

## بررسی فقهی تصرفات فاسخ عقد

بلال شاکری\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۹

### چکیده

تصرفات فاسخ یا همان فسخ فعلی، از جمله موضوعاتی است که اگر چه در مباحث مربوط به معاملات بدان اشاراتی شده و اصل مشروعیت آن مورد اتفاق نظر قرار گرفته است، اما محدوده و شرایط آن در مباحث فقهی و بخصوص در حقوق مدنی کمتر مورد مذاقه و توجه قرار گرفته است. بر این اساس، در نوشتار پیش رو با توصیف و تحلیل سخنان بزرگان به تبیین اینگونه تصرف پرداخته و تمامی ادله ای که بر مشروعیت چنین تصرفاتی امکان طرح داشته است مورد بررسی قرار گرفته است. با بررسی دلالتی این ادله، محدوده و شرایط چنین تصرفاتی برای فاسخ بودن عقد نیز مورد توجه قرار گرفته است. نتیجه حاصل از تحلیل صورت گرفته آن است که بر اساس پذیرش دلالت هر یک از ادله جواز، محدوده و شرایط جریان چنین تصرفاتی متفاوت بوده و شناسایی دایره تأثیر تصرفات فاسخ به لحاظ فقهی و حقوقی می تواند دارای اهمیت و آثار مهمی باشد.

**کلیدواژه:** تصرف فاسخ، فسخ فعلی، فسخ دلالتی، تصرف در ما انتقل عنه، انفساخ فعلی.

## ۱- مقدمه و طرح بحث

عقود و معاملات نقش بسزایی در زندگی انسان داشته و همواره مورد توجه بوده است. اسلام نیز به عنوان شریعت خاتم، این نیاز زندگی بشر را مدنظر قرار داده و احکام خاصی برای آن مقرر کرده است. از جمله مباحث مهم و تأثیرگذار در اینباره مسأله خیار و حق فسخ بایع و مشتری است. در بسیاری از معاملات، بایع و مشتری برای خود حقی به عنوان «حق فسخ» قرار می دهند، تا بتوانند در بازه زمانی مشخصی این قدرت را داشته باشند که قرارداد منعقد شده را باطل کرده و ملکیت سابق خود را نسبت به اموال و اشیاء به دست آورند. نسبت به مسأله خیار و حق فسخ، مباحث مفصلی در فقه و حقوق مطرح شده است، اما برخی از زوایا و مباحث مرتبط با این مسأله همچنان نیازمند تبیین، تدقیق و تفصیل و بررسی بیشتر است. از جمله می توان به تصرفات فاسخ عقد اشاره کرد که اگرچه فی الجمله مورد توجه فقها بوده است اما نکات بسیاری درباره آن وجود دارد که نیازمند بررسی دقیق علمی و بر اساس متد اجتهاد جواهری است. نوشتار پیش رو بر این سعی است تا برای نخستین بار مسأله تصرفات فاسخ را به عنوان یکی از مباحث مهم و تأثیرگذار و کارآمد در مبحث خیار و مورد کنکاش و بررسی قرار داده و علاوه بر تبیین دقیق موضوع، زوایای مختلف این مسأله را مورد مذاقه قرار دهد.

### ۱-۱- تعریف و تبیین موضوع

تصرفات فاسخ (فسخ فعلی یا فسخ بالدلاله) (وزاره الأوقاف و الشؤون الإسلامیه، ۱۴۰۴: ۱۰۷/۲۰)، تصرفاتی است که موجب می شود عقد خود به خود فسخ و باطل شود. این مسأله زمانی مطرح می شود که عقد بر اثر وجود خیار برای یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف، متزلزل باشد. در موارد ثبوت خیار، شخص دارای خیار، حق اجازه یا فسخ معامله را دارد. درباره اجازه گفته اند همچنان که با قول محقق شده با فعل دال بر رضایت (تصرف در ما انتقل الیه) نیز حاصل می شود و با وجود اجازه، عقد

لازم می شود (رک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸/۲۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۷: ۱۳۲/۱۵). بحث در تصرفات فاسخ، مانند بحث در اجازه است که آیا همچنان که فسخ با قول ذی الخیار حاصل می شود با فعل وی (تصرف در ما انتقل الیه) نیز محقق می شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶)؛ بنابراین اگر شخص ذو الخیار در آن چه که به دیگری در معامله ای واگذار کرده است در زمان خیار، تصرفات منافی ملکیت غیر کند، آیا این تصرف به منزله فسخ فعلی و موجب انفساخ عقد است؟ مثلاً اگر زید خانه ای را به عمرو بفروشد و خیار هم داشته باشد، اگر زید در ثمن تصرف کند، این تصرف موجب اسقاط حق فسخ و مستلزم لزوم عقد است؛ حال اگر زید در خانه فروخته شده تصرف کند، این تصرف به معنای فسخ فعلی عقد بوده و خانه به ملکیت زید بازگشته و ثمن به ملک عمرو بر می گردد؟ (حسینی شیرازی، ۱۴۱۷: ۱۳۲/۱۵).

## ۲-۱- پیشینه موضوع

با جستجوی صورت گرفته درباره تصرفات فاسخ، می توان گفت در این زمینه هیچ گونه مقاله یا کتابی به رشته تحریر در نیامده است و جستار پیش رو اولین اثر مستقل در اینباره است.

هرچند بیان شد که درباره موضوع تصرفات فاسخ، اثری مستقل به چاپ نرسیده است، اما بحث از تصرفات فاسخ از گذشته علم فقه در مباحث خیارات باب معاملات مطرح بوده و فقهای عظام به آن پرداخته اند. این بررسی بیشتر در حد بیان مشروعیت چنین تصرفاتی آن هم گاه تنها ذیل یک مثال و به صورت گذرا بوده است و برخی نیز به ادله ای برای بیان مشروعیت آن پرداخته اند (برای نمونه ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۳-۸۴؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲۸۲/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۲/۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۹/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۷۰/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳ و ۲۱۳؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۸۰/۶؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲) با توجه به حجم مطالب بیان شده در فقه نسبت به اینگونه

تصرفات، در حقوق نیز مطلب چندانی نسبت به این تصرفات مشاهده نمی شود و جای خالی این بحث در مباحث حقوقی و مواد قانونی نیز مشاهده می شود، به گونه ای که در قانون مدنی تنها دو ماده درباره تصرفات فاسخ یا همان فسخ فعلی وجود دارد، که عبارتند از:

۱- ماده ۴۴۹: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود»؛

۲- ماده ۴۵۱: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ فعلی است.»

نوآوری اثر حاضر در مقایسه با آن چه در کتب فقهی مطرح شده است در موارد

ذیل است:

الف: تبیین کامل و جامع از تصرفات فاسخ؛

ب: بیان کلیه ادله ای که قابلیت اثبات مشروعیت چنین تصرفاتی را داشته اند و نقد و بررسی آنها؛

ج: بیان محدوده تصرفات فاسخ و بررسی دلالت ادله نسبت به این محدوده برای نخستین بار؛

د: بیان اصل در مسأله به هنگام شک در محدوده تصرفات فاسخ.

