

فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی

سال ششم، شماره نوزدهم، بهار ۱۳۸۹

صفحات ۱۴۰-۱۲۵

## بررسی فقهی حقوقی قاعده

### «تلف مبیع در زمان خیار»

دکتر سید محمد صادق طباطبایی \*

نصرالله جعفری خسروآبادی \*\*

#### چکیده:

قاعده فقهی «التلف فی زمن الخیار ممن لایخیر له» به این معنی است که اگر جنس فروخته شده در مدتی که یکی از طرفین حق فسخ معامله را دارد تلف شود از کیسه کسی محسوب می‌شود که خیار و حق فسخ معامله را ندارد. قانونگذار ایران نیز این قاعده را پذیرفته و در ماده ۴۵۳ قانون مدنی آن را گنجانده است. با توجه به این که در اصل قاعده و این مقرر قانونی ابهاماتی وجود دارد انجام پژوهشی جامع را می‌طلبید که در این تحقیق تا حد امکان صورت گرفته است. این قاعده خلاف مقتضای ملکیت است و در تفسیر قاعده مذکور باید به قدر متیقن اکتفا نمود. فقها برای توجیه این که تلف مال برعهده غیرمالک مال محسوب نشود بیان می‌دارند که یک لحظه قبل از تلف عقد بیع منفسخ می‌شود و وارد کیسه دارایی بایع می‌شود و تلف از آن مالک محسوب می‌شود همانند قاعده تلف مبیع قبل از قبض. برخی از فقها این قاعده را ادامه ضمان معاوضی قبل از قبض می‌دانند. با توجه به مبانی فقهی قاعده در ماده ۴۵۳ قانون مدنی باید به این نکته توجه داشت که اگر در عقد بیعی یکی از طرفین حق فسخ عقد را براساس یکی از خیارات سه‌گانه مجلس یا شرط یا حیوان داشت و طرف دیگر هیچگونه حق فسخی نداشت و مبیع تلف شد از کیسه دارایی کسی محسوب می‌شود که حق فسخ ندارد. از دیگر دستاوردهای تحقیق این که اگر موضوع معامله مبیع کلی باشد قاعده جاری نیست همچنین قاعده تلف در زمان خیار در خصوص تلف ثمن جاری نیست.

**کلیدواژه:** تلف مبیع، خیار فسخ، ضمان.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۱۱/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۳/۵

\*

\*\*

**Nasrjafari@gmail.com**



### مقدمه:

یکی از قواعد فقهی قاعده «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له» می‌باشد. به این معنی که اگر جنس فروخته شده در زمان خيار و در مدتی که یکی از طرفین حق فسخ معامله را دارد تلف شود از کیسه کسی محسوب می‌شود که خيار و حق فسخ معامله را ندارد. در این تحقیق برآنیم تا زوایای مختلف قاعده مذکور را بررسی کرده و غبار ابهام از چهره آن بزداییم. برخی از سؤالات این تحقیق عبارت است از: آیا این قاعده در زمان کلیه خيارات جاری می‌شود یا در خيارات خاصی مطرح می‌شود؟ آیا این قاعده با قاعده‌ی معروف دیگر «تلف مبیع قبل قبض» تعارض دارد یا خیر؟ و همچنین با قاعده‌ی «الخراج بالضمن» تعارض دارد یا خیر؟ و در صورت تعارض راه حل چیست؟ معنی دقیق «ممن لا خيار له» در این قاعده چیست؟ در پایان رویکرد شارحان قانون مدنی را بیان می‌کنیم.

### ۱\_ شرح و بیان قاعده

یکی از مسلمات فقه و حقوق مدنی و نیز مقتضای مالکیت این است که تلف هر مال از صاحب آن محسوب می‌شود، زیرا به محض عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌شود و بدون تردید تلف هر کدام از ثمن و مبیع باید از مال مالک آن محسوب شود. (خوبی، شروط و التزامات التبعية، ۳۰۹)

اما سؤالی که مطرح می‌شود این که آیا وجود خيار و حق فسخ در معامله مانع انتقال ملکیت است یا نه؟ به این صورت که اگر طرفین در عقد حق فسخی قرار داده باشند یا یکی از خيارات وجود داشته باشد مانند خيار مجلس آیا تا زمان انقضای خيار مالکیت منتقل نمی‌شود؟ قول مشهور در فقه اسلامی این است که مبیع به محض عقد به ملکیت مشتری درمی‌آید و اثر خيار فقط تزلزل ملکیت به سبب قدرتی که بر رفع این سبب وجود دارد می‌باشد. (انصاری، المکاسب، ۱۶۰) اما نظر دیگری هم در فقه وجود دارد که ملکیت پس از انقضای خيار حاصل می‌شود و تا قبل از انقضای خيار ملکیت حاصل نشده و بلکه فقط سبب مالکیت (یعنی عقد) حاصل است. این نظر منسوب به شیخ طوسی می‌باشد. (انصاری، المکاسب، ۱۶۱)

