

نگرشی نو، به تصرفات حقوقی من علیه الخيار

مأنده چینی ساز*^۱، امید محمدی^۲، قاسم شعبانی^۳

^۱ دانش پژوه دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

^۲ دانش پژوه دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

^۳ استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

چکیده

کسی که در معامله‌ای طرف بر وی حق خيار دارد، تصرف او در مال مورد معامله، اعم از حقیقی یا حقوقی، تصرف من علیه الخيار نامیده شده است. نسبت به تصرفات مذکور دو دیدگاه وجود دارد. عده ای با عنایت به قواعد «المبیع یملک بالعقد» و «الناس مسلطون علی اموالهم» نظر بر جواز چنین تصرفاتی دارند و طبق این نظر مشهور اگر بایع بیع را فسخ کند بیع ثانی که مشتری با ثالث کرده است منحل نمی‌شود بلکه مبیع بایع اول، همچون مال تلف شده در زمان خيار وی است. تصرفات من علیه الشرط نیز همین حکم را داراست. اما در مقابل عده‌ای دیگر معتقد به عدم جواز چنین نقل و انتقالاتی در زمان خيار می‌باشند، برای اثبات صحت نظر خود به اقتضای طبع خيار فسخ که اعاده‌ی مالکیت است و نقل و انتقال و تصرفات سد این اعاده می‌گردد و همچنین اقتضای اصل موازنه‌ی تسلیم در برابر تسلیم، از اصول مهم موازنه، استدلال می‌نمایند. این گروه بیشتر نظر بر این دارند که در صورت انتقال مبیع، نیز فسخ یا انفساخ بیع اول موجب انفساخ بیع دوم از تاریخ انعقاد بیع دوم می‌گردد زیرا فسخ یا انفساخ بیع اول باید به طرفیت خریدار اول باشد و مبیع از مالکیت او خارج گردد این نظر مخالفانی نیز دارد. مبتلی به بودن موضوع در میان افراد جامعه اهمیت موضوع را تشکیل می‌دهد.

واژه‌های کلیدی: فسخ، انفساخ، من علیه الخيار، مشروط علیه، ذو الخيار، تصرفات حقیقی و حقوقی

مقدمه

وضعیت حقوقی تصرف من علیه الخیار در مال مورد معامله، از جهت صحت و بطلان یکی از مسائل مبتلی به در محاکم است. در حقوق کنونی و رویه حاکم در عرف معاملات بسیاری از مردم با توجه به قاعده تسلیط و این نهاد حقوقی که به محض وقوع بیع خریدار مالک مال است مبادرت به تصرفات از جمله بیع مبیع می‌نماید. حال سوال اساسی این است اگر در بیع اول با بیع معامله را فسخ کند بیع ثانی که مشتری با ثالث کرده است منحل می‌شود یا خیر؟ آیا بحث تلف حکمی در این مقام جریان دارد؟ نظر بر انحلال معاملات بعدی خریداران بعدی را با مشکل مواجه می‌نماید خصوصاً در صورت تعدد ایادی. جواز نقل و انتقال و باقی بودن معاملات بعد از فسخ معامله اول را از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی فهمید اما این مواد در خصوص رهن و اجاره بوده و در خصوص بیع حکمی مقرر نداشته است برخی از آرای قضایی نظر بر انحلال معامله دوم دارن به عبارتی رویه قضایی تمایل به عدم جواز چنین نقل و انتقالی در زمان خیار دارد چرا که اقتضای طبع خیار فسخ که اعاده‌ی مالکیت است و نقل و انتقال و تصرفات سد این اعاده می‌گردد. سوال اساسی این است که در صورت نقل و انتقال سند آیا باید ایادی بعدی نیز طرف دعوی قرار بگیرد؟

دیدگاه‌های قابل ارائه در این بحث:

- عدم فسخ معامله دوم در صورت فسخ معامله اول
 - فسخ معامله دوم در صورت فسخ معامله اول
 - تفصیل: عدم فسخ معامله دوم در صورت فسخ معامله اول در صورت اعمال اختیارات غیرقراردادی و قانونی مانند خیار عیب؛ فسخ معامله دوم در صورت معامله اول در صورت اعمال اختیارات قراردادی
 - قاعده بر عدم فسخ معامله دوم در صورت فسخ معامله اول می‌باشد الا در صورت فسخ معامله اول به دلیل اعمال خیار شرط {شرط صریح یا ضمنی عدم نقل و انتقال}
- دیدگاه چهارم به نظر ما موجه می‌باشد و علت امر را باید در مصالح اجتماعی و نظم عمومی معاملات جست. نظر به انفساخ قراردادهای بعد نظم جامعه را بهم ریخته و افزایش پرونده‌های قضایی و ایجاد هرج و مرج می‌نماید.

تصرف من علیه الخیار

کسی که در معامله‌ای طرف بر وی حق خیار دارد، تصرف او در مال مورد معامله، تصرف من علیه الخیار نامیده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸:۲۰۲). تصرف من علیه الخیار ممکن است به صورت ائتلاف، ایراد نقص، تغییر دادن، نقل مال به ثالث مثلاً به موجب بیع، وثیقه نهادن نزد ثالث، و بالاخره انعقاد عقد لازم یا جایز با ثالث در آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲:۱۹۱).

الف) دیدگاه موافقان صحت و جواز تصرفات من علیه الخیار به نحو مطلق

مشهور فقها نظر بر جواز (به عنوان حکم تکلیفی) تصرفات حقوقی یا حقیقی، من علیه الخیار یا من علیه الشرط یا غیر ذوالخیار، در زمان خیار، دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲:۱۹۱). مقتضای پذیرش جواز تصرفات غیر ذوالخیار، پذیرش نفوذ این تصرفات است و لذا در فرض جواز، تصرفات نافذ و در نتیجه معاملات منعقد در زمان خیار توسط من علیه الخیار صحیح است. به عبارت دیگر «جواز التصرف تکلیفاً» و «نفوذ التصرف وضعاً» (محقق داماد، ۱۳۹۰:۵۵۲). بنابراین من علیه الخیار می‌تواند با وجود این که طرف او حق خیار و استرداد مبیع دارد و مالکیت وی متزلزل و ناپایدار است مبیع را به ثالث بفروشد زیرا به

اقتضای مالکیت خویش عمل کرده است حتی اگر صاحب خیار پس از بیع ثانی بیع اول را فسخ کند لطمه به بیع ثانی وارد نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۹۱).

دلایل آن‌ها عبارت است از دو مقدمه:

۱. مالکیت در بیع خیار نیازی به انقضای مدت خیار ندارد و آنچه ناقل مالکیت محسوب می‌شود وقوع عقد است، چه به صورت خیار منعقد شود و چه به صورت غیر خیار. (ماده ۳۶۳ قانون مدنی)

۲. قاعده سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) عمومیت دارد و لذا با توجه به این مطلب، مقتضی جواز تصرف من علیه الخیار در منتقل الیه وجود دارد که این مقتضی، همان حصول ملکیت است و مانعی نیز در این راه وجود ندارد و شبهه‌ای در جواز تصرف من علیه الخیار نیست. بر این اساس، مانعی در تصرف من علیه الخیار وجود ندارد، چرا که وی مسلط بر مال خود است. (قاعده تسلیط)

یکی از آثار نظریه‌ی مذکور این است که تلف حقیقی یا حکمی (انتقال) عین، منافاتی با وجود خیار تا انقضای مدت آن ندارد. در خود دیدگاه جواز تصرف در زمان خیار دو دیدگاه راجع به اینکه بعد از تصرف و انتقال مال به دیگری در صورت فسخ یا انفساخ عقد اولی آیا عقد دومی از بین می‌رود یا خیر، وجود دارد و به عبارتی احکام متفرع بر دیدگاه جواز تصرفات من علیه الخیار نیز یکسان نمی‌باشد:

الف) انفساخ عقد دوم پس از انفساخ یا فسخ عقد اول

علت این نظر ابتدای عقد دوم بر عقد اول می‌باشد. طبق این دیدگاه هرچند تصرف غیر ذوالخیار صحیح است؛ ولی به هر حال مالکیت عاقد در عقد دوم مبتنی بر عقد اول است.

به نظر شیخ انصاری این قول را برگزیده است:

«من أن التملك العاقد الثاني مبنی علی العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبه إلی مابعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل: أن العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البایع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.» (فاضل هندی، ۱۳۸۷: ۱۲۰)

در این رابطه سوالی که مطرح می‌گردد این است که تاریخ این انفساخ از چه تاریخی است. دو قول است: برخی نظر بر انفساخ از تاریخ وقوع عقد دوم دارند و برخی نیز از تاریخ تحقق انفساخ.

ب) در مقابل به اعتقاد عده‌ای یکی از آثار وضعی جواز تصرفات غیر ذوالخیار، بقاء و عدم انفساخ معاملات بعدی، با وجود فسخ بیع اول است. ممکن است ایراد شود که بیع دوم فرع بر بیع اول است و در نتیجه با فسخ بیع اول، بیع دوم نیز منفسخ می‌شود. در پاسخ گفته شده بیع دوم فرع بر صحت بیع اول و عدم انفساخ آن تا زمان انعقاد بیع دوم است، نه بر بقای آن تا ابد و استمرار عقد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۷۱).

