

## عنوان مقاله: تأثیر فسخ بایع بر انتقال مبیع از سوی خریدار

\* این مقاله در مجله شماره ۲ کانون وکلای دادگستری خراسان \_ ۱۳۸۵ صفحات ۹۸ الی ۱۳۱ چاپ شده است\*

نویسنده: دکتر محمدمهدی صفاکیش عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد  
و وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده:

در مواردی پس از وقوع دو یا چند معامله متوالی نسبت به مبیع، نخستین فروشنده برای فسخ بیع اقدام می‌کند. که در مواجهه با چنین قضیه و راجع به چگونگی تصرفات خریدار اول و ایادی بعد از او، دادگاهها اتفاق نظر ندارند و آراء متناقضی صادر می‌کنند. که متأسفانه به حقوق ذی نفع ثالث لطمه وارد می‌آورد. در مقاله حاضر تلاش شده است تا ماهیت تصرفات مزبور از دیدگاه اصول و قواعد حقوقی طی سه بخش مشتمل بر الف- کلیات ب- تحلیل حقوقی موضوع ج- جمع بندی و نتیجه گیری مورد بررسی قرار گرفته و تبیین شود.

کلید واژه: فسخ بایع، انتقال مبیع، حقوق ثالث.

### کلیات

#### بخش اول

اگر هنگام اقدام فروشنده برای اعمال حق فسخ خود مشخص شود. خریدار مورد معامله را به غیر انتقال داده است. در این حالت، از جهت حقوقی مسائلی قابل طرح است. به عنوان مثال، آیا انتقال مال به غیر صحیح است یا خیر؟ برفرض صحت، انتقال مانع فسخ است یا خیر؟ برفرض عدم وجود مانع، بعد از فسخ تکلیف معامله دوم چه می‌شود؟ آیا در تمام خیارات یک دیدگاه را می‌توان پذیرفت یا باید قابل به تفکیک شد؟

در بررسی آراء محاکم، به تصمیمات متفاوتی در این باره برخورد می‌کنیم که اغلب یا فاقد استدلال اند یا مبانی استدلال روشنی ندارند از این رو برآن شدیم تا با نوشتن این مقاله و ذکر برخی آراء و با عنایت به مبانی قانونی و فقهی، تحلیلی بر موضوع داشته باشیم. در پرونده کلاسه .... خواهان علیه خواندگان ردیف اول و دوم دعوی فسخ و استرداد یک دستگاه اتومبیل اقامه نمود و مستند وی شرطی است در مبایعه نامه

که چنانچه هر کدام از چکهای تسلیمی بابت ثمن معامله پرداخت نشد فروشنده حق فسخ معامله را دارد. خواهان مدعی است یکی از چکها به علت کسر موجودی پرداخت نشده و گواهی عدم پرداخت را به عنوان دلیل ادعای خود ضمیمه دادخواست نموده و چون اتومبیل از سوی خواننده اول به خواننده دوم منتقل شده است تقاضای استرداد اتومبیل را از خواننده ردیف دوم می نماید. متقابلاً خواننده ردیف دوم طی دادخواستی بطرفیت خواهان و خواننده ردیف اول صدور حکم برتنظیم سند رسمی اتومبیل را خواستار گردیده است.

شعبه دادگاه عمومی مرجوع الیه پس از رسیدگی، خلاصتاً در تاریخ ۱۱/۷/۸۱ چنین رای صادر نموده است: در خصوص دعوی محمد فرزند رضا به وکالت آقای ..... بطرفیت

۱- حسین ۲- مرادعلی به وکالت آقای ..... بخواسته تقاضای صدور حکم فسخ معامله یک دستگاه اتومبیل میتسویشی با عنایت به محتویات پرونده و دادخواست تقدیمی از ناحیه خواهان و رونوشت مصدق قولنامه مورخه ۳۰/۶/۸۰ که در قسمت ذیل آن قید شده است که فروشنده شرط نموده چنانچه هریک از چکهای صادره در تاریخهای قیدشده پرداخت نشد حق فسخ معامله را دارد و با عنایت به این که حسب گواهی عدم پرداخت بانک محال علیه احد از چکهای مذکور در قولنامه به مبلغ ۰۰۰/۰۰۰/۲۹ ریال به علت کسر موجودی پرداخت نشده است و بدین جهت شرط مذکور در ذیل مبیعه نامه استنادی خواهان محقق گردیده است فلذا دادگاه با عنایت به مراتب فوق دعوی خواهان را وارد دانسته و مستنداً به ماده ۳۹۹ قانون مدنی حکم بر فسخ معامله یک دستگاه اتومبیل میتسویشی صادر و هم چنین با عنایت به این که خواهان ذیل دادخواست تقاضای مستردنمودن اتومبیل را نموده است دادگاه خواننده ردیف دوم (مرادعلی) که اتومبیل مورد معامله در ید وی می باشد را به استرداد اتومبیل به نفع خواهان محکوم می نماید و در خصوص دعوی آقای مرادعلی به وکالت آقای ..... بطرفیت ۱- حسین ۲- محمد کاظم بخواسته صدور حکم به تنظیم سند رسمی یکدستگاه میتسویشی با عنایت به مراتب فوق و صدور حکم بر فسخ معامله و استرداد اتومبیل مدنظر موجبی جهت الزام خوانندگان به تنظیم سند وجود نداشته و دادگاه در این خصوص حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام می نماید...».

پس از اعتراض محکوم علیه ردیف دوم (مرادعلی) به دادنامه و ارسال پرونده به دادگاه تجدیدنظر استان، شعبه رسیدگی کننده با این استدلال که عدم پرداخت چک به لحاظ آن بوده که دارنده قبل از تاریخ سررسید به بانک مراجعه نموده است و حکم

به فسخ معامله صحیح نیست و هم چنین انتقال مبیع (ماشین میتسویشی) به غیر حکم تلف مبیع را دارد. تجدیدنظر خواهی را وارد دانسته و با نقض رای تجدیدنظر خواسته از حیث فسخ معامله حکم بر الزام آقای محمد کاظم به انتقال سند اتومبیل موضوع معامله در حق منتقل الیه آقای مرادعلی می نماید.

به طوری که ملاحظه می شود دادگاه عمومی با فسخ عقد اولیه، عقد دوم را نیز منفسخ تلقی کرده و خریدار دوم را مکلف به رد مبیع به فروشنده اول نموده در حالیکه دادگاه تجدیدنظر با درست دانستن انتقال مبیع از خریدار اول به دوم آن را در حکم تلف مبیع شناخته است.

قبل از ورود به بحث اصلی و این که رای کدام دادگاه با موازین قانونی تطبیق می کند، لازم است به ایراد وارده به نظر ابرازی در رای دادگاه بدوی که متداول بسیاری از دادگاهها نیز می باشد، اشاره شود.

بیان ایراد: دادگاه محترم، شرط مذکور در قرارداد را نوعی خیار شرط (ماده ۳۹۹ ق.م) دانسته اند، در حالی که بنا به دلائل ذیل، خیار موردنظر طرفین خیار تخلف شرط فعل است نه خیار شرط.

