

## چکیده

مسقط بودن خیارات توسط تصرف فی جمله مورد قبول است. اما نقش تصرف در اسقاط خیار شرط با سایر خیارات تفاوت دارد چرا که خیار شرط با توجه به مصادیقش یعنی خیار شرط در قالب غیر بیع شرط و خیار شرط در قالب بیع شرط فرق می کند که این تفاوت در کلام فقهاء، بلکه در قانون مدنی در مواد ۴۶۰، ۴۵۱، ۴۵۰ ق.م. تجلی پیدا کرده است. اما تمرکز این نوشتار روی یکی از مصادیق خیار شرط یعنی بیع شرط با تطبیق بر ماده ۴۶۰ ق.م می باشد. پس سوال اصلی این مختصر اینست که نقش تصرف در عقد متزلزل در هنگام بیع شرط با تطبیق و نگاه انتقادی بر ماده ۴۶۰ ق.م چه می باشد. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی به این نتایج دست یافته که از نظر برخی از فقهاء که ادله هم صحت آن را به اثبات رسانده؛ اولاً طبق نظر فقهاء تصرف مشتری در مثنی و بایع در مثنی یا به عبارت دیگر در منتقل الیه به این دو، در بیع شرط، باعث سقوط خیار نمی باشد. ثانیاً از نظر قانون مدنی اولاً ماده ۴۶۰ ق.م به صورت ناقص احکام مذکور در بیع شرط را مطرح کرده چرا که این ماده فقط نسبت به منتقل الیه از طرف مشتری یعنی نسبت به تصرف مشتری در مبیع به صراحت حکم تصرف را مطرح کرده ثانیاً به خلاف فقهاء که تصرف را مطلقاً مسقط بیع شرط نمی دانست در این ماده تصرفی که باعث نقل وانتقال و غیره می باشد را مسقط می دانند ثانیاً نسبت به منتقل الیه از بایع سکوت کرده و حکمی بیان نکرده است. لذا ما با پیشنهاد اصلاح و نحوه نگارش ماده به طور دیگر این موارد نقص را برطرف کرده ایم.

واژگان کلیدی: تصرف، خیار شرط، بیع شرط، لزوم عقد، فسخ عقد.

<sup>۱</sup> . مهدی معظمی گودرزی، استاد یار گروه حقوق دانشکده علوم اسلامی، دانشگاه آیت الله بروجردی، بروجرد، ایران، (نویسنده مسئول)

(m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir)

## بیان مساله

در ماده ۱۸۴ ق.م.آ آمده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق.» این قانون در ادامه به تعریف هر کدام از این اقسام پرداخته است. یکی از این اقسام عقد خیاری است که طبق ماده ۱۸۸ ق.م. عقد خیاری عبارتند از: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا ثالثی اختیار فسخ باشد» به عبارت دیگر با ایجاد خیار، عقد لازم متزلزل می شود. اما با این وجود شارع مواردی را برای از بین بردن این حالت (تزلزل) در عقد مورد پیش بینی قرار داده است که با عنوان مسقطات خیارات معروفند. یکی از این مسقطات تصرف می باشد که قانون مدنی این مسقط در در باب بیع شرط در ماده ۴۶۰ ق.م. آورده است. در ماده ۴۶۰ ق.م. آمده است:

« در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.»

با تدقیق در این ماده دو نکته برداشت نمی شود: نکته اول اینکه اصل اینست که تصرف مسقط بیع شرط نمی باشد مگر تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره؛ نکته دوم اینکه ماده به تنهایی تصرف مشتری در مبیع را فقط بیان داشته، اما نسبت به تصرف بایع در ثمن سکوت کرده و حکمی نگفته است. اما با مراجعه به کلام فقهاء اولاً چنین تفکیکی بین تصرفات وجود نداشته و ثانیاً نسبت به دو طرف منتقل الیه یعنی چه تصرف بایع در ثمن و چه تصرف مشتری در مثنی حکم داده اند.

حال با این بین مساله اصلی ما در این نوشتار این است که نقش تصرف در هنگام بیع شرط چه بوده و موضع قانون مدنی در ماده ۴۶۰ ق.م. آیا با کلام فقهاء تطبیق دارد یا ندارد.

**فرضیه:** فرضیه بحث ما هم عدم اسقاط خیار توسط تصرف به طور مطلق در بیع شرط می باشد، اما نه با بیان قانون مدنی.

**پیشینه تحقیق:** در نوشته های فارسی راجع به اسقاط خيارات و به طور خصوص تصرف، نه مقالات و نه کتب حقوقی به این بحث پرداخته اند.<sup>۱</sup> و از طرف دیگر این بحث به طور خصوص در تک تک خيارات مطرح نشد و با قانون نیز تطبیق نخورده است.

## ۱. تعریف خيار شرط و بيع شرط

یکی از خيارات خيار شرط یعنی اشتراط خيار- مراد به این خيار در اینجا نفس شرط کردن خيار در ضمن عقد است - می باشد، و این خيار غير خيار الاشتراط - یعنی خياری ناشی از اشتراط در ضمن عقد به خاطر تعذی یا تخلف یا فساد حاصل می شود - می باشد (رشتی، ۱۴۰۷ق، ۲۷۲).

ماده ۳۹۹ق.م به تعریف خيار شرط پرداخته است. در این ماده آمده است «در عقد بيع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بايع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد». این تعریف با کمی تفاوت در بیان، فقهاء بیان داشته اند از جمله محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱/۲۷۸) و شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۴/۵۸۴-۵۸۵). مدت خيار شرط باید مضبوط بوده و احتمال قلت یا کثرت در آن نرود و می تواند (نجفی، ۱۴۳۹ق، ۲۴/۵۴) کمتر یا بیشتر از سه روز شرط شود (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ۴/۵۸۴). البته شرط بیشتر از سه روز را اجماع فقهای شیعه و عده کمی از فقهاء اهل تسنن اعتقاد دارند، چنانچه به این گفته سید مرتضی تصریح کرده است.<sup>۲</sup>

یکی از مصادیق بارز خيار شرط، بيع شرط می باشد به این صورت که هرگاه بايع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، حق فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبيع را در معامله داشته باشد.<sup>۳</sup> در این تعریف چند نکته نهفته است:

<sup>۱</sup> . در کتب حقوقی همانطوری که در مقاله خواهد آمد، مطلب خاصی بیان نشده است، و به صورت بسیار کلی به این بحث پرداخته و از آن عبور کرده اند، در مقالات علمی و پژوهشی هم فقط یک مقاله یافتیم که آن مقاله آقای عطاء الله بیگدلی بوده که به اسقاط خيارات به طور خیلی پرداخته که می تواند این موضوع به بیش از ده مقاله علمی و پژوهشی تبدیل شود.

<sup>۲</sup> . سید مرتضی در این باره می گوید: اینکه خيار شرط بیشتر از سه روز باشد، گمان برده شده است که از منفرقات امامیه است، این در حالیست که از فقهاء عامه نیز مثل ابن ابی لیلی، محمد، ابویوسف و اوزاعی نیز قائل به این قولند. (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۴)

<sup>۳</sup> . در ماده ۴۵۸ق.م به تعریف بيع شرط پرداخته است در این ماده آمده است: «در عقد بيع متعاملین می توانند شرط نمایند که هر گاه بايع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خيار فسخ معامله را نسبت به تمام مبيع داشته باشد و همچنین می توانند شرط کنند که هر گاه بعض مثل ثمن را رد کرد خيار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبيع داشته باشد در هر حال خيار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هر گاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خيار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.

