

دکتر علی چهکندی نژاد

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند

## حکم تلف مورد معامله در زمان خیار

### چکیده

یکی از احکام خیارات، این است که تلف در زمان خیار از مال کسی رفته است که حق خیار فسخ ندارد و این حکم، تحت عنوان قاعده‌ی «التلف فی زمن الخیار ممن لاخیارله» معروف است و هدف اصلی این تحقیق، تعیین محدوده و قلمروی این قاعده می‌باشد. در این تحقیق، که به روش کتابخانه‌های تنظیم شده، ابتدا مستندات قاعده، مورد بحث قرار گرفته و سپس اقوال و نظرهای فقها در مورد جایگاه و مفاد آن مورد بررسی قرار گرفته و پس از بررسی‌های انجام شده این نتایج به دست آمد که؛ ۱- این قاعده اختصاص به عقد بیع داشته و در سایر عقود معاوضی کاربردی ندارد. ۲- ثانیاً این حکم فقط در صورت تلف بعد از قبض بر اثر آفت‌های آسمانی اجرا می‌شود، ۳- این حکم اختصاص به خیار حیوان و شرط دارد که تنها برای مشتری ثابت است. ۴- منظور از ضمان بایع در این قاعده ضمان معاوضی است نه ضمان واقعی و مفاد آن این است که اگر میبع بعد از قبض در زمان خیار مختص مشتری تلف شود از مال بایع رفته بدین گونه که یک آن قبل از تلف، عقد بیع منفسخ شده و میبع به ملک بایع داخل گردیده و تلف در ملک وی صورت گرفته است و باید ثمن را به مشتری مسترد نماید.

### واژگان کلیدی:

خیار فسخ، خیار حیوان، خیار شرط، بایع، مشتری.

## طرح مسأله

یکی از احکام خیار که حتی بین قائلین به تملک مشتری به مجرد عقد معروف می‌باشد این است که اگر مبیع در زمان خیار تلف شود، تلف مزبور از مال غیر ذی‌الخیار محسوب می‌گردد که تحت عنوان قاعده التلف فی زمن الخیار ممن لاختیاره شناخته می‌شود و ظاهراً این حکم مختص بیع است زیرا اخبار اختصاص به بیع دارد (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۷/۲؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۴۲). مثلاً اگر در عقد بیع، مبیع حیوان باشد و حیوان ظرف سه روز از هنگام انعقاد عقد تلف شود از مال بایع تلف شده که خیار حیوان ندارد. حال سوال‌هایی که مطرح می‌باشد این است که؛ ۱- این حکم در چه خیاراتی جاری است؟ ۲- منظور از ضمان در این قاعده چیست؟ ۳- مجرای این قاعده کجاست؟ ۴- آیا شامل تلف ثمن در زمان خیار می‌شود؟ ۵- آیا در مورد مبیع کلی فی الذمه جاری می‌شود؟ ۶- آیا شامل تلف جزء مبیع می‌شود؟ ۷- آیا شامل اتلاف مبیع در زمان خیار می‌شود؟

## مستندات قاعده:

۱- سنت: درباره‌ی حجیت این قاعده، فقها از جمله (موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۰۹/۲؛ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ۳۵۴/۲ و ۳۵۵؛ القواعد، ۱۰۸؛ منهج الفقاهه، ۴۲۸/۶؛ مستند الشیعه، ۴۲۹/۱۴؛ شیخ انصاری، مکاسب، ۱۷۵/۶) چندین روایت را ذکر کرده‌اند از آن جمله:

الف) در این روایت راوی از امام (ع) راجع به مردی که عبد یا دابه‌ای به شرط خیار به مدت یک یا دو روز خریداری کرده و عبد یا دابه در دست وی تلف شده یا عیبی در آن حادث گردیده، می‌پرسد چه کسی ضامن است؟ حضرت در مقام جواب می‌فرماید: ضمان آن بر عهده‌ی بایع است تا وقتی که خیار مشتری، که سه روز است منقضی شده و مبیع از آن وی گردد و اگر بین بایع و مشتری برای ایام معینی شرط خیار باشد و

قبل از انقضای این ایام، مبیع در دست مشتری تلف شود، تلف مزبور از مال بایع آن محسوب می‌شود. (وسائل الشیعه، ۳۵۲/۱۲؛ الکافی، ۱۶۹/۵؛ تهذیب الاحکام، ۲۴/۷).<sup>۱</sup>

ب) روایت عبدالرحمن ابن ابی عبد... بصری که در آن آمده است از امام علی (ع) در مورد مردی که کنیزی را به شرط خیار به مدت یک یا دو روز خریداری کرده و کنیز در دست او تلف شده در حالی که بهای را نیز پرداخت کرده است سؤال کردم ضمان آن بر عهده چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: بر مشتری ضمانی نیست تا این که شرط یا خیار مشتری منقضی شود (وسائل الشیعه، ۳۵۱/۱۲، تهذیب الاحکام، ۲۵/۷).

ج) روایت نبوی که در کتاب وسایل از محمد بن حسن از امام صادق (ع) روایت شده که می‌فرماید: رسول خدا در مورد مردی که عبدی را خریداری کرده به شرط این که ظرف سه روز حق خیار فسخ داشته باشد و عبد ظرف آن سه روز تلف گردیده فرمودند: در صورتی که مشتری سوگند بخورد که راضی به عقد نبوده از ضمان بری می‌شود (وسائل الشیعه، ۳۵۲/۱۲).

د) مرسله ابن رباط که در آن امام (ع) می‌فرماید: اگر در حیوان قبل از انقضای سه روز عیبی حادث گردد از مال بایع رفته است. (همان، همان جا).

اما آن چه از ظاهر این روایت‌ها برداشت می‌شود این است که این قاعده؛ ۱- در جایی اجرا می‌شود که خیار برای مشتری باشد نه برای بایع، و ۲- خیار مشتری از نوع خیار حیوان و شرط باشد مگر این که از طریق تنقیح مناط بتوانیم حکم آن را در مورد بایع و سایر خيارات جاری کنیم (موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیة، ۱۱۰/۲).

ه) روایت اسحاق بن عمار: <sup>۲</sup> اسحاق بن عمار از کسی که در خدمت ابی عبدالله (ع) بود چنین روایت می‌کند: شخصی از امام (ع) سؤال کرد مرد مسلمانی به علت احتیاج

---

۱- صحیح ابن سنان: عن الرجل یشتری الدابة او العبد و یشترط الی یوم او یومین، فیموت العبد او الدابة او یحدث فیه حدث، علی من ضمان ذلک؟ فقال: علی البایع حتی ینقضی الشرط ثلاثة ایام و یصیر المبیع للمشتری، شرط له او لم یشترط و ان کان بینهما شرط ایاماً معدوده فهلک فی ید مشتری فهو من مال البایع.

۱- قال: «حدثنی من سمع ابا عبدالله (ع) و سأله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الی بیع داره فجاء الی اخیه فقال: ابیعت داری هذه و تكون لک احب الی من ان تكون لغيرک، علی ان تشرط لی ان انا جئتک بثمانها الی سنه ان ترد علی، فقال: لا یأس بهذا، ان جاء بثمانها الی سنه ردها علیه، قلت:

قصد فروش خانه‌هایش را دارد و بدین منظور نزد برادرش رفت و به او گفت: این خانه‌ام را به تو می‌فروشم، زیرا اگر تو طرف معامله من باشی بهتر است تا دیگری، به شرطی که اگر پس از یک سال قیمت دریافتی را به تو مسترد نمایم، تو نیز خانه را به من بازگردانی. امام(ع) در پاسخ فرمودند: اشکالی ندارد اگر ظرف یک سال بهای دریافتی را به خریدار بازگرداند، او نیز باید خانه را به او تحویل نماید، گفتم: در صورتی که در آن خانه غله و نماء زیادی باشد به چه کسی تعلق خواهد داشت؟ فرمودند: غله به مشتری تعلق دارد. آیا نمی بینی اگر خانه طعمه حریق می‌شد، تلف از مال مشتری محسوب می‌گردید؟ (الکافی، ۱۷۱/۵؛ تهذیب الاحکام، ۲۳/۷)

(و معاویه بن میسره می‌گوید: از ابو جارود شنیدم که در مورد مردی از ابا عبدالله(ع) سؤال کرده که خانه‌اش را به کسی فروخته و بین او و کسی که خانه را خریده قرار داده و شرط کرده که اگر تو مال مرا در طول سه سال به من برگردانی، خانه‌ات مال خودت می‌باشد و فروشنده نیز مال او را به وی برگردانده، امام(ع) در پاسخ فرمودند: باید مشتری به شرط خود عمل کند. ابو جارود گفت: خریدار در طول این سه سال از این خانه بهره برداری کرده است امام(ع) فرمودند: مال اوست، آیا می‌دانی که اگر خانه طعمه حریق می‌شد از مال چه کسی تلف می‌شد؟ خانه، خانه‌ی مشتری است.<sup>۱</sup>

برخی از فقها (جامع الشتات، ۲۲۷/۱؛ منهاج الفقاهه، ۴۲۹/۶) برای اثبات این قاعده، به دو روایت بالا استناد کرده‌اند. اما به نظر می‌رسد این دو روایت ارتباطی به موضوع بحث ندارد زیرا ضمانت مشتری نسبت به خانه در این دو روایت، به اعتبار وجود خیار برای بایع نیست بلکه ضمانت مشتری نسبت به خانه از باب قاعده است زیرا خانه ملک اوست و همان گونه که منافع، مال اوست تلف نیز بر عهده‌ی اوست خواه برای بایع خیار باشد یا

---

فانها كانت فيها غله كثيره فاخذ الغله، لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشتري، الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله».

۲- روایت معاویه بن میسره قال: «سمعت ابا الجارود يسأل ابا عبدالله(ع) عن رجل باع داراً له من رجل، و كان بينه و بين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط انك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فاتاه بماله، قال: له شرطه قال ابو الجارود: فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله و قال ابو عبدالله(ع): رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (تهذیب الاحکام، ۱۷۶/۷).

