



١٤٢٢.



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

موارد سقوط حق رد در خیار عیب

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر مصطفی محقق داماد

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر غلامعلی سیفی

دانشجو:

امیر حسین نقوی

۱۳۸۹ / ۷ / ۲۴

توسط اساتید بزرگ علمی و پژوهشی
تسبیح دراز

زمستان ۸۸

۱۴۲۲۲۰

تقدیم بہ:

پدر و مادر عزیزم کہ تمام ہستی خود را مرا ہون زحمات ایشان می باشم و ہموارہ دعائشان بدرقہ را ہم بودہ و ہست.

ہمسر مہربان و خداکارم کہ در طول دوران تحصیل ہمیشہ حامی و مشوقم بودہ.

تقدیر و تشکر:

بر خود لازم می دانم که کمال تقدیر و تشکر را از استاد گرانقدر، جناب آقای دکتر سید مصطفی محقق داماد داشته باشم که راهنمایی اینجانب را در پایان نامه حاضر پذیرفتند و همچنین جناب آقای دکتر غلامعلی سیفی، به عنوان استاد مشاور، که ارشادات ایشان همواره راهگشا و در راستای اراده هر چه بهترین پایان نامه منجر شده.

چکیده

اگر چه گفته می شود اصل بر لزوم است و طرفین قرارداد با توجه به عمومات «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» محکوم به اجرای مفاد قرارداد می باشند، اما مواردی وجود دارد که پایبندی به این اصول باعث ورود خسارت و بر هم خوردن عدالت معاوضی می گردد و به ناچار شارع و به تبع آن قانونگذار حق بر هم زدن معامله را به متضرر اعطا می کند. حق فسخ ناشی از خیارات را می توان جزء این موارد ذکر نمود. خیار عیب به دلیل اهمیت ویژه مباحث عمده ای را در فقه انور و قانون مدنی ما به خود اختصاص داده است. به موجب خیار عیب، ذوالخیار دو حق ۱- بر هم زدن و فسخ قرارداد و ۲- حق مطالبه ارزش را بدست می آورد؛ که این خود وجه تمایز خیار عیب از سایر خیارات است اما در برخی مواضع ذی حق صرفاً حق گرفتن ارزش را خواهد داشت و از رد مورد معامله منع می شود، که از آن به مسقطات حق رد یاد شده.

بنابراین بحث اولیه در مورد مسقط بودن یا مانع بودن این موارد می باشد و اینکه چه اثری بر این بحث بار می شود؟ دیگر اینکه برخی از مواردی که ذیل ماده ۴۲۹ ق. م ذکر شده، از جمله تلف و انتقال مورد معامله و تغییر و حدوث عیب جدید در مبیع، آیا حصری هستند یا می توان مواردی را بر آن افزود؟ معنای هر یک از آنها چیست؟ آیا می توان به یک قاعده کلی دست یافت و از ذکر مورد به مورد رهایی یافت؟ مثلاً تغییر را ملاک قرار داد و با استفاده از قیاس قائل به در بر داشتن تلف به طریق اولی، انتقال را نیز نوعی تلف حکمی یا تغییر در مالکیت بدانیم و بگوئیم حق فسخ ساقط می گردد؟ در قانون از تغییر در مبیع نام برده شده ولی فقها تصرف را به طور کلی ذکر کرده اند، نقطه اشتراک و اتصال این دو کجاست؟ آیا صرف تصرف می تواند مسقط حق فسخ باشد؟ همچنین خیار از جمله حقوق و قابل اسقاط دانسته شده یا اینکه اکثر فقها قائل به فوریت خیار عیب می باشند که ضمانت اجرای این فوریت نیز در خور توجه می باشد.

اینها از جمله مباحثی هستند که ضمن پرداختن به آن در حد توان علمی سعی در بررسی و رفع ابهام آنها داریم.

واژه های کلیدی: خیار، عیب، تلف حقیقی، تلف اعتباری، عیب حادث، تصرف، ضمانت نامه، تبعیض در عقد، فوریت خیار.