در مورد تصرفات من علیه الشرط نیز مطالب فوق جاری است. اگر در بیع، مبیع را تسلیم مشتری کنند و ثمن نسبی باشد و بر مشتری شرط شود که اگر تا شش ماه، ثمن را تسلیم نکند بیع خود به خود منفسخ گردد. مشتری من علیه الشرط است. او به محض وقوع بیع مالک مبیع می‌شود وجود آن شرط از نظر فقه و قانون مدنی مانع نمی‌شود که مشتری آن مبیع را با ثالث مورد یکی از معاملات قرار دهد (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی) در این صورت هرگاه موجب انفساخ، محقق گردد تکلیف

معامله با ثالث چه خواهد بود؟ قول مشهور همان است که در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی آمده است. (جعفری لنگرودی، ۲۰۳:۱۳۸۲).

در هر حال طبق نظر مشهور در فقه اگر بایع بیع را فسخ کند بیع ثانی که مشتری با ثالث کرده است منحل نمی‌شود بلکه مبیع بایع اول، همچون مال تلف شده در زمان خیار وی است (جعفری لنگرودی، ۱۱۲:۱۳۸۴) و باید بدل آن را دریافت نماید.

- در حاشیه سید کاظم طباطبایی یزدی (محشی فاضل کتاب مکاسب) آمده است:

«مقتضی القاعده نفوذ التصرف (تصرف من علیه الخیار) و لزومه ان کان لازماً، و عدم انفساخه بفسخ البیع الاول، لشمول ادلته، و عدم المانع»

به اعتقاد سید، هرگاه بایع صاحب خیار، بیع خود را فسخ کند (درحالی که مشتری، مبیع را به ثالث فروخته است) بیع ثانی منحل نمی‌شود بلکه مبیع او تالف محسوب می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۶۶:۱۳۸۱). البته به اعتقاد این دسته از فقها اگر مشتری مبیع را به بیع دیگری فروخته باشد و بایع اول بیع خود را فسخ کند مشتری اجبار به فسخ بیع ثانی می‌گردد. اگر بیع مشتری با ثالث، لازم غیرقابل فسخ باشد دو فرض متصور است: مبیع را از اول بازخرد کند در این صورت او را اجبار به اقاله یا بازخرد می‌کنند و اگر اقاله یا بازخرد مقدور نباشد حکم ضمان حیلوله جاری است و مفسوخ علیه، تعهد رد مبیع را به بایع اول دارد.

- در مناهجقول اکثر در عباراتی بلیغ آورده شده:

«يجوز تصرف غير ذي الخيار من المتبايعين فيما انتقل اليه في زمن الخيار تصرفاً مانعاً من استرداد العين عند الفسخ، من غير فرق بين كون التصرف اتلافاً او نقلاً لازماً أو جازياً أو اخراجاً عن الملك ... و لا يوجب فسخ البیع انحلال ذلك التصرف إن كان ناقلاً، نعم لو كان انتقل جازياً الزم البایع بالفسخ.» (جعفری لنگرودی، ۱۸۹:۱۳۸۲).

- به اعتقاد محمد حسین کاشف الغطاء لازمه حکم به صحت و جواز تصرف من علیه الخیار، عدم انحلال این تصرف با فسخ عقد اصلی است. (کاشف الغطاء، ۱۱۸:۱۳۵۹).

قانون مدنی در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ از نظر مشهور پیروی کرده است:

ماده ۴۵۴: هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

ماده ۴۵۵: اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل این که نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر این که شرط خلاف شده باشد.^۱

برخی حقوق دانان با پیروی از نظریه‌ی فوق در مورد بیع به عنوان مصداقی از تصرفات من علیه الخیار معتقد به اخذ ملاک از مواد فوق می‌باشند. این ملاک گیری با توجه به جایگاه ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی در کلیات و عمومات خیارات تقویت می‌گردد.

^۱ مقتضای جمع میان صحت تصرف من علیه الخیار که مبنای مورد قبول قانون مدنی است، با حق صاحب خیار و حق مرتهن، این است که به جای بازگشت عین مبیع که اکنون در رهن غیر است و هر لحظه امکان انتقال آن به طلبکار وجود دارد، بدل مبیع اعم از مثل یا قیمت آن به بایع بازگردد. به بیان دیگر، رهن مبیع، هرچند حقیقتاً موجب خروج از مالکیت مشتری نگردیده؛ ولی به دلیل اینکه مبیع در معرض تملک از سوی رهن است، در حکم مال تالف یا در حکم مال انتقال یافته است.

مسئله‌ی بیع بوسیله‌ی مشتری بیع شرط، و تصرفات حقوقی راهن در مال الرهانه با شخص ثالث، و تصرفات حقوقی متهب با ثالث در مواردی که برای واهب، حق رجوع وجود دارد از باب قاعده وحدت طریق مسئلتین قابل حل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱:۲۲۸) و به همین علت حکم ماده ۴۵۵ قانون مدنی را به تصرفات انتقال دهنده مانند بیع جریان می‌دهیم.

ذکر این نکته لازم است که آقای دکتر جعفری لنگرودی، که معتقد به عدم جواز تصرفات من علیه الخیار است، در یکی از آثار خود با نام الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق) در مورد انتقال مبیع در بیع خیار خلاف دیدگاه خود چنین نظر داده است: اتلاف ممکن است حکمی باشد نه حقیقی؛ پس اگر قبل از دخول، زوج عین مال الصداق را به ثالث بفروشد بیع صحیح است (با تنفیذ زوج) ولی اگر زوج را قبل از دخول طلاق دهد زوج مستحق بدل تالف است. چنین است انتقال مبیع در بیع خیار از طرف مشتری در زمان خیار.

ب) مخالفان تصرفات من علیه الخیار (قائلین به عدم جواز و نفوذ تصرفات مغایر با حقوق من له الخیار) به اعتقاد این گروه من علیه الخیار حق هرگونه تصرف را دارد جز آنچه که با حق صاحب خیار، مغایر باشد. پس اگر مورد معامله را به ثالث انتقال دهد در حکم فضولی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸:۲۰۲). وقتی که مبنای عدم جواز تصرف را بپذیریم، حکم وضعی تصرفات ناقل قاعدتاً نمی‌تواند نفوذ باشد.

خلاصه دلایل این گروه چنین است:

- اگر تصرف مزبور روا باشد باید اتلاف مبیع بوسیله من علیه الخیار (در مدت خیار) هم روا باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷:۱۹۴).

- مصادره بر مطلوب موافقین: استناد به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» در مسئله‌ی مورد بحث حاضر، مصادره بر مطلوب است. زیرا مدعی این است که من علیه الخیار، سلطه بر مال مورد انتقال، با وجود خیار طرف دیگر عقد، دارد یا ندارد؟ نمی‌توان این مدعی را دلیل قرار داد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲:۱۸۹).

- اقتضای طبع خیار فسخ: خیار در نهاد خود اقتضای اعاده‌ی مالکیت را دارد حال آنکه معاملات من علیه الخیار با ثالث، در جهت سد باب اعاده مالکیت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷:۱۹۰). بنابراین نظر به جواز تصرف درون خود یک تضاد خفی خواهد داشت. به موجب حق خیار، رابطه‌ی ذوالخیار از مبیع قطع نشده است یعنی مبیع متعلق حق اوست، پس من علیه الخیار نمی‌تواند در مبیع، تصرفی کند که با حق صاحب خیار، مغایرت داشته باشد خواه در بیع شرط باشد خواه نباشد.

اختیار مالک مبیع به موجب بیع آن قدر مطلق العنان نیست که حتی با وجود تضاد مذکور، نافذ و معتبر باشد و با ماهیت خیار، در معارضه قرار بگیرد. نصوص قاعده المبیع یملک بالعقد را نمی‌توان دلیل نفوذ معاملات من علیه الخیار با ثالث دانست زیرا استناد به اطلاق آن نصوص، استدلال لفظی است که تاب معارضه با معقول، (= تضاد مذکور فوق) را ندارد. ۲ خیار باب اعاده مالکیت را مفتوح می‌خواهد و حال آنکه نظر مزبور، موجب سد آن باب است. فتح باب و سد باب دو سخن متغایرنند. این تضاد را با هیچ فنی نمی‌توان حل کرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱:۱۶۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴:۷۳).

در هر حال از قدیم گفته‌اند الاغ عاریتی را یک بری می‌نشینند. این به خاطر تزلزل حقوق مستعیر در آن الاغ است. تزلزل حق من علیه الخیار هم از همین قماش است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷:۱۹۰).