نه. به عبارت دیگر، در این دو روایت برای اثبات مالکیت مشتری نسبت به منافع، به ضمان او نسبت به تلف عین استناد شده است. بنابراین اگر به این دو روایت برای اثبات قاعده‌ی «الخراج بالضمن» استناد می‌شد بهتر از استناد به آن دو، برای اثبات قاعده مورد بحث بود (مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ۳۵۶/۲).

۲- اجماع: صاحب ریاض (ریاض المسائل، ۲۰۸/۸) و هم‌چنین صاحب مفتاح الکرامه (مفتاح الکرامه، ۵۹۸/۴) در مورد این مسأله ادعای اجماع کرده‌اند. اما شیخ انصاری (المکاسب، ۱۷۹/۶) می‌گوید: اگر چه کلمات فقها ظهور در تعمیم قاعده‌ی نسبت به همه‌ی خيارات دارد اما انصاف این است که هیچ کدام از فقههای معتبر شیعه به این تعمیم در انواع خيارات جزم ندارند چه برسد به این که چنین چیزی اجماعی باشد و اگر هم اجماع، محقق باشد اجماع، بالاستقلال حجیت ندارد بلکه اجماع تنها در صورتی که کاشف از سنت معصوم باشد معتبر خواهد بود و چنان چه روایتهایی در کنار اجماع موجود باشد و احتمال آن برود که اجماع مستند به آن روایتهاست اجماع مزبور ارزشی نخواهد داشت.

۳- این قاعده مقتضای قواعد اولیه و حکم عقل است (مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ۳۵۷/۲؛ موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۱۰/۲) زیرا عقد بیع فقط نسبت به صاحب خیار متزلزل بوده و می‌تواند معامله را فسخ نماید و وقتی کالایی که به او منتقل شده است تلف می‌شود این تلف قائم مقام فسخ است پس می‌تواند مال خود را پس بگیرد و کالای تلف شده هم از مال کسی رفته که حق خیار ندارد و این همان مفاد قاعده‌ی مذکور است و اما این که تلف به منزله فسخ می‌باشد به خاطر این است که عقلاء اعتقاد دارند فلسفه خیار، مخصوصاً در خیار شرط و حیوان این است که صاحب خیار بتواند تأمل و تفکر نماید که آیا ابقای این معامله به صلاح اوست یا فسخ معامله و وقتی که کالای منتقل شده به او تلف می‌شود مجالی برای تأمل و تفکر باقی نمی‌ماند و قهراً معامله منفسخ می‌شود و کالای باقیمانده به ملک صاحب خیار بر می‌گردد اما این دلیل محل اشکال است زیرا مقتضای قواعد اولیه این است که معامله با قبض تمام می‌شود و مالکیت تام برای مشتری نسبت به مبیع حاصل می‌شود بنابراین اگر تلف شود هیچ کس ضامن تلف شدن مال دیگری نیست (موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۱۱/۲). البته بنا بر قول کسانی (الخلاف، ۲۲/۳؛ الجامع للشرایع، ۲۴۸) که معتقدند مالکیت

مشتری پس از انقضای خیار حاصل می‌شود مفاد این قاعده، منطبق بر قاعده است زیرا فرض بر این است که عوضین در ملک مالک اول آن باقی است پس در صورت تلف از مال مالک آن رفته است (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۷/۲؛ ریاض المسائل، ۲۰۹/۸؛ جواهر الکلام، ۸۸/۲۳).

مکارم شیرازی (القواعد الفقهیه، ۳۵۷/۲) نیز در رد این دلیل می‌آورد: این دلیل جداً ضعیف است و شایسته نیست در مورد آن سخن گفته شود زیرا مبتنی بر یک حکم فرضی است و آن این که اگر فرض بگیریم که صاحب خیار، اقدام به فسخ معامله نماید، تلف از ملک مالک اول آن رفته است اما معلوم است که این، یک فرض غیر واقعی است چرا که او معامله را فسخ نکرده و عین را به مالک اول آن بازنگردانده است بلکه بعد از تلف نیز در ملک صاحب خیار موجود بوده بنابراین چگونه تلف از مال شخص دیگری رفته است؟! خلاصه این که این حکم مخالف قواعد و اصول است و شایسته نیست به آن معتقد شویم مگر با یک دلیل تعبدی، و استدلال به روایت‌ها خاصه که تنها مدرک این قاعده است مشکل است مگر در مورد خیار حیوان و شرط، که این دو نیز موافق اصول می‌باشند زیرا حکمت و علت این خیار، مجهول بودن حال حیوان از جهت استقرار حیات و عدم آن و سالم بودن از مرض و عدم آن است چرا که گاهی حیوان در معرض تلف می‌باشد و صاحبش آن را می‌داند ولی این حالت در حیوان ظاهر نیست و آن را می‌فروشد تا این که در ملک مشتری تلف شود و ثمن آن را اخذ نماید در مثل چنین موردی شارع حکم به وجود خیار کرده و حتی تصریح کرده که اگر حیوان در زمان خیار تلف شود از مال بایع رفته است.

۴- اصل: یکی از ادله‌ای که برای اثبات این قاعده ذکر شده، اصل استصحاب بقاء مالکیت بایع است بدین صورت که اگر در زمان خیار، شک کنیم که مبیع ملک بایع است یا مشتری، مالکیت بایع را استصحاب کرده و تمامی آثار شرعی از جمله ضمان را بر آن مترتب می‌سازیم (القواعد، ۱۰۸). این دلیل نیز محل اشکال است زیرا مشهور بین فقها (المکاسب، ۱۶۴/۶؛ مصباح الفقاهه، ۵۲۳/۵؛ موسوی خمینی، البیع، ۳۰۵/۵؛ مستند الشیعه، ۴۱۷/۱۴؛ شرایع الاسلام، ۲۷۸/۲)، به دلیل عموم ادله «احل الله البیع» و «تجاره عن تراض» آن است که مشتری به مجرد عقد مالک مبیع شده و بایع نیز، مالک ثمن می‌گردد و با وجود این نوبت به اجرای اصل نمی‌رسد.

ممکن است برای اثبات این قاعده به اصل استصحاب ضمان ثابت قبل از قبض استناد شود لیکن این استصحاب محل اشکال است زیرا ۱- اخصّ از مدعا است چرا که گاهی مبیع از اول عقد در دست مشتری می‌باشد که در این صورت ضمانی بر عهده بایع نیست تا استصحاب شود (مصباح الفقاہه، ۵/۵۴۵) بنابراین استصحاب مذکور فقط در صورتی که مبیع از اول عقد مقبوض مشتری نبوده جاری است و حتی به ضمیمه عدم قول به فصل هم نمی‌توان آن را در مورد صورتی که مبیع از ابتدای عقد در ید مشتری بوده ثابت کرد زیرا از این مسأله فقط می‌توان در مورد دو حکم واقعی استفاده کرد. ۲- منظور از ضمان غیر ذی الخیار، یا ضمان غرامت است یا ضمان معاوضی، که در هر دو مورد استصحاب جاری نمی‌شود. اگر منظور از ضمان، ضمان غرامت باشد این ضمان قبل از قبض وجود نداشته زیرا ضمان قبل از قبض، ضمان معاوضی است. و اگر منظور از ضمان، ضمان معاوضی باشد یک حکم شرعی است به این صورت که اگر مبیع تلف شود، عقد منفسخ می‌شود و از آن جایی که تلف نشده، معلوم سابق، یک امر تعلیقی است و استصحاب تعلیقی جاری نمی‌شود (همان، ۵/۵۴۴). ۳- عمومات مقدم بر استصحاب است. ۴- استصحاب در شبهات حکمیه جاری نمی‌شود (همان، همان جا). ۵- موضوع باقی نیست زیرا ضمان، قبل از قبض ثابت است در حالی که کلام ما، بعد از قبض است و به تعبیر دیگر، موضوع متیقن به موضوع دیگری تبدیل شده و موضوع متیقن و مشکوک یکی نیست و استصحاب با تبدیل موضوع جاری نمی‌شود (همان جا). ۶- مورد از صغریات مسأله دوران امر بین عمل به عام و استصحاب حکم مخصص است که در این مورد ما قائل هستیم به این که باید به حکم عام عمل شود زیرا مقتضای عمومات، حصول ملکیت با عقد است به گونه ای که تلف هر مالی از مالک فعلی آن رفته و از این حکم کلی، تلف قبل از قبض خارج شده و باقی افراد تحت حکم عام باقی می‌ماند (مصباح الفقاہه، ۵/۵۴۵) بنابراین حق این است که مقتضای اصل اولیه، عدم ضمان بایع است (منہاج الفقاہه، ۶/۴۲۹ و ۴۳۰).

## این قاعده در چه خیاراتی جاری می‌شود؟

اقوال و نظرات فقها در این مورد متفاوت است. مرحوم شیخ انصاری (المکاسب، ۱۷۸/۶) می‌گوید: اگر چه کلمات فقها (مسالک الافهام، ۲۸۴/۳؛ جامع المقاصد، ۳۱۸/۴) ظهور دارد در این که فرقی بین اقسام خیارات و هم‌چنین بین ثمن و مثن و نیز بین خیار مختص مشتری و خیار مختص بایع نیست تا آن جا که صاحب ریاض (ریاض المسائل، ۲۰۸/۸) و مفتاح الکرامه (مفتاح الکرامه، ۵۹۸/۴) در مورد این مسأله ادعای نفی خلاف کرده‌اند اما انصاف این است که هیچ کدام از فقهای معتبر شیعه نسبت به این تعمیم جزم ندارند و کلام آن‌ها در «التلف فی زمان الخیار» ظهور در این دارد که این قاعده شامل خیارات زمانی یعنی همان خیاراتی که برخی از فقها حصول ملکیت را متوقف بر انقضای آن می‌دانند، می‌شود بنابراین در سه قسم از خیارات، تلف مبیع در ضمان بایع می‌باشد و آن‌ها عبارتند از:

الف) خیار حیوان که تنها برای مشتری ثابت است و در این مسأله اشکال و خلافتی نیست و دلیل آن روایت‌هایی است که در مورد این مسأله وجود دارد از جمله صدر صحیح ابن سنان که پیش از این آمد.

