

تعلق حقّ خیار به عقد یا به عین

صادق طهوری (نوروزی) * / عباس یعقوب زاده مجرد **

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۱۷

چکیده

تعلق حقّ خیار به عقد یا به عین، از میانی اساسی برای تحلیل مسائلی از قبیل سقوط یا عدم سقوط حقّ خیار با تلف عین و اتلاف آن، تصرف در عین و انتقال آن به غیر می باشد. علیرغم اهمیت این مسأله در تدوین مواد قانونی، ادله آن به طور تفصیلی و منسجم مورد توجه حقوقدانان قرار نگرفته است. سؤال اساسی آن است که آیا در حقّ خیار، عین موضوعیت دارد که با تلف عین، حقّ خیار نیز زائل شود یا عقد موضوعیت دارد که با تلف عین، همچنان خیار باقی است و پرداخت عین بر ذمه قرار گیرد؟ این تحقیق نشان می دهد اصل عملی اولیه بر تعلق حقّ خیار به عین است ولی قواعد فقهی موجود و همچنین دلیل اجتهادی سیره عقلا، دالّ بر تعلق حقّ خیار به عقد است، به گونه ای که با تلف شدن عین، عقلا خود را همچنان مستحقّ مالیت آن عین می دانند. از طرفی، ادله اثبات کننده خیارات به دو دسته ادله لّبی و ادله لفظی تقسیم می شود که خود ادله لفظی نیز دارای دو قسم ادله شامل لفظ «خیار» و ادله شامل لفظ «ردّ عین» می باشد. استظهار از ادله لّبی و لفظی دالّ بر خیارات، تعلق حقّ خیار به عقد را تأیید می کند. فقط در خیار عیب به دلیل وجود اجماع، تعبداً وجود عین، موضوعیت یافته و خیار عیب به عین تعلق می گیرد.

کلیدواژه: تعلق حقّ خیار، تلف عین، استصحاب، سیره عقلا، استظهار.

* استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه، قم، ایران

** دانش پژوه فقه سطح ۳ حوزه علمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول)

مقدمه

حقوق مالی از حیث تعلّق به عين و ذمه به دو دسته تقسیم می شوند: دسته اول، حقوقی هستند که متعلّق به عين می باشند و کاری به ذمه شخص ندارند مثل حقّ الرهانه، حقّ الشفعه و همچنین حقّ الجنایه در قصاص عبد. مثلاً در حقّ شفعه دو شخصی که در بنای خانه ای شریک می باشند چنان چه یکی از آن دو نفر سهم خودش را به بیگانه ای بفروشد، شریک دیگر حقّ شفعه دارد، اما اگر بر اثر زلزله، بنای آن خانه از بین رفت، حقّ شفعه ای باقی نمی ماند. این دسته از حقوق با تلف شدن عين، از بین می روند. اما دسته دوم، حقوقی هستند که بر ذمه شخص واقع می شود و نسبت به وجود یا تلف عين لا به شرط هستند؛ مثل دین و قرض، مثلاً کسی که مالی را قرض گرفته است، آن مال بر ذمه او واقع می شود هر چند عين مال کماکان در اختیار او باشد. این حقوق با تلف شدن عين، همچنان باقی است (جوادی آملی، ۱۳۹۲: درس خارج فقه). یکی از حقوق مالی، حقّ خيار می باشد که در مورد تعلّق این حقّ نسبت به عين یا ذمه شخص، تبیین واضحی صورت نگرفته است. در حقیقت آیا حقّ خيار به عين تعلّق گرفته است که با تلف عين، حقّ نیز زائل شود و یا به عقد تعلّق گرفته است که با تلف عين، همچنان حقّ باقی بوده و بر ذمه شخص قرار گیرد؟

تعلّق حقّ خيار به عقد یا به عين، از جمله مبانی اساسی برای چستی ماهیت خيار می باشد. هر چند به طور پراکنده در خيارات مختلف، در مورد سقوط یا عدم سقوط خيار در صورت تصرف در عين و اتلاف آن و همچنین انتقال عين به غیر بحث شده است، اما توجه به ریشه این مسائل که در واقع تعلّق حقّ خيار به عين یا عقد می باشد، می تواند زمینه و بستر مناسبی برای پاسخ به سؤالات مذکور را فراهم کند و به عنوان یک حکم عمومی برای خيارات لحاظ گردد؛ زیرا نبود آن در قانون مدنی جمهوری اسلامی به عنوان یک خلأ اساسی احساس می شود.

ادله مطرح شده برای این مسأله، به طور اجمالی و پراکنده توسط محققان فقه و حقوق مورد بررسی قرار گرفته است. برخی برای اثبات عدم سقوط خیار با تلف عین از استصحاب جزئی و اطلاق روایات و مقتضای عمومات ادله استفاده کرده اند که نتیجه آن تعلق حق خیار به عقد می باشد (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۲۹). اما این تحقیق نشان می دهد که استصحاب جاری در این مسأله، از نوع استصحاب کلی قسم دوم می باشد، نه استصحاب جزئی. البته استصحاب کلی قسم دوم برای اثبات تعلق حق خیار به عقد اصل مثبت می شود. بنابراین اصل اولیه در مقام، تعلق حق خیار به عین خواهد بود. همچنین تمسک به اطلاق روایات برای رسیدن به مدعا، به خاطر مجمل بودن مفهوم خیار، دچار چالش می باشد. البته در این تحقیق سعی شده است سه راهکار برای خروج از اجمال، ارائه گردد.

این مقاله نشان می دهد برای اثبات تعلق حق خیار به عقد می توان از دلیل اجتهادی سیره عقلا و قواعد فقهی موجود نیز بهره گرفت. همچنین یک راهکار دیگر برای اثبات تعلق حق خیار به عقد، استظهار از ادله اثبات کننده خیار است. ادله دال بر خیار به دو دسته: ادله لئی و ادله لفظی تقسیم می شوند که خود ادله لفظی هم دارای دو قسم ادله شامل لفظ «خیار» و ادله شامل لفظ «رد عین» می باشد. تلاش شده است با استظهار از ادله اثبات کننده خیار، تعلق حق خیار به عقد اثبات گردد.

۱- اصل عملی استصحاب

قبل از بررسی امارات و قواعد فقهی، بهتر است صرفنظر از ادله اجتهادی، اصل اولیه در مقام، روشن گردد. زیرا همان طور که در ادامه می آید، احتمال مجمل بودن مفهوم خیار در ادله اجتهادی وجود دارد که در این صورت، به خاطر وجود قدر متیقن خارجی و شک در مقدار زائد، می بایست به قدر متیقن آن یعنی ثبوت خیار با وجود عین، بسنده نمود که نتیجه آن تعلق حق خیار به عین خواهد بود، مگر این که به کمک

اصل استصحاب، بتوان بقاء خیار را در صورت تلف عین اثبات نمود و از این راه به تعلق حقّ خیار به عقد پی برد.