- اقتضای اصول موازنه: مهمترین اصول موازنه، اصل موازنه‌ی تسلیم به تسلیم است. مقصود از تسلیم در این حالت، تسلیم نهایی و غیرقابل برگشت است: در بیعی که بایع خیار دارد تسلیم مبیع به مشتری که واقع شده است تسلیم نهایی نیست قابل

دستکاری و بهم زدن است یعنی نهایی نیست، با وجود چنین تسلیم متزلزلی مشتری چه حق دارد که مبیع را مورد معاملات با ثالث قرار دهد و یا آن را تلف کند، هرچند که مالک است و صاحب نمائات مبیع نیز می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷:۱۹۷). مالکیت حاصل از بیع خیار، برای مشتری، تاب آن را ندارد که با تکیه بر آن، تصرفات حقوقی مغایر با آن خیار را نافذ و معتبر بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷:۲۰۰). هر لحظه ممکن است بایع، آن تسلیم را ملغی کند (با اخذ به خیار) با وجود چنین تسلیم متزلزل، چه حق دارد که مبیع را مورد معاملات با ثالث قرار دهد؟^۳

بنابراین مشتری در ایام خیار بایع، مالک طلق (بلامانع) خانه نیست؛ پس نباید تصرفی در آن کند که مزاحم حق بایع باشد یعنی مثلاً نباید آن را بفروشد و یا وقف و یا هبه کند یا تلف نماید. اما تصرف اصلاحی، اداری و انتفاعی می‌تواند بکند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶:۳۴۶). در تصرفات حقوقی من علیه الخیار (با شخص ثالث) در ایامی که هنوز بایع حق فسخ دارد نمی‌توان تکیه بر محتوای مالکیت حاصل از عقد تملیکی کرد و مالکیت حاصل از بیع، برای مشتری تاب آن را ندارد که با تکیه بر آن، تصرفات حقوقی مزبور را نافذ و معتبر بدانیم.

«من احکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفاً یمنع من استرداد العین عند الفسخ علی ... ظاهر جماعه من الاصحاب، منهم: العلامة فی القواعد و المحقق و الشهيد الثانیان قدس الله اسرارهم فی ظاهر کلماتهم، بل فی مفتاح الکرامه: أن حق الخیار یمنع مشتری من التصرفات الناقله عند الاکثر...» (فاضل هندی، ۱۳۸۷:۳۵۳).

ج) قائلین به تفصیل (خیارات قراردادی و خیارات قانونی)

به اعتقاد این گروه اگر خیار اصلی (که با اصل شرع و قانون ثابت است) باشد به علت عدم معین بودن و ایجاد سبب آن تصرف در مدت خیار جایز است اما در مورد خیار اشتراط تصرف جایز نیست زیرا اراده‌ی ضمنی طرفین با قراردادن خیار بر عدم نقل و انتقال بوده است.

با توجه به عبارات ذیل به نظر شیخ انصاری قائل به این تفکیک است:

«الحاصل: أن العموم «الناس مسلطون علی اموالهم» لم یعلم تقييده بحق یحدث لذی الخیار یزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا یخلو عن قوه فی الخیارات الاصلیه.

و أما الخیار المجعول بشرط، فالظاهر من اشتراطه إرادة إبقاء الملك لیسترده عند الفسخ، بل الحکمه فی أصل الخیار هم ابقاء السلطنه علی استرداد العین، ألا أنها فی الخیار المجعول علّه للجعل^۵، و لا ینافی ذلك بقاء الخیار مع التلف، كما لا یخفی.^۶

مرحوم شیخ می‌فرماید: حق مطلب این است که اگر سوال کنید که آیا تصرف غیر صاحب خیار در زمان خیار در عینی که مورد خیار است جایز است یا نه؟ می‌گوییم: اقوا این است که تصرف غیر «من له الخیار» جایز است؛ منتها در خیاراتی که مجعول به اصل شارع است. زیرا فرض بر این است که مشتری بر عین سلطنت دارد و معنای سلطنت این است که می‌تواند هر نوع تصرفی را در آن انجام دهد. بنابراین در خیاراتی مانند حیوان، عیب، و خیار مجلس که به اصل حکم شرع ثابت شده است، می‌تواند تصرف بکند، اما تصرف در خیاراتی که متعاقدين برای بایع یا برای مشتری جعل کرده باشند جایز نیست، چون معنای جعل

^۳ از قدیم الایم گفته‌اند: الاغ عاریه را یک بری می‌نشینند! این به خاطر تزلزل حقوق مستعیر در آن الاغ است؛ تزلزل من علیه الخیار از همین قماش است. صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ص

۱۹۰.

^۴ مقصود جواز تصرف من علیه الخیار است.

^۵ در جعل خیارات مجعول شارع حکمت دایر مدار بقاء عین است، نه تسلط بر استرداد آن.

^۶ ترجمه و شرح مکاسب، ص ۳۶۹ و ۳۷۰.

خیار این است که می‌خواهد این عین باقی بماند و بر آن سلطنت داشته باشد. آنگاه اگر طرف بتواند آن را بفروشد سلطنت این شخص که شرط خیار کرده است از بین می‌رود. پس می‌توان بین خیار مجعول به حکم شرع و خیار مجعول توسط متعاقدين فرق گذاشت.

به عبارت دیگر در خیار قراردادی شرط ضمنی طرفین بر بقاء عین و عدم امکان انتقال آن است. بر این اساس تصرفات مشروط علیه یا من علیه الخیار در خیارات قراردادی غیرنافذ است و با فسخ معامله‌ی اصلی این انتقال باطل می‌گردد. به اعتقاد شیخ در خیارات قراردادی تصرفات من علیه الشرط، تصرف در حق متعلق به غیر می‌باشد چرا که در واقع مشروط له به طور ضمنی شرط ابقای عین را نموده است تا بتواند در صورت فسخ به عین مال خود دست یابد. به عبارت دیگر شیخ انصاری وارد تحلیل قصد متعاقدين از جعل خیارات و کشف اراده‌ی باطنی آن‌ها شده است.

شیخ در ادامه می‌گوید ممکن است بین خیاری که متوقف بر فرارسیدن زمان است و خیاری که متوقف بر چیز دیگری غیر از زمان است؛ مثل خیار تأخیر و رویتی که بر خلاف وصف است، فرق گذاشته شود، زیرا ثبوت حق در صورت اول معلوم است، اگر چه زمان هم فرا نرسد، بر خلاف صورت دوم. به هر تقدیر، خیاری که تنجز فعلی آن متوقف بر ظهور امری است مثل خیار غبن، عیب و تخلف از وصف، مانع تصرف نیست و ظاهراً هیچ اختلافی نیز در این زمینه بین فقها وجود ندارد.

«و یمكن الفرق بين الخیار المتوقف علی حضور الزمان، و المتوقف علی شیء آخر كتأخیر و الرویه علی خلاف الوصف؛ لأن ثبوت الحق فی الأوّل معلوم و إن لم یحضر زمانه، بخلاف الثانی... و علی کل حال، فالخیار المتوقف تنجزه فعلاً علی ظهور امرٍ - کالغبن و العیب، و الرویه علی خلاف الوصف - غیر مانع من التصرف بلاخلافٍ ظاهراً.»^۷

برخی از حقوقدانان نیز در مورد نقل و انتقال در حالت خیار شرط معتقدند که در خیار شرط، مشروط علیه، حق انتقال و تغییر و اتلاف مورد معامله را ندارد؛ زیرا در خیار شرط، در حقیقت مالکیت خریدار نسبت به مبیع کاملاً استقرار پیدا نکرده رابطه فروشنده با مبیع، کاملاً قطع نشده است؛ بنابراین به دلیل وجود یک نوع علاقه، بین فروشنده و مبیع، خریدار نمی‌تواند در مبیع کند که با حق بایع منافات داشته باشد، به طوری که هرگاه اراده کند عقد را فسخ کند، نتواند عین مبیع را با همان وضعیت قبل از عقد پس بگیرد؛ اما در مورد سایر خیارات وضع چنین نیست و خریدار می‌تواند با وجود خیار برای فروشنده، هر نوع تصرفی که بخواهد در مبیع انجام دهد طرفین وجود حق فسخ را برای دارنده آن اراده نکرده‌اند و حق فسخ مزبور به حکم قانون برای این شخص به وجود آمده است (شهیدی، ۱۳۸۴: ۷۶).

در تأیید این نظر می‌توان به مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی استناد جست. در این ماده آمده است:

«ماده ۴۶۰- در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی کند که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.»
 «ماده ۵۰۰- در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید به وسیله‌ی جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد والا اجاره تاحدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود.»

ملکیت مبیع در بیع خیاری به طور متزلزل به مشتری منتقل می‌شود. مشتری نمی‌تواند بیش از آنچه خود داراست به دیگری واگذار کند ولی می‌تواند با حفظ حق بایع، هرگونه تصرفی در مبیع بنماید مانند آنکه آن را به دیگری با قید شرط خیار همانگونه که برای خود او قرار داده شده انتقال بدهد و یا به اجاره با قید شرط خیار در مدت مقرر واگذار کند در صورتی که مشتری رعایت این امر را ننماید و به طور مطلق عین یا منافع را بیش از مدت انتقال دهد، عمل مزبور فضولی خواهد بود. در

^۷ ترجمه و شرح مکاسب، ص ۳۸۲.