ب) خیار شرطی که تنها برای مشتری ثابت شده است هر چند خیار شرط، منفصل از عقد باشد مثلاً شرط شود که مشتری از فردا به مدت دو روز اختیار فسخ داشته باشد البته بنابر این که بیع قبل از فرا رسیدن زمان شرط متزلزل باشد در این مورد نیز اختلافی نیست و دلیل آن ذیل صحیح ابن سنان است که می‌نویسد: اگر بین بایع و مشتری، برای ایام معینی شرط خیار باشد و قبل از انقضای این ایام مبیع در دست مشتری تلف شود، تلف مزبور از مال بایع آن محسوب می‌شود.

ج) خیار مجلس که تنها برای مشتری ثابت شده است مثل این که مشتری به بایع بگوید: این متاع را از تو خریداری می‌کنم به شرط این که خیار مجلس تنها برای من ثابت باشد. در این قسم از خیار نیز تلف مبیع بر عهده بایع می‌باشد زیرا آن چه از فرموده امام (ع) در صحیح ابن سنان که می‌گوید: «حتی ینقضی الشرط ثلاثه ایام و یصیر المبیع للمشتري» ظاهر می‌باشد آن است که مناط در رفع ضمان از بایع انقضای شرط است و در روایت‌ها به خیار مجلس نیز شرط اطلاق شده است پس اگر قبل از



انقضای خیار مجلس مبیع تلف شود تلف مزبور، از مال بایع خواهد بود. حتی می‌توان گفت ظاهر از فرموده امام (ع) در این روایت آن است که مناط در رفع ضمان از بایع این است که مبیع از برای مشتری شده و به وی اختصاص پیدا کند به طوری که قادر بر سلب آن از خود نباشد و پر واضح است که قبل از انقضای خیار مجلس و حصول تفرق از مجلس، چنین ملکیتی برای مشتری حاصل نشده، تا بایع ضامن تلف مبیع نباشد و با توجه به این مناط می‌توان این قاعده را در جمیع خیارات و نیز در ثمن و مثنی و هر یک از بایع و مشتری جاری دانست اما این مناط، فاقد اعتبار است زیرا ۱- یک استظهار ظنی و استنباطی است. ۲- ظاهر از صحیح ابن سنان، آن است که ضمان بایع اختصاص دارد به بیعی که تزلزل و عدم لزوم بیع بر مشتری از همان بدو وقوع عقد ثابت می‌باشد همچنان که این معنی از لفظ «حتی» مذکور در روایت استفاده می‌شود زیرا لفظ «حتی» ظهور در ابتدا دارد پس معنای عبارت «علی البایع حتی ینقضی الشرط» این است که ضمان بایع از ابتدای وقوع عقد تا هنگام انقضای شرط ثابت می‌باشد و این معنا اختصاص به خیار مجلس و خیار حیوان و شرط دارد. اما در سایر خیارات نظیر غبن، عیب، رؤیت، تخلف وصف، تبعض صفقه و تفلیس، چون عقد از بدو وقوع لازم بوده و تزلزل آن از حین ظهور این امور می‌باشد، تلف مبیع بعد از قبض در ضمان مشتری بوده و بایع ضامن آن نمی‌باشد از این رو اگر مبیع بعد از علم به عیب، به تلف سماوی تلف شود از مال مشتری است نه بایع که فاقد خیار است.

ماده‌ی ۴۵۳ قانون مدنی همین نظریه را برگزیده و بیان می‌کند: در خیار مجلس و حیوان و شرط، اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده‌ی مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بر عهده‌ی بایع است.

در رد این نظریه گفته شده است که؛ ۱- اضافه زمان به خیار در «التلف فی زمان الخیار» هیچ دلالتی ندارد بر این که منظور از زمان، حد خیار و مدت آن باشد تا این که این قاعده در خیارات زمانی قابل اجرا باشد. بلکه منظور از زمان، زمانی است که خیار در آن وجود دارد (آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۲۶۳). ۲- منظور از شرط در روایت، خیار است که متبایعان آن را شرط کرده‌اند (منهاج الفقاهه، ۴۳۱/۶). به تعبیر دیگر، صدق شرط بر خیار مجلس و حتی مطلق خیار هیچ فایده‌ای ندارد زیرا آن چه از روایت‌ها

ظاهر است منظور شرطی است که قبلاً در سؤال و جواب آمده و آن خیار شرط است (اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۱/۵).

برخی از فقها (موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، ۳۱۶/۵) از جمله مکارم شیرازی (القواعد الفقهیه، ۳۵۹/۲) معتقدند: این قاعده اختصاص به خیار حیوان و شرط در صورتی که مبیع حیوان باشد، دارد زیرا ۱- این قاعده بر خلاف مقتضای اصول است و دلیلی جز روایتها خاصه، که در مورد خیار حیوان و شرط در صورتی که مبیع حیوان است می‌باشد، بر آن دلالت نمی‌کند. ۲- جریان این قاعده در مورد حیوان، خواه از قبیل خیار حیوان باشد یا خیار شرط، از قبیل شرط ضمنی است چرا که جعل خیار در این مورد به خاطر این است که حال حیوان کشف شود زیرا گاهی حیوان مشرف به موت است و مالک آن را با حفظ ظاهرش می‌فروشد و اگر تلف آن از ملک مشتری باشد ضرر عظیمی است، به تعبیر دیگر، اگر حیوان در ظرف سه روز تلف شود کشف می‌شود که حیوان دارای حیات مستقره نبوده و مالی که در مقابل آن مال پرداخت شود محسوب نمی‌گردد، بنابراین بیع باطل می‌گردد و ثمن به مشتری برگشت داده می‌شود.

برخی از فقها (جواهر الکلام، ۸۵ / ۲۳ و ۸۷ و ۹۰، القواعد، ۱۰۹؛ فقه الصادق (ع)، ۲۵۹/۱۷؛ منهاج الفقاهه، ۴۳۰/۶؛ حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ۶۰/۲؛ حسینی روحانی، سید محمد صادق، منهاج الصالحین، ۵۰/۲؛ حسینی روحانی، سید محمد، منهاج الصالحین، ۴۷/۲؛ موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ۴۴/۲؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۰/۵) معتقدند: این قاعده به خیار حیوان و شرط به صورت مطلق اختصاص دارد خواه مبیع حیوان باشد یا خانه یا چیز دیگری. زیرا روایتها صراحت در خیار حیوان و شرط دارد مخصوصاً با در نظر گرفتن این که در تمامی روایتها ذکر مدت شده است و مدت و زمان در همین دو خیار وجود دارد و به ویژه بنابر قول به فوریت در بسیاری از خیارات، علاوه بر این که کلام فقها در «التلف فی زمان الخیار» ظهور دارد در این که منظور از خیار، خیاری است که اختصاص به زمان دارد و خیار محدود به زمان فقط خیار شرط و حیوان است خیار حیوان شرعاً محدود است و خیار شرط به جعل متعاقدين محدود به زمان است و با تنقیح مناط ظنی نمی‌توان آن را به سایر خیارات تعمیم داد مضافاً به این که فقها در غیر این دو خیار بر خلاف این قاعده فتوا داده‌اند.

برخی (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۸/۲) دیگر می‌گویند این قاعده در تمامی خیارات، اعم از زمانیه و غیر آن، بدون هیچ گونه تفاوتی جریان دارد زیرا مراد از زمان خیار، وقت ثبوت آن است خواه خیار زمانی باشد یا غیر آن، مگر این که خیار بعد از عقد حادث شود. چرا که این قاعده، اختصاص به موردی دارد که خیار متصل به عقد باشد. بنابراین در خیار منفصل از عقد مانند خیار شرط در صورتی که ابتدای آن از زمان عقد نباشد و خیار غبن و عیب، بنابر این که بعد از ظهور غبن و عیب حادث شوند جاری نمی‌شود زیرا قدر متیقن از این قاعده، که اخبار نیز منصرف به آن است همین مورد است. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی (حاشیه المکاسب، ۱۶۸/۲) برای تعمیم این قاعده به تمامی خیارات به دو دلیل استناد کرده است: یکی مناط حکم، چرا که در صحیحه ابن سنان مناط رفع ضمان از بایع، انقضای خیار و استقرار مالکیت مشتری نسبت به مبیع، به گونه ای که نتواند آن را از خود سلب کند، عنوان شده است. دیگری زیر همان روایت که می‌آورد: «وان کان بینهما شرط ایاماً معدوده» چرا که منظور از شرط در این روایت همان خیار است نه خصوص خیار شرط، و این که حدیث در مورد حیوان است ضرری به این مسأله وارد نمی‌کند زیرا؛ ۱- مراد از ضمیر در «بینهما» بایع و مشتری بصورت مطلق است. ۲- در صورتی که این قاعده در مورد بیع حیوان در تمامی خیارات جاری باشد کسی بین مبیع حیوان و سایر مبیعات فرقی قائل نشده است.

این نظریه از کلام برخی از فقها (الدروس، ۲۱۱/۳؛ شرح لمعه، ۵۲۵/۳؛ اللعه دمشقیه، ۱۰۹) که می‌گویند به وسیله‌ی قبض، ضمان به قابض منتقل می‌شود در صورتی که خیار نداشته باشد، استفاده می‌گردد چرا که ظاهر این سخن آن است که در عدم ضمان مشتری نسبت به مبیع مقبوض، مطلق خیار کفایت می‌کند. و همچنین از کلام ابن ادریس (السرائر، ۲۷۷/۲) که مناط ضمان غیر ذی الخیار را استقرار عقد و لزوم آن از جانب او، و علت عدم ضمان صاحب خیار را عدم استقرار عقد و لزوم آن از طرف او عنوان می‌کند همین نظریه استفاده می‌شود چرا که با این تنقیح مناط می‌توان این حکم را در تمامی خیارات جاری کرد.

