

## بررسی عدم سقوط خیار با تلف عین

حیدر باقری اصل\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۲/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۰۴/۰۷

### چکیده

یکی از قواعد فقهی «عدم سقوط خیار با تلف عین» است. این قاعده در عقود لازم کاربرد دارد، به طوری که می‌توان گفت بر عقود لازم در حوزه خیارات حاکم است. مفاد، ادله، شروط، قلمرو و آثار این قاعده توسط محققان فقه و حقوق بررسی نشده و در نتیجه، این قاعده در ابعاد مذکور تبیین و تحلیل نشده است. این واقعیت، خلأ علمی موجود در قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» را نشان می‌دهد. بر این اساس، تحقیق حاضر به دنبال برطرف کردن این خلأ علمی برآمده و در صدد است قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» را در ابعاد مفاد، ادله، شروط، قلمرو و آثار بررسی و تجزیه و تحلیل کند و سؤال‌های پیرامون آن را طرح نموده و پاسخ مناسب حاکم بر مقررات حقوق اسلامی را از منابع فقهی و به روش تحلیل توصیفی و استنباطی و با ابزار کتابخانه‌ای تحصیل کرده و ارائه کند.

### واژگان کلیدی

قاعده فقهی، تلف عین، سقوط خیار، عقود لازم، فسخ عقود

## مقدمه

یکی از احکام عمومی فسخ عقود لازم، امکان و عدم امکان فسخ عقد با تلف عین است. فقیهان عدم سقوط خیار با تلف عین را یک حکم عمومی نسبت به عقود لازم و نیز بسیاری از خيارات شمرده و از آن به «عدم سقوط خیار با تلف عین» تعبیر کرده‌اند. سؤال‌های مختلفی در مفاد، ادله، شروط، قلمرو و آثار این قاعده وجود دارد که محققان به آن پرداخته و یک تحقیق علمی در پاسخ این سؤال‌ها انجام نداده‌اند.

سؤال اصلی این قاعده آن است که اگر «عدم سقوط خیار با تلف عین» یک قاعده فقهی تلقی گردد، چگونه این ادعا در ابعاد مذکور تبیین و تحلیل می‌شود؟

از این سؤال اصلی، سؤال‌های فرعی مختلفی اتخاذ می‌شود که عبارت‌اند از: ۱. آیا «عدم سقوط خیار با تلف عین» یک قاعده فقهی است یا یک مسئله فقهی؟ دلیل هر کدام از ادعای مذکور چیست؟ ۲. مفاد قاعده چیست؟ ۳. قلمرو قاعده تا کجاست؟ ۴. کدام شروط برای تحقق این قاعده از منابع فقهی استخراج می‌شود؟ ۵. کدام مستندات این قاعده اثبات می‌کنند؟ ۶. کدام آثار بر قاعده مذکور حمل می‌شود؟

پاسخ سؤال‌های مذکور را در این تحقیق، بررسی و نقد می‌کنیم تا از این طریق، قاعده مذکور را در ابعاد مفاد، ادله، شروط، قلمرو و آثار بررسی و تجزیه و تحلیل کنیم و نیز پاسخ مناسب حاکم بر مقررات حقوق اسلامی را بر سؤال‌های مذکور در ابعاد فوق از منابع فقهی و به روش تحلیل توصیفی و استنباطی و با ابزار کتابخانه‌ای تحصیل کرده و ارائه کنیم و در نهایت خلأ علمی موجود در مسئله را برطرف نماییم.

### ۱. قاعده بودن عدم سقوط خیار با تلف عین

علامه «عدم سقوط خیار با تلف عین» را در قالب یک مسئله فقهی طرح کرده و در «قواعد» نوشته است: «خیار با تلف عین، ساقط نمی‌شود» (علامه، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۷۰). جماعتی از فقیهان دیگر نیز عنوان «عدم سقوط خیار با تلف عین» را در قالب مسئله فقهی طرح نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰). این مسئله موجب طرح این سؤال می‌شود که آیا «عدم سقوط خیار با تلف عین» یک قاعده فقهی است و یا یک مسئله فقهی؟

## ۷ بررسی عدم سقوط خیار با تلف عین

در پاسخ این سؤال باید گفت: «عدم سقوط خیار با تلف عین» یک قاعده فقهی است و می‌تواند به‌عنوان قاعده کلی در بسیاری از عقود لازم و نیز حوزه خیار جاری گردد. از این رو، عده‌ای دیگر از فقیهان آن را در قالب قاعده فقهی تلقی کرده و آن را در آثار فقهی خود متذکر شده‌اند و برای مثال می‌توان از آقای نایینی (۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۸) و خوبی (۱۳۶۵، ج ۷، صص ۵۴۰-۵۴۱) نام برد.

بنابراین، هرچند فقیهان در شمولیت این قاعده نزاع دارند و حتی محقق ثانی، شمولیت عام این قاعده را محل مناقشه دانسته و نپذیرفته است (محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۳۱۸)، همچنین شیخ انصاری، خیار تأخیر، مطلق خیار قبل از قبض و خیار مختص بعد از قبض را از شمولیت این قاعده خارج کرده است (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰)، ولی این‌گونه مناقشات نمی‌تواند مانع قاعده شدن گردد؛ زیرا «عدم سقوط خیار با تلف عین» یک مفهوم عامی دارد که بر مصادیق متعدد صدق می‌کند و ملاک قاعده فقهی بودن نیز داشتن چنین مفهوم شمولی است، پس تعریف قاعده فقهی بر «عدم سقوط خیار با تلف عین» انطباق دارد؛ زیرا قاعده فقهی عبارت از حکم کلی فقهی و حقوقی است که در مسائل مختلف و گاهی در ابواب متعدد جریان دارد (محقق داماد، ۱۳۷۴، صص ۲۱-۲۲) و این ویژگی در «عدم سقوط خیار با تلف عین» وجود دارد.

## ۲. مفاد قاعده

مهم‌ترین مفاهیم این قاعده در عنوان‌های «تلف»، «خیار» و «عین» جای داده شده است و باید مراد از آن‌ها در تبیین و تحلیل قاعده مورد بررسی قرار گیرد.

### ۲-۱. معنای تلف در قاعده

مطابق نظر شیخ انصاری، «مراد از تلف، از بین رفتن عین مورد معامله با بقای عقد بر همان حال خود است. این نوع تلف که عقد هنوز در حال خود باقی است، موجب سقوط خیار نمی‌شود و به‌عبارت دیگر، تلف عین در ملک کسی که مال در دست

اوست، موجب سقوط اختیار او و یا طرف مقابلش نیست» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰). ادله مختلفی این معنای تلف را اثبات می‌کنند. این ادله عبارت‌اند از: دلیل نخست این معنای تلف در عدم سقوط اختیار، بعضی افراد اختیار مانند خیار تأخیر و خیار مختص بعد از تلف، بلکه مطلق خیار قبل از قبض عین است. به این استدلال که تلف عین در این موارد موجب انفساخ عقد می‌شود و انفساخ عقد موجب از بین رفتن خیار می‌گردد، درحالی‌که خیار با عدم انفساخ عقد باقی می‌ماند، نه با انفساخ عقد (ماده ۳۸۷ ق.م)؛

دلیل دوم این معنای تلف در عدم سقوط اختیار، تعریف خیار به «ملک فسخ العقد» است که از سوی فخرالمحققین برای خیار ارائه شده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۸۲). به این استدلال که اقاله در این هنگام به اتفاق فقیهان مشروع است، پس معلوم می‌شود که عقد بعد از تلف عین، قابل فسخ است؛

دلیل سوم این معنای تلف در عدم سقوط اختیار آن است که چیزی این نوع ملک خیار را از صاحب آن بعد از تلف عین، ازاله نکرده است؛

دلیل چهارم این معنای تلف در عدم سقوط اختیار آن است که خیار مذکور به بقای عین، منوط و مقید نشده است، مگر اینکه دلیل خارجی بر این دلالت نماید که شارع خیار را مثلاً برای دفع ضرر صبر بر خود عین قرار داده است و با انتفای اصل عین، خیار مذکور نیز منتفی می‌شود؛ زیرا وجود خیار در این تحلیل بر وجود و بقای عین منوط شده است و اگر اصل عین از بین برود، خیار هم که فرع بر عین مذکور است از بین می‌رود.