صورتی که بایع بیع را فسخ کند صحت عمل مشتری منوط به اجازه بایع است و هرگاه آن را اجازه ندهد و رد کند عقد دوم تا آنجایی که منافات با حق خیار بایع دارد باطل خواهد بود. اما در سایر موارد، در صورتی که مورد معامله از ملکیت مشتری به وسیله عقدی از عقود لازمه از قبیل بیع خارج شده باشد مانند مورد تلف عمل می‌شود یعنی بدل آن از مثل یا قیمت آن داده می‌شود در صورتی که قبل از دادن بدل به جهتی از جهات مانند اقاله، معامله‌ی دوم فسخ شود و یا به عقد جدیدی مورد معامله به ملکیت مشتری درآید، عین مبیع به بایع رد می‌شود، اگرچه بایع رضایت ندهد، زیرا دادن بدل در صورت نبودن اصل است و انتقال به غیر حقیقت شیء را تغییر نداده است. همچنین هرگاه مورد معامله به عقد غیرلازمی مانند هبه و بیع خیاری واگذار غیر شده باشد نمی‌توان مشتری را ملزم به انحلال آن نمود بلکه مانند مورد تلف، بدل به بایع داده خواهد شد (امامی، ۱۳۷۲:۵۴۷). با عنایت به ماده ۵۰۰ قانون مدنی ماده ۴۵۴ آن قانون ناظر به مودری است که عقد بیع مطلق باشد و به وسیله یکی از اختیارات (غیر از خیار شرط) مانند خیار غبن، عیب، تدلیس، و امثال آن‌ها فسخ شود و از مورد خیار شرط منصرف است. همچنین ماده ۴۵۵ قانون مدنی که در آن برای شخص ثالث حق عینی ایجاد می‌گردد ناظر به مودری است که بیع به طور مطلق واقع شده باشد و به وسیله یکی از اختیارات (غیر از خیار شرط)، مانند غبن، عیب و امثال آن‌ها عقد منحل شود. بنابراین در بیعی که دارای خیار شرط است مشتری نمی‌تواند مبیع را نزد شخص ثالث رهن گذارد یا مورد حق ارتفاق در زمین مجاور قرار دهد زیرا هر یک از این دو امر مغایر با حق خیار بایع است (شهیدی، ۱۳۸۴:۵۶۴). علی‌ای حال طبق این دیدگاه، قانون مدنی در صدر ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ تصریح به جواز تصرف من علیه الخیار در فرض وجود اختیارات قانونی و نیز رجوع به بدل در فرض فسخ نموده است؛ ثانیاً، عدم جواز تصرف را صرفاً در بیع شرط (بیع با اختیارات قراردادی) یا به طور کلی در مواردی که صراحتاً یا ضمناً بر شرط عدم تصرف من علیه الخیار شده باشد، پذیرفته است؛ ثالثاً ماده ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی نشان می‌دهد که بیع و اجاره‌ی مبیع شرطی حتی صرف نظر از فسخ نیز به دلیل منافات با حق ذوالخیار یا منافات با حق الشرط، با اشکال مواجه است. بنابراین اساساً بحث تبعیت عقد دوم از اول و انحلال عقد دوم به تبع فسخ عقد اول، ربطی به دیدگاه قانون مدنی ندارد؛ زیرا قانون مدنی یا تصرف را صحیح می‌داند و در فرض فسخ، فاسخ را مستحق بدل می‌داند (صراحت صدر ماده ۴۵۴ قانون مدنی) که روشن است با قول به انحلال عقد دوم از ابتدا یا از حین فسخ نمی‌سازد و یا تصرف را صحیح نمی‌داند (ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی)، هرچند با فسخ عقد اول برخی عقد را از ابتدا باطل دانسته‌اند و برخی از زمان فسخ؛ ولی با اندک دقتی روشن می‌شود که این امر با فرض عدم اعتبار عقد دوم است؛ یعنی عقد دوم صرف نظر از فسخ به دلیل منافات با شرط عدم تصرف، از اعتبار برخوردار نیست؛ بنابراین در اینجا سخن از ابطال کامل یا احیای عقد نسبت به زمان پیش از فسخ است (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱:۱۲۴).

د) دیدگاه مختار (تلفیق جواز مطلق تصرفات من علیه الخیار با نظریه تفکیک)

ممکن است دیدگاه تفکیک را به قانون مدنی منتسب دانست. به این توضیح که در موارد اختیارات قراردادی همچون بیع شرط به طور ضمنی شرط بقای عین و شرط عدم انتقال عین صورت گرفته تا در صورت فسخ امکان رجوع به عین موجود باشد و این امر که مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی نیز صراحت دارد شامل قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی {که مقرر می‌دارد «... مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.»} می‌گردد چرا که جعل اختیارات قراردادی مانند خیار شرط در واقع شرط ضمنی عدم انتقال است.

اما پاسخ ما این است که درست است که ماهیت بیع شرط و احکام مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی جزء قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی قرار می‌گیرد اما ماهیت بیع شرط را در این رابطه باید جدا از سایر مواد از معاملات با اختیارات قراردادی دانست و به همین علت مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ به سایر معاملات با اختیارات قراردادی قابل تسری نیست. توضیح اینکه، در بیع شرط یا بیع به شرط ردّ ثمن معمولاً مبیع به کمتر از قیمت واقعی معامله می‌شود، غرض بایع از درج خیار شرط، امکان رجوع به عین مال خود است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱:۲۲۴)، به همین علت تصرفات مانع از استرداد عین، جایز و نافذ نیست؛ ولی در بیع خیار یا بیع همراه با شرط خیار، لزوماً چنین نیست و ممکن است مقصود از جعل خیار، فقط امکان بر هم زدن عقد باشد و عین مال موضوعیتی برای صاحب خیار نداشته باشد و این وضعیت به ویژه در موردی که مبیع از اموال مثلی است روشن‌تر می‌باشد. به عبارت دیگر مواد باب بیع شرط قابل تسری به سایر معاملات با اختیارات قراردادی نیستند.

در این رابطه باید ماهیت بیع شرط در حقوق ایران تبیین گردد:

بیع شرط (بیع الوفا، بیع الخیار، بیع بلاثمن، بیع شرطی، بیع با خیار شرط) عبارت است از بیع عین شخصی، (غالباً غیرمنقول)، به شرط آنکه اگر بایع ثمن را پس بدهد بتواند استرداد مبیع کند. در این بیع عمداً موازنه‌ی ارزش عوضین به هم می‌خورد و برخی حقوق‌دانان حتی در صدق ماهیت بیع بر آن تردید نموده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸:۱۷۰).

مقررات بیع شرط در فصل دوم از کتاب دوم قانون مدنی طی مواد ۴۵۷-۴۶۳ مقرر شده است. ولی بنا به دلایلی که ارائه می‌شود این مقررات با توجه به آثارشان، نتوانستند نیازهای جامعه را تأمین کنند و به همین دلیل بر اساس مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، آثار آن در راستای نیازهای جامعه و نیل به عدالت تغییر یافته است. برای درک علت این تغییر آثار و تاریخ بیع شرط بررسی می‌شود.

در حقوق اسلام ربا حرام و قرار داد راجع به آن باطل است (عاملی، ه. ق. ۱۴۱۰:۴۳۸). از طرف دیگر هرگاه در عقد رهن شرط شود که اگر مدیون در موعد مقرر دین خود را نپردازد، رهنه به صورت شرط نتیجه به ملکیت مرتهن در بیاید، چنین شرطی نیز باطل است (نجفی، ه. ق. ۱۲۶۲:۲۲۶). در یک قرار داد وام، مصلحت وام‌دهنده در این است که هم سود وام خود را بگیرد و هم این‌که وثیقه‌ای داشته باشد تا در عدم وصول طلب خود، بدون دردسر وثیقه‌ی مذکور به تملک او در آید. با بطلان شرط تملک رهنه در پایان مدت رهن و بطلان شرط بیع در ضمن عقد رهن، تأمین این مصلحت وام‌دهنده از طریق قرارداد وام و وثیقه غیر ممکن است. استفاده از بیع شرط به وام‌دهنده امکان استفاده از هر دو هدف را می‌دهد:

وام‌دهنده، خانه‌ی وام‌گیرنده را به عنوان بیع (ولی فی‌الواقع جهت توثیق طلب) می‌خرد، ثمن این بیع همان وامی است که می‌خواهد به وام‌گیرنده بپردازد. مطابق نظر مشهور فقهاء در بیع شرط، مالکیت بیع به محض انعقاد عقد بیع، به خریدار منتقل می‌شود و اثر خیار صرفاً تزلزل در مالکیت است، زیرا صاحب خیار می‌تواند مالکیت تحقق یافته را بر هم زند (انصاری و رحمتی، ه. ق. ۱۴۱۱:۳۶۷).

