

## بررسی کلیات احکام خیارات

آیت الله عباسعلی عمید زنجانی\*<sup>۱</sup>، ابوالفضل احمدزاده<sup>۲</sup>

استاد دانشگاه تهران،<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری فقه و حقوق پژوهشکده حضرت امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۸/۴/۲۴ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۱)

### چکیده

در این مقاله، قواعد و احکام عمومی خیارات، به عنوان یکی از سنت‌های معمول فقهای اسلامی در تبیین و تحلیل ماهوی خیارات، مورد بحث و واکاوی قرار گرفته است؛ از همین‌رو، در راستای تحصیل قاعده، کلی مزبور، دیدگاه ژرف شیخ اعظم انصاری (ره) و برخی از فقهای معاصر شیعی و نیز گروهی از حقوقدانان صاحب‌نظر، به نحو دقیق، مورد مذاقه علمی با رویکرد انتقادی، واقع شده است که می‌توان به موارد «ملاک و ماهیت خیار فسخ»، «نوع حق در خیارات»، «اصل لزوم در عقود خیاری»، «سقوط خیار فسخ با تصرف ذی‌الخیار از روی علم و عمد» و «تلف در زمان خیار» اشاره داشت. بعد از تحلیل و تبیین مقام بحث در هر یک از موارد فوق‌الذکر و استخراج مبانی و اصول اتخاذی هر یک از دیدگاه‌ها، نظریه‌ی مختار و دیدگاه تنقیحی ارائه و تبیین شده است.

**کلید واژه‌ها** حق خیار - فسخ - ازاله - اصل لزوم - ذوالخیار - تصرف - تلف.

### طرح مسأله

در مقاله‌ی پیش‌رو، به نحو دقیق و روشن، ماهیت خیار فسخ، مناط و ملاک خیار فسخ و اصل لزوم در عقود، بررسی می‌گردد؛ چرا که با تبیین و شناساندن ماهیت و ملاک خیار فسخ - بالاخص به عنوان حق - می‌توان به تحلیل و ارزیابی جایگاه حق خیار فسخ در انواع تقسیم بندی‌های متداول حقوقی پرداخت. از طرف دیگر، از آنجایی که بحث مبنایی این تحقیق، بررسی تحلیلی احکام عمومی خیارات است و به علت عدم ورود پژوهشگران به این حیطة و مغفول ماندن جنبه‌های اختلافی کلیات احکام خیارات،

سعی وافر به عمل آمده تا احکام عمومی خیارات، همچون قابل انتقال و توریث بودن خیارات و نیز تجزیه پذیری یا عدم انفکاک آنها، به بیانی رسا و علمی، بررسی شود. البته در این خصوص، به جهت ارتباط ماهوی قاعده‌ی «التلف فی زمن الخیار ممن لاختیاره» با بحث فعلی، دیدگاه‌ها و نظریات مختلف فقها و حقوقدانان اسلامی، مبنی بر ضمان بایع نسبت به تلف و توقف انتقال مالکیت بر انقضای مدت خیار یا نظریه تملک با عقد خیاری، به شیوه‌ی استدلالی و انتقادی مورد تحلیل قرار گرفته است و در هر یک از مباحث پیش گفته، به فراخور اقتضای مطلب، دیدگاه و رأی مختار نیز ارائه گردیده است.

### مبحث اول: ماهیت خیار فسخ

#### گفتار نخست: خیار در لغت

خیار از حیث لغت، اسم مصدر برای «اختیار» است (نک: ابن منظور، ۲۶۷/۴؛ معلوف، ۲۰۱؛ حسینی عاملی، ۵۳۸/۴) از این رو، نتیجه‌ی اختیار، خیار است. در حقیقت، خیار در لغت، به معنی دل نهادن است بر چیزی به اختیار خود و «انت بالخیار» یعنی اختیار کن چیزی را که خواهی (فیض، ۳۲۶).

#### گفتار دوم: خیار در اصطلاح

از لحاظ اصطلاحی، معنای خیار، با معنای لغوی آن متفاوت است که از همین رو، باعث اختلافاتی در بین فقها شده است که البته تعریف مناسب آن «الخیار ملک فسخ العقد» است که تعریفی موجز و گویا از فخر المحققین است (نک: فخر المحققین، ۴۸۲/۱) که مورد اتباع بقیه فقها (نک: حسینی عاملی، ۵۳۸/۴) واقع شده است. بنابراین مراد از اینکه خیار، ملک فسخ عقد است، اشاره به این دارد که انسان، مسلط بر، بر هم زدن آن می‌باشد.

البته در این خصوص، باید اجمالاً اشاره داشت که تمامی عقود جایز و عقود لازم، دارای خیار می‌باشند؛ هر چند که برخلاف اصل باشد؛ چرا که اصل بر اساس قاعده‌ی مستخرج از اجماع، کتاب (نک: المائدة: ۱) و سنت (نک: محدث نوری، ۳۴۶/۱۲)، اصل لزوم است (نک: کاشف الغطاء، ۸) و طرفین عقد، بایستی بر مفاد آن پایبند باشند (نک: بحرانی، ۶۹/۱۹؛ شهید ثانی، ۵۰۶/۳).

خیاری که در باب معاملات، مورد بحث فقها واقع گردیده، عبارت است از اینکه هر یک از متعاقدين و یا یک نفر از آنها و یا شخصی ثالث، اختیار فسخ معامله (نک: شهید

ثانی، ۴۵۲/۲) و ابقاء آن را داشته باشد (حمد شراره، ۱۸۰). بنابراین، خیارى که عامه در عداد خیارات ذکر نموده و نام آن را خیار تعیین کرده‌اند، مربوط به این معنی نیست و راجع است به تخییر؛ زیرا به طوری که آن را تعریف نموده‌اند، عبارت است از اینکه بایع، مختار باشد که یکی از اشیاء معینی را به مشتری تسلیم کرده و یا مشتری، اختیار گرفتن یکی از آنها را داشته باشد و این اختیار، بر فرض صحت، راجع است به تخییر بایع در مورد بیع کلی نسبت به تسلیم فردی از افراد به مشتری؛ نه آنکه داخل در خیارات باشد (عبدہ بروجردی، ۱۱۳).

به هر ترتیب، خیار به معنی اختیار فسخ (نک: گرجی، ۵۹)، عبارت است از حقی که براساس عقد یا حکم شرع، صاحب آن می‌تواند عقد لازم را منحل (فسخ) و یا اثبات و ابقا نماید. خیار فسخ، با اقاله و حکم جواز فسخ در عقود جائز، متفاوت است؛ زیرا ماهیت اقاله، تراضی طرفین بر انحلال عقد و بازگشت به حالت قبل از عقد است و نیاز به چیزی جز تراضی ندارد؛ در حالی که خیار فسخ، از مقوله‌ی ایقاع است و در مورد انتخاب فسخ یا ابقاء، نیاز به اعمال خیار دارد. و اما تفاوت خیار فسخ با حکم جواز در عقود جایز مانند هبه و وکالت آن است که اولاً، فسخ از مقوله‌ی حق و جواز در عقود جائزه، قابل اسقاط نیست. ثانیاً، خیار فسخ به اراده‌ی تکوینی صاحب خیار بستگی دارد؛ لکن جواز فسخ در عقود جائزه، بر اراده‌ی تشریحی استوار می‌باشد؛ اما این نوع تفاوت بین خیار فسخ و جواز فسخ و اختصاص اراده‌ی تکوینی به اولی و اراده‌ی تشریحی به دومی قابل مناقشه است؛ زیرا در هر دو مورد، می‌توان گفت که اراده‌ی تکوینی و تشریحی نقش دارد. در خیار فسخ، اصل خیار از اراده‌ی تکوینی حاصل می‌گردد. در تقریب و توجیه این نوع تفاوت، می‌توان گفت که در خیار فسخ، در حقیقت دو نوع حق وجود دارد؛ حق نخست به اصل اعمال خیار، متعلق است و براساس آن، صاحب خیار می‌تواند از اعمال خیار خودداری و عقد را به حال خود رها کند.

حق دوم، متعلق به عقد است که صاحب حق می‌تواند آن را ازاله یا ابقاء کند (خویی، ۱۴/۶، ۱۵).

در نوع اول حق خیار فسخ، شبیه حکم جواز در عقود جائز است و متکی بر اراده‌ی تشریحی است؛ اما در نوع دوم، حق فسخ بر اراده‌ی شخصی استوار است. با این بیان، روشن می‌شود که عدم اعمال خیار فسخ و رها کردن عقد به حال خود، به معنی ابقای عقد، صرف نظر از فسخ آن نیست و عقد هنگامی الزام و اثبات می‌شود که صاحب خیار، با اعمال خیار جانب ابقای عقد را انتخاب کند.

