را برگزیده است که از جهت اثر خیار در تملیک تندتر از نظر شیخ و پیروان او است. در مواد ۳۳ و ۳۴ این قانون مقررات پیچیده‌ای وجود دارد که از مجموع آنها به خوبی بر می‌آید که تملیک ناشی از معاملۀ با حق استرداد موقت و ناقص و و ناپایدار است و مفهومی شبیه رهن دارد، و در صورتی که فروشنده نخواهد، هیچ‌گاه به تملیک قطعی و کامل منتهی نمی شود(کاتوزیان، همان، 149).

در قانون مدنی افغانستان مانند قانون مدنی مصر و کشور های عربی از بیع شرط تحت عنوان (بیع وفا) بحث صورت گرفته و مقرراتی را در حد ۱۹ ماده مشخص نموده است که؛ انتقال مالکیت در بیع وفا، مالکیت ناقص است و مشتری حق تصرف تام را ندارد. مادۀ ۱۱۳۸ ق.م در زمینه چنین صراحت دارد: ( در بیع وفا مشتری می‌تواند از منافع مبیعه کلا یا قسما استفاده نماید، مشتری نمی‌تواند مبیعه را در بیع وفا به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگری انتقال دهد). این دیدگاه در میان فقهای اهل سنت بیشتر به فقهای حنابله منتسب است که در بیع خیار ملکیت مبیع، به مشتری منتقل می‌شود؛ چه خیار برای مشتری باشد یا برای بایع، یا اینکه برای طرفین عقد باشد(الزحیلی، پیشین، ص 318).

از بررسی مواد قانونی و فقهی در نظام حقوقی ایران و افغانستان چنین برداشت می‌شود که؛ مالکیت در بیع شرط (بیع وفا)، مالکیت ناقص بوده و مشتری نمی‌تواند تصرف تام و مالکانه در مبیع مورد معامله نماید، مگر این‌که فروشنده یا بایع در زمان عهد شده ثمن را باز نگرداند و عقد را فسخ نکند، بیع قطعی می‌شود و مبیع در دارایی خریدار استقرار می‌یابد.

**۷- إسقاط خیار شرط**

دارندۀ حق خیار شرط می‌تواند این حق را اجراء، اهمال و یا اسقاط نماید زیرا حق فسخ حق مالی و قابل اجرا، انتقال یا اسقاط است(عدل، 1308، ص 190 ).

در حقیقت اسقاط خیار شرط اجازه عقد خیاری است، اسقاط خیار یک عمل حقوقی است(امامی، همان، ص 538). و همچون اعراض و ابراء که فقط به یک اراده نیاز دارد از ایقاعات است. چنانچه در مادۀ ۴۴۹ قانون مدنی ایران چنین تذکر به عمل آمده است؛( فسخ عمل حقوقی است و در زمرۀ ایقاعات است که با یک اراده انجام می‌شود و نیاز به قصد انشاء دارد و صریحاً به هر لفظ یا بطور ضمنی به هر فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود). لذا قبول طرف متقابل در آن شرط نیست، خواه آن‌را بپذیرد یا رد کند تاثیری در ابقای حق خیار نخواهد داشت از همین رو به محض انشاء از سوی صاحب خیار، حق منتفی و عقد از جانب او لازم می‌شود.

**۸- أشکال مختلف إسقاط خیار شرط**

عقدی‌که در آن خیار باشد، عقد غیر لازم است، و در صورت اسقاط خیار چنین عقدی بعد از ثبوت آن لازم می‌گردد. اسقاط خیار شرط نیز همانند؛ اجرای آن دارای صور و اشکال مختلف است. و به دو شکل(صریحاً و دلالتاً) اسقاط می‌گردد:

**۱-۸- صریحاً:** دارندۀ حق خیار در حقیقت صاحب یک حق مالی است و این اختیار را دارد که از حق خود صریحا صرف نظر کند یا آنرا اسقاط نماید، و یا اینکه به معامله اجازه دهد و یا به آن رضایت نشان دهد(الزحیلی، همان، 306). در اسقاط صریح حق گفتگویی وجود ندارد(کاتوزیان، همان، ص 119). بناء ابطال خیار و اجازه بیع، بسته‌گی به آگاهی و عدم آگاهی مشتری ندارد. زیرا خیار به هدف بر هم زدن قرارداد وضع گردیده است و در صورت که خیار ساقط شود عقد به حالت اصلی و ابتدایی آن بر می‌گردد که عبارت از لزوم و نفاذ عقد است. چنانچه در مادۀ ۴۵۰ ق.م ایران چنین تذکر به عمل آمده: ( تصرفاتی که نوعا کاشف از رضای به معامله باشد امضای فعلی(ضمنی) است، مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد).