در رد این نظریه گفته شده است که؛ ۱- کلمه «حتی» خیلی کم در علیت استعمال شده است و معنای آن غالباً غایت است و در این جا نیز غایت برای ارتفاع ضمان بایع می‌باشد. ۲- مراد از شرط در روایت، خیاری است که متبایعان آن را شرط کرده‌اند نه

مطلق خیار (منهاج الفقاهه، ۴۳۱/۶ و ۴۳۴)، به تعبیر دیگر، اگر مراد از شرط، طبیعت مطلقه باشد شامل هر شرطی می‌شود خواه در مورد حیوان و غیر حیوان، و خواه مجعول متعاقدان باشد یا نه مانند خیار مجلس و...، زیرا بر همه اینها شرط اطلاق می‌شود ولی اگر منظور از شرط مذکور در روایت، عهد باشد فقط شامل خیار حیوان و شرط می‌شود و ظاهراً منظور دومی است زیرا «ال» در «الشرط» اشاره به شرط معهود در خیار حیوان است و نیز ضمیر در «شرطه» در برخی از روایت‌ها به حیوان بازمی‌گردد، پس مراد از شرطی که همراه با «ال» و ضمیر نیست هم همان شرط معهود است (مصباح الفقاهه، ۵۴۶/۵) بنابراین با توجه به این که این حکم بر خلاف قاعده است باید به مورد متیقن و منصوص آن که خیار شرط و حیوان باشد اکتفا کرد.

### منظور از ضمان در این قاعده؟

آیا منظور از ضمان در این قاعده که می‌گوید: تلف در زمان خیار بر عهده کسی است که حق خیار فسخ ندارد ضمان مسمی است یا ضمان واقعی، یعنی مثل یا قیمت است؟ در مقام ثبوت دو احتمال وجود دارد: احتمال دارد که مراد از جمله‌ی «من مال بایعه» این باشد که خسارت و غرامت آن بر عهده‌ی بایع است خواه مشتری معامله را فسخ نماید و یا فسخ نکند اما اگر مشتری معامله را فسخ کرد عین ثمن را اگر شخصی باشد و باقی است مطالبه می‌کند و اگر تلف شده باشد مثل یا قیمت آن را بر حسب مورد مطالبه می‌کند و اگر کلی باشد یکی از مصادیق آن را مطالبه می‌کند و اگر مشتری معامله را فسخ نکرد مثل یا قیمت مبیع را مطالبه می‌کند.

احتمال دارد که مراد از جمله «من مال بایعه» این باشد که یک آن قبل از تلف، معامله منفسخ شده و هر عوضی به مالک آن بازمی‌گردد، بنابراین تلف مبیع از مال مالک قبلی آن یعنی بایع رفته و بایع باید عین ثمن را اگر باقی است به مشتری برگرداند و اگر تلف شده باشد مثل یا قیمت آن را پرداخت نماید و در صورتی که ثمن کلی باشد یکی از مصادیق آن را تحویل مشتری بدهد.

آن چه که احتمال اول را تقویت می‌کند این است که لفظ «ضمان» در بعضی از روایت‌ها، ظهور در ضمان واقعی یعنی پرداخت مثل یا قیمت دارد بدین صورت که تلف

مبیع در مدت خیار مشتری بر عهده‌ی بایع است. (منهاج الفقاهه، ۴۳۷/۶؛ آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه‌ی مکاسب، ۲۶۴؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه‌ی مکاسب، ۳۱۸/۵) تعبیر به کلمه «علی» در برخی از روایت‌ها نیز مؤید این مطلب است (منهاج الفقاهه، ۴۳۸/۶؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه‌ی مکاسب، ۳۱۸/۵). هم‌چنین به این که در برخی از روایت‌ها بین تلف و حدث جمع شده و حدث عمومیت داشته و شامل تلف برخی از اوصاف مثل وصف صحت نیز می‌شود در حالی که انفساخ عقد در مورد آن معنی ندارد و منظور از آن تدارک است چرا که جزئی از ثمن در برابر آن قرار ندارد هر چند که به واسطه‌ی آن قیمت افزایش می‌یابد. بنابراین ضمان منسوب به هر دو، به یک معنی است و آن غرامت و خسارت است (منهاج الفقاهه، ۴۳۸/۶؛ آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه‌ی مکاسب، ۲۶۵؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه‌ی مکاسب، ۳۱۸/۵). اما در پاسخ می‌توان گفت که سؤال سائل از این که ضمان تلف مالی که در ملک مشتری تلف شده آیا بر عهده بایع است یا مشتری؟ از جمله سؤال‌هایی است که وجه معقولی برای آن وجود ندارد. و به تعبیر دیگر، ضمانی که در سؤال و جواب آمده و از مشتری نفی شده و برای بایع ثابت شده، معقول نیست به معنای غرامت باشد زیرا هیچ انسان عاقلی تصور نمی‌کند که مشتری ضامن تلف مال خودش باشد زیرا تدارک مال تلف شده برای خودش به خاطر عدم تثبیه محال است و تدارک آن برای غیر نیز محال است زیرا مالک آن نیست بنابراین به ناچار مورد سؤال، ضمان معاوضی است (منهاج الفقاهه، ۴۳۸/۶؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه‌ی مکاسب، ۳۱۸/۵).

جمع بین تلف و حدث در برخی از روایت‌ها نیز منافاتی با انفساخ ندارد زیرا منظور از «حدث» فوت وصف نیست بلکه مراد از آن، یا همان تلف است و ذکر مجدد آن از باب تفنن است و یا منظور از آن نوع خاصی از تلف مثل فوت ناگهانی است که از باب ذکر خاص بعد از عام است (موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقہیہ، ۱۲۶/۲) و بالفرض منظور از آن فوت وصف باشد جمع بین آن دو به خاطر این است که دلیل ضمان هر دو یکی است و آن حدوث تلف و حدث در ملک بایع است و نتیجه آن رجوع مشتری به ثمن المسمی در صورت تلف و ثبوت خیار برای مشتری در فرض حدوث عیب است (موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، ۳۲۴/۵) هم‌چنین این که قول به انفساخ، مخالف اصل بقاء عقد است و قول به غرامت، مخالف اصل برائت از وجوب تدارک مال تلف شده در ملک صاحب آن است بنابراین هر دو نیازمند دلیل است و از آن جایی که قول به غرامت

مخالف دو قاعده است یکی قاعده عدم ضمان شخص نسبت به آن چه در ملک مالک آن تلف می‌شود و دیگری قاعده تلازم بین ضمان و خراج، بر قول به غرامت ترجیح دارد (اصفهان، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۹/۵).

ظاهر کلام فقها (الدروس، ۲۱۱/۳) و صریح جماعتی (القواعد، ۱۱۰، جواهر الکلام، ۸۶/۲۳ و ۸۷؛ منهاج الفقاهه، ۴۳۶/۶؛ مصباح الفقاهه، ۵۴۲/۵) از ایشان نظیر محقق ثانی (جامع المقاصد، ۳۰۹/۴ و ۳۱۷ و ۳۱۸) و شهید ثانی (مسالك الافهام، ۲۱۶/۳) آن گونه که شیخ انصاری در کتاب مکاسب (المکاسب، ۱۸۳/۶) می‌نویسد: آن است که مراد از ضمان در این قاعده بقای ضمان ثابت قبل از قبض و انفساخ عقد آنما قبل از تلف است یعنی یک آن قبل از تلف عقد منفسخ شده و مبیع به ملک بایع داخل گردیده و تلف در ملک وی صورت گرفته است.

این انفساخ آنامایی، علاوه بر این که ظاهر از روایت‌هایی است که قبلاً بیان شده و دلالت دارند بر این که مبیع تلف شده در مدت خیار مشتری از اموال بایع تلف شده است. به منظور حفظ دو قاعده است یکی این که هیچ کس نسبت به آن چه که در ملک مالکش تلف می‌شود، ضامن نیست و دیگر این که بین ضمان و خراج تلازم هست (الخراج بالضمن) یعنی هر کس که مالک خراج و نمای مال است ضمان مال نیز بر عهده‌ی او می‌باشد، چرا که مطابق این دو قاعده باید گفت تلف مبیع در دست مشتری از کیسه‌ی خود مشتری است چون مشتری بعد از عقد مالک آن شده است و درآمد و نمای آن، از خودش است پس خسارت و تلف آن هم باید از کیسه‌ی او باشد. حال که مطابق این قاعده، تلف مبیع در زمان خیار مشتری بر عهده‌ی بایع می‌باشد باید این گونه توجیه کنیم که تلف مبیع در دست مشتری موجب می‌شود تا بیع قبل از آن آنما منفسخ شود و مبیع به ملک بایع بازگردد تا بتوان گفت تلف از کیسه‌ی بایع است.

بسیاری از فقها مصباح الفقاهه، ۵۴۴/۵؛ موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۲۴/۲؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۳۶۲/۲ نیز معتقدند: منظور از ضمان در این قاعده، ضمان معاملی یا ضمان به مسمی است و بر این عقیده به چند دلیل استناد کرده‌اند:

۱- در صحیح ابن سنان و مرسله ابن رباط، تعبیر به «فهومن مال البائع» آمده و این تعبیر جز با انفساخ عقد یک آن قبل از تلف سازگاری ندارد تا این که هر یک از عوضین به ملک مالک آن بازگردد و مبیع هم از ملک بایع تلف شود. زیرا اگر منظور از

ضمان، ضمان مثل یا قیمت باشد تلف از مال بایع نرفته، بلکه از مال شخص دیگری رفته است.

۲- وحدت تعبیر در این قاعده و قاعده‌ی «تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بایعه». و از آن جایی که منظور از ضمان در آن قاعده، ضمان مسمی است در این قاعده نیز منظور از ضمان، ضمان به مسمی می‌باشد (اصفهان‌ی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۸/۵؛ مصباح الفقاهه، ۵۵۴/۵ و ۵۵۵؛ موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، ۳۲۰/۵؛ منهاج الفقاهه، ۴۳۷/۶).

۳- مفاد این قاعده، که اختصاص به خیار حیوان و شرط در صورتی که مبیع حیوان باشد دارد چرا که گاهی حیات حیوان متزلزل است و واقعاً دارای مالیت نیست هر چند در نظر کسی که آن را نمی‌داند و گمان می‌کند حیوان دارای حیات مستقره است مال محسوب شود و شارع مقدس این خیار را قرار داده است تا حال حیوان معلوم شود بنابراین اگر حیوان تلف شود معامله بر شیئی واقع شده که واقعاً دارای مالیت نبوده است، بنابراین می‌بایست ثمن به مشتری بازگردانده شود.