با توجه به مطالب بیان شده می توان درباره تصرفات فاسخ، سه مسأله را مورد

بررسی و تحقیق قرار داد، که در ادامه به تبیین و بررسی آنها پرداخته خواهد شد:

اول: مشروعیت فسخ فعلی یا تصرفات فاسخ؛ دوم: ضابطه و محدوده تصرفات فاسخ؛

سوم: اصل عملی به هنگام شک در فاسخ بودن تصرفات.

## ۲- مشروعیت تصرفات فاسخ

چنان که بیان شد، سخن در تصرفات فاسخ، درباره این است که آیا فسخ معامله با

فعل نیز حاصل می شود یا تنها با قول حاصل می شود؟ (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱:

۱۵۲/۲) بنابراین مشروع بودن فسخ فعلی به معنای مشروعیت چنین تصرفاتی است.

در اصل مشروعیت فسخ فعلی (فی الجملة) اختلافی میان فقها نبوده و فسخ فعلی را همچون فسخ قولی، صحیح و مشروع می دانند؛ لذا تصرّفات فاسخ محذوری نداشته و موجب فسخ می شود (رک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۴-۸۳/۲؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲۸۲/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۲/۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۹/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۷۰/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳ و ۲۱۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۸۰/۶) البته درباره این که آیا هر گونه تصرّفی فاسخ عقد است یا تصرّفات خاصی موجب فسخ عقد می شوند؟ اختلافاتی است که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

### ۱-۲- ادله مشروعیت تصرّفات فاسخ

برای اثبات مشروعیت تصرّفات فاسخ، به ادله متعدّدی استناد شده است. این ادله عبارتند از:

۱-۱-۲- اجماع منقول: البته به اجماع دو گونه استدلال شده است. در واقع، دو نوع ادعای اجماع با دو معقد متفاوت از سوی فقها مطرح شده است:

---

۱. اهل تسنن نیز این مسأله را قبول داشته و فسخ فعلی را مشروع می دانند. (لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، بی تا: ماده ۳۰۲، ۶۱/۱) البته ایشان نوعاً ذیل برخی مسائل و تطبیقات به این مسأله اشاره داشته اند؛ مثلاً گفته اند بیع و اجاره مبیع توسط بایع در زمان خیار، فسخ بیع است، چون بیع دوم یا اجاره بایع اشعار به عدم بقای عقد سابق دارد. (رک: معلمه زاید للقواعد الفقهیه و الأصولیه، بی تا: ۲۹۴/۱۰).

البته بین اهل تسنن برخی مانند شافعیه در بعضی موارد (همچون وطیء کنیز، بوسیدن و لمس با شهوت کنیز و فروختن کنیز فروخته شده توسط بایع)، دارای دو دیدگاه هستند که بر اساس یک دیدگاه برخی افعال را موجب فسخ فعلی نمی دانند (رک: الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴؛ النووی، ۱۴۱۲: ۴۵۶/۳-۴۵۷؛ النووی، بی تا: ۲۰۲/۹) اما با توجه به این که ایشان برخی افعال همچون آزاد کردن کنیز فروخته شده را موجب فسخ فعلی می دانند (رک: البغوی، بی تا: ۳۱۲/۳؛ الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴؛ النووی، ۱۴۱۲: ۴۵۷/۳؛ النووی، بی تا: ۲۰۲/۹)، می توان گفت ایشان نیز فی الجملة قائل به مشروعیت فسخ فعلی هستند. لذا این دیدگاه منافاتی با اجماع و اتفاق بیان شده نخواهد داشت.

اول: ادعای اجماع بر مشروع دانستن فسخ فعلی (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۲/۱۱؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۸۶؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۵۹)۱.

دوم: ادعای اجماع بر این که هر آن چه در ما انتقل الیه اجازه است، در ما انتقل عنه به منزله فسخ است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۰/۶-۱۳۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸/۲۳)۲.

۲-۱-۲ **صدق عرفی و شمول ادله فسخ:** به نظر عرف، بر فسخ فعلی، فسخ صدق می کند. اطلاق ادله فسخ نیز شامل هر آن چه که عرفاً فسخ محسوب می شود، شده و فسخ فعلی را در بر می گیرند (رک: طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲).

۳-۱-۲ **عدم دلیل بر لزوم لفظ در فسخ:** با بررسی ادله فسخ مشخص می شود دلیلی که بر لزوم استفاده از لفظ، در فسخ دلالت کند وجود ندارد. لذا شرط دانستن وجود لفظ برای تحقق فسخ، شرطی بی دلیل بوده و فسخ با فعل نیز محقق می شود؛ (همان: ۱۵۲/۲).

۴-۱-۲ **فحوای ادله دال بر امضاء بودن تصرف:** هر چند درباره فاسخ بودن تصرفات، دلیل خاصی در روایات وجود ندارد، اما روایاتی وجود دارد که بیان می کند تصرف در ما انتقل الیه، از سوی صاحب خیار به معنای امضای عقد است. فحوای این ادله ثابت می کند که تصرف در ما انتقل عنه، از سوی صاحب خیار به معنای فسخ عقد است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۷/۲۳).

۵-۱-۲ **اصاله الصحه:** با توجه به تحقق معامله و حصول نقل و انتقال، اگر تصرف صاحب خیار در ما انتقل عنه، فاسخ عقد نباشد، باید ملتزم شد که وی در ملک غیر

---

۱. البته شیخ انصاری نیز اگرچه به صراحت چنین اجماعی را نقل نکرده است، اما با بیان اقوال متعدد از سوی فقها درباره مشروعیت فسخ فعلی، به نوعی در حال گزارش اجماع در این مسأله است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶-۱۳۰).

۲. شهید ثانی در مسالک این مسأله را به عنوان یک ضابطه و قاعده مطرح می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۳).

۱۲۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸  
تصرف عدوانی و حرام کرده است؛ در حالی که اصل در فعل مسلم، صحت است.  
صحیح دانستن چنین تصرفی به معنای آن است که این تصرف را موجب فسخ عقد  
دانسته و تصرفات فاسخ مشروع باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۳/۱۱؛ شیخ انصاری،  
۱۴۱۵: ۱۳۱/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۷/۲۳-۶۷).

## ۲-۲- نقد و بررسی ادله

درباره ادله مطرح شده بر مشروعیت تصرفات فاسخ، تأملات و نکاتی وجود دارد:  
**اول:** نسبت به اجماع منقول مطرح شده درباره تلازم بین اجازه و فسخ، اشکالاتی  
مطرح شده است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۳۸۲/۶) اما سید یزدی، اصل تحقق چنین  
اجماعی را نمی‌پذیرد. وی در اینباره می‌گوید: «چنین اجماعی ثابت نیست، چون  
معنای اجماع ادعایی این است که هر آن چه در اجازه ولو تعبداً ثابت است در فسخ  
هم ثابت باشد، اما این ادعا قابل اثبات نیست؛ چون برخی از علما که تصرفات را در  
بحث اجازه و فسخ نشان از رضایت و کراهت دانسته‌اند به این دلیل است که مقتضای  
قاعده همین است، نه به خاطر یکسان دانستن دو باب اجازه و فسخ (طباطبائی یزدی،  
۱۴۲۱: ۱۵۳/۲).