### گفتار سوم: حق یا حکم بودن خیار فسخ

صاحب جواهر(ره)، خیار را به «ملک اقرار العقد و ازالته» تعریف کرده است (نک: نجفی، ۳/۲۳)؛ یعنی: «خیار، عبارت است از مالکیت انسان بر استقرار دادن به عقد و یا به هم زدن آن».

در تعریف فوق، تعبیر به ملک به جای حق، می‌تواند به این لحاظ مطلوب باشد که مبین امکان اسقاط و انتقال به غیر از طریق وکالت و یا مبادله باشد (نک: حکیم، ۵۵۶/۱۴) اما از جهت اینکه ملک اخص از حق است، می‌توان در آن مناقشه روا دانست؛ در واقع، اسقاط از لوازم شیء است که اعتبارش وابسته به اضافه کردن آن به مالک است؛ اما منافع اعیان (مثلاً ساقط کردن حق)، اعتبارش به دلیل اضافه کردن آن به مالک نیست؛ بلکه دلیل اعتبارش، قابلیت عین برای انتفاع از آن است.

از طرف دیگر، صاحب «ایضاح الفوائد» نیز خیار را به «ملک فسخ العقد» تعبیر کرده است (نک: فخرالمحققین، ۴۸۲/۱) یعنی، مالکیت به فسخ عقد.

در مقابل، عده‌ای دیگر از بزرگان، خیار را ملک نمی‌دانند؛ بلکه نوعی حق به شمار می‌آورند. حضرت امام خمینی(ره) در این زمینه به تعریف صاحب جواهر و فخرالمحققین (رحمة‌الله علیهما) چنین اشکال وارد می‌کنند که: «این دو تعریف، اولاً، مابین با معنای لغوی خیار هستند، ثانیاً، هیچ مناسبتی با آن ندارند» (امام خمینی، ۱۱/۴).

و در جایی دیگر، به تفصیل، به خلط حکم و حق پرداخته و می‌فرمایند: «ماهیت خیار، حق است؛ یعنی شارع با «البیعان بالخیار حتی یفترقا»، (حرّ عاملی، ۳۴۵/۱۲) برای متعاملین، حقی را جعل نموده که لازمه‌ی حق بودن آن، این است که ثبوت و سقوطش به دست خود آنها باشد؛ همان‌طور که می‌توانند از این حق، اعراض کنند که در صورت اعراض، گاهی اوقات حق ثابت می‌ماند و گاهی ساقط می‌شود (امام خمینی، ۴۴/۱). به طور کلی، اعمال سلطنت بر حقّ مجعول خداوندی، از لوازم حق بودن آن است.

و این فرق بین حق و حکم است؛ لذا ارث که حکم الهی است، اگر شرط عدم ثبوت شود، مخالف حکم شرع است؛ اما اشتراط عدم قسم یا اشتراط سقوط خیار، نظیر حقّ زوجه و متبایعین، شرط خلاف حکم الهی نیستند؛ بلکه اعمال سلطنت بر آن چیزی است که خدا جعل کرده و مترتب بر جعل است؛ نه مخالف آن. لذا سقوط و بقاء آن به دست ذی‌الحق است (همان، ۱۶۱/۴-۱۶۰).

البته، ایشان برای رسیدن به این مرحله، مراحل مختلفی را در ماهیت‌شناسی خیار، طی کرده و در این اثناء، اقوال زیادی را رد نموده‌اند. این مراحل به طور خلاصه عبارتند از:

۱- تعریف معنای لغوی خیار: خیار اسم مصدر است از اختیار (نک: ابن منظور،

۲۶۷/۴) و به معنی برگزیدن و انتخاب کردن است.

۲- ماهیت شناسی معنای لغوی خیار (اختیار): اختیار، فعل نفس است و مبادی افعال اختیاری، عبارت‌اند از: تصوّر، تصدیق به فائده، رجحان، برگزیدن، (اصطفاء) با اشتیاق و اراده، البته اختیار یا اصطفاء گاهی مؤخّر از اشتیاق است.

۳- یافتن معنای متناسب با معنای لغوی و جستجوی رابطه منطقی بین آن دو: ظاهر از بحث، این است که خیار، امری اعتباری (همان، ۴۱/۱؛ محقق داماد، ۳۷) است که به معنای لغوی آن و یا حتی اخص از آن، به کار نرفته است؛ چراکه اختیار، اعتباری و قابل جعل نیست و آنچه قابل جعل است، «حق خیار» است. فی الجمله مجعول در خیارات، حق خیار است که این معنای لغوی خیار است؛ چون معنای لغوی آن، خود اختیار است؛ اما معنای اصطلاحی آن، «حق اختیار» است. بنابراین، فقط به اختیار، حق اضافه شده است و مناسبتی با معنای لغوی پیدا کرده؛ اما تعریف صاحب جواهر و فخرالمحققین، علاوه بر تباین، هیچ‌گونه تناسبی هم با معنای لغوی خود ندارد. (همان، ۱۱/۴، ۱۰).

### مبحث دوم: اصل لزوم در عقود خیاری

طرح اصل لزوم (نک: اصفهانی، ۳۵/۱؛ امام‌خمینی، ۱۱۹/۱؛ عمید زنجانی، ۱۵۲) در مباحث تمهیدی خیارات، بدان جهت است که در صورت اثبات آن، می‌توان گفت که خیار فسخ، برخلاف قاعده در عقود می‌باشد (کاشف الغطاء، ۹) و باید مورد به مورد اثبات گردد و هرکجا دلیل کافی برای اثبات خیار فسخ وجود نداشته باشد، به مقتضای اصل و قاعده، لزوم عقد حاکم می‌باشد.

### گفتار نخست: معنای اصل در قاعده لزوم

۱- به معنی راجح و اقلبیت؛ بدین ترتیب اصالة اللزوم، یعنی در اغلب موارد، عقود لازم‌اند؛ نه جایز. این احتمال را محقق کرکی در جامع المقاصد مطرح کرده است (نک: محقق کرکی، ۲۸۴/۴).

۲- در معنای قاعده؛ اصل لزوم، همانند اصل طهارت و برائت، قاعده‌ای مستفاد از کتاب و سنت است و هنگام شک به آن رجوع می‌شود (محقق اردبیلی، ۳۸۳/۸).

۳- به معنای استصحاب؛ یعنی در صورت فسخ عقد توسط یکی از معاملین، هرگاه در بقاء و یا عدم بقاء عقد، تردید کنیم، مقتضای قاعده‌ی استصحاب، بقای اثر عقد و در نتیجه لزوم آن است. این معنا را علامه حلی پذیرفته است و به نظر شیخ انصاری نیز حسن است (نک: حلی، ۵۱۵/۱).

۴- منظور از اصل، معنی لغوی آن باشد؛ به این معنا که وضع بیع، عرفاً و شرعاً بر لزوم است و خيار، حق خارجی مجعول می‌باشد؛ از این رو، اگر بخواهند می‌توانند این حق را اسقاط کنند؛ بیع، مانند هبه نیست که شارع، جواز رجوع را در آن لحاظ کرده باشد؛ بلکه جوازی در بیع است که قابل اسقاط می‌باشد (بجنوردی، ۲؛ عمید زنجانی، ۱/۱۸۹).

از میان معانی چهارگانه‌ای که ذکر شد، معنای دوم اقوی به نظر می‌رسد؛ زیرا دلایل شرعی موجود در کتاب و سنت که دلالت بر لزوم عقود دارند، عام هستند و اختصاص به عقد بیع ندارند (محقق داماد، ۱۶۰).

### گفتار دوم: بررسی آیه‌ی شریفه‌ی «أوفوا بالعقود»

منظور از عقد، عهد موثّق (نک: زمخشری، ۱/۶۰۰) مطلق عهد و پیمان (نک: نراقی، ۱۰؛ بجنوردی، ۲/۱۱۸؛ خویی، ۲/۱۴۲) است و مراد از وجوب وفاء نیز عمل به مقتضای عقد می‌باشد. دقیقاً طبق دلالت لفظیه باید عمل شود؛ درست مثل نذر. بنا بر اطلاق آیه، هر فعلی که نقض مقتضای عقد باشد، مشروع نیست و از آن جمله، تصرفات بعد از فسخ است که به معنای لزوم عقد می‌باشد و اینکه به مجرد فسخ یک طرف، عقد فسخ نمی‌شود. بنابراین، زمانی که تصرفات بعد از فسخ یک طرف، حرام است، این دلالت بر یک حکم وضعی دارد و آن فساد فسخ از سوی یکی از دو طرف، بدون رضایت دیگری است. و این به معنای لزوم است؛ زیرا در علم اصول محقق است که حکم وضعی معنا ندارد؛ مگر آنکه از حکم تکلیفی منتزع شده باشد (بجنوردی، ۳).

