

Contemporary Islamic law Debate

A Jurisprudential Re-reading of How Possession (Disposition) Terminates the Option of Fraud (Khiyār al-Ghobn) – A Critique of the Unqualified Wording of Articles 450 and 451 of the Iranian Civil Code

Mohammad Moazami Goodarzi¹, Mehdi Moazami Goodarzi², Mohsen Malek Afzali Ardakani³

1. PhD Candidate in Criminal Law and Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author) — m.moazami110@yahoo.com
2. Assistant Professor, Department of Law, Ayatollah Boroujerdi University, Boroujerd, Iran — m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir
3. Professor, Department of Jurisprudence and Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran — mohsenmalekafzali@yahoo.com

Abstract

Given that the general rule in contracts is that they are binding (luzūm), Iranian civil law has laid out how the instability caused by optional rights (khiyārāt) can come to an end—including through the act of possession or disposition (tasarruf). Articles 450 and 451 state this in quite broad terms, treating disposition as a factor that terminates the right of rescission across the board. That means it applies to all kinds of khiyār, including the option of fraud (khiyār al-ghobn). However, when you dig into the foundations of Imamiyya jurisprudence, it becomes clear that whether disposition actually terminates the option of fraud isn't so straightforward—it's not an absolute, one-size-fits-all rule. This study uses a descriptive-analytical method and draws on jurisprudential sources to examine the role of disposition in a contract that's become unstable due to fraud (ghobn). It then critiques the unqualified wording of the two articles mentioned above.

Cite this article: Moazami Goodarzi, Mohammad, Moazami Goodarzi, Mehdi, Malek Afzali Ardakani, Mohsen V. (2025). A Jurisprudential Re-reading of How Possession (Disposition) Terminates the Option of Fraud (Khiyār al-Ghobn) – A Critique of the Unqualified Wording of Articles 450 and 451 of the Iranian Civil Code. *Contemporary Islamic Law Debate*, 3(5), p. 189-216. <https://doi.org/10.22034/cild.2026.22061.1151>

Received: 2024/12/21

Revised: 2025/04/10

Accepted: 2025/07/16

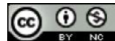
Available online: 2025/09/22

Type of article: Research Article

Publisher: Al-Mustafa International Community

<http://meh.journals.miu.ac.ir/>

©2025/authors retain the copyright and full publishing rights



The findings suggest that when the defrauded party (maghbūn) engages in disposition after becoming aware of the fraud, that alone doesn't cause the option to lapse— unless, of course, the act is generally understood as indicating satisfaction with the transaction and an actual waiver of the option. As for dispositions that happen before the party learns of the fraud, their effect on whether the option survives depends on a couple of things: the type of disposition (whether it transfers ownership of the property out of the person's hands or simply alters the asset itself) and the underlying basis for recognizing the option in the first place (whether that's the rule of *lā ɗarar*, an implied condition, or consensus). The overall conclusion? Generalizing the terminating effect of disposition to every possible scenario under the option of fraud just doesn't square with the jurisprudential foundations of this particular khiyār. That means Articles 450 and 451 of the Civil Code need to be reconsidered and given more detailed legislative treatment.

Keywords: Khiyār al-ghabn (option of fraud); Possession/disposition (tasarruf); Termination of option (suqūṭ-e khiyār)

بازخوانی فقهی مسقطیت تصرف در خیار غبن (نقد اطلاق مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی)

محمد معظمی گودرزی^۱، مهدی معظمی گودرزی^۲، محسن ملک‌افضلی اردکانی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
m.moazami110@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیت‌الله بروجردی، بروجرد، ایران: madigoodarzi277@gmail.com

۳. استاد گروه فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران: mohsenmalekafzali@yahoo.com

چکیده

با پذیرش اصل لزوم در عقود، قانون مدنی ایران سقوط تزلزل ناشی از اختیارات را در مواردی از جمله از طریق «تصرف»، تبیین کرده و در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ به بیان مسقطیت تصرف به طور کلی پرداخته است. اطلاق این مقررات، تصرف را در همه اختیارات - از جمله خیار غبن - مسقط حق فسخ می‌داند؛ در حالی که بررسی مبانی فقه امامیه نشان می‌دهد مسقطیت تصرف در خیار غبن امری مطلق و یکسان نیست. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با اتکا به منابع فقهی، نقش تصرف را در عقد متزلزل ناشی از خیار غبن بررسی می‌کند و به نقد اطلاق مواد یادشده می‌پردازد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد تصرف مغبون پس از علم به

استناد به این مقاله: معظمی گودرزی، محمد، معظمی گودرزی، مهدی، ملک‌افضلی اردکانی، محسن (۱۴۰۴). بازخوانی فقهی مسقطیت تصرف در خیار غبن (نقد اطلاق مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی). گفتمان حقوق اسلامی معاصر، ۳(۵)، ص ۲۱۶-۱۸۹.

<https://doi.org/10.22034/cild.2026.22061.1151>

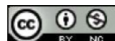
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۸/۰۱؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۸/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۵؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

<http://meh.journals.miu.ac.ir/>

نوع مقاله: پژوهشی

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه

© ۱۴۰۴ / نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند



غبن، به خودیِ خود موجب سقوط خیار نمی‌شود، مگر آنکه نوعاً کاشف از رضایت به معامله و اسقاط فعلی خیار باشد. همچنین تصرفات پیش از علم به غبن، بسته به نوع تصرف (مخرج از ملک یا موجب تغییر در عین) و مبنای ثبوت خیار (قاعده لاضرر، شرط ضمنی یا اجماع)، آثار متفاوتی بر بقای خیار دارند. برابند تحقیق نشان می‌دهد تعمیم مسقطیت تصرف به همه فروعات خیار غبن با مبانی فقهی این خیار سازگار نیست و مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی نیازمند بازنگری و تفصیل تقنینی‌اند.

کلیدواژه‌ها: خیار غبن، تصرف، سقوط خیار.

مقدمه

عقود و معاملات تقسیم‌بندی‌های متعددی دارا هستند که یکی از مهم‌ترین آنها، تقسیم عقد بر اساس «دوام» است. بر این اساس، عقد به دو نوع لازم و جایز تقسیم می‌شود. در میان این دو قسم، اصل بر لزوم عقد است؛ اصلی که نه تنها پذیرش بسیاری از فقیهان آن را پذیرفته‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۳)، بلکه قانون مدنی نیز این اصل را در ماده ۲۱۹ پذیرفته است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». بر اساس مفاد این ماده، اصل بر آن است که عقودی که مطابق قانون منعقد می‌شوند، جز در موارد استثنایی همچون اقاله و خیارات، برای طرفین عقد لازم‌الرعايه باشند؛ از این رو عقد خیاری به عقدی اطلاق می‌شود که برای طرفین یا یکی از آنها یا شخص ثالث، اختیار فسخ پیش‌بینی شده باشد (۱۸۸ ق.م. و یکی از اقسام عقود لازم محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، با تحقق خیارات، عقد لازم به عقد خیاری تبدیل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶هـ.ش، ص ۲۲؛ امامی، ۱۳۹۳هـ.ش، ج ۱، ص ۱۷۱) که در آن اختیار فسخ برای هر دو طرف، یکی از آنها یا شخص ثالث مقرر شده است.

با ایجاد اختیار، عقد لازم به عقد متزلزل یا جایز بالعرض یا متزلزل بالحدوث یا عقد خیاری تبدیل می‌شود؛^۲ بدین معنا که «من له الخيار» بر اساس حق خیاری که شارع برای او مقرر کرده است، می‌تواند در مدت اختیار، عقد مربوط را فسخ کند. بدیهی است که با تحقق اختیار، عقد لازم همواره متزلزل باقی نمی‌ماند، بلکه شارع مقدس برای رفع تزلزل عقد، مواردی را پیش‌بینی کرده است که از آنها با عنوان «مسقطات خیارات» یاد می‌شود. شارع برای هر یک از خیارات، مسقطات متعددی را مقرر کرده است؛ به بیان دیگر برای هر اختیار، مسقطات خاصی وجود دارد که اختصاص به همان اختیار دارد. یکی از این مسقطات، «تصرف» است که تحقق آن در برخی از خیارات، موجب سقوط آن خیارات می‌شود.