در نشست قضایی دادگستری مازندران، این سوال مطرح شده که، در قرارداد اسقاط کافه خیارات شده و در ذیل مباحثه نامه تصریح گردیده است که چنانچه هریک از چکهای صادره در سررسید پرداخت نشود، فروشنده حق فسخ دارد. آیا چنین شرطی با توجه به اسقاط خیارات صحیح است یا خیر؟

نظر اول اینست که چون خیار شرط مدت نداشته، طبق ماده ۴۰۱ ق.م شرط و عقد باطل است. نظر دوم که مورد تأیید کمیسیون هم قرار گرفته این بوده که خیار شرط در فرض مثال مدت دارد و مدت آن از سررسید چک تا سررسید چک دیگر می باشد و نظر سوم چون اسقاط کافه خیارات شده، ذکر خیار برای فروشنده را موثر ندانسته است.

بدیهی است نظر سوم مبنای حقوقی ندارد زیرا در تفسیر قرارداد باید مجموعه توافقات لحاظ شود و ذکر خیار یاد شده نشان از مستثنی کردن این خیار از شمول اسقاط کافه خیارات دارد.

نظر دوم هم اگر آنرا خیار شرط گرفته از این جهت است که معمولاً در کتب فقهی این مثال در ذیل خیار شرط بحث شده است ولی با این ایراد روبرو است که از مفاد توافق استنباط نمی شود که مدت خیار را طرفین از سررسید چک اول تا سررسید چک بعدی تعیین کرده باشند، بلکه معمولاً برای فرار از صدور حکم بر ابطال قرارداد، بدون جهت به توافق طرفین نسبت داده می شود. زیرا اگر فقط چک آخر پرداخت

نشود یا این که فقط یک چک صادر شده باشد، آن وقت ابتدا و انتهای خیار چه زمان خواهد بود؟ و آیا در این حالت راهی برای فرار از بطلان وجود دارد. درست است که اعمال خیار شرط ممکن است منوط به وقوع یک واقعه یا حادثه ای در عالم خارج شود ولی این واقعه یا حادثه امری است که مربوط به تخلف طرف قرارداد نیست. مانند این که گفته شود: « اگر در امتحان رانندگی ماه آینده قبول شوم، به مدت ۱۰ روز از تاریخ قبولی حق فسخ معامله اتمبیل را دارم» پس اگر وقوع واقعه به جهت تخلف طرف قرارداد باشد، مانند این که گفته شود: اگر ثمن معامله را در فلان تاریخ نپردازی حق فسخ با من است. باید آنرا خیار تخلف از شرط دانست نه خیار شرط زیرا در این حالت قصد طرفین توافق بر خیار شرط نیست که بگوئیم به جهت عدم ذکر مدت، شرط و عقد هر دو باطل است (ماده ۴۰۱ ق.م.) بلکه قصد ایشان ایجاد یک شرط فعل (پرداخت ثمن در تاریخ معین) است. بدیهی است اگر مشروط علیه به مفاد شرط عمل نکند، طبق توافق حق فسخ برای مشروط له ایجاد می شود.

لازم به ذکر است در خیار تخلف شرط ضرورتی به ذکر حق فسخ نیست. قید فسخ فقط این فایده مهم را دارد که مشروط له ابتدا ساکن نیازی به الزام متعهد به انجام عمل ندارد والا عدم قید حق فسخ، مشروط له را وادار می کند در مرحله اول الزام متعهد را تقاضا نماید (ماده ۲۳۷ ق.م.) و به عنوان آخرین راه حل عقد را فسخ نماید (ماده ۲۳۹ ق.م.).

به همین جهت آقای دکتر کاتوزیان در پاسخ به چنین سوالی می نویسد: بنظر می رسد که باید این حق فسخ را از اقسام خیار تخلف از شرط فعل دانست. ظاهر از احکام مواد ۳۹۹ به بعد قانون مدنی این است که خیار شرط اصطلاحی در موردی مصداق پیدا می کند که دو طرف بدون قید یا دست کم بدون توجه به تخلف از مفاد التزام، بخواهند در استواری عقد و پای بندی خود به آن اخلاص کنند و تعهدها را ناپایدار و متزلزل سازند. در این فرض است که تعیین مدت خیار، شرط نفوذ عقد دانسته شده است. در حالی که در فرض ما، خیار در راستای تاکید بر لزوم وفای به عهد و به منظور تهدید متخلف برقرار می شود و هدفی مغایر با خیار شرط دارد. این تعبیر با مفاد اصل صحت قراردادها نیز سازگار می نماید. زیرا بدین ترتیب مفاد شرط مورد تردید به معنایی حل می شود که عقد و شرط نفوذ حقوقی بیابد و از افراط در ابطال قرارداد پرهیز شود.

پس از طرح ایراد به شرحی که گذشت به بحث اصلی پرداخته می شود. در این قسمت باید دید آیا معامله خریدار اول و دوم از نظر تحلیل حقوقی با توجه به حق

فسخ فروشنده صحیح است یا خیر و آیا بعد از فسخ، عقد دوم هم منفسخ یا ابطال می گردد یا خیر؟ برای تحلیل دقیق، موضوع طی ۳ گفتار مورد بررسی قرار می گیرد.

### گفتار اول - قاعده در انتقال اعیان

به عنوان قاعده باید گفت، وجود خیار برای فروشنده، مانع انتقال توسط خریدار نیست. به همین جهت ماده ۳۶۳ ق.م.مقرر می دارد: «در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین ..... مانع انتقال نمی شود» ولی برای تشخیص این که آیا انتقال در تمام موارد درست است یا خیر و برای دریافت پاسخ صحیح، لازم است بین حالتی که برای فروشنده اولیه خیار شرط وجود دارد یا سایر اختیارات از قبیل خیار غبن و غیره، تفاوت قائل شد.

### بند اول - انتقال عین در خیار شرط

گفتیم مطابق با اصل، حق فسخ فروشنده مانع انتقال مبیع توسط خریدار به غیر نمی شود؛ ولی در بیع شرط (که می دانیم خیار شرط مختص به بایع است) این شرط بطور ضمنی بین طرفین وجود دارد که خریدار حق انتقال مال به غیر را ندارد. به بیان دیگر در بیع شرط ظاهر بر این است که فروشنده با فسخ معامله قصد دارد عین مبیع را مسترد نماید، لذا ارتجاع عین ممکن نیست مگر مشتری ملتزم به حفظ مبیع شود. به همین جهت ماده ۴۶۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «بدیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید» در فقه امامیه هم در بحث شرط به غرض بایع در حفظ عین توسط خریدار تا پایان حق فسخ تاکید شده است. معمولاً یکی از دلایل پیش بینی شرط خیار، استیمار (طلب امر و مشورت کردن) است. در این حالت قصد مستامر این است که اگر پس از مشورت معامله را به مصلحت خود ندید، در مدت معین شده اقدام به فسخ معامله نموده و عین مال را مسترد نماید.

لازم به ذکر است تصرفات مشتری در مبیع شرطی دو حالت دارد:

حالت اول اینست که مبیع را با قید خیار شرط یا شرط انفساخ به غیر انتقال می دهد که این معامله به جهت این که به حقوق بایع صدمه نمی زند اشکال ندارد (مستنبط از مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م).