تا زمانی که عین موجود باشد، ثبوت خیار روشن است، اما در صورت تلف عین، شکّ می شود که آیا می توان همچنان به بقاء خیار حکم نمود یا خیر؟ این شکّ ناشی از آن است که نمی دانیم حقّ خیار از ابتدا به عین تعلق گرفته است که در صورت تلف عین، خیار ساقط شده، یا این که حقّ خیار به عقد تعلق گرفته و با بقاء عقد، خیار همچنان باقی است؟ برای پاسخ به این پرسش، به استصحاب کلیّ قسم دوم تمسّک شده و استصحاب جزئی جاری نخواهد بود. استصحاب جزئی، استصحاب فرد معین و در مقابل استصحاب کلیّ است که مستصحب آن، وجود کلیدر ضمن افرادش می باشد. اما استصحاب کلیّ قسم دوم، به استصحابی گفته می شود که مستصحب آن کلیّ می باشد و شکّ در بقای کلیّ ناشی از این است که از ابتدا تردید وجود دارد آیا کلیّ در ضمن این فرد به وجود آمده تا الآن هم قطع به بقای آن باشد، و یا در ضمن فرد دیگری به وجود آمده تا الآن قطع به عدم بقا و ارتفاع آن باشد. البته اصل یقین سابق به کلیّ در ضمن یکی از دو فرد محفوظ است و شکّ در بقاء آن کلیّ در ضمن یکی از دو فرد آن وجود دارد.

در محل بحث، استصحاب جزئی جاری نمی شود، زیرا رکن شکّ در بقاء را ندارد. خیار ناشی از وجود عین، موجود است ولی با تلف شدن عین، این خیار قطعاً از بین رفته است و جایی برای شکّ لاحق و جریان استصحاب جزئی باقی نمی گذارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۶۶). اما تمسّک به استصحاب کلیّ قسم دوم ممکن است. کلیّ خیار دارای دو فرد می باشد: فرد اول، خیار ناشی از وجود عین و فرد دوم، خیار ناشی از عقد است. یقین سابق به وجود کلیّ خیار وجود دارد، هرچند تردیدی هست که این خیار ناشی از بقاء عین است یا وجود عقد. در صورتی که این خیار ناشی از وجود عین باشد، با تلف شدن عین، قطعاً خیار در ضمن آن ساقط شده است ولی اگر

این خیار ناشی از وجود عقد باشد، این خیار بعد از تلف عین، همچنان باقی است؛ بنابراین در حالت لاحق، شک در بقاء کلی خیار وجود دارد؛ پس می توان کلی خیار را استصحاب نمود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۷۳/۲).

اما اشکالات وارد به استصحاب کلی به قرار ذیل است:

اشکال اول آن است که استصحاب کلی قسم دوم کمکی به پاسخ دادن به پرسش اصلی نمی کند؛ چراکه سؤال این بود که آیا حق خیار به عقد تعلق گرفته است یا به عین؟ استصحاب کلی قسم دوم هرچند بقاء کلی خیار را اثبات می کند، اما برای اثبات فرد آن کلی مفید نیست؛ چراکه اثبات فرد از طریق استصحاب بقاء کلی، اصل مثبت و لازمه عقلی آن می باشد و اصل عملی، توانایی اثبات لوازم عقلی خود را ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۶۶).

اشکال دوم آن است که برای استصحاب خیار باید ادله اثبات کننده خیار مد نظر باشد. چنان چه ادله اثبات کننده خیار دلیل لَبّی (عقلی یا اجماع) باشد، در این صورت طبق نظر صحیح، آن خیار را نمی توان استصحاب نمود؛ زیرا استصحاب در مواردی که با ادله عقلی یا اجماع اثبات می شود مثل خیار غبن، خیار عیب و تدلیس جریان ندارد، چراکه موضوع استصحاب در این موارد تغییر می کند و شرط جریان استصحاب یعنی بقاء موضوع را از دست می دهد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۰۹/۵-۲۱۰). از همین رو استصحاب تراخی خیار تدلیس جاری نمی گردد. حق فسخ ناشی از تدلیس بعد از علم به آن فوری بوده و اگر فرد فریب خورده بعد از اطلاع به علت فسخ، اقدام به فسخ نکند خیار او از بین رفته و قابل بازگشت نخواهد بود (صفرخانی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۰۶) زیرا ملاک در خیار تدلیس دلیل عقلی لاضرر است. استصحاب بقاء خیار بعد از تلف عین، تنها در خیاراتی جاری می شود که دلیل اثبات کننده آنها، لفظی باشد؛ بنابراین استصحاب کلی خیار، نسبت به همه خیارات عمومیت ندارد.

اشکال سوم آن است که شکّ لاحق در این استصحاب، در حقیقت، از قبیل شکّ در مقتضی می باشد، زیرا نمی دانیم که خيار موجود در حالت سابق، توانایی و اقتضاء دارد که بعد از تلف، همچنان باقی بماند یا خیر؛ پس جریان استصحاب کلی در محل بحث، فقط طبق مبنایی که استصحاب در شکّ در مقتضی را جایز می داند، صحیح می باشد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۷۲/۲). البته به اشکال مذکور می توان اینگونه پاسخ داد که این استصحاب از قبیل شکّ در مقتضی نیست، بلکه از باب شکّ در مانعیت موجود می باشد. به این بیان که شکّ، در صورتی از قبیل شکّ در مقتضی می باشد که بدون وجود هیچ مانعی، در اقتضا و بقای آن امر شکّ شود؛ ولی شکّ در بقاء خيار موجود، به خاطر شکّ در اقتضای آن نیست؛ چراکه اگر مانعی مثل تلف عین پیش نمی آمد، هیچ شکّی وجود نداشت که این خيار همچنان باقی بماند. شکّ در بقاء خيار به دلیل حدوث مانعی مثل تلف عین است، زیرا سؤال مطرح شده این است که آیا بروز تلف عین، مانعیتی برای بقاء خيار ایجاد کرده است یا خیر؟ یعنی امری حادث شده است اما در مانعیت آن امر موجود برای بقاء خيار شکّ شده است. پس این شکّ از قبیل شکّ در مانعیت موجود است و جریان استصحاب از این حیث مانعی ندارد (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۵/۲).

اشکال چهارم آن است که اساساً در این استصحاب، بقاء موضوع به هیچ وجه وجود ندارد. مستصحب، حقّ جواز فسخ می باشد اما موضوع این مستصحب مشخص نیست که عقد فی نفسه می باشد یا عین؟ یعنی مشخص نیست موضوع برای حقّ جواز فسخ، خود عقد است یا عین می باشد. چنان چه موضوع، خود عقد باشد موضوع باقی مانده است اما اگر موضوع، خود عین باشد، موضوع از بین رفته است. پس بقاء موضوع به عنوان شرط جریان استصحاب محرز نیست (روحانی، ۱۴۲۹: ۴۴۶/۶). این اشکال قابل دفع می باشد؛ زیرا موضوع برای جواز فسخ، عقد می باشد و در این مطلب شکّی نیست. همان طور که عقد منعقد می شود و به تبع آن عوض و معوض مبادله می

گردند و به تملیک متعاقدین در می آید به همان صورت خود عقد، متعلق فسخ واقع می شود. بنابراین موضوع مستصحب، خود عقد فی نفسه می باشد. اما نکته اساسی در این است که آیا برای حقّ خیار و جواز فسخ، خود عقد فی نفسه موضوعیت دارد و بقاء عقد مقتضی حقّ جواز فسخ است یا این که عقد، حلقه ارتباطی و در حقیقت، طریق رسیدن به عین می باشد و عین موضوعیت دارد که با از بین رفتن عین، حقّ جواز فسخ عقد هم از بین می رود؟ پس سؤال حقیقی به این بر می گردد که آیا حقّ جواز فسخ عقد، ناشی از خود عقد فی نفسه است یا ناشی از بقاء عین؟ و هر پاسخی به این سؤال داده شود در نهایت، عقد است که قابلیت فسخ پذیری دارد؛ پس موضوع تغییری نکرده است.