شیخ انصاری مثال چنین موردی را در فقه، خیار عیب دانسته است. به این استدلال که مستفاد از ادله خیار عیب بیان مذکور است. بدین بیان که شارع طرف را بر خیار فسخ عقد و یا اخذ ارش مسلط کرده است، این کار را به این دلیل مقرر نموده است که صبر بر عیب حتی با اخذ ارش تنها ضرر بر اوست، لذا شارع او را بر اختیار فسخ عقد و اخذ ارش مسلط کرده است. بنابراین تحلیل، اگر عین تلف گردد، خیار مذکور نیز منتفی می‌شود؛ زیرا خیار مذکور بر مدار اصل وجود و بقای عین می‌چرخد،

یعنی با بقای عین، خیار نیز باقی است و با انتفای اصل عین، خیار نیز منتفی می‌شود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰).

در نقد و ارزیابی نظر شیخ انصاری باید گفت: هرچند بیان وی متین است، ولی معنای تلف او از موارد اختلاف فقیهان بسیار ضیق‌تر است و به نظر می‌رسد که تلف معنای وسیع‌تر از گفتار شیخ انصاری دارد، برای مثال تلف مواردی را نیز شامل می‌شود که مشتری کالای مانند لباس یا غذا معیوب را از فروشنده تحویل می‌گیرد و عیب آن‌ها را بعد از دوختن لباس، خوردن و یا فاسد شدن غذا متوجه می‌شود و یا عین موجود باشد، ولی از حالت قبلی خود خارج شود و یا نقل و انتقال به شخص دیگری را نپذیرد، برای مثال کالا را برای دیگری وقف کند و عیب کالا را بعد از آن متوجه شود، در این صورت طبق مذهب امامیه کالا، قابل عودت دادن نیست؛ زیرا طبق نظر فقیهان امامیه، تصرف مذکور مانع عودت کالا به صاحب قبلی اوست، درحالی‌که اعمال خیار در این موارد ممکن است (علامه، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۲۸).

## ۲-۲. معنای خیار در قاعده

مسئله دیگر در مفاد این قاعده، واژه «خیار» است. سؤال در واژه خیار آن است که مراد از خیار در قاعده مذکور چیست؟

منشأ این سؤال آن است که برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند که اراده مالکیت بر فسخ از خیار در کلمات شارع متعین نیست؛ زیرا هرچند در مواردی که لفظ رد در روایات وارد شده است، مقابل خیار و لزوم بقای عین است، ولی لفظ خیار هم معنای واحدی ندارد، بلکه در بین چند معنا مردد است. از این رو، احتمال دارد که مراد از خیار به بقای عین مربوط باشد و احتمال هم دارد که معنای خیار به خود عقد تعلق داشته باشد، نه عین و مورد معامله (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴؛ نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۹). علاوه بر این فقیهان نیز در معنای خیار اتحاد نظر ندارند، برخی آن را به «مالکیت بر فسخ عقد» (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۸۲) و بعضی به «امضا و ازاله عقد» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۳) تعریف می‌کنند. نحوه ارائه این دو تعریف برای خیار از سوی فقیهان بدین توضیح است که برخی از فقیهان، ماهیت خیار را ملک

دانسته و در تعریف خیار به این معنا تصریح کرده‌اند. فخرالمحققین در «ایضاح الفوائد» خود، در بحث خیار مجلس به این امر تصریح فرموده و خیار را نوعی ملک و یا مالکیت مالک بر فسخ عقد منعقدشده تلقی کرده و نوشته است:

«در این مسئله تخییر را قید دانسته و تخییر گفتیم و خیار تعبیر نکردیم؛ زیرا خیار عبارت از [نوعی] مالکیت [شرعی] بر فسخ [عقد منعقدشده] است و این امر، با فوت مؤرث برای وارث حاصل می‌شود و این نوع خیار، قبل از خیار مجلس محقق می‌گردد» (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۸۲).

مؤلف «ایصال الطالب»، کلام فخر را - که در تعریف خیار فرمود: ملک فسخ - چنین معنا کرده‌اند:

«زمانی که گفته می‌شود: مثلاً برای فلانی، خیار است، یعنی او طبق شرع، نوعی مالکیت بر فسخ عقد منعقدشده دارد» (حسینی شیرازی، بیتا، ج ۱، ص ۴).

مشکل تعریف مذکور آن است که اگر این تعریف را برای خیار بپذیریم و ماهیت خیار را نوعی ملک برای مالک بدانیم، در این صورت تعریف خیار، مانع اغیار نمی‌شود و اغیار که عبارت از این مثال‌هاست داخل در خیار می‌شوند: ۱. مالکیت شخص بر فسخ عقود جایز؛ ۲. مالکیت شخص بر فسخ عقد فضولی؛ ۳. مالکیت وارث بر رد عقد مؤرث در مازاد بر ثلث؛ ۴. مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر؛ ۵. مالکیت هرکدام از زوجین بر فسخ عقد به واسطه عیوب.

این مشکل سبب شده است که فقیهان متأخر از فخر، تعریف دیگری را برای خیار ارائه نمایند و باز، ماهیت خیار را ملک تلقی کنند. فاضل مقداد، یکی از این‌گونه فقیهان است. او ماهیت خیار را نوعی ملک دانسته و خیار را این‌گونه تعریف کرده است:

«خیار، عبارت از مالکیت [شخص صاحب خیار] بر اقرار عقد و ازاله آن است» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۳).

طبق این بیان، خیار، نوعی ملک برای مالک تلقی می‌شود و مالک این نوع ملک، تسلط بر فسخ عقد منعقدشده پیدا می‌کند اعم از اینکه مراد از «اقرار عقد» را ابقای عقد

بر حالتش با ترک فسخ معنا کنیم و یا مراد از «اقرار عقد» را به الزام عقد معنا نماییم، به طوری که عقد غیرقابل فسخ گردد (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴).

این تعریف از سوی طباطبایی در «ریاض» (ج ۸، ص ۱۷۷) و نجفی در «جواهر الکلام» (ج ۲۳، ص ۳) نیز را ارائه شده است. شیخ انصاری نیز این تعریف را از فقیهان متأخر نقل کرده و در معنای واژه الزام با ارائه دهندگان این تعریف به مناقشه پرداخته است (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴)!

در پاسخ سؤال و اشکال مذکور باید گفت معنای خیار یک اصطلاح شرعی نیست، بلکه فقیهان معاصر معنای خیار را از ادله خیار قول فقیهان استنباط کرده و به معنای مذکور در آثار فقهی خود درج نموده‌اند و این معنای خیار به «نوعی مالکیت بر فسخ عقد منعقدشده» (حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۴) یا «مالکیت بر فسخ عقد منعقدشده و ازاله آن» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۳) تعبیر شده است و آن به عقد متعلق است، نه عین مورد معامله؛ زیرا خیار مقابل لزوم عقد است و لزوم به عقد متعلق است، نه به عین معامله. اعم از اینکه خیار به جعل شارع و یا به جعل طرفین عقد و به اصطلاح شرط ضمن عقد باشد (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۳۴۹-۳۵۰).

### ۳-۲. معنای عین در قاعده

یکی دیگر از مسائل اختلافی مفاد این قاعده، معنای «عین» است از آنجایی که مصداق کامل «عین» همان «مبیع» است، لذا در مورد مبیع دو سؤال پیش می‌آید: سؤال اول این است که آیا قاعده تنها مشمول تلف همه مبیع است و یا نواقص، یعنی تلف جزء و وصف آن را نیز در برمی‌گیرد؟

تلف بعض یا جزء مال را تلف قسمتی از یک مال گویند، لذا تلف بعض و جزء مرادف هم‌اند و این دو اصطلاح مقابل تلف کل یا تمام مال استعمال می‌شود. تلف کل همان تلف تمام یک مال معین است و در مقابل تلف بعض مال قرار دارد. تلف و وصف عبارت از تلف وصی از اوصاف مال معین را گویند و گاه از آن به نقص و عیب تعبیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، صص ۱۷۸-۱۷۷).

