

اعتبار خیار طلبکار میت در فقه امامیه و حقوق موضوعه

(نوع مقاله، علمی - پژوهشی)

عباس کریمی*

محمد نصیری^۱

چکیده

در صورتی که شخصی مال خود را در قالب عقد معوض به دیگری انتقال می‌دهد و قبل از دریافت طلب خود، انتقال‌گیرنده فوت می‌کند، مشهور فقیهان در صورت بقای عین و کفایت ترکه برای تأدیه دیون میت، برای طلبکار حق خیار تحت عنوان «خیار طلبکار میت» قائل شده‌اند. برخی از فقیهان، خیار مزبور را حمل بر موردی کرده‌اند که میت با حالت ورشکستگی فوت کرده است. بعد از ارزیابی دیدگاه فقیهان و مستندات خیار مزبور این نتیجه حاصل شد که دلیل اصلی خیار طلبکار میت از دیدگاه مشهور فقیهان صحیحه ابی‌ولاد است. با وجود این، از آنجا که این صحیحه برخلاف عموم برخی از آیات قرآن، صحیحه عمر بن یزید، اصول حقوقی و روح قانون است، نمی‌توان به آن عمل کرد و خیار مزبور را معتبر دانست.

کلیدواژه‌ها: دین، ترکه، عقد معوض، فوت.

(نویسنده مسئول) Email: Abkarimi@ut.ac.ir

*. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

Email: Mohammad.nasiri@ut.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

در حقوق ایران، قاعده اولیه این است که هر عقدی که واقع می‌شود، لازم است (اصل لزوم) و هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را به تنهایی ندارند مگر در موارد معینه (بند اخیر ماده ۱۸۵ قانون مدنی). موارد معینه در قانون، محصور به اقاله و خيارات است.

آنچه که در رویه دکترین و ذهن غالب حقوقدانان می‌گذرد، این است که خيارات در قانون مدنی حصری است. با وجود این، در فقه امامیه هرگاه شخصی در قالب یکی از عقود معوض مالی را به دیگری انتقال دهد، در صورتی که ثمن کلی باشد (وجه نقد یا هر مال کلی دیگر) و مدیون قبل از پرداخت دین به طلبکار فوت کند، مشهور فقیهان در فرضی که ترکه برای پرداخت دیون میت کافی نباشد با فرضی که ترکه برای تادیه دیون کافی باشد، رویه یکسانی اتخاذ نکرده‌اند؛ در حالت نخست، از اصل تساوی طلبکاران دفاع کرده‌اند و در حالت اخیر برای طلبکاری که طلب خود را دریافت نکرده است و مال انتقال داده شده در میان ترکه باقی است، خيار فسخ قائل شده‌اند و از آن به عنوان «خيار طلبکار میت» یاد کرده‌اند.^۱

در رابطه با مفهوم این خيار برخی از محققان نوشته‌اند که: «خيار یاد شده عبارت است از تسلط طلبکار بر فسخ عقد به سبب یافتن عین مال خود در ترکه میت» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق: ۳/ ۵۵۶). این تعریف مانع اغیار نیست؛ زیرا شامل عقود غیرمعوض نیز می‌شود، در حالی که قلمرو خيار محدود به عقود معوض است. به جای «عین مال خود» در تعریف، بهتر است، «عین مال انتقال داده شده» ذکر شود تا توهم امانی بودن مال را از بین ببرد. در مقام تعریف خيار طلبکار میت می‌توان گفت: «اختيار طلبکار بر فسخ عقد معاوضی که به موجب آن مالی را به دیگری انتقال داده است به سبب فوت مدیون و عدم دریافت طلب به شرط کفایت ترکه برای پرداخت دیون و بقای مال انتقال داده شده در ترکه».

۱. برای مثال، شهید اول بعد از ذکر خيار تفلیس، فرموده‌اند «...خيارُ التَّفْلِيسِ وَ سَيَاتِي تَفْصِيلُهُ وَ مِثْلُهُ غَرِيمِ الْمَيْتِ مَعَ وَفَاءِ التَّرَكَةِ». (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۱۲۰).

پرسشی که در این نوشتار مطرح می‌شود این است که مبنای اعتبار خیار طلبکار میت چیست؟ آیا دیدگاه مشهور فقیهان در حقوق کنونی قابل پذیرش است؟ پاسخ دادن به این پرسش‌ها مستلزم بررسی تاریخ حقوق است. به بیان دیگر، لازم است در فقه امامیه مستندات خیار طلبکار میت بررسی شود و در این راه باید اصالت قانون مدنی را در برابر فقه امامیه نیز در نظر گرفت.

آنچه ضرورت این نوشتار را نمایان می‌سازد، این است که قانون مدنی در رابطه با خیار طلبکار میت حکم صریحی ندارد و ظاهراً ساکت است. از طرف دیگر، طبق اصل «۱۶۷» قانون اساسی، فقه امامیه در موارد سکوت قانون، از منابع رسمی شناخته شده است. با فرض اینکه خیار طلبکار میت در فقه امامیه معتبر تلقی شود و در حقوق ایران قابل پذیرش باشد، باید بر آن بود که اختیارات در حقوق مدنی ایران منحصر به موارد مذکور در قانون مدنی نیست. در این نوشتار، برای پاسخ‌دادن به پرسش‌ها از مستندات خیار طلبکار میت - که شامل روایات، عدالت معاوضی، قاعده لاضرر و اجماع است - سخن به میان می‌آید.

مستندات خیار طلبکار میت

۱. روایات

۱-۱. از پیغمبر (ص) نقل شده است که ایشان فرموده‌اند: «هر کس مال خود را بیابد، نسبت به آن شایسته‌تر است»^۱.

این روایت در کتب روایی امامیه وجود ندارد. با وجود این، در فقه امامیه طرفداران سرشناسی دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۰۰/۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ۳۸۷/۱۹؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق: ۵/۲۳۸)^۲، که به عموم این روایت عمل کرده‌اند. برای مثال، به اطلاق این روایت در باب خیار تفلیس، در لزوم شرط بقای عین در ملک مفلس استناد شده است (نجفی، همان: ۳۰۰).

۱. «من وجد عین ماله فهو أحقّ بها»

۲. این روایت را برخی از این فقیهان به کتب اهل سنت ارجاع داده‌اند.