اشکال پنجم آن است که اگر در بقاء خیار و جواز فسخ عقدی شکّ شود، با وجود عموماتی مثل آیه شریفه «أوفوا بالعقود» که دالّ بر لزوم عقد هستند، دیگر نوبت به جریان اصلی عملی نخواهد رسید؛ زیرا با وجود ادله اجتهادی، نباید به اصل عملی استصحاب مراجعه نمود (روحانی، ۱۴۲۹: ۴۴۷/۶). این اشکال نیز وارد نمی باشد، زیرا آیه «أوفوا بالعقود» دلالت بر لزوم عقد فی نفسه دارد، در حالی که خیار، یک حقّ خارج از ماهیت عقد می باشد؛ پس اگر در یک عقدی مثل بیع، حقّ خیار و وجود داشته باشد ولی در بقاء خیار شکّ شود می توان به استصحاب بقاء خیار مراجعه نمود و عمومات دالّ بر لزوم فقط ناظر به خود عقد فی نفسه می باشند و نسبت به وجود خیار در عقد که یک حقّی خارج از ماهیت عقد هستند، بیانی ندارند. البته، چنان چه در استصحاب بقاء خیار خدشه ای وارد باشد، می بایست به همان قدر متیقّن وجود خیار بسنده شود و اساساً تعمیم حقّ خیار، نیاز به دلیل دارد و اگر ادله ای برای بقاء خیار ارائه نگردد، اصل بر عدم وجود خیار می باشد و در عین حال می توان لزوم عقد را برای حالت تلف عین، استصحاب نمود.

با توجه به اشکال اول مطرح شده که عبارت بود از اصل مثبت بودن استصحاب کلی برای اثبات فرد معینی از آن کلی، باید گفت نظر صحیح آن است که از طریق استصحاب کلی نمی توان اثبات بقاء خیار ناشی از عقد را نتیجه گیری کرد. بنابراین استصحاب بقاء خیار، دچار خدشه است و برای تعمیم دادن خیار و جواز فسخ در حالت تلف عین، نیاز به دلیل داریم. از آنجایی که استصحاب بقاء خیار دچار مشکل است، می توان نسبت به حالت تلف عین، لزوم عقد را استصحاب نمود.

پس اصل اولی در این که حقّ خیار با تلف عین ثابت است یا خیر، آن است که حقّ خیار با تلف عین ثابت نیست و بایستی به همان مقدار متیقّن یعنی وجود خیار در صورت بقاء عین، اکتفا کرد. ثبوت خیار در صورت بقاء عین نشان می دهد که حقّ خیار به عین تعلق گرفته است مگر آن که امارات و ادله اجتهادی، خلاف آن را اثبات نماید که در ادامه بررسی خواهد شد.

۲- اجماع

در بحث خیار عیب، بر سقوط خیار در صورت تلف عین، اجماع وجود دارد و مشتری فقط می تواند ارش آن را اخذ نماید (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۸۹/۵). همچنین مفهوم مخالف روایت مرسله جمیل بن دراج هم دالّ بر آن می باشد. این روایت به خاطر ارسالش چنان چه ضعیف هم شمرده شود، به خاطر عمل اصحاب منجر می باشد. در روایت جمیل «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثُّوبَ أَوْ الْمَتَاعَ فَيَجِدُ فِيهِ عَيْبًا فَقَالَ إِنَّ كَانَ الشَّيْءَ قَائِمًا بَعِيْهِ رَدُّهُ عَلَيَّ صَاحِبِهِ وَ أَخَذَ الثَّمَنَ وَ إِن كَانَ الثُّوبُ قَدْ قُطِعَ أَوْ خِيَطَ أَوْ صُبِغَ يَرْجِعُ بِنُفْصَانِ الْعَيْبِ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۹۴/۱۰) ردّ و فسخ، متوقّف بر بقای عین شده است. مفهوم مخالف، آن است که در صورت عدم بقای عین، ردّ و فسخی وجود ندارد (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۴/۵)؛ یعنی با تلف عین، خیار عیب ساقط می گردد. از طرف دیگر، چون خیار یک حقیقت شرعیّه و متشرعیّه ندارد، می بایست به معنای عرفی و

عقلایی آن حمل شود. رجوع به ارتکازات عرفی در خيارات نشان می دهد که حقیقت عرفی خيار در بین همه خيارات یکسان است و اینطور نیست که ماهیت آن در برخی از خيارات با برخی دیگر متفاوت باشد. بنابراین، از اجماع موجود بر سقوط خيار عیب با تلف عین از یک طرف و یکسان بودن ماهیت عرفی خيار در بین همه خيارات از طرف دیگر، می توان نتیجه گرفت که حق جواز فسخ، به عین تعلق گرفته است. اجماع بر سقوط خيار عیب در صورت تلف عین، مؤیدات دیگری نیز در کلام فقها دارد. شیخ طوسی در بیع مرابحه معتقد است چنان چه کذب بائع در خبر دادن از رأس المال مشخص شود، در صورت تلف شدن عین، ردّ و فسخی برای مشتری وجود ندارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۳/۲). همچنین محقق کرکی در عدم سقوط خيار غبن و خيار رؤیت در صورت تلف عین، به جزم سخن نگفته است (کرکی، ۱۴۱۴: ۲۹۷/۴ و ۳۱۸).