نکته اول: همانطور که ملاحظه می شود، بیع شرط یکی از مصادیق خیار شرط می باشد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۳۸/۱۷) چرا که نفس شرط کردن خیار در ضمن عقد است که ملاک قرار داده شده لکن به خاطر اهمیت ارتجاع نفس ثمن یا مثل یا قیمت آن به بایع و برگشت مبیع به بایع یک ویژگی پیدا کرده که برخی از فقهاء به طور مجزا به آن پرداخته و شاید این مهم نیز به خاطر روایات متعددی باشند که به این نحوه از بیع پرداخته اند. راجع به این نکته شیخ انصاری می نویسد: «این قسم (بیع شرط) فردی از خیار شرط می باشد که با یک قید زائد و آن «رد الثمن» باشد، همراه است.» (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۴/۵)

نکته دوم: در این خیار حسب شرط عمل می شود لذا راجع به ارتجاع ثمن به وسیله بایع، می تواند عین ثمن یا مثل یا قیمت و حتی نسبت به بعضی یا تمام آن شرط شود،<sup>۱</sup> این مهم می تواند به تمام یا بعض مبیع هم مشروط شود. این در حالی است که ماده ۴۵۸ ق.م.ا از عبارت «مثل ثمن» در دو جا استفاده کرده که ثمن را منحصر در مثلی بودن آن کرده است که برای این عبارت وجهی نیست.

نکته سوم: همانطوری که این شرط می تواند از طرف بایع در عقد شرط شود از طرف مشتری هم می تواند شرط شود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۵/۱۹) به این صورت که اگر مشتری شرط کند ارتجاع ثمن زمانی که مبیع را رد کند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲۷۰/۳). پس انحصار شرط از طرف مشتری در ماده ۴۵۸ ق.م.ا وجهی ندارد.<sup>۲</sup>

## ۲. قبول یا عدم قبول مسقط بودن تصرف در بیع شرط

همانطور که گفته شده در بالا، بیع خیار یکی از اقسام خیار شرط می باشد. تصرف در هنگام بیع شرط در منتقل الیه که از جانب مشتری در مبیع صورت می گیرد و از جانب بایع در ثمن صورت می گیرد. به همین خاطر ما در ذیل در ضمن این دو مبحث مربوط را بررسی می کنیم.

### ۲-۱: تصرف مشتری در مبیع (منتقل الیه)

<sup>۱</sup> گرچه نسبت به این فرع برخی از فقهاء مثل شهید اول در دروس توقف کرده اند، اما مشهور این قسم را نیز پذیرفته است. (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲۶۹/۳)

<sup>۲</sup> به خاطر این اشکالات بود که ما در اینجا ترجیح دادیم خودمان تعریفی را از بیع شرط که از کلام فقهاء استنباط کرده ایم ارائه دهیم.

<sup>۳</sup> در این مقاله مفهوم تصرف مورد بررسی قرار نگرفته است؛ چرا که این مفهوم در مقاله دیگر به نام «نقش تصرف در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.ا) مورد بررسی قرار گرفته است. مراجعه شود به مقاله: معظمی گودرزی مهدی و احمد دیلمی، مجله آموزه های فقه مدنی، ش ۲۹، بهار - تابستان ۱۴۰۳، صص ۲۳۰-۲۳۱

هرگاه بایع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، حق فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبیع را در معامله داشته باشد. آیا تصرف مشتری نسبت به مثنی، در مدت بیع شرط، باعث سقوط بیع شرط می شود یا نه؟

## ۲-۱-۱: بیان موضع قانون مدنی و حقوقدانان

نسبت به این مهم، ماده ۴۶۰ ق. م آمده است که: «در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافای خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.» نسبت به تفسیر این بحث مطلبی را از کتب حقوقی پیدا نکردیم<sup>۱</sup>. اما از ظاهر ماده دو نکته مهم از این آن استنباط می شود:

اولاً این ماده راجع به تصرف مشتری در مثنی نوشته شده و راجع به تصرف بایع در ثمن، مطلبی نگفته است.

ثانیاً از منطوق و مفهوم این ماده دو حکم مجزا میتوان استنباط کرد:

منطوق ماده تصرفاتی که باعث خارج شدن بد مشتری از بازگرداندن مثنی به بایع می شود را منع می کند که این مهم از عبارت «از قبیل نقل و انتقال...» برداشت می شود و همچنین تصرفاتی که باعث تغییر و تبدل شدن مبیع به جنس دیگر مثل گندم که تبدیل به آرد شود، را منع کرده است که این مهم از عبارت «و غیره ..» از ماده استنباط می شود.

مفهوم ماده تصرفاتی که از مقوله آن دو می باشد، را منع نکرده است مثل رکوب بر حیوان و غیره، چرا که اینها منافای با حق خیار که برای بایع وجود دارد منافای نمی باشد.

## ۲-۱-۲: بیان موضع فقهاء

جالب است که بسیاری از فقهاء نسبت به این فرع، سکوت کرده اند و حتی در کتب مفصل فقهی مثل جواهر، مکاسب و تقریرات درس آقای خویی و غیره مطلبی نسبت به اصل تصرف مشتری در مبیع در بیع شرط نگفته اند، چه رسد به نحوه تصرف که از نوع انتقال و غیره باشد. از بین کتب فقهی زیادی که تتبع کردیم، تنها به کلامی از وحید بهبهانی راجع به این مطلب برخوردیم که وی بعد از از اینکه تصرف بایع در ثمن را در بیع شرط جایز دانسته اند؛ راجع به مبیع در بیع شرط می نویسد: «بلکه تصرف مشتری در طرف مبیع مثل ثمن مضر

<sup>۱</sup> . حتی آقای کاتوزیان نه تنها در کتب شان به تفسیر این ماده پرداخته است، بلکه در کتاب «قانون مدنی در نظم حقوق کنونی» نیز هیچ گونه توضیحی ذیل این ماده ارائه نداده است. مراجعه شود به: (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ش، ۳۳۵)

نیست.» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ۲۵۴) با این بیان ایشان تصرف در مبیع از جانب مشتری را در مدت بیع شرط مطلقاً جایز دانسته اند، که در واقع قانون مدنی نیز در ماده ۴۶۰ق. فی الجمله همین موضع را اتخاذ کرده است.