در رابطه با مضمون این روایت می‌توان گفت: هر طلبکاری که مال خود را در میان اموال مدیون (اعم از مفلس در قید حیات و میت مفلس یا غیر آن) بیابد، نسبت به آن مال در برابر سایر طلبکاران حق تقدم دارد. این حق تقدم ممکن است به این معنا باشد که ماهیت حق آن طلبکار، یک حق عینی شرعی است و می‌تواند با توقیف و فروش آن به طلب خود دست یابد (نوعی تامین یا رهن شرعی)، یا اینکه مقصود این است که طلبکار با فسخ عقد بتواند عینی را که انتقال داده است را مسترد کند و مقتضی سقوط تعهد مدیون را فراهم کند. این احتمال نیز وجود دارد که مقصود روایت این است که شارع استرداد مبیع را در مقام استیفای طلب طلبکار و به عنوان وفای به عهد اجازه داده باشد نه فسخ عقد. مشابه این احتمال را شیخ طوسی در رابطه با خیار تفلیس مطرح کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۷/۵)، که مورد ایراد واقع شده است با این استدلال که «فروشنده پس از تملیک و تسلیم مال هیچ حق عینی بر آن ندارد تا ممتاز از سایر طلبکاران شود. وانگهی، امکان دارد بهای مبیع بیش از طلب او باشد و بدین ترتیب بتواند زیادتز از حق خود بگیرد» (همان: ۳۳۷؛ همو، ۱۳۹۱: ۱/۱۵۵).

این احتمال نیز وجود دارد که روایت مذکور در مقام بیان حق عینی مالک است و امتیاز این حق را که حق تعقیب است مطرح می‌کند اعم از اینکه رابطه گیرنده مال نسبت به آن رابطه امانی بوده یا اینکه این‌گونه نباشد. عبارت «ماله» در روایت این احتمال را تقویت می‌کند؛ زیرا به مالی که انتقال داده شده است، ملک طلبکار یا بایع گفته نمی‌شود. در غیر این صورت مجاز پیش می‌آید. برای تقویت این احتمال می‌توان گفت که روایت مذکور نوعی رابطه سببیت را مطرح می‌کند بین مالک بودن و حق استرداد مال.^۱ به عبارت دیگر، داشتن حق عینی نسبت به مال از لوازم اصل تسلیط است و روایت مذکور بیانگر همین حق است. مشابه این روایت در فقه امامیه وجود دارد و برای اثبات اصل یا قاعده تسلیط توسط فقیهان و حقوقدانان مورد استناد واقع شده است

۱. واژه «فا» در روایت فای سببیت است.

(محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱/ ۲۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ۲/ ۲۲). برای اثبات این مشابهت، به ذکر دو روایتی که اشاره کرده‌اند، اکتفا می‌شود:

نخست: عمار بن موسی از امام صادق (ع) روایت می‌کند: «صاحب مال نسبت به مال خویش سزاوارتر است...» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۹/ ۲۸۲).

دوم: عثمان بن سعید از ابی‌المحامد از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «انسان تا وقتی روح در بدنش وجود دارد، نسبت به مال خویش سزاوارتر است» (همان: ۲۹۹).

در رابطه با خیار تقلیس از این جهت که در قانون پذیرفته شده است، لزومی ندارد برای اثبات آن به این روایت استناد شود. ممکن است به استناد عموم این روایت گفته شود که برای طلبکاری که مدیون او ورشکسته نشده است، خیار وجود دارد. در پاسخ به این امکان می‌توان گفت: با وجود این احتمال‌ها در مضمون روایت، دشوار است که از اصل لزوم عقد که یک امر متیقن است، دست برداشت و ادعا کرد که به استناد این روایت طلبکار حق فسخ دارد و این حق فسخ، خیار خاصی است که در برابر سایر خيارات استقلال دارد.

از اینها گذشته، با توجه به اینکه این روایت در کتب معروف امامیه وجود ندارد، در نتیجه سخن گفتن از جبران ضعف آن از طریق عمل فقیهان درست به نظر نمی‌رسد. مشابه این امر را شیخ انصاری در روایت به استقبال رفتن کاروانان (تلقی رکبان) مطرح کرده است. توضیح آنکه برخی از فقیهان برای اثبات خیار غبن به این روایت استناد کرده‌اند. شیخ انصاری استدلال می‌کند که از آنجا که این روایت در کتب معروف امامیه وجود ندارد، در نتیجه قابل استناد نیست و ادعای اینکه فقیهان به آن عمل کرده‌اند برای جبران ضعف آن کافی نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵/ ۴۶۰). بنابراین، نظری که قائل به جبران ضعف روایت مزبور - به عنوان مستند خیار طلبکار میت - در نتیجه عمل فقیهان می‌باشد (محمودزاده و باقری اصل، ۱۳۹۳: ۶۸)، قابل ایراد است.

۱-۲. جمیل ابن دراج به نقل از جماعتی از گروه امامیه نقل می‌کند که: «ابا عبدالله (ع) در مورد شخصی که کالایی را به دیگری فروخته و مشتری مبیع را قبض کرده است در حالی که

ثمن آن را نداده و سپس فوت کرده و مبیع موجود است، فرموده‌اند که: اگر عین کالا (مبیع) موجود است به صاحب آن برگردانده می‌شود و طلبکاران در آن سهمی ندارند» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۴۱۴؛ صدوق، ۱۴۱۳ق: ۴/۲۲۵).

همچنین «از ایشان در مورد مردی سؤال کردم که دین سوار او شده است (یعنی مدیون است) و متاع شخص دیگری در اموال او موجود است، فرمودند که طلبکاران در آن متاع سهمی نمی‌برند» (عاملی، همان: ۱۸/۴۱۵).

ظاهر این دو روایت دلالت بر این دارد که به مجرد فوت مدیون، عین به بایع بر می‌گردد و شبیه انفساخ است؛ زیرا سخنی از اختیار طلبکار در استرداد و عدم استرداد عین به میان نیامده است. همچنین این دو روایت از جهت برابری یا نقصان یا زیادت ترکه نسبت به دیون میت اطلاق دارند. اگر این موارد در حکم مندرج در روایت، دخالتی داشت، لازم بود امام (ع) به عنوان لازمه‌ی پاسخ، این موارد را می‌پرسید. برای مثال، امام (ع) می‌توانستند سؤال کنند که آیا ترکه برای پرداخت دیون کافی است یا خیر؟ در نتیجه، اطلاق روایت شامل اشخاص مفلس و غیرمفلس می‌شود. با وجود این، برخلاف نظر برخی از محققان (محمودزاده و باقری اصل، پیشین: ۶۹)، به این دو روایت نمی‌توان اعتماد کرد؛ زیرا برخی معتقدند که سند این روایت مرسل است و حجیت ندارد (حائری، بی‌تا: ۵۷).