قانون مدنی، مسقط بودن تصرف را به مثابه یکی از اسباب سقوط خيارات، در مواد ۴۵۰ ق.م. و ۴۵۱ ق.م پذیرفته است. در ماده ۴۵۰ ق.م آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای (تأیید) فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد»؛ همچنین در ماده ۴۵۱ ق.م مقرر شده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است». مسئله اصلی در این دو ماده آن است که قانون‌گذار با توجه به اینکه این مواد را در بخش مربوط به «احکام خيارات به طور کلی» آورده است، گویا دو قاعده و کبرای کلی را برای تمامی خيارات از جمله خیار غبن، مفروض و مقبول دانسته است؛ کبرای نخست آنکه تصرف در همه خيارات، مسقط خیار است؛ کبرای دوم نیز آنکه هر تصرفی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، مسقط محسوب می‌شود. در حالی که بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد پذیرش این دو قاعده یا کبرای کلی به این ترتیب، در تمامی خيارات جاری نیست؛ زیرا اولاً فقیهان مسقط بودن تصرف را در همه خيارات قبول نداشتند؛ ثانیاً این پرسش برای آنها مطرح بوده است که چه تصرفی مسقط است؛ آیا هر تصرفی یا صرفاً تصرفی که کاشف از رضایت باشد؛ ثالثاً هر خیراری فروعاتی دارد که حتی در صورت پذیرش این دو قاعده، در همه فروعات جریان پذیر نیست. بنابراین پرسش اصلی نوشتار حاضر این است که نقش تصرف در عقود خیراری در زمان خیار غبن چگونه است؟

این نوشتار به روش توصیفی - تحلیلی و بر پایه ارجاع به منابع فقهی نگارش یافته است و در پی اثبات فرضیه زیر می‌باشد:

فرضیه اصلی: تصرف به مثابه یک مسقط در خیار غبن در مواردی مورد قبول است؛ بنابراین تعمیم مواد ۴۵۰ ق.م و ۴۵۱ ق.م به همه خيارات به طور مطلق در قانون مدنی پذیرفتنی نیست.

پیشینه

در کتاب‌های فارسی، مطالب چشمگیری درباره اسقاط خيارات به‌ویژه تصرف یافت نمی‌شود. اما سه مقاله درباره اسقاط خيارات نگاشته شده است که عبارت‌اند از: الف) «اسقاط

خيارات در حقوق ايران و فقه اماميه» نوشته عطاءالله بيگدلي كه اسقاط خياريات را به طور كلي بررسي کرده است؛ درحالي كه اين موضوع قابليت تبديل شدن به بيش از ده مقاله علمي - پژوهشي را دارد. ب) «نقش تصرف در عقد متزلزل به موجب خيار مجلس (نقدي بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.)» اثر مهدي معظمي گودرزي و احمد ديلمي / ج) «نقش تصرف در بيع شرط، با نگاه انتقادي به ماده ۴۶۰ ق.م.» نوشته مهدي معظمي گودرزي. نويسندگان در اين دو مقاله به نقش تصرف در اسقاط يا عدم اسقاط خيار مجلس و خيار شرط از منظر فقهی پرداخته اند و آن را با مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م در مقاله دوم و ماده ۴۶۰ ق.م در مقاله سوم تطبيق داده اند. حاصل اين تطبيق، انتقادهایی است كه نويسندگان به مواد مربوط وارد کرده اند. اين مقاله نيز با همين روش عمل کرده است؛ يعني نقش تصرف را در اسقاط يا عدم اسقاط خيار غبن از منظر فقهی بررسي می کند، مطالب را بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م تطبيق می دهد و اشکال هایی را بر مواد پيش گفته وارد آورده است و درنهایت پيشنهادهایی برای اصلاح قانون مدنی ارائه می دهد.

بنابراين نوآوری پژوهش را می توان در تفصيل فروع تصرف در خيار غبن، نقد اطلاق قانون و ارائه پيشنهادهای اصلاحي دانست.

۱. تعريف خيار غبن

«الْغَبْنُ» به تسكين عين الفعل در بيع به كار می رود و «الْغَبْنُ» به تحريك عين الفعل در رأی و نظر استعمال می شود (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ، ج ۱۳، ص ۳۰۹). بنابراین در رأی و نظر، ماده غبن به معنای فراموشی است؛ مانند عبارت «عَبِنْتُ كَذَا مِنْ حَقِّي عِنْدَ فُلَانٍ» كه به معنای فراموشی و ضعف در رأی آمده است يا «يُقَالُ فِي رَايَةِ غَبْنٍ يَأْفَهُوْهُ غَبِيْنٌ» كه به معنای ضعيف الرأى است (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ، ج ۱۳، ص ۳۰۹). اما در بيع و شراء، به معنای «الْوَكْسُ» است (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ، ج ۱۳، ص ۳۱۰)، يعني كم بها كردن، زيان يا تنزل قيمت؛ همچنين به معنای خدعه و فريب است؛ به گونه ای كه «قَدْ غَبِنَ فَهُوَ مَغْبُونٌ» به معنای گول خوردن، فريب خوردن، نيرنگ و زيان ديدن است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ، ص ۶۰۲).

آنچه با معنای اصطلاحی در فقه مطابقت دارد، همان معنای اخیر است؛ چنانچه در تعریف خیار غبن آمده است: «غبن آن است که کسی چیزی را بفروشد به کمتر از قیمت یا بخرد زیاده از قیمت» (عاملی ترحینی، ۱۴۲۷هـ، ج ۴، ص ۵۹۵). در این معنا، گول زنده را «غابن» و گول خورنده را «مغبون» می‌نامند.

برای تحقق این خیار دو شرط لازم است:

اول: مغبون هنگام عقد از قیمت جاهل باشد؛ اما اگر شخص به غبن آگاه باشد و با علم اقدام به معامله کند، دیگر مخدوع یا مغبون محسوب نمی‌شود (عاملی ترحینی، ۱۴۲۷هـ، ج ۴، ص ۵۹۵). در این حالت برای او جایز است که اقدام به معامله کند؛ حتی اگر چیزی که قیمتش یک درهم است را به صد درهم بخرد؛ زیرا مردم بر اموال خود مسلط هستند (نجفی، ۱۴۳۹هـ، ج ۲۴، ص ۷۴). همچنین به این دلیل که آن شخص خود بر نفس خویش ضرر وارد کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴هـ، ج ۱۱، ص ۶۹).

دوم: در بیع، زیاده یا نقصی وجود داشته باشد که عرفاً برای آن تسامح نکنند تا معنی غبن بر آن صدق کند (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷هـ، ج ۴، ص ۵۹۵). بر همین اساس در مسالک آمده است: «اگر تفاوت کمی که عرف نسبت به آن مسامحه می‌کند، آشکار شود، مثل درهمی در صد تا، بلکه پنج درهم در صد تا، غبنی نیست و بالجمله تقدیری برای آن به لحاظ شرعی نیست و هر آنچه در این شأن باشد، به عادت مراجعه می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ، ج ۳، ص ۲۰۳).

۲. روشن نمودن محل نزاع و موضع قانون مدنی ایران

فقیهان مواردی را برای اسقاط خیار غبن بر شمرده‌اند که عبارت‌اند از: اشتراط سقوط خیار غبن در ضمن عقد، اسقاط آن بعد از عقد و تصرف (انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۰ - ۱۸۷). درباره قبول یا عدم قبول هر یک از این موارد و شیوه تحقق آنها، آرا و عقاید مختلفی

بین فقیهان وجود دارد که در جای خود بررسی شده است. اما مسئله مورد بحث در این نوشتار، مسقط یا عدم مسقط بودن تصرف در خیار غبن است. قبل از ورود به بحث، ابتدا محل نزاع و سپس موضع قانون مدنی تبیین می‌شود.