یکی از نکات بارز و مسایل بسیار مهم که پیام محوری این آیه است، تأکید بر وفای عهد و اجتناب از عهد شکنی و مسایل مربوط به این اصل حیاتی است. اصل وفای به عهد، زیربنایی‌ترین اصل تعالیم اسلامی به شمار می‌رود که اصل التزام به توحید نیز از فروعات آن می‌باشد. از این رو، جامعه‌ی بشری با هر شکل و مردم و نظامی اداره شود، بی‌نیاز از این اصل نیست و بدون این اساس و تأسیس، سرانجام دچار اختلال و فروپاشی می‌گردد (نک: عمید زنجانی، ۱۵۴).

در واقع، آنچه که در اصل لزوم عقد به کار می‌آید، معنای قاعده‌ی استخراج شده از عموماًت و اطلاقاتِ نصوص (نک: حرّ عاملی، ۱۲/۳۵۵) است که در صورت قابل استنباط بودن از آیه‌ی «أوفوا بالعقود»، می‌تواند مرجع حکم در موارد مشکوک باشد و عقود جایز و نیز عقود باطل، از این قاعده، به ادله‌ی خاصّ خارج شده‌اند؛ چنان‌که عموم آیه‌ی «أوفوا بالعقود»، با «حرّم الربا» تخصیص یافته است (نک: عمید زنجانی، ۱۵۹).

باید توجه داشت که اصل لزوم و حقّ خيار، هر دو به عقد تعلّق دارند و هر دو به طور

همزمان با انشاء بیع حاصل می‌شوند؛ از این‌رو، رفع تعارض بین آن با دو زمانه کردن لزوم و خیار فسخ، امکان‌پذیر نیست که ادعا شود اصل لزوم با انشاء عقد و خیار فسخ در زمان بعد از آن به وجود می‌آید؛ زیرا کلیه خیارات از ابتدای عقد ثابت می‌شوند؛ حتی در غبن، رؤیت و عیب نیز شرط ضمنی در عقد وجود دارد و تساوی عوضین، سنگ اول زیربنای عقد بوده است و شرط ضمنی در عقد، موجب ثبوت خیار از ابتدای عقد می‌شود. بی‌گمان تأخیر ثمن، فقدان وصف، آشکار شدن عیب و غبن، در حقیقت، زمان اثبات خیار محسوب می‌شوند نه زمان ثبوت خیار.

### مبحث سوم: منایط و ملاک خیار فسخ

در مجموع می‌توان ملاک خیارات را به سه گونه تفسیر نمود:

الف - مبنای التزام و تعهد: هر عقدی، با یک سلسله تعهدات ضمنی مذکور در عقد و تعهدات ضمنی مرتکز در ذهن عرفی همراه می‌باشد و موارد خیارات، درحقیقت بخشی از تعهدات نوع دوم است که متعاقبین براساس این نوع تعهد، پذیرای فسخ عقد توسط صاحب خیار می‌باشند. براساس این نظریه، همان نیروی الزام‌آوری که اصل عقد و لزوم آن را ایجاب می‌کند، یعنی تعهد و پایبندی به عهد، موجب مشروعیت خیار فسخ و مبنای پذیرش آن می‌باشد.

به بیان دیگر، لازمه‌ی تحقق هر عقدی، التزام به مضمون آن خواهد بود؛ حتی در عقود جائزه؛ زیرا در عقد جائز هم مادامی که عقد باقی است طرفین باید ملتزم به مضمون آن باشند. (نک: طباطبایی یزدی، ۱۰۶) فرقی که هست، عقد لازم، قابل حل نیست و عقد جائزه، قابل حل است؛ اما تا وقتی که حل نشده، وفاء به آن لازم و آثار عقد بر آن مترتب خواهد بود؛ زیرا وجوب وفاء به عقدی که مستفاد از آیه‌ی «أوفوا بالعقود» است، شامل هر عقدی می‌شود. نهایت آنکه عقود جائزه از حیث جواز فسخ استثناء شده‌اند و در غیر این جهت مشمول عمومات بوده و حکم عقود لازمه را خواهند داشت (نک: عبده بروجردی، ۷۲). از این‌رو، می‌توان ملاک التزام به خیار شرط و سایر خیارات را حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۳۵۳/۱۲؛ محدث نوری، ۳۰۰/۱۳) به حساب آورد.

ب- مبنای نفی اکراه: براساس نفی اکراه، سلامت اراده در برابر اجبار و تحمیل غیر در عقود تضمین شده است و عقد باید متکی بر اراده‌ی مستقل طرفین باشد و از آنجاکه ابقای عقد، برخلاف اسباب خیار فسخ، نوعی تحمیل بر صاحب خیار محسوب می‌شود، باید به منظور حفظ استقلال و اراده، به صاحب خیار، حق انتخاب و اعمال خیار داده شود.

کسی که دارای خیار است، می‌تواند معامله را به استناد آن فسخ کند. «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود» (ماده ۴۴۹ ق. م). از این رو، فسخ، یک عمل حقوقی یک جانبه است که نیاز به قصد انشاء دارد. این قصد، باید به نحوی از انحاء ابراز گردد تا فسخ تحقق پیدا کند (نک: صفایی، ۳۰۸).

به نظر می‌رسد تعبیر به حاکمیت اراده که برخی از حقوقدانان معاصر در تبیین این دیدگاه به کار برده‌اند (نک: کاتوزیان، ۵۷/۵؛ محقق داماد، ۳۷۲) چندان دقیق نباشد؛ زیرا حاکمیت اراده، بیشتر به قصد مربوط می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۰۲) تا رضایت و در موارد اکراه، قصد وجود دارد و حاکمیت اراده، به معنی صدور قبل از روی دادن قصد نیز محقق است؛ آنچه که مگره از آن برخوردار نیست، رضایت (نک: ابن منظور، ۱۶۶۳/۱۹) می‌باشد و بدون رضایت به رغم حاکمیت اراده، استقلال برای اراده متصور نیست. به بیانی دیگر، اراده و قصد، بدون نیاز واقعی به تأثیر ابزار و حرکات مادی، سازنده‌ی عمل حقوقی است؛ زیرا عمل حقوقی، امر اعتباری است؛ نه موجود مادی تا برای ساخته شدن نیاز به علل و اسباب مادی داشته باشد؛ بلکه علت منحصر، همان اراده‌ی انشایی طرفین عقد با شرایط مقرر قانونی است که عبارت اجزای «رضایت» می‌باشد (شهیدی، ۱۹۰ و ۱۹۱) البته این دیدگاه نیز همچون دیدگاه قبلی، قابل خدشه به نظر می‌رسد که بیشتر حول محور حاکمیت اراده (همان، ۵۶ و ۵۷) بحث کرده و هم چنین تفاوت و تمایز دقیقی - آن گونه که در برخی از کتب فقهی اشاره گردیده - قائل نشده و بیشتر به بررسی «رضا» در سیستم‌های حقوقی مکاتب دیگر، از جمله فرانسه پرداخته است.

ح - نفی اشتباه: در هر عقدی، همواره وجود اشتباه، ممکن و محتمل است و حق خیار فسخ، در حقیقت، پیش‌بینی این نوع اشتباهات و به منظور امکان جبران آن می‌باشد. اشتباه، به طور کلی، تصور خلاف واقع از چیزی است (جعفری لنگرودی، ۳۰۷/۱) که آدمی به آن دچار می‌شود و در مبحث معاملات، عبارت است از تصور نادرست معامله کننده درباره‌ی یکی از ارکان و عناصر عقد. اشتباه و تأثیر آن در عقد، همیشه یکسان نیست؛ گاهی اشتباه به اندازه‌ای مهم است که اراده یا توافق اراده را نابود و معامله را باطل می‌کند؛ گاهی اشتباه زمینه‌ای برای خیار فسخ است و گاهی نیز اشتباه، هیچ‌گونه تأثیری در معامله ندارد (نک: صفائی، ۸۸).

به تعبیر دیگر، بطلان عقد، در اثر فقدان توافق اراده‌ی طرفین، بطلان ناشی از فراهم نبودن سبب پیدایش عقد است؛ در حالی که بطلان عقد به علت اشتباه، بطلان مربوط به وجود مانع است که به دو صورت نمود پیدا می‌کند؛ اشتباه مانع یا اشتباه مبطل عقد



(مثل اشتباه در جنس مورد معامله و عین معین و اشتباه در شخص طرف معامله) و اشتباهی که در وضعیت عقد بی تأثیر است (نک: شهیدی، ۱۶۳ به بعد).