از این اثر عقد بیع، به جای تملک رهنه در عقد رهن استفاده می‌شود؛ به علاوه این‌که استفاده از بیع شرط در این خصوص این مزیت و امتیاز را نیز نسبت به عقد رهن دارد که، در بیع شرط به محض تحقق عقد بیع، مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود، در حالی که در عقد رهن با شرط تملک رهنه (بر فرض صحت شرط) رهنه پس از انقضای اجل دین و نپرداختن دین منتقل می‌شود. از طرف دیگر، نظر به انتقال مالکیت بیع به خریدار، منافع نیز به تبع آن به مالکیت خریدار در می‌آید. بنابراین وام‌دهنده که بدین ترتیب نقش خریدار را در بیع شرط دارد، مالک مبیع می‌شود و همین مبیع را به اجاره وام‌گیرنده می‌دهد. در این عقد اجاره، اجاره بها با توجه به ربح وام مذکور در بازار تعیین می‌شود. برای مثال، وام‌دهنده، خانه وام‌گیرنده را

به مبلغ ده میلیون تومان می‌خرد و آن را به وام‌گیرنده به ازای ماهی چهارصد هزار تومان اجاره می‌دهد. بنابراین مال الاجاره فی‌الواقع همان ربح و موردی است که وام‌دهنده از دادن وام خود، تعقیب می‌کند و به این وسیله از یک دسیسه مشروع، یک هدف نامشروع می‌سازد.

قانون گذار برای رفع این نواقص موجود در بیع شرط که راه سوء استفاده‌گران را هموار می‌کند، طبق ماده ۴۶۳ قانون مدنی: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود»؛ سعی بر این داشت که برای حمایت از بایع (بدهکار) که مال (مبیع) خود را در برابر عوض کم مقدار (ثمن) از دست ندهد، بیع شرط را تابع قصد بایع قرار دهد تا محاکم با توجه به قصد واقعی متعاملین قرارداد را تفسیر کنند، چرا که در عمل به اعتقاد برخی حقوقدانان این عقد باطل بود؛ چون طبق اصول حقوقی به دلیل عدم وجود توافق بین قصد و رضای متعاملین باید حکم به بطلان این معاملات داد، زیرا بایع قصد استقراض و مشتری قصد تملک داشت (امامی، ۱۳۸۶، ۵۴۵). اما اصل صحت افتضای تحقق صحیح این عقود را داشته که ماهیتی متفاوت از بیع دارد و در این جا بود که نیاز به تبیین ماهیتی بود تا با قالبی جدید معاملات واقعه با ویژگی‌ای ذکر شده را در خود جای دهد و آن ماهیت «معاملات با حق استرداد» بود و به عبارتی سکوت و اجمال ماده ۴۶۳ قانون مدنی با مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و ایجاد ماهیت معاملات با حق استرداد تبیین و برطرف گردید.

در هر حال مراتب فوق (مبنی بر اینکه سندن وام با بهره که شرعاً ممنوع بود و موجب گردید وام گیرنده مثلاً خانه‌ای را به بیع شرط به ثمن صوری (که وام بایع از مشتری بود) به مشتری صوری می‌داد و او بدون اجاره بها از خانه استفاده می‌کرد) در تاریخ فقه باعث شد، این بیع شرط که حقیقت بیع را نداشت بلکه صورت بیع را داشت - و به همین علت به آن بیع بلاثمن نیز می‌گفتند- از ماهیت بیع خارج شده و ماده‌ی ۴۶۳ قانون مدنی مقرر گردد. اینگونه بود که این دسته از بیع‌های شرط که میان بستانکاران و بدهکاران بود، با از دست دادن مقتضای خود یعنی تملیک عقد، دیگر بیع نبود و با تفاوتی اندک به رهن نزدیک شد (لنگرودی، ۱۳۸۷، ۸۹). چنان که گفته شد از آنجایی که محاکم بدون توجه به قصد واقعی طرفین بر طبق قاعده، هنگام وقوع عقد و تراضی جدید، اصل صحت و مفاد ماده ۲۲۳ قانون مدنی را جاری کرده که به نظر درست و منطبق با نظم معاملات است، پس از انقضای مهلت خیار، حکم به انتقال قطعی مبیع به مشتری می‌دادند، قانون‌گذار برای تحقق عدالت حقوقی و نظم در آراء، وارد عمل شده و طی مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک با عنوان معاملات با حق استرداد (به عنوان ماهیتی جدید) اوصاف و آثاری بر آن بار کرد که ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

اوصاف حقوقی ماهیت معاملات با حق استرداد

الف) معاملات با حق استرداد طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی عقد لازمند، و وجود شرط آن را جزء عقود جایز قرار نمی‌دهد، و به همین خاطر فوت هیچ کدام از طرفین نیز در دوام عقد تأثیری ندارد. اما عقد رهن از جانب مرتهن جایز و از جانب راهن لازم است.

ب) معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند، بنابراین دیگر اثر بیع یعنی تملیک عین را، ندارند و در واقع در ماده ۳۴ خریدار به عنوان بدهکار و فروشنده به عنوان طلبکار مطرح گردیده، ثمن، طلب؛ و مبیع، وثیقه‌ی طلب مذکور قرار داده شده است. در این ماده خریدار به عنوان طلبکار فقط حق مطالبه‌ی طلب (ثمن) خود را دارد و اگر طلب او با شرایط ماده ۳۴ وصول نشد، وثیقه، فروخته شده و طلب وی از محل فروش برداشت می‌شود. از این جهت معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند.

ج) معاملات با حق استرداد بر حسب طبیعت خود معوض و تملیکی هستند؛ بر خلاف عقد رهن که یک عقد وثیقه‌ای است، به همین خاطر علاوه بر این که منافع در معاملات با حق استرداد به طلبکار (به نوعی مرتهن) می‌رسد؛ نه مانند عقد رهن که منافع برای راهن است، قبض نیز شرط صحت عقود نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۵۹۹).

آثار معاملات با حق استرداد

الف) سلب اثر تملیکی از عقد بیع شرط و عقود مشابه

سلب اثر تملیکی (از جهت تملیک عین) از این عقود از ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک قابل استفاده است، در این ماده براساس مفاد مذکور، در مورد عقد بیع شرط و معاملات مشابه، فروشنده حق تقاضای ثبت ملک را دارد نه خریدار؛ «نسبت به املاکی که به شرط خیار یا به عنوان قطعی با شرط نذر خارج یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی نسبت به املاکی که به عنوان صلح و یا با هر عنوان دیگر با حق استرداد انتقال داده شده... حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است...». در واقع اگر قانون ثبت برای بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد اثر تملیکی می‌شناخت، حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد.

در ماده ۳۴ قانون ثبت آمده است: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی ... در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند».

بنابراین خریدار در بیع شرطی فقط طلبکار محسوب می‌شود و می‌تواند طلب خود را مطالبه کند (عسگری، ۱۳۸۵، ۲۳۱). بر این اساس مقصود از استرداد در معاملات با حق استرداد، استرداد وثیقه و آزاد کردن وثیقه است نه استرداد مالکیت. ذکر عبارات انتقال‌گیرنده و انتقال‌دهنده در ماده ۳۳ قانون ثبت نظر به ظاهر معاملات با حق استرداد دارد که صوری است. ۸.

ب) مالکیت منافع

قاعده کلی در مورد مالکیت منافع اموال، تابعیت آن‌ها از مالکیت عین است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۷). ماده ۳۲ قانون مدنی نیز همین قاعده را بیان می‌کند.

ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیز هم عین و هم منافع آن را در مدت خیار شرط، ملک خریدار می‌داند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت انتقال مالکیت عین را از بیع شرط و معاملات مشابه سلب کرده است. بنابراین اصولاً می‌بایست انتقال منافع نیز برای خریدار سلب شده باشد، ولی مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر قانون ثبت با وجود سلب مالکیت از انتقال‌گیرنده، مالکیت منافع را از وی سلب نکرده‌اند و طی درخواست اصل طلب، طلبکار می‌تواند با عنوان اجور، منافع این مدت عین را تقاضا کند (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۸، ۲۱۴).

پس از بررسی آثار بیع شرط و معامله‌ی با حق استرداد باید رابطه‌ی منطقی و اصولی بین مواد ۴۵۸-۴۶۳ قانون مدنی و مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بررسی گردد، و در همین راستا است که بحثی در مورد نسخ مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، مطرح می‌شود. در این رابطه به نظر ما دیدگاه‌ها را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

^۸ محشای قانون مدنی، ص ۲۹۶ و ۲۹۷.

الف) نسبت تساوی بیع شرط در رابطه با معاملات با حق استرداد و نسخ جزئی قانون مدنی:

در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ فقهای شورای نگهبان در جواب، سؤال شورای عالی قضایی در نظریه شماره ۴۸۹۸ چنین نظر دادند: «در شورای عالی محترم قضایی چون راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سؤال شده بود، در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت، و به شرح زیر به اکثریت آراء مغایرت آن با موازین شرعی اعلام شد: ۱. در بیع شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضاء مدت و عدم اخذ خیار انتفاء موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است و...».