اما عقدی‌که فسخ آن مشروط به‌خیار گردیده باشد، زمانی فسخ می‌گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلا آن را در مدت معینه فسخ کند در این صورت آگاهی طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه شرط می باشد. قانون مدنی افغانستان در این مورد در مادۀ ۶۵۶ ق.م چنین صراحت دارد: ( عقدی‌که فسخ آن مشروط به خیار گردیده باشد، هنگامی فسخ می‌گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلاً آنرا در مدت معینه فسخ نماید. در فسخ قولی، علم طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه، شرط می‌باشد). ولی در صورت‌که اجازه قولی و فعلی صاحب خیار در مدت معینه، لزوم عقد را افاده نماید، عقدی را که فسخ آن مشروط به خیار گردیده لازم می‌گرداند گرچه طرف دیگر عقد به آن آگاهی نداشته باشد. راجع به این موضوع در مادۀ ۶۵۷ قانون مدنی افغانستان چنین تذکر به عمل آمده است: ( اجازه قولی یا فعلی صاحب خیار شرط در مدت معینه که رضایت او را به لزوم عقد افاده نماید، عقدی را که فسخ آن مشروط به خیار گردیده، تمام و لازم می‌گرداند، گرچه طرف دیگر به آن علم نداشته باشد).

**۲-۸- دلالتاً:** هرگاه دارندۀ حق خیار، در مبیع؛ تصرف کند یا آن‌را به فروش برساند یا به اجاره و رهن دهد و یا هم هبه کند و یا هم، چنان عملی را انجام دهد که دلالت به اجازه بیع و اثبات ملکیت در مبیع کند در چنین موارد خیار ساقط و بیع لازم می‌گردد(الزحیلی، همان، 307). چنانچه در مادۀ ۴۵۰ ق.م ایران چنین تذکر به عمل آمده: ( تصرفاتی که نوعا کاشف از رضای به معامله باشد امضای فعلی(ضمنی) است، مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد). و هم‌چنان تصرفاتی که نوعا کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ ضمنی شمرده می‌شود، مادۀ ۴۵۱ ق.م ایران در این مورد صراحت دارد: (تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی(ضمنی) است. مادۀ ۶۵۶ و ۶۵۷ ق.م افغانستان نیز ناظر برهمین امر است. نکتۀ مهمی که باید در نظر داشت، ارتباط دلالت افعال با اوضاع و احوالی است که در آن رخ می‌دهد. برای دلالت اقدامی بر اجازۀ معامله و سقوط خیار قاعده نمی‌توان وضع کرد، جز این که در دید عرف باید آن‌چه رخ می‌دهد نشانۀ انصراف از خیار باشد. گاه داوری عرف چندان قوی است که تردیدی باقی نمی‌گذارد (مانند دلالت فروش مال به اسقاط خیار غبن در صورت علم به آن) و گاه به گونه‌ای است که به دشواری می‌توان به یقین رسید و ناچار باید به اوضاع و احوال روی آورد مانند؛ (دلالت اجازۀ کوتا مدت و تأخیر در استفاده از خیار به مدتی طولانی)(کاتوزیان، همان، ص 120 و 121).

**۹. سقوط خیار شرط**

علاوه بر اینکه ممکن است خیار شرط مهمل مانده و بعضا اسقاط شود؛ مواردی وجود دارد که خیار شرط به خودی خود و به واسطۀ تاثیر عواملی غیر ارادی و خارج از ارادۀ صاحب خیار ساقط می‌شود. در این موارد خیار شرط با انقضای مدت آن و یا هم در اثنای جریان آن بدون اینکه صاحب‌اش اراده اسقاط آن‌را نماید، اعتبار خود را از دست می‌دهد. مانند: (پایان مدت خیار، مرگ صاحب خیار، هلاک مبیع در مدت خیار و معیوب شدن مبیع)، به همین جهت این موارد را تحت عنوان سقوط خیار شرط به بررسی می‌گیریم:

**۱-۹- انقضاء مدت خیار:** خیار شرط با پایان یافتن مدت آن بدون بر هم زدن عقد، ساقط می‌شود، پس بنابراین عقد بلا خیار باقی می‌ماند و لازم می‌گردد(ابن قدامه، بی‌تا، ج 3، ص 591). فقهای شافعیه و حنابله نیز به این باور اند که با انقضای مدت خیار شرط، عقد لازم می شود. اما امام مالک انقضای مدت خیار را سبب لزوم عقد نمی‌داند بلکه لزوم عقد را وابسطه به اختیار و إجازۀ صاحب خیار می‌داند زیرا مدت خیار شرط حق صاحب خیار است نه واجب بر او، بناء حکم بنفسه لازم نمی‌گردد(الزحیلی، همان، 308 و 309). قانون مدنی افغانستان نیز به قول احناف عمل کرده و انقضای مدت خیار شرط را سبب لزوم عقد یا قرارداد می داند و در مادۀ ۶۵۹ چنین بیان می‌دارد: (هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ و اجازه صاحب خیار منقضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته می‌شود).

قانون مدنی ایران راجع به این موضوع سکوت اختیار کرده و چیزی بیان نکرده است.