**دوم:** اجماع منقول بر مشروعیت فسخ فعلی نیز با دو اشکال مواجه است:  
اشکال اول- با توجه به اقوال مختلفی که از سوی علما نسبت به شرط چنین تصرفاتی  
بیان شده است، (رک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶؛ خمینی، ۱۴۱۸: ۳۰۲-۳۰۰/۲؛  
طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۵۹-۳۶۰) معقد اجماع واحدی متصور  
نیست تا بتوان به اجماع به عنوان یک دلیل تمسک کرد.  
اشکال دوم- این اجماع، مدرکی یا محتمل المدرک است؛ چون ممکن است ادله  
دیگر که در اینباره مطرح شده است، مستند قول اجماع کنندگان باشد.

---

۱. طبق این مبنا که اصالة الصحه به عنوان اماره بر حکم شرعی مورد پذیرش باشد؛ چون اگر این اصل جزو  
امارات محسوب نشده و به عنوان یکی از اصول عملیه مطرح باشد، دیگر تمسک بدان تنها در موارد شک  
صحیح خواهد بود.

اما در پاسخ از این دو اشکال باید گفت:

اولاً: هرچند در جزئیات و شرایط فاسخ بودن چنین تصرفاتی اختلافاتی هست، اما آن چه محل بحث است اثبات مشروعیت فی الجمله تصرفات فاسخ است و اجماع به این میزان دلالت دارد.

ثانیاً: اما مدرکی یا محتمل المدرك بودن اجماع هم تنها بنا بر مبنای کسانی که اجماع مدرکی را حجّت نمی دانند، مضرّ به استدلال است. در حقیقت، چنین اشکالی مبنایی است؛ در حالی که بنا بر مبنای حجّیت اجماع مدرکی (ر.ک: شاکری، ۱۳۹۵) چنین اجماعی نیز معتبر بوده و می تواند مستند برای حکم قرار گیرد.

ثالثاً: بر اساس نظریه تراکم ظنون نیز می توان از این اجماع به عنوان بخشی از قرائن موجود در مسأله و در کنار سایر ادله استفاده کرده و حجّیت و اعتبار تصرفات فاسخ را ثابت کرد.

**سوم:** تمسّک به فحوای ادله، در صورتی صحیح است که این فحوا به حدّ تنقیح مناط برسد، در حالی که فحوای مطرح شده به این حدّ نرسیده، لذا معتبر نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۷/۲۳).

**چهارم:** تمسّک به اصاله الصحّه نیز در صورتی صحیح است که تنها وجه حمل فعل مسلم، فاسخ دانستن تصرفات وی باشد. اما در محلّ بحث تنها وجه حمل بر صحّت، فاسخ دانستن تصرفات نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸/۲۳) چون ممکن است چنین تصرفاتی به خاطر نسیان یا اشتباه انجام شده باشد؛ لذا صحّت فعل مسلمان، ملازم با فاسخ دانستن تصرفات وی نیست (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۵۹).

البته می توان اصاله الصحّه را در فرض تصرف عالمانه و عامدانه جاری دانست؛ چون در فرض علم و عمد، تنها وجه حمل بر صحّت، فاسخ دانستن تصرفات است (همان: ۳۵۹)؛ همچنین ممکن است گفته شود ظهور چنین تصرفاتی در این است که همراه با



علم و عمد بوده است. اگر چنین ظهوری برای فعل شخص پذیرفته شود، تمسک به اصالة الصحه تمام خواهد بود (همان: ۳۵۹).

با توجه به بررسی صورت گرفته باید گفت بر اساس نظریه تراکم ظنون و با وجود ادله متعدّد، در مجموع این اطمینان حاصل می شود که فسخ فعلی مشروع است. اما بر اساس عدم پذیرش نظریه تراکم ظنون، نیز مشروعیت تصرفات فاسخ با وجود ادله متعدّد همچون صدق عرفی فسخ بر چنین تصرفاتی، شمول اطلاق ادله فسخ، و همچنین عدم لزوم لفظ برای تحقق فسخ، ثابت است. در کنار این سه دلیل نیز چنان که بیان شد اصالة الصحه لا اقلّ در فرض علم و عمد و ظهور عرفی فعل در تحقق آن عالمأ و عامداً، بر مشروعیت این تصرفات دلالت داشته و اجماع منقول نیز حداقلاً مؤید این ادله خواهد بود.

### ۳. معیار و ضابطه تصرف فاسخ

پس از اثبات مشروعیت تصرفات فاسخ، باید به این نکته پرداخت که آیا این مشروعیت، مطلق بوده و شامل هر گونه تصرفی می شود یا معیار و ضابطه خاصی وجود داشته و تنها برخی تصرفات با ویژگی های خاص یا در موارد خاص، فاسخ عقد هستند؟ برای پاسخ به این سؤال باید احتمالات مختلف در اینباره مورد نقد و بررسی قرار گیرد. این احتمالات عبارتند از:

۱- مطلق تصرفات از سوی ذو الخیار در ما انتقل عنه، فاسخ عقد است.<sup>۲</sup>

---

۱. بنا بر حجیت اجماع مدرکی، اجماع خود دلیلی در کنار سایر ادله کاشف از قول معصوم علیه السلام بر مشروعیت چنین تصرفاتی یا همان فسخ فعلی است.

۲. ظاهر عبارت شیخ طوسی این است که مطلق تصرفات را فاسخ عقد می داند. وی در اینباره می گوید: «هر تصرفی که از ناحیه بایع (در زمان خیار وی در مبیع) انجام شود فاسخ عقد است مانند عتق، وطی، هبه، بیع، وصیت و غیر آن» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۳/۲-۸۴).

۲- تنها تصرفات مالکانه از سوی ذو الخیار در ما انتقل عنه، فاسخ عقد است و تصرفات غیر مالکانه چنین خصوصیتی ندارد (وزاره الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ۱۴۰۴: ۱۰۷/۲۰-۱۰۸).<sup>۱</sup>

۳- تنها تصرفاتی فاسخ عقد هستند که با قصد و اراده فسخ از سوی ذو الخیار همراه باشند، لذا تصرفاتی که بدون قصد و اراده فسخ محقق شوند، فاسخ عقد نیستند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۰/۶-۱۳۱؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲؛ لجنه مکونه من عدّه علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانیه، بی تا: ماده ۳۰۴، ۹۴/۱؛ الرافعی القزوينی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴).