ذکر این نکته لازم است که برخی از حقوق دانان، عیوب اراده را به عیب رضا تفسیر نموده‌اند و اشکال غیر نافذ بودن عقد به جای حق فسخ را به هر دو مورد تسری داده‌اند (نک: کاتوزیان، ۶۱/۵) اما به نظر می‌رسد که عیوب اراده، چیزی به جز خدشه‌دار شدن رضایت می‌باشد؛ زیرا بنای عقلا و عرف در عقود و معاملات، بر سلامت رضا در مورد خیارات استوار می‌باشد و در حقیقت، عدم رضای محتمل در موارد خیارات، نادیده انگاشته می‌شود و خیارات برای جبران اشتباه محتمل منظور می‌گردد. بی‌گمان، احتمال اشتباه به رضامندی در عقد لطمه وارد نمی‌آورد و کمتر رضایتی می‌توان یافت که خالی از احتمال اشتباه باشد. چرا که عرف و شرع در برخی از موارد (موارد خیارات) جبران اشتباه در آن موارد را با اعطای حق فسخ، پیش‌بینی و از اشتباه، پیشگیری کرده است (نک: عمید، زنجانی، ۴۵۷/۱).

در این خصوص، شیخ انصاری (ره) عدم رعایت اصل لزوم را در خیار مجلس و نظایر آن، با وجود عدم نقض عوضین، با تروی (تأمل بیشتر) توجیه می‌کند که از این طریق، رفع اشتباه گردد (نک: شیخ انصاری، ۱۶/۵).

به هر روی، در مقایسه‌ی نظریه‌ی نفی اکراه و نفی اشتباه، می‌توان آن دو را به هم نزدیک دانست؛ لکن احتمال اشتباه در رضا و احتمال اشتباه در قصد و تصمیم بر عقد، دو مقوله‌ی جداگانه هستند که در هر دو صورت، نباید آن دو را به معنی فقدان رضا و یا فقدان قصد تلقی کرد؛ بلکه آن دو احتمال را با فرض وجود رضا و قصد تفسیر کرد تا موجب عدم نفوذ عقد و یا ابطال آن نگردد (عمید زنجانی، ۴۵۷/۱).

خ- جبران ضرر: به مقتضای اصل عدالت (نک: اصغری، ۲۸۳) و احقاق حق، ضرر و زیان هنگامی که ناروا باشد، بایستی به نحو قدرتمند جبران شود (نک: حمد شرازه، ۱۷۴) و حق خیار فسخ، یکی از راه‌های این نوع جبران خسارت است.

شیخ طوسی (ره) مبنای خیار غبن را نفی ضرر می‌شمارد (نک: طوسی، ۱۹/۲) و علامه حلی (ره) نیز نفی ضرر را به‌عنوان یکی از مبانی خیار غبن و خیار عیب و خیار تأخیر پذیرفته است (نک: حلی، ۱، مبحث خیارات) از طرف دیگر، شیخ انصاری (ره) نیز در توجیه نظر علامه (ره) می‌فرماید: «عدم تسلط مغبون بر فسخ بیع غبنی، برای او زیان آور است» (انصاری، ۳۷۲/۳). در خصوص خیار مجلس نیز می‌توان گفت که این حق،

فرصتی به متعاملین می‌دهد که با تأمل مجدد در مفاد عقد بیع از غبن و ضرر محتمل، اجتناب ورزند و آن را از خود دور سازند.

از سوی دیگر، فقهای چون نراقی (ره) مبنای خیارات را براساس قاعده‌ی لاضرر توجیه می‌کنند؛ به این بیان که منظور از نفی ضرر، به معنی نفی ضرری است که تدارک نشده باشد؛ بنابراین هر ضرری باید تدارک شود و ضرری که تدارک نشود در اسلام وجود ندارد و جایز نبودن این نوع ضرر در اسلام، موجب آن شده که در اسلام به منزله‌ی معدوم محسوب گردد و بدین ترتیب اضرار به غیر، موجب ضمان می‌باشد (نک: نراقی، ۱۸).

در هر حال، با توجه به آنچه که گذشت می‌توان چنین گفت که قاعده‌ی لاضرر بر احکام عمومی نیز حکومت دارد و در نتیجه، نه تنها قاعده‌ی مذکور نفی حکم می‌کند، بلکه اثبات حکم هم می‌نماید؛ یعنی اگر از وجود حکمی - خواه تکلیفی و خواه وضعی - ضرری بر شخصی پیش آمد، به استناد قاعده‌ی لاضرر، حکم مزبور نفی می‌شود (نک: بهرامی احمدی، ۳۴۷) البته، در فرض مذکور - تلقی مبنای ثبوت خیار از طریق نفی ضرر و قاعده‌ی لاضرر - بایستی قائل به ثبوت خیار فسخ، در صورت فساد شرط شد؛ زیرا حذف شرط از مجموعه تراضی طرفین، به لحاظ فساد آن و التزام مشروطاً له به مفاد عقد بدون شرط، موجب تضرر اوست که برای جبران این ضرر، اعطای حق فسخ به مشروطاً له ضرورت دارد؛ به هر روی، می‌توان چنین استدلال کرد که لاضرر، به مفهوم نفی خطر است که در واقع، تعبیر دیگری از خوف ضرر می‌باشد.

ج - نظریه‌ی حمایتی: عرف و شارع، به منظور حمایت از اشخاص متعاقدین، خیار فسخ را منظور نموده تا در خصوص حوزه‌ی روابط فیما بین دو طرف معامله از حقوق آنها در مقابل یکدیگر حمایت شود (کاتوزیان، ۶۷/۵).

در این مورد نیز می‌توان چنین اظهار نظر کرد که مقررات حمایتی، معمولاً در روابط حقوقی‌ای حاکم است که یکی از دو طرف، از امتیازاتی برخوردار و امکان اجحاف به طرف ضعیف وجود داشته باشد؛ اما در خصوص متبایعین و سایر عقود که خیار فسخ در آنها معتبر می‌باشد، چنین فرصتی خارج از ماهیت عقود می‌باشد؛ حتی در اجاره نیز چنین فرضی محتمل نیست. افزون بر این، خیار اگر از نوع مقررات حمایتی باشد، باید به طرف ضعیف اختصاص داده شود؛ در حالی که مسلماً خیار مجلس برای هر دو طرف (طرف قوی و طرف ضعیف) منظور شده است؛ (عمید زنجانی، ۴۵۹/۱)؛ چرا که حمایت، خود مبتنی بر اصل غبن و ضرر است و بازگشت توجیه خیار فسخ با نظریه‌ی حمایتی، همان دفع ضرر می‌باشد و از این رو، نمی‌توان به راحتی، نظریه‌ی حمایتی را در خیارات، هم ردیف نظریه‌های دیگر قلمداد کرد.

به هر روی، با توجه به تحلیل هایی که برای ملاک خیار فسخ از سوی صاحب نظران ارائه گردید و نیز نقد و بررسی هر یک از آنها - که به گونه‌ای انتقادی بیان شد - می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظریه تروی از همه‌ی نظریات مذکور، قوی‌تر و مستدل‌تر به نظر می‌رسد؛ چرا که با تأمل بیشتر در هر یک از عوضین مورد معامله، رفع اشتباه، هم به شیوه‌ی عرفی و هم به شیوه‌ی مرسوم در باب معاملات، صورت می‌گیرد؛ بنابراین مبنای تخلف از اصل لزوم در خیارات که عرف و شرع آن را پذیرفته، با نظریه‌ی تروی قابل توجیه و تحلیل می‌باشد (عمید زنجانی، ۱/۴۵۴).

### مبحث چهارم: نوع حق در خیارات

جایگاه حق خیار فسخ در انواع تقسیم‌بندی‌های متداول حقوقی به شرح ذیل است:

۱- معنی حق آن است که صاحب حق می‌تواند حق را از خود سلب نماید؛ مثلاً در ضمن عقد لازم، شرط سقوط خیار کند و یا پس از عقد آن را اسقاط نماید (گرچی، ۱۸). بنابراین، خیار فسخ، حقی است قابل اسقاط؛ چنان‌که اعمال آن و چشم پوشی از اخطارش، به عنوان سوء استفاده از مقررات محسوب نمی‌شود؛ زیرا عرف و شرع، آن را به‌عنوان یک حق، به رسمیت شناخته است.

در حقیقت، هر خیارى موجب تزلزل عقد است. پس در عقد خیارى، آثار عقد از انتقال و ملکیت و وجوب و تسلیم و غیر اینها بر آن مترتب می‌شود و لکن در عین حال متزلزل است. بنابراین، اعمال و ابراز هر دو طرف حق، یعنی فسخ و ابقاء، ممکن است به وسیله‌ی لفظ انجام گیرد و نیز امکان دارد به واسطه‌ی فعل یا عملی محقق شود.