البته چالش اساسی آن است که نظر معروف و مشهور فقها، عدم سقوط خيار در صورت تلف عین می باشد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۹۵). عدم سقوط خيار با تلف عین طبق نظر مشهور، سبب می شود کاشفیت اجماع مذکور در خيار عیب برای بیان تعلق حق همه خيارات به عین، دچار خدشه گردد. با توجه به این مطلب می بایست اجماع مذکور در سقوط خيار عیب در حالت تلف عین به نحوی توجیه گردد. راهکار اول آن است که برخلاف سایر خيارات، به خاطر وجود اجماع، بایستی قائل به سقوط خيار عیب با تلف عین شد که خروجی آن، تعلق حق خيار عیب به عین خواهد بود. اما در سایر خيارات، حق خيار به عقد تعلق دارد. اجماع مذکور در خيار عیب حاکی از آن است که بقاء عین در این خيار تعبداً موضوعیت داشته است و نمی توان آن را به سایر خيارات تعمیم داد. استعمال تعبیر «ردّ» در مرسله مذکور به خيار عیب، این تحلیل را تقویت می کند؛ چراکه متعلق تعبیر «ردّ» در روایت، عین و مبیع می باشد. راهکار دوم آن است که حق خيار در خيار عیب هم مثل سایر خيارات، حق فسخ عقد باشد ولی

روایت مذکور در سقوط خیار عیب با تلف عین، نشان می دهد که حقّ فسخ عقد، مطلق نبوده بلکه مقید به تلف عین شده است و این قید به خاطر روایات خیار عیب به صورت تبعّدی به حقّ فسخ عقد اضافه شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۴۴۸)؛ بنابراین اجماع دالّ بر سقوط حقّ خیار عیب در صورت تلف عین، نمی تواند تعلّق حقّ خیارات را به وجود عین اثبات کند؛ بلکه بر عکس، از آنجایی که مشهور فقها قائل به عدم سقوط خیار با تلف عین شده اند کاشفیت ظنی نسبت به تعلّق حقّ خیار به عقد را به دنبال دارد.

۳- سیره عقلاء

از آنجایی که برخورد شارع مقدّس نسبت به بخش معاملات به طور امضایی می باشد و نه تأسیسی، می بایست اولاً، ارتکازات عقلایی در محلّ بحث تبیین گردد و ثانیاً، نحوه امضای شارع و توسعه و ضیق آن در مسأله روشن گردد. اما نسبت به وجود سیره عقلا در جریان حقّ خیارات در معاملات، از آنجا که خیارات نه حقیقت شرعیّه دارند و نه حقیقت متشرعیّه، می بایست برای تبیین ماهیت خیارات، رفتار عقلا در مسائل مالی تبیین گردد. توجه به سیره عقلا در معاملات نشان می دهد که نوع عقلا با تلف شدن عین، حقّ جواز فسخ عقد را کماکان برای خود قائل هستند و اینطور نیست که مثلاً در معامله ای که مشتری دچار غبن شده و عین، دچار تلف سماوی گردیده است، دیگر حقّ جواز فسخ معامله را ساقط بدانند؛ بلکه اساساً حقّ فسخ قرارداد را با تلف شدن عین، برای خود قائل هستند تا از این طریق به مال خود دست یابند. البته چنان چه در خیار عیب، اجماع و اتفاق بر سقوط خیار عیب با تلف شدن عین داشته باشیم، به طور تبعّدی باید پذیرفت که در چنین خیاری، نفس عین خارجی از نظر شارع موضوعیت گرفته است.

صاحب عروه معتقد است که هر چند خیار، حقی است که به عقد تعلق گرفته است تا از طریق آن، عین قابل استرداد باشد اما این حق به صورت تعدد مطلوب بنا شده است نه به صورت تقيید. توضیح آن که در خیار، دو مطلوب در کنار هم قرار گرفته است: مطلوب اول، حق جواز فسخ عقد است و مطلوب دوم، حق استرداد عین در صورتی که باقی باشد و دریافت بدل آن در صورتی که تلف شده باشد. پس تلف عین، آسیبی به مطلوب اول که همان حق جواز فسخ عقد است، وارد نمی‌کند. زیرا حق استرداد عین، حق جواز فسخ را تقيید نمی‌زند بلکه حقی در کنار حق فسخ عقد می‌باشد. بنابراین، سیره عقلا در حق خیار آن است که دو مطلوب را به نحو مستقل در کنار هم، حق خود می‌داند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۷/۲). لازمه نظر صاحب عروه آن است که چنان چه عین تلف گردید، از آنجا که مطلوب دوم در حق خیار، آن است که اگر عین قابل استرداد نیست بدل آن را دریافت کند، پس ذو الخیاری که عین در ملک او تلف شده است، بعد از فسخ عقد می‌بایست قیمت یوم الفسخ را بپردازد؛ یعنی همان طور که ذو الخیار، حق جواز فسخ را در صورت تلف عین دارا می‌باشد به همان صورت، در روز فسخ عقد، ضامن عین تلف شده می‌باشد و قیمت روز فسخ عقد به ذمه او می‌آید (همان: ۴۷/۲). هر چند نظر اکثر فقها قیمت یوم التلف می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۲۰۱/۵).

نائینی نسبت به نظر صاحب عروه ترقی می‌کنند و معتقدند درست است که حق فسخ عقد، راهکاری است که نوع مردم از طریق آن می‌توانند به عین رجوع کنند ولی نکته اساسی آن است که رجوع به عین از آن حیث که یک مال خارجی عینی می‌باشد مقصود عقلا نیست، بلکه عرف، رجوع به عین خارجی را هم از باب رسیدن به مالیت خودش قلمداد می‌کند، نه این که برای عین خارجی فی نفسه موضوعیت قائل شود. بنابراین حتی اگر در روایات مربوط به خیارات هم از لفظ رد و استرداد استفاده شده باشد، هر چند ظهور اولیه آن در تعلق حق رد و استرداد به عین خارجی می‌باشد

اما به پشتوانه این تحلیل عقلایی می بایست گفت که ردّ عین هم به خودی خود موضوعیت نداشته است، بلکه طریقی برای رسیدن به مالیت مال بوده است؛ یعنی چون باب معاملات از امور امضایی بوده و بر اساس رفتار و سیره عقلا تنظیم شده است، می توان برای استظهار از روایات هم از سیره عقلای موجود در مقام کمک گرفت (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۴/۲). لازمه نظر نائینی آن است که در صورت تلف شدن عین، مالیت آن عین بر ذمه آن شخص قرار می گیرد و مادامی که آن را پرداخت نکرده است همچنان ضامن آن می باشد؛ پس بایستی قیمت یوم الاداء را پرداخت کند، چراکه مالیت آن عین بر ذمه او آمده است و تا روز پرداخت، همچنان ضامن است (همان: ۸۴/۲). نظر صحیح، همین نظر نائینی می باشد، زیرا بررسی رفتار عرف در چنین موضعی نشان می دهد که شخص مقابل تا روز پرداخت قیمت، خود را صاحب مالیت آن عین می داند، به گونه ای که گویا خود عین را در همان روز پرداخت دارا می باشد؛ زیرا ارزش زمانی عین را که بر ذمه ذو الخیار است، مادامی که پرداخت نشود حقّ خود می داند.

وجود سیره عقلا در مسأله سبب شده است که خيارات مجعوله عرفی مثل خيار شرط، تابع نحوه کیفیت اراده متعاقدین در جعل آن خيار باشد. چنان چه متعاقدین حقّ خيارشان را منوط به خود عین خارجی کرده باشند در این صورت، تلف عین، سبب سقوط خيار می گردد و چنان چه حقّ خيار به مالیت عین تعلق گرفته باشد، با تلف شدن عین، مالیت مال همچنان موجود است و خيار ساقط نمی گردد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۱۹۲/۶). از همین رو برای پاسخ به این پرسش که آیا حقّ خيار به عقد تعلق گرفته است یا به عین، در مقام اثبات نمی توان از خيارات مجعوله کمک گرفت، زیرا خيارات مجعوله با توجه به کیفیت اراده متعاقدین، این قابلیت را دارد که گاهی به عین خارجی و گاهی به خود عقد تعلق بگیرد. اما نسبت به خيارات شرعی بایستی از ادله اثبات کننده آن خيارات، به پرسش اصلی پاسخ داد که بعداً خواهد آمد.