۴- تصرفات انجام شده اگر فی نفسه جایز باشند، فاسخ عقد بوده و اگر فی نفسه حرام باشند، فاسخ عقد نخواهند بود (خمینی، ۱۴۱۸: ۳۰۰/۲).

۵- تصرفاتی که نوعاً کاشف از برهم زدن معامله باشد فسخ فعلی است.<sup>۲</sup>

۶- تمام تصرفات، فاسخ عقد هستند مگر بیع (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸/۲۳؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۶۱).

---

از عبارت شهید ثانی در مسالک نیز ممکن است چنین برداشتی صورت پذیرد. وی در اینباره می گوید: «تصرف از ناحیه بایع، موجب فسخ بیع است و این تصرف، خیار بایع و مشتری را از بین می برد و فرقی بین تصرفات ناقل ملک و غیر آن نیست» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳).

۱. ر.ک: از ماده ۴۹۹ مجله الأحكام العدلیه نیز چنین برداشت می شود که تصرفات باید مالکانه باشد تا موجب فسخ شود. متن این ماده چنین است: «كَمَا أَنَّ الْفَسْخَ وَالْإِجَارَةَ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي الْمَوَادِّ ۳۰۲ وَ ۳۰۳ وَ ۳۰۴ يَكُونَانِ قَوْلًا كَذَلِكَ يَكُونَانِ فِعْلًا بِنَاءً عَلَيْهِ لَوْ كَانَ الْأَجْرُ مُحْخِرًا وَتَصَرَّفَ فِي الْمَأْجُورِ بَوَاجِهٍ مِنْ لَوَائِمِ التَّمْلِكِ فَهُوَ فَسْخٌ فِعْلِيٌّ وَتَصَرَّفَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمُخَيَّرُ فِي الْمَأْجُورِ كَتَصَرَّفَ الْمُسْتَأْجِرِينَ إِجَارَةً فِعْلِيَّةً» (لجنه مکونه من عدّه علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانیه، بی تا: ۹۴/۱).

۲. ماده ۴۵۱ قانون مدنی.

چنان که مشاهده می شود در قانون مدنی این احتمال به عنوان قانون مصوب شده است، حال آن که در اینباره دیدگاه ها و احتمالات مختلفی مطرح است که با توجه به عدم تبیین دقیق این احتمالات در کتب فقهی، بعید نیست قانونگذار نیز به این احتمالات توجه کافی نداشته باشد. لذا بررسی مسأله تصرفات فاسخ و حدود و ضوابط آن می تواند در تدقیق قانون نیز مؤثر بوده و امید است این مقاله گامی نخست در اینباره باشد.

۷- ضابطه و ملاک مشخصی نداشته و هر مورد باید بررسی شود.<sup>۱</sup>

از برخی کلمات فقها چنین به دست می آید: فاسخ تعبدی دانستن مطلق تصرفات ذو الخیار در ما انتقل عنه، پذیرفتنی نیست، چون دلیلی بر این تعبد وجود ندارد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲).

در این استدلال هر چند مستدل، ناظر به تمام احتمالات مطرح شده نیست بلکه تنها در مقام اثبات مشروط بودن تصرفات به قصد و اراده فسخ است، اما چنان که مشاهده شد، این استدلال شامل سایر احتمالات نیز می شود؛ چون به صورت کلی فسخ تعبدی مطلق را فاقد دلیل و منتفی می داند.

برخی دیگر نیز در مقام نفی فاسخ دانستن تصرف، اگر به صورت بیع باشد، چنین استدلال کرده اند: بیع بایع در زمان خیار، فاسخ عقد نیست؛ چون اصل بقای عقد، استصحاب می شود تا زمانی که فاسخ صریح وجود داشته باشد (الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴).

این استدلال نیز اگرچه درباره بیع مطرح شده است، اما استدلالی عام است و شامل سایر تصرفات می شود؛ یعنی در هر تصرفی که از سوی بایع در زمان خیار در مبیع صورت پذیرد اگر شک شود که عقد سابق، فسخ شده است یا خیر، استصحاب بقای عقد تا زمان وجود فاسخ صریح، صورت می پذیرد.

گروهی دیگر نیز درباره فاسخ دانستن بیع چنین گفته اند: «درباره این که تصرف فاسخ می تواند بیع باشد یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد» (رک: نجفی، ۱۴۰۴: ۶۸/۲۳؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۶۱)؛ علت چنین اختلاف نظری آن است که آیا نفس تصرف، فسخ است یا سبب فسخ؟ اگر فسخ باشد، چنین تصرفاتی جایز است چون بیع در ملک واقع

---

۱. از موارد مختلفی که برخی علمای اهل تسنن گفته اند چنین استفاده می شود که معیار و ضابطه مشخصی وجود ندارد و در مواردی به دلایلی فاسخ بودن تصرف پذیرفته شده و در مواردی پذیرفته نمی شود. (رک: الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴).

شده است؛ اما اگر تصرف، سبب فسخ باشد بیع نمی تواند به عنوان فاسخ عمل کند، چون قبل از فسخ، نقل و انتقال (بیع) جایز نخواهد بود (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۶۱).

این استدلال نیز همچون دو استدلال گذشته، اگرچه درباره تصرفی خاص مطرح شده است، اما علت مطرح شده در استدلال به گونه ای است که شامل تمام تصرفات می شود. به تعبیری، اگر تصرف، سبب فسخ باشد نه خود فسخ، نمی تواند موجب نقل و انتقال شود؛ حال چه این نقل و انتقال به صورت بیع باشد، یا هبه یا هر نقل و انتقال دیگری؛ چون قبل از فسخ، نقل و انتقال جایز نخواهد بود.

اما به نظر می رسد اینگونه استدلال برای اثبات محدوده تصرفات فاسخ، ناتمام است، بلکه باید ادله مشروعیت چنین تصرفاتی مورد تحلیل و بررسی قرار بگیرد تا مشخص شود که آیا حکم مستفاد از این ادله، مطلق است تا شامل تمام تصرفات شود یا چنین اطلاقی وجود ندارد؟ به هر حال، اگر از ظاهر ادله مشروعیت بتوان استفاده کرده و محدوده و ضابطه مشروعیت چنین تصرفاتی را به دست آورد، دیگر ادعای عدم دلیل - که در استدلال اول مطرح شده است - یا تمسک به استصحاب - که در کلام گروه دوم مطرح شده بود - معنا نخواهد داشت. همچنین تفسیر این نکته که تصرف، فسخ است یا سبب فسخ، نیز بر اساس تحلیل محتوایی ادله مشروعیت مشخص شده و صحت و بطلان استدلال سوم نیز روشن خواهد شد.

بر این اساس، در ادامه به بررسی دلالت ادله مشروعیت تصرفات فاسخ پرداخته شده و میزان دلالت هر یک از ادله نسبت به ضابطه و محدوده تصرفات فاسخ تبیین می شود.