حالت دوم اینست که مشتری بطور مطلق عین را به غیر انتقال دهد که چنین معامله ای به جهت تجاوز به حق بایع غیر نافذ خواهد بود. بدیهی است اگر بایع از حق فسخ خود در مهلت مقرر استفاده نکند، معامله صحیح و نافذ خواهد شد و اگر فروشنده عقد را فسخ کند، صحت عمل مشتری منوط به اجازه بایع است.

بند دوم- انتقال عین با توجه به معاملات با حق استرداد نکته مهم و اساسی اینست که از تاریخ تدوین مقررات معامله با حق استرداد (مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت) کلیه معاملات شرطی و رهنی این مقررات است. یعنی در حال حاضر بیع شرط را نمی توان بدون در نظر گرفتن معامله با حق استرداد تفسیر کرد. آنچه مسلم است قانونگذار با تدوین مقررات معامله با حق استرداد، بر مبنای غلبه بیع شرط را مملک نمی شناسد؛ یعنی اگر بیع شرطی واقع شود، چون در غالب اینگونه معاملات، هدف وام دادن و اخذ وثیقه در مقابل آن است نه تملیک واقعی، لذا قانونگذار چنین معاملاتی را از قبیل معاملات رهنی به شمار آورده است.

با توصیف مزبور، اثبات خلاف ممکن نیست؛ و حتی اگر ثابت شود قصد طرفین واقعاً بیع شرط بوده است نه توثیق ملک در برابر اخذ وام، باز هم ملکیت عین برای منتقل آلیه حاصل نمی شود. به همین جهت آقای دکتر کاتوزیان می گویند: «مواد ۳۳ و ۳۴ به شیوه قاعده ماهوی انشاء شده است و دیگر رابطه ای با ظاهر ندارد تا خلاف آن قابل اثبات باشد» و در جای دیگری می نویسند: در بیع به یادآوری این نکته قناعت می کنیم که بیع شرط با از دست دادن مقتضای خود (تملیک مبیع) دیگر بیع نیست و با تفاوتی اندک به رهن نزدیک می شود.

مرحوم دکتر شهیدی در راستای همین تفکر به ن سخ مقررات بیع شرط (از جهت تملیک #۱۷۰۵؛ بی بودن عین) اشاره نموده اند و می نویسند: «اما همانگونه که گذشت، این اثر (انتقال مالکیت مبیع به خریدار) با وضع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت منتفی گردیده و مقررات مربوط قانون مدنی در این مورد نسخ شده است و در نتیجه مبیع شرط داخل در مالکیت خریدار یا دهنده پول نخواهد شد»

آقای دکتر لنگرودی نیز در راستای همین اندیشه و تفکر می گویند: «بیع شرط نظر به علل تاریخی و اقتصادی نمی توانست برای همیشه به عنوان یک بیع واقعی بماند و طبع آن اقتضاء می کرد که تغییر عنوان بدهد. در نیم قرن اخیر قانونگذار در ماهیت آن تصرف کرده و آنرا بصورت یکی از معاملات وثیقه ای درآورد تا آنجا که تعریف ماده ۷۷۱ قانون مدنی اکنون بر آن منطبق است نه تعریف ماده ۳۳۸. هر چند که هنوز اندک فرقی بین بیع شرط و رهن باقی است لکن این فرق مانع نمی شود که تعریف ماده ۷۷۱ بر بیع شرط صدق کند»

بنظر ما، همین دیدگاه را باید پذیرفت و تقویت کرد زیرا اگر نظر مخالف را بپذیریم (یعنی اثبات خلاف ممکن باشد) به اشخاص رباخوار اجازه داده ایم که در پوشش بیع شرط و تصریح به این که قصدشان بیع است نه وام دادن و اخذ وثیقه، مانند گذشته به رباخواری ادامه می دهند و بدیهی است فروشنده یا ناقل نمی تواند به راحتی ثابت

کند که خریدار وامی به او داده و از بابت وام دریافتی، این ملک را وثیقه او قرارداد داده است.

سابقه تاریخی نشان می دهد که فرمان ناصرالدین شاه قاجار به محاکم عدلیه که در بیع شرط حکم به مالکیت قطعی مشتری نکنند موفقیت آمیز نبود زیرا رباخواران بجای بیع شرط، بیع قطع با شرط وکالت منعقد می کردند و محاکم هم فرمان شاه را شامل این قسمت نمی دانستند.

به همین جهت، چون بایع نمی توانست وفق ماده ۴۶۳ ق.م. به راحتی ثابت کند که قصد واقعی او بیع نبوده است و محاکم هم درصدد یافتن این قصد نبودند، قانونگذار برای جلوگیری از انگیزه اصلی سرمایه دار رباخوار، با تدوین ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، مقررات بیع شرط را در قسمت تکمیلی بودن عین نسخ نموده و دیگر محاکم نباید در جستجوی قصد واقعی باشند زیرا ظاهر سند از رباخوار حمایت می کند و نشان می دهد که قصد طرفین بیع بوده و آن وقت فروشنده (وام گیرنده) نمی تواند به راحتی اثبات خلاف نماید و در نتیجه حکم ماده ۳۳ و ۳۴ خنثی و بی تاثیر شده و راه برای اشخاص رباخوار گشوده می شود.

#### نتیجه:

در بحث خیار شرط گفتیم خریدار نمی تواند علیرغم مالکیتی که برعین دارد به جهت وجود حق فسخ برای بایع آنرا به غیر انتقال دهد ولی در معاملات با حق استرداد که خریدار شرطی مالکیتی برعین ندارد، انتقال عین از سوی او به غیر صحیح نخواهد بود و بدیهی است بعد از خاتمه مدت تعیین شده، منتقل الیه در حکم طلبکار یا وثیقه است و می تواند از طریق حاکم اقدام بفروش عین مال نموده و طلب خود را وصول و مازاد را به فروشنده یا ناقل رد نماید.

بند سوم- انتقال عین در سایر خیارات (مثل خیار غبن)

برعکس خیار شرط در بیع شرط (که خیار مختص بایع است) در سایر خیارات وضع بگونه ای دیگر است و خریدار حق انتقال عین به غیر را دارد. برای روشن شدن قضیه به تحلیل نظریات می پردازیم:

۱- گروه اول از فقهای امامیه برآنند که در خیار غبن، من له الخیار (مغبون) می تواند تصرفات ناقله را باطل نماید. با این دیدگاه، اگر فروشنده در معامله مغبون شده و خریدار مورد معامله را به غیر فروخته یا تصرف ناقله دیگر از قبیل صلح و معاوضه انجام داده باشد، می تواند معامله را ابطال نماید.

این دسته در مقایسه با رهن می گویند، همانطور که در عقد رهن اگر رهن عین مرهونه را بدون اطلاع و موافقت مرتهن بفروشد و مرتهن مخالف بیع باشد، تمامی تصرفات از ابتدای وقوع بیع باطل می شود، در خصوص خیار غبن هم می توان گفت، اگر با بیع عقد را فسخ کند، بیع بین خریدار اول و دوم هم از ابتدا باطل می شود و منافع و نمائات حدفاصل بیع معامله خریدار اول و دوم و فسخ معامله متعلق به من له الخیار (مغبون) است.