هرچند از فقیهان در مسائل شبیه مقام بحث، اختلاف نظر نسبت به موارد مذکور مبیع مشاهده می‌شود (علامه، بیتا، ج ۱، ص ۴۷۴)، ولی حقیقت آن است که اختلاف فقیهان در مصداق مسئله است، نه در مفهوم مسئله. بدین بیان که اگر نقص مبیع به حدی باشد که در عرف، قیمت کم کند، داخل تلف بخشی از مبیع شده و به آن تلف بعضی، یا وصف اطلاق می‌شود، ولی اگر نقص به حدی نباشد که در عرف، قیمت کم کند، در این صورت تلف مبیع پیش نمی‌آید، یعنی به این مقدار نقص مبیع، نقص بعضی یا وصف اطلاق نمی‌شود (نراقی، ۱۳۶۹، ج ۱، صص ۴۲۸-۴۲۹).

اینجا ممکن است کسی مانند قاعده «ضمان مقبوض به عقد مفسوخ» بین تلف جزء مبیع و وصف آن، تفاوت قایل شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۴۹۱-۴۹۶)، ولی این تفصیل در مقام بحث صحیح نیست و شمولیت قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» نسبت به هر دو صورت مذکور با استناد به روایات موجود در مقام بحث استظهار می‌شود (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۸۵).

سؤال دوم در مورد مبیع این است که آیا مراد از «مبیع»، مبیع معین است و یا آن مبیع کلی را نیز شامل می‌شود؟ فرض کنید بایع مقداری کالای معین را به‌طور کلی بفروشد و در زمان تحویل، فردی از آن کالا را در اختیار مشتری قرار دهد و زمان خیار مشتری آن کالا تلف شود، سؤال پیش می‌آید که قاعده این نوع مبیع کلی را نیز در برمی‌گیرد و یا تنها در مبیع معین جریان دارد؟

هرچند طباطبایی (۱۴۰۷، ج ۸، ص ۲۰۸) و نجفی (۱۳۸۱، ج ۲۳، ص ۸۷) مبیع کلی را در صورت تلف آن، به‌معنای مبیع غیر مقبوض گرفته و چنین فرضی را خارج از قاعده و مورد روایات آن دانسته‌اند. آقای خویی، دو دلیل را برای اثبات این ادعا به شرح زیر آورده است: دلیل اول، تلف مبیع کلی به‌معنای تلف مبیع شخص و معین نیست؛ زیرا تحویل فرد از باب انطباق کلی بر آن فرد است و اگر عیب و نقصی در آن فرد مشاهده شود، باید بایع، آن را تبدیل کند و فرد دیگری را تحویل دهد. نتیجه این تحلیل آن است که تلف مبیع کلی موجب انفساخ عقد و امضای عقد با تحویل ارش نیست و از این رو، مورد مبیع کلی از روایات قاعده بیرون است و دلیل دوم، انفساخ عقد با تلف مبیع کلی پیش نمی‌آید؛ زیرا مالک شدن مشتری بر مبیع کلی تا زمان بقای فرد



است و با تلف شدن مبیع گویی مبیع قبض نشده است (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۴۷۴)، ولی به نظر می‌رسد باید فرق بین مبیع شخصی و کلی را از این جهت مردود اعلام کرد و دو دلیل مذکور را محل مناقشه دانست و آنها را چنین پاسخ داده است که: اولاً، مطابق عرف به اقباض مبیع کلی، اقباض فرد، صدق می‌کند و پس از انطباق کلی بر فرد، مبیع دیگری در میان نخواهد بود و در صورت تلف فرد، تلف مبیع صدق خواهد کرد و ثانیاً، با پذیرش اقباض فرد، به‌عنوان اقباض مبیع کلی، دیگر موضوع مبیع کلی به مبیع معین تبدیل شده است و با تلف این مورد مقبوض، تلف عین در مقام بحث رخ داده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۴۹۱-۴۹۵). بنابراین، باید به شمول قاعده نسبت به این مورد نیز اعتراف کرد.

### ۳. قلمرو قاعده

جهات بررسی قلمرو قاعده عبارت‌اند از: ۱. تلف، ۲. خیار، ۳. شمولیت مبیع نسبت به ثمن. هرکدام از این سه را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۳-۱. قلمرو قاعده در تلف

قلمرو قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» نسبت به تلف در موارد ذیل خواهد بود: اولاً، مقصود از تلف عین در قاعده تلف بعد از قبض است، نه قبل از قبض، زیرا تلف عین قبل از قبض موجب انفساخ عقد است. مورد چنین صورتی، قاعده ضمان تلف مبیع در مدت خیار است (ق.م، ماده ۳۸۷)، نه قاعده مقام بحث؛ ثانیاً، مراد از تلف، تلف سماوی مانند مردن حیوان و آفات طبیعی مانند بیماری حیوان است، ولی اتلاف مباشر یا به تسبیب مانند کشتن حیوان از سوی کسی به مباشر یا به تسبیب را در بر نمی‌گیرد. توضیح این‌که تلف در موارد دیگر نیز به معنای تلف (نجفی، ۱۳۸۱، ج ۲۳، ص ۸۵؛ خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۴۸۱) با آفت سماوی، یعنی تلف بر اثر عوامل خارج از اراده شخص دانسته شده است (علامه، بیتا، ج ۱، ص ۴۷۴). بنابراین، صاحب خیار می‌تواند حتی در فرض تلف و اتلاف مبیع، خیار خود را اعمال نماید و بیع را فسخ کند؛

ثالثاً، مراد از تلف تمام مبیع است، نه بعض، جزء و وصف آن. تلف بعض یا جزء مال را تلف قسمتی از یک مال گویند، لذا تلف بعض و جزء مرادف هم‌اند و این دو اصطلاح مقابل تلف کل یا تمام مال استعمال می‌شود. تلف کل همان تلف تمام بیک مال معین است و در مقابل بعض قرار دارد. تلف وصف، عبارت از تلف وصی از اوصاف مال معین را گویند و گاه از آن به نقص و عیب تعبیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، صص ۱۷۸-۱۷۷).

### ۲-۳. قلمرو قاعده در خیار

یکی از قلمروهای این قاعده بیان قلمرو قاعده در خیار است. در این مورد سؤال آن است که قاعده در کدام معنای خیار جریان می‌یابد؟ در پاسخ این سؤال باید دانست که: اولاً، قاعده خیاری را دربرمی‌گیرد که در زمان تلف تحقق دارد، لذا این قاعده، خیار تأخیر ثمن را در بر نمی‌گیرد. شهید اول به این قلمرو قاعده تصریح کرده و منظور علامه از خیار در این قاعده را بر وجود خیار در زمان تلف معنی نموده است (شهید، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۰)؛

ثانیاً، این قاعده تنها خیار شرعی را دربرمی‌گیرد و شامل خیار جعلی نمی‌شود؛ زیرا خیار جعلی تابع جعل طرفین عقد است. از این رو، نایینی می‌نویسد:

«مورد این قاعده، خیار شرعی است، نه خیار جعلی؛ زیرا خیار جعلی بر

اساس جعل خواهد بود» (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۸)؛

بنابراین، قاعده در خیار مجعول در صورتی جاری است که طرف متعاقدين خیار را به صورت بقای عین منوط نکنند، برای مثال متعاقدين شرط کنند که طرف در صورت بقای عین می‌تواند عقد را فسخ نماید و زمان اعمال خیار او، معلوم شود که اصل عین، تلف شده است، اینجا مطابق شرط مذکور متعاقدين، خیار طرف منتفی می‌شود. مثال دیگر چنین وضعی عبارت از شرطی است که متعاقدين با یکدیگر توافق می‌کنند که خیار آن‌ها در صورت رد عین طرف مقابل ممکن خواهد شد، در این صورت اگر عین باقی باشد، خیار طرف عقد نیز باقی خواهد ماند، ولی اگر عین، تلف گردد، خیار او هم منتفی خواهد شد (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، صص ۵۴۰-۵۴۱).