۱-۲. روشن نمودن محل نزاع

بنا بر تصریح فقیان، خیار غبن مختص مغبون است و مغبون می‌تواند فروشنده یا خریدار باشد (نجفی، ۱۴۳۹هـ، ج ۲۴، ص ۸۰). علامه حلی در این باره می‌نویسد: «خیار غبن برای مغبون به طور خصوص ثابت شده است بدون غابن، به دلیل اجماع و به این دلیل که مقتضای ثبوت خیار، ضرر است و این ضرر در طرف مغبون واقع می‌شود؛ پس حکم به او اختصاص دارد» (عاملی ترحینی، ۱۴۲۷هـ، ج ۴، ص ۵۹۶). با این نگاه، وقتی حکم خیار به مغبون یا من له الخیار اختصاص داده شد، اگر غابن یا من علیه الخیار تصرف کند، خواه قبل از ظهور غبن یا بعد از آن، خیار ساقط نمی‌شود؛ زیرا تصرف غابن دلالت بر رضایت صاحب آن، یعنی مغبون به عقد نمی‌کند (عاملی ترحینی، ۱۴۲۷هـ، ج ۴، ص ۵۹۶). بنابراین تصرف غابن خیار مغبون را مطلقاً ساقط نمی‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۹هـ، ص ۶۱۴). افزون بر این، بحث تصرف در اثنای مدت خیار در عقد متزلزل مطرح است؛ بنابراین از طرف غابن خیاری وجود ندارد که بتوان گفت در اثنای آن تصرف کرده و وضعیت عقد متزلزل چه خواهد بود.

۲-۲. موضع قانون مدنی

فقیهان در مبحث مربوط به خیارات، ذیل هر خیار به بررسی مسقطات آن خیار نیز پراخته‌اند؛ اما در قانون مدنی ایران، این رویه معمولاً تبعیت نشده است، بلکه نویسندگان قانون مدنی، بحثی را تحت عنوان «احکام خیارات به طور کلی» آورده‌اند و در لابلای این

بحث، تنها به یکی از مسقطات خيارات، یعنی تصرف در دو ماده (۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م) اشاره کرده‌اند. مفاد این دو ماده به این ترتیب است: ماده ۴۵۰ مربوط به تصرف در منتقل‌الیه و ماده ۴۵۱ مربوط به تصرف در منتقل‌عنه.

در ماده ۴۵۰ ق.م آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد». در ماده ۴۵۱ ق.م نیز آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به‌هم‌زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

حقوقدانان برای تفسیر این دو ماده (در همه‌خيارات)، سه دیدگاه مختلف دارند که به این ترتیب است:

گروه اول: برخی از حقوقدانان چه به صراحت (امامی، ۱۳۹۳ هـ.ش، ج ۱، ص ۶۱۹) یا ضمنی (کاتوزیان، ۱۳۹۴ هـ.ش، ص ۳۳۹)، تصرف را در هر نوع خیاری از جمله خیار غبن، به مثابه مسقط حق فسخ عقد پذیرفته‌اند. برخی از حقوقدانان به صراحت ذیل این ماده نوشته‌اند: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به‌هم‌زدن معامله باشد، طبق ماده ۴۵۱ ق.م، فسخ فعلی است» (امامی، ۱۳۹۳ هـ.ش، ج ۱، ص ۶۱۹). یکی دیگر از حقوقدانان در این باره نگاشته است: «در خیارهای قانونی، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، مالک جدید حق تصرف در ملک خود را دارد، مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد؛ وی در ادامه می‌افزاید: «گروهی وجود حق تملک عین را عامل محدودکننده مالکیت می‌بینند و مالک را از تصرفی که با اجرای خیار منافات دارد منع می‌کنند، خواه تصرف موضوع اجرای خیار را تلف کند یا به دیگری منتقل سازد یا در معرض تلف و انتقال قرار دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۴ هـ.ش، ص ۳۳۹). با این بیان، وی به گونه‌ی ضمنی مسقط بودن خیار از طریق تصرف را پذیرفته است؛ زیرا ذیل ماده ۴۵۱ ق.م نیز درباره‌ی اینکه تصرف باعث فسخ می‌شود، چنین نوشته است: «اگر کسی خانه خود را صلح خیاری کند و در مدت خیار آن را بفروشد، این اقدام حاکی از فسخ عملی و منطبق با مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ هـ.ش، ص ۳۳۲).

گروه دوم: این گروه با اینکه در ابتدا موضع گروه اول را پذیرفته‌اند، در نهایت در این باره توقف کرده‌اند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۲۳۱ - ۲۳۲). این موضع از ظاهر عبارات ایشان برداشت می‌شود؛ چراکه پس از اینکه در ابتدای سخن تصرف را مسقط خیار دانسته است، می‌نویسد: «تصرف مشتری در مبیع التزام به بیع بوده و به این سبب خیارش باطل است» یا «تصرف بایع در ثمن خیار بایع باطل است» (عبده بروجردی، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۲۳۲). وی همچنین درباره ابطال بیع از جانب بایع به وسیله تصرف در مبیع یا از جانب مشتری در ثمن می‌نویسد: «تصرف بایع در مبیع، فسخ عقد محسوب است و به سبب آن بیع باطل است و اگر مشتری تصرف در ثمن کند، نیز مشتری فسخ عقد محسوب می‌شود و به سبب آن بیع باطل می‌گردد» (عبده بروجردی، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۲۳۰). در ادامه می‌افزاید: «تصرف مسقط خیار، اعم از است از ناقل و غیرناقل»؛ اما درباره مفهوم و قلمرو تصرف مسقط خیار توضیح می‌دهد: «اکثر عبارات فقها مشتمل بر تصرف مطلق است و اردبیلی در این باب مناقشه کرده و می‌گوید تصرف مسقط خیار که در لسان فقها مذکور گردیده، مجمل است و مراد از آن ظاهر نیست؛ یعنی مشخص نیست که آیا اختصاص به تصرف مخرج از ملک دارد یا شامل هرگونه تصرفی است و از طرفی دلیل آن نیز واضح نیست. مجرد تصرف در بیع از طرف بایع دلالتی بر فسخ ندارد؛ زیرا ممکن است تصرفاتش از روی سهو یا به فرض دیگری، اعم از مشروع یا نامشروع صورت گرفته باشد و با این احتمال، تصرف کاشف از فسخ نیست مگر اینکه قرینه‌ای بر آن دلالت کند. بالجمله شقوق مسئله خالی از اشکال نیست؛ خصوصاً در جایی که تصرف ناقل در بیع از طرف مشتری بوده و خیار برای بایع باشد؛ همان‌طور که در مسالک بعد از آنکه فرقی بین ناقل ملک و غیر آن نگذارده، این فرض مورد اشکال قرار گرفته است» (عبده بروجردی، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۲۳۱).

گروه سوم: در این باره یا سخنی در کتب آنان بیان نشده است یا با اینکه ماده مذکور را ذکر کرده‌اند، آن را رد می‌کنند و کلامی ارائه نکرده‌اند (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷هـ.ش، ص ۴۱۳).

با توجه به بیان مواد قانون مدنی درباره تصرف و نقل قول کلام حقوقدانان مربوط به تفسیر این مواد، می‌توان نتیجه گرفت که اولاً کلام این دو حقوقدان عام هست و همهٔ اختیارات را دربر نمی‌گیرد؛ ثانیاً حکم هر اختیار را با همه فروعاً طرح شده ذیل آن از جمله اختیار غبن یکی دانسته‌اند. با مراجعه به کلام فقیهان به ویژه دربارهٔ اختیار غبن، این نوع بیان به نظر می‌رسد که با شیوه اطلاق‌گویی دارای اشکالات متعددی است. در ادامه با بیان تفصیل کلام فقیهان دربارهٔ اختیار غبن، اشکال‌های وارد شده بر قانون مدنی و حقوقدانان کاملاً آشکار خواهد شد.