#### ۴- دلالت ادله از حیث محدوده و ضابطه تصرفات فاسخ

در این مرحله، ابتدا باید میزان دلالت ادله مشروعیت تصرفات فاسخ بررسی شود. پس از مشخص شدن میزان دلالت ادله، اگر دلالت آنها شامل مطلق تصرفات شود،

باید بررسی کرد که آیا مقید و مخصّصی نسبت به دلالت ادله وجود دارد یا خیر؟ بنابراین برای اثبات فاسخ بودن مطلق تصرفات، باید اطلاق و شمول ادله بررسی شده و وجود مقید و مخصّص نیز منتفی شود.

#### ۱-۴- اجماع منقول

شیخ انصاری با توجه به این که ظاهر کلمات اکثر فقها را مقید به تحقّق اراده فسخ می داند (رک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۰/۶) ظاهراً در پی آن است که معقد اجماع را مقید به تصرفات همراه با اراده فسخ بداند. وی بر این مطلب به قرینه مقابله بحث اجازه و فسخ نیز تمسّک کرده و می گوید با توجه به این که ظاهر اکثر کلمات اصحاب در اجازه فعلی، مقید به اراده اجازه است و ایشان تحقّق فسخ فعلی را مانند تحقّق اجازه فعلی می دانند، پس تصرفات فاسخ زمانی موجب فسخ می شوند که همراه با اراده فسخ باشند (همان: ۱۳۰/۶-۱۳۱).

اما به نظر می رسد اگر دلیل مشروعیت تصرفات فاسخ، اجماع منقول باشد با توجه به اقوال مختلفی که از سوی علما نسبت به شرط چنین تصرفاتی بیان شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۶؛ خمینی، ۱۴۱۸: ۳۰۰/۲-۳۰۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۵۹-۳۶۰) باید گفت که معقد واحدی برای اجماع وجود نداشته، یا لااقلّ احتمالات متعدّدی در مسأله مطرح است. لذا با توجه به لیبی بودن دلیل اجماع، باید به قدر متیقّن آن اکتفا کرد؛ بنابراین هر چند کلام شیخ انصاری در محدود ساختن معقد اجماع به موارد تحقّق اراده فسخ، صحیح است اما کافی نیست، چون احتمالات دیگری نیز در مسأله مطرح است که تمام این احتمالات را باید در معقد اجماع برای تشخیص قدر متیقّن آن مدنظر قرار داد. با توجه به احتمالات مطرح شده باید گفت، قدر متیقّن از اجماع منقول، تصرفات مالکانه جایز همراه با قصد و اراده فسخ است. بنابراین اگر تصرفات مالکانه نباشد، یا تصرفاتی باشد که فی نفسه حرام است و یا قصد و اراده فسخ در آن نباشد چنین تصرفاتی، فاسخ عقد نیست و احکام قرارداد همچنان ثابت است.

## ۲-۴- صدق عرفی و شمول ادله فسخ

چنان که در بررسی ادله بیان شد، یکی از مهم ترین ادله مشروعیت تصرفات فاسخ، صدق عرفی فسخ و شمول ادله شرعی فسخ نسبت به فسخ فعلی است. بر اساس این دلیل باید گفت که نسبت به صدق عرفی، چند احتمال مطرح است که حکم مسأله بر اساس هر احتمال متفاوت می شود:

**اول:** اگر از نظر عرف، مطلق تصرفات از سوی ذو الخیار به منزله فسخ باشد و مفهوم فسخ را شامل آن بدانند، اطلاق ادله شرعی نیز شامل آن شده و در نتیجه، تصرفات ذو الخیار در ما انتقل عنه مطلقاً موجب فسخ است.

**دوم:** بعید نیست ادعا شود که از نظر عرفی تنها در مواردی فسخ فعلی محقق است که چنین تصرفاتی از روی علم و عمد باشد؛ لذا در مواردی که شخص از روی فراموشی یا اشتباه مرتکب تصرفاتی در ما انتقل عنه شود از دیدگاه عرف، فسخ فعلی محقق نیست. در این صورت، به دلیل عدم تحقق موضوع، شمول ادله شرعی نیز دیگر بی معناست (ر.ک: نراقی، ۱۴۲۲: ۳۵۹).

**سوم:** ممکن است گفته شود که از نظر عرف، چنین تصرفاتی ظهور در این دارد که تصرفات شخص عالماً عامداً بوده است. اگر چنین ظهوری برای فعل از دیدگاه عرف ثابت باشد اطلاق ادله فسخ شامل آن شده و تمام تصرفات از ناحیه ذو الخیار در ما انتقل عنه، به عنوان تصرفات فاسخ و فسخ فعلی محاسبه می شود (همان: ۳۶۰).

**چهارم:** با توجه به احتمالات مطرح شده، ممکن است ادعا شود در صدق عرفی فسخ بر چنین تصرفاتی، شک و تردید است و دیدگاه عرف مجمل، در این صورت با توجه به این که عرف از جمله ادله لَبّی است، باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و شمول ادله

۱. در تصرفات فاسخ تفاوتی بین فعلی که بر غیر مالک حرام است با فعلی که از سوی غیر مالک نافذ نیست، وجود ندارد و تمام این افعال ظاهراً کاشف از اراده انفساخ عقد هستند (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۶۱).

۲. ظواهر افعال نیز همچون ظواهر اقوال نزد عقلا معتبر و حجّت اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲).

را تنها در محدوده قدر متیقن صدق عرفی، جاری دانست؛ چون ادله شرعی بر موضوعات عرفی حمل می شود، مگر این که شارع خود، موضوع خاص با محدوده مشخصی را به عنوان موضوع حکم خود بیان کرده باشد، که در محل بحث، چنین بیانی در ناحیه موضوع وجود ندارد.

**پنجم:** البته به نظر می رسد در موارد مختلف، شناسایی دیدگاه عرف متفاوت باشد. مثلاً گفته شود که عرف، نوع ابزار ابراز کننده قصد شخص را مهم نداند و همین که بفهمد وی قصد فسخ داشته است، ولو این قصد با هر عمل و مبرزی محقق و ابراز شود، آن را کافی دانسته و چنین تصرفی را فاسخ عقد بداند. بنابراین از نظر عرف، نوع تصرف لازم نیست حتماً مالکانه باشد و از حیث این احتمال، عرف، مطلق تصرفات را فاسخ عقد بداند. اما همین عرف به لحاظ قصد و اراده فسخ، حتماً وجود قصد و اراده را معتبر می داند، لذا اگر تصرف از روی اشتباه یا فراموشی محقق شود آن تصرف را فاسخ نمی داند. اما همین عرف به صورت غالبی، تصرفات را نشانه قصد و اراده شخص در تحقق فسخ می داند. لذا می توان گفت غالباً تصرفات شخص در ما انتقل عنه از دید عرف، به قصد فسخ عقد بوده است و برای موارد خلاف باید قرینه بر اشتباه یا فراموشی اقامه کرد. اگر هم در نهایت، ظهوری برای فعل در تحقق قصد و اراده ثابت نشود و همچنان شک و تردید باقی بماند، چنان که بیان شد باید به قدر متیقن از موارد صدق عرفی اکتفا کرد.