ثالثاً، این قاعده در خیار جاری می‌شود که به عقد و یا مالیت مورد عقد تعلق گرفته باشد (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۸)؛ زیرا اگر به خود عین با ویژگی‌های خاص تعلق بگیرد، خیار آن نیز با تلف عین از بین می‌رود. شاید دلیل تردید برخی از فقیهان از جریان این قاعده نسبت به بعضی از موارد خیار، تردید در این باشد که آیا خیار به عین تعلق می‌گیرد و یا عقد و مالیت عین، برای مثال علامه در باب مرابحه در صورتی که کذب بایع در اخبار به رأس‌المال و سرمایه بعد از تلف متاع ظاهر گردد، نسبت به بقای خیار تردید کرده است (علامه، ۱۴۱۱، ج ۲، صص ۵۸-۵۹)، همچنین محقق ثانی در سقوط خیار غبن با تلف مغبون‌فیه تردید کرده (محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۴، صص ۲۹۷ و ۳۱۸) و خیار رؤیت را در تردید به خیار غبن ملحق نموده است (همان، ص ۳۱۸)، در حالی که شیخ طوسی در «مبسوط» (ج ۲، ص ۱۴۳) و بعضی دیگر، چون شهید به نقل از ابن‌مَنَوَّج (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۵۰۰) یقین به عدم خیار کرده‌اند؛ به این دلیل که فسخ و رد عقد با بقای عین تحقق دارد و با تلف عین، خیار نیز از بین می‌رود. از این رو، شیخ انصاری جواز رد و فسخ را به صورت تحقق عین اختصاص داده است. به این دلیل که از ادله این مقدار ثابت است (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰)، لیکن شهید ثانی در «مسالك» (ج ۳، ص ۳۱۰) و محقق ثانی در «جامع المقاصد» (ج ۴، ص ۲۶۳) ثبوت خیار با تلف عین را به دلیل وجود مقتضی و عدم مانع تقویت نموده‌اند و ظاهر تعلیل علامه در «تذکره» عدم خیار، در صورتی است که مغبون عین را از ملک خود نقل کرده باشد. به این استدلال که در این صورت، امکان استدراک نیست، لذا با تلف عین، خیار هم نخواهد بود (علامه، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۲۳). این است که می‌توان گفت: هر جا متعاقدین خیار را برای خود و یا شخص دیگری قرار دهند، ولی منظور آنها از تعلق خیار به خود عقد یا عین و مالیت آن، مورد تردید باشد، سقوط و بقای خیار با تلف عین، مورد تردید خواهد بود.

بنابراین، هر چند فسخ عقد به بقای عین متوقف نباشد، ولی اگر منظور از خیار رد و استرداد در ادله خیار، عین مورد عقد باشد، چنان‌که ادله خیار مجلس و حیوان این مطلب را اثبات می‌کنند، بعید نیست که خیار به بقای عین منوط باشد و در صورتی که عین مورد عقد تلف گردد به علت اینکه استرداد آن دیگر امکان ندارد، رد آن نیز ممکن

نخواهد بود؛ بلی اگر اطلاق متعاقدين در جعل خيار به مورد خاصی مقید شود و منظور آنها از وضع خيار در کلام تصریح گردد، همان تبعیت خواهد شد (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۱).

بیان و استدلال شیخ انصاری در جای دیگر مطلب، اثبات می‌کند او خيار را به خود عقد متعلق می‌داند، نه به عین و مالیت آن؛ زیرا او از نظر قبلی خود که بیان آن گذشت، برمی‌گردد و می‌فرماید:

«اقوا بقای خيار [با تلف عین] است؛ زیرا عمده ادله در خيار، نفی ضرر است و نفی ضرر بین بقای عین و تلف آن فرقی نمی‌کند. علاوه بر این، اطلاق قول معصوم هم این مطلب را اثبات می‌کند: «وَهُمْ بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلُوا السُّوقَ» (نوری، ۱۴۱۸، ج ۱۳، ص ۲۸۱، حدیث ۳ و ۴). به اضافه اینکه اگر استناد، اجماع باشد، می‌توان به استصحاب نیز تمسک نمود، مگر اینکه کسی ادعا نماید که عقد بر تسلط به رد، انعقاد یافته است که در صورت اثبات آن، [خيار] به حالت بقای عین اختصاص خواهد یافت [و اگر عین تلف گردد، خيار نیز منتفی خواهد شد]» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۱).

بنابراین، اعمال خيار با تلف عین در جایی است که خيار در آن مورد بر بقای عین منوط نباشد، برای مثال مورد خيار عیب با تلف عین از بین می‌رود؛ زیرا مستفاد از روایات خيار عیب این است که خيار بر رد معیوب متوقف است. در نتیجه، گاهی چون خيار عیب، بقای عین زمان حالت عقد را می‌طلبد و اگر حالت عین نسبت به زمان عقد، طوری تغییر کند که عین دیگر، عین زمان عقد نباشد، خيار طرف نیز ساقط می‌شود، پس در چنین مواردی اگر عین از اصل خود تلف گردد، به طریق اولی طرف خيار نخواهد داشت؛ زیرا نزاع در بود و نبود خيار، در این صورت لفظی و حتی لغوی خواهد شد و علت آن تعیین اخذ ارش برای طرف در این گونه موارد است (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، صص ۵۴۰-۵۴۱).

رابعاً، قلمرو قاعده «عدم سقوط خيار با تلف عین» با دو قاعده «التَّلْفُ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ مَالٍ مَالِكِهِ» و «التَّلْفُ فِي زَمَنِ خِيَارِ الْحَيَوَانِ أَوْ خِيَارِ الشَّرْطِ مِنْ مَالٍ مَالِكِهِ» منافات و تعارض ندارد؛ زیرا محل جریان قاعده نخست در صورت عدم انفساخ عقد است،

درحالی که محل جریان دو قاعده اخیر در صورت انفساخ عقد است (همان). از این رو، تقریر آقای خوانساری از کلام نایینی چنین است:

«مخفی نیست که این قاعده فی الجمله، مسلم است و آن با قاعده «الْتَلْفُ قَبْلَ الْقَبْضِ» و قاعده «الْتَلْفُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ» تعارض نمی کند؛ زیرا هر چند دو قاعده اخیر نیز موجب سقوط اختیارند، ولی مورد دو قاعده، در صورت انفساخ عقد است، درحالی که مورد این قاعده به بقای عقد است، لذا بین آن‌ها تراحمی پیش نمی آید» (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۸).

علامه بر این مطلب چنین تصریح کرده است: «اگر مبیع در زمان خیار و قبل از قبض مشتری تلف گردد، عقد باطل می شود؛ زیرا اگر مبیع با فرض مذکور تلف شود، بیع لازم، انفساخ پیدا می کند» (علامه، بی تا، ج ۱، ص ۵۳۷). محقق حلی می نویسد:

«اگر مبیع بدون افراط و تفریط در زمان خیار تلف شود و خیار برای بایع باشد، تلف از مال مشتری خواهد بود و اگر خیار برای مشتری باشد، تلف از مال بایع خواهد بود» (محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۷۸).

نجفی نیز از این قول محقق حلی، تبعیت نموده و اضافه فرموده است: «اگر خیار مشترک بین بایع و مشتری باشد و [مبیع تلف گردد]، باید طبق قاعده تلف المال من مالک، عمل شود» (نجفی، ۱۳۸۱، ج ۲۳، ص ۸۶).