**۲-۹- فوت صاحب خیار:** بدیهی استکه سقوط خیار شرط موجب لازم شدن عقد گردیده و خاصیت انحلال آن‌را از بین می‌برد. در صورت که صاحب خیار قبل از انقضاء مدت خیار، بدون فسخ یا اجازه بمیرد، خیار ساقط می‌شود چه این خیار برای بایع باشد یا مشتری، یا برای طرفین عقد باشد. و عقد لازم می‌گردد(الزحیلی، همان).فقهاء اهل سنت در مورد سقوط خیار شرط بعد از وفات صاحب خیاراجماع دارند ولی در مورد به ارث بردن خیار شرط و انتقال آن به ورثۀ صاحب خیار با هم اختلاف دارند. در نزد فقهاء حنفی خیار شرط به ارث برده نمی‌شود، زیرا آن را از حقوق مالی نمی‌دانند. در این خصوص تفاوتی میان خیار هر یک از متعاملین و شخص ثالث وجود ندارد و هر یک که بمیرد بدلیل اعتقاد به عدم توارث خیار، حق فسخ ساقط و عقد لازم می‌گردد(سرخسی، بی‌تا، ج 13، ص 42 و 43). اما مرگ یک طرف به خیار طرف دیگر تاثیر ندارد. قانون مدنی افغانستان در بند۱ مادۀ ۶۶۰ به قول احناف عمل نموده و در این مورد چنین صراحت دارد: (هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار، قبل از فسخ یا اجازه عقد، وفات نماید، عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمی‌تواند مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد). در بند۲ همین ماده راجع به سرنوشت عقدی که در آن برای طرفین عقد خیار شرط موجود باشد و یکی از طرفین در خلال مدت خیار فوت نماید؛ چنین صراحت دارد: ( اگر خیار شرط به طرفین عقد اعطا شده و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی می‌ماند). که بند۲ مادۀ ۶۶۰ ق.م افغانستان برگرفته شده از دیدگاه فقهاء حنبلی بوده و معادل آن مادۀ ۱۸۳ ق.م اردن است که بیان می‌دارد: (یسقط الخیار بموت صاحبه فی خلال مدته و یلزم العقد بالنسبة الی ورثته و یبقی الاخر علی خیاره إن کان الخیار له حتی نهایۀ مدته)(رسولی، همان، ص 191).

فقهاء مالکی و شافعی به این نظر هستند در صورت‌که صاحب خیار در مدت خیار فوت کند، حق خیار به ورثه وی منتقل می‌شود و همان‌گونه که صاحب خیار در زندگی‌اش می‌توانست خیار را ساقط یا عقد را اجازه دهد، ورثه وی نیز چنین صلاحیت را دارد. زیرا خیار از حقوق مالی بوده و ورثه می‌تواند آن‌را به ارث ببرد(الزحیلی، همان، 310).

فقهاء امامیه مانند: فقهاء مالکی و شافعی، حق خیار را از جمله حقوق مالی شمرده و آن‌را قابل توارث می‌دانند و عموما فقهاء امامیه قائل به ارث خیار شرط شده اند(انصاری، همان، ص 290). از نقطه نظر فقه شیعی تنها در صورتی که مباشرت خیار برای صاحب آن شرط شده باشد فوت صاحب خیار موجب سقوط خیار خواهد شد(خمینی، 1403، ج1، ص 450). بنابراین در مورد خیار طرفین عقد هرگاه مباشرت ایشان در استفاده از حق خیار و اعمال آن شرط شده باشد فوت ذوالخیار موجب سقوط خیار شرط شده و عقد لازم خواهد شد. و اگر چنین شرط نشود ورثه متوفی حق او را به ارث خواهند برد. آن‌گاه ورثه به قائم مقامی صاحب خیار حق اعمال یا اسقاط آن‌را خواهد داشت. قانون مدنی ایران در مادۀ ۴۴۵ چنین صراحت دارد: (هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می‌شود). اما خیار شخص ثالث به جهت آن‌که خود در عقد سمتی ندارد و این حق از سوی متعاقدین برای شخص وی جعل شده به فوت او ساقط می‌گردد و قابل توارث نیست(کاتوزیان، همان، ص 101). در این مورد مادۀ ۴۴۷ ق.م ایران چنین صراحت دارد: ( هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد، منتقل به وارث نخواهد شد).

در فقه حنفی عوامل دیگری نظیر (جنون، إغماء، خواب، سکر، ردۀ، و الحاق به دارالحرب ذوالخیار و بلوغ صغیر) موجب سقوط خیار شرط می‌گردد. زیرا معتقد اند که عوامل یاد شده یا در حکم موت صاحب خیار شمرده می‌شود و یا هم موجب حجر صاحب خیار از اعمال حق خود گردیده و اگر این حجر تا انقضای مدت خیار ادامه یابد در حقیقت به علت عدم امکان اجرای خیار حق مزبور ساقط می‌شود(الزحیلی، همان، ص 310 و 311).

در فقه امامیه جنون موجب سقوط خیار شرط نیست بلکه در صورت عارض شدن جنون، ولی مجنون قائم مقامی وی می‌شود. و می تواند در صورت صلاح‌دید با رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه حق خیارش را اعمال کند( محقق حلی، 1415، ص 98). چنانچه عذر بر طرف گردد و جنون افاقه کند تصرفات ولی که موافق با غبطه و مصلحت مولی علیه باشد نقض نمی‌شود و به قوت خود باقی خواهد بود.