## ۲-۱-۳: ادله این دیدگاه

آنچه که به نظر می رسد این است که این موضع صحیح می باشد چرا که ظاهر ادله ای که در این باب آمده است، اینست که تصرف مربوطه را جایز دانسته اند. سه روایت<sup>۱</sup> برای تایید بلکه برای دلیل این موضع ارائه می دهیم که عبارتند از:

۱. موثقه اسحاق بن عمار: قَالَ أَخْبَرَنِي مَنْ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلَهُ رَجُلٌ وَ أَنَا عِنْدَهُ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مُسْلِمٌ احْتَاجُ إِلَى بَيْعِ دَارِهِ فَمَشَى إِلَيَّ أَخِيهِ فَقَالَ لَهُ أَيْبُكَ دَارِي هَذِهِ وَ تَكُونُ لَكَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَكُونَ لِغَيْرِكَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِي لِي إِنْ أَنَا جِئْتُكَ بِشَمْنَهَا إِلَى سَنَةٍ أَنْ تَرُدَّ عَلَيَّ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا إِنْ جَاءَ بِشَمْنَهَا إِلَيَّ سَنَةً رَدَّهَا عَلَيَّ قُلْتُ فَإِنَّهَا كَانَتْ فِيهَا غَلَّةٌ كَثِيرَةٌ فَأَخَذَ الْغَلَّةَ لِمَنْ تَكُونُ فَقَالَ الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي أَمْ لَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ احْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۷۷/۱۰). اسحاق ابن عمار میگوید خبر داد مرا کسی که از امام صادق علیه السلام شنیده است که مردی از آن حضرت سوالی پرسید و من نزد آن حضرت بودم به آن حضرت گفتم که مرد مسلمانی احتیاج به فروش خانه اش پیدا کرد و پیش برادرش رفت و به او گفت من خانه ام را می فروشم به این مقدار و این خانه اگر برای تو باشد بهتر است برای من که این خانه برای کسی غیر از تو باشد بنابر اینکه شرط کنی تو برای من که اگر تا یک سال ثمن این خانه را به تو برگردانم این خانه را به من برگردانی امام علیه السلام فرمودند اشکالی به این نحو از معامله نیست اگر ثمن را در مدت یک سال به او پس دهد، خانه را به او برگرداند. به امام علیه السلام گفتم اگر برای خانه منفعت و ربحی بود این منفعت و ربح برای چه کسی است؟ امام علیه السلام فرمودند برای مشتری، آیا نمی بینی تو که اگر خانه آتش بگیرد و بسوزد از مال مشتری خواهد بود.

کلمه « الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي » دلالت می کند بر اینکه نماء در زمان خیار برای مشتری می باشد (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ۱۶۵/۱۹). روشن است که منفعت و ربح با تصرف در خانه مثلاً از طریق سکونت در آن

<sup>۱</sup>. در این سه روایت از سه اصطلاح موثقه، روایت، صحیحه استفاده شده است که بر اهل فن در علم درایه الحدیث فرق اینها پوشیده نیست که البته ما به خاطر اینکه همه اصحاب به این روایات عمل کرده اند، و از این طرف شهرت جابر ضعف سند می باشد، لذا دیگر به مباحث سند روایت نمی پردازیم و اجمالاً همه آنها مورد قبول می باشد.

که یکی از مصادیق تصرف در طول یک سال می باشد حاصل می شود و از طفی امام علیه السلام نفرموده است که با این تصرف خیار ساقط می شود .

۲. روایت معاویه بن میسر: سَمِعْتُ أَبَا الْجَارُودِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ وَكَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّجُلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الدَّارَ خَلَطُهُ فَشَرَطَ أَنَّكَ إِنِ اتَّيْتَنِي بِمَالِي مَا بَيْنَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَالِدَارُ دَارُكَ فَأَتَاهُ بِمَالِهِ قَالَ لَهُ شَرَطُهُ قَالَ لَهُ أَبُو الْجَارُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ الدَّارَ احْتَرَقَتْ مِنْ مَالٍ مَنْ كَانَتْ تَكُونُ الدَّارُ دَارَ الْمُشْتَرِي (شيخ طوسی، ۴۰۷، (ق، ۱۷۷/۷-۱۷۸). معاویه بن میسر میگوید شنیدم ابو جارود از امام صادق علیه السلام در مورد شخصی که خانه اش را به شخص دیگری فروخته است و بین او و آن شخص دیگری که خانه را خریداری کرده رفت و آمد و صداقتی بود پس شرط کرد همانا تو اگر مالم را به من بدهی در بین سه سال پس خانه خانه توست پس او مال را به او امام علیه السلام فرمودند برای مشتری است شرط بایع ابو جارود به امام علیه السلام گفت همان این شخص (بایع) انتفاع برده است از این مال در این سه سال امام علیه السلام فرمودند آن مال (دار) مال اوست (دار به بایع برگردانده می شود) و امام علیه السلام آیا دیدی تو که خانه آتش گرفته است از مال چه کسی می باشد آن خانه خانه مشتری است.

جمله « فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ » دلالت می کند بر اینکه نماء در زمان خیار برای مشتری می باشد. استدلال به این روایت دقیقاً مثل استدلال به وسیله روایت قبل می باشد.

صحیحہ سعید بن یسار: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ إِنَّا نَخَالِطُ أَنَا سَاءَ مِنْ أَهْلِ السَّوَادِ وَغَيْرِهِمْ فَنَبِيعُهُمْ وَنُرَبِّحُ عَلَيْهِمُ الْعَشْرَةَ اثْنَا عَشَرَ وَالْعَشْرَةَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَنُؤَخِّرُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمُ السَّنَةَ وَنَحْوَهَا وَيَكْتُبُ لَنَا الرَّجُلُ مِنْهُمْ عَلَى دَارِهِ أَوْ أَرْضِهِ بِذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي فِيهِ الْفَضْلُ الَّذِي أَخَذَ مِنَّا شِرَاءً وَقَدْ بَاعَ وَقَبْضَ الثَّمَنِ مِنْهُ فَنَعِدُهُ إِنْ هُوَ جَاءَ بِالْمَالِ إِلَى وَقْتِ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ أَنْ نَرُدَّ عَلَيْهِ الشِّرَاءَ فَإِنْ جَاءَ الْوَقْتُ وَلَمْ يَأْتِنَا بِالْأَرْهَمِ فَهُوَ لَنَا فَمَا تَرَى فِي ذَلِكَ الشِّرَاءِ قَالَ أَرَى أَنَّهُ لَكَ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَإِنْ جَاءَ بِالْمَالِ لِلْوَقْتِ فَرُدَّ عَلَيْهِ (کلینی، ۸۰/۱۴۲۹، ۱۰). سعید بن یسار می گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم ما با مردم از اهل سواد و غیر آنها آمد و رفتی داریم و به آنها چیزهایی می فروشیم و از

۱. کلمه «خلطه» را از روایتی که در کتاب مکاسب شیخ انصاری آمده است اخذ کرده و بنابر این کلمه روایت را ترجمه کرده ایم؛ اما در نسخه اصلی روایت به جای این کلمه، کلمه «حاصر» آمده است که بنابر گته مجلسی در ملاذ الاخبار شاید مراد از این کلمه شاهی باشد که برای آن دو کتابت می کند و آن دو را از انکار منع می کند یا احتمالات دیگری که در این کتاب ذکر کرده است. (مجلسی، ۳۰۹/۱۴۰۶، ۱۱).