۲- خیار فسخ قابل انتقال است؛ علت قابل انتقال بودن خیارات، آن است که در استیفای آن‌ها، خصوصیت صاحب حق منظور نگردیده است.

در واقع، از جمله احکام کلی خیار، این است که خیار، به‌وسیله‌ی ارث به ورثه منتقل می‌شود؛ (نک: نائینی، ۱/۴۲؛ مکارم شیرازی، ۱/۳۰) دلیل این حکم، علاوه بر اجماعی بودن آن، این است که خیار، برای ذوالخیار، حقی است قابل انتقال و بدون شک چنین حقی مشمول ادله‌ی ارث، از قبیل آیه‌ی شریفه‌ی «أُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (انفال / ۷۵) و حدیث نبوی «مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ حَقِّ فَلِوَارِثِهِ» (حر عاملی، ۳۵۱/۲۶، محدث نوری، ۲/۲۰۳) می‌باشد.

دلیل حق بودن خیار، این است که در باب خیار حیوان وارد است که تصرف ذوالخیار در مبیع، خیار را ساقط می‌کند؛ چه، تصرف او دلیل است بر این که به بیع

راضی است. بدیهی است که اگر خیار، حکم شرعی بود، به هیچ وجه رضای محکوم<sup>۱</sup>، تأثیری در سقوط آن نداشت؛ مانند جواز در مورد هبه و سایر عقود جایزه. پس شکی در حق بودن خیار نیست و دلیل قابل انتقال بودن حق الخیار، اجماع دانشمندان حقوق اسلامی است (گرچی، ۶۰).

۳- انتقال حق خیار فسخ به اشخاص متعدّد: آیا حق خیار، به طور یکپارچه، برای همه وراث می‌باشد و با اسقاط یک نفر از آنها، از طرف همه‌ی وراث ساقط می‌گردد و یا اینکه هرکدام از صاحبان حق، می‌توانند به تنهایی اعمال حق نمایند؛ هرچند که دیگران از حق خود چشم‌پوشی نمایند؟

صاحب جواهر (ره)، با قبول تجزیه‌پذیری حق مانند ملک و امکان فرض تعدّد صاحبان حق، هرکدام از وراث را صاحب حق خیار فسخ شمرده و آن را در ردیف حقوقی چون شفعه و قصاص آورده است (نک: نجفی، ۷۶/۲۳) لکن اگر حق خیار را چون ملک قابل تجزیه بدانیم، باید در حق نیز مانند ملک، قائل به اشتراک شویم؛ نه تعدّد حق به تعدّد وراث.

نظر دیگر این است که خیار، به مجموع ورثه من حیث هم مجموع می‌رسد؛ یعنی همگی یکجا دارای یک خیار هستند. در این صورت، اگر همگی در فسخ توافق کردند، می‌توانند اعمال خیار کنند؛ در غیر این صورت، نمی‌توانند معامله را فسخ کنند. دلیل این مدعا این است که مقتضای ادله‌ی ارث در حقوقی که قابلیت تقسیم و تجزیه ندارند، این است که حق واحد به مجموع، یکجا به ارث برسد (نک: قلی‌پور گیلانی، ۲۳۸/۳).

به عبارت دیگر، در واقع، مورث، خود بیش از یک خیار نداشت تا به ورثه منتقل کند؛ بنابراین، مجموع ورثه من حیث‌المجموع، به جای مورث خود نشسته‌اند؛ در گذشته یک خیار به مورث قائم بود؛ اکنون، همان یک خیار به قائم مقام او قائم شده است. خلاصه اینکه ارث حق خیار، مانند ارث مال است؛ چنان‌که همه‌ی مال را مجموع ورثه می‌برند همین‌طور، همان یک حق را مجموع ورثه می‌برند. نهایت اینکه چون مال قابل تجزیه است لذا بین مجموع ورثه تقسیم می‌شود؛ ولی حق امری است بسیط و غیرقابل تجزیه؛ لذا به تنهایی به مجموع ورثه من حیث‌المجموع می‌رسد یا باید همه بر فسخ توافق کنند و یا بر امضا (نک: گرچی، ۶۳).

بی‌گمان، براساس این نظریه، یکی از وراث می‌تواند حق دیگر وراث را ابطال و تضییع نماید و بطلان حق شخص با عدم اعمال حق دیگری و یا اعمال حق دیگری (تنفیذ) مخالف با مقتضای قاعده‌ی لاضرر (نک: کلینی، ۱/۵) می‌باشد. تشبیه مسأله به موارد اشتراک در حق که اعمال حق توسط یکی از شرکا بدون رضایت سایر شرکا جائز

نیست، خود نوعی تکثیر اشکال است نه پاسخ و حل مشکل. (نک: عمید زنجانی، ۴۶۳/۱). از جمله نتایج عملی این بحث، آن است که هرگاه ورثه، در معامله‌ای که توسط مورث انجام گرفته و حق خیار فسخ از وی به ورثه منتقل شده، با فرض دین مستغرق مورث و وجود عین، توافق بر فسخ نمایند، می‌توانند با فسخ معامله، عین مورد معامله را از اختیار طلبکاران خارج نمایند؛ زیرا دین مستغرق، مانع از اعمال خیار فسخ نمی‌باشد (حلی، ۱۶۸/۱).

اما اعمال حق فسخ، مزاحم حق دیمان و مصلحت آنان است و با وجود این، اگر مصلحت دیمان در ابقاء و تنفیذ عقد باشد، نمی‌توان ورثه را برای تنفیذ عقد مجبور کرد؛ هرچند هر دو حق، به‌طور یکسان، به ورثه و دیمان اختصاص یافته است؛ لکن می‌توان به لحاظ این که ورثه قائم مقام میت در استیفای حق می‌باشند، برای آنان حق تقدم قائل شد؛ چنان که اگر مورث زنده بود، خود می‌توانست از حق خیار برای فسخ معامله استفاده کند.

۴- انتقال حق خیار شخص ثالث: علامه در «قواعد الاحکام» پس از بیان فرض سقوط خیار به واسطه‌ی مرگ یکی از طرفین، احتمال دیگری را تقویت می‌کند که حق خیار با مرگ یکی از متعاملین، به خصوص در خیار مجلس، به ورثه میت منتقل می‌شود (حلی، ۶۵/۲) زیرا شخص صاحب خیار، در حقیقت حکم وکیل را برای آنها داشته است و صاحب مستند (نراقی، ۴۱۳/۱۴) و صاحب مفتاح الکرامه (عاملی، ۵۹۲/۴) بنا بر خصوصیت شخص ثالث، حق خیار وی را پس از فوت او منتفی شمرده‌اند؛ زیرا با شک در موضوعیت خصوصیت شخص ثالث، حتی حق خیار را نمی‌توان استصحاب کرد.

به بیان دیگر، می‌توان گفت که، چنانکه به وسیله‌ی شرط، برای شخص دیگری غیر از طرفین معامله، خیار قرار داده شود، آیا پس از مرگ او حق الخیار او به ورثه‌اش منتقل می‌گردد یا به هر کدام از دو طرف معامله که نفع خیار به او عائد می‌شود؟ و یا به طور کلی، خیار ساقط می‌شود و یا غیر ذلک؟ در این مسأله چند وجه است:

وجه صحیح، وجه سوم است؛ زیرا در این صورت، خیار به‌طور استقلال برای شخص ثالث قرار داده شده و نظر شخص او را در امضاء و فسخ معامله، دخیل قرار داده‌اند. بنابراین، چگونه می‌توان گفت که خیار، به شخص دیگری که دارای این خصوصیت نیست، منتقل می‌گردد و ادعای این که به متعاقبین و یا ورثه‌ی شخص ثالث منتقل می‌شود، درست نیست؛ زیرا انتقال آن به یکی از دو طرف عقد، فرع بر آن است که شخص ثالث به منزله‌ی وکیل او باشد؛ در حالی که چنین نیست؛ چه، بودن شخص ثالث به منزله‌ی وکیل، مبتنی است بر این که طرف ذی‌نفع، خود، دارای حق فسخ باشد و مفروض این است که هیچ کدام از دو طرف عقد، حق فسخ معامله را ندارند و مجرد این که نفع خیار اجنبی به او عائد می‌شود، او

را صاحب حق نمی‌کند و انتقال آن به ورثه‌ی ذوالخیار، مبتنی است بر این که خیار، حق قابل انتقال باشد؛ درحالی که دلیل قابلیت انتقال خیار، اجماع است و اجماع، در مورد انتقال به ورثه‌ی شخص ثالث منتفی است (نک: گرجی، ۶۶).