۴- ظاهر روایت‌ها از جمله صحیح ابن سنان، که در آن آمده است: «علی البائع حتی ینقضی الشرط ثلاثه ایام و یصیر المبیع للمشتري». چرا که «حتی ینقضی الشرط» ظهور دارد در این که خیار که قبل از قبض ثابت بوده هنوز هم ادامه دارد و «یصیر المبیع للمشتري» هم ظهور دارد در این که مالکیت مشتری نسبت به مبیع مادامی که سه روز سپری نشده، مستقر نشده است و لازمه این امر، این است که به واسطه‌ی تلف، عقد بیع منفسخ شده و ثمن به مشتری بازگردانده شود. خلاصه این که، آن چه از کلام فقها آشکار است این است که این ضمان همانند بقای ضمان موجود قبل از قبض است و از همان جنس می‌باشد و این ضمان، جز ضمان معاملی نیست. به تعبیر دیگر، ضمان ثابت بعد از عقد، همان ضمان ثابت قبل از قبض است که از ابتدای عقد تا انتهای خیار ثابت است و از آن جایی که ضمان قبل از قبض چیزی جز انفساخ عقد در فرض تلف نیست ضمان بعد از قبض نیز همین است (مصباح الفقاهه، ۵۵۴/۵).

این در حالی است که ظاهر عبارات دروس (الدروس، ۲۷۱/۳) و تذکره (تذکره الفقهاء، ۵۳۷/۱) جز این است و به عقیده‌ی آن‌ها تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ یا بطلان بیع و خیار است ولی بعد از قبض موجب انفساخ و بطلان خیار نیست. بلکه صاحب خیار می‌تواند معامله را فسخ نماید حال اگر صاحب خیار مشتری باشد رجوع به ثمن می‌کند

و اگر صاحب خیار بایع باشد رجوع به بدل می نماید. اما به نظر می رسد این کلام را باید با مفاد قاعده‌ی مذکور تخصیص زد.

### مجرای قاعده

مورد قاعده‌ی «التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له» آن گونه که از روایت‌ها این باب از جمله صحیحہ ابن سنان و روایت عبدالرحمن بن ابی عبدالله بصری استفاده می‌شود تنها بعد از قبض می‌باشد (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۹/۲؛ مسالک الافہام، ۲۱۷/۳؛ موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقہیہ، ۸۱/۲؛ فقه الصادق (ع)، ۲۶۰/۱۷؛ مجمع الفائدہ و البرہان، ۴۲۰/۸؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقہیہ، ۲۳۷/۱) اما اگر مبیع قبل از قبض تلف شود اشکال و اختلافی نیست در این که تلف مزبور از مال بایع محسوب می‌شود (جامع المقاصد، ۳۰۹/۴؛ ریاض المسائل، ۲۰۷/۸؛ الحدائق الناضرہ، ۷۵/۱۹ و ۷۶؛ کفایۃ الاحکام، ۹۳؛ موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقہیہ، ۶۲/۲) بدون این که التفات و توجہی به وجود خیار برای مشتری شود و این حکم معروف به قاعده‌ی «تلف المبیع قبل قبضہ فہو من مال بایعہ» است بنابراین، قاعده مذکور، شامل خیار تأخیر نمی‌شود زیرا در آن جا اگر چه خیار تنها برای بایع ثابت است ولی چون مبیع به قبض مشتری نرسیده، تلف آن از مال بایع است (المکاسب، ۱۸۱/۶).

### آیا این قاعده شامل تلف ثمن نیز می‌شود؟

برخی از فقہا معتقدند کہ این قاعده شامل تلف ثمن نیز می‌شود (جامع الشتات، ۲۲۷/۱؛ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ۵۵۸/۱) و برخی دیگر معتقدند کہ قاعده‌ی مزبور در مورد تلف ثمن اجرا نمی‌شود (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۴۲؛ منہاج الفقہاء، ۴۳۴/۶ و ۴۳۵؛ مصباح الفقہاء، ۵۵۰/۵). زیرا دلیلی بر شمول این قاعده نسبت به ثمن وجود ندارد و از آن جایی کہ مفاد این قاعده بر خلاف قاعده است و اخبار نیز اختصاص به مبیع دارد باید بہ مورد متیقن آن کہ تلف مضمن است اکتفا کرد (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۹/۲؛ جواهر الکلام، ۸۸/۲۳).



برخی نیز مثل حضرت امام خمینی (البیع، ۳۱۶/۵ و ۳۱۷) معتقدند: بعید نیست که این قاعده در مورد ثمن، در صورتی که حیوان بوده ثابت باشد بنابراین اگر کسی حیوانی را به حیوان یا کالای دیگری بفروشد خیار برای صاحب حیوان ثابت است خواه بایع باشد یا مشتری، و بعید نیست که در این مورد ضمان نیز بر غیر ذی الخیار ثابت باشد زیرا هم صاحب حیوان بر بایع صدق می‌کند و هم بایع و مشتری بر هر دو صدق می‌نماید. خلاصه این که ثبوت این قاعده برای صاحب حیوان بصورت مطلق خواه بایع باشد یا مشتری بعید نیست و تلف حیوان از مال غیرذی الخیار خواهد بود اما ثبوت این قاعده در مورد ثمن در صورتی که حیوان نباشد محل اشکال بلکه ممنوع است. زیرا دلیلی بر آن وجود نداشته و اخبار نیز اختصاص به مبیع دارد.

شیخ انصاری در کتاب مکاسب (المکاسب، ۱۸۱/۶) می‌نویسد: بعید نیست که بگوییم قاعده‌ی مذکور عمومیت داشته و شامل تلف ثمن در زمان خیار مختص بایع نیز می‌شود یعنی اگر ثمن نزد بایع و در مدت خیار مختص وی تلف شود تلف مزبور از مال مشتری محسوب می‌شود و دلیل این حکم دو امر است:

الف) از صحیح‌ه ابن سنان استفاده می‌شود که مناط در رفع ضمان از بایع این است که با انقضای مدت خیار، مبیع از برای مشتری شده و به وی اختصاص پیدا کند به گونه‌ای که قادر بر سلب آن از خود نباشد و این مناط شامل مورد بحث نیز می‌شود به این صورت که بگوئیم مناط در رفع ضمان از مشتری به این است که با انقضای مدت خیار، ثمن از برای بایع شده و به وی اختصاص پیدا کند به طوری که قادر بر سلب آن از خود نباشد بنابراین قبل از انقضای خیار، چون برای بایع چنین مالکیتی حاصل نشده، تلف ثمن در دست وی بر عهده مشتری که غیر ذی الخیار است می‌باشد.

این دلیل محل اشکال است زیرا؛ ۱- روایت‌ها در مورد مبیع است و در آن آمده است «و یصیر المبیع للمشتري» ۲- علت بودن آن چه گفته شد محرز نیست و بالفرض علت باشد مناط یا علت رفع ضمان از بایع، آن گونه که در روایت آمده، این است که ملکیت مستقر برای مشتری نسبت به مبیع به وجود آید نه این که بیع لازم گردد و فرق بین این دو واضح است (منهاج الفقاهه، ۴۳۵/۶؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۴/۵).

ب) قبل از قبض ثمن توسط بایع، مشتری ضامن ثمن بوده یعنی اگر ثمن در دستش تلف می‌شد باید از عهده‌ی آن بر می‌آمد حال بعد از قبض ثمن و در زمان خیار

مختص بایع اگر شک کنیم که آیا ضمان مشتری نسبت به ثمن همچنان باقی است یا از بین رفته؟ استصحاب بقای ضمان جاری شده و حکم به ضمان مشتری می‌کند.

ممکن است گفته شود مطابق قاعده، هر کس ضامن مال خودش است و هیچ کس نسبت به آن چه که در ملک مالکش تلف می‌شود ضامن نیست و تنها موردی که از تحت این قاعده خارج شده، تلف قبل از قبض است اما سایر موارد که از جمله آن‌ها تلف ثمن بعد از قبض و در مدت خیار مختص بایع است تحت قاعده‌ی مذکور باقی می‌باشد پس در فرض مورد بحث مشتری نباید ضامن تلف ثمن باشد و با توجه به این قاعده که به منزله دلیل است نوبت به جریان اصل استصحاب بقای ضمان مشتری نمی‌رسد.

شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۱/۶) در پاسخ به این اشکال می‌آورد: ضمان قبل از قبض و بعد از قبض مشتری نسبت به ثمن در مدت خیار مختص بایع، مخالفتی با قاعده‌ی مذکور ندارد زیرا مراد از ضمان غیر ذی الخیار این است که یک آن قبل از تلف، عقد منفسخ شده و ثمن به ملک مشتری داخل گردیده و تلف در ملک وی واقع شده است.

ممکن است گفته شود انفساخ مزبور با اصل عدم انفساخ مخالفت دارد به این بیان که در صورت تلف ثمن در دست بایع اگر شک کنیم که بیع منفسخ شده یا همچنان باقی است اصل عدم انفساخ جاری شده و حکم به عدم انفساخ و در نتیجه عدم تحقق تلف ثمن در ملک مشتری می‌شود.

شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۲/۶) در جواب این اشکال نیز می‌آورد: اگر ثمن قبل از قبض تلف می‌شد مشتری ضامن آن می‌گردید و مراد از ضمان وی آن است که یک لحظه قبل از تلف، عقد منفسخ شده و ثمن به ملک مشتری داخل گردیده و تلف در ملک وی صورت گرفته است پس حال که ثمن بعد از قبض و در مدت خیار مختص بایع تلف شده اگر در انفساخ و عدم انفساخ عقد شک کنیم حکم تلف قبل از قبض که انفساخ است استصحاب شده و انفساخ عقد و حصول تلف در ملک مشتری نتیجه گرفته شود. البته این حکم در مورد ثمن در بیع خیاری مشکل است چون معنایش این است که اگر در مدتی که مقرر کرده‌اند، ثمن در دست بایع تلف شد این تلف از کیسه‌ی مشتری باشد و بیع خود به خود فسخ شود و مبیع به بایع بازگردانده شود و چنین چیزی در غایت بعد است.