آنها در مقابل ده تا دوازده و یا ده تا سیزده تا سود می گیریم و اعطاء ثمن بین ما و آنها به اندازه یکسال یا مثل آن به تاخیر می افتد شخصی از آنها برای ما بر زمینش یا خانه اش می نویسد در مقابل آن مالی که در آن فضلی که از ما بابت آن خرید اخذ می کنیم و او می فروشد (خانه) و ثمن از او (مشتري) قبض می شود پس وعده می دهیم ما اگر او آن ما را آورد در وقتی که بین ما و آنها معین شده ما آن مال (دار) را به او برگردانیم و اگر وقت آمد و دارهم را برای ما نیاورد آن مال (خانه) برای ما خواهد بود پس شما چه می فرمایید راجع به این خرید؟ امام علیه السلام فرمودند آن خانه برای توسست اگر به وعده اش عمل نکرد و اگر آن مال را به تو برگرداند، خانه را به او برگردان.

از روایت نیز می توان به صورت ضمنی تصرف مشتری در مبيع را مسقط خيار ندانست چراکه سیاق و موضوع این روایت دقیقاً مثل دو روایت قبل بوده و احکام مرتبط با مساله نیز مثل هم می باشند. پس با این بیان و استدلالی که در ذیل سه روایت مذکور بیان داشتیم، مشخص شد که تصرف در مبيع از جانب مشتری در مدت بيع شرط مطلقاً باعث سقوط خيار مزبور نمی شود و همین موضع را قانون مدنی در ماده ۴۶۰ ق.م. فی الجمله نسبت به مبيع اتخاذ کرده اما نمیدانم چرا تصرفات منافی با خيار را مسقط می داند که این مهم در ادله وجود نداشت.

## ۲-۲: تصرف بايع در ثمن (منتقل الیه)

اگر بايع شرط کند که اگر در مدت معینی تمام یا بعض از ثمن را به مشتری برگرداند، حتی فسخ نسبت به تمام یا برخی از مبيع را در معامله داشته باشد، بيع شرط می گویند؛ و حال سوال اینست که آیا تصرف بايع نسبت به ثمن، در مدت بيع شرط، باعث سقوط بيع شرط می شود یا نه؟ همانطوری که در فوق گفته شد، ماده ۴۶۰ ق.م. راجع به تصرف مشتری در مثن نوشته شده و راجع به تصرف بايع در ثمن، مطلبی نگفته است چراکه در این ماده آمده است که: «در بيع شرط مشتری نمی تواند در مبيع تصرفی که منافی خيار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.» لذا باید در این موضوع به کتب فقهی مراجعه کرد. بین فقهاء راجع به این موضوع دو دیدگاه وجود دارد:

## ۲-۲-۱: بیان دیدگاه اول و ادله آن

دیدگاه اول: بسیاری از فقهاء و شاید بتوان گفت که مشهور فقهاء، تصرف بايع در ثمن را مسقط بيع شرط می دانند. قائلین به این قول، برخی از آنها به طور مطلق مطلب را آورده اند یعنی اینکه تصرف را به طور مطلق

مسقط خیار شرط دانسته اند که این اطلاق شامل بیع شرط هم می شود که یکی از مصادیق خیار شرط می باشد. از جمله این فقهاء علامه حلی در کتب قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۶۸/۱)، ارشاد (همو، ۱۴۱۳ق، ۳۷۵/۱)، فخر المحققین در ایضاح (فخر المحققین، ۱۳۷۸ق، ۴۸۶/۱)، محقق حلی در کتاب شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۸۸/۱) و فاضل آبی در کشف الرموز (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ۴۶۱/۱) و شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۱۳/۳)، طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۱۵/۸)، سید محمد جواد عاملی (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۸۲/۱۴-۲۸۳)، بسیاری دیگر از فقهاء می باشد.

اما برخی دیگر به طور ویژه مسقط بودن تصرف را در ذیل بیع شرط آورده اند و قائل به سقوط بیع شرط به خاطر تصرف بایع در ثمن دانسته اند. از جمله این فقهاء محمد حسن نجفی (نجفی، ۱۴۳۹ق، ۶۸/۲۴)، شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۵/۵)، میرزا حبیب الله رشتی (رشتی، ۱۴۰۷ق، ۳۳۷-۳۳۸) و غیره از فقهاء می باشند.

مشهور فقهاء به اطلاق ادله ای که بر تصرف ذی الخیار در منتقل الیه که دلالت بر رضایت متصرف به عقد می کند، تمسک می کنند (خویی، ۱۴۲۸ق، ۲۲۷/۳۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۵/۵). منظور از ادله تعلیلی است که در روایات خیار حیوان آمده است<sup>۱</sup> که اصحاب از مورد نص به هر تصرفی که منتقل الیه واقع می شود سرایت داده اند (خویی، ۱۴۲۸ق، ۲۲۷/۳۸). وجه ضعف تمسک مشهور به این دلیل در ذیل روشن خواهد شد.

## ۲-۲-۲: بیان دیدگاه دوم و ادله آن

دیدگاه دوم: برخی از فقهاء، تصرف بایع در ثمن را مسقط بیع شرط نمی دانند. از جمله این فقهاء محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۳/۸)، سبزواری (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۴۶۵/۱)، وحید بهبهانی (بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ۲۵۲-۲۵۳)، شهیدی (شهیدی، ۱۴۲۸ق، ۱۷۷/۴) و خویی (خویی، ۱۴۲۸ق، ۲۳۲-۲۳۳)

<sup>۱</sup>. به عنوان نمونه: صحیح صفار از ابو محمد (امام حسن عسگری) علیه السلام می باشد: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ ع فِي الرَّجُلِ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ دَابَّةً فَأَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا مِنْ أَخَذَ الْحَافِرَ أَوْ نَعْلَهَا أَوْ رَكِبَ ظَهْرَهَا فَرَأَسَخَ أَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا فِي الثَّلَاثَةِ أَبَامٍ أَلَيْ لَه فِيهَا الْخِيَارُ بَعْدَ الْحَدَثِ الَّذِي يُحْدِثُ فِيهَا أَوْ الرُّكُوبِ الَّذِي رَكِبَهَا فَرَأَسَخَ فَوَقَّعَ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. صفار می گوید به امام علیه السلام نامه ای نوشتم در رابطه با شخصی که از شخص دیگری چهارپایی را خریده است، و در آن چهار پا حادثی از نوع گرفتن سُم یا نعل کردن یا سوار شدن به پشت آن در چند فرسخ، ایجاد کرده، آیا برای آن شخص است که بعد از حادث که در آن چهارپا ایجاد کرده است یا سوار شدن آن در چند فرسخ، آن را در آن سه روزی که برایش خیار است؛ برگرداند؟ امام علیه السلام پاسخ دادند: زمانی که شخصی در آن چهارپا حادثی را ایجاد کند، شراء را واجب کرده است. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۷۵/۷)

می باشد. جالب است که هر فقیهی برای رسیدن به این مطلوب راهی رفته اند که در ذیل هر کدام را مطرح و مورد نقد و بررسی قرار می دهیم.