۴- قواعد فقهیه

در پاسخ به پرسش اصلی تحقیق، چندین قاعده فقهی مطرح می‌باشد. قاعده معروف «لا یسقط الخیار بتلف العین» که توسط علامه حلی مطرح گردیده از مهم‌ترین قواعد در این بحث می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲). این قاعده بیان می‌کند که چنانچه عین تلف گردد، خیار ساقط نمی‌شود. خروجی این قاعده آن است که خیار به عین تعلق ندارد تا با تلف شدن آن، خیار هم ساقط شود، بلکه حق خیار به خود عقد بستگی دارد. محقق کرکی به اطلاق این قاعده اشکال نموده و معتقد است که این قاعده فی الجمله صادق است؛ زیرا این قاعده توسط مطلق‌خیرات قبل قبض و همچنین خیار مختص مشتری بعد از قبض، تخصیص می‌خورد (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۸/۴). به بیان دیگر می‌توان گفت که محقق کرکی قائل است قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه» بیان می‌کند که با تلف شدن عین، خیار هم ساقط می‌شود. پشتیبان قاعده مذکور، روایت نبوی مشهور «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۲۱۲/۳) است که با وجود ضعفش، به خاطر عمل اصحاب منجر می‌باشد. این قاعده نسبت به وجود خیار و عدم آن اطلاق دارد و در هر دو حالت جاری می‌باشد. این قاعده دال بر این است که چنانچه عقد بیعی دارای خیار باشد ولی مبیع قبل از قبض به مشتری تلف گردد در این صورت، طبق این قاعده فقهی، مبیع از جیب بائع رفته است. این بدان معنی است که خیار در این بیع با تلف شدن عین ساقط شده است. همچنین قاعده «التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له» که بر اساس روایت صحیح ابن سنان «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الْعَبْدَ وَ يَشْتَرِي إِلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَيَمُوتُ الْعَبْدُ أَوْ الدَّابَّةُ وَ يُحْدِثُ فِيهِ الْوَحْدَثَ عَلَى مَنْ ضَمَانَ ذَلِكَ فَقَالَ عَلَى الْبَائِعِ حَتَّى يَنْقُضِيَ الشَّرْطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرَ الْمَبِيعُ لِلْمُشْتَرِي» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۴/۷) شکل گرفته است، دال بر این معناست که چنانچه عقد بیع دارای خیار بوده و قبض هم صورت گرفته باشد و خیار هم برای یک طرف، یعنی

مشتری - نه هر دو طرف - وجود داشته باشد در صورتی که در زمان خیار حیوان و خیار شرط، مبیع تلف گردد از جیب کسی می رود که خیار ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۲/۲). این قاعده هم نشان می دهد که در صورت تلف شدن مبیع بعد از قبض در زمان خیار مختصّ، مثل خیار حیوان، خیار ساقط می باشد؛ پس این دو قاعده بر سقوط خیار با تلف عین دلالت دارند.

در جواب می توان گفت که دو قاعده مذکور در ظاهر، مخالف مسلمات فقهی می باشند و بایستی نسبت به آن تحلیلی صورت بگیرد، زیرا چنان چه مبیعی به فروش رسیده باشد، به صرف اجرای عقد در ملک مشتری در آمده است؛ بنابراین تلف شدن مبیع در چنین حالتی می بایست قاعدتاً از جیب مشتری خارج شود. همچنین اگر مبیع در زمان خیار به ملکیت مشتری در آمده و قبض صورت گرفته باشد، چنان چه مبیع در زمان خیار تلف گردد قاعدتاً می بایست از جیب مشتری برود، چراکه مبیع در ملک طلق مشتری در آمده است و طبق قاعده «الخراج بالضمان» بایستی همان طور که منافع برای مشتری می باشد ضمان هم برای او باشد در حالی که مفاد هر دو قاعده - «تلف المبیع قبل قبضه من مال بئعه» و «التلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له» - بیانگر آن است که مبیع از جیب بائع رفته است نه مشتری. برای حلّ این مشکل و جمع کردن بین مسلمات فقهی با دو قاعده مذکور مسلم، شیخ انصاری راهکاری را ارائه کرده است که در حالت قبل قبض مبیع به مشتری و همچنین در حالت تلف شدن در زمان خیار مختصّ بعد از قبض، عقد به طور آنّاماً منفسخ شده است؛ یعنی به حکم شارع در این دو حالت، قبل از تلف به طور آنّاماً عقد منفسخ گشته و مبیع به ملکیت بائع و ثمن به ملکیت مشتری بر می گردد. پس در حقیقت، بعد از تلف، مبیع در ملک بائع تلف شده و از جیب بائع رفته است. در این صورت، دیگر با قاعده «الخراج بالضمان» مخالف نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۱۸۲/۶). از این تحلیل شیخ انصاری می توان استفاده کرد که با انفساخ عقد در این دو حالت، دیگر عقدی باقی نمانده است تا خیار

نسبت به آن وجود داشته باشد. پس سقوط خیار به خاطر انفساخ عقد است نه به خاطر تلف شدن عین. در نتیجه، این دو قاعده در حقیقت مخصّص قاعده «لا یسقط الخیار بتلف العین» نیستند بلکه به نحو تخصّص از این قاعده خارج می باشند. همچنین در خیار تأخیر که خیار ناشی از تأخیر قبض مبیع به طرف مقابل به مدت سه روز می باشد، چنان چه مبیع تلف گردد به خاطر قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بئعه» از جیب بائع خارج می شود و خیار ساقط است. ساقط شدن خیار تأخیر با تلف شدن مبیع هم در حقیقت به خاطر انفساخ عقد به طور آنّامّا است؛ بنابر این سقوط خیار تأخیر با تلف عین هم به نحو تخصّص از قاعده «لا یسقط الخیار بتلف العین» خارج می باشد. البته در مورد خیار عیب همان طور که قبلاً گذشت به دلیل وجود اجماع بر سقوط خیار عیب با تلف عین، قاعده «لا یسقط الخیار بتلف العین» نسبت به آن جاری نمی باشد؛ چرا که به نحو تعبّدی، بقاء عین در خیار عیب موضوعیت پیدا کرده است که با تلف شدن آن، خیار هم ساقط می گردد.

علاوه بر آن چه ذکر شد، حکم شرعی اقاله هم می تواند دلیل برای آن باشد که حقّ خیار به عقد تعلق گرفته است، زیرا تلف عوضین مانع از اقاله نمی شود. اقاله، فسخ دو طرفه و به عبارتی تفاسخ می باشد؛ بنابراین خیار هم که فسخ یک طرفه می باشد، بعد از تلف عین همچنان باقی خواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۱۸۹/۶).