بیان نظریات هر دو گروه و استدلال طرفین خارج از موضوع بحث ماست، اما نظر اقوی بدلیل مجموع ادله حلیت بیع و «اکل مال» بوسیله «تجاره عن تراض» و ادله دیگری، دلالت دارد که علت تامه جواز تصرف که از لوازم ملکیت است با عقد حاصل می‌شود و اخبار و روایت نیز این موضوع را تأیید می‌کند، مانند روایتی که از امام سؤال شد مشتری در مجلس عقد و قبل از انقضای خیار مجاز به فروش میباید باشد و امام هم قایل به جواز چنین بیعی شده‌اند در نتیجه ملکیت به محض عقد حاصل می‌شود. (انصاری، المکاسب، ۱۶۷)

البته اختلاف فقط در خصوص خیار مجلس، شرط و حیوان که معروف به خیارات زمانی هستند، وجود دارد و در دیگر خیارات مانند عیب و غبن و رویت و ... ظاهراً اختلافی نیست، زیرا ظاهر از لفظ «انقضا» در آثار کسانی که مخالف انتقال ملکیت هستند خیارات زمانی است. (شیرازی، حاشیه مکاسب، ۸۸) بنابراین قاعده تلف در زمان خیار، مخالف قاعده‌ی ملکیت است که تلف باید از مال و کیسه صاحب آن محسوب شود.

اما روایاتی وجود دارد که در صورتی که یکی از طرفین معامله دارای حق فسخ باشد و در این حین میباید تلف شود، تلف از آن کسی محسوب می‌شود که دارای حق فسخ نیست. از جمله این روایات، صحیح‌ه‌ی ابن سنان از امام صادق (ع) است که می‌فرمایند اگر شخصی حیوانی بخرد، به شرط این که یک یا دو روز حق فسخ معامله داشته‌باشد و در این حین حیوان تلف شود برعهده بایع است و تازمانی که خیار منقضی نشده ضمان برعهده او باقی است. (انصاری، المکاسب، ۱۷۰)

۱۲۷

روایت دیگری به همین مضمون وجود دارد که منجر به بیان قاعده «تلف در زمان خیار» در فقه شده است. علت این روایات هم به نظر می‌رسد تزلزل ملکیت باشد، چون طرفی که دارای حق خیار است از سوی او ملکیت متزلزل است و ضامن تلف نباید باشد، اما از جهت کسی که حق فسخ ندارد، ملکیت مستقر شده است و ضمان تلف برعهده او قرار گرفته است. (خویی، شروط والتزامات التبعية، ۳۱۴)

## ۲\_ قلمرو قاعده

آیا این قاعده کلیه خیارات را در برمی‌گیرد یا این که مختص خیارات خاصی است؟



شهیداول در دروس بیان داشته است که به وسیله‌ی قبض ضمان تلف به قابض منتقل می‌شود، البته به شرطی که دارای حق خیار نباشد. (شهید اول، الدروس، ۳، ۲۱۰) ظاهر این سخن این است که مطلقاً خیار را شامل می‌شود. عبارات دیگری بر این مضمون از برخی از فقها نقل شده که نشان دهنده‌ی شمول این قاعده بر همه‌ی اقسام خیار است. (انصاری، مکاسب، ۱۷۸)

باین حال باتوجه به روایات و کلام فقها و ظاهر از لفظ «انقضا» در خیار، قاعده شامل خیاراتی می‌شود که محدود به زمان است مانند خیار شرط و حیوان و مجلس (ایروانی، حاشیه مکاسب، ۷۷) دیگر خیار است که فوری هستند و زمانی قابل تصور نیست که تلف در آن صورت گیرد این قاعده جاری نمی‌شود (کاشف الغطاء، تحریر مکاسب، ۴۰) نظر اقوی و مشهور فقها نیز این است که این قاعده فقط در سه خیار مجلس، شرط و حیوان جاری می‌باشد. البته برخی گفته‌اند در خیار مجلس هم جاری نیست، چرا که روایات وارده در خصوص خیار شرط و حیوان است و نصوص در مورد این دو خیار وارد شده و دلیلی که ضمان تلف مال غیر بر عهده شخص دیگری باشد در دیگر خیار وجود ندارد لذا باید به قدر متیقن اکتفا کرد. (خویی، شروط والتزامات التبعية، ۲۵۳) همچنین می‌توان گفت اخبار وارده در خصوص قاعده، محدود به خیار است که زمان خاصی دارد و شامل خیار مجلس نمی‌شود چرا که خیار مجلس محدود به جدایی و افتراق است که زمان خاصی نیست. (اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۱۰)

البته می‌توان گفت گرچه روایات صراحت در جاری شدن قاعده در خیار مجلس ندارد، اما از اطلاق خیار شرط در سخنان فقها و روایات، در خیار مجلس هم می‌توان استفاده کرد. (شهیدی تبریزی، هدایه الطالب، ۵۹۳)

بنابراین بدون تردید این قاعده در خیار حیوان و شرط جاری می‌شود و در خصوص خیار مجلس از سوی فقها اختلاف نظر وجود دارد و در خیار دیگر نظر مشهور این است که جاری نیست، چرا که ظاهر روایات استمرار ضمان ثابت قبل از قبض تا زمانی است که بیع از سوی هر دو طرف لازم شود در نتیجه این قاعده مختص بیعی است که از ابتدا متزلزل باشد و شامل تزلزل ملکیت بعد از لزوم بیع مانند خیار عیب و خیار تأخیر ثمن و... نمی‌شود زیرا در این قبیل خیار است ابتدا بیع لازم است اما بعد از آن حق فسخی برای یکی از طرفین پیدا می‌شود. (انصاری، مکاسب، ۱۸۱)