۳. اثر تصرف بر اختیار غبن

فقیهان مواردی را برای اسقاط اختیار غبن بر شمرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۰)؛ اما دربارهٔ این امر که آیا تصرف یکی از مسقطات اختیار غبن محسوب می‌شود یا خیر به دو گروه تقسیم شده‌اند:

گروه اول: برخی از فقیهان در قسمت مربوط به اختیار غبن دربارهٔ این مسئله سکوت کرده‌اند؛ یعنی تصرف را یکی از مسقطات اختیار غبن ذکر نکرده‌اند. ظاهراً این سکوت به منزله عدم پذیرش تصرف به مثابهٔ مسقط اختیار غبن نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۷هـ، ج ۳، ص ۴۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷هـ، ج ۲، ص ۴۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰هـ، ج ۲، ص ۲۴۵؛ حلبی، ۱۴۱۷هـ، ص ۲۲۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳هـ، ج ۵، ص ۴۵ - ۴۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۲هـ، ج ۱۵، ص ۳۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱هـ، ص ۹۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۸هـ، ص ۱۲۲).

گروه دوم: برخی دیگر از فقیهان، تصرف را در مواردی در جایگاه یک مسقط در اختیار غبن ذکر کرده‌اند (محقق حلی، ۱۳۸۸هـ.ش، ج ۱، ص ۲۷۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰هـ، ج ۲، ص ۲۸۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴هـ، ج ۲، ص ۹۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰هـ، ص ۱۱۹؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴هـ، ج ۲، ص ۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۴هـ، ج ۲، ص ۳۱۰؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۴ - ۱۸۷).

اما علت اینکه ما تصرف را به مثابه یک مسقط نه به طور مطلق، بلکه در مواردی تبیین کردیم این است که تصرف به طور مطلق مسقط خیار غبن نیست، بلکه این تصرف بسته به این دارد که در چه زمانی تحقق یافته است. به عبارت دیگر تصرف در هنگام خیار دو حالت دارد: تصرف بعد از علم به غبن و تصرف قبل از علم به غبن. برای اینکه بحث کامل ارائه شود، ما از همین دو عنوان استفاده می‌کنیم و به بررسی و بیان حکم تصرف در صورت مذکور می‌پردازیم.

۳-۱. تصرف مغبون بعد از علم به غبن

اگر مغبون به غبن علم پیدا کند؛ با این وجود، در منتقل الیهی که به غبن به دستش رسیده، تصرف نماید؛ برای مثال خانه‌ای یک طبقه را به غبن و قیمت غیرمنطقی و عرفی خریداری می‌کند و با علم به اینکه این ملک را خیلی بیشتر از قیمت معقول خریداری کرده است، شروع به اخذ مجوز از شهرداری نماید و طبقه دوم در آن بسازد؛ مسئله این است که آیا این تصرف مغبون باعث سقوط خیار غبن می‌شود یا خیر؟ فقیهان در این باره دو قول مطرح کرده‌اند:

قول اول: تصرف مغبون بعد از علم به غبن باعث سقوط خیار غبن می‌شود. آیت‌الله خویی در این باره می‌نویسد: «فقیهان ذکر کرده‌اند که تصرف از مسقطات است در آنجایی که بعد از علم به غبن باشد...» (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۴۷)؛ از جمله این فقیهان، ملا احمد نراقی در مستند الشیعه است که می‌نویسد: «اگر تصرف از مغبون به تنهایی باشد، پس اگر بعد از علم به غبن و خیار باشد، مسقط خیار می‌باشد...» (نراقی، ۱۴۱۵هـ، ج ۱۴، ص ۳۹۵). شاید بتوان قول مشهور فقیهان را به این قول استناد داد؛ البته در صورتی که گفته شیخ انصاری را در این باره بپذیریم. وی می‌نویسد: «انصاف این است که کلمات فقیهان که گفته‌اند تصرف باعث سقوط خیار نمی‌شود، شامل تصرفی نمی‌شود که بعد از علم به غبن باشد» (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۵).

به هر حال قائلان به این قول به ادله ای تمسک کرده اند که عبارت اند از:

۱. **عمومات:** قائلان به این قول به عموم و حکم به لزوم عقد و سقوط خیار به تصرف در مانحن فیه تمسک کرده اند؛ به دلیل اینکه مقتضای عموم؛ حکم به لزوم جمیع افراد عقد است که از این حکم، به وسیله ادله غبن، عقد مشتمل بر غبن تا زمانی که مغبون در آن تصرف نکرده خارج شده است؛ پس زمانی که مغبون در آن تصرف کند، مثلاً شک کنیم که مرجع اصالت بقای حکم مخصص و استصحاب حکم آن است یا عموم متقدم است؛ اما تحقیق این است که عموم متقدم است (رشتی، ۱۴۰۷هـ، ص ۴۴۴). به نظر می رسد تمسک به عموم که در نتیجه خیار ساقط شود، با بقای ضرر ناسازگار است؛ زیرا مقتضای ادله لاضرر، حکم بر بقای خیار دارد و رابطه قاعده لاضرر با عمومات، حاکم و محکوم است؛ زیرا ادله لاضرر بر عمومات حاکم است و دامنه آن را مضمیق می کند (رشتی، ۱۴۰۷هـ، ص ۴۴۵). به عبارت دیگر، با اینکه تصرف از جانب مغبون انجام گرفته است، اما تصرف بعد از علم به غبن سبب سقوط ضرری که از جانب غابن به او رسیده است نمی شود و همچنان آن ضرر غبن باقی است.

برخی اشکال کرده اند که قاعده لاضرر در اینجا منتفی است؛ به دلیل اینکه همان طور که این قاعده در صورت اقدام خود متضرر بر ضرر جاری نمی شود، هنگام رضایت به غبن بعد از علم به غبن نیز جاری نمی شود (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۵). در پاسخ باید گفت اگر منظور از تصرف خارج از ادله ضرر، تصرف مقرون به رضای فعلی باشد که ما هم قبول داریم؛ چراکه در خروج این نوع از تصرف از قاعده لاضرر و سقوط خیار به وسیله آن اشکالی نیست. اما اگر تصرف غیر مقرون به رضایت باشد، خواه این تصرف نوعاً دال بر رضایت بکند یا نه یا دلالت نکند بر عدم رضایت، پس خروج این نوع تصرف از تحت قاعده لاضرر ممنوع است و در این هنگام قاعده لاضرر بر عمومات حاکم است (رشتی، ۱۴۰۷هـ، ص ۴۴۴).

۲. علت مستنبطه: در باب خیار حیوان، روایاتی وجود دارد که تصرف ذوالخیار برای حیوان را مسقط خیار حیوان دانسته است.^۳ این سقوط خیار به وسیله تصرف از طریق تعلیلاتی به دست آمده است که فقیهان آن تعلیلات را به سایر خیارات، یعنی خیار مجلس و شرط جاری می‌دانند؛ به طوری که این گفته در کلام فقیهان مشهور شده است که تصرف ذوالخیار در منتقل‌الیه اجازه است و در منتقل‌عنه فسخ محسوب می‌شود.

محکومیت علت مستنبطه را بر قاعده لاضرر به دلیل تعلیلات موجود در روایات می‌پذیریم؛ اما اگر تصرف بر رضایت دلالت کند، همان‌طور که از تعلیل به دست آمده از روایت، مثل عبارت «فَدَلِكُ رِضَى مِئْتَه» بدست می‌آید؛ چنانچه سید کاظم یزدی هم در تأیید این گفته می‌نویسد: «چنانچه تصرف به عنوان التزام به بیع باشد به طوری که به اسقاط فعلی آن برمی‌گردد، اشکالی در مسقط بودن آن نیست، خواه قبل از اطلاع بر غبن باشد یا بعد از آن» (یزدی، ۱۴۲۱هـ، ج ۲، ص ۴۲) از موضوع بحث ما خارج است؛ زیرا موضوع بحث ما در جایی است که تصرف دال بر رضایت نداشته باشد و نفس تصرف بماهوهو محل بحث است؛ از این رو باز هم بقای ضرر بلامعارض باقی می‌ماند.