با توجه به این نظریه ماده ۳۴ قانون ثبت، راجع به منع انتقال مالکیت عین به مشتری در بیع شرط و بیع‌های مشابه، نسخ شده و بیع شرط احیاء می‌شود و برای رفع مشکل موجود در بیع شرط، محاکم را ملزم به رعایت ماده ۴۶۳ قانون مدنی می‌دانند. ۹. ولی در تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۲۹ با اصلاح قانون ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک و نسخ ماده ۳۴ و مکرر، به این اختلاف در مورد این موضوع پایان داده شد و در این ماده مجلس شورای اسلامی و نیز شورای نگهبان همان آثار معاملات با حق استرداد برای معاملات شرطی را تصویب و تأیید کردند که، متن قانون بدین عبارت می‌باشد: «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده (۳۳) قانون ثبت راجع به اموال منقول و غیر منقول در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند در خواست کند...».

حال با توجه به مطالب فوق باید رابطه اصولی بین مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون مدنی و ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک بررسی گردد. در این رابطه نظریه‌ای به شماره ۷/۵۶۰۸ به تاریخ ۱۳۷۶/۹/۸ در اداره حقوقی وجود دارد که معتقد است، ماده ۴۵۸ قانون مدنی و بعد آن، در آن قسمت که مغایر مواد ۳۳، ۳۴ و مکرر قانون ثبت باشد، نسخ جزئی گردیده است. به طوری که، از لحاظ تملیکی بودن (تملیک عین)، بیع شرط نسخ شده و به صورت عقد رهنی درآمده و نیز حق درخواست ثبت مبیع در اختیار فروشنده است. ولی نمائات و منافع بر اساس بیع شرط بوده و برخلاف عقود رهنی در مالکیت مشتری قرار می‌گیرد. (نسخ جزئی قانون مدنی در مبحث بیع شرط) (محمدی و فرخی، ۱۳۹۳).

اما تقسیم دیگر در نسخ جزئی مواد باب بیع شرط قانونی از قسمت اخیر ماده ۳۴ قانون ثبت در عبارت «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده (۳۳) قانون ثبت راجع به اموال منقول و غیر منقول در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند...» قابل استنباط است. توضیح این که به نظر اسنادی که به صورت عادی در قالب بیع شرط تنظیم می‌شوند تابع احکام قانون مدنی بوده و در صورت گذشت مدت اعمال خیار توسط فروشنده و عدم اعمال خیار انتقال مال به خریدار قطعی می‌گردد. اما ایراد نظر ما در این رابطه این است که با تفاوت قائل شدن به ماهیت بیع شرط در قانون

^۱ - در مورد این نظریه بین حقوقدانان اختلاف به وجود آمده که به آن اشاره می‌شود: گروهی از حقوقدانان و قضات معتقد بودند که، راه بررسی فقهی مقررات قانونی آیین ویژه‌ای دارد و راه خود را دارد و آن در اصول ۹۱ بعد قانون اساسی آمده، بنابراین شورای نگهبان فقط می‌تواند مقرراتی را که مجلس تصویب می‌کند، تنفیذ یا رد نماید و نسبت مقررات موجود صلاحیتی ندارد و به هنگام شک اصل بر عدم ولایت شورای نگهبان است. ناصر کاتوزیان، **مقدمه‌ی علم حقوق**، چاپ سی و هشتم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ص ۱۶۹. در مقابل گروهی معتقدند که اصل ۴ قانون اساسی مطلق و عام می‌باشد و شامل تمام مقررات از جمله مقررات موجود نیز می‌شود و از آنجایی که تفسیر قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است، این شورا در مورد این موضوع در پاسخ به سؤال شورای عالی قضایی بدین شرح آورده است: مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین مقررات و قوانینی که در مراجع قضایی اجراء می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید و بر این اساس معتقد به نسخ مقررات ثبتی شده و برای رفع مشکل موجود در بیع شرط محاکم را ملزم به رعایت ماده ۴۶۳ قانون مدنی می‌دانند.

مدنی با ماهیت آن نهاد در قانون ثبت و مقررات اجرایی آن، و با توجه به برتری قانون مدنی به نفع سرمایه داران موجب سوق مردم به انجام معاملات با حق استرداد طبق اسناد عادی می‌شود و انگیزه برای تنظیم سند رسمی یا در حکم آن وجود نخواهد داشت و این نتیجه تالی فاسدهای بسیار داشته که عمده‌ترین آن‌ها نقض غرض قانون گذار است. موید این نظر ماده ۳۹ قانون ثبت سال ۱۳۱۰ می‌باشد که بر اساس آن هر قراردادی مخالف ترتیب مذکور در قانون ثبت باشد کان لم یکن خواهد بود خواه به موجب سند رسمی باشد یا غیررسمی.

در واقع قانونگذار اماره‌ای وضع کرده که به موجب آن هر معامله‌ی معوض و تملیکی که در آن حق استرداد برای انتقال دهنده درج شده باشد مشمول مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت است و این اماره (الغای اثر تملیکی ۱۰ بیع شرط) نوعی اماره قانونی و مبتنی بر ظاهر نیست تا با اثبات خلاف آن (قصد واقعی بر تملیک) دادگاه بتواند حکم به انتقال ملکیت بدهد چرا که مواد ۳۳ و ۳۴ به شیوه قاعده‌ی ماهوی انشاء شده و دیگر رابطه‌ای با ظاهر ندارد تا خلاف آن قابل اثبات باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۴۵۸). با عنایت به دیدگاه فوق راجع به نسبت تساوی معاملات با حق استرداد و بیع شرط، بین ماده ۴۶۰ و ماده ۵۰۰ قانون مدنی (که استثنایی بر جواز تصرفات من علیه الخیار است) باید فرق گذاشت. توضیح اینکه چنان که بیان شد در بیع شرط و کلیه معاملات با حق استرداد، مالکیت منافع به مشتری منتقل می‌شود و با عنایت به مالکیت او، حق تصرفات مالکانه نسبت به آن منافع نیز وجود دارد که ماده ۵۰۰ قانون مدنی به عنوان مصداقی از آن در خصوص اجاره (تملیک منافع) به غیر می‌باشد، که این انتقال نباید با منافع منتقل کننده یا همان بایع در تعارض باشد و به عبارتی منع و عدم جواز تصرفات من علیه الخیار نسبت به منافع در بیع شرط وجود دارد. اما طبق دیدگاه فوق ماده ۴۶۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.» با عنایت به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت منسوخ است و قابل استناد برای تبیین دیدگاه حقوق ایران برای اثبات عدم جواز تصرفات من علیه الخیار نسبت به اعیان نمی‌باشد. بلکه علت منع تصرف من علیه الخیار نسبت به بیع شرط در نظام حقوقی ایران، مالک نبودن متصرف یا همان مشتری (مشروط علیه) است و چون مالکیت نسبت به عین ندارد قاعده تسلیط هم در این رابطه حکم فرما نخواهد بود تا وارد بحث جواز تصرف شویم. به طبع چون مشتری مالکیتی ندارد به همین خاطر دخل و تصرف او در منافع (موضوع ماده ۵۰۰ قانون مدنی) نیز غیر نافذ خواهد بود.

ب) نسبت عموم و خصوص مطلق معاملات با حق استرداد و بیع شرط (به معنی الاعم) و تکمیل و رفع اجمال قانون مدنی توسط تبیین قانون ثبت:

اطلاق عبارت دیدگاه اول مبنی بر اینکه «از لحاظ تملیکی بودن (تملیک عین)، بیع شرط نسخ شده» به نظر صحیح نیست و باید میان اقسام بیع شرط به شرح ذیل تفکیک قائل شد. از ثمرات تفکیک میان اقسام بیع شرط امکان جمع ۱. نظریه فقهای شورای نگهبان به شماره ۴۸۹۸ در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ راجع به بیع شرط با موضوع ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت؛ و ۲. ماده ۴۶۳ با سایر مواد قانون مدنی در باب بیع شرط و تقابل آن‌ها با یکدیگر، می‌باشد.

^{۱۰} از جهت تملیک عین.

بیع شرط دو قسم دارد:

الف) بیع شرطی که در روابط بدهکار و بستانکار کارگشاست. (صدر ماده ۳۴ قانون ثبت) در این بیع شرط که مصداق معامله‌ی با حق استرداد است حق تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را به بدهکار داده‌اند. زیرا در این بیع شرط قصد بایع حقیقتاً انعقاد عقد بیع نیست و مشمول ماده ۴۶۳ قانون مدنی است. صدر ماده ۳۴ قانون ثبت، اجمالاً ماده ۴۶۳ قانون مدنی را بر طرف می‌کند و این مثال ارزنده‌ای برای بحث اصلی مجمل و مبین است. (بیع شرط به معنی الاخص این نوع را در بر نمی‌گیرد و رابطه‌ی معاملات با حق استرداد و بیع شرط خاص از نوع تباین می‌گردد).