استدلال این گروه آن است که چون مغبون از ابتدای وقوع بیع حق فسخ داشته، تصرفات خریدار اول به جهت وجود این حق فسخ، تصرف متزلزل بوده در عین حال چون عین متعلق حق مغبون است او می تواند معامله بین خریدار اول و دوم را از ابتدا باطل نماید.

۲- گروه دوم در قیاس با حق شفعه چنین استدلال می کنند که در شفعه، معامله شریک از تاریخ ابطال معامله توسط شفیع باطل می شود نه از ابتدا؛ در خصوص خیار غبن هم می توان گفت، معامله بین خریدار اول و دوم از تاریخ انشاء فسخ ابطال می شود نه از ابتدا و اثر آن قهقرا بی نیست.

این گروه استدلال می کنند که هر چند خیار با بیع به اصل معامله ثابت است ولی تا غبن ظاهر نشود (یعنی تا با بیع آگاه نشود) حق فسخ او هم ظهور پیدا نمی کند. پس عقد از تاریخ ظهور سبب (آگاهی از غبن) فسخ می شود، در نتیجه چون خریدار اول در ملک خودش تصرف کرده نه در ملک غیر، لذا موجبی برای بطلان عقد از ابتدا نیست.

۳- تعدادی دیگر (از جمله حاج شیخ مرتضی انصاری) اعتقاد دارند، عقد واقع شده بین خریدار اول و دوم صحیح است و من له الخیار باید بدل عین را از خریدار اول بگیرد. استدلال این گروه بدین شرح است: به طوری که از احکام خیار استنباط می شود.

اولاً- تصرف در زمان خیار (تصرف غابن) صحیح و لازم است و لذا موجبی برای تزلزل وجود ندارد.

ثانیاً- مطابق نظر برخی از فقها، قبل از ظهور غبن یا عیب، خیار فعلیت ندارد، اگر این گفته صحیح باشد، باز هم به این جهت که خیار فعلی نیست مانعی برای تصرف من علیه الخیار (غابن) وجود ندارد.

بند چهارم- نتیجه گیری و انتخاب نظراقوی



به شرحی که گفته شد در خیار شرط خریدار حق انتقال عین به غیر را بصورت مطلق ندارد زیرا مالکیت خریدار بر مبیع کاملاً استقرار پیدا نکرده و متزلزل است و به بیان دیگر، رابطه فروشنده با مبیع بطور کامل قطع نشده است، پس در صورت انتقال عقد واقع شده غیرنافذ خواهد بود.

به همین جهت در خصوص الزام مشتری به حفظ عین امام خمینی (ره) می گویند: «مشتری قبل از انقضاء مدت نمی تواند تصرف ناقل نموده و یا عین را تلف نماید، اگر برگرداندن عین شرط شده باشد»

آیت اله خویی نیز با اعلام اینکه «مشتری نمی تواند بین عقد تا انتهای مدت خیار، تصرف ناقل در عین از قبیل هبه یا بیع یا مانند این دو داشته باشد» در این زمینه نظر مشابهی ابراز داشته اند.

صاحب مکاسب نیز می گویند: «همانا غرض بایع از خیار، استرداد عین مال خویش است و پس گرفتن عین مال محقق نخواهد شد مگر این که مشتری ملتزم به حفظ و نگهداری مبیع برای بایع شود»

اما در خصوص خیارغبین و سایر خیارات که ممکن است به اعتبار آن اختیار فسخ معامله داشته باید گفت:

۱- نظر گروه اول که عقد را از ابتدا باطل می داند با مبانی قانونی ناسازگار است زیرا: اولاً- خریدار مالک عین بوده و هر مالکی در مایملک خودش هر تصرفی که بخواهد می تواند انجام دهد مگر قانون استثناء کرده باشد (ماده ۳۰ ق.م) و دیدیم به حکم ماده ۳۶۳ ق.م وجود خیار فسخ برای طرفین مانع انتقال نیست.

ثانیاً- در مقررات قانونی، دلیلی بر این که تصرفات خریدار در عین، تصرف متزلزل باشد وجود ندارد. در تأیید این استدلال می توان به ماده ۴۵۵ ق.م استناد کرده در ماده مذکور قانونگذار به خریدار اجازه می دهد عین را به رهن گذارد و فسخ معامله توسط فروشنده، عقود رهن را از بین نمی برد. اگر تصرف خریدار متزلزل باشد، چگونه او می تواند عین را به رهن گذارده، آنهم در حالی که می دانیم مال به این جهت در رهن غیرقرار می گیرد که مرتهن در صورت عدم پرداخت بدهی حق فروش آنرا داشته باشد.

ثالثاً- استدلال این گروه از جهت مقایسه بیع خریدار با حق مرتهن نیز صحیح نیست زیرا در عقد رهن، اگر راهن حق فروش ندارد به این جهت است که مرتهن برعین مرهونه حق عینی دارد و ضمانت اجرای تجاوز به این حق را باید عدم نفوذ دانست (رای شماره ۶۲۰ مورخه ۲۰/۸/۷۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، ماده ۲۲۹ امور حسبی ماده ۷۹۳ ق.م) ولی فروشنده دارای اختیار فسخ

هیچ حقی بر عین ندارد زیرا با وقوع بیع خریدار مالک مبيع می شود در نتیجه حق هرگونه انتقالی به حکم قانون را دارد (ماده ۳۶۳ ق.م) مضافاً آنکه در خصوص رهن علاوه بر اجماع، نص هم وجود دارد که تصرف در عین مرهونه برای راهن جایز نیست.

۲- نظر گروه دوم که عقد را از لحظه انشاء فسخ قابل ابطال می دانند نیز صحیح نمی باشد زیرا:

اولاً- اگر عقد از تاریخ ظهور سبب هم فسخ شده، باز هم موجب تزلزل عقد خریدار (غابن) نیست.

ثانیاً- مقایسه معامله خریدار با حق شفعه نیز صحیح نیست زیرا در شفعه اجماع وجود دارد که شفعه تصرفات مشتری را باطل می کند ولی در فسخ بايع چنین اتفاق و اجمالی وجود ندارد و تصرفات مشتری باطل نمی شود. از طرف دیگر، معامله خریدار نیست به شفیع غیر قابل استنادات یعنی معامله بین خریدار و طرف دیگر صحیح است ولی در رابطه با شفیع در حکم باطل است و گویی هیچ انتقالی صورت نگرفته است. برخی از حقوقدانان معتقدند، مبنای بطلان تصرفات مشتری در ماده ۸۱۶ ق.م اینست که قانونگذار مورد معامله را در اثر شفعه متعلق حق شریک قرار داده و در حکم معاملات فضولی است و آنرا مراعی به سقوط حق شفیع یا اجازه او می دانند. در حالی که در خصوص تصرفات مشتری در خیارات بیان شده چنین نیست.

۳- نظر گروه سوم با مبنای حقوقی و مقررات قانونی، کاملاً سازگار است. یعنی عقد خریدار در زمان خیار بايع صحیح و لازم بوده و انتقال را باید در حکم تلف دانست و فروشنده بدل را از خریدار می گیرد. یعنی اگر مال مثلی است مثل آنرا و اگر قیمی است قیمت آنرا دریافت می نماید.