### ۳- شمول قاعده نسبت به مبیع

آیا قاعده مذکور اختصاص به تلف مبیع دارد یا این که تلف ثمن در زمان خیار هم اگر فقط با بایع حق فسخ معامله را داشته باشد برعهده مشتری است که حق فسخ معامله را ندارد؟ آیا ثمن و مبیع از این حیث تفاوتی نمی‌کنند و قاعده در مورد عوضین جاری است، یا این که قاعده فقط اختصاص به تلف مبیع دارد؟

کسانی چون شیخ انصاری بر جریان قاعده نسبت به ثمن تردید کرده‌اند و بیان داشته‌اند که با توجه به اطلاق و عموم قاعده، شامل ثمن هم می‌شود، (انصاری، مکاسب، ۱۸۴) چرا که دلیل ضمان «من لاختیار له» تزلزل بیع است پس بقرینه مناسبت حکم و موضوع در ثمن هم جاری است (خویی، شروط والتزامات التبعية، ۳۱۴) و استقرار ملکیت است که موجب ثبوت ضمان تلف بر مالک می‌شود و تا زمانی که ملکیت متزلزل است چه از طرف بایع چه از طرف مشتری، ضمان بر او مستقر نمی‌شود و ضمان بر مالک اولی می‌باشد که خیار ندارد. همچنین که می‌توان ضمان مشتری که قبل از قبض بر اساس قاعده تلف مبیع قبل از قبض ثابت شده است را به بعد از قبض هم استصحاب کرد و مشتری را ضامن تلف ثمن دانست. (انصاری، مکاسب، ۱۸۱)

اما برخی دیگر بیان می‌دارند که نص و اجماع و فتوی در خصوص مبیع است و ظاهر خبر معاویه بن میسره که خیار شرط را منوط به رد ثمن دانسته این است که تلف ثمن حتی اگر صاحب خیار باشد از آن بایع است و همچنین خبر موثقه اسحاق ابن عمار که در آن اطلاق خیار شرط و باقی ماندن آن شامل تلف ثمن هم می‌شود، چرا که اگر تلف را از آن مشتری بدانیم با تلف عقد منفسخ می‌شود و دیگر عقد بیعی وجود ندارد که بتوان آنرا فسخ کرد و باقی ماندن خیار کاشف از بقا عقد و عدم انفساخ بیع است. بنابراین با توجه به این روایات و این که قاعده مخالف مقتضیات قاعده مالکیت است و اثبات حکم در غیر مورد نص نیاز به قرینه قطعی دارد و دلیل واجماعی هم وجود ندارد (خویی، شروط والتزامات التبعية، ۳۱۰؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۲۵۳) باید قائل به این نظر بود که قاعده در خصوص ثمن جاری نیست. همچنین که دلیل قاعده هم به نظر تعدی می‌باشد و از مقتضیات معاوضه هم نیست که بعد از قبض، ضمان مبیع تا زمان انقضای خیار منتقل نشود. (نایینی، منیه الطالب، ۳، ۱۷۸)



#### ۴- آیا قاعده در مبیع کلی هم جاری است؟

از دیگر موضوعات قابل طرح سرایت قاعده در مبیع کلی فی الذمه می‌باشد. به عنوان مثال اگر موضوع معامله یک دستگاه خودرو به نحو کلی باشد و پس از قبض مشتری و در زمانی که مشتری حق فسخ دارد، مبیع مذکور تلف شود آیا باز قاعده جاری است؟

اگر مصداق مالی کلی که تحویل داده شده را در حکم عین معین بدانیم، وقاعده تلف را در آن جاری بدانیم ضمان خودرو تلف شده از آن بایع محسوب می‌شود و معامله فسخ می‌شود و او باید ثمن پرداخته شده را به مشتری برگرداند.

برخی بر این عقیده‌اند که فرقی بین مبیع معین و مبیع کلی بعد از تعیین مصداق و قبض نیست و مبیع کلی پس از قبض مانند موردی است که مبیع از ابتدا معین بوده، بنابراین ضمان بر عهده بایع است و با تلف، معامله منفسخ می‌شود و به ملکیت مالک برمی‌گردد و بایع هم باید ثمن را برگرداند. (ایروانی، حاشیه المکاسب، ۸۰)

از طرف دیگر برخی برآنند که مورد قاعده، مبیع عین معین می‌باشد، چرا که در مبیع عین معین است که تلف و عدم تلف موضوعیت پیدا می‌کند و تلف در مال کلی معنی ندارد و مصداق مال کلی که به قبض داده شده گرچه قابل تلف شدن است اما آن مبیع نمی‌باشد و مبیعی که کلی باشد قابل تلف شدن نیست و نمی‌توان قاعده را در آن جاری دانست (کاشف الغطاء، تحریر المکاسب، ۴۰) و همانگونه که فقط در مبیع عین معین تلف قبل از قبض موجب انفساخ می‌شود بعد از قبض هم فقط در عین معین قاعده جاری است. (انصاری، مکاسب، ۱۸۲)