۳-۱. ابی ولاد می‌گوید: «از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که به دیگری کالایی را نسبه فروخته است و اجل آن یک سال است. قبل از حال شدن اجل، خریدار فوت کرده است در حالی که فروشنده کالایی که فروخته است را در میان ترکه متوفی یافته است. آیا بایع آن کالا را در صورتی که معلوم شود برای اوست می‌تواند بردارد؟

امام فرمود: اگر آن متوفی دینی دارد و معادل آن دین، مالی از خود به جا گذاشته است، اگر معلوم شد آن عین، مال اوست، بردارد؛ چون این برای او حلال است. اگر به اندازه دیونش مال نداشته باشد، نمی‌تواند آن کالا را بردارد. در این صورت صاحب آن کالا مانند یکی از طلبکاران

خواهد بود که به نسبت طلب خود از اموال حصه می‌برد و هیچ سلطه‌ای به آن مالی که فروخته ندارد» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۴۱۵).

این روایت برخلاف دو روایت قبلی، نسبت به میزان دین و ترکه قائل به تفکیک شده است؛ به این معنا که در صورتی برای طلبکار حق استرداد قائل شده است که حداقل ترکه معادل دین باشد. مشهور فقیهان به استناد این روایت برای طلبکار حق اختصاص یا خیار در صورت کفایت ترکه قائل شده‌اند (حلی، ۱۴۱۳ق: ۲/۱۵۳؛ نجفی، پیشین: ۳/۱۶۸؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق: ۲/۱۷۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق: ۲/۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۴/۹۹).

به نظر می‌رسد برای احراز اینکه ترکه برای تأدیه دیون کفایت می‌کند یا خیر، طلب صاحب عین در مجموع دیون و آن عین نیز در مجموع ترکه محاسبه نمی‌شود. در صورتی که ترکه برای پرداخت دیون کفایت نکند، چون ترکه و از جمله آن عین موجود متعلق حق طلبکاران واقع شده است، دفع ضرر از آنها و منع تبعیض ایجاب می‌کند که بایع نتواند آن عین را بر دارد و این حکم مطابق اصل تساوی طلبکاران است. هرچند این نظر برخلاف ظاهر روایت است.

در این روایت ذکر شده است که اگر معلوم شود آن عین برای طلبکار (بایع) بوده او حق استرداد دارد. لزوم اثبات اینکه آن عین، مبیع بوده و قبلاً برای طلبکار بوده، این است که اظهار طلبکار برخلاف اماره ید و اصل عدم انتقال است و به همین علت ادعا شمرده می‌شود و باید به عنوان یک امر موضوعی اثبات شود (مواد «۱۲۵۷» قانون مدنی و «۱۹۷» قانون آیین دادرسی مدنی).

از آنجا که برداشتن عین توسط بایع در روایت ظاهراً دال بر اختیار او دارد، در نتیجه با فوت متوفی معامله همچنان معتبر بوده و شبهه انفساخ در آن مطرح نمی‌شود (برخلاف دو روایت قبلی). استرداد عین در جایی برای طلبکار نافع است که آن عین به واسطه افزایش قیمت از ثمن معامله بیشتر باشد. به هر حال اگر طلبکار از این اختیار استفاده نکند، برای دریافت طلب خود نسبت به سایر طلبکاران حق تقدمی ندارد و مانند آنها به نسبت طلب خود سهم می‌برد.

آنچه که به صراحت در روایت ذکر نشده این است که اگر ترکه از دیون بیشتر باشد (حتی اگر طلب صاحب عین را در مجموع دیون محاسبه کنیم)، آیا طلبکار می‌تواند آن عین را استرداد کند؟

با توجه به اینکه استرداد عین برخلاف قاعده است و همچنین مبنای خیارات بر مبنای غلبه جبران ضرر ناروا است، در نتیجه در صورتی که زیادت ترکه از دیون به اندازه‌ای باشد که طلب صاحب عین را نیز پوشش دهد، خیار مورد ادعا، مبنای خود را از دست می‌دهد. نظر برخی از فقیهان امامیه نیز موید این امر است؛ برای مثال، علامه حلی (ره) در توجیه خیار طلبکار میت می‌فرماید «از آنجا که طلبکار عوض قراردادی را دریافت نکرده است، برای دفع ضرر می‌تواند به معوض رجوع کند» (حلی، ۱۴۱۳ق: ۵/ ۴۴۳). از عبارت علامه برمی‌آید که ملاک دفع ضرر است، در نتیجه در صورتی که ترکه برای کلیه دیون از جمله طلب طلبکاری که عین را انتقال داده، کافی باشد، او حق رجوع به عین را ندارد.

برخلاف صراحت این روایت در رابطه با تفکیک بین کفایت ترکه برای تادیه دیون و عدم کفایت آن، ابن جنید اسکافی معتقدند که مال انتقال داده شده، به طلبکار اختصاص دارد اعم از اینکه ترکه برای پرداخت دیون کافی باشد یا نباشد. دلیل ایشان، قیاس میت به مفلس و یک روایت است بدین مضمون که ابا عبدالله «ع» به‌طور مطلق در مقام پاسخ به سؤال اینکه شخصی مالی را دیگری فروخته است و مشتری مبیع را قبض کرده است ولی قبل از تادیه ثمن، مشتری فوت کرده است و مبیع در ترکه باقی است، فرموده‌اند: اگر مال در ترکه باقی باشد، به بایع داده می‌شود و سایر طلبکاران سهمی بر آن ندارند.^۱ ابن جنید اسکافی با تکیه بر این روایت که از جهت کفایت یا عدم کفایت ترکه اطلاق دارد، به طلبکار «بایع» به‌طور مطلق حق اختصاص داده است.

نظر ابن جنید مورد ایراد واقع شده است؛ با این استدلال که در فقه امامیه قیاس اعتباری ندارد. همچنین ما قبول داریم روایتی که ابن جنید به آن استناد کرده است از جهت کفایت یا عدم

۱. «عن أبي عبد الله في رجل باع متاعاً من رجل، فقبض المشتري المتاع، و لم يدفع الثمن، ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه؟ فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع، و قال: ليس للغرماء أن يخاصوه». (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/ ۴۱۴) و نیز ... روایت عمر بن یزید که مطلق است: «...سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَرْكُوبُهُ الدَّيْنُ - فَيُوجَدُ مَتَاعُ رَجُلٍ عِنْدَهُ بِعَيْنِهِ - قَالَ لَأُحَاصِئُهُ الْغُرْمَاءُ». (همان: ۴۱۵).