در تأیید این استدلال به برخی از نظرات بزرگان فقهای امامیه و صاحب نظران حقوقی اشاره می نمائیم:

آیت اله خوئی در حالتی که مشتری عین را به غیر منتقل کرده حکم به مثل یا قیمت نموده اند و می گویند: «همانطور که در احکام خیار خواهد آمد، تصرفات من علیه الخیار بدون اجازه مغبون نافذ است و اگر مغبون عقد را فسخ نماید و عین به جهت تصرف غابن به غیر منتقل شده باشد، مغبون به مثل یا قیمت رجوع می کند.»  
حاج شیخ مرتضی انصاری در حکم تلف را پذیرفته و می نویسند: «و از طرفی هیچ وجهی برای تزلزل عقد غابن نیست. یا به جهت این که تصرف در زمان خیار غیر متصرف (منظور خیار بايع مغبون است که تصرفی نکرده است) صحیح و لازم بدانیم و همچنان که در احکام خیار خواهد آمد، به فاسخ، بدل آن مسترد می شود و یا به

جهت عدم تحقق خیار بالفعل قبل از ظهور غبن، بصورتی که مانع از تصرف من علیه الخیار شود، کما این که ظاهر جماعتی از علما اینجا و در خیار عیب همین است، از جهت این که کسانی که تصرف غیرذی الخیار (تصرف غابن) را بدون اذن مغبون منع کرده اند باید صحیح بودن آن اشکال نموده اند، حکم به لزوم عقد واقع شده قبل از ظهور غبن و عیب نموده اند و همین قول اقوی است»

ایشان در بحث خیار تخلف شرط نیز انتقال مال توسط مشتری را در حکم تلف دانسته و می گویند: «اگر شرط متعذر شده و عین از سبطره مشروط علیه به دلیل تلف یا نقل یا رهن خارج شود، ظاهراً مانع فسخ نیست. پس وقتی فسخ نموده... اقوی این است که به بدلش رجوع کند تا جمع بین ادله صورت گیرد.

صاحب کتاب جواهرالکلام نیز انتقال را در حکم تلف دانسته و می نویسد: «اگر عین بواسطه عقد لازم مانند بیع و غیر آن از ملک مشتری خارج شده باشد، همچنانکه در و مالک و غیر این روآمده رجوع به مثل یا قیمت می شود» و در جای دیگر می گویند: «مشتری مغبون شده باشد با تصرف بایع در ثمن، خیار مشتری ساقط نمی شود و رجوع به مثل یا قیمت می نماید»

امام خمینی (ره) نیز انتقال را در حکم تلف گرفته و اخذ بدل را جایز می داند: «و اگر خریدار عین را از ملکش به وقف یا معامله لازمی خارج نموده است، پس ظاهر آن است که در حکم تلف است پس وی (مغبون) برای گرفتن مثل یا قیمت رجوع می کند و اگر خارج ساختن عین به نقل غیر لازم مانند بیع خیاری و هبه باشد، پس در این که بتوان او را الزام به فسخ عقد و برگرداندن عین نمود اشکال است»

آیت اله سیستانی نیز همین نظر را بیان می کنند: «اگر غبن برای بایع که مغبون شده ظاهر شود، پس فسخ کند بیع را، در صورتی که مبیع نزد مشتری موجود باشد آنرا مسترد می نماید و اگر خارج از ملک مشتری یافت به این که به غیر منتقل شده به عقد لازم مانند بیع و هبه معوضه پس ظاهراً نیست که در حکم تلف است و رجوع می کند به او برای مثل یا قیمت و نمی تواند مشتری را ملزم به رد عینی که فروخته یا هبه نموده کند»

این اندیشه که انتقال در حکم تلف است نه تنها در عقود لازم، بلکه در عقود جایز هم قابل اعمال است. پس اگر خریدار عین را هبه کند، ملزم به فسخ عقد جایز و برگرداندن عین مال به فروشنده نیست بلکه پس از فسخ بایع، بدل به او می دهد نه عین را.

به همین جهت، صاحب مکاسب در نقد شهیدثانی در کتاب مالک، الزام غابن توسط حاکم شرع به فسخ عقد جایز را رد نموده و معتقدند، اگر عین به ملکیت غابن بعد از

فسخ مغبون بهر دلیلی اعم از فسخ عقد جایز یا انقضاء عقد جدید برگشت نماید، غابن مجبور به رد عین نیست.

مرحوم دکتر سید حسن امامی نیز در تأیید این اندیشه می گویند: «در صورتی که مورد معامله از ملکیت مشتری بوسیله عقود لازمه از قبیل وقف و بیع خارج شده باشد، مانند مورد تلف عمل می شود؛ یعنی بدل آن از مثل یا قیمت داده خواهد شد... و هرگاه مورد معامله به عقد غیر لازمی مانند هبه و بیع خیاری واگذار به غیر شده باشد نمی توان مشتری را ملزم به انحلال آن نمود، بلکه مانند مورد تلف، بدل به بایع داده خواهد شد... با دادن بدل از مثل یا قیمت وضعیت اقتصادی بایع تا آنجا که ممکن است مانند قبل از عقد خواهد گردید و ضرری متوجه او نمی شود»

دکتر ناصر کاتوزیان هم در راستای همین دیدگاه می نویسد: «بنابراین، اگر طرفی که به موجب عقد مالک شده است تصرفی در ملک کرده باشد، فسخ آنرا باطل نمی کند. قانون مدنی دو فرض شایع از این گونه تصرف ها را در احکام خود آورده است (ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م) ... این دو فرض، به عنوان مثال آمده است و از مفاد آنها می توان قاعده ای استخراج کرد که به موجب آن، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی به آن صدمه نمی زند، مگر این که برخلاف این ترتیب بطور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد.»

مرحوم دکتر مهدی شهیدی نیز دقیقاً همین تفکر را پذیرفته و اظهار می دارند: «در صورتی که مورد عقد، تلف شده یا به دیگری منتقل گردیده باشد، با فسخ عقد بواسطه خیار یا اقاله باید بدل آن از مثل یا قیمت به مالک پیش از عقد پس داده شود (ماده ۲۶۸ ق.م)

#### گفتار دوم - قاعده در انتقال منافع

در انتقال منافع هم اصل بر آن است که وجود خیار برای فروشنده مانع انتقال منافع عین توسط مستاجر نیست که در این گفتار تحلیل حقوقی قاعده مزبور در خیار شرط و سایر اختیارات به تفکیک بیان می شود.

#### بند اول - انتقال منافع در خیار شرط

ماده ۵۰۰ قانون مدنی در خصوص مبیع شرطی مقرر می دارد: «در بیع شرط مشتری می تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد بوسیله جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد والا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود»

در این ماده چند نکته قابل ذکر است:

۱- اگر با بیع در بیع شرط کرده باشد که شروع خیار شرط وی ۳ ماه بعد از عقد می باشد، بدیهی است خریدار می تواند، عین را برای ۳ ماه یاد شده به اجاره دهد و این اجاره به جهت این که در تنافی با حق خیار با بیع نیست صحیح تلقی می شود.

۲- اگر با بیع از تاریخ وقوع عقد به مدت ۳ ماه حق فسخ برای خود در نظر گرفته باشد، خریدار می تواند عین را با جعل خیار یا نحو آن (مانند شرط انفساخ) به غیر اجاره دهد.