این دلیل نیز محل اشکال است. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی (حاشیه المکاسب، ۱۶۹۲) ضمن اعتقاد به عدم شمول قاعده نسبت به تلف ثمن، در رد استدلال شیخ انصاری و تمسک به استصحاب برای اثبات شمول قاعده نسبت به ثمن می‌نویسد: ۱- این استصحاب، از قبیل استصحاب در مورد شک در مقتضی است و به اعتقاد خود شیخ انصاری حجت نیست. ۲- موضوع باقی نیست زیرا موضوع، مالی است که از خانه مالک اولی آن خارج نشده و به قبض مشتری در نیامده، به عبارت دیگر، مال غیر مقبوض، موضوع است که باقی نیست. ۳- این استصحاب، از نوع استصحاب تعلیقی است زیرا مستصحب، ضمان مشتری در فرض تلف است. ۴- این مسأله متفرع بر این است که قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض شامل ثمن شود که محل اشکال است.

حضرت امام خمینی نیز معتقد است: استصحاب مذکور از قبیل استصحاب کلی قسم سوم است که حجت نیست زیرا حکم ثابت قبل از قبض، بر فرض صحت آن، حکم کلی است که برای موضوع تلف ثمن قبل از قبض ثابت است و حکم تلف در زمان خیار نیز حکم کلی است که برای موضوع دیگری غیر از موضوع اول یعنی تلف ثمن بعد از قبض ثابت است و معقول نیست که حکم هر دو یکی باشد (البیع، ۳۱۷/۵).

مکارم شیرازی (القواعد الفقهیه، ۳۶۰/۲) می‌گوید: برای اثبات عمومیت قاعده نسبت به ثمن، سه دلیل اقامه شده که همگی محل اشکال است: الف) استصحاب بقاء ضمان مشتری نسبت به ثمن قبل از قبض، که این دلیل محل اشکال است زیرا؛ ۱- استصحاب در شبهات حکمیه حجت نیست. ۲- موضوع قطعاً تغییر کرده و ملاک ضمان قبل از قبض منتفی گردیده است. ۳- استصحاب در برابر قاعده مسلّمی که می‌گوید تلف هر ملکی از مال مالک آن رفته، مادامی که دلیل بر ضمان شخص دیگری وجود نداشته باشد، کارایی ندارد. ب) شمول عنوان قاعده که معقد اجماع است نسبت به ثمن، چرا که «التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له» عام است و شامل ثمن و مضمن می‌شود. این دلیل هم محل اشکال است، زیرا؛ ۱- اجماع فقها بر این عنوان ثابت نیست. ۲- بالفرض ثابت باشد، به واسطه‌ی وجود ادله‌ی دیگری در مسأله، حجت نیست. ج) علت حکم، چرا که مناط در رفع ضمان از بایع آن گونه که در صحیحه ابن سنان آمده این است که خیار منقضی شده و مبیع ملک مشتری گردد بنابراین تا وقتی خیار منقضی نشده ضمان بایع مرتفع نمی‌شود و این مناط در مورد ثمن نیز وجود دارد یعنی مناط در رفع

ضمان از مشتری این است که خیار بایع منقضی شده و ثمن ملک بایع گردد پس تا وقتی که خیار بایع منقضی نشده ضمان مشتری مرتفع نمی‌گردد. این دلیل نیز محل اشکال است زیرا روایت مذکور نه تنها بر این مطلب دلالت ندارد بلکه اشعار هم ندارد زیرا حدیث مزبور در مورد خیار حیوان و مختص مشتری است.

### آیا این قاعده در مورد مبیع کلی فی الذمه جاری می‌شود؟

برخی از فقها (طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه المکاسب، ۱۷۰/۲؛ منهاج الفقاهه، ۴۳۶/۶) به استناد اطلاق روایت‌ها معتقدند در این قاعده فرقی بین مبیع شخصی و کلی و هم‌چنین ثمن شخصی و کلی، در صورت شمول قاعده نسبت به ثمن، وجود ندارد، زیرا؛ ۱- روایت‌ها اطلاق داشته و شامل کلی نیز می‌شود. ۲- اگر مبیع کلی باشد و بایع مصداقی از آن را در خارج معین کند و تسلیم مشتری نماید آن فرد یا مصداق به حمل شایع، مبیع محسوب می‌شود و تلف و هلاکت آن متصور است و معنای ضمان آن در صورت تلف، انفساخ عقد است نه انفساخ قبض، به این معنی که تلف مصداق کلی به منزله عدم قبض آن باشد (منهاج الفقاهه، ۴۳۶/۶؛ آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۲۶۳). ۳- مناط رفع ضمان از بایع این است که مبیع ملک مشتری شده به گونه ای که قادر بر سلب آن از خود نباشد در حالی که در فرض خیار، مشتری با فسخ عقد قادر بر سلب فرد یا مصداق از خود بوده که موجب دخول قهری آن در ملک بایع است و حال که چنین است تلف آن در زمان خیار از مال بایع رفته است (اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۷/۵). اما بسیاری از فقها از جمله شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۲/۶؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۴۲؛ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ۵۵۶/۱؛ موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، ۳۱۸/۵؛ مصباح الفقاهه، ۵۵۵/۵) معتقدند قاعده مذکور در مورد مثنی شخصی جاری است یعنی در جایی که شیء معینی، مثنی معامله است، زیرا؛ ۱- روایت‌ها اطلاق نداشته و ظهور در مبیع شخصی دارند چرا که تلف و هلاکت فقط نسبت به مبیع شخصی متصور است و اگر مبیع یا ثمن کلی باشد تلف و هلاکت آن ممکن نیست. ۲- این حکم بر خلاف قاعده است و باید به مورد متیقن و منصوص آن که مبیع شخصی است اکتفا نمود. ۳- مقتضای اخبار، بقای ضمان ثابت قبل از قبض، در زمان خیار است. به تعبیر دیگر، معنای ضمان این است که

همان حکم تلف مبیع قبل از قبض که موجب انفساخ و تلف از ملک مالکش هست در بعد از قبض هم باشد و از آن جایی که تلف مبیع شخصی قبل از قبض موجب انفساخ عقد می‌شود هم‌چنین اگر بعد از قبض تلف شود در صورتی که مشتری دارای خیار باشد عقد بیع منفسخ می‌شود در حالی که اگر مبیع کلی فی الذمه باشد مثل این که بایع یک خروار گندم را به صورت کلی فروخته و هنگام قبض فردی از آن کلی را تحویل مشتری داده و مشتری هم دارای خیار بوده و مبیع در دست او تلف شود عقد بیع منفسخ نمی‌شود و بایع ضامن آن نیست بلکه مبیع از کیسه‌ی مشتری رفته است. چرا که اگر قبل از قبض فردی از آن کلی را که می‌خواسته به مشتری بدهد تلف شود عقد بیع منفسخ نمی‌شود<sup>۱</sup> و بایع باید فرد دیگری از آن کلی را تحویل مشتری بدهد و اگر گفته شود که آن فرد از کلی که تحویل مشتری داده شده است مبیع محسوب شده و به ملکیت او درآمده بنابراین اگر تلف شود از مال بایع تلف شده و باید عقد بیع منفسخ شود می‌گوییم؛ ۱- اطلاق مبیع بر آن مسامحی و مجازی است زیرا آن چه عقد بر آن واقع شده، کلی است نه فرد، و فرد را بایع به جهت انطباق کلی بر آن به مشتری پرداخت می‌کند نه از جهت این که مبیع است (موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، ۳۱۸/۵) بنابراین اگر فرد تلف شود از مال بایع تلف نشده، زیرا تالف مبیع نیست چون مبیع کلی است و کلی تلف نمی‌شود بلکه تالف، فردی است که کلی بر آن منطبق است (مصباح الفقاهه، ۵۵۵/۵). ۲- این مسأله مستلزم انفساخ عقد نیست بلکه در این صورت معنای ضمان بایع این است که تلف مصداق کلی در دست مشتری به منزله عدم قبض مبیع خواهد بود که اخبار دلالتی بر آن ندارند. بنابراین اگر این قاعده در مورد ثمن نیز جاری بدانیم فقط در مورد ثمن شخصی جاری خواهد شد و در ثمن کلی جاری نخواهد شد.

مرحوم بجنوردی (القواعد الفقهیه، ۱۲۹/۲) نیز می‌نویسد: ظاهراً این قاعده، شامل ثمن یا مبیع کلی نمی‌شود، زیرا؛ ۱- کلام امام علی (ع) در صحیح‌ه ابن سنان که می‌فرماید: «فهلک فی ید مشتری» ظهور دارد در این که آن چه در ید مشتری تلف شده، نفس

۱- برخی معتقدند در صورتی که مبیع کلی پس از تعیین مصداق و فرد آن بوسیله بایع تلف شود در حکم تلف مبیع معین است و بیع منفسخ می‌گردد. دکتر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۱۴

مبیع است نه فرد یا مصداقی از کلی؛ و از آن جایی که عمده ترین دلیل بر این قاعده، روایت‌ها است و آن نیز بر بیشتر از آن جایی که مبیع شخصی باشد، دلالتی ندارد شمول آن نسبت به مبیع کلی نیازمند دلیل است که وجود ندارد. ۲- به خاطر این که اگر مبیع شخصی باشد و بعد از قبض در دست مشتری تلف شود حکم شارع مبنی بر این که تلف از مال بایع رفته است مستلزم انفساخ معامله یک آن قبل از تلف است ولی اگر مبیع کلی باشد و بایع مصداقی از آن کلی را به مشتری بدهد و آن فرد یا مصداق از کلی در دست مشتری تلف شود حکم شارع مبنی بر این که تلف از مال بایع رفته است مستلزم انفساخ عقد نیست زیرا مصداق تلف شده مبیع نیست تا عقد به واسطه رجوع آن به بایع منفسخ گردد بلکه عقد باقی است و بایع مصداق دیگری را تحویل مشتری می‌دهد در حالی که ظاهر این قاعده، انفساخ عقد است.