ب) بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست. این یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی می‌باشد. (این تفکیک و تقسیم از تقابل ماده ۴۶۳ قانون مدنی، با مواد ۴۵۸ و ۴۶۲ به صراحت به دست می‌آید.) (لنگرودی، ۱۳۸۲، ۲۹۵).

از آثار دیدگاه صائب دوم می‌توان موارد ذیل را برشمرد:

- نباید هر بیع شرط را معامله با حق استرداد تلقی کنید در حالی که به نظر دیدگاه اول دچار این تلقی شده‌اند.
 - اختیار در بیع شرط واقعی، مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است.
 - نباید تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد قلمداد کرد. بدیهی است صرف وجود اختیار در یک بیع، آن بیع را مصداق «معامله‌ی با حق استرداد» نمی‌سازد و این بدیهی است.^{۱۱}
- نتیجه اینکه هر حق استرداد مبیع (به موجب شرط اختیار) بیع را مصداق معاملات با حق استرداد نمی‌کند و گرنه تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی باید معاملات با حق استرداد باشند که نیستند.

پس مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ قانون مدنی نمی‌باشند زیرا موضوع ماده ۴۵۹ بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست ولی موضوع ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار است. نکته این است که اگر در عصری از اعصار مردم از بیع شرط واقعی رویگردان باشند این به معنای نسخ ماده ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی نیست.

با توجه به دیدگاه دوم که مختار ما نیز هست، ماده ۵۰۰ قانون مدنی در عدم جواز تصرفات من علیه الخیار راجع به منافع هم در بیع شرط واقعی و هم بیع شرط صوری (معاملات با حق استرداد) جریان دارد. از سوی دیگر ماده ۴۶۰ قانون مدنی که راجع به بیع شرط واقعی است در آن جریان خواهد یافت و نسبت به معاملات با حق استرداد (بیع شرط صوری موضوع مواد ۴۶۳ قانون مدنی و مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت) به علت این که مالکیت اعیان در آن جاری نیست جریان نمی‌یابد چرا که در آن معاملات و تصرفات ناقل (وام دهنده/ وثیقه گیرنده/ منتقل الیه ظاهری و صوری) به علت عدم مالکیت و عدم حاکمیت قاعده المبیع یملك بالعقد، عین فضولی است.

خلاصه اینکه از اختیارات قراردادی فقط در بیع شرط واقعی یعنی بیع و کلاً معاملات ناقلی که در آن اختیار شرط (موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا هر دو یا شخص خارجی، اختیار فسخ معامله باشد.») وجود دارد به علت شرط ضمنی استرداد و استرجاع مبیع شامل قسمت اخیر ماده ۴۵۴ می‌گردد. اما در سایر معاملات با اختیارات قراردادی اصل بر جواز تصرف من علیه الخیار است مگر آنکه قرینه‌ای بر شرط ضمنی مذکور وجود داشته باشد.

^{۱۱} محشی قانون مدنی، ص ۲۹۶.

بر این اساس:

- در کلیه اختیارات اصلیه (مجموعی شارع یا قانون) تصرفات من علیه الخیار جایز است و شامل احکام مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی و ملاک آن‌ها از باب وحدت طریق مسئلتین می‌گردد.
 - از اختیارات قراردادی (مجموعی طرفین) فقط بیع و معاملاتی که دارای خیار شرط مندرج در ماده ۳۹۹ قانون مدنی هستند حکم عدم جواز تصرفات به علت شمول مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ و قسمت اخیر ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی در مورد آن‌ها جاری است و سایر معاملات با اختیارات قراردادی مانند به نظر این حکم را نخواهند داشت مگر در صورت وجود قرینه بر شرط ضمنی حفظ امکان استرجاع مبیع و مورد معامله. بنابراین در سایر معاملات با اختیارات جعلیه (به جعل عاقد) به نظر ما حکم بر جواز اقوی است.
 - برخی از اختیارات جعلیه (به جعل عاقدین) نه اصلیه (که به وضع شارع است) را می‌توان در ذیل نام برد که ماهیتی متفاوت از خیار شرط دارند و باید به تفاوت ماهوب آن‌ها و تبعاً تفاوت احکام آن‌ها توجه شود:
 - شرط فاسخ (= شرط انحلال یا انفساخ). خیار شرط برای فسخ است نه انفساخ. پس اگر در بیع نسبه شرط کنند که هرگاه مشتری در رأس اجل، ثمن را ندهد بیع منفسخ گردد این خیار شرط نیست. عده‌ای حساب این شرط انحلال را به حساب خیار شرط می‌نهند. ۱۲ البته به نظر این شرط را می‌توان در حالت کلی نوعی دارای شرط ضمنی مبنی بر امکان استرجاع عین مورد معامله و مشمول قسمت اخیر احکام ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی از جهت دیگر دانست.
 - خیار تخلف شرط (= خیار خُلْف، خیار اشتراط). این خیار فرع بر تخلف متعهد است از تعهد اصلی یا تبعی. پس اگر در بیع اقساطی، بر مشتری شرط شود که اگر در هر قسط، دو هفته تأخیر کند بایع حق فسخ دارد، این خیار شرط نیست و برای تفکر در مصالح بایع نیست (لنگرودی، ۱۳۸۲، ۳۱۶). توضیح اینکه خیار اشتراط به عکس خیار شرط، مانع استقرار عقد نیست. در این حالت حق فسخ مشروط له زمانی روی می‌دهد که تخلف از قیود مذکور در عقد، کشف شود به عکس خیار شرط که تخلف در آن راه ندارد (لنگرودی، ۱۳۸۸، ۳۴۴).
 - دیدگاه ذکر شده را مبنی بر جواز تصرف در برخی اختیارات قراردادی مانند خیار اشتراط را می‌توان منطبق بر فقه نیز دانست. به عبارت شیخ انصاری در این رابطه توجه کنید:
- «و یمكن الفرق بین الخیار المتوقف علی حضور الزمان، و المتوقف علی شیء آخر کتأخیر و الرویه علی خلاف الوصف؛ لأن ثبوت الحقّ فی الأوّل معلومٌ و إن لم یحضر زمانه، بخلاف الثانی... و علی کل حال، فالخیار المتوقف تنجزه فعلاً علی ظهور امرٍ - کالغبن و العیب، و الرویه علی خلاف الوصف - غیر مانع من التصرف بلاخلافٍ ظاهراً.» (فاضل هرنندی، ۱۳۸۷، ۳۸۲).
- بنابراین، آن حکم منع و عدم جواز تصرفات من علیه الخیار در بیع شرط نسبت به منافع عین، با عنایت به ماهیت تبیین شده برای بیع شرط واقعی (بیعی که دارای خیار شرط است) به نظر قابل تسری به سایر بیع‌هایی که دارای اختیارات قراردادی هستند، نمی‌باشد و در بیع‌های دارای اختیارات قراردادی نیز به نظر باید همان حکم کلی جواز تصرف نسبت به عین و منافع و تعلق بدل آن در صورت فسخ بیع اول، به بایع اول، را منطبق با دیدگاه قانونگذار ایران دانست. این دیدگاه به نظر ما با اصل لزوم قراردادهای و رعایت استحکام معاملات جهت عدم هرج و مرج در نظام معاملات، سازگار است مخصوصاً در مواردی که بخشی از ثمن، کالا بوده و مبیع و ثمن بعد از تحقق بیع اصلی با انجام معاملات بعدی، هر دو یا یکی از مبیع یا ثمن ایادی مترتبه‌ی زیادی داشته باشند (سلطانی نژاد، ۱۳۹۵، ۵۳). در هر حال اگر وجود خیار شرط در هر معامله‌ای (خیار شرط

^{۱۲} فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، ص ۲۱۴.

اختصاص به بیع ندارد) (لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۱۲). دلالت بر توافق ضمنی طرفین (به عنوان شرط ضمنی موضوع قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قانون مدنی) مبنی بر امکان تسلط و تصرف عین در صورت فسخ یا انفساخ قرارداد اصلی، نماید می‌توان با عنایت به حکم اخیر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی حکم به عدم جواز وضعی تصرفات من علیه الخیار داد که در صورت فسخ معامله‌ی اول موجب ابطال معامله‌ی دوم از همان ابتدا می‌گردد.

حقوق تطبیقی

در حقوق فرانسه معاملات با ثالث مذکور را نافذ و معتبر می‌دانند ولی با اعمال حق فسخ از طرف بایع بیع اول، آن معاملات با ثالث فرو می‌پاشد به همین رو گفته‌اند که اعمال حق فسخ (که تأثیر آن از تاریخ بیع اول است) خطر بزرگ برای ثالث دارد در حالی که او طرف خود را (مشتري بیع اول) جاهلانه مالک می‌پنداشته است در حالی که مالک نبوده است (لنگرودی، ۱۳۸۲، ۲۰۲). فقه حنبلی مانند فقه مالکی تصرفات مشتری را در مدت خیار بایع، و بالعکس مطلقاً نافذ نیست و می‌گویند: تصرفات مشتری در ایام خیار بایع، مستلزم هدم حق بایع در استرجاع مبیع است. صاحب المغنی می‌گوید:

«إن تصرف أحد المتبايعين في مده الخيار في المبيع تصرفاً ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف، أو يشغله كالاجاره والرهن ... لم يصح تصرفه ... لأن المشتري يُسقط حق البايع من الخيار والاسترجاع المبيع...» (لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۶۷).