### مبحث پنجم: سقوط خیار فسخ با تصرف

از جمله احکام عمومی خیارات، سقوط حق خیار، با تصرف صاحب خیار، از روی علم و عمد می‌باشد و مسأله را می‌توان به دو صورت مطرح نمود:

الف) تصرف بایع، موجب خیار در ثمن و تصرف مشتری صاحب خیار در بیع که به معنی التزام به عقد و تنفیذ آن و در نتیجه اسقاط حق فسخ است و در حقیقت، در این صورت، تصرف به معنی اجازه‌ی فعلی به جای اجازه‌ی قولی، تلقی می‌شود.

ب) با تصرف بایع در مبیع و تصرف مشتری در ثمن، - بر اساس حدیث معروف «الناس مسلطون علی اموالهم» (نک: حر عاملی، ۳۵۳/۱۲؛ شیرازی، ۹۳/۱) - فسخ فعلی انجام می‌گیرد و حق خیار، با ازاله‌ی عقد استیفا می‌گردد. بی‌تردید، در هر دو صورت، حق خیار توسط صاحب آن استیفاء و در نتیجه ساقط گردیده است؛ هرچند به کار بردن اسقاط در این موارد خالی از مسامحه نیست.

ملاک سقوط حق خیار، تصرفی است که جز برای مالک و مأذون از طرف وی مجاز نیست یا عرفاً، دلالت بر بازگرداندن ملک دارد. لکن ملاک اول، یعنی «مجاز نبودن تصرف به غیر مالک، بدون ملاک دوم (اماره‌ی عرفی) تنها در صورتی قابل قبول است که قاعده‌ی «حمل فعل مسلم بر صحت» (نک: بجنوردی، ۲۳۹/۱؛ عمید زنجانی، ۱۵۰) را بر آن ضمیمه کنیم؛ زیرا در غیر این صورت، ممکن است تصرف بایع در بیع، از باب غصب و عدوان باشد؛ نه به قصد بازگرداندن مبیع و فسخ معامله؛ بنابراین، ملاک در سقوط حق خیار، براساس صحیح‌ه‌ی علی بن رثاب «فان أحدث المشتري فیما اشتری حدثاً قبل الثلاثه الايام فذلک رضی منه» (حر عاملی، ۳۵۱/۱۲) احراز رضای صاحب حق خیار، با قول یا عمل می‌باشد. بی‌گمان، ملاک رضا به فسخ یا رضا به تنفیذ عقد، رضایت نوعی است؛ نه رضایت شخصی که احراز آن جز به قول صریح دشوار می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۰۳/۵). بنابراین، اعتبار قول و فعل در سقوط خیار فسخ از باب امارات شرعی معتبر خواهد بود و تصرفات از روی سهو و مسامحه و اعتماد به شهادت حال بر اذن، مانند تصرفاتی که عدوانی بودن آن معلوم گردیده، موجب سقوط حق خیار نمی‌شود (همان، ۱۳۳/۶).

اما، چنانچه بایع در مبيع تصرف غیر خارجی به معنی اقدام به بیع آن کند، بدون آنکه در آن، تصرف خارجی کرده باشد، بی‌گمان چنین عملی، حرام محسوب نمی‌شود و از سویی، مورد شمول اصل صحت (نک: نائینی، ۲۴۴/۴) به معنی حمل فعل مسلم بر صحت نیست و از سویی دیگر، دلالتی بر رجوع و فسخ معامله نمی‌نماید؛ زیرا محتمل است که بیع دوم، از طرف مابیع فصولی باشد و به طور مسلم، موجب سقوط خیار فسخ نمی‌گردد (خویی، ۴۰۳/۷).

نکته‌ی بسیار مهمی که در مسقط خیار بودن تصرفات، توسط صاحب «خیار» باید مورد توجه قرار داد، این است که عنوان مأخوذ در روایات، در سبب سقوط خیار، «احداث الحدث» است و این عنوان به هر نوع تصرفی صدق نمی‌کند؛ آن نوع از تصرفات مصداق این عنوان است که موجب تغییراتی در «ما انتقل الی صاحب الخیار» باشد؛ مانند صحافی کتاب و دوختن پارچه و نظایر آنها؛ اما فروختن، اجاره دادن و حتی سوار شدن بر مرکب از آنجا که موجب تغییر در «ما انتقل الیه» نمی‌گردد، مسقط خیار نیز محسوب نمی‌شود (نک: امام خمینی، ۲۰۱/۴).

بنابراین، به نظر می‌رسد «احداث الحدث»، به عنوان تصرفات مسقط خیار در خیار حیوان و خیار عیب و ... حکایت از نوع خاصی از تصرف دارد که معمولاً فسخ معامله پس از آن پذیرفته نمی‌شود؛ از این رو، تصرفی که به گونه‌ای موجب حدوث تغییری در مبيع گردد، چه حاکی از رضا باشد و چه حاکی از رضا نباشد (نک: عمید زنجانی، قواعد فقه، ۴۸۳/۱) شرعاً مسقط خیار است.

به عبارتی دیگر، تصرفی موجب سقوط خیار است که استیلاء در آن، به گونه‌ای مشهود باشد؛ در واقع، گاهی استیلاء با تصرف جمع می‌گردد و گاهی از آن منفک می‌شود که در این صورت، نسبت بین ید و تصرف، عموم و خصوص من وجه است (نک: ولویون، ۱۷ و ۵۱)؛ چرا که در مواردی، استیلاء وجود دارد، ولی بدون تصرف است و نیز گاهی، تصرف صدق پیدا می‌کند، در حالی که استیلاء به همراه آن وجود ندارد. به هر روی عنوان «احداث الحدث» به تصرفی اطلاق می‌شود که حاکی از استیلاء و سلطه یافتن ذی الخیار باشد.

### مبحث ششم: تلف در زمان خیار

الف - هرگاه مبيع، در زمان خیار، تلف شود، بیع منفسخ شده و خسارت آن به فروشنده متوجه می‌گردد. بنابراین، اگر بایع، ثمن را از مشتری دریافت داشته، باید به او مسترد

دارد. دانشمندان، این انفساخ را ضمان تلف در زمان خیار نام نهاده‌اند (نک: گرجی، ۷۴). پس اگر خیار، فقط برای بایع باشد و مبیع، در دست مشتری تلف شود، تلف آن به عهده مشتری است.

صاحب مفتاح الکرامه (ره)، این قاعده را مسلم و غیر اختلافی شمرده (عاملی، ۶۰۰/۴) و قبل از وی نیز صاحب ریاض (ره)، آن را مورد اتفاق فقها دانسته است (طباطبایی، ۲۰۹/۸). این قاعده، در خصوص نتیجه‌ای که از آن گرفته می‌شود (ضمان بیع در زمان خیار مشتری بر عهده بایع) با قاعده‌ی «تلف المال من مال مالک» منافات دارد؛ زیرا به مقتضای قاعده‌ی اخیر، تلف مبیع در زمان خیار مشتری به لحاظ اینکه مال مشتری بوده، باید بر عهده مشتری باشد؛ نه بایع.

فقهای امامیه، برای رفع محذور، ملتزم به انفساخ قهری شده‌اند و می‌گویند که عقد بیع، برای بایع ذوالخیار نسبت به ثمن و برای مشتری که برای او خیار نیست، نسبت به ثمن، مفید ملکیت است و از این حیث، بین آنها تفاوتی نبوده و مساوی هستند و لکن اگر مال در دست مشتری که خیار ندارد، تلف شود، خیار بایع ساقط خواهد شد و به حکم قاعده‌ی «التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له» (نک: خوانساری، ۱۷۹/۳؛ نجفی، ۸۷/۲۳) تلف، کاشف از انفساخ قهری است؛ به این معنی که مبیع، قبل از تلف، آن‌ا داخل در ملک بایع شده و به این لحاظ، تلف آن در دست مشتری، دامنگیر مشتری می‌شود و باید مثل یا قیمت آن را با استرداد ثمن به بایع دهد. هم چنین، حکم مسأله در عکس قضیه، یعنی جایی که خیار، مختص به مشتری و ثمن در دست بایع تلف شده باشد، اینگونه است (نک: عبده‌ی بروجردی، ۱۰۵، ۱۰۶).

البته، توجه و دقت به این نکته لازم است که قاعده‌ی «تلف مبیع در مدت خیار از مال من لایخیر له»، بنابر اختصاص آن به مشتری، تنها براساس نظریه تملک با عقد خیار خلاف قاعده (نک: نجفی، ۸۶/۲۳؛ امام خمینی، ۳۱۲/۵) محسوب می‌شود و براساس نظریه‌ی انتقال ملکیت (نک: میرزای قمی، ۱۲۱/۱؛ خوانساری، ۱۸۰/۳) با انقضای مدت خیار، اصولاً حکم قاعده، طبق ضوابط کلی است؛ زیرا تلف مبیع، قبل از مالکیت مشتری رخ داده و طبعاً از مال بایع محاسبه خواهد شد.