کفایت ترکه برای تادیه دین اطلاق دارد. با وجود این، روایات دیگری نیز وجود دارند که حکم حق استرداد را ناظر به موردی دانسته‌اند که ترکه میت برای تادیه دیون او کافی باشد. روایات اخیر با روایت مورد استناد ابن جنید دارای تعارض ظاهری است. برای رفع این تعارض ظاهری، روایت مطلق (روایت مورد استناد ابن جنید) بر روایات اخیر حمل می‌شود و نتیجه جمع این روایات این می‌شود که حق استرداد ناظر به موردی است که ترکه میت برای تادیه دیون او کافی باشد (جمعی از مولفان، پیشین، ۱۳۹-۱۴۰). همچنین از آنجا که صحیح‌ه ابی ولاد نص بوده، در نتیجه این نظر، اجتهادی در برابر نص بوده و از این جهت فاقد اعتبار است (همان: ص ۱۴۰). از اینها گذشته، سند روایاتی که مطلق هستند قابل ایراد است که شرح آن گذشت.

۴-۱. ابو بصیر از ابا عبدالله (ع) نقل می‌کند که از ایشان در مورد مردی سؤال شده که نزد ایشان مال مضاربه و ودیعه و اموال ایتم و برخی سرمایه‌ها بود. ایشان از جهت پیش فروش به گروهی مدیون بود، فوت کرد و حدود هزار درهم یا بیشتر از خود به جای گذاشت ولی آنچه که بر عهده او برای مردم بود بیشتر از این ترکه بود. امام فرمود این اموال برای کسانی که ذکر کردی به نسبت طلب تقسیم می‌شود (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۴۱۵ و ۴۱۶). در این روایت ترکه میت که حدود هزار درهم یا بیشتر بوده بین طلبکاران میت به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود و این امر مطابق قاعده است و نمی‌توان برای اثبات خیار طلبکار میت به این روایت استناد کرد. با وجود این، برخی از محققان به تبع پاره‌ای از فقیهان با وجود عدم صراحت روایت مزبور برای اثبات خیار طلبکار میت، به این روایت استناد کرده‌اند (محمودزاده و باقری اصل، پیشین: ۶۹).

۲. عدالت معاوضی

نویسندگان حقوق مدنی و رویه قضایی از عدالت معاوضی سخن به میان آورده‌اند و برخی نیز از آن به عنوان یک نظریه نام برده‌اند و در رابطه با معنای آن نوشته‌اند که: «نظریه عدالت معاوضی به معنای ضرورت موازنه حقوق طرفین در عقد معاوضی یا هر عقد دیگری که ضرورت این موازنه حقوق طرفین در آن وجود دارد، می‌باشد و ضمانت اجرای خلل در ارکان این موازنه، جبران نقیصه حق یکی از طرفین پیمان به وسیله سایر اصول حقوقی و موازین معتبر فقهی است. ضرورت موازنه حقوق طرفین در عقود معاوضی «عدالت معاوضی» یا «عدالت قراردادی» یا قاعده

«موازنه» نام دارد» (خاکباز، ۱۳۹۳: ۲۸۵). در برخی از آرای قضایی نیز از «عدالت معاوضی» نام برده شده است.^۱

موازنه را در یک تقسیم‌بندی می‌توان به موازنه در ارزش، موازنه در تملیک و موازنه در تسلیم تقسیم کرد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۱ و ۲۰). آنچه که در رابطه با خیار طلبکار میت می‌توان مطرح کرد، توازن در تسلیم است. از این جهت ممکن است بتوان این‌خیار را نوعی خیار تعذر تسلیم دانست؛ زیرا فرض بر این است که به‌علت ناتوانی مالی مدیون (متوفی)، طلبکار نمی‌تواند طلب خود را استیفا کند. به عبارت دیگر عوض و معوض در دارایی متعهد وجود دارد و آنها را جمع کرده است.

در رابطه با خیار تعذر تسلیم یکی از حقوقدانان معتقد است که: «از خیار تعذر تسلیم در قانون مدنی نام برده نشده است، ولی باید آنرا لازمه عدالت معاوضی شمرد: طرفی که خود ناتوان از وفای به عهد است نمی‌تواند از طرف مقابل اجرای پیمان را بخواهد، زیرا در عقد معاوضی یکی از دو طرف حق ندارد عوض را بگیرد و در برابر معوض را ندهد و آن دو را نزد خود جمع کند. در قانون مدنی نیز مواد گوناگون و پراکنده‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد ناتوانی تسلیم، نه تنها یکی از موانع ایجاد التزام است، اگر پس از عقد نیز عارض شود، التزام به عقد را از بین می‌برد و ایجاد خیار فسخ می‌کند: از جمله مفاد بخش نخست ماده ۳۸۰، ۴۷۶، ۴۸۸ و ۵۳۴ قانون مدنی» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵ / ۳۳۸). این نظر مورد تأیید برخی از بزرگان نیز هست (صفایی، ۱۳۹۴: ۳۱۷). لنگرودی نیز یکی از پیامدهای موازنه در تسلیم را ایجاد خیار تعذر تسلیم می‌داند (جعفری لنگرودی، پیشین، ۱۴۰).

در صورتی که مدیون تاجر بوده و بعد از فوت او دادگاه احراز کند که قبل از فوت، تاجر ورشکسته بوده و از این جهت حکم ورشکستگی او را صادر کند، طلبکار دارای خیار تفلیس است (ماده ۳۸۰ قانون مدنی). مبنای این خیار نیز رعایت عدالت معاوضی است. در این زمینه یکی از نویسندگان می‌نویسد: «وقتی خریدار ورشکسته شود دستیابی به ثمن کلی برای بایع، مستلزم تحمل سختی و به انتظار ایستادن طولانی در صف طلبکاران تاجر ورشکسته است و تحمل این

۱. پرونده شماره ۸۹۸۲۶۱۰۸۰۰۴۹۸-۸۹-۱۳۹۲ شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی کرج (خاکباز، پیشین، ۱۴۵).

عسر و حرج برای بایع با مقصود او از انعقاد عقد معاوضی که کسب سود است و مبنای عدالت معاوضی سازگار نیست و باید وسیله‌ای برای برگشتن این عدالت وجود داشته باشد تا موازنه حقوق متعاملین برقرار شود. این وسیله فسخ عقد به استناد خیار تفلیس و استرداد عوضی است که هنوز تسلیم نکرده است» (خاکباز، پیشین: ۸۰ و ۷۹).