مقدمه ۱

بخش اول- تبیین مفهوم، مبانی و حقوق ناشی از خیار عیب

فصل اول - معنا و مفهوم خیار عیب ۶

مبحث اول - تعریف خیار ۶

گفتار اول - معنای لغوی و اصطلاحی خیار ۶

الف - معنای لغوی خیار ۶

ب - معنای اصطلاحی خیار ۷

گفتار دوم - ماهیت و طبیعت خیار ۹

الف - محل تعلق خیار ۱۰

۱ - تعلق خیار به مورد معامله ۱۰

۲ - تعلق خیار به عقد ۱۲

ب - حق یا حکم بودن خیار ۱۳

۱ - تعریف حق ۱۳

۲ - تعریف حکم ۱۴

۳ - تمایز حق از حکم ۱۵

گفتار سوم - انواع و اقسام خیارات ۱۶

الف - خیارات مختص و مشترک ۱۷

ب - سایر تقسیمات ۱۸

مبحث دوم - تعریف عیب ۱۹

گفتار اول - ماهیت عیب ۱۹

الف - خلقت اصلی و طبیعی ۱۹

ب - نقص در مالیت ۲۱

ج - نقص در مصرف و انتفاع ۲۲

د - نظر منتخب ۲۳

گفتار دوم - مقایسه نقص و عیب ۲۴

الف - تفاوت نقص و عیب ۲۴

ب - موارد مشترک نقص و عیب ۲۵

۲۵ ج - حکم ماده ۳۸۸ ق.م
۲۶ گفتار سوم - مفهوم خیار عیب
۲۷ فصل دوم - مبانی، شرایط و حقوق ناشی از خیار عیب
۲۷ مبحث اول - مبانی و دلایل حاکم بر خیار عیب
۲۷ گفتار اول - مبانی خیار عیب
۲۷ الف - اراده متعاملین
۲۹ ب - قاعده لاضرر
۳۱ گفتار دوم - دلایل خیار عیب
۳۱ الف - اجماع
۳۱ ب - روایات
۳۲ ج - بنای عقلا
۳۲ مبحث دوم - حقوق ناشی از خیار عیب و شرایط ایجاد آن
۳۳ گفتار اول - حقوق ناشی از خیار عیب
۳۳ الف - فسخ
۳۴ ب - ارش
۳۴ ۱ - ضمان معاوضی
۳۵ ۲ - وصف به عنوان جزئی از مبیع
۳۶ ۳ - ارش نوعی غرامت
۳۷ گفتار دوم - تخییری بودن حق رد وارش
۳۸ گفتار سوم - شرایط ایجاد خیار عیب
۳۹ الف - پنهانی بودن عیب از نظر خریدار
۴۰ ب - موجود بودن عیب در حین عقد
۴۱ ج - عقد تملیکی و معوض باشد
۴۱ د - معین بودن موضوع عقد
۴۲ مبحث سوم - خیار عیب و سایر اختیارات
۴۳ گفتار اول - وجه تمایز خیار عیب از سایر اختیارات
۴۴ گفتار دوم - تجمع خیار عیب با سایر اختیارات
۴۴ الف - خیار عیب و خیار تدلیس
۴۵ ب - خیار عیب و خیار تخلف از شرط
۴۶ ج - خیار عیب و خیار حیوان
۴۷ د - خیار عیب و خیار تبعض صفت

بخش دوم- زوال تخییر بین حق فسخ معامله و مطالبه ارش

۵۱	فصل اول - موارد مذکور در ماده ۴۲۹ ق.م.
۵۱	مبحث اول - تلف و ائلاف مورد معامله
۵۱	گفتار اول - تعریف تلف و ائلاف و انواع آن
۵۲	الف - تعریف تلف و ائلاف
۵۲	۱- تلف
۵۲	۲- ائلاف
۵۲	۳- تفاوت تلف و ائلاف
۵۳	ب - انواع تلف
۵۳	۱ - تلف اعتباری
۵۳	۲ - تلف حقیقی
۵۳	گفتار دوم - تلف حقیقی
۵۵	الف - ضمان تلف مبیع قبل از قبض
۵۶	۱- ضمان تلف کل مبیع قبل از قبض
۵۶	۱-۱- ائلاف توسط بایع
۵۷	۱-۲- ائلاف توسط مشتری
۵۸	۱-۳- ائلاف توسط ثالث
۵۸	۲ - ضمان تلف جزء مبیع قبل از قبض
۵۹	ب - ضمان تلف مبیع در زمان خیار
۶۱	گفتار سوم - تلف اعتباری
۶۱	الف - انواع انتقال
۶۱	۱ - انتقال ارادی
۶۲	۱-۱- انتقال ارادی به ثالث
۶۳	۱-۲- انتقال ارادی به بایع
۶۳	۲- انتقال غیر ارادی و قهری
۶۴	ب - بازگشت انتقال
۶۶	مبحث دوم - تصرف در مبیع
۶۶	گفتار اول - تصرف، دلایل و انواع آن
۶۶	الف - مفهوم تصرف
۶۷	ب - دلایل مسقط بودن تصرف
۶۸	۱- سنت و روایت