طریق اول: مرحوم اردبیلی: همانطوری که از کلام ایشان در بقیه خیارات نیز مشخص می باشد، ایشان اصولاً تصرف را به عنوان مسقط خیارات نمی داند. وی در این رابطه می نویسد: «عمده و مقصود در تحقیق مساله، منحصر در دلیلش می باشد، و شناختی تو که ما دلیل مساله را نفهمیدیم.»<sup>۱</sup> وی با این عبارت می خواهد بگوید که ما دلیلی بر مسقطیت خیار از طریق تصرف نداریم.<sup>۲</sup> اما وی در مورد بحث بنابر کمی تغییر در عبارت با حفظ اصل مدعای ایشان: «ظاهراً این خیار به تصرف در ثمن ساقط نمی شود؛ به خاطر اینکه (اولاً) مدار این خیار بر تصرف است؛ (ثانیاً) خیار برای انتفاع بایع از ثمن تشریع شده است، پس اگر تصرف خیار را ساقط کند، فائده خیار ساقط می شود.» وی در ادامه دو موید بر صحت گفتارش می آورد: موید اول: «این مطلب را مرسله اسحاق بن عمار که آن شخص خانه اش را تا یکسال به خاطر احتیاج به ثمن آن فروخت، امام علیه السلام فرمودند اشکالی به این نحو از معامله نیست اگر ثمن را در مدت یک سال به او پس دهد، خانه را به او برگرداند. و تایید می کند این مطلب را (موید دوم) عمل مردم، به خاطر اینکه مدار شرط برگرداندن ثمن، بر تصرف در آن ثمن می باشد، غرض از فروش آن مبیع به آن شرط نیست، مگر تصرف در ثمن و بقاء خیار تا مدت مشروطه می باشد. پس ظاهر سقوط در این هنگام می باشد...» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ق ۸، ۴۱۳)

همانطور که از عبارت فوق ملاحظه می شود مثل اینکه ایشان اولاً مقتضی برای سقوط جمیع خیارات را به وسیله تصرف پذیرفته اند و ثانیاً اطلاق نصی که دلالت بر سقوط خیار به وسیله تصرف می کند، اقتضاء می کند که این خیار به وسیله تصرف در ثمن نیز ساقط می شود مگر اینکه مانع از سقوط خیار به وسیله دو دلیل و دو موید فوق وجود دارد (خویی، ۱۴۲۸، ق ۳۸، ۲۲۸۷).

به این گفته محقق اردبیلی اشکالاتی وارد شده است که به نظر می رسد هیچکدام وارد نباشد:

اشکال اول: علامه بحرالعلوم در کتاب مصابیحش بنابر نقل صاحب جواهر از او، به محقق اردبیلی اشکالی وارد کرده است (نجفی، ۱۴۳۹، ق ۲۴، ۶۸-۶۹). وی بعد از طعن به محقق مذکور به خاطر مخالفتش با مشهور اصحاب؛

۱. عبارت عربی وی این گونه است: «و انما العمده و المقصود تحقیق المسئله بدلیلها و قد عرفت عدم فهمنا دلیلها» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ق ۸، ۴۱۳)

۲. البته این گفته در فوق در باب خیار مجلس و حیوان باطل بود، چراکه ادله آن ها را مورد بررسی و اثبات قرار دادیم و مفصل کلام ایشان را مورد نقد قرار دادیم.

ما حَصَلَ گفته اش بنابر تقریر آقای خوئی<sup>۱</sup> اینست: «تصرفی مسقط است که در زمان خیار واقع شود، در حالی که در بیع شرط، خیاری نیست مگر بعد از رد نه قبل از آن؛ پس تصرفی که قبل از رد واقع شده و خاطر آن معامله منعقد شد و او مدار در این خیار است، خارج از مسقط می باشد تخصُّصاً، به خاطر اینکه تصرفی مسقط است که بعد از رد واقع شود به خاطر اینکه بعد از رد خیار ثابت می شود.» (خوئی، ۱۴۲۸ق، ۲۲۸۷/۳۸)

صاحب جواهر به وجوهی از این گفته علامه پاسخ داده است که از جمله آن وجوه: اولاً زمان خیار اگر مبداءش از زمان رد باشد چهل به مبداء خیار لازم می آید و جهالت به مبداء خیار صحت آن را ممتنع می کند. ثانیاً خیار از زمان رد باشد نه از حین معامله منافی با فهم عرف در مثل اشتراط این خیار می باشد. ثالثاً شیخ طوسی زمانی که قائل شد به اینکه ملکیت بعد از زمان خیار حاصل می شود بر او جماعتی از فقهاء اشکال وارد کرده اند به اینکه این مهم بر خلاف نصوص وارد در این مساله می باشد چرا که ادله دلالت می کنند غله مبیع (منافع مبیع) در زمان خیار به مشتری تعلق دارد، پس اگر مبیع ملک برای مشتری در زمان خیار نباشد چگونه غله به مشتری تعلق می گیرد. رابعاً این نصوص دلالت می کنند بر اینکه خیار از حین معامله ثابت می باشد، و زمان خیار مجموع آن مدت یعنی از حین معامله تا انتهای آن معامله می باشد (تجفی، ۱۴۳۹ق، ۶۹/۲۴-۷۰).

شیخ انصاری در اصل استظهار محقق اردبیلی و رد مذکور از سید بحر العلوم و مناقشات صاحب جواهر به علامه بحر العلوم اشکالاتی وارد کرده اند. اما ما اشکالات ایشان را به استظهار محقق اردبیلی بیان و مورد نقد قرار می دهیم (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۵/۱۳۷).<sup>۲</sup> وی در اشکالی که بر محقق اردبیلی وارد می کند می نویسد «اما بنای این عقد بر تصرف یا به خاطر اینست که متعارف عرفی بیع از ثمن کلی می باشد، و ظاهر حال در ثمن کلی، کفایت رد مثل ثمن می باشد؛ بدین خاطر ما حمل این صورت را بر آنچه که بدل را هم شامل بشود قوی دانستیم پس در این هنگام تصرف در عین فرد مدفوع دلیل بر رضایت به لزوم عقد نمی باشد زیرا منافاتی بین فسخ عقد و صحت این تصرف و استمرار آن نیست و این نوع تصرف است که مورد موثقه متقدم و منصرف از اطلاق آن می باشد.» (همان، ۱۴۲۸ق، ۵/۱۳۷-۱۳۸)

<sup>۱</sup>. کتاب مصابیح علامه سید محمد مهدی طباطبایی بروجردی معروف به علامه بحر العلوم گویا هنوز به طور مخطوط باقی مانده است، ما نسخه او را حتی در نرم افزار فقهی پیدا نکردیم، تا کلام را از خودشان به طور مستقیم نقل کنیم، لذا کلام ایشان را از دیگران حکایت می کنیم. صاحب جواهر مفصل کلام علامه را ذکر کرده اند، ولی چونکه آقای خوئی ما حَصَلَ آن را بسیار مختصر و رسا تقریر کرده اند، لذا ما کلام ایشان را در متن آورده ایم.

<sup>۲</sup>. برای طولانی نشدن موضوع، خوانندگان عزیز را به کلام شیخ انصاری ارجاع می دهیم. چراکه بیان ایشان اگر در فوق نقل می شد، چونکه همه گزاره های آن مورد قبول نبود، لذا رد بر رد محسوب می شد و لازمه اش این بود که کلام برخی از بزرگان دیگر از جمله نایینی، سید کاظم یزدی و غیره نقل می شود که از حوصله این بحث مختصر خارج است.