### ۳-۳. قلمرو قاعده در ثمن

بحث دیگری در شمولیت قاعده بر ثمن، علاوه بر ثمن است. سؤال این است که آیا قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» تلف ثمن را نیز شامل می شود، به این بیان که صاحب خیار خریدار باشد و با تلف ثمن بخواهد با فسخ عقد به مبیع رجوع کند؟ فقیهان ثمن را در قاعده «ضمان مبیع در عقد مفسوخ» به حکم مبیع عطف کرده و استدلال نموده اند: مناط در ضمان، استقرار عقد از جانب ذوالخیار و خیاری بودن عقد است و این مناط در عقد خیاری هم نسبت به بایع و هم نسبت به مشتری وجود دارد. بنابراین، چنان که در ضمان بایع، استقرار عقد از جانب او و خیاری بودن عقد، موجب ضمان بایع است، همچنین در ضمان مشتری، استقرار عقد از جانب او و خیاری بودن

عقد، موجب ضمان مشتری است، لذا ضمان به یکی از آن دو، اختصاص ندارد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۷۷). از این رو، شیخ انصاری به تنقیح مناط مذکور ابن ادریس حلی تمسک کرده و قلمرو قاعده ضمان مذکور را نسبت به ثمن نیز جاری کرده و مناط مذکور را بر ضمان مشتری نسبت به ثمن تلف شده حاکم دانسته و منافات آن را با «تَلَفُ الْمَالِ مِنْ مَالِ مَالِكِهِ» توهّم شمرده است. به این استدلال که معنای ضمان، انفساخ عقد و بازگشت هر یک از عوضین به صاحب قبلی است. ضمانت مشتری نسبت به ثمن با این فرض، مطابق قاعده «تَلَفُ الْمَالِ مِنْ مَالِ مَالِكِهِ» است و به این ترتیب، تلف ثمن در مدت خیار بایع بر عهده مشتری خواهد بود (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۸۱).

اگر فقیهان، قول مذکور شیخ انصاری و استدلال تنقیح مناط ابن ادریس را در اینجا بپذیریم، می‌توانیم در قاعده مقام بحث نیز به تنقیح مناط مذکور استدلال نموده و حکم عدم سقوط خیار با تلف مبیع را به تلف ثمن نیز سرایت دهیم، ولی اگر قول مذکور شیخ انصاری و استدلال تنقیح مناط ابن ادریس را در قاعده ضمان محل مناقشه بدانیم و در نتیجه، آن را نپسندیده و استدلال نماییم، تنقیح مناط ابن ادریس، نوعی قیاس و استحسان محسوب می‌شود، لذا قابل اعتماد نیست و در تفاوت بین ضمان بایع و مشتری می‌توان به تفاوت خیار بایع و مشتری تمسک نمود و خروج ضمان مشتری از تلف ثمن را از مورد قاعده نتیجه گرفته‌اند (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۴۷۳؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۴۹۱-۴۹۲). علاوه بر این در روایات مربوط به «التَّلَفُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ مِمَّنْ لَخِيَارَ لَهُ»، کلمه بایع آمده است که حکم ضمان مشتری نسبت به ثمن تلف شده در مدت خیار بایع را از این روایات خارج می‌کند (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۴۷۰).

به نظر می‌رسد قول نخست قوی‌تر باشد، ولی نه به استدلال تنقیح مناط ابن ادریس، بلکه به این استدلال که فرق بین ثمن و مثن اعتباری یا به لحاظ جهت است. بنابراین، ماده ۳۸۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع، منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این

صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود»، باید این حکم را شامل ثمن نیز نمود. یکی از محققان در این مورد می‌نویسد:

«اگر چه ظاهر ماد آن است که مسئولیت تلف قبل از قبض منحصر به مبیع است و در مورد تلف ثمن قبل از قبض جاری نمی‌گردد، ولی چون عنوان ثمن و مثن بر دو مورد بیع اعتباری است و نقش هر یک در معامله مزبور مانند نقش دیگری است، لذا مفاد ماده بالا از نظر وحدت ملاک در مورد ثمن شخصی نیز جاری می‌شود و مشتری نسبت به ثمن تا زمان تأدیة آن به بایع ضامن خواهد بود» (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۶۷).

همچنین به استدلال باید اضافه نمود که جریان قاعده مسئولیت تلف قبل از قبض در مورد ثمن شخصی نزد فقیهان امامیه اجماعی است (همان).

#### ۴. شروط تحقق قاعده

اولین شرط اعمال قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین» بقای عقد در همان حال سابق خود است. بنابراین، این قاعده در صورتی جریان دارد که عقد، انحلال پیدا نکند. شیخ انصاری به این شرط چنین تصریح کرده است: «مراد از تلف، از بین رفتن عین مورد معامله با بقای عقد بر همان حال خود است. این نوع تلف که عقد هنوز در حال خود باقی است، موجب سقوط خیار نمی‌شود» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰).

بنابراین، اگر این قاعده با قاعده «التَّلْفُ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ مَالِ مَالِكِهِ» و «التَّلْفُ فِي زَمَنِ خِيَارِ الْحَيْوَانِ أَوْ خِيَارِ الشَّرْطِ مِنْ مَالِ مَالِكِهِ» مواجه شود و دو قاعده اخیر، عقد را منفسخ نمایند، جایی برای اجرای این قاعده باقی نخواهد ماند.

شرط دیگر تحقق این قاعده آن است که وجود خیار را به بقای عین منوط نباشد، چنان‌که برخی از فقیهان این احتمال را در مسئله داده‌اند (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴؛ نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۹)، زیرا در این صورت، با فرض تلف عین دیگر موضوع خیار منتفی خواهد شد. بنابراین، فرض قاعده در آنجاست که مبنای ما در مسئله آن باشد که خیار به خود عین و مورد عقد تعلق پیدا نکرده است بلکه به عقد متعلق شده

است. به نظر می‌رسد قول صحیح در این مسئله، تعلق خیار به عقد باشد. آقای اراکی با استناد به ظهور عرفی کلام فقیهان در بیان ماهیت خیار نوشته است:

«ظاهر عرفی موارد حکم فقیهان در خیار، این است که خیار حق بر عین [مورد معامله] نیست؛ زیرا فقیهان، خیار را به رجوع از معامله، تعبیر می‌کنند» (اراکي، ۱۴۱۴، ص ۴).

بنابراین، آقای اراکی، خیار را به «جواز رجوع از عقد» تعریف می‌کند و این تعریف از خیار را تعریف دیگر فقیهان نیز تلقی می‌کند. به این استدلال که دیگر فقیهان نیز خیار را حکم می‌دانند؛ زیرا آن‌ها خیار را به بازگشت از معامله، تعبیر می‌کنند. اینجا در حقیقت بحث آن است که معنای خیار در کلمات شارع متعین نیست؛ زیرا هرچند در مواردی که لفظ رد در روایات وارد شده است، مقابل خیار و لزوم بقای عین است، ولی لفظ خیار هم معنای واحدی ندارد، بلکه در بین چند معنا مردد است و مراد از خیار چیست در ادله خیار تبیین نشده است و احتمال دارد که مراد از خیار به بقای عین مربوط باشد و احتمال هم دارد که معنای خیار به خود عقد تعلق داشته باشد، نه عین مورد معامله (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴؛ نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۹). بنابراین، معنای خیار یک اصطلاح شرعی نیست، بلکه فقیهان معاصر معنای خیار را از ادله خیار قول فقیهان استنباط کرده و به معنای مذکور در آثار فقهی خود درج نموده‌اند!

در پاسخ این مسئله باید گفت: هرچند معنای خیار از سوی شارع مقدس تعیین نشده است، ولی فقیهان خیار را به «مالکیت بر فسخ عقد» (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۸۲) و «امضای عقد و ازاله آن» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۳) تعبیر کرده‌اند و این معنای خیار به عقد متعلق است، نه عین مورد معامله؛ زیرا خیار مقابل لزوم عقد است و لزوم به عقد متعلق است، نه به عین معامله؛ اعم از اینکه خیار به جعل شارع و یا به جعل طرفین عقد و به اصطلاح شرط ضمن عقد باشد (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۳۴۹-۳۵۰). بر اساس این مبنای قاعده باید خروج بعض افراد خیار مانند خیار تأخیر، خیار مختص بعد از تلف، بلکه مطلق خیار قبل از قبض را که تلف عین موجب انفساخ عقد می‌شود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰)، استثنا از قاعده تلقی نمود و دلیل این استثنا را بیان کرد.