به نظر می‌رسد با توجه به خلاف اصل بودن این قاعده و اکتفا به قدر متیقن که مبیع عین معین است باید نظر دوم را پذیرفت و در مبیع کلی که دلیلی بر جاری شدن قاعده در آن وجود ندارد قاعده را جاری ندانست و ضمان تلف مال را بر مالک آن قرار داد. (خمینی، البیع، ۴۷۰)

#### ۵- مفهوم تلف

به نظر می‌رسد که منظور از تلف در قاعده مزبور، تلف به آفات سماوی و حوادث خارجی است و شامل اتلاف از سوی طرفین یا شخص ثالث نمی‌شود، چرا که در روایات وارده لفظ تلف بیان

شده است که با مفهوم اتلاف متفاوت است. تلف به از بین رفتن یک شی به واسطه‌ی حوادث قهری گفته می‌شود و تلف از سوی انسان اتلاف نامیده می‌شود. (انصاری، مکاسب، ۱۸۴)

بنابراین اگر اتلاف از سوی صاحب خیار باشد، به واسطه‌ی آن خیارش ساقط می‌شود و عقد لازم می‌گردد و اگر از سوی طرف مقابل یا شخص ثالث باشد، حق فسخ صاحب خیار ساقط نمی‌شود و مخیر است که بیع را فسخ کند یا این که برای اخذ قیمت یا مثل مبیع به اتلاف کننده رجوع نماید (همان، ۱۸۵؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵۲۷)

البته لازم به ذکر است برخی از فقها در خصوص اتلاف مبیع از سوی شخص ثالث یا حتی بایع نیز قاعده را بدلیل عموم عنوان تلف در اتلاف هم جاری می‌دانند. (طوسی، المبسوط، ۲، ۱۱۷)

اما مشهور فقها این نظر را صحیح نمی‌دانند و قاعده را فقط در تلف سماوی جاری می‌دانند (نجفی، جواهرالکلام، ۸۸، ۲۳)

### ۶- معنی ضمان در قاعده

ظاهر کلام فقها این است که مراد از ضمان در قاعده، ضمان ثابت شده قبل از قبض است که انفساخ معامله یک لحظه قبل از تلف را در پی دارد و پس از قبض در زمان خیارات سه گانه هم اگر مبیع تلف شد یک لحظه قبل از تلف وارد کیسه دارایی بایع می‌شود و سپس عقد بیع منفسخ می‌شود و با این تعبیر، قاعده مخالف قانون ملکیت که تلف از آن مالک است محسوب نمی‌شود، چرا که فرض می‌کنیم لحظه‌ای قبل از تلف وارد ملک بایع شده و در ملکیت او تلف شده است. (انصاری، مکاسب، ۱۸۳)

البته کسانی چون علامه در تذکره بیان داشته‌اند که اگر مبیع در زمان خیار تلف شود، اگر قبل از قبض باشد بیع منفسخ می‌شود و اگر بعد از آن باشد بیع منفسخ نمی‌شود. بنابراین خیار هم باطل نمی‌شود و مشتری می‌تواند برای مثل یا قیمت مبیع به بایع رجوع کند و معنی ضمان در قاعده هم همین است. (علامه حلی، تذکره، ۱، ۵۳۷)

تفاوتی که این دو نظر با یکدیگر دارد این است که اگر قائل به انفساخ باشیم کسی که صاحب خیار است برای گرفتن ثمن معامله به «من لایخیر له» باید مراجعه نماید، در حالی که اگر



معنی ضمان انفساخ نباشد باید به مثل یا قیمت رجوع نماید که ممکن است تفاوت زیادی با ثمن معامله داشته باشد.

نظر مشهور همان انفساخ معامله است، چراکه برخی این قاعده را ادامه‌ی ضمان معاوضی تلف مبیع قبل از قبض که بدون تردید نتیجه‌ی آن انفساخ می‌باشد، می‌دانند. همانطور که بیان شد این قاعده مخالف اصل و قاعده ملکیت است که تلف باید از آن مالک محسوب شود و به همین دلیل فقها با قایل شدن به انفساخ عقد و رجوع به ملک بایع یک ان قبل از تلف، در توجیه آن برآمده‌اند. (کاشف الغطاء، تحریر المکاسب، ۳۹) بنابراین بهتر است قائل به انفساخ بوده و معنی ضمان را انفساخ معامله دانست که مخالف این قاعده نباشد تا تلف مال در ید مالک صورت گیرد و خسارت آن بر عهده‌ی دیگری نباشد. (تبریزی، ارشاد الطالب، ۵۳۱)

#### ۷- مراد از خیار در «من لایخار له»

نکته‌ی دیگری که در قاعده مزبور قابل بحث است این است که مراد از من لایخار له چیست؟ یعنی آیا ضمان در صورتی بر «من لایخار له» بار می‌شود که او هیچگونه حق فسخی در معامله نداشته باشد و از جانب او کاملاً بیع مستقر شده باشد یا منظور از این که خیار و حق فسخی نداشته باشد، فقط همان خیارات سه‌گانه شرط و مجلس و حیوان است؟