**۳-۹- هلاک مبیع:** احتمال دارد تلف مورد معامله یا مبیع به دو صورت پیش آید:

۱. اینکه صاحب خیار خود مبیع را تلف کند که در این صورت چون تلف از جمله تصرفات مالکانه است موجب اسقاط خیار شرط و لزوم عقد می‌شود. دیگر اینکه مبیع در مدت خیار به اثر آفت سماوی یا عاملی خارج از ارادۀ صاحب خیار و بر حسب تصادف تلف گردد. منظور ما نیز در بحث سقوط خیار همین مورد است زیرا هلاک مبیع بر اساس فعل صاحب خیار در مدت خیار، اسقاط خیار شمرده می‌شود نه سقوط خیار.

تلف مورد معامله در فقه حنفی از موجبات سقوط خیار است. در این خصوص گفته می‌شود اگر مشتری مبیع را تسلیم گیرد و صاحب خیار باشد و در زمان خیارش مبیع در دست او تلف شود خیارش ساقط و بیع لازم می‌شود. و همچنان اگر در دست مشتری مانعی از رد مبیع حادث شود خیار او ساقط می‌شود. زیرا فایده خیار تمکن از رد و اجازه است و وقتی این احتمال از بین رفت نفعی در بقای خیار نیست خواه حادث به فعل بایع باشد یا مشتری و یا هم آفت سماوی(الزحیلی، همان 312). البته واضح است که تلف در صورتی می‌تواند در عقد بیع مسقط خیار شود که قبض و اقباض صورت گرفته باشد وگرنه چنانچه تلف پیش از قبض حادث شود قاعدۀ تلف مبیع قبل از قبض جاری و عقد منفسخ می‌شود.

در فقه امامیه اصولا تلف مبیع موجب سقوط خیار شرط نیست و در صورت تلف بدل جانشین عین شده باشد خیار بجای خود باقی می‌ماند با این حال فقهاء میان دو فرض و دو نوع خیار شرط قائل به تفصیل شده اند: در یک نوع از خیار منظور اصلی و مقصود طرفین از شرط خیار تسلط بر انحلال نفس عقد است و عوض و معوض تبادل شده در درجه دوم اهمیت می‌باشد. چنانکه مفس پایبندی یا عدم پایبندی به عقد از نظر از نظر متعاقدین مهمتر از سایر جوانب امر است و حتی اگر عین مورد معامله نیز تلف شود طرف مقابل حاضر به قبول کردن بدل آن از مثل یا قیمت می‌باشد(خمینی، همان 449).

در نوع دوم تکیه گاه شرط و مطمح نظر متعاقدین عین مورد معامله است، یعنی اینکه مشروط له در نظر دارد با فسخ عقد همان چیزی را که به طرف دیگر انتقال داده بود مسترد کند و به هیچ وجه حاضر به پذیرفتن چیز دیگری بجای آن اعم از مثل یا قیمت نیست.

علی الاصول باید در نوع اول با تلف مورد معامله بدل جانشین آن شده و حق فسخ بقوت خود باقی بماند. این همان فرضی است که عامه فقهاء در نظر گرفته و به عدم سقوط حق خیار در صورت تلف مورد معامله (مبیع) را داده اند.

در نوع دوم که مفاد شرط مبنی بر استرداد عین مشخصی که مورد معامله واقع شده می‌باشد. با تلف عین چون استرداد خود مثل یا قیمت (بدل) مقبول نبوده و موضوع شرط هم قرار نگرفته و امکان استرداد خود مورد معامله نیز به جهت تلف منتفی است چاره‌ای جز قائل شدن به سقوط حق خیار نمی‌ماند، این است که فقهای تمیز دهنده میان دو نوع شرط در نوع ثانوی آن فتوا به سقوط خیار داده اند(الغطاء، 1360، ج 2، ص 120).

تلف مبیع از اثر حوادث خارج از ارادۀ صاحب خیار تحت قاعدۀ ضمان قرار می‌گیرد و در نظام حقوقی هر دو کشور (ایران و افغانستان) از جمله مباحثی به شمار می‌رود که تحت عنوان مسولیت مدنی خارج از قرارداد مطالعه می‌گردد.

**۴-۹-معیوب شدن مبیع:** اگر در جریان مدت خیار مبیع یا مورد معامله در دست یکی از طرفین عقد باشد و به اثر آفت سماوی معیوب گردد، آیا موجب سقوط خیار می‌شود؟

در این مورد اقوال و حالات مختلفی وجود دارد:

۱. اگر در زمان خیار بایع موجب عیبی که سبب نقصان در عین مبیع گردد، خیارش باطل می‌گردد، خواه مبیع در دست بایع باشد یا در دست مشتری، و خواه به آفت سماوی معیوب گردد و یا به فعل بایع، بیع فسخ می‌گردد، چون ضمانی برای مشتری نیست(سمرقندی، بی‌تا، ج 1، ص 74).

۲. اگر بفعل مشتری معیوب گردد، خیار بایع ساقط نمی‌گردد؛ چون ممکن است بایع اجازه بیع دهد، و در اینجا آنچه که معیوب شده و آنچه که سالم باقی مانده است، در ضمان مشتری است.