۳. اطلاق بعضی از معاهدات: این دلیل نیز ممنوع است؛ زیرا قدر متیقن از اجماع آنجایی است که تصرف به عنوان التزام و رضایت به بیع باشد (یزدی، ۱۴۲۱هـ، ج ۲، ص ۴۲) و در غیر آن اجماعی وجود ندارد.

قول دوم: تصرف مغبون بعد از علم به غبن سبب سقوط خیار غبن نمی‌شود. به این قول شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۵)، محقق رشتی (رشتی، ۱۴۰۷هـ، ص ۴۴۵)، سید کاظم یزدی (یزدی، ۱۴۲۱هـ، ج ۲، ص ۴۲)، خویی (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۴۸ - ۳۴۹) و بسیاری دیگر از فقیهان قائل شده‌اند. دلایل این گروه عبارت‌اند از:

الف) استصحاب: خیار به وسیله غبن ثابت است و ارتفاع این خیار به وسیله تصرف معلوم نیست؛ به دلیل اینکه شک در رفع به این است که آیا رفع خیار به وسیله تصرف انجام می‌گیرد یا نه و شک در دفع یعنی شک شود که آیا خیار ثابت است یا نه تا اینکه گفته شود اصل عدم خیار است. پس استصحاب می‌کنیم ثبوت خیار بعد از تصرف را (شیرازی، [بی تا]، ج ۱۲، ص ۱۳۳) شک در رفع، اشاره به شک در مانع و شک در دفع، اشاره به شک در مقتضی است (مامقانی، [بی تا]، ج ۳، ص ۵۰۰).

اما در تمسک به این دلیل می‌توان مناقشه کرد؛ همان‌طور که شیخ انصاری هنگام ارائه این دلیل از کلمه «فتأمل» به کار می‌برد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ هـ، ج ۵، ص ۱۸۵) که قرار گرفتن این کلمه در پایان هر دلیلی، اشاره به وجه ضعف آن دلیل است. علت این وجه ضعف را شهیدی این‌طور نوشته است: «شاید مناقشه در استصحاب با اینکه شک در رفع می‌باشد، به این باشد که اقدام بر ضرر همان‌طور که از حدوث جواز عقد به وسیله خیار منع می‌کند، همین‌طور از بقای خیار نیز منع می‌کند و با این بیان مجالی برای استصحاب به خاطر حکومت حدیث لاضرر بر آن نیست» (شهیدی، ۱۴۲۸ هـ، ج ۴، ص ۲۷۰).

ب) قاعده لاضرر: اگر مدرک خیار غبن، قاعده لاضرر باشد، تمسک به آن در موضوع بحث به این ترتیب است که مقتضای این قاعده، ثبوت خیار برای مغبون قبل و بعد از تصرف است؛ به دلیل اینکه تصرف مغبون، ضرر را رفع نمی‌کند؛ پس عقد لازم بر آن مغبون نمی‌شود، زیرا حکم به لزوم عقد ضرری است (خویی، ۱۴۲۸ هـ، ج ۳۸، ص ۳۴۸-۳۴۹)؛ اما اگر مغبون با علم به غبن اقدام بر معامله کرد یا اقدام بر ضرر کرد، در هنگام ادامه یافتن عقد مثل آنجایی که مغبون تصرف در مبیع کند به قصد اسقاط خیار، حدیث لاضرر شامل این موارد نمی‌شود؛ این موارد خلاف امتنان است (خویی، ۱۴۲۸ هـ، ج ۳۸، ص ۲۴۹).

ج) اشتراط ضمنی: اگر مدرک خیار غبن، اشتراط ضمنی باشد؛ توضیح مطلب از این قرار است که متعاقدین گویا به اشتراط تساوی دو قیمت اقدام به معامله کرده‌اند، به طوری که در صورت تخلف از این شرط، مغبون حق فسخ پیدا می‌کند. بنابراین

تخلف از شرط ضمنی موجب ایجاد خیار می‌شود، چه تصرفی در منتقل‌الیه صورت گیرد و چه نگیرد؛ چراکه لازمه این شرط، عدم سقوط خیار به مجرد تصرف در مال است (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۴۴۹).

ظاهراً مدرک بودن اشتراط ضمنی برای خیار غبن، صحیح نیست؛ زیرا اولاً خیار غبن رازیرمجموعه خیار اشتراط می‌برد و از آنکه به مثابه یک سبب مستقل برای فسخ قرارداد باشد، خارج می‌کند که این گفته مخالف اجماع فقیهان است؛ ثانیاً بنای متعاقبین بر تساوی دو قیمت، یک داعی و انگیزه است و آثار فقهی بر دواعی گذاشتن بدون وجود مُبرزی پذیرفته نیست.

با تبیین دو دلیل و نقض و ابرامی که به ادله هر دو دلیل وارد شد، مشخص شد که تصرف مغبون بعد از علم به غبن، اگر به قصد رضایت نباشد، مسقط نیست؛ مهم‌ترین دلیل بر این امر، همان قاعده «لاضرر» است که بقای ضرر را بعد از تصرف به اثبات می‌رساند.

۲-۳. تصرف مغبون قبل از علم به غبن

فقیهان برای تصرف قبل از علم به غبن، مصادیقی برشمرده‌اند که عبارت‌اند از: تصرفات مخرج از ملک با فروعات آن و تصرفی که باعث تغییر در عین می‌شود با فروعات آن. در ادامه هر یک از این دو مورد همراه با فروعاتشان بررسی می‌شود تا موارد سقوط یا عدم سقوط خیار غبن در عقد مشخص گردد.

۱-۲-۳. تصرف مخرج از ملک

خروج از ملک به این ترتیب است که یا مورد معامله از بین رفته یا نرفته است؛ اگر از بین رفته باشد، در قالب یک مصداق، آن «تلف» است که به آن «تلف حقیقی» نیز گفته می‌شود (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۴)؛ اما اگر از بین نرفته باشد، بلکه باقی است، یا عین یا منفعت آن منتقل شده و در هر دو صورت، انتقال عین و منفعت یا به صورت لازم

منتقل شده یا جایز، یا عین منتقل نشده، اما مغبون در آن عملی انجام داده که به لحاظ شرع، امتناع از رد به صورت لزومی وجود دارد. به همه این صور غیر از تلف حقیقی، «تلف حکمی» نیز گفته می‌شود (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۴). چون ادله موارد مخرج از ملک به صورت لزوم، خواه در قالب تلف حقیقی و خواه تلف حکمی یکی است، در قسمت «تصرف مخرج از ملک یا در حکم اخراج به صورت لزومی» مورد بحث قرار می‌گیرند و در قسمت بعد به تصرف مخرج از ملک به صورت غیرلزومی پرداخته خواهد شد.

۳-۲-۱. تصرف مخرج از ملک یا در حکم اخراج به صورت لزومی

تصرف مخرج از ملک یا در حکم اخراج به این ترتیب است که مغبون در مالی که از طریق غبن به او رسیده، عملی انجام دهد که باعث اتلاف آن مال شود؛ برای مثال میوه‌ای که آن را خورده است یا تصرفی در آن انجام دهد که «تصرف متلف حکماً» گفته می‌شود. این تلف حکمی بر دو قسم است:

الف) یک بار موجب خروج آن شیء از ملک مغبون و از بین رفتن آن از مالکیت او شده است؛ این مورد زمانی رخ می‌دهد که عین یا منفعت آن را در قالب عقد لازم مانند بیع و اجاره یا ایقاع، مانند عتق و ابراء به کسی انتقال داده باشد.

ب) یا موجب خروج آن شیء از وصف مملوکیت برای مغبون نمی‌شود، مگر اینکه در آن عملی انجام داده باشد که به لحاظ شرع، امتناع از رد به صورت لزومی وجود دارد مانند استیلا.