حال، در صورتی که قبض توسط مشتری صورت نگرفته باشد، آیا قاعده‌ی کلی «التلف فی زمان الخیار علی من لیس له الخیار» شامل مشتری می‌گردد یا در این صورت، میان خیار بایع و خیار مشتری تفاوت وجود دارد؟

مرحوم خوبی، قاعده‌ی فوق‌الذکر را شامل این قسم ندانسته و تفاوت بین خیار بایع و



خیار مشتری را در این صورت پذیرفته است؛ زیرا «روایاتی که در خصوص ضمان بایع، نسبت به تلف مبیع در زمان خیار مشتری آمده، در حقیقت، به معنی توسعه‌ی قاعده‌ی (ضمان مبیع قبل از قبض بر عهده‌ی بایع) است که در مدت خیار مشتری، ضمان را بعد از قبض نیز بر بایع اثبات کرده است و به این لحاظ، نمی‌توان این روایات را تخصیص بر قاعده‌ی «تلف المبیع قبل القبض من مال البایع» تلقی کرد و افزون بر این، در روایات مربوط به «التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له» کلمه‌ی بایع آمده و حکم مشتری از این روایات خارج است (نک: خویی، ۴۷۰/۷).

ب - شیخ انصاری (ره)، ضمان را در قاعده‌ی «تلف مبیع در زمان خیار بر عهده‌ی من لا خیار له» به معنی «انفساخ العقد» و بازگشت عوضین به حالت قبل از عقد تفسیر کرده است (نک: شیخ انصاری، ۲/۲۱۶)؛ در حالی که معنی ضمان، با توجه به اصل «عدم انفساخ عقد با تلف مبیع» می‌تواند ثبوت تعهد نسبت به مبیع، بر عهده‌ی بایع باشد که نتیجه‌ی آن پرداخت مثل و قیمت است. یکی از فقهای متأخر، برای اثبات نظریه‌ی «انفساخ عقد» چنین استدلال کرده است:

۱- ضمانی که درخصوص بایع مطرح می‌شود، در همه‌ی صور مسأله، به یک معنی است و آن، عبارت از ضمان ثابت از اول عقد تا انقضای خیار می‌باشد و معنی آن، چیزی جز انفساخ با تلف مبیع و آن لم یکن فرض نمودن عقد نیست؛ گویی با حکم به ضمان بایع، عقدی صورت نگرفته است و حتی با اقباض مشتری هم، بایع از ضمان خارج نشده است (نک: خویی، ۴۷۴/۷). امکان مناقشه در این دلیل، واضح است؛ زیرا چیزی جز شرح ادعا نیست و نوعی مصادره به مطلوب محسوب می‌شود.

۲- باتوجه به این نکته که ضمان بایع در روایات وارده، در پاسخ به این سؤال بوده که ضمان مبیع در مدت خیار برعهده‌ی کیست، بنابراین، اثبات ضمان بر بایع، به معنی آن خواهد بود که لحظه‌ای قبل از تلف شدن مبیع، بایع، مالک آن گردیده و مبیع در ملک بایع تلف شده است و این به معنی انفساخ عقد در آن لحظه است. در غیر این صورت، ضمان بایع به معنی آن خواهد بود که تلف مبیع، در غیر مال بایع بوده و قاعده‌ی «تلف المال من مال مالکه» نقض گردد (همان، ۴۷۵).

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که مفاد روایات مزبور، در صورتی قابل حمل بر این معنی است که طبق قاعده‌ی «تلف المال من مال مالکه» تفسیر شود و اما اگر مفاد این روایات را تخصیص بر آن بدانیم، چنین استنتاجی، مصادره بر مطلوب خواهد بود. واقعیت آن است مفاد روایات، مسأله‌ی ضمان بایع و تلف مبیع از مال او می‌باشد و

نظریه‌ی فسخ، در حقیقت، توجیه عملی حکمِ تعبّدی موجود در روایات است که ضمان بایع را در مدت خیار، از قبل از قبض، به بعد از قبض، توسعه داده و باتوجه به تعبّدی بودن مسأله‌ی ارجاع، معنی ضمان به مفهوم دَرکِ تالف و تبدیل آن به مثل و قیمت، خارج از سیاق روایات می‌باشد. (نک: عمید زنجانی، قواعد فقه، ۴۹۴/۱) افزون بر این، طبق نظر یکی از اندیشمندان معاصر، ضمان، به معنی آمدن وجود اعتباری شیء در ذمه است؛ یعنی به محض قبض عوض در عقد فاسد، ضمان می‌آید؛ نه هنگام تلف؛ علت و مدرک آن هم، قاعده‌ی علی‌الید می‌باشد (نک: نوری، ۸۸/۱۷) و در مقام تفریح ذمه نیز باید عوض مسمی را پس داد؛ مگر اینکه تلف شده باشد. در واقع معقول نیست که مبدأ ضمان، تلف شیء باشد (نک: بجنوردی، ۱۸۱/۱).

ج - و اما درخصوص قاعده‌ی «تلف در زمان خیار» تلف، به تلف سماوی اختصاص دارد یا آن که تلف ناشی از اتلاف ذوالخیار یا اتلاف «من علیه الخیار» و یا اتلاف اجنبی را هم شامل می‌شود؟ فقهای عظام در این زمینه نظرات گوناگونی را مطرح کرده‌اند که به طور اجمال می‌توان گفت که ظاهر تعبیراتی که در ادله‌ی این قاعده وجود دارد از قبیل: «فهلک فی ید المشتري» و «حَدَّثَ فِي الْحَيَّوانِ حَدَّثٌ» (نک: حر عاملی، ۳۴۵/۱۲) اختصاص به تلف سماوی دارد (نک: گرجی، ۷۶).

مرحوم شیخ انصاری، در صورتی که اتلاف توسط صاحب خیار انجام گرفته باشد، آن را موجب سقوط خیار و لزوم عقد دانسته و درصورت اتلاف توسط غیر موجب خیار، صاحب خیار را بین امضای عقد و رجوع به بدل و بین فسخ عقد و رجوع به ثمن، مخیر کرده است و هم چنین درصورت اتلاف توسط شخص ثالث، صاحب خیار را مخیر بین فسخ و امضاء دانسته است.

بی‌تردید، صورت اول که اتلاف، توسط مشتری صاحب خیار انجام می‌گیرد، نمی‌تواند مشمول قاعده‌ی «تلف المبیع علی من لایخیر له» باشد؛ زیرا فسخ عقد با اتلاف مبیع توسط مشتری، امری مخالف با ضرورت شرعی و عقلانی است. اما درصورت دوم نیز، شائبه‌ای نمی‌ماند که اتلاف از طرف «من لایخیر له»، موجب ضمان برعهده‌ی اوست و طبق مقتضای قاعده‌ی تسبیب در اتلاف مال غیر، وی ضامن خواهد بود «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» (حر عاملی، ۲۴۳/۱۸؛ نجفی، ۶۰/۳۷) و به این ترتیب، مشتری صاحب خیار، می‌تواند معامله را فسخ نماید تا تالف برعهده‌ی بایع باشد و هم چنین می‌تواند عقد را امضاء و بدل مبیع را از متلف (بایع) مطالبه کند. این صورت، در حقیقت از قاعده‌ی «تلف مبیع در زمان خیار» خارج خواهد شد.

و اما صورت سوم، بی‌گمان مشمول قاعده‌ی ضمان اتلاف مال غیر است و ارتباطی با قاعده‌ی تلف بیع در زمان خیار ندارد؛ به این معنی که اگر مشتری، عقد را فسخ نماید، بایع خود «من له الضمان» خواهد بود و اگر مشتری عقد را امضاء نماید، «من له الضمان» مشتری می‌باشد (نک: عمید زنجانی، قواعد فقه، ۴۹۹/۱). در اینجا لازم به یادآوری است که قدر متیقن از مورد قاعده‌ی تلف در زمان خیار، خیارات زمانی است (محقق داماد، ۳۱۴)؛ یعنی خیاراتی که برای آنها زمان ممتدی باشد؛ مثل خیار مجلس و خیار شرط و خیار حیوان؛ اما غیر زمانی، مثل خیار عیب و خیار غبن و خیار رؤیت و امثال آنها، جریان قاعده در آنها، خالی از اشکال نخواهد بود؛ خصوصاً با فوریت این خیارات سازگاری ندارد؛ زیرا در مورد این قبیل از خیارات، زمانی که خیار در آن امتدادی داشته باشد، وجود ندارد تا وقوع تلف در آن تصور شود (عبده بروجردی، ۱۰۷).