۳. اگر به فعل اجنبی معیوب گردد، خیار بایع ساقط نمی‌گردد و در ضمان اجنبی است و او باید قیمت معیوب را بپردازد، چون ملک غیر را تلف کرده است(ابن عابدین، بی‌تا، ج 4، ص 49).

۴. اگر عیب موجب نقصان مبیع نگردد چه به فعل بایع باشد و چه به فعل مشتری و چه به فعل اجنبی خیار بایع ساقط نمی‌گردد(سمرقندی، همان، ص 74).

چنانچه در زمان خیار مشتری، عیب از طرف مشتری یا از طریق آفت سماوی یا به فعل اجنبی و یا به فعل خود حاصل شود، خیار مشتری ساقط می‌گردد، چون از رد آن عاجز می‌باشد(سرخسی، همان، ج 7، ص 44).

ولی صاحب فقه علی المذاهب الاسلامیه به طور تفصیل بیان داشته است:

اگر عیب بر مبیع وارد گردد و امکان زوال آن باشد مثل بیماری و مانند آن؛ و در جریان مدت خیار، عیب از بین برود، مشتری بر خیارش باقی است و اگر در مدت خیار، عیب زوال نیابد عقد لازم می‌گردد. و اگر زوال آن ممکن نباشد و خیار برای مشتری باشد؛ او ملزم به پرداختن ثمن مبیع است نه قیمت آن، و هیچ فرقی نیست بین اینکه عیب حاصل از آفت سماوی باشد یا به فعل مشتری باشد و یا هم به فعل اجنبی باشد.

**۱۰- وجوه اشتراک و افتراق خیار شرط در نظام حقوقی ایران و افغانستان**

**۱-۱۰- وجوه اشتراک**

مطالعه تطبیقی در هر دو نظام حقوقی راجع به خیار شرط، ذهن هر پژوهشگر در حوزه مسائل حقوق خصوصی را متوجه وجوه اشتراک ذیل می‌کند:

۱. خیار شرط بر خلاف خیارات دیگر بر اساس تراضی و توافق مستقیم اراده طرفین عقد بوجود می آید و می توان گفت که خیار شرط جلوه‌ی بارز اصل حاکمیت اراده در عقود یا قراردادها می باشد.

۲. در واقع طرفین عقد با ایجاد حق خیار در عقد، اختیار فسخ قرارداد را بدست می آورند که نتیجه و حاصل شرط می باشد و شرط، وجود تبعی و اختیاری دارد که ضمن عقد اصلی در نظر گرفته یا پیشبینی می شود.

۳. تفاوت اساسی خیار شرط با خیارات دیگر در این است که از آن بعضا به شرط خیار نیز تعبیر می شود و بستگی به اراده متعاقدین دارد و حقی‌ست که در زمان معین برای طرفین یا شخص ثالث بوجود می آید.

۴. در حقوق ایران واژه‌ای شرط به معنای امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلا یا بعضا متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید یا به معنای وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد(مادهء۲۲۲ و ۲۳۵ق.م). و در حقوق افغانستان در مادهء۵۹۵ ق.م نیز از شرط چنین تعریف به عمل آمده است: شرط عبارت از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغهء‌ خاص صورت می گیرد.

۵. در قانون مدنی ایران و افغانستان از خیار تعریفی به عمل نیامده است زیرا ماهیت آن تا اندازه‌ای بدیهی است.

۶. خیار شرط در حقوق ایران از جمله خیارات مشترک بوده چنان که مادهء۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می دارد:(تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در حقوق افغانستان شبیه حقوق ایران در مادۀ ۶۵۲ قانون مدنی خیار شرط را در زمرهء خیارات مشترک در عقود تلقی نموده است(عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن...خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند).

۷. برخی حقوق‌دانان خیار شرط را از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می‌دانند. بنابر این به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط به وجود می آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد یا معامله را رقم خواهد زد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران درباره خیار شرط چنین مقرر داشته که ممکن است در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هردو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله شرط شود. همچنان در ماده ۶۵۴ قانون مدنی افغانستان راجع به خیار شرط چنین مشعر گردیده که؛ اعطای خیار شرط برای هردو یا یکی از طرفین عقد یا غیر آنها جواز دارد. در تفسیر و تحلیل مواد قانونی هر دو کشور می توان گفت که وضع خیار از طریق یک عمل حقوقی که همان تلاقی و تراضی اراده طرفین است تحقق می‌یابد و نتیجه آن وجود حق خیار برای دارنده آن است و ذی‌حق می‌تواند هر آن که اراده نماید از حق خیار برای فسخ معامله استفاده نماید.

۸.. از ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران چنین برداشت می شود که خیار شرط ویژهء عقد بیع است ولی با توجه به حکم ماده عام مادهء ۴۵۶ ق.م.ا که می گوید: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). قانون مدنی افغانستان نیز خیار شرط را در زمرهء شروط مشترک می‌شمارد و در تمام عقود آن را مرعی الاجرا می داند مادهء ۶۵۲ در مورد چنین صراحت دارد؛ (عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارد). ولی این قید در تمام خیارات وجود دارد که باید با طبیعت عقد سازگار باشد و مقتضای ذات آن را برهم نزند.