وجه مشترک همه این موارد آن است که مغبون امکان رد مبیع را به غابن ندارد و این عدم رد جنبه لزومی دارد (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۵). فقیهان درباره اسقاط یا عدم اسقاط خیار غبن از طریق این نوع تصرف به دو قول قائل شده‌اند:

قول اول: این نوع از تصرفات موجب اسقاط خیار غبن می‌شود؛ به این قول مشهور فقیهان قائل هستند (سیستانی، ۱۴۱۷هـ، ج ۲، ص ۴۸). همان‌طور که گفته شد، محقق

حلی در شرایع عبارتی آورده است که بسیاری از فقیهان همان عبارت را در کتبشان به نوعی تکرار کرده‌اند و آن را فتوای خویش قرار داده‌اند. محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «این خیار به وسیله تصرف ساقط نمی‌شود زمانی که (تصرف باعث) خروج از ملک یا مانعه‌ای که مانع از رد مبیع می‌شود، مثل استیلا در کنیز نشود» (محقق حلی، ۱۳۸۸ هـ. ش ج ۱، ص ۲۸۷). از این گفته مجمل محقق حلی تقریباً با همین عبارت، بسیاری از فقیهان از جمله علامه حلی در کتب تحریر (علامه حلی، ۱۴۲۰ هـ، ج ۲، ص ۲۸۸) تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۱۱، ص ۷۱)، قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۲، ص ۶۷) و شهید اول در کتب دروس (شهید اول، ۱۴۱۷ هـ، ج ۳، ص ۲۷۵)، غایة المراد (شهید اول، ۱۴۱۴ هـ، ج ۲، ص ۹۹)، لمعه (شهید اول، ۱۴۱۰ هـ، ص ۱۱۹)، فاضل مقداد در تنقیح الرائع (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲، ص ۴۸) و فیض کاشانی در مفاتیح (کاشانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۷۴) تبعیت کرده‌اند.

از عبارت محقق حلی که به طور مطلق گفته است «ولایسقط ذلک الخیار بالتصرف اذالم یخرج عن الملك»، برمی‌آید که مطلق خروج از ملک چه لازم و چه جایز، باعث سقوط خیار غبن می‌شود. اما ظاهراً مقصود ایشان از این عبارت، خروج از ملک به نحو لازم است؛ چنانچه برخی از فقیهان مثل شهید ثانی، قید «لازماً» را افزوده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۴ هـ، ص ۹۹).

بر این قول استدلال‌هایی آورده‌اند:

۱. عدم تمکن متصرف از استدراک مورد معامله: یعنی زمانی که متصرف آن را از ملکش مثلاً به عقد لازم خارج کرد، دیگر نمی‌تواند عین آن را به ملک خود بازگرداند. به این استدلال علامه در تذکره تمسک کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۱۱، ص ۷۱). استدلال به ظاهر این دلیل مشکل است؛ زیرا خیار نزد فقیهان، مشروط به امکان رد عین مورد معامله ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ هـ، ج ۵، ص ۱۸۸).

۲. ممکن است موضع مشهور به این ترتیب توجیه شود که حدیث نفی ضرر دلالت بر خیار ندارد، بلکه متیقن از آن جواز رد عین مغبون است؛ پس زمانی که رد آن عین ممتنع شد، دلیلی بر جواز فسخ عقد وجود ندارد و تضرر مغبون از جهت زیادی در

ثمن معارض با تضرر غابن به قبول بدل است؛ زیرا دفع ضرر از طرفین فقط زمانی ممکن است که مغبون تسلط بر رد خود عین داشته باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۸).

شهید اول بر این اعتراض در کتاب لمعه پاسخ داده است. وی در این باره می‌نویسد: «در سقوط خیار مغبون نظر است؛ به دلیل ضرری که همراه جهل است، پس ممکن است فسخ و الزام مشتری به قیمت یا مثل...» (شهید اول، ۱۴۱۰هـ، ص ۳۱۰). توضیح کلام شهید از زبان شیخ انصاری از این قرار است: «ضرری که موجب و علت برای خیار قبل از تصرف است، همراه با تصرف هم ثابت است و تصرف با جهل به ضرر اقدام بر ضرر نیست؛ به دلیل اینکه دانستی تو که خارج از عموم نفی ضرر نمی‌باشد مگر صورت اقدام بر آن در حالی که عالم به آن ضرر باشی، پس تدارک ضرر به برگرداندن ثمن زائدی که دفع کرده است به وسیله رد عین در صورت بقای آن عین بر ملکش و بدل آن عین در صورت عدم بقای بر ملک، و فوات خصوصیت عین بر غابن ضرر بر او نیست؛ زیرا عین اگر مثلی باشد، ضرری از طریق تبدل آن به مثلش وجود ندارد و اگر قیمی باشد، پس تعریض آن عین برای بیع که دلالت کند بر قیمت، ضرری اصلاً وارد نمی‌کند، چه رسد به اینکه معارضه کند این امر را، زیاده ثمن بر قیمت، خصوصاً با افراط در زیاده» (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۸ - ۱۸۹).

این گفته شهید اول را شهید ثانی در روضه می‌پذیرد و می‌گوید: البته اگر حکم مشهور فقیهان اجماعی نباشد (شهید ثانی، ۱۴۲۴هـ، ج ۲، ص ۳۱۰). ظاهراً حکم مذکور اجماعی نیست؛ همان طور که نایینی نیز به عدم اجماع تصریح کرده است (نایینی، ۱۳۷۳هـ، ج ۲، ص ۷۲)؛ زیرا بسیاری از قداما متعرض این بحث نشده‌اند؛ چرا که همان طور که گفتیم، این گفته از محقق حلی به بعد بیشتر رواج داشته است.

قول دوم: این نوع از تصرفات موجب اسقاط خیار غبن نمی‌شود. شهید اول در لمعه (شهید اول، ۱۴۱۰هـ، ص ۳۰۹ - ۳۱۰) و شهید ثانی با اینکه در مسالک به صراحت قائل به سقوط خیار است (شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ، ج ۳، ص ۲۰۷)، در کتاب روضه تمایل شدید به

عدم سقوط خیار دارد و این قول در آنجا منوط به عدم وقوع اجماع بر مخالفتش دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۴۲۴هـ، ج ۲، ص ۳۱۰).

به تبع تمایل شهید ثانی در روضه، شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۸۷ - ۱۹۱)، از مجموع کلام محقق رشتی (رشتی، ۱۴۰۷هـ، ص ۴۴۶ - ۴۴۹) و همچنین نایینی (نایینی، ۱۳۷۳هـ، ج ۲، ص ۷۲) و خویی (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۲ - ۳۵۳) و بسیاری دیگر از فقیهان قائل به این قول شده‌اند. کلام این گروه خالی از قوت نیست؛ زیرا اگر مدرک خیار غبن اجماع بود، قول مشهور خالی از قوت نبود؛ چراکه اجماع دلیل لَبّی است و در آن به قدر متیقن اقتضای می‌کنیم و قدر متیقن هم عدم تصرف مغبون در مبیع است، به طوری که مخرج از ملک باشد. اما بعد از تصرف، اجماع برای ماندن خیار غبن وجود ندارد؛ از این رو خیار ساقط می‌شود. اما اگر مدرک خیار، قاعده لاضرر باشد یا حتی با مسامحه مدرک خیار را شرط ضمنی بدانیم، تصرف مخرج از ملک باعث سقوط خیار غبن نیست. دلیل قاعده لاضرر به این ترتیب است که لزوم را از طرف مغبون از حیث اینکه بقای لزوم عقد برای او ضرری است، برمی‌دارد و مجوز خیار را به او عطا می‌کند و نگاهی به بقا یا عدم بقای عین ندارد؛ پس همان‌طور که بقای آن مال در دست مغبون قبل از تصرف ضرری است، بقای آن در دست مغبون بعد از تصرف نیز ضرری می‌باشد.