به عنوان مثال اگر معامله‌ای صورت گرفت و در آن معامله برای مشتری خیار فسخ معامله تا سه روز شرط شد اما پس از قبض و اقباض ثمن و مثن عیبی در ثمن مشاهده شد که بایع هم حق فسخ معامله را پیدا کرد دیگر بایع «من لایخار له» نیست و ضمان تلف مبیع بر عهده‌ی اونخواهد بود یا این که بگوییم گرچه بایع حق فسخ معامله را دارد، اما این خیار از خیارات سه‌گانه نیست و بایع «من لایخار له» محسوب می‌شود و تلف بر عهده‌ی اوست؟

ممکن است گفته شود که چون لازمه انفساخ بیع بعد از تلف این است که موضوعی برای اعمال خیار باقی نمی‌ماند و صاحب خیار بودن بایع با انفساخ معامله متناقض است، به این جهت باید «من لایخار له» را حمل بر کسی کنیم که هیچگونه خیاری ندارد. (شیرازی، حاشیه‌المکاسب، ۸۲) اما به نظر می‌رسد که دلیل گفته شده قابل نقض است، چرا که می‌توان گفت پس از تلف





مبیع همانند تلف قبل از قبض که بیع منفسخ می‌شود و به تبع آن خیار هم باطل می‌شود در اینجا هم با انفساخ معامله خیار هم باطل می‌شود و تناقضی رخ نمی‌دهد و بنابراین در این صورت هم ضمان بر عهده‌ی کسی است که خیارات سه‌گانه را ندارد.

حتی اگر قائل به بطلان خیار هم نباشیم می‌توان گفت که ضمان «من لایخار له» انفساخ معامله را در پی ندارد، بلکه مراد از ضامن بودن ضمان مثل و قیمت است و تلف مبیع بر عهده‌ی او است و او می‌تواند معامله را بر اساس خیار فسخ کند و ثمن را رد نماید، در حالی که حق گرفتن مثل یا قیمت مبیعی که ضمان تلف آن بر عهده‌ی او بوده است را ندارد، همچنان که خود مشتری هم ابتدا می‌تواند برای گرفتن مثل یا قیمت مبیع به بایع رجوع کند. (شیرازی، حاشیه المکاسب، ۸۲)

اما به نظر این گفته صحیح نمی‌باشد چرا که ظاهر کلام فقها و اطلاق نظرات آنان «من لایخار له» را کسی می‌دانند که هیچگونه خیاری نداشته باشد. (شیرازی، حاشیه المکاسب، ۸۳) و همانگونه که بیان شد در مورد قاعده باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن در اینجا زمانی است که ضمان بر عهده‌ی کسی قرار گیرد که هیچگونه خیاری نداشته باشد و اگر به عنوان مثال مشتری حق فسخ معامله بر اساس خیار شرط را داشته باشد و بایع هم حق فسخ معامله را بر اساس خیار غبن یا عیب یا هر نوع خیار دیگری داشته باشد «من لایخار له» محسوب نمی‌شود و ضامن تلف مبیع نخواهد بود.

#### ۸- تعارض قاعده مذکور با قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»

یکی دیگر از قواعد معروف و مسلم فقهی قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض است. مطابق این قاعده اگر مبیع قبل از قبض مشتری تلف شود از کیسه دارایی بایع محسوب می‌شود و فقها در این حالت هم تعبیر به انفساخ را به کار می‌برند.

حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر مبیع در زمان حق فسخ بایع اما قبل از قبض تلف شود ضمان آن به عهده‌ی چه کسی است؟ از یک سو قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض بایع را ضامن تلف می‌داند و از سوی دیگر قاعده‌ی تلف در زمان خیار مشتری را ضامن می‌داند و بین این دو قاعده تعارض پیش می‌آید. در این مورد راه حل چیست؟



اگر قائل به این باشیم که این دو قاعده با هم تعارض پیدا می‌کنند این تعارض، تعارض عموم و خصوص من وجه می‌باشد و باید حکم به تساقط هر دو قاعده داد و به قاعده‌ی اولیه که تلف از آن مالک است رجوع نمود. بنابراین در این موارد ضمان بر عهده‌ی مشتری فرض می‌شود که در این صورت هم این حکم با حقیقت بیع که قبض و اقباض می‌باشد متعارض است و قابل قبول نیست. (خویی، مصباح الفقاهه، ۴۴)

اما با کمی تأمل و دقت می‌توان این تعارض و تنافی را رفع کرد، چرا که قاعده‌ی تلف قبل از قبض مختص به غیرمقبوض و قاعده‌ی تلف در زمان خیار مختص مبیع به قبض داده شده است و بنابراین هیچ منافات و تعارضی بین دو قاعده وجود ندارد. (مغنیه، فقه الامام الصادق، ۲۰۵؛ انصاری، مکاسب، ۱۸۵)