### آیا این قاعده در مورد تلف جزء مبیع نیز جاری است؟

شیخ انصاری در کتاب مکاسب (المکاسب، ۱۸۵/۶) می‌نویسد: علی الظاهر حکم تلف بعض نیز همان حکم تلف کل می‌باشد یعنی همان گونه‌ای که اگر کل مثنی در مدت خیار مختص مشتری تلف می‌شد بایع ضامن آن بود هم‌چنین اگر بعض مثنی در این مدت تلف شود بایع ضامن آن بعض می‌باشد و نیز همان گونه‌ای که اگر کل مثنی در مدت خیار مختص بایع تلف می‌شد مشتری ضامن آن بود هم‌چنین اگر بعض مثنی در این مدت تلف شود مشتری ضامن آن بعض می‌باشد. حکم تلف وصف صحت نیز همان حکم تلف کل می‌باشد مثل این که کالای خریداری شده در مدت خیار مختص مشتری معیوب شود و ظاهراً در این حکم بین علما اختلافی نیست و دلیل آن جمله «او یحدث فیه حدث» مذکور در صحیح ابن سنان است زیرا مراد از «حدث» اعم از فوات جزء و فوات وصف صحت می‌باشد پس فوات وصف صحت در مدت خیار مختص ذی الخیار نیز موجب ضمان غیر ذی الخیار می‌شود.

برخی معتقدند (مصباح الفقاهه، ۵۵۶/۵) ظاهراً مورد بحث عمومیت نداشته و مختص تلف کل مبیع است و شامل تلف جزئی از مبیع یا وصفی از اوصاف آن نمی‌شود زیرا هر چند روایت‌ها شامل تلف جزء و وصف می‌شود اما باید ملاحظه کرد که مراد از ضمان در

صورت تلف عین، انفساخ عقد و تلف آن از ملک بایع است گویی عقدی واقع نشده ولی مراد از ضمان در صورت تلف وصف، فرض این تلف قبل از عقد بیع است و همان گونه که اگر آشکار شود مبیع قبل از بیع فاقد وصفی بوده که عقد بر آن واقع شده مشتری خیار تخلف از وصف داشته و اگر معلوم شود که معیوب بوده خیار عیب خواهد داشت در این صورت نیز حق خیار خواهد داشت. بنابراین عقد در صورت تلف جزء مبیع، آن گونه که شیخ انصاری می‌گوید منفسخ نمی‌شود بلکه برای مشتری خیار فسخ ثابت می‌شود زیرا روایت‌های ظهور در تلف مجموع مبیع دارد نه بعض مبیع (مصباح الفقاهه، ۵۵۷/۵ و ۵۵۸). حضرت امام خمینی می‌نویسد: بر تلف کل مبیع، آثار بطلان عقد مترتب است ولی بر تلف جزء و وصف، آثار حدوث عیب یعنی خیار مترتب می‌شود که مشتری بین رد و ارش مخیر می‌باشد و از آن جایی که این حکم مختص حیوان است حدث خواه از قبیل فقدان جزء باشد یا فقدان وصف، موجب همان خیار عیب است زیرا ثمن بر اجزای آن قابل تقسیط نیست (البیع، ۳۲۴/۵).

برخی (قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، ۴۹۶/۱) بین تلف جزء و وصف تفاوت قائل شده و آورده‌اند: اگر جزئی از مبیع بعد از قبض در زمان خیار مختص مشتری تلف شود عقد نسبت به همان جزء منفسخ می‌شود. مانند بیع مایملک و مالایملک در یک معامله، که بیع منحل به دو معامله می‌شود و در نتیجه بیع نسبت به قسمت تلف شده منفسخ می‌گردد. اما در مورد شمول قاعده نسبت به تلف وصف صحت تردید وجود دارد و بالفرض شامل شود در معنای ضمان اشکال است زیرا انفساخ عقد نسبت به آن معقول نیست چرا که جزئی از ثمن در مقابل آن قرار ندارد (منهاج الفقاهه، ۴۴۱/۶).

برخی دیگر بین اجزا تفاوت قائل شده و آورده‌اند: تلف جزئی که ثمن قابل تقسیط بر آن باشد از حیث انحلال عقد نسبت به آن و رجوع آن مقدار از ثمن که در برابر آن قرار دارد به مشتری همانند تلف کل می‌باشد اما تلف وصف و جزئی که ثمن قابل تقسیط بر آن نباشد انفساخ عقد نسبت به آن غیر معقول است زیرا فرض بر این است که چیزی از ثمن در برابر آن قرار ندارد. به همین دلیل فقها اتفاق دارند بر این که در این مورد خیار ثابت است (اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۲۴/۵).

به نظر می‌رسد قاعده‌ی مذکور شامل تلف جزء و وصف نیز می‌شود ولی معنای ضمان بر حسب اختلاف مصادیق متفاوت است و این به معنی استعمال لفظ در بیشتر از

یک معنی نیست زیرا قدر مشترک همه‌ی این‌ها این است که تلف بر عهده‌ی بایع است و به تعبیر دیگر، تلف و حدث در ملک بایع حادث شده و لازمه‌ی آن انفساخ عقد در صورت تلف کل، و انفساخ عقد نسبت به جزء تلف شده در تلف جزء و خیار عیب در تلف وصف صحت می‌باشد.

**آیا این قاعده فقط شامل خیار متصل به عقد می‌شود یا عمومیت داشته و خیار منفصل از عقد را نیز شامل می‌گردد؟**

می‌توان با استفاده از عموم حکم، قائل به تعمیم قاعده به خیار منفصل از عقد شد چرا که مناط ضمان بایع این است که مبیع در زمان تزلزل مالکیت مشتری تلف شود خواه این تزلزل از اول عقد باشد یا در حال تلف (اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۲/۵). اما این مناط فاقد اعتبار است زیرا یک استظهار ظنی و استنباطی است. به همین جهت برخی از فقها (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۸/۲) معتقدند این قاعده اختصاص به موردی دارد که خیار متصل به عقد باشد بنابراین در خیار منفصل از عقد مانند خیار شرط در صورتی که ابتدای آن از زمان عقد نباشد و خیار غبن و عیب، بنابر این که بعد از ظهور غبن و عیب حادث شوند جاری نمی‌شود زیرا قدر متیقن از این قاعده که اخبار نیز منصرف به آن است همین مورد است.

شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۰/۶) نیز می‌نویسد: ظاهر از صحیحه ابن سنان آن است که ضمان بایع اختصاص دارد به بیعی که تزلزل و عدم لزوم بیع بر مشتری از همان بدو وقوع عقد ثابت باشد هم‌چنان که این معنی از لفظ «حتی» مذکور در روایت استفاده می‌شود زیرا لفظ حتی ظهور در ابتدا دارد بنابراین معنای عبارت «علی البائع حتی ینقضی الشرط» این است که ضمان بایع از ابتدای وقوع عقد تا هنگام انقضای شرط ثابت می‌باشد. خلاصه این که، با توجه به ظهور لفظ «حتی» در استمرار، ظاهر روایت این است که ضمان ثابت قبل از قبض استمرار داشته تا زمانیکه مبیع بر مشتری لازم گردد و این اختصاص دارد به بیعی که از ابتدا متزلزل باشد و شامل بیع متزلزلی که مسبوق به لزوم بوده به این صورت که مبیع بعد از قبض در ضمان مشتری باشد و پس از عروض تزلزل به ضمان بایع بازگردد، نمی‌شود. این استدلال نیز محل اشکال است



زیرا تنها چیزی که از ظهور لفظ «حتی» در امتداد فهمیده می‌شود این است که ضمان امر ممتدی است که تا زمان انقضای خیار امتداد دارد حال شروع آن از حین عقد است یا نه؟ لفظ «حتی» بر آن دلالت ندارد (اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۲/۵) و به تعبیر دیگر کلمه «حتی» هر چند ظهور در استمرار دارد اما مبدأ آن از زمان عقد است یا نه؟ قطعاً لفظ «حتی» دلالتی بر آن ندارد (منهاج الفقاهه، ۴۳۴/۶). با وجود این به نظر می‌رسد با توجه به این که این حکم بر خلاف قاعده است باید به مورد متیقن آن اکتفا کرد و آن با توجه به مقتضای اخبار، خیاری است که از ابتدای عقد ثابت باشد.

### آیا این قاعده شامل اتلاف نیز می‌شود؟

آن چه مسلم است این قاعده فقط در صورت تلف سماوی مبیع کاربرد دارد زیرا روایت‌ها انصراف به تلف سماوی دارند به این صورت که اگر مبیع خود به خود و در اثر آفت آسمانی و بدون تعدی و تفریط از جانب مشتری تلف شود مانند این که حیوان توسط درنده ای دریده شود یا بر اثر مرضی بمیرد یا از بلندی سقوط کند قاعده «التلف فی زمن الخیار ممن لاختیاره» اجرا شده و تلف از مال بایع رفته است که حق خیار فسخ ندارد (مستند الشیعه، ۴۲۹/۱۴؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۱۵/۵؛ مجمع الفائده و البرهان، ۴۲۰/۸؛ قواعد الاحکام، ۶۹/۲؛ شرایع الاسلام، ۱ و ۲۷۸/۲؛ المکاسب، ۱۸۵/۶؛ مصباح الفقاهه، ۵۵۹/۵؛ مسالک الافهام، ۲۱۶/۳ و ۲۱۷؛ جامع المقاصد، ۳۱۷/۴؛ ریاض المسائل، ۲۰۸/۸؛ القواعد، ۱۰۸؛ منهاج الفقاهه، ۴۴۱/۶؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۴۲؛ تذکره الفقهاء، ۵۳۷/۱؛ البیع، ۳۲۵/۵). اما در مورد حکم اتلاف، فقها از جمله شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۵/۶) می‌گویند: اگر مبیع در مدت خیار مختص مشتری اتلاف شود، سه صورت قابل تصور است:

#### الف) اتلاف مبیع به وسیله ذی الخیار:

اگر مشتری که دارای خیار اختصاصی است مبیع را تلف کند در این صورت حق الخیار مشتری ساقط شده و عقد بیع از جانب او لازم می‌شود بنابراین تلف از کیسه‌ی مشتری است (جواهر الکلام، ۸۹/۲۳، البیع، ۳۲۵/۵؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۲۵/۵). هر چند که برخی از فقها معتقدند در صورتی اتلاف ذی الخیار، مسقط خیار او است که

به وسیله‌ی اتلاف، قصد اجازه و امضای عقد را داشته باشد و گرنه اظهر بقای خیار است (منهاج الفقاهه، ۴۴۱/۶).