در فقه امامیه یک نظر بر این است که حق استرداد ناظر به موردی است که میت قبل از فوت ورشکسته شده است؛ یعنی میت با حالت افلاس فوت کرده است در غیر این صورت، طلبکار (انتقال‌دهنده عین)، حق اختصاص یا استرداد ندارد اعم از اینکه ترکه برای تأدیه دیون کافی باشد یا نباشد (عاملی کرکی، پیشین: ۲۹۸). برای تأیید این دیدگاه می‌توان گفت شیخ حر عاملی نیز در کتاب *وسائل‌السعیه* روایات فوق را ذیل باب طلبکار ورشکسته مطرح کرده است (همان: ۴۱۴).

از این گذشته، نویسندگان قانون مدنی از شهرت دیدگاه خیار طلبکار میت در فقه امامیه اطلاع داشتند و از سوی دیگر در مقام احصای خیارات در قانون مدنی بودند و نامی از خیار طلبکار میت به میان نیاوردند. ممکن است گفته شود که نویسندگان قانون مدنی با فقیهانی همداستان شده‌اند که خیار مزبور را حمل بر موردی کرده‌اند که مدیون با حالت افلاس فوت کرده است.

این نظر مورد ایراد واقع شده است: «صاحب *مسالك* در این باره معتقد است که اطلاق روایت این گفته را رد می‌کند. همچنین صاحب *جوهر* به قول محقق ثانی ایراد وارد کرده و معتقد است: بهتر از این قول این است که بگوییم اگر میت محجور بوده، در اختصاص عین به طلبکار لزومی به شرط کفایت ترکه نیست؛ زیرا در این صورت مدیون قبل از فوت مفلس بوده و این امر موجب خیار برای طلبکار است و با فوت مدیون این خیار استصحاب می‌شود (نجفی، پیشین، ۲۵، ۲۹۷). ایراد اخیر صحیح به نظر می‌رسد. این احتمال نیز می‌تواند مطرح شود که ادله ثبوت خیار طلبکار میت حاکم بر ادله خیار تفلیس است و دایره شمول خیار تفلیس را از باب تعبد توسعه داده است. به عبارت دیگر، مدیونی که فوت کرده و دارایی او برای تأدیه دیون او غیر از طلب صاحب عین کفایت می‌کند، از باب تعبد در حکم ورشکسته است و برای صاحب عین خیار تفلیس به وجود

می‌آید. برای تأیید این احتمال می‌توان به ظاهر عبارت شهید اول استناد کرد که خیار طلبکار میت را مانند خیار تفلیس دانسته است.^۱

در حقوق کنونی به نظر می‌رسد در صورتی که متوفی تاجر باشد و فوت کند، حق استرداد عینی که انتقال داده شده است به حکم ماده «۲۷۴» قانون امور حسبی تابع مواد «۵۲۸» تا «۵۳۵» قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ است و از این جهت مشکلی پیش نمی‌آید و نیازی به صدور حکم ورشکستگی نیز نیست؛ زیرا مقررات اخیر مربوط به حق استرداد بوده و حقوقدانان این مواد را ذیل اقدامات مربوط به تصفیه بحث کرده‌اند (اسکینی، ۱۳۹۰: ۲۰۵-۱۹۴). و از سوی دیگر طبق ماده «۲۷۴» قانون امور حسبی «تصفیه ترکه متوفی، در صورتی که متوفی بازرگان باشد تابع مقررات تصفیه امور بازرگان متوقف است».

در صورتی که مدیون تاجر نباشد به استناد اصل موازنه تسلیم به تسلیم، هر گاه مشتری مبیع را بگیرد و قبل از تأدیه ثمن فوت کند، بدون آنکه ورشکسته باشد و ورثه در این صورت ثمن را به بایع ندهند، بایع حق رجوع به مبیع را دارد (جعفری لنگرودی، پیشین: ۲۵۴ و ۲۵۵). به نظر می‌رسد با این مبنا (عدالت معاوضی) می‌توان روایات را نیز توجیه کرد و در صورتی که ماهیت حق رجوع در این فرض، نوعی خیار باشد، به نظر می‌رسد می‌توان آن را با خیار تعذر تسلیم یکسان دانست.

عبارت علامه‌حلی آن چنان که شرح آن گذشت، این بود که از آنجا که طلبکار عوض قراردادی را دریافت نکرده است، این خود نوعی ضرر است، در نتیجه برای دفع این ضرر باید به طلبکار حق رجوع به عین را داد. این عبارت و همچنین تفصیل صحیحه/ابی ولاد نشان می‌دهد که مبنای خیار، تعذر تسلیم ثمن به طلبکار است. با وجود این، نظر علامه تا حدی با این مبنا سازگار است ولی اگر مبنای خیار طلبکار میت، خیار تعذر تسلیم به خاطر اجرای عدالت معاوضی باشد، نیازی نبود در صحیحه/ابی ولاد، بین فرضی که ترکه برای پرداخت دیون کافی باشد و

۱. «خِيارُ التَّفْلِيسِ ... وَ مِثْلُهُ غَرِيمِ الْمَيِّتِ مَعَ وَقَاءِ التَّرَكَّةِ». (شهید اول، ۱۴۲۰ق: ۱۲۰). هر چند که در شمارش خیارات از دیدگاه ایشان، خیار طلبکار میت به عنوان قسم چهاردهم ذکر شده است؛ زیرا ایشان در ابتدای مبحث خیارات، آن را چهاردهم دانستند که بدون در نظر گرفتن خیار طلبکار میت، سیزدهم مورد می‌شود. در نتیجه از دیدگاه ایشان خیار طلبکار میت مستقل است.

فرضی که ترکه کافی نباشد، تفکیک شود؛ زیرا در هر دو فرض تعذر تسلیم وجود دارد. در روایت مذکور، در فرض عدم کفایت ترکه، حق رجوع را نیز سلب کرده است و با این حکم استناد به خيار تعذر تسلیم را نیز سلب یا با ابهام مواجه کرده است. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: با فوت مدیون از آنجا که عین انتقال داده شده متعلق حق طلبکاران قرار می‌گیرد، برای دفع ضرر از آنها خيار تعذر تسلیم محدود می‌شود و به موردی اختصاص پیدا می‌کند که ترکه برای پرداخت طلب سایر طلبکاران کافی باشد. این احتمال از این جهت که با ظاهر روایات سازگار است و خيار طلبکار میت را از استقلال خارج می‌کند و با لزوم استحکام معاملات سازگار است، می‌تواند پذیرفته شود. هرچند از جهت سقوط خيار تعذر تسلیم به واسطه اصل تساوی طلبکاران خالی از ایراد نیست. در مقام جمع دلیل عدالت معاوضی (اصل موازنه تسلیم به تسلیم) با صحیحه / بی‌ولاد - که پشتوانه دیدگاه مشهور است - و صحیحه عمر بن یزید می‌توان گفت:

از صحیحه / بی‌ولاد نتایج زیر حاصل می‌شود:

۱. اگر مشتری (متوفی) مفلس نباشد؛ یعنی فرضی که ترکه برای تأدیه دیون کافی باشد، طلبکار می‌تواند عین مالی را که انتقال داده است و همچنان در ترکه مدیون باقی و قابل تعیین است را بردارد. این امر ملازمه با حق فسخ منشاء دین دارد.