برخی از احکام فقها نیز به عنوان شاهد و موید برای تعلق حقّ خیار به عقد خواهد بود. به عنوان مثال، برخی فقها تصرّف غیر ذو الخیار را در عین به گونه ای که عین قابل استرداد نباشد، منافی با حقّ خیار ندانسته و معتقدند در صورت اتلاف غیر ذو الخیار در عین و اتلاف آن، شخص ذو الخیار می تواند با اعمال خیار، قیمت آن را اخذ نماید. شیخ انصاری اعمال خیار را در خیارات شرعی پذیرفته است اما در خیارات مجعوله عرفی، می بایست از همان اراده متعاقدین از جعل خیار تبعیت شود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۱۵۰/۶). این حکم فقها به بقاء خیار نشان می دهد که در صورت

اتلاف عين، همچنان خيار باقى است و شاهدهى بر تعلق حقّ خيار به عقد است، زيرا اگر حقّ خيار به عين تعلق گرفته بود اتلاف عين توسط غير ذو الخيار موجب اتلاف حقّ خيار مى گشت؛ در صورتى كه برخى فقها به بقاء خيار حكم نموده اند (همان: ۱۴۸/۶). اما آن چه كه ذكر شد در حدّ يك مؤيد مى باشد، نه دليل؛ زيرا اكثر فقها به عدم جواز تصرفات ناقله توسط غير ذو الخيار حكم نموده اند (عاملى، بى تا: ۱۹۵/۹).

۵- استظهار از ادله اثبات كننده خيارات

فارغ از احتمال ثبوتى تعلق حقّ خيارات به عقد يا به عين، آن چه براى پاسخ به اين پرسش اثرگذار است، استظهار از ادله اثبات كننده خيارات مى باشد. ادله اى كه خيارات را اثبات مى كنند به طور كلى به دو دسته: دليل لّبي و دليل لفظى تقسيم مى شوند. از جمله دليل لّبي، مى توان دليل عقل، اجماع و سيره را نام برد كه از طريق آن حقّ خيارات اثبات مى شوند. چنان چه خيارى از طريق ادله لّبي اثبات شود مثل خيار غبن، خيار عيب، خيار رأيت و غيره، از آنجايى كه دليل لّبي لفظ ندارد نمى توان از آن اطلاق گرفت. بنابراين در صورت شكّ بايستى به قدر متيقّن از آن اكتفا نمود (طباطبايى يزدي، ۱۴۲۱: ۱۷۲/۲). قدر متيقّن از ادله لّبي، اثبات حقّ خيار با وجود عين است و براى اين كه بتوان حقّ خيار را به حالت تلف عين تعميم داد، بايستى دليلى اقامه نمود، زيرا اصل لزوم نسبت به حالت تلف جارى است مگر آن كه خلافش ثابت شود. در ادله لّبي، دليلى براى تعميم خيار وجود ندارد و حتى از استصحاب هم نمى توان بهره گرفت؛ زيرا همان طور كه قبلاً گذشت، چنان چه مستصحب از طريق دليل لّبي مثل عقل و اجماع ثابت شود به دليل تغيير موضوع نمى توان آن را استصحاب نمود (شيخ انصارى، ۱۴۳۷: ۱۵۷/۳ و ۲۹۵).

البته نكته مهم آن است كه چنان چه دليل لّبي، دليل عقلى باشد و ملاك عقل در حالت بعد از تلف هم موجود باشد در اين صورت، نوبت به شكّ و اكتفا به قدر متيقّن

نمی‌رسد، بلکه همان ملاک را می‌توان در حالت تلف عین نیز جاری نمود و از این طریق به بقای خیار در حالت تلف عین حکم نمود (جوادی آملی، ۱۳۹۲: درس خارج فقه). مثلاً خیاراتی که از طریق دلیل عقلی «لاضرر» اثبات می‌شوند مثل خیار غبن، بعد از تلف عین، همچنان ملاک نفی ضرر باقی است و چنان چه عین تلف گردد، نمی‌توان حق خیار را از شخص مغبون سلب کرد تا متحمل ضرر گردد، بلکه با اثبات حق خیار، ضرر متحمل شده از او نفی می‌گردد. بقای خیار حاکی از تعلق حق خیار به عقد است و نشان می‌دهد که عین، موضوعیتی نداشته است. البته همان طور که قبلاً ذکر گردید در خیار عیب به دلیل اجماع بر سقوط خیار با تلف عین، بقاء عین موضوعیت پیدا کرده است؛ علاوه بر این، ضرر موجود در خیار عیب با گرفتن ارش جبران می‌شود.

در مورد دسته دوم از ادله اثبات کننده خیار که ادله لفظی می‌باشند، می‌بایست در مقام اثبات، از الفاظ استعمال شده برای اثبات خیار بهره گرفت. ادله لفظی روایات دال بر خیار را نیز می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: در قسم اول از این دسته، تعبیر «خیار» به کار رفته و در قسم دوم، از کلمه «رد» استفاده شده است، اما روایت صحیحه «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۳/۱۰) که برای خیار مجلس به کار رفته است و صحیحه ابن رثاب «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً لِمَنْ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي أَوْ لِلْبَائِعِ أَوْ لِكُلَيْهِمَا فَقَالَ الْخِيَارُ لِمَنْ اشْتَرَى ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ نَظْرَةً فَإِذَا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ الْحَدِيثُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲/۱۸) که خیار حیوان را اثبات می‌کند در آنها تعبیر «خیار» اخذ شده است. برخی از فقها معتقدند که خیار در این روایت، نسبت به قبل از تلف و بعد از تلف اطلاق دارد (باقری اصل، ۱۳۹۲: ۲۳). اما نکته اساسی آن است که تعبیر «خیار» در روایات معنا و تفسیر نشده و مجمل می‌باشد؛ بنابراین نمی‌توان از اطلاق خیار در روایات استفاده نمود. البته شیخ انصاری برای خروج از اجمال معتقد است که متبادر از خیار در اطلاقات کلمات متأخرین فقها،

«ملک فسخ عقد» می باشد و این معنا در بین متأخرین معروف شده است (شیخ انصاری، ۱۴۳۶: ۱۱/۵-۱۲). آخوند خراسانی کلام شیخ را اینگونه نقد می کند که تعریف خیار به ملک فسخ عقد تنها در کلام فقهای امامیه آمده است و نمی توان آن را مستفاد از روایات دانست. آن چه در مقام اثبات و استنباط از روایات مهم می باشد، برداشت و استظهار از روایات می باشد که خیار را چگونه تفسیر نموده اند، درحالی که معنای آن در روایات معلوم نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۶۶). لازمه نظر آخوند این است که تعبیر «خیار» در روایات، دارای اجمال است و در صورت اجمال می بایست به قدر متیقّن ادله خیرات اکتفا نمود و قدر متیقّن از ادله، وجود خیار در صورت بقای عین است و برای بیشتر از آن، نیاز به دلیل هست؛ پس بقای خیار با تلف عین، اثبات نمی شود.