در این خصوص می‌توان قول امام (ع) «اگر مشتری مدتی خیار فسخ داشت و در ید مشتری مبیع تلف شد ضمان آن برعهده بایع می‌باشد» را شاهد مدعی گرفت، چرا که امام ضمان بایع را فرع بر تلف در زمان تصرف مشتری گرفته است یعنی بعد از قبض مبیع. (بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۹۹) البته ممکن است گفته شود قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» وارد بر قاعده «تلف در زمان خیار» می‌باشد، چرا که انحلال در تلف قبل از قبض امری عقلایی است، و بنای معاوضه به قبض و اقباض خارجی است و اگر معاوضه از این قابلیت خارج شود معاوضه لغو و غیرعقلانی است در حالی که قاعده تلف در زمان خیار یک حکم تعبدی می‌باشد. همچنان که می‌توان گفت تخصصاً این قاعده از موضوع خارج است و تعارضی با هم ندارند. (بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۱۰۰)

## ۹- حادث شدن عیب و نقص در زمان خیار

مسئله دیگر حادث شدن عیب در زمان خیار می‌باشد. به عنوان مثال اگر در زمان خیار عیبی در حیوان حادث شد آیا خیار عیب هم برای مشتری ایجاد می‌شود یا خیر؟ ممکن است این توهم ایجاد شود که حتی اگر قائل به ایجاد خیار عیب هم شویم منفعتی برای مشتری ندارد چرا که مشتری دارای خیار حیوان است و می‌تواند آن را به وسیله‌ی خیار حیوان رد کند و نیازی نیست که خیار دیگری هم داشته باشد.



اما به نظر می‌رسد گرچه مشتری خیار حیوان و حق فسخ معامله را دارد، اما قائل شدن به خیار عیب هم بی‌فایده نیست، چراکه خیار عیب مختص به زمان سه روز نیست و پس از سه روز ساقط نمی‌شود. همچنین که می‌توان قائل به حق دریافت ارزش هم بود. (شهید ثانی، روضه البهیة، ۳، ۳۲۱)

حال آیا «من لا خیار له» ضامن عیب و نقص هم می‌باشد یا باید به قدر متیقن اکتفا کرد و او را فقط ضامن تلف دانست نه عیب و نقص؟

اکثر فقهای که قاعده تلف در زمان خیار را قبول دارند، چون «من لا خیار له» را ضامن تلف می‌دانند ضامن عیب و نقص هم می‌دانند. (شهید ثانی، روضه البهیة، ۳، ۳۲۱) و مراد از «او یحدث فیه حدث» در روایت صحیه ابن سنان که یکی از دلایل قاعده می‌باشد، اعم از فوت جزء یا وصف می‌باشد. (انصاری، المکاسب، ۱۸۵)

بنابراین همان احکامی که در مورد تلف گفته شد در مورد عیب و نقص هم جاری است و همان طور که می‌توان گفت عیب حادث نوعی تلف وصف و نقص تلف جزء است بنابراین به طریق اولی بر عهده «من لا خیار له» است، چرا که تلف کل هم بر عهده‌ی اوست و عیب حادث و نقص حادث در زمان خیار هم ملحق به قاعده فوق می‌باشد. (اصفهان‌ی، حاشیه المکاسب، ۵۵)

ممکن است این تردید ایجاد شود که اگر عیبی در مبیع و در زمان خیار مشتری حادث شده این عیب موجب از بین رفتن حق فسخ او است، چرا که یکی از مسقطات خیار، حادث شدن عیب یا نقص در مبیع است.

اما این تردید صحیح نیست، و در این موارد عیب حادث مانع رد نیست، چرا که ضمان عیب و تلف و نقص در زمان خیار بر عهده‌ی بایع و «من لا خیار له» می‌باشد و بنابراین مانع رد و ساقط شدن خیار سابق نیست. (شهید ثانی، روضه البهیة، ۳، ۳۲۲)

#### ۱۰- سرایت قاعده در قاعده «الخراج بالضمنان»

یکی دیگر از قواعد فقهی قاعده‌ی الخراج بالضمنان است. معنای قاعده این است که منافع هر جنسی از آن کسی است که ضمان آن بر عهده‌ی اوست و کسی که مسئول خسارات آن است منافع هم

از آن اوست.

البته قاعده فقط شامل موارد خاصی می‌شود که به عقد صحیحی شخص اختیاراً ضمانت کند یا براساس عقد صحیحی ضامن شیء باشد، مانند این که مشتری در بیع شرط ضامن تلف در زمان خیار می‌باشد و اگر مبیع منفعت و نمایی داشت از آن او است که ضامن می‌باشد اما افرادی چون غاصب گرچه ضامن شیء و تلف آن می‌باشند ولی منافع از آنان نیست. (مکارم، قواعد الفقہیہ، ۳۱۲) و مراد از ضمان، ضمان جعلی و اختیاری یعنی پرداخت عوض می‌باشد نه ضمان قهری مانند غاصب (کاشف الغطا، تحریر المکاسب، ۵۵) و روایات وارده در باب شرط خیار و... هم ارجاع به این معنی می‌دهد و این که نما تابع ملکیت است و خسارات ملک هم بر مالک است. (خمینی، البیع، ۴۷۲) ممکن است قاعده را به گونه‌ای دیگر معنی کرد به این صورت که هر کسی مالک منافع ملک است حتی اگر مالک عین هم نباشد مانند مستأجر در اجاره و... ضامن تلف آن هم محسوب می‌شود که این نظر خلاف ظاهر کلام و روایات وارد شده می‌باشد و نظر اقوی این است که قاعده‌ی «الخراج بالضمنان» تأکیدی بر قوانین ملکیت است که منافع را از آن مالک ملک می‌داند و چون مالک ضامن تلف عین است منافع هم از آن اوست و مقتضی قاعده این است که ضامن بر عهده‌ی مالک آن باشد. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۲۹؛ اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۱۶-نایینی، منیه الطالب، ۱۰۱)