اما اگر بنا باشد که مدرک خیار غبن شرط ضمنی باشد، همان‌طور که آقای خویی قائل به این مبناست (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۲۵۲)، به این دلیل که مفروض تخلف آن شرط و عدم تساوی دو قیمت است و به وسیله این دو، خیار ثابت می‌شود؛ خواه تصرف در مال صورت بگیرد یا نگیرد.

۳-۲-۱. تصرف مخرج از ملک به صورت غیرلزومی

اگر مغبون در مالی که از طریق غبن به او رسیده، تصرفی کند که آن مال را از ملکش به صورت غیرلزومی مانند بیع خیاری یا عقد جایز مانند عقد هبه منتقل کرده باشد، پرسش

این است که آیا این نوع از تصرفات به تصرفات لازمه ملحق می‌شود و همان اختلاف آرا در تصرفات لازمه به اینجا نیز سرایت می‌کند یا خیار غبن با این تصرفات مطلقاً ساقط نمی‌شود؟ فقیهان درباره این موضوع نیز به دو قول قائل شده‌اند:

قول اول: تصرفات جایزه به تصرفات لازمه ملحق می‌شود؛ به این معنا که همان طور که مشهور فقیهان قائل به سقوط خیار از طریق تصرفات لازمه هستند، در تصرفات جایزه نیز سقوط خیار از طریق این نوع تصرفات پذیرفته می‌شود. این دیدگاه را مرحوم نایینی مطرح کرده است. البته وی تنها زمانی به این نظر پایبند است که خیار غبن به صورت اجماعی ثابت شود. وی در این باره می‌نویسد: «بله، اگر ثابت شود که تصرف از مغبون به طور مطلق یا در خصوص مشتری مغبون مسقط خیار است از طرق اجماع، واجب است بین تصرفات تفصیل دهیم؛ پس در مورد تلف حقیقی یا حکمی مثل عتق و وقف شایسته است قائل به سقوط خیار شویم و اما در مورد نقل فسخ ممتنع می‌باشد مادامی عین مغبون خارج از ملک مغبون باشد، ولو اینکه نقل جایز باشد؛ به خاطر اینکه فسخ اقتضا دارد رد عین را از ملک فاسخ به ملک مفسوخ‌علیه و رد بدل آن عین از ملک مفسوخ‌علیه به ملک فاسخ و عین زمانی که ملک برای فاسخ نباشد، رد ممتنع می‌باشد» (نایینی، ۱۳۷۳هـ، ج ۲، ص ۷۲).

اما اگر مدرک خیار غبن قاعده لاضرر یا شرط ضمنی باشد، خیار غبن به وسیله تصرفات چه لازمه و چه جایزه ساقط نمی‌شود.^۴

همان طور که ملاحظه می‌شود، ایشان رد عین را از طریق اجرای خیار غبن تنها در صورتی ممکن می‌داند که عین در دست مغبون باشد و عدم وجود آن عین در دست مغبون، حتی اگر انتقال از طریق عقد جایز انجام شده باشد، مانع از اجرای خیار غبن و سقوط آن می‌گردد. به نظر می‌رسد این مطلب از سوی ایشان قابل مناقشه باشد؛ زیرا اولاً خود ایشان مطلقاً این گفته را قبول ندارد و تنها زمانی آن را می‌پذیرد که مدرک خیار، اجماع باشد. ثانیاً اجماعی در این بحث وجود ندارد؛ همان طور که خود ایشان نیز تصریح کرده‌اند. ثالثاً اگر عقد جایز باشد، چه اشکالی دارد که مغبون عقد مذکور را فسخ کند و پس از بازگردانده شدن مال به

مالکیتش، خیار غبن را اعمال نماید. رابعاً ایشان مستندی برای گفته خود ارائه نکرده‌اند. خامساً شاید بتوان گفت که فسخ توسط مغبون در این مرحله موجب انفساخ تصرفات جایزه می‌شود، بدون اینکه نیاز به فسخ یا ابطال آن تصرفات جایزه پیش از فسخ باشد. توضیح مطلب از این قرار است که فسخ عبارت است از ارجاع مال بائع به بائع و ارجاع مال مشتری به مشتری. زمانی که مغبون قصد فسخ معامله را دارد، لازمه‌اش این است که مبیع از ملک مشتری یا موهوب‌له خارج شود و به ملک غابن بازگردد و ثمن نیز به ملک او برگردد؛ این دقیقاً معنای فسخ است. بدیهی است که مبیع ابتدا در ملک مشتری قرار می‌گیرد و سپس از او به مالکیت بائع منتقل می‌شود.^۵

قول دوم: تصرفات جایزه به تصرفات لازمه ملحق نمی‌شود و حق خیار مغبون با این تصرفات به طور مطلق ساقط نمی‌گردد. مشهور فقیهان و حتی شاید بتوان در این باره ادعای اجماع کرد، چنین نظری دارند. از جمله فقیهانی که قائل به این قول هستند، می‌توان به صیمری (صیمری، ۱۴۲۰هـ، ج ۲، ص ۳۸)، ابن فهد حلی (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷هـ، ج ۲، ص ۳۷۶ - ۳۷۷)، محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴هـ، ج ۴، ص ۲۹۵ - ۲۹۶)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۲۴هـ، ج ۲، ص ۳۱۲)، شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۹۰) و بسیاری دیگر اشاره کرد. علت این نظر، عموم اصل نفی ضرر و این نکته است که مجرد خروج مال از ملک، باعث اسقاط تدراک ضرر غبن نمی‌شود.

۲-۲-۳. تصرف مغبون از طریق تغیر در عین

اگر مغبون در مال مورد غبن، تصرف ناقل از ملک نکرده باشد، بلکه تصرفی انجام دهد که عین مورد معامله را با عین دیگر مخلوط کرده باشد - که در اصطلاح امتزاج گفته می‌شود، خواه مخلوط با اجود، مساوی یا اردا شده باشد - یا تغییری در صفت آن ایجاد کرده باشد، به طوری که باعث نقصان یا بالعکس افزایش قیمت آن شده باشد، در اصطلاح فقهی به مورد اول نقیصه و به مورد دوم زیاده گفته می‌شود. در لحوق امتزاج مطلقاً و همچنین در

نقیصه و زیاده، وجوهی برای خروج از ملک وجود دارد که قوی‌ترین آنها، الحاق به تصرفات خروج از ملک است. بنابراین با این افعال، خیار غبن از مغبون ساقط نمی‌شود، به دلیل عموم قاعده لاضرر. بسیاری از فقیهان از جمله شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۲۸هـ، ج ۵، ص ۱۹۱) و خویی (خویی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۷) به این گفته اعتراف کرده‌اند.

نتیجه

در قانون مدنی ایران، حکمی کلی برای همه خیارات در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ آورده شده است که موارد زیر را دربر می‌گیرد: اولاً تصرف به مثابه مسقط خیار غبن مورد قبول قرار گرفته است و این حکم از عموم ماده ۴۵۰ و ماده ۴۵۱ قانون مدنی استنباط می‌شود؛ ثانیاً تصرفی که کاشف از رضایت باشد، خیار را ساقط می‌کند. این امر از عبارات ماده ۴۵۰ قانون مدنی یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضایت معامله است» و متن ماده ۴۵۱ قانون مدنی یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از بهم زدن معامله است»، استنباط می‌شود. در فقه اگر تصرف مغبون پس از علم به غبن انجام شود، این تصرف باعث سقوط خیار غبن نمی‌شود؛ اما اگر تصرف مغبون قبل از علم به غبن صورت گیرد، نتیجه بسته به نوع تصرف است:

الف) اگر تصرف منخرج از ملک باشد، خواه به صورت لزومی یا غیرلزومی، چنانچه ملاک ایجاد خیار غبن در عقود را شرط ضمنی یا قاعده لاضرر بدانیم، این تصرف مسقط خیار نخواهد بود؛ اما اگر ملاک را اجماع در نظر بگیریم، تصرف منخرج از ملک مطلقاً موجب سقوط خیار غبن می‌شود.