۶۸	۲- اجماع
۶۹	۳- دلیل عقلی
۷۰	گفتار دوم - تصرفات مغیر
۷۰	الف - تغییر وانواع آن
۷۰	۱- مفهوم تغییر
۷۱	۲- انواع تغییر
۷۱	۲-۱- تغییر ارادی
۷۲	۲-۲- تغییر غیر ارادی
۷۲	ب - شرایط تغییر
۷۳	گفتار سوم - تصرفات غیر مغیر
۷۳	الف - انواع تصرفات غیر مغیر
۷۳	۱- تصرفات غیر مغیر قبل از علم به عیب
۷۴	۲- تصرفات غیر مغیر بعد از علم به عیب
۷۴	ب - تصرف در عینی که عیب تأثیری در بهای آن نداشته
۷۵	ج - بار اثبات دلیل
۷۶	مبحث سوم - عیب حادث
۷۶	گفتار اول - عیب حادث و اقسام آن
۷۷	الف - معنا و مفهوم عیب حادث
۷۷	ب - اقسام عیب حادث
۷۷	۱- عیب حادث قبل از قبض مورد معامله
۷۹	۲- عیب حادث بعد از قبض مورد معامله
۷۹	۲-۱- عیب حادث بعد از قبض و در زمان خیرات مختص
۸۱	۲-۲- عیب حادث بعد از قبض و بعد از انقضاء مدت خیرات مختص
۸۳	گفتار دوم - عیب حادث با توجه به عوامل ایجاد کننده
۸۳	الف - عیب حادث ناشی از عوامل قهری
۸۴	۱- عیب حادث ناشی از عیب سابق
۸۴	۲- عیب حادث ناشی از سایر عوامل قهری
۸۵	ب - عیب حادث ناشی از عوامل انسانی
۸۵	۱- عیب حادث ناشی از فعل مشتری
۸۵	۲- عیب حادث ناشی از فعل بایع
۸۵	۳- عیب حادث ناشی از فعل ثالث
۸۶	گفتار سوم - مباحثی پیرامون عیب حادث
۸۶	الف - زوال عیب حادث

ب - رضایت فروشنده مبنی بر فسخ معامله با وجود عیب حادث ۸۷

ج - عیب حادث در مذاهب اهل تسنن ۸۸

فصل دوم - سایر موارد زوال حق فسخ ۸۹

مبحث اول - اسقاط حق فسخ ۸۹

گفتار اول - اسقاط صریح حق فسخ ۹۲

الف - اسقاط حق فسخ به صورت شرط ۹۲

۱ - اسقاط حق فسخ به صورت شرط تبانی ۹۲

۲ - اسقاط حق فسخ به صورت شرط ضمن عقد ۹۳

۱-۲ - شرط نتیجه یا شرط عدم ثبوت خیار ۹۳

۲-۲ - شرط فعل ۹۴

۳ - اسقاط حق فسخ به صورت یکجانبه ۹۵

گفتار دوم - اسقاط ضمنی حق فسخ ۹۶

گفتار سوم - ضمانت نامه یا گارانتی ۹۷

الف - ماهیت ضمانت نامه ۹۹

ب - خیار عیب و ضمانت نامه ۱۰۰

۱ - ضمانت نامه به صورت شرط ضمن عقد ۱۰۰

۲ - ضمانت نامه به صورت عقد مستقل ۱۰۱

مبحث دوم - تبعیض در عقد ۱۰۲

گفتار اول - تبعیض در عوضین ۱۰۴

گفتار دوم - تعدد مشتری ۱۱۰

گفتار سوم - تعدد بایع ۱۱۴

مبحث سوم - اهمال در عمل به مقتضای خیار ۱۱۵

گفتار اول - فور یا تراخی خیار عیب ۱۱۵

گفتار دوم - ضمانت اجرای اهمال در عمل به مقتضای خیار ۱۱۷

گفتار سوم - نمونه رای دادگاه ۱۱۸

نتیجه ۱۲۱

منابع و ماخذ ۱۲۵



صلاح کار کجا و من خراب کجا

ببین تفاوت ره کز کجاست تا به کجا

مقدمه

زندگی در اجتماع و روابط با دیگران مستلزم داشتن یک قاعده و قانون می باشد تا بتوان این روابط را تحت ضوابط و نظم خاصی در آورد. بخشی از این روابط در راستای تامین نیازهای بشر و حمایت از مالکیت اشخاص می باشد. عقود و قوانین حاکم بر آن برای پاسخگوئی به این نیاز پا به عرصه وجود گذاشته و بر حسب ذات و طبیعت خود قواعدی را پذیرفته، برخی جائز و در هر زمان و مکان به صرف اراده آفریننده آن از هستی ساقط می گردد و برخی با توجه به نظام اجتماعی و ضرورت دوام آن لازم و بر هم زدن و عدول از اجرای تعهدات قراردادی نیاز به دلیل موجه قانونی داشته.