نتیجه

کسی که در معامله‌ای طرف بر وی حق خیار دارد، تصرف او در مال مورد معامله، اعم از حقیقی یا حقوقی، تصرف من علیه الخیار نامیده شده است. سوال این است که آیا در صورت خیار بایع، مشتری می‌تواند در زمان خیار، مبیع را به ثالث بفروشد. تصرفات حقوقی غیرناقله (مانند رهن دادن) هم وارد این بحث است، لکن ما فرد بارز را که فروش است مطرح می‌کنیم. نسبت به تصرفات مذکور دو دیدگاه وجود دارد:

الف) عده‌ای با عنایت به قواعد «المبیع یملک بالعقد» و «الناس مسلطون علی اموالهم» نظر بر جواز چنین تصرفاتی دارند و طبق این نظر مشهور اگر بایع بیع را فسخ کند بیع ثانی که مشتری با ثالث کرده است منحل نمی‌شود بلکه مبیع بایع اول، همچون مال تلف شده در زمان خیار وی است. تصرفات من علیه الشرط نیز همین حکم را داراست. اکثر در فقه همین نظر را دارند و مستفاد از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی، قانونگذار نیز این نظر را برگزیده است.

ب) اما در مقابل عده‌ای دیگر معتقد به عدم جواز و عدم نفوذ چنین نقل و انتقالاتی در زمان خیار می‌باشند و در این رابطه دلایل استنادی گروه مخالف خود را مصادره بر مطلوب دانسته و برای اثبات صحت نظر خود به اقتضای طبع خیار فسخ که اعاده‌ی مالکیت است و نقل و انتقال و تصرفات سد این اعاده می‌گردد و همچنین به اقتضای اصل موازنه‌ی تسلیم در برابر تسلیم آن هم تسلیم نهایی، از اصول مهم موازنه، استدلال می‌نمایند. این گروه بیشتر نظر بر این دارند که در صورت انتقال مبیع، نیز فسخ یا انفساخ بیع اول موجب انفساخ بیع دوم از تاریخ انعقاد بیع دوم می‌گردد زیرا فسخ یا انفساخ بیع اول باید به طرفیت خریدار اول باشد و مبیع از مالکیت او خارج گردد این نظر مخالفانی نیز دارد.

البته در کنار دو دیدگاه مذکور می‌توان از دیدگاه سوم به عنوان قائلین به تفصیل نام برد. در این دیدگاه در خیارات مجعول طرفین مانند خیار شرط حق تصرف در زمان خیار وجود ندارد اما در سایر خیارات مجعول شارع و قانونگذار چنین اختیاری وجود دارد.

به نظر استدلال گروه دوم خالی از وجه نیست اما دیدگاه اول به نظر ما موجه می‌باشد و علت امر را باید در مصالح اجتماعی و نظم عمومی معاملات جست. در عرف معاملات بسیاری صورت می‌گیرد که در آن معامله اول خیار بوده، اما مشتری یا همان من علیه الخیار مبادرت به فروش ملک مذکور می‌نماید و ایادی متعددی در این ملک ذی نفع شده و نقل و انتقال صورت می‌دهند اگر در این رابطه دیدگاه دوم را برگزینیم یعنی نظر به انفساخ قراردادهای بعد از بیع یا تصرف حقوقی اول بدهیم نظم جامعه بهم ریخته و افراد بسیاری را درگیر این قضیه می‌کنیم که منجر به هرج و مرج خواهد شد و این مغایر اصل استحکام معاملات و اصل لزوم می‌باشد و موجبات افزایش دعاوی را فراهم می‌نماید. بلکه اگر در بیع اول متبایعین بر عدم امکان نقل و انتقال در زمان خیار تصریح کرده باشند، آنگاه تصرفات بعدی غیرنافذ بوده و قابلیت ابطال را خواهد داشت. پس این استدلال گروه اول که معتقدند «مشتری مالک مبیع شده است و حق خیار بایع، مانع تصرفات مشتری در ملک خود نخواهد شد» وجیه می‌نماید. این نظر منطبق با حسن نیت خریداران بعدی نیز می‌باشد. می‌توان در این رابطه دیدگاه سوی ارائه داد و در آن ضمن حفظ اصل کلی جواز تصرفات من علیه الخیار، بیع و معاملات واقعی دارای خیار شرط موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی (دارای مدت معلوم) را به علت شرط ضمنی حفظ امکان استرجاع مبیع، را از اصل کلی جدا نمود و سایر معاملات خیار، چه دارای خیار اصلیه و چه خیار جعلیه باشد را مضمول حکم کلی بدانیم مگر در صورت وجود قرینه‌ی شرط ضمنی که در این صورت مضمول قسمت اخیر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی می‌گردد.

منابع

۱. الشریف، محمد مهدی؛ جعفری خسرو آبادی، نصراله (۱۳۹۱)، "تصرفات من علیه الخیار در قانون مدنی و فقه امامیه"، حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۳۳، ش ۳۳، صص ۱۰۷-۱۳۳
۲. امامی، حسن، (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۱هـ ق)، المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، محمد جواد رحمتی و احمد حسینی، قم، منشورات دار الذخائر
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه (فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل)، تهران، گنج دانش
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق، تهران، گنج دانش
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، الفارق: دائره‌المعارف عمومی حقوق، تهران، گنج دانش
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی (المدونه)، تهران، گنج دانش
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه علم حقوق، تهران، گنج دانش
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، مجموعه محشی از قانون مدنی، تهران، گنج دانش
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، دائره‌المعارف عمومی حقوق، تهران، گنج دانش
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش
۱۴. سلطانی نژاد، هدایت اله، (۱۳۹۵)، "بررسی تطبیقی ضابطه تشخیص خسارت غیر مستقیم قراردادی"، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۸، شماره ۳، صص ۵۱-۶۵

۱۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۶، تهران، انتشارات حقوقی مجد
۱۶. فاضل هرنندی، محی الدین، (۱۳۸۷)، ترجمه و شرح مکاسب، تهران، بوستان کتاب
۱۷. قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ محسنی؛ سعید، (۱۳۹۸)، "مطالعه تطبیقی محدودیت های حقوق مالی دارندگان حقوق مجاور"، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۱، صص ۲۰۷-۲۳۵
۱۸. عسگری، حکمت اله (۱۳۸۵)، «معاملات با حق استرداد در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۹، شماره ۴۴، صص ۲۱۹-۲۷۴
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی عقود اذنی وثیقه‌ای دین، تهران، شرکت سهامی انتشار
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، دوره عقود معین معاملات معوض عقود تملیکی، تهران، شرکت سهامی انتشار
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار
۲۲. کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹)، تحریر المجله، نجف، المكتبه المرتضویه.
۲۳. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
۲۴. محمدی، امید و فرخی، فرهاد، (۱۳۹۳)، تأثیرات مقررات ثبتی بر قانون مدنی، تهران، انتشارات جنگل
۲۵. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، مصحح: عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم (بیروت: دار احیاء التراث العربی).

A new Approach to the Legal Possessions of the Person Who is Allowed to Terminate the Contract

Maedeh Chini Saz¹, Omid Mohammadi², Ghasem Shaaban³

1- Ph.D. Student in Qom Islamic Azad University, Private law Department, Qom, Iran

2- Ph.D. Student in University Of Judicial Scienses And Administrative Services , Private law Department, Tehran, Iran

3- Assistant Professor, Department Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Abstract

The person who has the right to choose in the transactions of the other party, her possession of the property in question, whether real or legal, is called my possession against the option. There are two views on these seizures. Some people, considering the rules of "the seller owns the contract" and "the people are in control of their property" consider the permission of such possessions, and according to this popular opinion, if the seller cancels the sale, the second sale made by the customer with a third party will not be dissolved. The property was lost during his cucumber. My seizures against the condition have the same ruling. On the other hand, some others believe that such transfers are not permissible at the time of the option, and in this regard, the citation reasons of the opposition group are considered expropriation, and in order to prove their point of view, the nature of the termination option is restoration and transfer. And the seizures of this dam are restored, and also the necessity of the principle of balance of surrender against the surrender of that final surrender, one of the important principles of balance, is argued. This group is of the opinion that in case of transfer of the seller, the termination or termination of the first sale will cause the termination of the second sale from the date of the second sale because the termination or termination of the first sale must be on the side of the first buyer and the seller is out of his ownership. It also has opponents. Having an issue among people in the community is the importance of the issue.

Keywords: Termination, Dissolution, I Am Against the Option, Conditional Against, the Option, Real and Legal Possessions