توضیح کلام شیخ به عبارت دیگر از این قرار است که ثمن به سه صورت مورد معامله قرار می گیرد: صورت اول: عین شخصی صورت دوم: کلی که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط شده است. صورت سوم: کلی که شخص مدفوع از ثمن در آن شرط نشده و بدل آن هم کفایت می کند. آنچه که تصرف باعث سقوط خيار در عقد می باشد، صورت اول و دوم است؛ اما صورت سوم تصرف تاثیری در سقوط خيار در این صورت ندارد. آنچه متعارف بیع غالباً می باشد، صورت سوم است که مورد موثقه و منصرف از اطلاق آن است پس تصرف تاثیری در سقوط خيار ندارد، اما دو صورت اول به خاطر وقوع آنها به صورت نادر، از مورد روایت خارج است (خویی، ۱۴۲۸ق، ۲۲۹/۳۸-۲۳۰). با این بیان مشخص شد که شیخ قائل به تفصیل شد یعنی تصرف در دو صورت اول را مسقط خيار می داند، اما تصرف در صورت اخیر را مسقط خيار نمی داند. محقق رشتی نیز با اینکه اشکالاتی به شیخ کرده است، ولی در نهایت به این نتیجه شیخ یعنی تفصیل در بحث می رسد (رشتی، ۱۴۰۷ق، ۲۳۷-۲۳۸).

وی در ادامه می نویسد: «و یا از جهت توافق متعاقدين است بر ثبوت خيار با تصرف یا به خاطر علم بر عدم التزام به عقد به مجرد تصرف در ثمن می باشد چرا که قبل از گذشت که سقوط خيار به وسیله تصرف تعبد شرعی مطلقاً نیست تا اینکه تصرفی که با عدم رضایت مقرون باشد، دلالت بر لزوم عقد بنماید.» (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۵/۱۳۷-۱۳۸)

ظاهراً کلام شیخ راجع به کلام محقق اردبیلی درست نمی باشد چرا که:

اولاً شیخ انصاری از محل نزاع خارج شده است چرا که محل نزاع صورت سوم است نه دو صورت اول؛ زیرا زمانی که ثمن اگر عین شخصی یا کلی که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط شده، باشد معلوم است تصرف در آن قطعاً مسقط خيار می باشد زیرا بعد از تصرف عین ثمن عقلاً و شرعاً باقی نمی ماند؛ پس محل نزاع صورت سوم یعنی کلی که در آن شخص فرد مدفوع از ثمن در آن شرط نشده می باشد (رشتی، ۱۴۰۷ق، ۲۳۵-۲۳۶).

ثانیاً مشهور فقهاء تصرف بایع در ثمن را در سایر خيارات به طور مطلق مسقط خيار دانسته اند، و اگر مراد آنها دو صورت اول بود، قطعاً قائل به این قول نمی شدند، چرا که عقل و شرع مخالفتی نسبت به مسقطیت تصرف برای خيار در این دو صورت نمی بینند.

ثالثاً روایات مذکور در بیع شرط به طور مطلق آمده است و ظاهر اطلاق آنها تصرف در ثمن را مثلاً در طول سه سالی که در دست بایع است، بلامانع دانسته اند، لذا مقید کردن اطلاق آن روایات به صورت سوم به تنهایی، احتیاج به دلیل دارد، که دلیلی شیخ ارائه نداده است.

رابعاً ایشان تصرف را تعبداً مسقط خیار نمی دانند این در حالی است که در جای خود ثابت شده که تصرف به طور مطلق مسقط خیار می باشد و برای تحقق این مسقطیت احتیاج به قیودی مثل رضایت و امثال اینها ندارد.

اما با این وجود ظاهراً طریق محقق اردبیلی مورد قبول نیست چراکه ایشان ادله خود را دایر مدار عرف و فایده بردن از ثمن در ایام خیار گذاشتند، و از روایات مذکور در باب به عنوان موید، استفاده کردند؛ این در حالی است که دقیقاً در مورد بحث باید بالعکس باشد یعنی روایات مذکور در باب باید دلیل بوده و بقیه موید برداشت مذکور از روایات باشد. لذا این طریق استدلال از محقق اردبیلی مورد قبول نمی باشد.

طریق دوم: مرحوم خویی: همانطور که گفته شد محقق اردبیلی مقتضی سقوط خیار به وسیله تصرف را در بیع شرط قبول داشت، مانع از سقوط خیار به وسیله دو دلیل و دو موید فوق وجود داشت. اما مرحوم آقای خویی اصل مقتضی سقوط خیار به وسیله تصرف را در بیع شرط قبول ندارد.

خلاصه کلام ایشان اینست که: «برای ما در اصل کلام اشکال نیست و اینکه تصرف به کدام مقتضی موجب سقوط خیار در مقام می شود، پس می گوئیم ما (اول) چه بسا غرض از تصرف در ثمن اسقاط خیار و یا تصرف به قصد مسقط فعلی برای خیار و کاشف از رضایت به عقد انجام می گیرد. در این صورت اشکالی در مسقط بودن تصرف نیست... (دوم) از تصرف در ثمن، قصد اسقاط خیار نمی شود به این صورت که یا در ثمن از روی غفلت یا به قصد انتفاع از آن تا اینکه آن را به صاحبش برگرداند، انجام می گیرد... در مثل این صورت چه دلیلی وجود دارد که تصرف مسقط خیار می باشد به خاطر اینکه دلیل اگر باشد آن دلیل تعبد محض می باشد در حالی ثابت نشده است که تصرف در این خیار مسقط تعبدی باشد و روایت نیز فقط در خیار حیوان دلالت بر سقوط تعبدی می کند... بنابراین اصل مقتضی برای سقوط خیار به وسیله تصرف در ثمن محرز نیست و با عدم مقتضی نوبت به ابداء مانع در مقام مثل آنچه که محقق اردبیلی انجام داده است نمی رسد...» (خویی، ۱۴۲۸ق، ۳۸/۲۳۱-۲۳۲)

اگرچه در اصل مدعای ایشان یعنی عدم سقوط خیار به وسیله تصرف در ثمن از جانب بایع موافق هستیم، اما کلام ایشان را در نحوه استدلال نمی پذیریم چراکه کلام ایشان نیز مثل محقق اردبیلی دارای اشکال است:

اولاً تعجب از ایشان است که چگونه ایشان ادعا می کند مقتضی برای سقوط خيار از طریق تصرف نمی باشد، در حالی که در جای خود ثابت شده که روایاتی که در باب خيار حيوان آمده است، دلالت می کنند بر اینکه تصرف به طور مطلق یعنی به صورت تعبد محض نه با قصد رضایت، دلالت بر سقوط خيار می کنند و این مهم نه تنها در خيار حيوان جاری است، بلکه به سایر خيارات نیز تسری پیدا می کند. و این سرایت را بسیاری از فقهاء مورد قبول قرار داده اند.