**ششم:** پس از صدق عرفی فسخ فعلی، نوبت به شمول ادله شرعی می رسد، که آیا این ادله شامل هر آن چه صدق عرفی فاسخ بر آن صحیح باشد، می شوند حتی اگر آن تصرف از نظر شرعی حرام باشد؟ علت طرح چنین سؤالی آن است که به هر حال، چون این امور، اعتباری هستند ممکن است شارع چنین تصرفاتی را به عنوان فاسخ عقد اعتبار نکند و امکان ردع شارع نسبت به این تصرفات وجود دارد.

البته با توجه به اطلاق ادله فسخ، باید گفت این اطلاق شامل حتی تصرفات حرام نیز شده و چنین تصرفاتی فاسخ عقد هستند. مانعی از شمول این اطلاق نیز وجود ندارد،

مگر تصور ملازمه میان حرمت فعل و فاسخ نبودن آن، که در اینباره نیز باید گفت که بین حکم وضعی (فاسخ بودن) و حکم تکلیفی (حرمت) ملازمه ای وجود نداشته و حرمت تصرف، بی ارتباط با حکم وضعی فاسخ بودن چنین تصرفاتی است (خمینی، ۱۴۱۸: ۳۰۰/۲).

با توجه به نکات مطرح شده نسبت به دلیل صدق عرفی و شمول اطلاق ادله فسخ، باید گفت که اگر قرینه ای بر عدم صدق عرفی فسخ فعلی وجود داشت، یا لاقلاً قرینه‌ای وجود داشت که صدق عرفی را مشکوک می‌کرد به دلیل عدم احراز موضوع، نمی‌توان به اطلاق ادله فسخ تمسک کرده و هر گونه تصرفی را فاسخ عقد دانست؛ بلکه باید به قدر متیقن از تصرفات که از سوی عرف، فاسخ عقد هستند اکتفا کرد. اما اگر قرینه ای وجود نداشته باشد با توجه به حمل عرف بر تحقق تصرف با قصد و اراده، موضوع تصرفات فاسخ، محقق شده و اطلاق ادله شرعی نیز شامل شده و چنین تصرفاتی فاسخ عقد خواهند بود.

بنابراین، اصل اولی این است که هر گونه تصرفی چه مالکانه یا غیر مالکانه، حرام یا جایز، از نظر عرف همراه با قصد و اراده فسخ تشخیص داده شده و فاسخ عقد است، مگر خلاف آن ثابت شده یا لاقلاً در تشخیص دیدگاه عرف، اجمال و ابهام محقق شود که مانع جریان ادله گردد.

### ۳-۴- عدم دلیل بر لزوم لفظ در فسخ

از دیگر ادله دال بر مشروعیت تصرفات فاسخ، فقدان دلیل بر لزوم استفاده از لفظ در تحقق فسخ بود. این دلیل به لحاظ دلالتی تنها ثابت می‌کند که فسخ با فعل نیز محقق می‌شود، اما نسبت به شمول دایره فعل نسبت به مطلق افعال یا عدم شمول آن دلالتی ندارد. در واقع، عدم دلیل نیز همچون سایر ادله لَبّی است که دارای اطلاق نیستند؛ بنابراین در دایره دلالت آنها باید به قدر متیقن از دلالت آنها اکتفا شود. قدر متیقن دلالت چنین دلیلی نیز تنها مشروعیت تصرفات فاسخ است. لذا اگر تنها دلیل بر



مشروعیت چنین تصرفاتی و فاسخ دانستن آنها، عدم دلیل بر لزوم لفظ در تحقق فسخ باشد، قدر متیقن از تصرفات فاسخ، تصرفاتی خواهد بود که از نوع تصرفات مالکانه ای باشد که فی نفسه جایز بوده و تحقق آن تصرف نیز همراه با قصد و اراده فسخ باشد؛ در غیر این صورت، باید به حکم شک در مسأله رجوع کرد.

#### ۴-۴- فحوای ادله دال بر امضاء بودن تصرف

بر اساس این دلیل نیز باید برای تعیین محدوده تصرفات فاسخ، به میزان دلالت آنها در امضاء بودن تصرفات مراجعه کرد. اگر مطلق تصرفات را امضاء بدانند، در فسخ نیز مطلق تصرفات فاسخ خواهند بود و اگر در امضاء بودن تصرفات، شرایط خاصی مطرح شده است، آن شرایط هم در فسخ بودن تصرفات معتبر است.

#### ۴-۵- اصالة الصحه

اگر دلیل مشروعیت تصرفات فاسخ، اصالة الصحه باشد، چنان که در نقد و بررسی این دلیل گذشت، این اصل زمانی جاری است که فعل و تصرف شخص همراه با قصد و اراده فسخ باشد، چون در غیر این صورت، تنها راه تصحیح فعل مسلم، حمل بر فاسخ دانستن تصرفات نیست؛ بنابراین بر اساس این دلیل، مطلق تصرفات، فاسخ نبوده و محدوده تصرفات فاسخ شامل تصرفاتی می شود که عالماً و عامداً محقق شده باشد. البته مطابق این اصل، نیازی نیست که حتماً تصرفات مالکانه باشد، بلکه تصرفات غیر مالکانه ای که عالماً و عامداً محقق شوند نیز دال بر فسخ عقد خواهند بود. اما نسبت به جواز یا حرمت تصرف نیز باید گفت این اصل دلیل نخواهد بود که گفته شود حتماً باید تصرف فی نفسه جایز باشد؛ چون هرچند ممکن است اصل تصرف فی نفسه حرام باشد اما اصالة الصحه تنها می خواهد فعل مسلم را از حیث تصرف عدوانی و غیر عدوانی حمل بر صحت کند، و چنین حملی با حرمت فی نفسه فعل و تصرف نیز قابل جمع است.

## ۵. اصل عملی هنگام شک در فاسخ بودن

چنان که بیان شد اگر از ادله، فاسخ بودن تصرفات مطلقاً یا در موارد خاص به دست آید، بر اساس همان حکم می شود. اما اگر دلیل، دچار اجمال و ابهام بوده و دلالت آن بر فاسخ بودن تصرفی مشخص نباشد، چه باید کرد؟ به تعبیری، در موارد شک در فاسخ بودن تصرفی، وظیفه چیست؟ مثلاً بیان شد در فاسخ بودن تصرف، قصد معتبر است؛ حال اگر شک شود که تصرف شخص همراه با قصد بوده یا خیر؟ وظیفه چیست؟ (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲).