شرط سوم قاعده «عدم سقوط اختیار با تلف عین» این است که اختیار در زمان تلف تحقق داشته باشد. این است که شهید مراد از اختیار در این قاعده را بر وجود اختیار در زمان تلف معنی نموده است و منظور علامه را نیز از اختیار در این قاعده بر آن حمل کرده است (شهید، بیتا، ج ۲، ص ۷۰)؛

#### ۵. ادله و مستندات قاعده

از نظر فقهی چند دلیل را برای این قاعده می‌توان بیان نمود. این ادله را به ترتیب ذیل مورد طرح و بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۵-۱. استصحاب

نحوه استناد و استدلال به استصحاب برای اثبات این قاعده چنین است که اختیار برای طرف طبق عقد به‌طور یقین ثابت شده است، حال بعد از تلف مورد بیع، اگر شک پدید آید که آیا با تلف مورد عقد خیار، اختیار طرف نیز ساقط می‌شود و یا خیر؟ حکم یقینی سابق را که وجود اختیار برای طرف است، در این حالت شک نیز استصحاب نموده و حکم مذکور را به این زمان و حال نیز جریان می‌دهیم. علامه در مورد تمسک به دلیل استصحاب برای اثبات این قاعده چنین نوشته است:

«اگر مبیع [بعد از قبض از سوی مشتری] در دست او تلف گردد، اختیار طرف باطل نمی‌شود و آن در ضمان مشتری خواهد بود. این حکم به خاطر اصالت ثبوت اختیار و استصحاب حال آن است» (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۵۳۷).

استصحاب مذکور، استصحاب شک در مقتضی نیست تا مشکلی برای آن پیش آید؛ زیرا اگر امر زمانی که همان تلف است، محدث شود، ما یقین به بقای اختیار در عمود زمان پیدا می‌کنیم (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۳۴۸-۳۵۰).

تحلیل فقهی و حقوقی این استصحاب را مطابق با عقاید علامه چنین می‌توان بیان نمود: زمانی که مبیع در زمان اختیار، تلف گردد، اگر قبل از قبض مشتری باشد، عقد باطل و منفسخ می‌شود؛ زیرا در فرض مذکور، تلف مبیع موجب انفساخ بیع لازم می‌شود و با فسخ بیع، محلی برای وجود اختیار باقی نمی‌ماند، ولی اگر مبیع بعد از قبض

توسط مشتری و در دست او تلف گردد، خیار طرف باطل نمی‌شود و آن در ضمان مشتری خواهد بود؛ زیرا بقای عقد، موجب بقای خیار از طریق استصحاب خواهد شد، چون با بقای عقد موضوع استصحاب تغییر نمی‌کند و امکان استصحاب را فراهم می‌سازد، درحالی‌که در صورت تلف مبیع، موضوع استصحاب به هم می‌خورد و زمینه استصحاب را در مرحله بعدی از بین می‌برد (علامه، بی تا، ج ۱، ص ۵۳۷).

## ۲-۵. روایات

روایاتی که بر خیار دلالت می‌کنند، بر دو گروه هستند: روایات گروه اول در خیار خاص چون خیار مجلس، حیوان، تأخیر ثمن و غیره وارد شده‌اند؛ روایات گروه دوم بیشتر در خیار شرط ضمنی و خیار ضرر وارد شده‌اند و به خیار خاص، مربوط نیستند؛ بنابراین، روایات گروه اول را روایات خیار خاص و روایات گروه دوم را روایات خیار عام می‌نامیم. مثال روایات خیار خاص، احادیث خیار مجلس هستند. ظاهر این روایات بر بقای خیار شخص تا بعد از تلف عین دلالت می‌نمایند، چنان‌که آن‌ها بر وجود خیار قبل از تلف، دلالت می‌کنند؛ زیرا روایات مذکور اطلاق دارند و اطلاق آن‌ها به حالت تلف عین، مقید نشده است، برای مثال یکی از روایات خیار مجلس روایت ذیل است: «الْبَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» (حرعاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۲، صص ۳۴۵-۳۴۶، حدیث ۱ و ۳)؛ بیع‌کنندگان تا زمانی که از حالت اجتماع عقد، افتراق پیدا نکرده‌اند، در خیارند. این روایت هم از طریق محمد بن مسلم (همان، حدیث ۱) از امام صادق (ع) و او از پیامبر (ص) و هم از طریق جمیل بن دراج (همان، حدیث ۳) از امام صادق (ع) نقل شده است. خیار در این دو روایت بر مدار حالت اجتماع است؛ زیرا تا زمانی که بیع‌کنندگان در مجلس عقد حضور دارند، خیار باقی است و زمانی که آن‌ها از یکدیگر، افتراق حاصل نمایند، خیار آن‌ها ساقط می‌شود. این دلیل نسبت به افتراق، اطلاق دارد؛ زیرا ممکن است که افتراق بعد از تلف و یا بعد از تلف، حاصل گردد.

مثال دیگر روایات خیار خاص، اطلاق روایت امام (ع) در مورد خیار تلقی الرکبتان است که مقرر می‌دارد: «وَهُمْ بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلُوا السُّوقَ» (نوری، ۱۴۱۸، ج ۱۳، ص ۲۸۱، حدیث ۳ و ۴)؛

[اگر کسی به پیشواز کاروان برود و کالایی را از اهل کاروان بخرد] و اعضای کاروان، زمانی که وارد بازار می‌شوند، اختیار فسخ خواهند داشت.

این روایت نسبت به تلف مطلق است (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰) و هم بر اختیار قبل از تلف و هم به اختیار بعد از تلف، دلالت می‌کند (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۵۴۲). این اطلاق روایت، قاعده مذکور را اثبات می‌کند و تأکید دارد که اختیار شخص حتی در صورت تلف مورد بیع، باقی است. بنابراین، نباید کسی در اثبات این حکم از سوی ادله اختیار خاص، چون روایات مذکور، شبهه نماید، چنان‌که شیخ انصاری در اینجا شبهه کرده است (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۹۰).

روایات اختیار عام نیز چنین هستند؛ زیرا بخشی از روایات عام اثبات‌کننده اختیار، روایاتی هستند که بر مشروعیت اختیار شرط ضمنی دلالت می‌کنند و چنان‌که آقای خویی فرموده‌اند:

«معنای جعل شرط در ضمن عقد به جعل اختیار، رجوع می‌کند و اینکه گفته می‌شود: انسان در فسخ عقد و امضای آن، مخیر است در آن، بین تلف عین و بقای آن، فرق نمی‌کند، چنان‌که واضح است» (خویی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۵۴۲).

آقای خویی حکم اختیار و اقاله را در اینجا یکسان دانسته و نوشته‌اند:

«چنان‌که اقاله به بقای عین، منوط نیست، فسخ نیز بر بقای عین، موقوف نیست؛ زیرا بین آن دو فرقی نیست، مگر اینکه اقاله، فسخ از دو طرف است [و در اصطلاح به آن، تفاسخ گویند]، ولی اختیار، فسخ از یک طرف است، پس مقتضای قاعده، همان حکم به ثبوت اختیار با تلف عین است، چنان‌که آن واضح است و از اینجا وجه عدم تمسک به استصحاب، ظاهر می‌شود؛ زیرا با وجود امارات نوبت اصول نمی‌رسد. این بیان مناقشه در تمسک به استصحاب برای اثبات قاعده را نیز مسدود می‌کند و کسی نمی‌تواند مناقشه کند که شبهه ما در اینجا، شبهه حکمی است و استصحاب در شبهات حکمی، جاری نیست» (همان، صص ۵۴۲-۵۴۳).

### ۵-۳. مقتضای عمومات ادله

این قاعده بر اساس مقتضای عمومی ادله بر قراردادها و عقود حاکم است. تحلیل فقهی و حقوقی مسئله چنین است که معنای خیار در ظهور ادله خیار، عبارت از مالکیت شخص بر فسخ عقد و امضای آن است؛ یعنی خیار به خود عقد و دست کم به مالیت عین مورد معامله، متعلق است، نه به عین مورد معامله. بنابراین، خیار مذکور همراه امضای عقد و ابرام آن است و همراه استرداد و استرجاع عین مورد معامله و یا مالیت آن، در صورت نبود عین آن است که در صورت اخیر، بدل آن به مثل و قیمت آن استرداد، خواهد شد.

این تحلیل در صورتی که دلیل خیار را ادله ضرر و عموم غیر از دلیل رد بدانیم روشن است و اما اگر دلیل خیار را ادله رد بدانیم، تحلیل ما چنین خواهد بود که همیشه استرداد و استرجاع شخص عین مورد معامله، ممکن نیست و گاهی استرداد آن به بدل آن در مثل و قیمت خواهد بود، چنانکه گاهی نیز استرداد و استرجاع عین شخص مورد عین است و این دو یعنی عین مورد معامله و یا بدل آن در صورت تلف عین و بقای آن محفوظ است و اگر عین مورد معامله تلف گردد به بدل، اعم از مثل و قیمت تبدیل می شود.