۳- اگر خریدار در فرض فوق، بدون جعل خیار یا شرط انفساخ عین را به مدت یکسال اجاره دهد، در صورتی که با بیع ظرف سه ماه معین شده عقد بیع را فسخ نکند، اجاره نسبت به تمام یکسال صحیح تلقی می شود و در صورتی که در مدت ۳ ماه بیع را فسخ کند، اجاره تا قبل از فسخ بیع صحیح بوده و نسبت به مازاد غیر نافذ تلقی می گردد. بنابراین واژه «باطل» در قسمت اخیر ماده ۵۰۰ ق.م.ص. صحیح بکار نرفته و باید آنرا تفسیر به عدم نفوذ کرد.

#### بند دوم- انتقال منافع در معامله با حق استرداد

بحث اینست که اگر منتقل الیه در معامله با حق استرداد، منافع را به غیر انتقال دهد (مثلاً به اجاره واگذار کند)، آیا عقد اجاره صحیح است یا خیر؟ برای پاسخ به این مسئله باید دید آیا منتقل الیه که مالک عین نیست، حق مالکیتی بر منافع عین دارد یا خیر؟ برخی از صاحب نظران حقوقی با توجه به ماده ۷۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و پیروزی از اصول معتقدند، خریدار شرطی را باید مالک منافع دانست و استدلال می نمایند که «آنچه با مصالح اجتماعی و عدالت برخورد دارد و در قانون ثبت منع شده است، قطعی شدن تملیک و تصاحب خریدار شرطی با همان بهای قراردادی است. این اثر را باید از بیع شرط حذف کرد. در حالی که حق خریدار بر منافع کمترین نتیجه ای است که از بیع تملیکی باقی می ماند و دلیل قاطعی بر ازاله آن به چشم نمی خورد.»

مرحوم دکتر سید حسن امامی نیز با توجه به ظاهر مواد قانون ثبت، مالکیت منافع را برای انتقال گیرنده (طلبکار) پذیرفته و برای این که خللی به وضعیت انتقال دهنده (بدهکار) وارد نیاید معتقدند، انتقال گیرنده می تواند منافع را به یکی از عناوین قانونی و نوعاً به عنوان اجاره به انتقال دهنده واگذار نماید.

در مقابل این نظر، برخی از حقوقدانان حق طلبکار را بر منافع می پذیرند ولی آنرا ماهیتاً همان منافع و نمائات مبیع نمی دانند. مرحوم دکتر شهیدی در این خصوص می گویند: «در مورد منافع مبیع در مدت بین دریافت وجه تا پرداخت آن بوسیله گیرنده

پول، در پاراگراف دوم ماده ۳۴ تحت عنوان «اجور و خسارت دیرکرد» و در پاراگراف سوم این ماده، با عنوان «خسارت قانونی و حقوقی» و نیز در پاراگرافهای بعدی، حقوقی برای دهنده پول شناخته شده است که با لحاظ مقررات اصلی مذکور در بالا، نمی توان آنرا ماهیتاً همان منافع و نمائات مبیع دانست»

آقای دکتر لنگرودی از ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که بیع شرط را مملک نمی شناسد نتیجه گرفته اند که انتقال گیرنده مالک عین و منافع هردو نمی شود و می گویند بایع شرطی می تواند عین را به هر کس حتی بخود خریدار شرطی هم اجاره دهد.»

بنظر می رسد با توجه به مواد ۳۳ و ۳۴ و بند سوم ماده ۳۸ قانون ثبت و وحدت ملاک از ماده ۵۰۰ ق.م. انتقال گیرنده چون حق استفاده رایگان از منافع را دارد و نظر به این که مقررات معامله با حق استرداد به جز مالکیت عین برای انتقال گیرنده، دیگر احکام و آثار بیع شرط (تملیک منفعت) را نسخ نکرده است، بنابراین باید حداقل حق بر منافع را منتقل الیه معامله با حق استرداد برای باقی دانست و او می تواند با حفظ حقوق انتقال دهنده (بدهکار) منافع را به دیگری واگذار نماید.

#### بند سوم- انتقال منافع در سایر خيارات

برخلاف مورد خيار شرط با وجود آن که خریدار نمی تواند بطور مطلق و بدون حفظ حقوق بایع، منافع را به غیر واگذار نماید، در سایر خيارات خریدار حق دارد منافع را تحت هر عنوانی از جمله اجاره به دیگری انتقال دهد. زیرا عین در ملکیت مشتری مستقر شده و متزلزل نیست و مستعد دوام است و اشکالی ندارد تا منافع دائمی آنرا به غیر منتقل سازد.

ماده ۴۵۴ ق.م. در همین رابطه مقرر می دارد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است» در خصوص این ماده نکات زیر قابل توجه است.

۱- واژه «باطل» در ماده این سوال را به ذهن متبادر می سازد که اگر فروشنده علیرغم تخلف خریدار اجاره را بپذیرد و مخالفتی با آن نداشته باشد چرا باید آنرا باطل دانست و آیا بهترین است قرارداد اجاره را غیر نافذ تلقی کنیم؟

در راستای همین تفکر برخی از صاحب نظران حقوقی بر آنند که بهتر است مفهوم بطلان در ماده مذکور را بطلان مطلق تفسیر نکنیم. یعنی مستاجر حق نداشته باشد معامله را باطل بداند زیرا این منع به سود موجر ایجاد شده و لذا فقط موجر می تواند از دادگاه تقاضای ابطال نماید و این مفهوم با واژه عدم نفوذ سازگاری بیشتری دارد.

۲- نکته مهم دیگر این است که اگر بیع توسط بایع فسخ شود، تکلیف عقد اجاره چه می شود؟ اگر اجاره پس از فسخ بیع باقی می ماند، مستاجر اجاره را به چه کسی باید پرداخت کند؟ آیا اجاره بها را خریدار باید به عنوان موجر دریافت کند یا این که چون عین به مالکیت بایع برگشته، منافع نیز به تبع عین متعلق به بایع است و مستاجر باید اجاره بها را به بایع بپردازد؟

آنچه مسلم است و تردیدی در آن وجود ندارد اینست که اجاره بها باید توسط مستاجر به خریدار (موجر) پرداخت شود نه فروشنده؛ اما برای توجیه حقوقی و قانونی آن باید گفت، خریدار به عنوان مالک عین و منافع حق واگذاری منافع را به غیر داشته و عقد واقع شده صحیح است و فسخ بایع به بقای اجاره و صحت آن صدمه نمی زند لذا عین بصورت مسلوب المنفعه به بایع برمی گردد و مستاجر باید اجاره بها را کماکان مانند سابق به خریدار بپردازد.

به بیان دیگر، با فسخ بیع، منافع در حکم تلف محسوب شده و خریدار به دو شکل می تواند در برابر فروشنده مسئول تلقی شود: یا خریدار باید اجرت المثل منافع را نسبت به مدت بعد از فسخ بیع تا خاتمه عقد اجاره به بایع پرداخت نماید و یا این که مابه التفاوت عین دارای منفعت و عین مسلوب المنفعه را به فروشنده پرداخت نماید که هر یک از این دو راه حل طرفدارانی دارد.