حال همان‌طور که بیان شد با عقد، ملکیت حاصل می‌شود و خیار فقط این ملکیت را متزلزل می‌کند، منافع از آن مالک است و دیگر آثار ملکیت هم جاری است و تلف هم بر عهده‌ی مالک است، اما در مواردی که خیار سه‌گانه مختص یکی از طرفین باشد، ضمان بر عهده‌ی طرف مقابل است نه مالک. اما آیا براساس قاعده‌ی «الخراج بالضمنان»، طرف مقابل که ضامن تلف است منافع هم باید به او برسد یا این که قاعده‌ی الخراج بالضمنان در قاعده‌ی تلف مبیع در زمان خیار جاری نیست و منافع در ملک مالک باقی می‌ماند؟

به نظر می‌رسد که قاعده‌ی الخراج بالضمنان در همه‌ی موارد ضمان جاری نمی‌شود و به وسیله‌ی قاعده‌ی تلف در زمان خیار... تخصیص خورده است. (نایینی، منیه الطالب، ۵۲) همچنین که می‌توان گفت بر اساس قاعده، یک آن قبل از تلف مبیع به ملکیت «من لاخیار له» در می‌آید

و بر این اساس تلف بر عهده او قرار می‌گیرد و بیع از این پس منفسخ می‌شود و چون انفساخ به گذشته اثر نمی‌کند منافع هم در ملکیت مالک باقی می‌ماند و حتی اگر قاعده‌ی الخراج بالضمن را در قاعده‌ی تلف هم جاری بدانیم اثری ندارد و منافع در ملک مالک باقی است. (یزدی، حاشه المکاسب، ۳۰)

همانگونه که بیان شد ضمان در معنی ضمان جعلی و قراردادی مانند پرداخت ثمن در عقد صحیح است و شامل مفهوم ضمان در قاعده تلف در زمان خیار نمی‌شود چرا که قاعده‌ی «الخراج بالضمن» تأکید کننده قوانین و قواعد ملکیت است و شامل ضمانات قهری و غیر قراردادی نمی‌شود.

### ۱۱- رویکرد حقوق ایران در خصوص قاعده

قانونگذار ایران مفهوم قاعده را در م ۴۳۵ قانون مدنی به این صورت گنجانده است: «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 به عهده‌ی بایع است.»

با توجه به مطالبی که در خصوص قاعده‌ی بیان داشتیم قانونگذار هم نظر مشهور و اقوی در فقه را که قاعده را مختص خیارات مجلس و حیوان و شرط می‌داند، پذیرفته است و در دیگر خیارات قاعده را جاری نمی‌داند. ظاهر بیان قانونگذار در این ماده چنان است که شامل تلف ثمن هم نمی‌شود. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۹۹) برخی بیان داشته‌اند که تفاوت بین ثمن و مبیع اعتباری است و بدین جهت از نظر وحدت ملاک مفاد ماده ۴۵۳ نسبت به ثمن هم جاری می‌شود. (امامی، حقوق مدنی، ۵۵۸) اما همانگونه که بیان شد با توجه به استثنایی بودن قاعده و با توجه به این که روایات وارده در خصوص قاعده فقط شامل مبیع شده است باید به قدر متیقن اکتفا نمود و بهتر است که این ماده را در خصوص ثمن جاری ندانیم همچنین که لفظ صریح مشتری در این ماده موید مطلب است. و تفاوت بین ثمن و مضمن هم اعتباری نمی‌باشد و از دیدگاه فقها ثمن و مضمن (مبیع) متفاوتند که بیان آن خارج از موضوع این تحقیق است.

نکته‌ی قابل ذکر دیگر این که قانونگذار در این ماده اشاره‌ای به اجرای قاعده در مبیع کلی فی‌الذمه نکرده است از این رو با توجه به مطالب گفته شده، به نظر می‌رسد باید قاعده و ماده‌ی قانونی



را در مواردی که مبیع کلی فی‌الذمه است جاری ندانیم.

از دیگر مسائلی که در این ماده اشاره‌ای به آن نشده و ناچار باید به مبانی فقهی قاعده رجوع کرد این است که اگر خیار مجلس و حیوان و شرط مختص مشتری باشد، اما بایع هم صاحب خیاری چون عیب یا غبن یا تأخیر ثمن باشد آیا قاعده‌ی جاری است و یا خیر؟