ثانیاً ما برای اصل مدعی حداقل سه روایتی که در باب بيع شرط وجود دارد، می توانیم به عنوان دلیل بر مدعای خودمان بیاوریم؛ این در حالی است که ایشان نه تنها به عنوان موید، بلکه کوچکترین اشاره ای به روایات در محل بحث نکرده است. پس ما می گوییم مقتضی سقوط خيار به وسیله تصرف به خاطر روایات در باب خيار حيوان و ادله دیگر وجود دارد، مانع روایات مذکور در باب بيع شرط و مویدات دیگر می باشد.

طریق سوم: وحید بهبهانی: وی بعد از اینکه حکم تصرف در خيار شرط را مطرح و قائل به سقوط خيار از طریق تصرف در خيار شرط می شود، (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ۲۵۲-۲۵۳) وی در ادامه اصطلاحی جدیدی را برای بيع شرط، به اسم «ارتجاع مبيع با رجوع ثمن» جعل می کند و از اینکه این قسم یکی از مصادیق خيار شرط باشد، انکار می کند.

برای توضیح مطلب خلاصه عبارت ایشان از این قرار است: «اما برگشت دادن مبيع بر دو قسم است: قسمی از آن خيار شرط می باشد که داخل در این خيار بالبدیهه می باشد. قسم دوم از او تعبیر می شود به شرط برگشت به مبيع با برگشت دادن ثمن، اعم از اینکه این رجوع دادن در نفس ثمن یا در مثل آن باشد... پس تصرف در این قسم مضر نیست بلکه تصرف در مبيع نیز مشکل ندارد، بلکه این معامله انجام نمی گیرد، مگر از جهت دو تصرف (تصرف در مبيع و تصرف در ثمن) پس این قسم داخل در خيار شرط نیست. احدی از فقهاء و متشرعه از این خيار تعبیر نمی کنند مگر به خيار ارتجاع مبيع و اگرچه از او به لحاظ لغوی به خيار شرط تعبیر شود صحیح است مگر اینکه اصطلاح فقهاء آنچیزی است که ما ذکر کردیم و بدین خاطر است که فقهاء حکم می کنند به اینکه خيار شرط به وسیله تصرف ساقط می شود بدون اینکه تأمل یا تزلزل یا استثنایی در کلامشان وجود داشته باشد.» (همان، ۱۴۱۷ق، ۲۵۳-۲۵۴)

اگرچه در اصل مدعای ایشان یعنی عدم سقوط خيار به وسیله تصرف در ثمن از جانب بايع در بيع شرط موافق هستیم، اما کلام ایشان که بيع شرط را به اصطلاح جدید «ارتجاع مبيع با رجوع ثمن» خارج از بيع شرط می داند

مورد پذیرش نیست چرا که هیچ فقهی را ما پیدا نکردیم که این قسم از خیار شرط را خارج از خیار شرط بدانند، همانطوری که قانون مدنی نیز این موضع به حق را در ماده ۴۵۸ ق.م.ا اتخاذ کرده است لذا گفته ایشان از این جهت مورد پذیرش نمی باشد.

طریق ثالث: شهیدی: ایشان از جمله فقهای است که تنها تصرف را در خیار حیوان مسقط خیار می داند، چراکه روایات مذکور در باب خیار حیوان را منحصر در آنها میدانند، و قائل به تسری تعلیلات مذکور در این روایات به سایر خیارات نیست؛ لذا در باب بیع شرط نیز می نویسد: «اقوی عدم سقوط خیار به وسیله تصرف است به خاطر اصل<sup>۱</sup> همراه با اینکه دلیلی بر سقوط خیار به وسیله تصرف نیست به خاطر منع اطلاقی که فقهاء برای غیر خیار حیوان قائل شده اند...» (شهیدی، ۱۴۲۸ق، ۱۷۷/۴)

گفته ایشان نیز قابل قبول نیست چراکه در جای خود ثابت شده است که مشهور فقهاء بلکه شاید بتوان ادعای اجماع کرد بر اینکه آنها تصرف را یکی از مسقطات خیارات به طور مطلق اعم از حیوان و غیر حیوان می دانند؛ لذا گفته ایشان هر چند که با مدعای ما در باب بیع شرط موافق می باشد، اما دلیلی که برای آن اقامه کرده صحیح نیست چراکه ما روایات متعددی که در ذیل طریق بعد می آید، مطلوب مدعیان را ثابت می کند.

طریق چهارم: محقق سبزواری: وی بعد از اینکه جواز بیع شرط را به اثبات می رساند، می نویسد: «این خیار ظاهراً همانطوری که برخی از اصحاب<sup>۲</sup> قائل هستند، به خاطر ظاهر روایات به وسیله تصرف ساقط نمی شود.» (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۱/۴۶۵) منظور ایشان از روایات، سه روایاتی است که در بالا ذکر شد و در باب بیع شرط وارد شده است. آن سه روایت عبارتند از: موثقه اسحاق بن عمار (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۰/۷۷)، معاویه بن میسر (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۷۷/۷-۱۷۸)، سعید بن یسار (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۰/۸۰). طریقه استدلال به این روایات با قرار دادن چند گزاره که همه از منطوق و مفهوم روایات اخذ شده و بعد گرفتن نتیجه نهایی می باشد؛ به این نحو که:

<sup>۱</sup>. منظور از اصلی که در عبارت آورده، اصل استصحاب است چراکه ما قبل از تحقق تصرف، یقین بر وجود خیار از طریق شرط داریم و با آمدن تصرف شک می کنیم که آیا خیار مذکور باقی است یا نه؛ استصحاب بقاء خیار را جاری می کنیم.

<sup>۲</sup>. ایشان متوفی ۱۰۹۱لذا با تنبعی که در کتب قبل از ایشان در فقه انجام داده ایم کسی را به جز محقق اردبیلی که متوفی ۹۹۶ه.ق است نیافتیم، به همین خاطر است که مصصح کتاب مذکور، به قول محقق اردبیلی در پاورقی اشاره کرده است و گفته ایشان صحیح است.

گزاره اول: در روایت اولی طبق فرض سوال راوی از امام علیه السلام، ثمن یکسال در دست بایع می باشد و طبق روایت دومی ثمن سه سال و طبق روایت سوم فقط وقت معینی را شرط کرده اند، اما مدت آن وقت را در روایت نیاورده اند.

گزاره دوم: آنچه از سیاق پرسش و پاسخ راوی برداشت می شود، هدف بایع از فروختن خانه اش در هر سه روایت و یا زمین نیز در روایت سوم، استفاده از ثمنی است که از آن معامله بدست می آید چرا که اولاً بایع ظاهراً به دلیلی محتاج استفاده از ثمن و بر آوردن حاجتش از آن می باشد؛ ثانیاً بر فرض عدم قبول حاجت بایع، تصرف در ثمن در این مدت طولانی که یک سال در روایت اول و سه سال در روایت دوم، صد در صد صورت می گیرد و عدم تصرف در این مدت طولانی احتمال یلی بعیدی است.

گزاره سوم: امام علیه السلام با اینکه تصرف در ثمن به احتمال زیاد صورت گرفته بلکه در مواقعی یقیناً؛ اما به طور مطلق رد ثمن و ارتجاع مبیع را جایز دانستند؛ و با اینکه در مقام بیان بودند؛ اما مانعی از قبیل تصرف و غیره را بیان نداشتند.