در عقود لازم نمی توان همیشه طرفین را محکوم به پذیرش عقدی که ایجاد کرده اند دانست، هرچند اصل این است، اما هدف از انعقاد قرارداد رسیدن به یک عدالت معاوضی می باشد. حال اگر با بر هم خوردن این عدالت شخص را بی نصیب از حمایت قانون بدانیم نظام قراردادی دچار بحران خواهد شد. پس باید علاوه بر مواردی که طرفین حق بر هم زدن عقد و قرارداد را پیش بینی می کنند، در بعضی مواضع جای دخالت قانونگذار را نیز باقی دانست.

خيارات از جمله این حمايتهاست، در راستای حفظ تعادل قراردادی که در دسته های مختلف تقسیم شده اند. برخی مختص بیع و برخی جاری در کلیه عقود لازم، البته متناسب با مقتضای عقد. خیار عیب جزء دسته دوم است. هر چند نمونه بارز آن در بیع دیده می شود، چون عقدی است که خواستگاه طرفین کاملاً بر مبنای معاوضی بودن می باشد؛ بدون اغماض، به گونه ای که حتی برخی از بزرگان فقه خیار عیب را مختص بیع دانسته اند. نکته در خور توجه در این خیار وجود ارزش و گرفتن تفاوت قراردادی توسط متضرر می باشد که با اصل ابقاء عقود سازگار است. حتی این حق در بعضی

مواضع آنقدر اهمیت یافته که قاعده اولیه در کلیه خیارات که همان حق فسخ و رد معامله می باشد و در واقع معنای خیار جزء این نیست را تحت شعاع قرار داده و با سقوط حق فسخ، خریدار فقط می تواند ارش بخواهد.

از سقوط حق رد در فقه به عنوان، مسقطات حق فسخ نام برده شده و قانون مدنی ما در ماده ۴۲۹ از ذکر مسقط یا مانع خودداری نموده و جای بحث را برای اهل فن باز گذاشته که بدان خواهیم پرداخت. هر چند ماده مذکور سعی کرده کلیه موارد مسقط حق رد را گرد هم جمع کند، ولی با کمی دقت در سایر مواد از جمله ماده ۴۳۲ ق.م. در مورد تعدد مشتری ظاهرا نمی توان قائل به حصری بودن ماده ۴۲۹ ق. م بود.

هر چند در کتب فقهی اسقاط حق فسخ به صورت شرط ضمن عقد، ذیل عنوان مسقطات حق فسخ بیان شده ولی با توجه به تفاوت مسقط و عدم تاثیر اراده در آن با اسقاط که یک عمل حقوقی و با اراده شخص صورت می گیرد؛ لذا در تعیین عنوان این رساله سعی شده تا با یک عبارت کلی، همه موارد را بتوان مشمول موضوع قرار داد.

اکثر فقها و به تبع آن حقوقدانان به بحث و بررسی پیرامون خیار عیب به عنوان یکی از مهمترین خیارات پرداخته اند. اما در موضوع بحث ما در منابع فارسی به صورت تیتروار و گاه به گاه به اشاره به موارد سقوط حق فسخ در خیار عیب اکتفا شده و با توجه به جزئی بودن موضوع کمتر در مورد آن بحث شده. علاوه بر اینکه در برخی موارد که حق فسخ ساقط می شود، نیز بحث و اختلاف و ابهام وجود دارد. مثلا بند ۲ ماده ۴۲۹ ق.م. تغییر را به عنوان مواردی برشمرده که مشتری حق فسخ ندارد اما ذکری از تصرف و کم و کیف آن نشده. در حالی که فقها، موضوع را تحت عنوان تصرف بررسی کرده و برخی فقها تصرفات مغییر را مسقط دانسته اند. همچنین ماده ۴۳۵ ق.م. خیار عیب را فوری دانسته ولی بیان نکرده که ضمانت اجرای این فوریت چیست؟ آیا مانند سایر خیارات حق فسخ منتفی می گردد یا هر دو حق ناشی از خیار عیب یعنی هم حق فسخ و هم حق ارش ساقط خواهد شد؟ بنابراین،

ضرورت ایجاب می کند تا با پرداختن به ریشه فقهی موارد سقوط حق رد، در صدد رفع ابهام باشیم صرف نظر از اینکه ما را در درک بهتر مطالب یاری خواهد کرد.