مرحوم نائینی در این خصوص می نویسد: «فرض بر این است که ضمان نقص برعهده مفسوخ علیه (خریدار) است. پس بر او واجب است که نقص را با تقویم مال بصورت غیر مسلوب المنفعه و تقویم آن بشکل مسلوب المنفعه در مدت اجاره و دادن تفاوت تدارک نماید و در مجموع منافع تابع ملک می باشد و منافات با ضمان موجر (خریدار) به جهت نقص حاصل از اجاره ندارد.»

سید محمد کاظم طباطبایی نیز بر این اعتقاد هستند که مشتری ضامن نقص حاصل ناشی از مسلوب المنفعه بودن عین است و در صورت تفاوت بین دو قیمت، اقتضای قاعده اینست که ضمان نقص با دادن تفاوت برعهده مشتری باشد.

علامه در قواعد بر آن است که، اگر بایع بعد از فسخ، عین را در اجاره دید، بر مشتری (موجر) است که اجرت المثل مدت باقیمانده بعد از فسخ را به بایع بپردازد.

آیت اله خوئی نیز معتقدند، عین و ارزش نقصان حاصل به جهت این که عین در مدت اجاره مسلوب المنفعه است داده می شود.

امام خمینی (ره) نیز در این خصوص می نویسد: «عین مسلوب المنفعه به فاسخ (بایع) برمی گردد و منافع دیگر عین، غیر از آنچه که مستاجر مالک آن شده، اگر وجود داشته باشد متعلق به فاسخ است و اقوی در جواز رجوع بایع به مشتری برای گرفتن

اجرت المثل نسبت به بقیه مدت اجاره است، کما این که احتمال دارد بایع بتواند به جهت نقص که بر عین وارده شده از جهت آن که عین در آن مدت مسلوب المنفعه است به مشتری رجوع نماید. پس (در خصوص این احتمال) یک بار عین با وصف داشتن منفعت در آن مدت قیمت می شود و یک بار دیگر با وصف فقدان منفعت قیمت می شود و سپس فروشنده عین را با تفاوت بین این دو قیمت می گیرد و ظاهر آن است که تفاوتی بین دو وجه نیست.»

مرحوم دکتر سید حسن امامی نیز در حکم تلف شدن منافع در این خصوص را پذیرفته و می نویسد: « پس از فسخ بیع، عین مبیع به بایع رد می شده و نسبت به منافع مدت پس از تاریخ فسخ که به دیگری واگذار شده است، اجرت المثل آن به بایع تادیه می گردد. گفته می شود که چون مسلوب المنفعه بودن مال، نقص محسوب می شود باید مشتری فرق بین قیمت مبیع (با داشتن منفعت) و قیمت آن (بدون منفعت بقیه مدت اجاره) را به بایع بدهد»

#### گفتار سوم- بیان قاعده در ایجاد حق برای ثالث

مطابق با قاعده، چون خریدار حق مالکیت بر عین مال دارد می تواند هرگونه حقی که بخواهد در مبیع برای شخص ثالث ایجاد کند. بدیهی است اگر فروشنده بیع را فسخ کند، به جهت این که مبیع متعلق حق ثالث قرار گرفته و حکم به انفساخ عقد دوم با حقوق شخص ثالث در تعارض قرار می گیرد، قانونگذار فسخ بیع توسط فروشنده را موثر در عقدی که حقی برای ثالث ایجاد کرده است نمی داند.

#### بند اول- وضعیت حق ثالث در خیار شرط و معاملات با حق استرداد

از مجموع مطالب بیان شده. این نتیجه حاصل می شود که باید بین خیار مجعول به حکم شرع و خیار مجعول توسط طرفین قرارداد فرق گذاشت. چون خیار شرط خیاری است که بوسیله متعاقدين جعل می شود و غرض بایع اینست که عین باقی بماند و سلطه ای بر آن داشته باشد لذا خریدار فقط از اتلاف یا تصرفات ناقل و هر تصرفی که با هدف بایع از خیار منافات داشته باشد ممنوع شده است نه مطلق تصرفات.

بنابراین در خیار شرط، به عنوان مثال مشتری نمی تواند آنرا به رهن غیر گذارده زیرا مرتهن حق فروش پیدا می کند و این امر با نظر بایع یعنی بقای عین ناسازگار است. هم چنین ضامن نمی تواند به عنوان پشتوانه تعهد خودش در برابر مضمون له، مبیع را در اختیار مضمون له قرارداد. و توافق نماید که دین او از محل مبیع توسط طلبکار وصول گردد.



همچنین بنظر می رسد، مستفاد از ماده ۵۰۰ ق.م خریدار نمی تواند بدون حفظ حقوق فروشنده، حق انتفاع و یا حق ارتفاق در مال برای دیگری ایجاد کند زیرا ایجاد حق انتفاع یا حق ارتفاق نیز با قصد بایع از فسخ عقد و تسلط کامل وی بر عین مال تعارض دارد.

در خصوص معاملات با حق استرداد نیز گفته شد که منتقل الیه چنین معامله مالک عین نمی شود و چون مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است (ماده ۷۷۴ ق.م)، بنابراین خریدار معامله با حق استرداد که مالک عین نیست و حق انعقاد عقد رهن را ندارد و به شرحی که بیان شد خود خریدار شرطی (طلبکار) بر مال مورد انتقال حق وثیقه دارد.

سایر محدودیت‌هایی که برای خریدار در اختیار شرط گفته شد، با توجه به مطالب فوق در خصوص معاملات با حق استرداد نیز برای انتقال گیرنده وجود دارد.

#### بند دوم- وضعیت حق ثالث در سایر خيارات

در سایر خيارات، چون مالکیت خریدار بر عین مستقر شده است و متزلزل نیست و به عبارت دیگر خریدار بر عین سلطنت دارد، می تواند هر تصرفی در آن بنماید. بنابراین اگر مبیع را به رهن غیرگذارده، فسخ بایع باعث از بین رفتن عقد رهن نمی شود. شهید اول در لعمه رهن در زمان خیار را پذیرفته و این امر را به نظر بزرگان فقه مستند کرده اند. همچنین محقق در شرایع، رهن در زمان خیار را جایز می داند، اعم از این که خیار متعلق به مشتری باشد یا بایع یا هردو و ظاهر کلام ایشان اینست که بین کسانی که قائل به انتقال ملک با عقد هستند در این مسئله اختلافی وجود ندارد.

قانونگذار ما در همین راستا در ماده ۴۵۵ ق.م مقرر می دارد: « اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل این که نزد کسی رهن گذارده فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر این که شرط خلاف شده باشد»

در مورد ماده فوق نیز این نکات قابل ذکر است.

۱- رهن در ماده مذکور جنبه تمثیلی دارد؛ بنابراین در تمام مواردی که مبیع متعلق حق غیر قرار می گیرد و ثالث بر آن حق عینی پیدا می کند از ملاک آن می توان برای حفظ حقوق ثالث استفاده کرد. بنابراین اگر شخصی از خریدار طلبکار باشد و مبیع را در نزد خودش توقیف نماید، باز هم فسخ بیع تاثیری در حقوق طلبکار نداشته و مال کماکان در توقیف خواهد ماند زیرا در چنین مواردی طلبکار بر مال حق عینی پیدا می کند.