۹. تعیین مدت در خیار شرط در هردو نظام حقوقی لازمی بوده و در صورت عدم تعیین مدت، عقد و شرط هر دو باطل می‌گردد. مادهء ۴۰۱ ق.م ایران مؤید این مدعاست: (اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط و هم بیع باطل است). در مادهء ۶۵۲ ق.م افغانستان نیز راجع به تعیین مدت در خیار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند).

۱۰. با این که اصل انتقال مالکیت را قانون مدنی می‌پذیرد، ولی آنچه خریدار شرطی به دست می آورد مالکیتی است ناقص و از حق تصرف منافی با اعمال خیار محروم می‌ماند. مادۀ ۴۶۰ ق.م. در این باره می گوید: (در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره، بنماید). در قانون مدنی افغانستان مانند قانون مدنی مصر و کشور های عربی از بیع شرط تحت عنوان (بیع وفا) بحث صورت گرفته که؛ انتقال مالکیت در بیع وفا، مالکیت ناقص است و مشتری حق تصرف تام را ندارد. مادۀ ۱۱۳۸ ق.م در زمینه چنین صراحت دارد: ( در بیع وفا مشتری می‌تواند از منافع مبیعه کلا یا قسما استفاده نماید، مشتری نمی‌تواند مبیعه را در بیع وفا به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگری انتقال دهد).

۱۱. اسقاط خیار چه صریحا باشد و چه دلالتا(ضمناً) در هردو نظام حقوقی پذیرفته شده است مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م ایران و مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ ق.م افغانستان ناظر بر این امر است.

۱۲. خیار شرط با پایان یافتن مدت آن بدون بر هم زدن عقد، ساقط می‌شود، پس بنابراین عقد بلا خیار باقی می‌ماند و لازم می‌گردد. قانون مدنی افغانستان نیز انقضای مدت خیار شرط را سبب لزوم عقد یا قرارداد می داند و در مادۀ ۶۵۹ چنین بیان می‌دارد: (هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ و اجازه صاحب خیار منقضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته می‌شود). قانون مدنی ایران راجع به این موضوع سکوت اختیار کرده و چیزی بیان نکرده است. ولی در کل چنین می‌توان برداشت کرد که ممکن حقوق ایران هم چنین موضع را اختیار نموده باشد.

۱۳. تلف مبیع از اثر حوادث خارج از ارادۀ صاحب خیار در هردو نظام حقوقی تحت قاعدۀ ضمان قرار می‌گیرد و در نظام حقوقی هر دو کشور (ایران و افغانستان) از جمله مباحثی به شمار می‌رود که تحت عنوان مسولیت مدنی خارج از قرارداد مطالعه می‌گردد.

**۲-۱۰- وجوه افتراق**

وجوه اشتراکات موجود راجع به خیار شرط در هردو نظام حقوقی به این معنی نیست که افتراقاتی در این مورد در هردو نظام حقوقی موجود نباشد بلکه بیشتر این افتراقات بر می‌گردد به مبانی فقهی موجود، که زیربنای هردو نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد. به موارد ذیل به عنوان وجوه افتراق در هردو نظام حقوقی می‌توان اشاره کرد:

۱. قانون مدنی ایران خیارات را به ۱۰ قسم تقسیم نموده است. قانون مدنی ایران سه مورد از خیارهای ده گانه را ویژه بیع دانسته و مابقی را خیارهای مشترک در عقود تلقی نموده است. چنان که مادهء۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می دارد:(تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در قانون مدنی افغانستان تنها از چهار نوع خیار تذکر به عمل آمده است که عبارت اند از: خیارشرط، تعیین، رؤیت و عیب می باشد(مواد۶۵۲، ۶۶۲، ۶۷۶ و ۶۸۲).

۲. در حقوق افغانستان دایره جریان خیار شرط در قراردادها، نسبت به حقوق ایران تنگ‌تر و ضیق هست و در عقود و قراردادهای نظیر: نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت تعمیم نمی یابد. در قانون مدنی ایران تنها عقد نکاح و عقد ضمان بطور صریح استثناء قرار گرفته و در مورد وقف مادهء صریحی وجود ندارد که قید استثناء را بر آن وارد نماید با وجود که تعدادی از فقها جریان شرط خیار را در وقف جایز نمی دانند ولی این مخالفت روحیه سهم گیری افراد در پیشرفت اقتصادی را ضعیف ساخته و مانع رشد اقتصادی جامعه می شود.

۳. در تعین مدت خیار شرط، قانون مدنی افغانستان ظاهراً از رأی احناف و شافعی پیروی کرده و در تعیین مدت خیار دایرهء زمان را خیلی محدود کرده است، در مادهء ۶۵۲ ق.م افغانستان راجع به تعیین مدت در خیار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند). تعیین مدت سه روز در عقود بر می‌گردد به مبنای احناف در تعیین مدت خیار، که به احادیث وارده در باب تعیین مدت خیار تمسک جسته اند. ولی در بند دوم این ماده در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین، استثناء قائل شده و تعیین مدت بیشتر از سه روز را جایز دانسته: (مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین استثناءً بیش از سه روز جواز دارد). که در بند دوم ظاهرا نظر به تفاوت در نوعیت معامله، به دیدگاه مالکیه عمل کرده است. که این تفاوت در قانون مدنی ایران و فقه امامیه دیده نمی‌شود، زیرا در فقه امامیه و قانون مدنی ایران بیشتر به اصل حاکمیت اراده و تبعیت از خواست و ارادهء متعاقدین اهمیت قائل شده اند و دیدگاه شان با دیدگاه صاحبین و حنابله نزدیکی دارد.