۲. اگر مشتری (متوفی) مفلس باشد (فرض عدم کفایت ترکه برای تأدیه دین)، بایع حق فسخ ندارد. به بیان دیگر، خيار تفلیس محدود به حیات مفلس می‌شود. در واقع ماده ۳۸۰ قانون مدنی با تخصیص مواجه می‌شود (اصل ۴ قانون اساسی). در نتیجه برای اثبات خيار تفلیس نمی‌توان به این روایت استناد کرد؛ زیرا دلالت بر خيار تفلیس ندارد، بلکه در نفی آن دلالت دارد. این نتیجه، دیدگاه غیرمشهور است (همان: ۲۵۴).

صحت هر یک از نتایج مزبور منوط به این است که بتوان از منظر اصول فقهی و حقوقی به روایت مزبور عمل کرد. همان طور که گفته شد مشهور فقیهان به این روایت عمل کرده‌اند. با وجود این، عمل به روایت مزبور بنا به دلایل زیر قابل ایراد است:

برخی از حقوقدانان معتقدند که در فرض عدم کفایت ترکه و به تبع آن عدم ثبوت خيار فسخ، باعث اجتماع عوض و معوض تا آن قدر که خارج از سهم گرمایی در دارایی مشتری مفلس میت

می‌شود. این امر برخلاف اصول حقوقی مانند اصل موازنه تسلیم به تسلیم است. به بیان دیگر، مخالفت صحیحه *ابی‌ولاد* با آیه «تجاره عن تراض» است؛ زیرا تراضی در بیع و مانند آن مبتنی بر اصول سه‌گانه موازنه است. لازمه‌ی موازنه آن است که هرگاه مشتری قدرت تأدیه ثمن را از دست بدهد، مبیع به بایع برگردد.^۱ همچنین مفاد صحیحه برخلاف عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» است پس حدیث مزبور مخالف یکی از منابع فقه یعنی قرآن است به‌ویژه آنکه مشابه این صحیحه موافق روایت ابن شهاب زهری در فقه عامه هم هست (همان: ۲۴۷).

صحیحه عمر بن یزید با صحیحه *ابی‌ولاد* در تعارض است. در صحیحه نخست تفصیلی بین کفایت یا عدم کفایت ترکه برای پرداخت دیون دیده نمی‌شود و از این جهت عام است. راهکار حل تعارض این دو صحیحه این است که به اصول اولیه مانند اصل موازنه تسلیم به تسلیم عمل شود (همان: ۲۵۴). به بیان دیگر، به صحیحه‌ای عمل شود که موافق قواعد است. بر این بنیاد، در این قضیه به صحیحه *ابی‌ولاد* نباید استناد شود؛ زیرا عمل به این صحیحه همچنان که ذکر شد، برخلاف اصول حقوقی است. برای مثال، در صورت عدم کفایت ترکه برای تأدیه دیون، خیار تفلیس و خیار تعذر تسلیم در زمان فوت مفلس را نفی می‌کند در حالی که نفی آن توجیهی ندارد^۲ و عموم صحیحه عمر بن یزید این دو خیار را توجیه می‌کند. هرچند مبنای این روایت هم اصل موازنه تسلیم به تسلیم است.

عمل نکردن به یک روایت به استناد اینکه برخلاف قواعد است نباید موجب شگفتی شود. برخی از بزرگان مانند شیخ اعظم انصاری نیز بر این مبنا برخی روایات را کنار زده‌اند.^۳ شیخ در

۱. طبق نظر همین نویسنده، خیاری تحت عنوان تفلیس وجود ندارد و ضمانت اجرای سلب قدرت تأدیه، انفساخ عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۵۷).

۲. برخی از شارحان قانون مدنی نیز در مقام احصای شرایط ثبوت خیار تفلیس به شرط حیات مفلس اشاره نکردند (لمعی، ۱۳۹۰: ۱/۱۱-۶۰۸-۶۰۹)، در حالی که از مفاد صحیحه *ابی‌ولاد* -که از آن برمی‌آید که خیار تفلیس در حالت فوت مفلس وجود ندارد و شرط ثبوت آن حیات مفلس است- مطلع بودند.

۳. برای مثال، بخشی از روایت عمر بن حنظله که در مورد جبران نقص مبیع (زمین) به وسیله زمینهای کناری که مورد بیع واقع نشده‌اند است مورد عمل واقع نشده است از این جهت که خلاف قاعده و غیرقابل توجیه است: (انصاری، پیشین: ۸۵/۱۶).

کتاب شریف مکاسب نیز اشاره‌ای به خیار طلبکار میت نکرده‌اند.

از اینها گذشته، اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز دارای اشکالهای عملی است^۱: برای مثال، مفهوم «منابع معتبر اسلامی» روشن نیست که آیا مقصود، منابع فقه (کتاب، سنت، عقل و اجماع) است یا کتب اجتهادی فقیهان و یا هر دو؟ در منابع و فتاوا نیز بحث‌های نظری و اختلاف در استنباط چندان فراوان است که ممکن است نظم حقوقی را بر هم زند و موجب بی‌نظمی و پراکندگی در رویه قضایی گردد؛ شعبه اول دادگاهی به استناد نظر مشهور فقیهان خیار فسخ طلبکار میت - در صورت کفایت ترکه میت برای تأدیه دیون - را تأیید می‌کند و شعبه دوم همان دادگاه به استناد دیدگاه غیرمشهور، خیار فسخ را در صورت داشتن شرایط خیار تفلیس می‌پذیرد. هیچ مرجعی نیز وجود ندارد که بین این دو حکم متعارض داوری کند و قانون حاکم بر دعوا را در آینده روشن سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۱۳/۲). بدین ترتیب آیا می‌توان گفت در قضیه مزبور طلبکار هر میتی در برابر قانون وضع مساوی دارند؟ حق هر طلبکاری تابع بخت او و گزینش فتوا توسط قاضی است. با وجود این، به نظر می‌رسد که ایراد اینکه هیچ مرجعی وجود ندارد که بین دو حکم متعارض داوری کند قابل پذیرش نیست؛ زیرا دیوان عالی کشور می‌تواند به عنوان یک مرجع در این زمینه نقش مهمی ایفا کند. در رابطه با طرق ایفای این نقش، لازم است که اشاره‌ای به وظایف دیوان عالی کشور شود:

دیوان عالی کشور در تأمین اقتدار قانون، طبق اصل ۱۶۱ قانون اساسی، از دو طریق ایفای وظیفه می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۸۲/۲): نخست، نظارت بر حسن اجرای قوانین در محاکم و دوم، تأمین وحدت رویه قضایی. در رابطه با وظیفه نخست، دیوان عالی کشور از طریق انطباق رأی فرجام‌خواسته با موازین شرعی و مقررات قانونی اقدام می‌کند (مواد ۳۶۶-۴۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی). آرای قابل فرجام‌خواهی در مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی ذکر شده است. بر این بنیاد، دعوای فسخ توسط طلبکار میت به استناد خیار طلبکار میت، یک دعوای مالی است و

۱. برای دیدن این اشکال‌ها رک: کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۱۷/۲-۴۱۲. در این نوشتار به برخی از اشکال‌های مذکور در این منبع وزین اشاره کردیم.

در صورتی که ارزش خواسته بیش از ۲ میلیون تومان باشد و دادگاه بدوی رأی صادر کرده باشد و بدون اینکه از این رأی تجدیدنظر شود، رأی قطعی شود، قابل فرجام است (بند ۱ ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی) اگر از این رأی فرجام‌خواهی شود، بعد از نقض رأی مورد فرجام‌خواسته توسط دیوان عالی کشور و ارجاع پرونده به دادگاه پایین (بند ج ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی)، اگر دادگاه مرجوع‌الیه، مانند دادگاه اولی رأی بدهد (رأی اصراری)، و از این رأی فرجام‌خواهی شود، شعبه دیوان عالی کشور در صورت پذیرش استدلال رأی دادگاه اخیر، آن را ابرام می‌کند، در غیر این صورت پرونده در هیأت عمومی شعب حقوقی مطرح و چنانچه نظر شعبه دیوان عالی کشور مورد ابرام قرار گرفت حکم صادر شده نقض می‌شود و پرونده به شعبه دیگری ارجاع خواهد شد. دادگاه مرجوع‌الیه باید طبق استدلال هیأت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی صادر نماید (ماده ۴۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی). بند اخیر این ماده، برخلاف قاعده است و باید تفسیر مضیق شود. بدینسان، هرچند محاکم دیگر، از لحاظ نظری مکلف نیستند که طبق استدلال هیأت عمومی شعب حقوقی رأی صادر کنند. با وجود این، در عمل، از آنجا که دیوان عالی کشور بالاترین مرجع قضایی است، این امر خود عاملی است که سبب می‌شود محاکم از آرای دیوان عالی کشور تبعیت کنند و دیوان عالی کشور از این عامل سلسله مراتب در ایجاد رویه قضایی استفاده می‌کند. به بیان دیگر، هرچند دیوان عالی کشور دادگاه به شمار نمی‌رود ولی از آنجا که از لحاظ سلسله مراتب نسبت به محاکم بدوی و تجدیدنظر یک مرجع عالی است، در عمل، محاکم اخیر از آرای دیوان عالی کشور به‌ویژه آرای اصراری، تبعیت می‌کنند.

در رابطه با وظیفه دوم دیوان عالی کشور، باید گفت که رأی وحدت رویه در حکم قانون است و به اختلاف دیدگاه‌ها پایان می‌دهد. در نتیجه، اگر رأی وحدت رویه مبنی بر اعتبار خیار طلبکار میت صادر شود، محاکم را از بررسی متون فقهی در رابطه با اعتبار این خیار فارغ می‌کند و از این جهت دارای اهمیت است و در نتیجه، دیوان عالی کشور، مرجعی است که می‌تواند بین دو حکم متعارض فقهی، نقش مهمی در جهت انتخاب یکی از دیدگاه‌ها داشته باشد و به تبع این امر عدالت را به ارمغان آورد. با وجود این، برخی از بزرگان معتقدند: «دیوان کشور نیز که وظیفه تأمین «وحدت رویه قضایی» را به عهده دارد از نقض یا تعدیل حکمی که به فتوا یا منبع معتبری

مستند شده ناتوان است. دیوان کشور می‌تواند بر اعتبار منبع حکم نظارت کند، ولی حق ندارد منبع معتبری را به استناد منبع معتبر دیگر محکوم سازد» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۱۳/۲).

به هر حال، با وضعی که اصل ۱۶۷ قانون اساسی دارد، راه‌حل معقول‌تر نسبت به راه‌حل سازش با بی‌نظمی و پراکنده‌گویی و استناد به «مراجع معتبر اسلامی و فتاوی» بدون توجه به آثار نامطلوب کار خود، همان است که برخی از بزرگان به آن اشاره کرده‌اند: رویه قضایی «بکوشد تا با الهام گرفتن از اندیشه‌های فقیهان، راه‌حل مورد انتخاب را به متن یا مفهوم یا روح قوانین^۱ نسبت دهد و گریبان از معرکه بکشد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۱۶/۲).

طبق این راه‌حل، رویه قضایی می‌تواند به راهکارهای زیر تمسک کند:

۱. از یک سو روح قوانین مربوط به خيارات حاکی از این است که مبنای عمده خيارات، نفی ضرر ناروا است و از سوی دیگر مفاد صحیحه/ابی‌ولاد مخالف با روح قانون است؛ زیرا در صورت عدم کفایت ترکه برای تأدیه دیون، خيار تفلیس و تعذر تسلیم را نیز نفی کرده است در حالی که نفی این دو خيار خود نوعی حکم ضرری است چرا که مبنای آنها نفی ضرر ناشی از عدم دریافت عوض و منع جمع عوض و معوض در یک دارایی است. در این فرض به نظر می‌رسد روح قانون مقدم باشد؛ زیرا «قاعده‌ای که از «روح قانون» استنباط می‌شود در حکم قانون است و دادرس را بی‌نیاز از رجوع به فقه می‌کند.» (همان: ۴۰۵-۴۰۴). از اینها گذشته، در فقه امامیه برخلاف قوانین موضوعه تصفیه جمعی وجود ندارد و هر طلبکاری که زودتر به وراثت یا وصی میت بر حسب مورد مراجعه کند و طلب خود را اثبات کند می‌تواند آن را دریافت کند و از این جهت احراز اینکه ترکه برای دیون میت کافی است یا خیر از جهت اثبات میزان دین و سنجش نسبت ترکه به آن دارای مشکل عملی می‌تواند باشد.