بر اساس این تحلیل فقهی می گوییم: تلف عین اقتضای سقوط خیار و امتناع استرداد عین را ندارد بلکه اقتضای خیار را همانند وجود و بقای عین دارد. این بیان به معنای آن است که خیار شخص، به تلف عین و بقای آن رابطه پیدا نمی کند بلکه آن به خود عقد و یا استرداد مالیت عین، ارتباط دارد و آن در هر دو صورت، محفوظ است.

این مطلب آن وقت توجیه درست پیدا خواهد کرد که بدانیم مراد از رد و استرداد در دلیل خیار، رد و استرداد خارجی و شخصی نیست بلکه ظهور ادله خیار در استرداد بدل مثلی و قیمی هم نازل منزله استرداد و رد شخصی است. به ویژه درجایی که امکان رد و استرداد شخص عین، منتفی باشد، چون مراد از رد عین و شخص آن، استرداد مالیت شخص عین در نبود شخص عین است.

بنابراین، اگر معنای جواز رد مذکور از ادله خیار استفاده بشود، این خیار بر مدار عقد خواهد چرخید و به عقد متعلق خواهد شد، نه بر مدار وجود عین آن و اگر دلیلی، تعلق خیار به عین مورد معامله را اثبات نماید آن، حکم شرعی تعبّدی خواهد بود، برای مثال جواز رجوع به عین موهوب در هبه و جواز رجوع به عین در معاطات، این گونه حکم تعبّدی است، ولی باید بدانیم که آن مقابل خیار مورد بحث ما خواهد بود، خیار مورد بحث ما، قابل اسقاط و انتقال به ارث است، ولی چنین جواز رجوعی حکم تعبّدی شارع، خواهد بود که قابل اسقاط و انتقال به ارث نیست؛ زیرا جواز رجوعی که بر وجود عین، متعلق است از بحث خیار، اجنبی و خارج است و بر آن آثار خیار چون قابل ارث ماندن و اسقاط و غیره و از جمله رد با تلف عین، صدق نمی‌کند؛ به خصوص اینکه در ادله خیار تنها در خیار عیب واژه رد وارد شده است و نزاع در آن نیز لفظی و حتی لغو است؛ زیرا طبق تصریح فقیهان و ظهور ادله موجود، اعمال خیار در آن بر بقای عین، منوط است و از تعلق خیار به عقد و یا مالیت عین، استثنا شده است، به طوری که حتی اگر عین باقی باشد، ولی نسبت به حالت آن در زمان عقد، تغییر کند و حالت زمان عقد را از دست بدهد، اعمال خیار از بین می‌رود، چه بماند، اگر تلف گردد که خیار به طریق اولی از بین می‌رود.

آنگاه گفتار مذکور تقویت پیدا می‌کند که بدانیم برای خیار اولاً، دو معنی وجود ندارد که یکی به عقد و دیگری بر عین مورد معامله، تعلق بگیرد و ثانیاً، خیار معنای شرعی ندارد، بلکه فقیهان متأخر و معاصر، معنای خیار را از ادله خیار و قول فقیهان متقدم، استنباط کرده و در آثار مکتوب خود گنجانده و آن را بر عقد، متعلق دانسته‌اند و این نظر حقی است؛ زیرا خیار در این معنا، مقابل لزوم عقد است و از این جهت، بین خیار شرعی و جعلی، تفاوتی نیست؛ هرچند خیار جعلی تابع دلیل خودش است و حتی می‌تواند به بقای عین هم تعلق پیدا کند و اگر به طور اطلاق شرط گردد، به عقد تعلق پیدا می‌کند و بحث ما در اطلاق ادله است، نه در شرط ضمنی با تصریح. از این رو، اگر قرینه‌ای خیار را به عین، متعلق بداند، مانند دلیل خیار عیب که چنین است، آن خارج و استثنا از بحث ما خواهد بود؛ اما اگر دلیل خاصی در مقام موجود نباشد و ادله

اطلاق داشته باشد، مانند ادله خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن، خیار به عقد متعلق خواهد شد.

بنابراین، می‌توان گفت: خیارات مجعول شرعی چون خیار مجلس، حیوان و تأخیر، در تعلق خیار به عقد ظهور دارند، برای مثال ادله «أَيُّمَا رَجُلٌ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا فَهَمَّا بِالْخِيَارِ حَتَّىٰ إِفْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ: هر کسی از دیگری چیزی را به بیع بخرد، هر دو در خیارند تا اینکه دو طرف بیع از هم جدا شوند، [بعد از افتراق] عقد لازم خواهد شد» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۷، حدیث ۴)، «فَإِذَا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ: اگر سه روز بگذرد، خرید، لازم می‌گردد» (همان، ص ۳۵۰، حدیث ۸) و «وَإِلَّا: أَيُّ لَوْ لَمْ يَأْتِ بِالثَّمَنِ] فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا: وگرنه، یعنی اگر ثمن را نیاورد، بیعی در بین آن دو نخواهد بود» (همان، ص ۳۵۷، حدیث ۳)، همه در تعلق خیار بر بیع ظهور دارد و این خیار مقابل لزوم عقد است که به عوضین هیچ ربطی ندارد و اگر کسی این ظواهر را نپذیرد، به اطلاق ادله تمسک می‌کنیم که اقتضای اطلاق ادله در بقای خیار با تلف عین است.

اگر کسی به ادله تخلف شرط چون خیار غبن و عیب و رؤیت مراجعه نماید، تعلق خیار را در آن‌ها به عقد به‌روشنی خواهد یافت؛ زیرا عقد، صحیح منعقد شده است و اگر طرف از شرط تخلف کند، عقد سر جای خود صحیح می‌ماند و او می‌تواند به سبب تخلف از شرط، عقد را فسخ نماید، هرچند عین تلف شده باشد و اگر به آن ملتزم بماند، عقد باز صحیح است و او می‌تواند عقد را امضا و یا فسخ کند، در هر صورت، خیار او در خیار تخلف شرط بر بقای عین مشروط نیست تا در تلف عین، خیار او از بین برود (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۳۴۸-۳۵۰).

## ۶. آثار قاعده

آثار فقهی قاعده، یعنی بعد از تلف عین، حکم بیع مذکور و خیار موجود در آن چیست؟

نخستین اثر فقهی قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین»، این است که اولاً، بیع منفسخ نمی‌شود بلکه آن در سر جای خود ثابت می‌ماند، چنان‌که خیار موجود در آن

نیز باقی می‌ماند. بنابراین، اگر صاحب خیار، عقد را فسخ نمایند و اگر مورد بیع، مثلی باشد، شخص مثل آن را از طرف مقابل درخواست خواهد کرد و اگر قیمی نباشد، قیمت آن را طلب خواهد نمود.

اثر مذکور در صورتی است که مورد عقد خیار از اصل و اساس تلف گردد، ولی اگر آن معیوب بوده باشد و بعد از عقد کشف گردد که عیب مذکور از اول و زمان تحویل در کالا بوده است، در این صورت مسئله دو اثر فقهی را خواهد داشت: یکی، اینکه عین معیوب هنوز باقی مانده باشد و تلف به معنای تلف بخشی از مورد بیع باشد، در این حالت اثر بیان شده در اینجا هم جاری خواهد شد و دیگری، اینکه عین معیوب به معنای تلف خاص از بین رفته باشد، برای مثال مورد بیع، غذا بود که آن خورده شده و یا لباس بود که دوخته شده و عیب آن را بعد از چنین کار فهمیده و آن را به دیگری وقف کرده و نقل و انتقال آن را به بائع طبق مذهب امامیه به دلیل تصرف و طبق مذهب شافعی به دلیل خود نقل مذکور با مانع مواجه نموده و در نتیجه، فسخ عقد و رد مورد عقد را به طرف مقابل غیرممکن فقهی ساخته است، لذا در این صورت نمی‌تواند عقد را فسخ نماید و تنها می‌تواند ارش عین را از طرف مقابل بگیرد (علامه، بی تا، ج ۱، ص ۵۲۸).