۴. در معاوضات مالی که برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، انتقال ملکیت بدلین در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته نشده است. و در مادۀ ۶۵۵ چنین اعلام می‌دارد: (هرگاه در معاوضه مالی، برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، بدلین عقد از ملکیت هیچ یک آنها خارج نمی‌گردد). همچنین در بند دوم همین ماده چنین مشعر است: (مال صاحب خیار از ملکیت وی خارج نگردیده و مال طرف دیگر نیز به ملکیت صاحب خیار داخل نمی‌گردد). اما قانون مدنی ایران در رد این نظر اعلام کرده که: (در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار... و نماآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است).

۵. قانون مدنی افغانستان در بند۱ مادۀ ۶۶۰ به قول احناف عمل نموده و در این مورد چنین صراحت دارد: (هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار، قبل از فسخ یا اجازه عقد، وفات نماید، عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمی‌تواند مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد). در بند۲ همین ماده راجع به سرنوشت عقدی که در آن برای طرفین عقد خیار شرط موجود باشد و یکی از طرفین در خلال مدت خیار فوت نماید؛ چنین صراحت دارد: ( اگر خیار شرط به طرفین عقد اعطا شده و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی می‌ماند). ولی حقوق ایران در مخالفت این دیدگاه قرار دارد و در مادۀ ۴۴۵ چنین صراحت دارد: (هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می‌شود). اما خیار شخص ثالث به جهت آن‌که خود در عقد سمتی ندارد و این حق از سوی متعاقدین برای شخص وی جعل شده به فوت او ساقط می‌گردد و قابل توارث نیست. در این مورد مادۀ ۴۴۷ ق.م ایران چنین صراحت دارد: ( هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد، منتقل به وارث نخواهد شد).

۶. در فقه حنفی عوامل دیگری نظیر (جنون، إغماء، خواب، سکر، ردۀ، و الحاق به دارالحرب ذوالخیار و بلوغ صغیر) موجب سقوط خیار شرط می‌گردد. در فقه امامیه جنون موجب سقوط خیار شرط نیست.

۷. تلف مورد معامله در فقه حنفی از موجبات سقوط خیار است. در فقه امامیه اصولا تلف مبیع موجب سقوط خیار شرط نیست و در صورت تلف بدل جانشین عین شده باشد خیار بجای خود باقی می‌ماند.

**نتیجه‌گیری**

از مطالعه تطبیقی خیار شرط در حقوق ایران و افغانستان به نتایج ملموسی می‌رسیم که در بحث قواعد عمومی قراردادها حایز اهمیت تلقی می‌شود؛ خیار شرط در هردو نظام حقوقی از جمله خیارات مشترک به شمار می‌رود و تجلی بارز از اصل حاکمیت اراده است که بر اساس توافق و تراضی طرفین عقد إنشاء می‌شود. بیشترین تفاوت در خصوص خیار شرط در هردو نظام حقوقی بسته‌گی به مبانی فقهی موجود در هردو نظام حقوقی دارد. این تفاوت‌ها بیشتر در مواردی چون (تقسیم بندی خیارات، قلمرو جریان خیار شرط در عقود، در تعیین مدت خیار شرط، انتقال ملکیت بدلین در معاوضات مالی در طول مدت خیار شرط و انتقال خیار شرط بعد از وفات صاحب خیار به ورثه اش) تبارز می‌یابد. در نظام حقوقی ایران تعداد خیارات به ۱۰ قسم است در حالیکه در نظام حقوقی افغانستان ۴ قسم است. در حقوق ایران خیار شرط در تمام عقود جریان می‌یابد، جز در سه مورد(نکاح، وقف، ضمان) اما در حقوق افغانستان جریان خیار شرط محدود تر است و در اعمال حقوقی چون(نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت) جریان نمی‌یابد. تعیین مدت در خیار شرط الزامی است و در صورت عدم تعیین مدت، عقد و شرط هردو باطل است، در حقوق ایران مدت زمان مشخصی برای خیار شرط در نظر گرفته نشده و تعیین آن بسته‌گی به ارادۀ طرفین دارد. اما در حقوق افغانستان حد اکثر مدت در خیار شرط سه روز بوده و تنها در مواردی چون (وقف، کفاله و حواله گیرندۀ دین) مدت خیار شرط را بیشتر از سه روز می‌توان تعیین نمود. در حقوق ایران در طول مدت خیار شرط در معاوضات مالی ملکیت بدلین به طرفین عقد انتقال می کند ولی در حقوق افغانستان ملکیت بدلین انتقال نمی‌کند. در حقوق ایران بعد فوت یکی از طرفین عقد که صاحب خیار باشد، حق خیار شرط به ورثه انتقال می کند اما در حقوق افغانستان حق خیار شرط به ورثه انتقال نمی‌کند زیرا از حقوق مالی بشمار نمی‌آید. نظام حقوقی ایران نسبت به نظام حقوقی افغانستان در موارد فوق مطابق نیازهای عصر تقریبا موضع بهتر و موسعی اتخاذ نموده و بیشتر تا آن جایی که در مخالفت با نظم عمومی نباشد، تمایل به اصل مترقی حاکمیت اراده دارد.