گزاره چهارم: ثمن مذکور در معاملات مذکور در سه روایت مطلق است هم ثمن شخصی را در بر می گیرد و هم ثمن کلی را.<sup>۱</sup>

گزاره پنجم: ثمن مذکور در معامله باید در هنگام فرارسیدن وقت، قابلیت انتقال به بایع را داشته باشد، پس تصرف در آن ثمن نباید به نحو انتقال آن به وسیله عقود لازم یا تلف و غیره که قابلیت برگشت ثمن را از بین می برد، نباید تحقق پیدا کند.

بنابراین با قراردادن این مقدمات در کنار هم، این نتیجه برای شخص حاصل می شود که تصرف در بیع خیار بلامانع بوده و مهمترین دلیل همانطوری که محقق سبزواری بیان داشته، این روایات است. لذا استدلال به اینکه مدار این خیار بر تصرف است؛ یا خیار برای انتفاع بایع از ثمن تشریع شده است همانطوری که محقق اردبیلی انجام داده بود، صحیح نمی باشد، بلکه از اینها به عنوان مویدات و تقویت برداشت از روایات می توان استفاده کرد.

## نتیجه گیری:

<sup>۱</sup>. این گفته ما به صورت کنایه رد بر شیخ انصاری می باشد که در فوق تفصیل آن گذشت.

در این نوشتار نقش تصرف را در منتقل الیه به بایع و مشتری مورد بررسی قرار دادیم. آنچه که از این بررسی بدست آمد این شد که:

تصرف مشتری در مثنی در بیع شرط، باعث سقوط خیار نمی باشد، و فقهاء تصرف در مبیع از جانب مشتری را در مدت بیع شرط مطلقاً جایز دانسته اند، این در حالی است که قانون مدنی نیز در ماده ۴۶۰ ق. فی الجمله همین موضع را اتخاذ کرده است چرا که در ادامه ماده گفته است که این تصرف نباید منافی خیار باشد لذا منطوق ماده تصرفاتی که باعث خارج شدن ید مشتری از بازگرداندن مثنی به بایع می شود را منع می کند که این مهم از عبارت «از قبیل نقل و انتقال...» برداشت می شود و همچنین تصرفاتی که باعث تغییر و تبدل شدن مبیع به جنس دیگر مثل گندم که تبدیل به آرد شود، را منع کرده است که این مهم از عبارت «و غیره ..» از ماده استنباط می شود. مفهوم ماده تصرفاتی که از مقوله آن دو می باشد، را منع نکرده است مثل رکوب بر حیوان و غیره، چرا که اینها منافی با حق خیاری که برای بایع وجود دارد منافی نمی باشد.

تصرف بایع در مثنی (منتقل الیه) در بیع شرط طبق نظر برخی از فقهاء باعث سقوط خیار در بیع شرط نمی شد. اما همین فقهاء برای اثبات مدعای خودشان هر کدام به طرُقی تمسک کرده بودند که مجموعاً طریقه محقق سبزواری با کمی دخل و تصرف در آن ثابت شد. اما قانون مدنی در ماده ۴۶۰ ق.م. اصلاً به این فرع نه در خیار شرط در غیر بیع شرط و چه در خیار شرط در بیع شرط اشاره نکرده است.

بر اساس مطالب فوق پیشنهاد می شود در ذیل خیار شرط در بیع شرط احتیاج به اصلاح ماده ۴۶۰ ق.م. می باشد تا تمام فروع مطروحه در بیع شرط را در بر بگیرد. نحوه پیشنهادی اصلاح ماده مزبور که مربوط به منتقل الیه است به این نحو است: «در بیع شرط تصرف مشتری در مثنی و تصرف بایع در مثنی مطلقاً باعث سقوط بیع شرط نمی باشد.»

## منابع:

۱. ابن زهره (حلبی)، حمزه بن علی حسینی، **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الازدهان**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳
۳. انصاری، شیخ مرتضی، **کتاب المکاسب**، الطبعة التاسعة، قم، الناشر مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.

۴. بحرانی، شیخ یوسف، **الحدائق الناضرة فی الاحکام العترة الطاهرة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۵. بهبهانی، محمد باقر، **حاشیه مجمع الفائدة و البرهان**، چاپ اول، قم، انتشارات وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق.
۶. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، **الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ الفقہیہ**، چاپ چهارم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ق.
۷. حسینی روحانی، سید صادق، **فقه الصادق علیه السلام**، چاپ اول، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ق.
۸. حلی (محقق حلی)، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، چاپ دوم، تهران، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۹. حلی (علامه حلی)، **حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۰. حلی (علامه حلی)، **حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الازہان**، الطبعة الاولى، قم، ناشر، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۱. حلی (علامه حلی)، **حسن بن یوسف بن مطهر، تلخیص المرام فی معرفه الاحکام**، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۱۲. حلی، **مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد)، التنقیح الرائح لمختصر النافع**، چ ۱، قم، انتشارات کتابخانه مرعشی، ۱۴۰۴ق.
۱۳. حلی، **فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد الاحکام**، چ ۱، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۱۴. خویی، سید ابو القاسم، **التنقیح فی شرح المکاسب (موسوعه الامام الخویی)**، الطبعة الثالثة، قم، انتشارات الامام الخویی، ۱۴۲۸ق.
۱۵. رشتی، میرزا حبیب الله، **فقه الامامیه، قسم الخیارات**، چ ۱، قم، کتابفروشی دآوری، ۱۴۰۷ق.
۱۶. سبزواری محمد باقر، **کفایة الأحکام**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۱۷. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه الطالب الی اسرار المکاسب**، الطبعة الثانية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۸ق.

۱۸. طباطبائی سید علی، **ریاض المسائل**، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ق.
۱۹. طرابلسی، قاض ابن براج، **جواهر الفقه - العقائد الجعفریه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱.
۲۰. طوسی ابو جعفر، محمد بن حسن، **کتاب الخلاف**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۱. طوسی ابو جعفر، محمد بن حسن، **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۲. عاملی (شهید اول) محمد بن مکی، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **حاشیه الارشاد**، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۲۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۵. عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاحکام**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۶. علم الهدی، سید مرتضی، **الانتصار فی انفرادات الامامیه**، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۲۷. فاضل آبی، حسن ابن ابی طالب، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوق کنونی**، چاپ نوزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷ش.
۲۹. کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، قم، چاپ اول، دارالحديث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ق.
۳۱. مجلسی، محمد باقر، **ملذ الاخبار فی فهم تهذیب الاحکام**، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۶ق.
۳۲. مجلسی، محمد باقر، **مراه العقول فی شرح الاخبار آل الرسول**، چاپ دوم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.

۳۳. معظمی گودرزی، مهدی، دیلمی احمد (۱۴۰۳)، نقش «تصرف» در عقد منزل به موجب خیار  
مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م)، آموزه های فقه مدنی، دوره شانزدهم (شماره ۲۹)، ۲۲۷-

۲۵۱

۳۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة الثالثة، قم، موسسه النشر  
الاسلامی، ۱۴۳۹ق.

نسخه پیش از انتشار