### ب) اتلاف مبیع توسط غیر ذی الخیار:

اگر بایع موجب تلف مبیع شود حق الخیار مشتری که ذی الخیار است باطل نمی‌شود، بنابراین مشتری می‌تواند عقد را امضا کرده و بدل یعنی مثل یا قیمت مبیع را از بایع طلب نماید و یا آن را فسخ کرده و ثمن پرداختی را از وی پس بگیرد (منهاج الفقاهه، ۴۴۲/۶، جواهر الکلام، ۸۹/۲۳؛ مسالک الافهام، ۲۱۷/۳؛ البیع، ۳۲۵/۵؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۳۲۶/۵).

### ج) اتلاف مبیع توسط شخص ثالث:

اگر مبیع در زمان مختص مشتری توسط شخص ثالث تلف شود در این فرض نیز مشتری یعنی ذی الخیار مخیر است بین این که عقد را امضا کرده و مثل یا قیمت مالش را از شخص ثالث طلب نماید و یا آن را فسخ کرده و ثمن پرداختی را از بایع اخذ کند (مسالک الافهام، ۲۱۷/۳؛ البیع، ۳۲۵/۵). منتهی در صورت فسخ عقد توسط مشتری و اخذ ثمن از بایع این سؤال مطرح می‌شود که بایع بدل مالش را از چه کسی طلب نماید؟ شیخ انصاری (المکاسب، ۱۸۵/۶) می‌نویسد: در این جا سه احتمال وجود دارد که ضعیف ترین آن‌ها احتمال سوم است هر چند که برخی از فقها (منهاج الفقاهه، ۴۴۲/۶؛ مصباح الفقاهه، ۵۶۴/۵) همین احتمال سوم را اظهر واضح دانسته‌اند:

۱- احتمال اول این که بایع تنها مجاز به اخذ بدل از شخص ثالث متلف باشد چون به محض تلف، بدل عین در ذمه شخص ثالث مستقر می‌شود و بدل قائم مقام عین است و بنابراین بایع می‌تواند پس از فسخ به واسطه‌ی عدم امکان استرداد عین، برای گرفتن بدل به او رجوع کند. همچنین عین تلف شده پس از فسخ، ملک مالک سابق آن می‌شود که بر عهده‌ی متلف است بنابراین بایع به او رجوع می‌کند همان گونه که اگر عین نزد خود شخص ثالث می‌بود به او رجوع می‌کرد.

۲- آن که بایع تنها مجاز به اخذ بدل از مشتری باشد و بعد مشتری می‌تواند به شخص تلف کننده رجوع کرده و بدل مزبور را از وی طلب نماید زیرا وقتی که مشتری معامله را فسخ کرد ثمن در ملک مشتری داخل می‌شود در این صورت بدل ثمن که مبیع است از ملک او خارج و در ذمه اش مستقر می‌شود و در ذمه شخص ثالث نیست

زیرا قبل از فسخ ذمه شخص ثالث بدهکار مشتری بود حال اگر پس از فسخ بدهکار بایع شود لازمه اش اجتماع مالکان بر مال واحد است.

۳- آن که بایع مخیر باشد بین این که بدل مالش را از شخص تلف کننده اخذ نماید یا از مشتری طلب نماید زیرا هم مشتری ضامن مبیع است به ضمان معاوضی و هم اتلاف شخص ثالث موجب ضمانت است به ضمان اتلافی و عدوانی. بنابراین بایع در رجوع به هر کدام مختار است.

### حکم تلف مبیع در زمان خیار مشترک

اگر مبیع بعد از قبض در زمان خیار مشترک بین بایع و مشتری تلف شود از مال مشتری تلف شده است (تذکره الفقهاء، ۵۳۷/۱) همان گونه که اگر ثمن بعد از قبض در زمان خیار مشترک تلف شود از مال بایع تلف شده است و این قاعده در این مورد موضوعیت ندارد زیرا این قاعده در مورد خیار مختص جاری می شود (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۷/۲؛ ریاض المسائل، ۲۰۹/۸؛ شرح لمعه، ۵۲۵/۳؛ قواعد الاحکام، ۶۹/۲) که مجموعاً چهار صورت دارد:

**صورت اول:** ثمن در دست بایع تلف شود و خیار فقط برای مشتری باشد در این صورت هیچ کس ضامن نیست چون مال بایع در دست خودش تلف شده است.

**صورت دوم:** ثمن در دست بایع تلف شود، اما خیار فقط برای بایع باشد در این صورت ضمان بر عهده مشتری است که خیار ندارد البته در صورتی که قائل به تعمیم قاعده نسبت به بایع و مشتری باشیم.

**صورت سوم:** مبیع در دست مشتری تلف شده و خیار فقط برای بایع باشد در این صورت هیچ کس ضامن نیست زیرا مال مشتری در دست خودش تلف شده است.

**صورت چهارم:** مبیع در دست مشتری تلف شده باشد و خیار فقط برای مشتری باشد و این همان صورتی است که مسلماً تلف بر عهده بایع است که حق خیار ندارد (موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۲۱/۲).

با وجود این، به نظر می رسد همان گونه که برخی از فقها (جواهر الکلام، ۸۵/۲۳ و ۸۶؛ القواعد، ۱۱۰؛ مستند الشیعه، ۴۲۹/۱۴) معتقدند این قاعده اختصاص به خیار مختص مشتری

دارد زیرا مفاد این قاعده بر خلاف قواعد و اصول است و باید به مورد متیقن آن یعنی خیار مختص مشتری، که اخبار دلالت بر آن دارد اکتفا کرد. هر چند که برخی از فقها (طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ۱۶۷/۲) این قاعده را در موردی که خیار برای مشتری و اجنبی از طرف مشتری باشد تعمیم داده‌اند.

### نتیجه

خلاصه این که مفاد این قاعده بر خلاف قاعده‌ی «تلف کل مال علی مالک» است و عمده‌ترین دلیلی که بر آن دلالت می‌کند اخبار وارده در این خصوص است. بنابراین باید به مورد متیقن آن اکتفا کرد و آن چه که روایاتها دلالت بر آن دارد این است که این قاعده اختصاص به عقد بیع دارد و فقط در صورت تلف مبیع بعد از قبض بر اثر آفت‌های آسمانی در زمان خیار مختص مشتری از نوع خیار حیوان و شرط کاربرد دارد و مفاد آن این است که تلف مبیع تحت این شرایط از مال بایع رفته به این صورت که یک آن قبل از تلف عقد بیع منفسخ شده و مبیع به ملک بایع داخل گردیده و تلف در ملک وی صورت گرفته است و باید ثمن را به مشتری مسترد نماید.

## فهرست منابع و مآخذ:

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب مکاسب، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ.
- ۲- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ.
- ۳- اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه کتاب مکاسب، ناشر المحقق، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.
- ۴- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۷۱.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۰ هـ.
- ۶- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۷.
- ۷- توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، تقریرات بحث آیت الله سید ابوالقاسم خوئی، چاپ دوم، مطبعه سید الشهداء قم.
- ۸- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه، منشورات المکتبه الاسلامیه طهران، چاپ پنجم، ۱۴۰۱ هـ.
- ۹- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق (ع)، مؤسسه دار الکتب - قم، چاپ سوم، ۱۴۱۴ هـ.
- ۱۰- -----، -----، منهج الفقاهه التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم، المطبعه العلمیه، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ هـ - ۱۳۷۶ هـ.
- ۱۱- -----، -----، منهج الصالحین، ۱۴۰۴ هـ.
- ۱۲- -----، سید محمد، منهج الصالحین، مکتبه الالفین، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ - ۱۹۹۴ م.
- ۱۳- حسینی سیستانی، سید علی، منهج الصالحین، ۱۴۱۳ هـ.
- ۱۴- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ هـ.
- ۱۵- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقها، منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ۱۶- -----، -----، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ.
- ۱۷- حلی، شیخ یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، مؤسسه سید الشهداء - العلمیه، ۱۴۰۵ هـ.
- ۱۸- حلی (محقق حلی)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات استقلال، چاپ سوم، ۱۹۸۳ م - ۱۴۰۳ هـ.
- ۱۹- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، مرکز نشر اصفهان بازار مدرسه صدر مهدوی.

- ۲۰- شهید اول، شیخ شمس الدین محمد بن مکی العاملی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ
- ۲۱- -----، -----، اللعنه الدمشقیه، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ ق، ۱۹۹۱ م.
- ۲۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی - قم.
- ۲۳- -----، -----، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ ق.
- ۲۴- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت (ع) للطباعة و النشر، ۱۴۰۴ هـ ق.
- ۲۵- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ
- ۲۶- طوسی (شیخ الطائفه)، ابی جعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵
- ۲۷- -----، -----، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ هـ ق.
- ۲۸- عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه بخش خصوصی، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ اول، ۱۳۸۶
- ۲۹- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ۳۰- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷
- ۳۱- کرکی (محقق ثانی)، شیخ علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث - قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ
- ۳۲- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- ۳۳- مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۵ هـ ق.
- ۳۴- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ هـ
- ۳۵- موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۳۶- -----، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، مطبعة الآداب فی النجف الاشرف، ۱۳۹۱ هـ ۱۹۷۱ م
- ۳۷- موسوی خمینی، سید روح الله، البیع، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ هـ ق - ۱۳۶۸ هـ ش.
- ۳۸- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، بی تا.
- ۳۹- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۲
- ۴۰- نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