در این مجال سعی شده تا ابتدا و قبل از ورود به بحث یک ذهنیت و شناخت کلی نسبت به خیارات بالاخص خیار عیب، برای خواننده ایجاد کنیم؛ که ذیل بخش اول بدان پرداخته و تا حد امکان سعی شده تا از ذکر مباحث اضافی خودداری شود. در فصل اول، معنا و مفهوم خیار عیب در سه مبحث بررسی شده که ضمن تعریف خیار از حیث لغوی و اصطلاحی، محل تعلق خیار، حق یا حکم بودن خیار نیز بیا گشته. پی بردن به معنای عیب نیز بدون فهم عیب و تعریف عیب و تشخیص آن از نقص ممکن نخواهد بود؛ که در مبحث دوم آمده است. فصل دوم با عنوان مبانی، شرایط و حقوق ناشی از خیار عیب، در مبحث اول سعی شده تا مبانی و دلایل حاکم بر خیار عیب مشخص گردد. مسلماً برای ثبوت خیار عیب نیز شرایطی لازم است و با وجود آن شرایط به موجب خیار عیب دو حق یکی فسخ و دیگری ارزش برای مشتری ایجاد می شود و در مبحث دوم ذکر شده. اما در مبحث سوم، وجه تمایز خیار عیب از سایر خیارات تبیین گشته است و اینکه در مواردی که یک فعل بیشتر صورت نگرفته ولی با تعریف خیار عیب و یک یا چند خیار دیگر مطابقت دارد تکلیف چیست؟ تجمع هر دو خیار یا تعارض آنها؟

در بخش دوم که در واقع موضوع اصلی است؛ تحت عنوان زوال تخییر بین حق فسخ معامله و مطالبه ارزش، طی دو فصل؛ در فصل اول موارد مذکور در ماده ۴۲۹ ق.م مثل تلف و ابطال مورد معامله، تصرفات ساقط کننده حق رد و عیب حادث، بیان و تشریح شده. هر چند در تقسیم بندی این مطالب در فقه از شیوه های مختلف استفاده شده؛ بر فرض برخی با وجود تصرف، خود را بی نیاز از ذکر تلف دانسته یا انتقال مورد معامله را تحت عنوان تصرف بررسی کرده اند، اما ما به تبع قانونگذار تلف و ابطال را ذیل یک مبحث و انتقال را تلف اعتباری بر شمرده و در مبحث تصرفات تنها تصرف مغییر را مسقط دانستیم. در فصل دوم سعی در بررسی مواردی شده که هر چند بعضاً مورد اختلاف فقها و اساتید حقوق می باشد، اما با کمی مسامحه و دقت می توان حق مطالبه ارزش را به ذو الخیار اعطا



نمود تا وی را از تحمل خسارت وارده به خود رها کرد. مثلا خیار عیب فوری دانسته شده و خریدار باید در یک فرصت عرفی مناسب در صورت تمایل اقدام به فسخ و رد عقد بنماید. حال اگر تمایل به رد نداشته باشد آیا باید سریعاً برای مطالبه ارزش اقدام کند؟ و فروشنده علی‌رغم فروش کالای معیوب و دارا شده بلاجهت از حمایت قانون برخوردار باشد؟ به نظر این با عدالت سازگار نیست. در مبحث اول؛ اسقاط حق فسخ خواه صریح یا ضمنی بیان شده. از آنجا که امروزه با توجه به گسترش معاملات نمی توان تنها به حقوق ناشی از خیار عیب یا ضمانت قانونی اکتفا کرد و با توجه به ترویج ضمانت نامه قراردادی در معاملات، بررسی جایگاه این دو ضمانت نامه در کنار هم نیز خالی از لطف نیست. تبعیض در عقد نیز از جمله مواردی است که باعث سقوط حق رد می گردد و در مبحث دوم بدان پرداخته ایم. با توجه به ماده ۴۳۵ ق.م.خیار عیب فوری است. بنابراین، اهمال در عمل به مقتضای خیار نیز باعث می شود تا حق رد مشتری ساقط شود که ذیل مبحث سوم بحث شده.

روش تحقیق در این رساله کاملاً کتابخانه ای می باشد اگر چه در ارائه نظرات نمی توان از واقعیت های جامعه دور شد. علیرم اینکه خیارات در فقه و قانون مباحث عمده ای را به خود اختصاص داده ولی به دلیل جزئی بودن موضوع در بین حقوقدانان کمتر بدان پرداخته شده و به ناچار بیشتر سعی شده تا در حد توان علمی از فقه و منابع فقهی استفاده شود و امید است با وجود مشکلات عدیده مثمر ثمر واقع شده باشد.