در جواب آخوند می توان گفت درست است که تعریف خیار به «ملک فسخ عقد» در روایات نیامده و فقط در کلمات فقها مطرح شده است، ولی تلاش فقها همواره این بوده است که اینگونه از تعبیر را از روایات و همچنین کلام قداماء برداشت کنند. بنابراین تعریف آنها به «ملک فسخ عقد» در حقیقت برداشت و استنباط آنان از نصوص بوده است. در این صورت، این معنا از خیار، متوقّف بر بقای عین نیست و نشان می دهد حقّ خیار به خود عقد تعلّق گرفته است و مجمل نیست (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۵/۲).

راهکار دوم برای خروج از اجمال آن است که حتی اگر معنای خیار را نتوان به طور مشخص از روایات استخراج نمود، این نکته مطرح است که در صورت تعلّق حقّ خیار به عین، استرداد عین می بایست با فسخ عقد صورت بگیرد و در هر صورت، بایستی عقد فسخ گردد؛ زیرا معنای تعلّق خیار به عین، تملّک آن عین می باشد و از طرفی خیار، احداث ملکیت و تملّک جدید نیست، پس هیچ معنایی برای خیار جز سلطنت بر فسخ عقد تصوّر نمی شود؛ بنابراین چه خیار به عقد تعلّق بگیرد و چه به عین

تعلق بگیرد، قدر متیقن از مفهوم خیار، فسخ عقد می باشد؛ پس فقط باید دنبال پاسخ به این پرسش باشیم که آیا این فسخ عقد، در روایات به استرداد عین مقید شده است، یا این که مطلق از استرداد عین و بدل آن می باشد. در جواب به این سؤال باید گفت که شكّ در این مسأله از قبیل شكّ در مطلق و مقید می باشد که اصل، اطلاق و عدم تقیید است؛ پس هر چند معنای خیار طبق نظر آخوند خراسانی دارای اجمال می باشد که آیا خیار به عین تعلق گرفته است یا به عقد؟ اما این اجمال به نحو متباین نیست تا دیگر نتوان از ادله لفظی کمک گرفت، بلکه به نحو شكّ در مطلق و مقید است و اصل، اطلاق می باشد؛ پس خیار، حقّ فسخ عقد است؛ چه عین موجود باشد و چه نباشد.

راهکار سوم برای خروج از اجمال، آن است که در روایت صحیحه «فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۵/۱۰) آمده است که مادامی که متعاقدين باقی در مجلس هستند، خیار ثابت است. اگر متعلق خیار، عقد باشد، قابلیت بقای خیار در تمام مدت مزبور وجود دارد ولی اگر متعلق عقد، عین باشد قابلیت بقای خیار فقط در حالتی است که عین هم باقی باشد. اطلاق «حَتَّى يَفْتَرِقَا» نسبت به بقاء یا عدم بقای عین، حاکی از آن است که در تمام مدت اجتماع متعاقدين خیار باقی است. در این حالت چنان چه متعلق خیار را عین در نظر بگیریم اطلاق موجود در «حَتَّى يَفْتَرِقَا» مقید به بقای عین می شود. اما اگر متعلق خیار را عقد بگیریم اطلاق مذکور قید نمی خورد و به صورت اطلاق باقی می ماند. طبیعتاً حفظ بقای اطلاق در «حَتَّى يَفْتَرِقَا» بهتر است تا این که آن اطلاق با یک امر مجمل شکسته شود. بنابراین اگر فرضاً اجمال در متعلق خیار را هم بپذیریم اطلاق موجود در «حَتَّى يَفْتَرِقَا» آن اجمال را تبیین می کند. در نتیجه، از اجمال خارج می شود و خروجی اش تعلق حقّ خیار به عقد می گردد (میرزای شیرازی، ۱۴۱۲: ۸۷/۲ و ۸۸).

از طرف دیگر، قرائن و شواهدی در روایات خیار وجود دارد که نشان می دهد حق خیار به عقد تعلق گرفته است. در کتاب کافی، روایت صحیحه «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۵/۱۰) برای خیار مجلس آمده است. در این روایت، تعبیر «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» نشان می دهد که در صورت افتراق، خیار ساقط شده و عقد بیع لازم می شود. تعبیر «فَإِذَا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَقَدْ وَجَبَ الشُّرَاءُ» که در روایت خیار حیوان گذشت، نشان می دهد که عقد لازم شده است. همچنین صحیحه علی بن یقظین، دالّ بر خیار تأخیر «أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَيْعَ وَكَأَيِّبُضُهُ صَاحِبُهُ وَكَأَيِّبُضُ الثَّمَنِ قَالَ الْأَجَلُ بَيْنَهُمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَإِنْ قَبِضَ بَيْعَهُ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲/۷) حاکی از آن است که عقد بیع بین آن دو نخواهد بود. محور اصلی در این روایات، خود عقد بیع است و عدم استرداد عین مدنظر نمی باشد، زیرا در این روایات، خیار در مقابل لزوم عقدی قرار گرفته است که نقطه مقابلش حلّ و فسخ عقدی می باشد (خوانساری، بی تا: ۵۵۳).

اما قسم دوم از ادله لفظی خیارات که در آن، تعبیر «ردّ» به کار رفته است بایستی مورد تحلیل قرار بگیرد. ظهور اولیه تعبیر «ردّ و استرداد» در این است که متعلق به عین باشد؛ یعنی خیار حقی خواهد بود که به عین تعلق می گیرد؛ بنابر این با تلف شدن عین، حق خیار نیز ساقط می گردد. البته نکته اساسی آن است که چون سیره عقلا در رجوع به عین، مالیت آن می باشد می توان ادعا نمود که حتی اگر در روایات از لفظ «ردّ و استرداد» برای حق خیار استفاده شود، بر همان مبنا و سیره عقلا تأکید نموده است و خود عین خارجی را موضوعیت نداده باشد. از آنجا که باب معاملات، امضایی شارع می باشد حمل ظهور ادله این باب بر سیره عقلائی موجود در بحث، خالی از اشکال است مگر آن که تصریحی برخلاف آن وجود داشته باشد؛ بنابراین به صرف آمدن تعبیر «ردّ» برای اثبات خیار، نمی توان گفت حق خیار به عین تعلق گرفته است،

چون مقصود از عین می تواند مالیت آن عین باشد، نه همان عین خارجی و حمل روایت بر حیث مالیت عین می تواند با سیره عقلا نیز هماهنگ باشد. البته تعبیر به «ردّ و استرداد» فقط در خیار عیب به کار رفته است. از آنجایی که در خیار عیب اتفاق نظر وجود دارد که با تلف عین، حقّ خیار ساقط می باشد بحث از ظهور روایت لغو می شود، چراکه با وجود اجماع، روشن است با تلف عین، خیار عیب هم ساقط می شود (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۵/۲). برای آن که مرسله جمیل که در باب خیار عیب قبلاً گذشت: «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثُّوبَ أَوْ الْمَتَاعَ فَيَجِدُ فِيهِ عَيْبًا فَقَالَ إِنَّ كَانَ الشَّيْءُ قَائِمًا بَعَيْنِهِ رَدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَ أَخَذَ الثَّمَنَ وَ إِنْ كَانَ الثُّوبُ قَدْ قُطِعَ أَوْ خِيَطَ أَوْ صُبِغَ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۹۴/۱۰) با اجماع هماهنگ باشد، می بایست «ردّ عین» در آن خیار تعبداً به نحو موضوعیت اخذ شده باشد و این به سایر خیارات که در آن خیار به عقد تعلق گرفته است ضربه ای نمی زند.