به نظر می‌رسد بحث خیار شرط در عقود و قراردادها یکی از مباحث اساسی و پایه به‌شمار می‌رود و تنها در یک مقاله نمی‌توان به نتایج ملموس فراگیر دست یافت بناء ضرورت ایجاب می‌کند که؛ در خصوص خیار شرط و جریان آن در ایقاعات نیز تحقیقات تطبیقی صورت گیرد. و برای دست یابی به نظام حقوقی مدرن و جامع و پاسخ‌گو به نیاز های زمان، نسبت به هر زمان دیگر نیاز به تحقیقات تطبیقی میان حقوق کشور های اسلامی و حقوق کشور های غربی احساس می‌شود.

**فهرست منابع**

1. ابن ادریس حلی، محمد بن احمد، ۱۴۱۰ه.ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
2. ابن رشد الحفید، محمد بن احمد، ۱۴۱۵ه.ق، بدایۀ المجتهد و نهایه المقتصد، دمشق، دارالفکر.
3. ابن عابدین، بی‌تا، رد المحتار علی الدر المختار، حاشیه ابن عابدین، بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیه.
4. ابن قدامه، عبدالله بن احمد محمد، بی‌تا، المغنی، بیروت، لبنان، موسسه التاریخ العربی.
5. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۳۶۳ه.ش، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه.

امامی، سید حسن، ۱۳۷۱ه.ش، حقوق مدنی، چاپ۱۱، تهران، کتاب فروشی اسلامیه.

1. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۲۰ه.ق، مکاسب، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
2. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۹، ترمینولوژی حقوق، انتشارات، چاپ۳۳، تهران، گنج دانش.
3. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۱ه.ش، تئوری موازنه در حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
4. حرعاملی، محمد بن حسن، بی‌تا، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
5. خمینی، روح الله، ۱۴۰۳ه.ق، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه الاعتماد.
6. رسولی، عبدالحسین، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد عمومی قراردادها، کابل، انتشارات فرهنگ.
7. روحانی، محمد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق(ع)، چاپ اول، قم، دارالکتاب-مدرسه امام صادق علیه السلام.

زحیلی، وهبه، ۱۴۲۴ه.ق، فقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر.

1. سرخسی، شمس الدین، بی‌تا، المبسوط، بیروت، لبنان، دارالمعرفه.
2. سمرقندی، علاء الدین، بی‌تا، تحفۀ الفقهاء، بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیه.
3. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۷۰م، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ اول، بیروت، دارالإحیاء التراث العربی.
4. شهید اول، محمد بن مکی، ۱۳۶۰ه.ش، القواعد و الفوائد، نجف، مکتبه المفید.
5. طباطبایی، سید محمد کاظم، ۱۳۱۷ه.ش، حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، تهران، بی‌نا.
6. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۱۵ه.ش، المبسوط، نجف، مکتبه المرتضویه.
7. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۵ه.ش، تهذیب الاحکام، چاپ ۱۴، نجف، دارالکتب الاسلامیه.
8. عدل، میرزا سید مصطفی، ۱۳۰۸ه.ش، حقوق مدنی، قم، مطبعه شفق.
9. علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ه.ق، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
10. الغطاء، محمد حسین کاشف، ۱۳۶۰ه.ق، تحریر المجله، نجف، مکتبه المرتضویه.
11. قاسم زاده، سیدمرتضی، ۱۳۸۸ه.ش، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ۱۳، تهران، نشر دادگستر.
12. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد عمومی قرارداد ها، چاپ۲، تهران، انتشارات گنج دانش.
13. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین بن حسن حلی، ۱۴۱۵ه.ق، شرائع اسلام، چاپ اول، بیروت، موسسه معارف اسلامی.
14. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد فقه، چاپ ۱۷، تهران، انتشارات سمت.
15. نائینی، میرزا، ۱۳۷۳ه.ش، منیۀ الطالب فی حاشیه المکاسب، مقرر موسی بن محمد خوانساری، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمدیه.

1. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه – واحد گرگان.

   [Sami.mobariz2020@gmail.com](mailto:Sami.mobariz2020@gmail.com) [↑](#footnote-ref-1)
2. - خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن. [↑](#footnote-ref-2)
3. رواه أبو داوود و ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف. [↑](#footnote-ref-3)
4. شیخ طوسی در مبسوط (ج۲، ص۷۹) در صرف (بیع پول به پول) نیز خیار شرط را وارد نمی داند زیرا به عقیده وی در بیع صرف قبض شرط صحت است. [↑](#footnote-ref-4)