بخش اول

تبیین مفهوم، مبانی و حقوق ناشی از خیار عیب



فصل اول - معنا و مفهوم خیار عیب

قبل از هر چیز شروع و بررسی خیار عیب مستلزم درک صحیح و روشنی از معنای خیار و ماهیت و چیستی آن می باشد و اینکه جایگاه خیار عیب بین سایر خیارات کجاست و در چه ردیف و گروهی قرار می گیرد. شناخت معنای صحیح و کاملی از عیب نیز، در این راستا می تواند راهگشا باشد.

مبحث اول - تعریف خیار

گفتار اول - معنای لغوی و اصطلاحی خیار

خیار علاوه بر معنای لغوی دارای معنای اصطلاحی نیز می باشد که در بین اهل فن مورد استفاده قرار می گیرد.

الف - معنای لغوی خیار

خیار در لغت «الاسم من الاختیار، و هو طلب خیر الامرین» اسم مصدر اختیار و برگزیدن بهترین از هر چیز دانسته شده.^۱

خیار اسم است از اختیار به معنای گزینش و برگزیدن گفته می شود «انت بالخیار» یعنی اختیار کن چیزی را که خواهی. «خیار النشی» به معنای بهترین آن چیز می باشد.^۲
در بین فقهای امامیه خیار در لغت نیز بدین صورت تعریف گشته:

«الخیار: الذی هو بمعنی الخیره ای المشیه فی ترجیح احد الطرفين» خیار به معنای در ترجیح

یکی از طرفین عقد اختیار وارد کردن است.^۳

^۱ ابن منظور مصری، لسان العرب، دوره ۱۸ جلدی، جلد ۴، نشر ادب الحوزه - قم، سال ۱۴۰۵ ه.ق. ص ۲۶۵ - سید محمد مرتضی حسینی الزبیدی، تاج العروس، دوره ۲۰ جلدی، جلد ۶، نشر دارالفکر، سال ۱۹۹۴ میلادی ص ۳۷۹ - شیخ محمد حسین اصفهانی، حاشیه مکاسب، دوره ۵ جلدی، جلد ۳، سال ۱۴۱۹، ص ۱۴۴ - مجد الدین فیروز آبادی، قاموس المحيط، جلد ۱، چاپ مصر، بی تا، ص ۱۹.

^۲ علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، دوره ۱۵ جلدی، جلد ۳، نشر دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۷ ص ۹۶۸. همچنین برای دیدن معانی مشابه ر.ک معلوف لویس، المنجد فی اللغة و الاعلام، انتشارات دارالمشرق - بیروت، سال ۱۹۷۳ میلادی، ص ۲۰۱ - دکتر خلیل حر، فرهنگ لاروس، دوره ۲ جلدی، جلد ۱، نشر امیر کبیر، سال ۱۳۷۶ - علامه احمد محمد المعشری الغیومی، مصباح المنیر، جلد ۱ و ۲، ایران قم، من منشورات دارالهجره، بی تا، ص ۱۸۵.

^۳ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، دوره ۴۳ جلدی، ج ۲۳، درالکتب الاسلامیه، سال ۱۳۶۸، ص ۳.

«آنچه منظور در خیارات می باشد، حق انتخاب و اختیار است و این مباین معنی لغوی خیار است که همان نفس انتخاب می باشد، بلکه باید کلمه حق به انتخاب اضافه شود تا با معنای لغوی هم سازگار باشد»^۱.

ب- معنای اصطلاحی خیار

معنای اصطلاحی خیار بی ربط از معنای لغوی آن که همان انتخاب و برگزیدن است نمی باشد، اما دایره آن به این وسعت نیست و هرگونه انتخاب را در بر نمی گیرد. فقها و حقوقدانان تعاریف مختلفی از خیار ارائه نموده اند.

در ذیل به بیان آنها می پردازیم:

«الخیار: ان المراد به هنا ملک اقرار العقد و ازالته بعد وقوعه»^۲

خیار عبارتست از قدرت و سلطنت بر اقرار عقد، فسخ و ازاله آن.

«مقصود از استقرار بخشیدن به عقد در این تعریف اخذ نکردن به خیار نیست بلکه تثبیت عقد به گونه ای است که دیگر امکان بر هم زدن آن وجود نداشته باشد. در غیر اینصورت ذکر آن در تعریف خیار بیهوده است، زیرا کسی که توان فسخ دارد توان ترک آن را نیز خواهد داشت. به هر حال با افزودن این قید، عقد جائز از تعریف خیار خارج می گردد زیرا در عقد جائز یکی از دو طرف نمی تواند در ضمن عقد توانائی خویش بر فسخ را زائل سازد بلکه فقط می تواند از این توانائی استفاده نکرده، عقد را همچنان به حال خود باقی بگذارد»^۳.