۲- اگر مشتری عین مال را برای رهن دادن عاریه دهد (رهن مستعار)، علی‌رغم این که عاریه عقدی است جایز و قابل فسخ ولی در این فرض به سبب عقد رهن، فسخ عاریه تاثیری در رهن نمی‌گذارد.

همچنین در فقه گفته می‌شود اگر عین مال برای دفن میت به عاریه داده شده، فسخ عاریه به جهت ممنوعیت نبش قبر تاثیری در انتفاع ندارد (ماده ۱۰۸ ق.م) ولی اگر مطابق عرف از تاریخ فسخ بتوان اجرت المثل زمین را مطالبه نمود، مستعیر باید اجرت المثل زمین را به معسر بدهد.

۳- مستنبط از مفاد ماده ۴۵۵ ق.م اینست که، اگر بیع فسخ شده، مبیع مورد رهن به ملکیت بایع برمی‌گردد و می‌توان گفت بایع از ابتدا قرار گرفتن مال خود در رهن، بابت دین مشتری را پذیرفته است. بدیهی است راهن (خریدار) باید تلاش کند رهن را فک کرده و به فروشنده تحویل نماید.

۴- به نظر می‌رسد چون پس از فسخ، عین با حق متعلق به غیر به بایع برمی‌گردد و از این جهت تصرف خریدار موجب کسرقیمت مبیع شده است، فروشنده حق خواهد داشت تفاوت قیمت پس از تصرف و قبل از تصرف در زمان فسخ را از خریدار دریافت نماید.

۵- اگر عین توسط مرتهن به بیشتر از ثمن المثل فروخته شود، فروشنده تا میزانی که متعلق حق مرتهن است به خریدار رجوع می‌کند و باقیمانده ثمن متعلق به فروشنده خواهد بود ولی اگر عین به کمتر از ثمن المثل فروخته شود، بنظر می‌رسد فروشنده بتواند مابه‌التفاوت را از خریدار بگیرد.

در عقد ضمان هم اگر ضامن تعهد به پرداخت دین از مال معین (مبیع) نموده باشد، به نظر می‌رسد با فسخ عقد توسط فروشنده، حق ایجاد شده برای طلبکار به قوت خود باقی است و حکم از جهت استرداد عین و سایر مسائل آن مانند رهن است.

همچنین ایجاد حق انتفاع و حق ارتفاق و سایر حقوق عینی به نفع ثالث با هیچ منع قانونی مواجه نیست و بنظر می‌رسد فروشنده پس از فسخ، چون ملک را در حالتی تحویل گرفته که نمی‌تواند مانند زمانی که به مشتری واگذار نموده است دراک نماید و استفاده او از مال ناقص می‌باشد، بتواند از جهت این نقص به مشتری رجوع نماید.

بخش سوم- جمع بندی و نتیجه گیری

از مجموع مطالبی که بیان شد چنین نتیجه گرفته می‌شود که تصرفات خریدار در جایی که خیار بایع ناشی از توافق طرفین باشد (خیار شرط) چون بنابر استرداد عین است، تصرفی متزلزل است و فسخ بایع می‌تواند به صحت عقد واقع شده توسط

خریدار خلل وارد آورد ولی تصرفات خریدار در جایی که خیار بايع ناشی از حکم قانون باشد (سایر خیارات) تصرفی نافذ و لازم شمرده شده و در جایی که مال (اعم از عین و منافع) از ملکیت خریدار خارج شده باشد، مورد معامله در حکم تلف محسوب می شود و فروشنده بدل (اعم از مثل یا قیمت) را می تواند مطالبه نماید. لازم به ذکر است این نگرش که انتقال مال در حکم تلف بشمار می رود، سخن تازه ای نیست و در مواد متعددی از قوانین حقوقی ما از جمله موارد ذیل مطرح گردیده است.

#### بند اول - در عقود تملیکی

مثال (۱) - در مواردی که خریدار مال را به غیر انتقال داده و معامله بین او و فروشنده اقاله می شود، به جهت این که انتقال در حکم تلف به شمار می آید، فروشنده مثل یا قیمت را بعنوان بدل از خریدار می گیرد و برگشت مال تحت هر شرایطی به ملکیت خریدار موجد حق مطالبه آن برای فروشنده نخواهد بود.

مثال (۲) - اگر فروشنده (محیل) حواله ای برعهده خریدار (محال علیه) صادر نماید تا او ثمن را به شخص ثالثی (محتال) پرداخت کند، مشهور بر آن است که در صورت فسخ یا اقاله بیع، خللی به عقد حواله وارد نمی شود و خریدار باید ثمن را به ثالث بپردازد و آن گاه چون حواله در حکم پرداخت دین به فروشنده تلقی می شود، فرض بر این است که ثمن در نزد بايع تلف شده، لذا مشتری برای گرفتن بدل می تواند به بايع رجوع کند (ماده ۷۳۳ ق.م).

مثال (۳) - اگر زن تمام مهریه (عین معین) را گرفته و به غیر منتقل کرده باشد و قبل از نزدیکی طلاق واقع شود، انتقال به غیر در حکم تلف محسوب شده و زن در صورت مثلی بودن مهر نیمی از مثل و اگر نیمی باشد، نصف قیمت مهر را به شوهر برمی گرداند.

مثال (۴) - اگر عین مال در نزد تاجر ورشکسته امانت گذاشته شده تا آنرا بفروش رساند، در صورتی که عین موجود باشد توسط مالک قابل استرداد است ولی اگر تاجر ورشکسته آنرا به غیر فروخته و پول آنرا دریافت کرده باشد یا به گونه ای با سایر اموالش مخلوط کرده که قابل تشخیص و تفکیک نباشد، در حکم تلف محسوب شده و صاحب مال برای دریافت طلب خویش در ردیف غرماء قرار می گیرد (مواد ۵۲۹ و ۵۳۱ ق.ت).

لازم به ذکر است به مثالهای متعدد دیگری نیز می توان اشاره نمود که از حوصله این نوشته خارج است. لذا به همین میزان اکتفا می شود.

### بند دوم- در عقود عهدي

در عقود عهدي نیز مانند عقود تمليکي، اصل آنست که فسخ پس از انجام عقد عهدي نسبت به مال، به نفوذ آن عقد خللي وارد نمی کند. و عقد همچنان به قوت خود باقی می ماند.

مثال (۱)- اگر طلبکار معادل طلب خود را به غیر واگذار نماید و سپس عقد فسخ شده، بدیهی است فسخ عقد موجب برهم خوردن قرارداد بین ناقل و منتقل الیه نمی شود. مثال (۲) اگر طلبکار، مدیون خودش را از دینی که داده ابراء نماید، فسخ عقد به نفوذ ابراء صدمه ای وارد نمی سازد.

توضیحات یادشده گویای استنباط و تلقی نادرست منعکس در رای دادگاه بدوی از چگونگی تاثیر فسخ بايع در انتقال مبيع از سوی مشتری است.... که با استدلال مندرج در دادنامه دادگاه تجدیدنظر که به موجب آن چنان انتقالی در حکم تلف مبيع تلقی شده مرتفع گردیده است