در این خصوص هم به نظر می‌رسد باتوجه به استثنایی بودن قاعده و اکتفا به قدرمتیقن و مطالبی که قبلاً بیان شد باید قائل به این باشیم که مفاد ماده را جاری ندانیم و تلف مبیع بر عهده‌ی مشتری باشد، گرچه ظاهر این ماده این امر را نمی‌رساند و موضوع ماده «خیارات سه‌گانه» و اختصاص خیارات سه‌گانه به مشتری می‌باشد خواه طرف دیگر و بایع خیار دیگری داشته باشد، خواه نداشته باشد و به همین جهت اشکال بر قانونگذار در توجه و بیان قاعده‌ی وارد است چرا که ترجمه و شرح ساده قاعده این است که «اگر یکی از طرفین خیار مجلس یا شرط یا حیوان داشت و طرف مقابل خیار و حق فسخی نداشت، ضامن تلف است» نه این که «اگر یکی از طرفین خیارات سه‌گانه را داشته باشد ضامن تلف نیست» آن‌گونه که در ماده ۴۵۳ ق.م.بیان شده است. و همان‌طور که بیان شد مراد از «من لایخار له» کسی است که هیچ‌گونه خیاری نداشته باشد و بیع از جانب او مستقر باشد. بنابراین اگر بایع هم حق فسخ معامله را داشت، نباید ضمان تلف بر عهده او قرار گیرد.

نکته‌ی آخر این که گرچه قانونگذار صریحاً بیان نکرده است که با تلف مبیع در زمان خیار مختص مشتری بیع منفسخ می‌شود و مراد از ضمان بایع هم همین است، اما با توجه به مبانی مطالبی که گفته شود از جمله این مسأله که این ضمان ادامه‌ی ضمان معاوضی تلف مبیع قبل از قبض است که انفساخ مبیع را در پی دارد. در اینجا هم باید قائل به انفساخ بیع یک آن قبل از تلف در زمان خیار مختص مشتری باشیم.

### نتیجه گیری:

بنابراین باتوجه به این که قاعده خلاف قانون ملکیت است چراکه تلف و نقص هر مال باید بر عهده مالک آن محسوب شود باید در تفسیر آن به قدرمتیقن اکتفا نمود و فقط شامل خیارات سه‌گانه مجلس و شرط و حیوان می‌شود. همچنین باید در هنگام تلف مبیع کلی و ثمن قاعده را جاری

ندانست. باتوجه به این که قاعده فقط در مواردی که مبیع به قبض مشتری رسیده است جاری است و شامل تلف در قبل از قبض نیست در نتیجه تعارضی با قاعده «تلف مبیع قبل از قبض ندارد و قبل از قبض مبیع در هر حال بایع ضامن مبیع است حتی اگر حق فسخ عقد را داشته باشد. اما پس از قبض مبیع اگر مشتری صاحب یکی از اختیارات مذکور باشد و بایع هیچ گونه خیاری حتی غیر از این اختیارات سه گانه مانند خیار غبن، عیب و... نباشد بیع از سوی او کاملاً مستقر باشد ضمان تلف و نقص و عیب مبیع برعهده اوست.

نکته قابل ذکر دیگر این که قانون گذار ایران هم در تدوین قانون در ماده ۴۵۳ قانون مدنی از نظر مشهور تبعیت نموده است و فقط در اختیارات سه گانه مجلس، شرط و حیوان تلف مبیع را برعهده بایع قرار داده است اما در هر حال نکاتی را در این ماده قانونی ذکر نموده است که باید به مبانی فقهی آن رجوع کنیم.

### فهرست منابع

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپخانه اسلامی، تهران، ۱۳۷۱، چاپ ششم.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۶، موسسه نشر آثار نشر افکار اسلامی، قم، ۱۴۲۰ ه.ق.
- ۳- اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه مکاسب، ج ۵، نشر محقق، قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
- ۴- ایروانی، علی ابن عبدالحسین، حاشیه مکاسب، چاپخانه رشیدی، تهران، ۱۳۶۵ ه.ق.
- ۵- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ه.ق.
- ۶- تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ ه.ق.
- ۷- خمینی، سید روح اله، کتاب البیع، ج ۵، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۸- خویی، سید محمد تقی، الشروط والتزامات التبعية، ج ۳، دار المورخ العربیه، بیروت، لبنان، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۹- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۶، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۱۰- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایه الطالب الی سرایر المکاسب، ج ۳، نشر اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ ه.ق.
- ۱۱- شیرازی، میرزا محمد تقی، حاشیه مکاسب، منشورات الشریف الرضی، قم، ۱۴۱۲ ه.ق.
- ۱۲- طوسی، ابو جعفر محمد ابن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتب المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه، تهران، ۱۳۸۷ ه.ق.



- ۱۳- عاملی، زین الدین ابن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهبه فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ۳، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، انتشارات میزان، ۱۳۷۶، چاپ اول.
- ۱۵- کاشف الغطاء، محمد حسین، **تحریر المکاسب**، المکتبه مرتضویه، نجف، ۱۳۵۹ ه.ق.
- ۱۶- مغنیه، محمد جواد، **فقه الامام صادق**، ج ۳، مؤسسه انصاریان، قم، ۱۴۲۱ ه.ق.
- ۱۷- مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، مدرسه امام امیر المؤمنین، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۱۸- نائینی، میرزا محمدحسین، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۳، المکتبه المحمدیه، تهران، ۱۳۷۳ ه.ق.
- ۱۹- نجفی، شیخ محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۳، دار الاحیاء التراث العربیه، بیروت، بی تا.
- ۲۰- یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.