نتیجه گیری

آن چه در این تحقیق به دنبال آن بودیم، پاسخ به این پرسش است که آیا ردّ عین در حقّ خیار موضوعیت داشته یا این که خود عقد فی نفسه موضوعیت دارد؛ چه عین موجود باشد و چه تلف شده باشد؟ مشهور فقها قائل به عدم سقوط حقّ خیار با تلف عین شده اند که این حاکی از تعلق حقّ خیار به عقد است. موافقین با نظر مشهور به اصل عملی استصحاب، سیره عقلا، قواعد فقهی و همچنین استظهار از ادله اثبات کننده خیارات تمسک نموده اند. بررسی ادله نشان داد که استصحاب جاری در مسأله، از قبیل استصحاب کلی قسم دوم می باشد، اما برای اثبات تعلق حقّ خیار به عقد، اصل مثبت می شود و نمی تواند مورد استفاده قرار گیرد؛ بنابراین اصل اولی در مسأله، تعلق حقّ خیار به عین است، اما ادله اجتهادی موجود در مقام، عدم سقوط خیار با تلف عین را به دنبال دارد. سیره عقلا از جمله این ادله اجتهادی است که نشان می دهد ارتکاز

عقلایی، حقّ خيار را برای عقد در نظر می گیرد و هر چند عقد را طریقی برای وصول به عين جعل می کنند اما دستیابی به عين خارجی موضوعیت ندارد، بلکه حیث مالیت عين مدّ نظر عقلا می باشد که در صورت تلف عين، مالیت آن باقی می ماند. همچنین قاعده فقهی «لا یسقط الخيار بتلف العين» که دالّ بر تعلق حقّ خيار به عقد می باشد، بدون معارض با قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه» و قاعده «التلف فی زمان الخيار ممّن لا خيار له» بوده و این دو قاعده مذکور تخصّصاً از قاعده «لا یسقط الخيار بتلف العين» خارج می باشند. همچنین ادله اثبات کننده خیارات در دو دسته کلی تقسیم می شوند. دسته اول، ادله لّبی مثل دلیل عقل و اجماع و سیره می باشند و دسته دوم، ادله لفظی دالّ بر خیارات است. ادله لّبی هر چند به خاطر نداشتن لفظ، قابلیت اطلاق گیری ندارند و باید به مقدار قدر متیقّن ادله که همان سقوط خيار با تلف عين است، اکتفا شود، اما چنان چه ملاک در دلیل عقلی مثل لاضرر در حالت تلف عين کماکان باقی باشد، می توان به بقای خيار با تلف عين حکم نمود. همچنین ادله لفظی خیارات، دو قسم هستند: در قسم اول، لفظ «خيار» اخذ شده است که هر چند در بدو امر، دارای اجمال مفهومی است و تبیینی برای آن در روایات صورت پذیرفته است، اما طی تحلیلی روشن گردید که حتی تعلق حقّ خيار به عين هم به معنای تملک عين می باشد و چون خيار احداث تملیک جدیدی نیست، ناگزیر حقّ خيار به معنای فسخ عقد می باشد. بنابراین حتی در صورت فرض تعلق حقّ خيار به عين، حقّ فسخ عقد در آن ملحوظ و قدر مشترک می باشد و فقط شكّ در آن است که آیا این حقّ، به وجود عين قید خورده است یا اعمّ از وجود عين و بدل آن است که باید گفت اصل بر اطلاق و عدم تقيید می باشد. البته وجود قرائنی در روایات نیز شاهد این اطلاق می باشد. اما در قسم دوم ادله لفظی، لفظ «ردّ عين» اخذ گردیده است که هر چند ظهور بدوی اش در تعلق حقّ خيار به عين است، لکن به پشتوانه سیره عقلا می توان حیث مالیت عين را مدّ نظر این دست از روایات قرار داد نه حیث خارجیت عين. فقط در

خيار عيب به دليل وجود اجماع و اتفاق بر سقوط خيار عيب با تلف عين، بايد به طور تعبدی در حق خيار عيب، عين خارجی موضوعیت داشته باشد که آسيبی به اصل تعلق حق خيار به عقد در ساير خيارات وارد نمی کند. در مجموع با اثبات حق تعلق خيار به عقد، می توان زمينه مناسبی برای سؤالاتی در سقوط یا عدم سقوط خيار با تصرف در عين و همچنین اتلاف عين و انتقال آن به غير فراهم نمود. برخی از اين مسائل حتی در قانون مدنی جمهوری اسلامی هم مورد توجه قرار نگرفته و مسکوت گذاشته شده است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، **حاشیه المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زید الدین (۱۴۰۵ق)، **عوالی اللالی العزیزه فی الأحادیث الدینیه**، ج ۳، قم: دار سید الشهداء.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۴، قم: انوار الهدی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۳۶ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۵ و ۶، ج ۲۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۳۷ق)، **فرائد الاصول**، ج ۳، ج ۲۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- باقری اصل، حیدر (۱۳۹۳)، «بررسی عدم سقوط خيار با تلف عين»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۳۹، ۵-۳۱.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲)، **درس خارج فقه**، مبحث بیع، قابل دستیابی در وبگاه «www.eshia.ir»
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خمینی (خمینی)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، ج ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، محمد (بی تا)، الحاشیه الثانیه علی المکاسب، بی جا: بی نا.
- روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق)، منهاج الفقاهه، ج ۶، چ ۵، قم: انوار الهدی.
- شیرازی (میرزای شیرازی)، محمد تقی (۱۴۱۲ق)، حاشیه المکاسب، ج ۲، قم: منشورات الشریف الرضی.
- صفرخانی، محدثه؛ صالحی، سید مهدی؛ نیکخواه سرنقی، رضا (۱۳۹۹)، «تدلیس در عقد نکاح با تأکید بر مصادیق جدید آن در پرتو پیشرفت های علمی و پزشکی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۳، ۱۸۱-۲۱۰.
- طباطبائی یزدی (صاحب عروه)، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
- طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، ج ۷، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
- عاملی، سید جواد (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۹، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، الکافی، ج ۱۰، قم: دار الحدیث.
- مامقانی، محدحسین بن ملا عبدالله (۱۳۵۰ق)، نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال، قم: مجمع الذخایر الاسلامیه.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیة، ج ۲، قم: الهادی.
- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر: موسی خوانساری، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.