به هر ترتیب، با فسخ عقد توسط مشتری در فرض سوم، ثمن به مشتری باز می‌گردد و بدل متلف هم به بایع برمی‌گردد؛ اما آیا بایع می‌تواند مستقیماً به مشتری مراجعه و مطالبه مبیع یا بدل آن نماید یا باید به متلف رجوع کند؟ و یا در رجوع به هر یک، مخیر است؟ به طور اجمال، در این خصوص می‌توان گفت که حق در مقام، این است که من علیه الخیار، مخیر است که به متلف اجنبی رجوع کند و یا اینکه به ذوالخیار رجوع نماید.

### نتیجه

خیار، در واقع حقی است که صاحب آن، براساس حکم شرع، می‌تواند عقد را فسخ و یا ابقاء نماید؛ تعبیر خیار به «ملک فسخ عقد» چندان دقیق به نظر نمی‌رسد؛ چراکه ماهیت خیار، حق است و شارع مقدّس با «البیعان بالخیار» اقدام به جعل حق برای متعاملین کرده که ثبوت و سقوط آن به دست خود آنهاست.

آیه‌ی شریفه‌ی «اوفوا بالعقود» بیانگر «یجب الوفاء بکلّ عقد» است. به بیان دیگر، اصل لزوم و وفای به عقد، زیربنایی‌ترین اصل تعالیم اسلامی به شمار می‌رود و از سوی دیگر، أصالة اللزوم و حقّ خیار، هر دو متعلق به عقد بوده و به طور همزمان با انشاء بیع حاصل می‌شوند. بنابراین، ملاک و مبنای خیار فسخ، همان نیروی التزام آوری است که اصل عقد و لزوم آن را ایجاد می‌کند و در عقود جایزه نیز، طرفین عقد، مادامی که عقد پا برجاست، بایستی ملتزم به مضمون آن باشند.

از جمله‌ی احکام کلیّ خیارات، قابل انتقال و توریث بودن آنهاست. درحقیقت، خیار برای ذوالخیار، حق قابل انتقالی است و چنین حقی، مشمول أدله‌ی ارث و حدیث نبوی

«ما ترک المیت من حق فلوارثه» است و از طرف دیگر، حقّ خیار فسخ، قابل انتقال به اشخاص متعدّد است که در این باره، صاحب جواهر (ره) قائل به تجزیه‌پذیری حق، مانند ملک بوده و آن را در ردیف شفعه و قصاص قرار داده و شیخ اعظم انصاری (ره) نیز عقیده بر این دارد که خیار به مجموع ورثه من حیث مجموع می‌رسد و همه‌ی افراد صاحب خیار، دارای یک خیار هستند؛ چراکه مورث، خود بیش از یک خیار نداشت. اما در خصوص ملاک سقوط حق خیار، می‌توان چنین گفت که تصرفی است که دلالت بر رضای عقد نسبت به یکی از دو طرف تنفیذ و فسخ معامله داشته باشد که گاهی با قول و گاهی با فعل ابراز می‌گردد؛ اما عنوان مأخوذ از روایات، یعنی «احداث الحدث» حکایت از نوع خاصی از تصرف دارد که معمولاً فسخ معامله پس از آن پذیرفته نمی‌شود. و در نهایت، در مورد تلف مبیع در مدت خیار، براساس نظریه تملک با عقد خیاری بنا بر فرض اختصاص آن به مشتری، بایستی ملتزم شد که این، خلاف قاعده محسوب می‌شود و تنها در صورت انتقال ملکیت با انقضای مدت خیار، مطابق ضوابط کلی است؛ زیرا تلف مبیع قبل از مالک شدن مشتری اتفاق افتاده و باید از مال بایع محاسبه و تأدیه گردد. البته، ذکر این نکته ضروری است که در خصوص احکام کلیّی خیارات، مسائل و مطالب دیگری نیز قابل بحث و بررسی است که مجال اندک در این مقاله، مانع از طرح و تبیین آن‌ها شد که در مقاله‌ی جداگانه‌ای، به تفصیل، مورد مطالعه و بحث قرار خواهد گرفت.

### فهرست منابع

۱. قرآن کریم؛
۲. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق؛
۳. اصغری سید محمد، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۸۶؛
۴. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، تهران، موسسه نشد اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق؛
۵. انصاری، مرتضی‌بن محمد امین، مکاسب (دوره ۶ جلدی)، قم، چاپ منشورات الحکمه، ۱۴۱۱ ه. ق؛
۶. بجنوردی، سیدمحمد، تقریرات خیارات، مقرر: زهرالامع، تهران، پژوهشکده حضرت امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۷؛
۷. همو، فقه مدنی، مصحح: ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۸۸؛
۸. بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، نجف الاشرف، مطبوعه الاداب، ۱۳۹۱؛
۹. بحرانی، یوسف، الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، جامعه مدرسین قم، بی‌تا؛

۱۰. بهرامی احمدی، حمید، *سوء استفاده از حق*، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۷۷؛
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸؛
۱۲. همو، الفارق، *دائرة المعارف عمومی حقوق*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۸؛
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۲ و ۲۶، تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۸۵؛
۱۴. حسینی عاملی، محمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۴، قم، موسسه آل البيت، بی تا؛
۱۵. حکیم، سید محسن، *مستمسک عروة الوثقی*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ سوم، ۱۴۰۳؛
۱۶. حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، تهران، مکتبه مرتضویه، بی تا؛
۱۷. حمد شراره، عبدالجبار، *نظریه نفی الضرر فی الفقه الاسلامی المقارن*، طهران، ناشر: رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه، ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۵۵ هـ)، لسان العرب، بیروت، دارصادر، ۱۴۱۸؛
۱۸. خمینی (امام)، *روح الله الموسوی، کتاب البیع*، ج ۴، نجف الاشرف، مطبعه الادب، ۱۳۷۹؛
۱۹. خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۹۴؛
۲۰. خوبی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه (قسم المعاملات)*، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲؛
۲۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه*، بیروت، ۱۴۰۳؛
۲۲. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۶؛
۲۳. شیرازی، محمد، *البیع*، بیروت، دارالعلوم، چاپ چهارم، ۱۴۱۴؛
۲۴. صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۶؛
۲۵. طباطبایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، بی نا، ۱۲۹۲؛
۲۶. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸؛
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، *خلاف*، ج ۲، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴؛
۲۸. عبده بروجردی، محمد، *کلیات حقوق اسلامی*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳؛
۲۹. علامه حلّی، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸؛
۳۰. عمید زنجانی، عباسعلی، *آیات الاحکام (حقوقی - کیفری)*، مصحح: ابوالفضل احمد زاده، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۸؛
۳۱. همو، *قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)*، تهران سازمان سمت با همکاری مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶؛
۳۲. فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، ج ۱، قم، بی نا، ۱۳۸۹؛

۳۳. فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران، مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۲؛
۳۴. قلی پور گیلانی، مسلم، *تلخیص کتاب الخیارات* (شیخ انصاری)، قم، انتشارات قدس، چاپ دوم، ۱۳۸۵؛
۳۵. کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶؛
۳۶. کاشف الغطاء، شیخ علی، *شرح خیارات اللمعة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۲؛
۳۷. کلینی، محمد بن یعقوب، *الفروع من الکافی*، بیروت، دارالصعب، دارالتعارف، ۱۴۰۱؛
۳۸. گرجی، ابوالقاسم، *مبانی حقوق اسلامی*، تصحیح: ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۸۷؛
۳۹. محدث نوری، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۴۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴؛
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم، ۱۳۸۵؛
۴۲. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸؛
۴۳. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸؛
۴۴. محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱؛
۴۵. مطهر حلی، محمد بن حسن (ملقب به فخر المحققین)؛ *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۷؛
۴۶. معلوف، لوییس، *المنجد فی الفقه*، تهران، انتشارات فرحان، چاپ اول، ۱۳۷۹؛
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، *انوارالفقاهه*، قم، مدرسه الامام امیر المومنین (ع)، ۱۴۱۱؛
۴۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات*، تهران، چاپ سنگی، ۱۲۸۷؛
۴۹. نائینی، محمدحسن، *منیه الطلاب*، نجف الاشرف، مطبعة المرتضویه، ۱۳۵۸؛
۵۰. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱؛
۵۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، تهران، چاپ سنگی، ۱۲۷۳؛
۵۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، بی نا، بی جا، ۱۳۲۱؛
۵۳. ولویون، رضا، *اماره تصرف (قاعده ید)*، تهران، نشر جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۷؛