### ۵-۱- اصل فاسخ بودن بنا بر اصله الصحه

برخی در اینباره گفته اند: بنا بر اصله الصحه باید گفت که در موارد شک، اگر فعل شخص، ظهور در فسخ فعلی داشته باشد باید تصرفات را فاسخ دانست، چون در غیر این صورت، باید چنین تصرفاتی را در ملک غیر و عدوانی دانست، که حرام خواهد بود و این با اصل صحه فعل مسلمان در تنافی است. لذا بنا بر این اصل باید تصرفات مشکوک را حمل بر تصرفات فاسخ دانست؛ پس اگر شک شود که شخص، قصد فسخ فعلی داشته است یا خیر؟ باید حمل بر وجود قصد کرد و تصرف وی را فاسخ عقد دانست (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۲/۲).

اما این سخن به چند دلیل ناتمام است:

اولاً- فرض مسأله، صورت شک است اما اگر فعل شخص، ظهور در فسخ فعلی داشته باشد، دیگر شک معنا نداشته و بر اساس ظهور فعل که همچون ظهور کلام حجّت است حکم کرده و ادله مشروعیت تصرفات فاسخ شامل آن می شود.

ثانیاً- درباره اماره یا اصل بودن اصله الصحه دو احتمال مطرح است (رک: شیخ انصاری، ۱۴۲۸: ۳۷۳/۳-۳۷۴)؛ اول: اگر اصله الصحه، اماره باشد تمسک بدان خروج از محل بحث است، چون فرض مسأله صورت شک در فاسخ بودن است، در حالی که بنا بر اماره بودن اصل صحه، دیگر شکی در فاسخ بودن تصرفات باقی نمی ماند؛

همچنین در بخش ادله بیان شد که اصل صحّت، شامل موارد علم و عمد می شود و اگر بخواهد در موارد شکّ در تحقّق علم و عمد جاری شود تمسکّ به عامّ در شبهه مصادقیّه عامّ خواهد شد که معتبر نیست دوم: اما اگر اصاله الصّحّه جزو اصول عملیه شناخته شود، هر چند دیگر نمی توان از آن به عنوان یکی از ادله مشروعیت تصرّفات فاسخ نام برد، اما در موارد شکّ کاربرد داشته و بر اساس آن می توان حکم به فاسخ بودن تصرّفات کرد.

## ۲-۵- اصل فاسخ نبودن بنا بر استصحاب ملکیت

اصل دیگری که در فرض شکّ در فاسخ بودن تصرّفات مطرح است، استصحاب ملکیت است که نتیجه این اصل، فاسخ نبودن تصرّفات است؛ چون با تحقّق عقد، ملکیت از بایع به مشتری منتقل شده است. حال با تحقّق برخی تصرّفات که مثلاً شکّ می شود آیا به قصد فسخ فعلی محقّق شده یا خیر؟ در زوال ملکیت مشتری شکّ می شود. استصحاب ملکیت ثابت می کند که ملکیت مشتری همچنان باقی است؛ در نتیجه، تصرّفات حاصل شده فاسخ عقد نیست (الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴).

اما نسبت به این استصحاب نیز اشکالاتی مطرح است:

اشکال اول: اثبات فاسخ نبودن تصرّفات با استصحاب ملکیت مشتری، اصل مثبت است. تمسکّ به این اصل تنها در صورتی صحیح است که مثبتات اصول، حجّت باشند؛ اما اگر مثبتات اصول معتبر و حجّت نباشند تمسکّ بدان ناتمام است.

اشکال دوم: این اصل، معارض با اصاله الصّحّه است. در جای خود ثابت شده است که اصل صحّت حتی اگر اصل عملی باشد، بر استصحاب مقدم است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸: ۳۷۳-۳۷۴)؛ بنابراین در فرض اصل عملی دانستن اصل صحّت، حکم به فاسخ بودن چنین تصرّفات می شود.

اشکال سوم: این استصحاب، با استصحاب ملکیت مالک اول معارض است. چنین تصرّفی نشان می دهد ملکیت مالک بر ملکش باقی مانده است، و بقای ملکیت چیزی نیست مگر همان فسخ معامله (وزاره الأوقاف و الشئون الإسلامیه، ۱۴۰۴: ۱۰۸/۲۰).

البته این اشکال وارد نیست؛ چون ملکیت مالک اول قطعاً با انجام معامله هر چند معامله خیاری و متزلزل، زائل شده است و دیگر نمی توان چنین ملکیتی را استصحاب کرد، چون ارتفاع موضوع در آن یقینی است.

اشکال چهارم: ظهور چنین فعلی بر پشیمانی از عقد گذشته و فسخ آن قوی تر است و با وجود ظهور، نوبت به جریان اصل نمی رسد (الرافعی القزوی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۴).

این اشکال نیز مورد پذیرش نیست، چون سخن در جایی است که ظهوری - چه قولی و چه فعلی - وجود نداشته باشد؛ چون با وجود ظهور، همگی قائلند که محلّ جریان اصل عملی نیست. اما فرض مسأله در جایی است که فاسخ بودن تصرف، مشکوک است؛ یعنی چنین ظهوری برای فعل محقق نشده است، لذا نمی توان فعل فاقد ظهور را بر استصحاب مقدم دانست.

بنابراین در جمع بندی جریان اصل عملی باید گفت:

اگر اصاله الصحه به عنوان اصل عملی پذیرفته شود نه اماره شرعی، بر اساس آن به فاسخ بودن تصرفات در فرض شکّ حکم می شود؛ اما اگر اصاله الصحه اماره بوده و مثبتات اصول نیز معتبر باشد بر اساس استصحاب، حکم به فاسخ نبودن چنین تصرفاتی می شود. اما اگر مثبتات اصول معتبر نباشد، هر چند نمی توان حکم به فاسخ نبودن تصرفات کرد اما با حکم به بقای ملکیت مشتری، قهراً احکام فاسخ نبودن تصرفات مترتب می شود.

## نتیجه گیری

۱- تصرفات فاسخ (فسخ فعلی یا فسخ بالدلاله)، تصرفاتی است که موجب می شود عقد خود به خود فسخ و باطل شود.

۲- مشروعیت فی الجمله چنین تصرفاتی مورد اتفاق است و مشروعیت آن بر اساس نظریه تراکم ظنون، واضح؛ و بر اساس دیدگاه مقابل با تمسک به ادله متعدّد همچون

صدق عرفی فسخ بر چنین تصرفاتی و شمول اطلاق ادله فسخ، و همچنین عدم لزوم لفظ برای تحقق فسخ، ثابت است.

۳- محدوده و ضابطه تصرفات فاسخ باید بر اساس ادله مشروعیت تحلیل و بررسی شود؛ بر این اساس:

الف: اگر دلیل مشروعیت اجماع باشد، قدر متیقن از اجماع منقول، تصرفات مالکانه جایز همراه با قصد و اراده فسخ است.

ب: بر اساس دلیل صدق عرفی و شمول اطلاق ادله فسخ، اصل اولی این است که هر گونه تصرفی چه مالکانه یا غیر مالکانه، حرام یا جایز، از نظر عرف همراه با قصد و اراده فسخ تشخیص داده شده و فاسخ عقد است، مگر خلاف آن ثابت شده یا لااقل در تشخیص دیدگاه عرف، اجمال و ابهام محقق شود که مانع جریان ادله گردد.