بر این تعریف ایراداتی وارد است: اگر منظور از اقرار، ابقای عقد است با ترک فسخ، نیازی به ذکر آن نبوده چرا که قدرت بر فسخ، عین قدرت بر ترک آن است و ذکر کلمه اقرار زائد می باشد و اگر منظور الزام عقد و برای اجتناب از عقود جائز، که این امر نیز به بحث خیار بر می گردد و ذکر آن در تعریف نفس خیار بی اشکال نیست.

^۱ روح الله خمینی، کتاب بیع، دوره ۵ جلدی، جلد ۴، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، سال ۱۳۷۹، ص ۵.

^۲ محمد حسن نجفی، منبع پیشین، ص ۳.

^۳ جلیل قنواتی و سایرین، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، انتشارات سمت، سال ۱۳۷۹، ص ۱۲۳ به نقل از مصباح الفقاهه، جلد ۶، ص ۱۱.

دیگر اینکه این تعریف شامل عقد جایز هم می شود. اگر عاقد عقد جایز را فسخ نکند آن را ابقاء کرده است و اگر فسخ کند آن را زائل و نابود ساخته.

در این تعریف دور ایجاد شده زیرا خیار عبارتست از قدرت بر الزام عقد و قدرت بر فسخ عقد و الزام عقد با اسقاط خیار محقق می شود و در واقع علم به خیار متوقف بر شناخت اسقاط خیار است.^۱

«الخيار ملك الفسخ العقد»

خيار عبارتست از مالکیت و قدرت بر فسخ عقد.^۲

کلمه ملک مذکور در تعریف را اگر در معنای قدرت و سلطنت بر فسخ بدانیم این تعریف جامع و مانع ورود اغیار نخواهد بود و اموری مثل عقود جائز و حق رجوع را نیز در بر می گیرد. بنابراین باید مانند شیخ انصاری بگوئیم منظور از ملک مالکیت و قدرت نیست بلکه حق می باشد و برای تمییز از احکام بیان شده، که در این صورت سایر موارد از جمله فسخ عقد جائز و رجوع از تعریف خارج می شود.^۳

در واقع معنی خیار به اصل آزادی اراده و عدم التزام به فعل و ترک فعل بر می گردد. آنکه خیار دارد می تواند بهترین امر بین فسخ و امضاء را انتخاب نماید و شرعا همان سلطنت بر فسخ عقد است، که اثرش بازگشت هر مالی به صاحبش و انحلال عقد خواهد بود.^۴

«الخيار حق يقتضى السلطنة على فسخ العقد برفع مضمونه»

حقی است که مقتضی قدرت بر فسخ عقد است به رفع مضمون آن.^۵

«اختيار فسخ العقد و ابقائه او اختيار اقرار العقد و عدمه»^۶

اختیار فسخ عقد و ابقاء آن یا اختیار اقرار و الزام عقد و عدم آن را خیار گویند.

^۱ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، دوره ۶ جلدی، جلد ۵، چاپ باقری - قم، سال ۱۴۲۰، ص ۱۲ - سید محمد صادق روحانی، منهاج الفقاهه، دوره ۶ جلدی، جلد ۵، نشر سپهر، سال ۱۳۷۶، ص ۱۹۸.

^۲ محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن الحسن، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، دوره ۴ جلدی، جلد ۱، چاپ مطبعة العلمیه، بی تا، ص ۴۸۲.

^۳ شیخ انصاری، منبع پیشین، ص ۱۱.

^۴ سعید جازاری معمولی، خیار عیب در عقد بیع، ضمان عیوب مخفی کالای مورد معامله و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، سال ۸۲ به نقل از کاشف الغطاء، تحریر المجله، فیروز آبادی و نجاح، جلد ۲، ص ۲۴.

^۵ سید تقی طباطبائی، مبانی منهاج الصالحین، جلد ۸، ص ۱۴.

^۶ ابوالقاسم موسوی خوئی، مصباح الفقاهه، جلد ۶، ص ۱۸.

هرچند در قانون مدنی ما از خیار تعریفی ارائه نگشته اما حقوقدانان در جهت رفع این نقیصه، تعاریفی را بیان داشته اند:

«خیار حقی است برای متبایعین یا یکی از آنها که می تواند عقد لازم را بر هم زند»^۱.