یکی دیگر از آثار قاعده «عدم سقوط خیار با تلف عین»، این است که چون عقد بعد از تلف عین، قابل فسخ است، لذا اقاله در این هنگام به اتفاق فقیهان مشروع است. یکی از آثار قاعده این است که اگر صاحب خیار، خیار خود را در فرض تلف و اتلاف مبیع اعمال نماید و بیع را فسخ کند، بدل مبیع را از طرف مقابل، اعم از طرف دیگر عقد و یا اتلاف‌کننده اجنبی دریافت خواهد کرد؛ زیرا با اتلاف مبیع، بدل آن در ذمه طرف مُتَلِف، مستقر گردیده است و بدل مذکور، عوض مبیع تلف شده محسوب خواهد شد. این قول از معنای تلف و اتلاف نیز مستفاد است؛ زیرا تلف به معنای از بین رفتن مال بدون دخالت اراده شخص است، ولی اتلاف یا تسبیب به معنای از بردن مال به طور مستقیم (اتلاف) یا با دخالت و غیرمستقیم (تسبیب) است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۱۷۷)؛ بنابراین، در مصادیق تلف، عمدی وجود ندارد، لذا شخص طبق اصول مقررات و قواعد حاکم بر حقوق اسلامی نباید مسئول شناخته شود، ولی در

اتلاف شخص مسئول شناخته می‌شود، هرچند عمد و قصد او اثبات نگردد؛ زیرا در اتلاف کافی است که اثبات شود منشأ اتلاف، فعل شخص است، اعم از اینکه شخص این فعل را از روی عمد و قصد انجام داده باشد یا خیر، در مسئولیت مدنی دخیل نیست (همان، ص ۵).

### جمع‌بندی

۱. «عدم سقوط خیار با تلف عین» یکی از قواعد فقهی است و تعریف قاعده فقهی بر آن منطبق است؛
۲. در مفاد این قاعده سه اصطلاح «خیار»، «تلف» و «مبیع» دخیل است که قلمرو آن نیز تعیین می‌کنند. بدین بیان که یک. مراد از «تلف» از بین رفتن عین مورد معامله با بقای عقد بر همان حال خود است، لذا این نوع تلف عین در ملک کسی که مال در دست اوست، موجب سقوط خیار او و یا طرف مقابلش نمی‌شود؛ دو. مراد از «خیار» خیاری است که در زمان تلف تحقق دارد، همچنین، خیاری شرعی است. بنابراین، قلمرو قاعده نسبت به خیار شامل خیار تأخیر ثمن و نیز خیار جعلی نمی‌شود؛ سه. خیار در قاعده به عقد تعلق گرفته باشد، لذا با تلف عین از بین نمی‌رود و در نتیجه، به عین تعلق نگرفته است تا در صورت تلف عین، خیار نیز از بین برود. بنابراین، قلمرو این قاعده در موردی است که اعمال خیار در آن مورد نظیر خیار عیب بر بقای عین منوط نباشد؛ چهار. معنای عین در این قاعده عمومیت دارد و در نتیجه، قلمرو آن هم شامل مبیع است و هم شامل ثمن، همچنین قلمرو قاعده نسبت به این واژه هم شامل تلف و هم اتلاف است و فرقی بین عمد غیرعمد وجود ندارد؛
۳. شروط این قاعده عبارت‌اند از: یک. بقای عقد در همان حال سابق خود است؛ دو. وجود خیار را به بقای عقد منوط نباشد، نه به بقای عین؛ زیرا مطابق این مبنا یا فرض، تلف عین موجب انتفای خیار نیز خواهد شد؛ سه. خیار در زمان تلف تحقق داشته باشد؛



۴. مستندات این قاعده عبارت‌اند از: یک. روایات؛ دو. استصحاب؛ سه. مقتضای عموماً ادله، چهار. اقتضای ادله ضمان ید. هرکدام از آنها دلالت می‌کند که خیار با تلف عین سقوط نمی‌کند.

۵. آثار این قاعده در عدم سقوط خیار با تلف عین عبارت‌اند از: یک. بقای خیار تا زمان بقای عقد است؛ دو. امکان اقاله عقد با تلف عین است؛ سه. عدم انفساخ عقد در صورت تلف عین است؛ چهار. در صورت اعمال خیار، رجوع به بدل عین در صورت تلف تمام عین و به ارش آن در صورت معیوب بودن است.

### کتابنامه

ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* [سرائر]، قم: النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسين، الطبعة الثانية. ##

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۴ق)، *الخيارات*، قم: مهر، الطبعة الاولى. ##

امامی، سید حسن (۱۳۷۱ش)، *حقوق مدنی*، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ یازدهم. ##

انصاری، مرتضی (۱۳۷۵ق)، *مکاسب*، تبریز: اطلاعات، چاپ دوم، چاپ سنگی [ط.ق]. ##

انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق)، *مکاسب*، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى [ط.ج]. ##

جبعی عاملی، زین‌الدین [شهید ثانی] (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام* [مسالك]، قم: تحقیق و نشر المؤسسة المعارف اسلامی، الطبعة الاولى. ##

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲ق)، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم. ##

حرعاملی، محمد بن حسن [شیخ حرعاملی] (۱۳۸۷ق)، *وسائل الشیعة الى تحصیل المسائل الشریعة* [وسائل]، تصحیح محمد رازی، بیروت: احیاء دار التراث. ##

حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق)، *مفتاح الكرامة*، تحقیق محمدباقر خالصی، قم: النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسين، الطبعة الاولى. ##

حسینی شیرازی، سید محمد (بی‌تا)، *ایصال الطالب الى المكاسب*، تهران: اعلامی. ##

- حلی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی [علامه] (بی تا)، *تذکرة الفقهاء*، قم: المكتبة الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة، الطبعة الحجریة. ##
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین، چاپ اول. ##
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۶۵ش)، *مصباح الفقاهه*، تقریرات توحیدی، قم: انتشارات وجدانی، چاپ اول. ##
- طباطبایی، سید علی (۱۴۰۷ق)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، مؤسسة آل البيت [ریاض]، النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین، قم: الطبعة الاولى [ط.ج.]. ##
- طوسی، محمد بن حسن [شیخ؛ شیخ الطائفه] (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی الفقه الامامیة [مبسوط]*، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة. ##
- عاملی، محمد جمال الدین مکی [شهید] (بی تا)، *القواعد و الفوائد*، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم: مكتبة المفید. ##
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶ش)، *قواعد فقه؛ جلد اول: بخش حقوق خصوصی*، تهران: سمت، چاپ اول. ##
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری حلّی [فاضل مقداد] (۱۴۰۴ق)، *التقیح الرائع*، قم: کتابخانه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، الطبعة الاولى. ##
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلّی [فخرالدین؛ ابن العلامة] (۱۳۸۸ق)، *ایضاح الفوائد [ایضاح]*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الاولى. ##
- قانون مدنی ایران.
- محقق ثانی، علی بن حسین [محقق ثانی، کرکی] (۱۴۰۸ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد [جامع المقاصد]*، قم: تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت، الطبعة الاولى. ##
- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین بن حسن الحلّی (۱۴۱۵ق)، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول. ##
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴ش)، *قواعد فقه*، تهران: سمت. ##

بررسی عدم سقوط خيار با تلف عين ۳۱

نايينى، محمدحسين (۱۴۱۸ق)، منية الطالب، تقريرات خوانسارى، قم: النشر الاسلامى الطابعة  
لجامعة المدرسين، الطبعة الاولى. ###

نجفى، محمدحسن بن باقر [صاحب جواهر] (۱۹۸۱م)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام  
[جواهر]، تحقيق و تعليق محمد القوجانى، بيروت: دار الإحياء التراث العربية، الطبعة السابعة.  
##

نراقى، احمد (۱۳۶۹ق)، مستند الشيعة، تهران: المكتبة المرتضوية. ##

نورى طبرى، محمدحسين [محدث نورى] (۱۴۱۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم:  
تحقيق و نشر مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، الطبعة الاولى. ##