ج: فقدان دلیل بر لزوم استفاده از لفظ در تحقق فسخ، به لحاظ دلالتی تنها ثابت می کند که فسخ با فعل نیز محقق می شود، اما نسبت به شمول دایره فعل نسبت به مطلق افعال یا عدم شمول آن دلالتی ندارد.

د: با توجه به ملازمه بین امضاء و فسخ، اگر مطلق تصرفات را امضاء بدانند، در فسخ نیز مطلق تصرفات فاسخ خواهند بود و اگر در امضاء بودن تصرفات، شرایط خاصی مطرح شده است آن شرایط هم در فسخ بودن تصرفات معتبر است.

ه: اگر دلیل بر مشروعیت تصرفات فاسخ، اصاله الصحه باشد مطلق تصرفات، فاسخ نبوده و محدوده تصرفات فاسخ، شامل تصرفاتی می شود که عالماً و عامداً محقق شده باشد.

۴- اگر در فسخ بودن تصرفاتی شک شود بر اساس اصل عملی دانستن اصاله الصحه، حکم به فسخ بودن تصرفات در فرض شک می شود. بر اساس اماره دانستن اصاله الصحه، دیگر تمسک بدان از محل بحث خارج بوده و باید استصحاب کرد. بر اساس استصحاب در صورتی که مثبتات اصول معتبر باشد، حکم به فسخ نبودن چنین تصرفاتی می شود. اما اگر مثبتات اصول معتبر نباشد هر چند نمی توان حکم به فسخ

نبودن تصرفات کرد، اما با حکم به بقای ملکیت مشتری، قهراً احکام فاسخ نبودن تصرفات مترتب می شود.

از نظر نگارنده، سه دلیل بر مشروعیت تصرفات فاسخ دلالت دارند که عبارتند از: ۱- اجماع؛ ۲- صدق عرفی و شمول ادله مشروعیت فسخ؛ ۳- عدم دلیل بر لزوم لفظ در فسخ. بر این اساس، از آنجا که دلیل سوم در تعیین محدوده دخالتی ندارد و تنها دو دلیل اول قابلیت تمسک برای تعیین محدوده تصرفات فاسخ را دارند باید گفت مطلق تصرفات در ما انتقل عنه، فاسخ عقد است به دلیل صدق عرفی و شمول اطلاق ادله مشروعیت فسخ، و اجماع هر چند بیان شد به دلیل لبی بودن، تنها قدر متیقن را ثابت می کند، اما این قدر متیقن نمی تواند اطلاق ادله را تقیید بزند.

اما اگر در مواردی در فاسخ بودن تصرفات، شک صورت پذیرد با توجه به اصل عملی بودن اصله الصحه و تقدم آن بر استصحاب ملکیت مشتری، باید گفت اصل بر فاسخ بودن تصرفات مشکوک است؛ در نتیجه، تمام تصرفات ذو الخیار در ما انتقل عنه، فاسخ عقد است مگر دلیلی بر خلاف آن اقامه شود.

با توجه به این که فاسخ دانستن تصرفات، نقش بسزایی در رفع اختلافات میان بایع و مشتری دارد؛ و محدوده تأثیرگذاری این تصرفات بر اساس نوع پذیرش ادله مثبتة آن و بر اساس دیدگاه های فقها، متفاوت است و در قانون نسبت به موارد شک در فاسخ بودن تصرفات، هیچ بیانی وارد نشده است و با توجه به این که معیار مطرح شده در قانون (فاسخ بودن نوعی تصرفات) خود محل کلام است پیشنهاد می شود این مسأله در مجامع حقوقی و قانونگذاری مورد مذاقه بیشتر قرار گرفته و حقوق مدنی کشور بر اساس یافته های آن تکمیل و تصحیح شود.

## منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۱۳۷ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸

- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، **غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

- انصاری(شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **المکاسب**، تحقیق گروه پژوهش در کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

- انصاری(شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ق)، **فوائد الاصول**، ج ۳، ج ۹، قم: مجمع الفکر الإسلامی.

- البغوی، حسین بن مسعود بن محمد بن الفراء (بی تا)، **التهدیب فی فقه الإمام الشافعی**، تحقیق: الشیخ عادل أحمد عبد الموجود و الشیخ علی محمد معوض، ج ۳، بیروت: دار الکتب العلمیه.

- جبعی عاملی(شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق)، **منهاج الفقاهه**، ج ۶، ج ۵، قم: انوار الهدی.

- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۷ق)، **إیصال الطالب إلى المکاسب**، ج ۱۵، تهران: منشورات علمی.

- حلّی(علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقهاء**، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ۱۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- حلّی(علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق)، **قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام**، تحقیق: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق)، **الخيارات**، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).

- الرافعی القزوی، عبد الکریم بن محمد بن عبد الکریم (۱۴۱۷ق)، **العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير**، تحقیق علی محمد عوض؛ عادل أحمد عبد الموجود، ج ۴، بیروت: دار الکتب العلمیه.

- شاکری، بلال (۱۳۹۵)، **بازخوانی حجیت اجماع مدرکی**، فصلنامه فقه و اصول، ۱۰۶، ۲۷-۴۷.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

- طوسی(شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، تحقیق سید محمد تقی کشفی، ج ۲، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.

- عاملی(شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- لجنه مكونه من عدّه علماء و فقهاء فى الخلافة العثمانیه (بى تا)، مجلّه الأحكام العدلیه، تحقیق نجیب هواوینى، ج ۱، کراتشى: کارخانه تجارت کتب.
- مامقانى، ملاعبدالله (۱۳۵۰ق)، **نهايه المقال فى تکمله غايه الآمال**، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
- مؤسسہ زاید بن سلطان آل نهیان (بى تا)، **معلمه زاید للقواعد الفقهیه و الأصولیه**، ج ۱، امارات: مؤسسہ زاید بن سلطان آل نهیان (نسخه الکترونیك).
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فى شرح شرائع الإسلام**، تحقیق عباس قوجانى و على آخوندى، ج ۲۳، ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقى، ملّا محمد (۱۴۲۲ق)، **مشارق الأحكام**، تحقیق سید حسن وحدتى شیرى، ج ۲، قم: کنگره نراقیین ملّا مهدى و ملّا احمد.
- النووى، أبو زکریا محیى الدین یحیی بن شرف (بى تا)، **المجموع شرح المذهب**، ج ۹، بی جا: دار الفکر.
- النووى، أبو زکریا محیى الدین یحیی بن شرف (۱۴۱۲ق)، **روضه الطالبین و عمدہ المفتین**، تحقیق زهیر الشاویش، ج ۳، بیروت: المکتب الإسلامی.
- وزاره الأوقاف والشئون الإسلامیه- الكويت (۱۴۰۴ق)، **الموسوعه الفقهیه الكويتیه**، ج ۲۰، ۲، ج ۲، کویت، دار السلاسل.