ب) اگر تصرف از نوع تغییر در عین باشد، وضعیت مشابه است؛ در صورتی که ملاک ایجاد خیار را شرط ضمنی یا قاعده لاضرر بدانیم، تصرف مسقط خیار نیست؛ اما اگر ملاک را اجماع بدانیم، تصرف مسقط خیار خواهد بود، گرچه بیشتر فقیهان، ملاک لاضرر را پذیرفته‌اند.

با این بیان روشن می‌شود که قانون مدنی به طور مطلق، مطلق تصرف در زمان خیار غبن را مسقط خیار غبن می‌داند؛ چه این تصرفات بعد از علم به غبن صورت گرفته باشد و چه قبل از علم به غبن و چه تصرفات مخرج از ملک باشد و چه تغییر در عین ایجاد شده باشد. اما در فقه، مطلق تصرفات پس از علم به غبن مسقط خیار غبن نیست؛ در حالی که قبل از علم به غبن، چنانچه تصرفات از نوع مخرج از ملک یا تغییرناپذیر در عین باشد، موجب سقوط خیار غبن می‌شود؛ در غیر این صورت، مسقط خیار غبن نیست. بر این اساس، تفاوت‌ها و این بررسی‌ها، زمینه ارائه پیشنهادهایی برای تکمیل و بهبود بخش خیار غبن در قانون مدنی را فراهم می‌آورد.

پیشنهادهای

بر اساس نتایج این تحقیق، پیشنهاد می‌شود مواد زیر به بخش خیار غبن در قانون مدنی افزوده گردد:

۱. مطلق تصرفاتی که پس از علم به غبن انجام شوند، موجب سقوط خیار غبن نخواهند بود.
۲. تصرفاتی که از نوع مخرج از ملک یا تغییر در عین باشند، در صورتی که قبل از علم به غبن انجام شوند، موجب سقوط خیار غبن خواهند بود.

پی‌نوشت‌ها

۱. این ماده مطلق خیارات را در نظر دارد و مختص به خیار شرط نیست.
۲. اینها همه نام‌هایی است که فقیهان بر عقد خیار نامیده‌اند.
۳. از جمله اینها صحیح‌ه ابن رثاب از امام صادق (ع) است که می‌فرماید: «... فَإِنْ أَخَذَتْ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرِي حَدَّثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَذَلِكَ رِضِيٌّ مِنْهُ فَلَا شَرْطَ قَيْلٍ لَهُ وَمَا أَحَدَّثَ قَالَ أَنْ لَأَمَسَ أَوْ قَبَّلَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا كَانَ يَخْرُجُ عَلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ: اگر مشتری حدثی در آنچه

که خریده است قبل از سه روز ایجاد کند، پس این مهم رضایت از جانب مشتری است و شرطی بر او نیست. به امام (ع) گفته شد: حدث چیست؟ امام (ع) فرمودند: آن کنیز را لمس یا بوسد یا نظری به آن کند که قبل از خریدن آن نظر بر او حرام بوده است» (کلینی، ۱۴۲۹هـ، ج ۱۰، ص ۷۰-۷۱).

۴. جالب است که آقای خوبی در تقریراتشان به طور مطلق بدون لحاظ تفصیل آقای نایینی، این قول را به ایشان نسبت می دهند؛ در حالی که اگر به عبارات ایشان در کتابشان مراجعه شود، این قول در صورتی آقای نایینی قائل است که مدرک خیار غبن را اجماع بدانیم. البته خود آقای نایینی مدرک خیار غبن را یکی از دو چیز می داند: قاعده لاضرر و دیگری شرط ضمنی (ر.ک به: خوبی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۵؛ نایینی، ۱۳۷۳هـ، ج ۲، ص ۷۲).
۵. ما این جواب پنجم را از رویه ای که آقای خوبی به استادش یعنی نایینی وارد کرده است، اخذ کرده ایم (ر.ک به: خوبی، ۱۴۲۸هـ، ج ۳۸، ص ۳۵۶).

کتاب نامه

۱. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴هـ) لسان العرب، چاپ سوّم، بیروت، دارالتفکر.
۲. امامی، سید حسن. (۱۳۹۳هـ.ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۲۸هـ). کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. بیگدلی، عطاء الله. (۱۳۸۹هـ.ش). «اسقاط خیارات در حقوق ایران و فقه امامیه». پژوهش نامه حقوق اسلامی. دوره ۱۱. ش ۳۱. ص ۱۹۱-۲۴۳.
۵. ترحینی عاملی، سید محمد حسن. (۱۴۲۷هـ). الزبده الفقهیه فی شرح الروضه الفقهیه. قم: دارالفقه.
۶. حائری، سید علی. (۱۳۸۷هـ.ش). شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۷. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳هـ). ارشاد الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳هـ). قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۱هـ). تبصرة المتعلمین فی الاحکام الدین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر.
۱۰. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴هـ). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۱۱. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ هـ). تحریر الاحکام. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۲. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ هـ). مختلف الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۲ هـ). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامی.
۱۴. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن. (۱۳۸۱ هـ ش). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. تهران: پاسدار اسلام.
۱۵. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن. [۱۴۱۸ هـ]. مختصر النافع فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینییه.
۱۶. حلی ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ هـ). سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۱۷. حلی، جمال الدین. (۱۴۰۷ هـ). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حلی، مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد). (۱۴۰۴ هـ). التنقیح الرائج لمختصر النافع. قم: کتابخانه مرعشی.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۸ هـ). التنقیح فی شرح المکاسب (موسوعه الامام الخویی). قم: انتشارات الامام الخویی.
۲۰. راغب، اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ هـ) مفردات الفاظ قرآن، بیروت: دار العلم - الدار الشامیة.
۲۱. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ هـ). فقه الامامیه، قسم الخیارات. قم: کتابفروشی داوری.
۲۲. زهره (حلبی)، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ هـ). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۳. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۷ هـ). منهاج الصالحین. قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۲۴. شیرازی، سید محمد حسینی. [بی تا]. ایصال الطالب الی المکاسب. تهران: منشورات اعلمی.
۲۵. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ هـ). غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارالهادی.
۲۶. طوسی ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ هـ). المبسوط فی فقه الامامیه. قم: المكتبة المرتضویه.
۲۷. طوسی ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ هـ). کتاب الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. عاملی (شهید اول). محمد بن مکی. (۱۴۱۹ هـ). فوائد القواعد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۰ هـ). لمعة الدمشقیة فی الفقه الامامیه. بیروت: دارالتراث - دارالاسلامیه.
۳۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ هـ). غایة المراد فی شرح نکت الارشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۱. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ هـ). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ هـ). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۴ هـ). حاشیة الارشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۲۴ هـ). الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۳۵. عبده بروجردی، محمد. (۱۳۸۰ هـ ش). حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
۳۶. فیض کاشانی، ملا محسن. [بی تا]. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۳۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ هـ ش). حقوق مدنی (دوره مقدماتی). تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ ه.ش). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: نشر میزان.
۳۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴ ه.ش). اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۰. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ ه.ش). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ ه.ش). الکافی. قم: دارالحدیث.
۴۲. مامقانی، محمدحسن. [بی تا]. غایة الآمال فی شرح الكتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۴۳. معظمی گودرزی، مهدی. (۱۴۰۴ ه.ش). «نقش تصرف در بیع شرط، با نگاه انتقادی به ماده ۴۶۰ ق.م.» آموزه های فقه مدنی. دوره ۱۷. ش ۳۱. ص ۲۳۹ - ۲۵۹.
۴۴. معظمی گودرزی، مهدی؛ و احمد دیلمی. (۱۴۰۳ ه.ش). «نقش "تصرف" در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.)». مجله فقه مدنی. دوره ۱۶. ش ۲۹. ص ۲۲۷ - ۲۵۱.
۴۵. نایینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ ه.ش). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: مکتبه المحمديه.
۴۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۳۹ ه.ش). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۷. نراقی، ملا احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ ه.ش). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۴۸. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ ه.ش). حاشیه المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.