دکتر لنگرودی خیار را اینگونه تعریف نموده: «فسخ به خیار عبارت است از نقض اثر عقد معوض لازم، به منظور اعاده مالکیت طرفین به وضعی که مقارن عقد، پدید آمده بود». و در توجیه این تعریف چنین بیان داشته که اشتباه همگان این است که فسخ به خیار را نقض عقد سابق پنداشته اند در حالی که عقد بیع از عقود آنی است یعنی به محض ابراز قصد انشاء طرفین، عقد بیع منعقد شده و فانی می شود و آنچه که بر جا می گذارد آثار عقد است مانند تملیک و تملک عوضین. پس خیار متوجه این آثار می شود.^۲

«خیاری که در باب معاملات مورد بحث فقها واقع گردید عبارت است از اینکه هریک از متعاقدين و یا یک نفر از آنها و یا شخص ثالثی اختیار فسخ معامله و ابقاء آن را داشته باشد»^۳. چنانچه دیده می شود در این تعریف به اختیار فسخ توسط ثالث نیز اشاره شده.

دکتر کاتوزیان نیز اختیاری را که شخص در بر هم زدن معامله ای دارد را خیار فسخ دانسته اند.^۴

گفتار دوم - ماهیت و طبیعت خیار

عمل حقوقی عبارت از ماهیتی است که منحصرًا به اراده انسان (و به هدف تحقق آثار حقوقی آن) در عالم اعتبار ایجاد می گردد، مانند قرارداد اجاره، ابراء، ولی واقعه حقوقی، رویدادی است که بوسیله انسان (به طور ارادی یا غیر ارادی) و یا عامل دیگر، در عالم خارج تحقق می یابد و اثر یا آثار حقوقی بدون اینکه انسان آن را خواسته باشد با خود می آورد مانند فوت انسان، غصب مال غیر.^۵

^۱ دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، دوره ۶ جلدی، جلد ۱، انتشارات اسلامیه، سال ۱۳۸۱، ص ۴۶۱.

^۲ دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۸۱ ص ۱۵۷-۱۵۸.

^۳ دکتر محمد پروجردی عبده، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۴۰، ص ۱۶۳.

^۴ دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قراردادهای و ایقاع، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۶۹، ص ۲۴۱.

^۵ دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، دوره ۳ جلدی، جلد ۱، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۲، ص ۳۳.

اعمال حقوقی خود ممکن است ناشی از ارادهٔ دو یا چند شخص باشد و از برخورد آنها اثر معهود بدست می‌آید و هیچ‌یک به تنهایی برای ایجاد آن کافی نباشد که آن را عقد گویند و نیز ممکن است انشاء با یک اراده کامل گردد و نیازی به توافق با ارادهٔ دیگر نباشد که به آن ایقاع گفته می‌شود. همانگونه که گفته شد، اختیار فسخ عقد را خیار گویند. بنابراین با توجه به مطالبی که بیان شد اجرای این حق عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود و در زمره ایقاعات جای می‌گیرد و نیاز به قصد انشاء دارد.^۱ ایقاع نیز ممکن است تملیکی یا عهدی باشد؛ فسخ به خیار، ایقاع تملیکی است.^۲ همچنان که در مادهٔ ۴۴۹ ق.م نیز بیان شده فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود.

اما مسئله دیگری که در این رابطه مطرح می‌باشد این است که محل تعلق خیار عین می‌باشد یا عقد؟ خیار در زمره حقوق قرار می‌گیرد یا احکام؟ این امر مستلزم بررسی معنای حق و حکم و وجه تمایز این دو می‌باشد که در ذیل به آن می‌پردازیم.

الف - محل تعلق خیار

تشخیص اینکه خیار به عقد تعلق می‌گیرد یا عین دارای آثاری می‌باشد، که پرداختن به آن خالی از لطف نیست و در مبحث تلف مورد معامله مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۱- تعلق خیار به مورد معامله

منظوری که طرفین از فسخ معامله دنبال می‌کنند صرفاً انحلال قرارداد، آنهم در عالم اعتبار نیست، بلکه مقصود، برگرداندن آثار عقد تا حد امکان و تا جایی که منافی حقوق دیگران نباشد، به حالت قبل از عقد است. در اینکه خیار به عقد تعلق می‌گیرد یا به عین، فقها در مبحث تلف مورد معامله و اینکه آیا تلف باعث زوال حق فسخ است یا نه بحث نموده‌اند. اگر متعلق خیار را مورد معامله

^۱ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، دوره ۵ جلدی، جلد ۵، انتشارات شرکت سهامی، سال ۱۳۸۰، ص ۵۳.

^۲ دکتر جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، دوره ۲ جلدی، جلد ۱، عناصر عمومی عقود، گنج دانش، سال ۱۳۸۰، ص ۲۶۴.