۲. از آنجا که اصولاً قواعد مربوط به اموال جزو قوانین تکمیلی هستند، رویه قضایی می‌تواند حکم مقرر در صحیحه/ابی‌ولاد را یک مقرر تکمیلی تلقی کند و در صورت عدم کفایت ترکه

۱. روح قانون عبارت است از «استخوان‌بندی نظم حقوقی و نیروی محرک و بستر حرکت آن؛ اصلی راهنما که در پس پرده واژه‌ها پنهان است و به یاری خرد و تجربه باید آن را شناخت» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۰۰/۲).

برای تأدیه دیون - که صحیحه/ابی‌ولاد، خیار تفلیس و تعذر تسلیم را در این فرض نفی کرده - شرط ضمنی خلاف آن را که امروزه این شرط نیازی به احراز ندارد و مفروض است را بر مفاد صحیحه/ابی‌ولاد حاکم کند. به بیان دیگر، مبنای خیار تفلیس و تعذر تسلیم یک شرط ضمنی است^۱ که به موجب آن هرگاه یکی از طرفین ناتوان از تأدیه دین گردد طرف مقابل حق فسخ قرارداد منشأ دین را داشته باشد (ماده ۲۲۵ قانون مدنی). این شرط ضمنی در صورت فوت مدیون نیز برخلاف مفاد صحیحه/ابی‌ولاد وجود دارد.

در صورتی که ترکه برای پرداخت دیون کافی باشد، شرط ضمنی مزبور محقق نیست و در نتیجه بنای طرفین در این فرض برخلاف صحیحه/ابی‌ولاد، بر ایجاد خیار نیست.

تردیدی نیست که اگر شرایط صدور رأی وحدت رویه فراهم باشد، بهتر است دیوان عالی کشور در این زمینه رأی وحدت رویه صادر کند و به اختلاف‌ها پایان دهد. در مقام صدور رأی وحدت رویه، بهتر است که دیوان عالی کشور، به راه‌حلهایی که گفته شد توجه کند.

۳. قاعده لاضرر

در رابطه با قاعده لاضرر به عنوان مقدمه می‌توان گفت: «رسول اکرم (ص) با جمله «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، وجود ضرر را در محیط تشریح معدوم اعلام کرده و بنابراین همان طور که کلام رسول‌الله (ص) حکایت از مرحله انشای قوانین دارد، در مراحل اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر نیز چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت» (محقق داماد، پیشین: ۱۵۰).

برخی از حقوقدانان یکی از مبانی عمده خیارات را جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت می‌دانند و معتقدند که «اجرای قاعده «لاضرر» سبب می‌شود که احکام عادی و نخستین جای خود را به

۱. این نظر در میان حقوقدانان نیز مطرح شده است: در مورد شرط ضمنی مذکور در خیار تعذر تسلیم و خیار تفلیس به ترتیب ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۹/۵؛ باریکلو، ۱۳۹۴: ۲۵۷).

حکمی ثانوی و استثنایی دهد، به گونه‌ای که از آن ضرری بر نخیزد و زیانی جبران نشده به بار نیاید» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵/۶۲).

پاره‌ای از فقیهان در توجیه حق رجوع طلبکار نسبت به عین، به لزوم دفع ضرر از او استناد کرده‌اند. برای مثال، علامه حلی (ره) در *مختلف‌الشیعه* می‌نویسد: «از آنجا که عوض به طلبکار (انتقال دهنده عین) داده نشده است، در نتیجه او حق رجوع به معوض را جهت دفع ضرر دارد». همچنین، «فرق بین میت و مفلس آشکار است؛ زیرا مفلس بر خلاف میت، دارای ذمه است، در نتیجه طلبکار می‌تواند به او رجوع کند. امکان رجوع به مفلس ضرر را جبران می‌کند. برخلاف میت که ذمه ندارد و از این جهت که طلبکار نمی‌تواند به او رجوع کند، در نتیجه ضرر باقی است» (حلی، ۱۴۱۳ق: ۵/۴۴۵).

نظر علامه حلی از چند جهت قابل ایراد است: اولاً، اگر منتفی شدن حق رجوع به میت، ضرر باشد، این ضرر در صورت قبول ترکه به طور مطلق توسط ورثه زایل می‌شود؛ زیرا در این صورت طلبکار حق رجوع به ورثه را دارد (ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی). ثانیاً، با فرض اینکه قاعده «لاضرر» اثبات حکم کند، این قاعده در جایی اجرا می‌شود که ضرر معارضی وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر، باید توجه داشت که قاعده لاضرر برای منت بر امت تأسیس گردیده است، پس باید همواره در مقام اجرای آن، تحقق منت در نظر گرفته شود (شهبازی خراسانی، ۱۳۹۰: ۹۸). اگر لزوم عقد مستلزم ضرر به طلبکار باشد در مقابل، ایجاد خیار به نفع او ممکن است مستلزم ضرر به ورثه باشد (مانند جایی که قیمت عین چندین برابر شده است)، در واقع دو ضرر با هم در تعارض هستند در این صورت طبق قواعد تعارض، در موارد دو ضرر نمی‌توان به امتنان استناد کرد و ناچار باید به دنبال دلیل دیگری گشت (محمدی، ۱۳۹۴: ۱۶۴). ثالثاً، قاعده لاضرر در مواردی اجرا می‌شود که ضرر ناروایی وجود داشته باشد، در صورتی که عین موجود را بتوان از طریق مقامات اجرایی توقیف کرد و از این طریق طلب را استیفا کرد، دیگر نباید این فرض را ضرر ناروا دانست.

برخی از حقوقدانان نیز نظر علامه را قابل ایراد دانسته و فرموده‌اند: «اصل موازنه در تسلیم به تسلیم بر استدلال علامه غالب است. از اینها گذشته، مقدمات استدلال او بسیار ضعیف است.

میت تحصیل مال نمی‌تواند بکند و ذمه ندارد... خوب، نداشته باشد، قائم مقام که دارد، حقوق و تکالیف او له و علیه قائم مقام او است، تحصیل مال نکردن و ذمه نداشتن، قاعده موازنه در تسلیم به تسلیم را از بین نمی‌برد» (جعفری لنگرودی، پیشین: ۲۵۴).

از اینها گذشته، در صورتی که شرط خیار طلبکار میت، کفایت ترکه برای پرداخت دیون باشد و طلب طلبکار (بایع) نیز جزئی از این دیون باشد، ضرری وجود ندارد تا به استناد قاعده لاضرر به نفع چنین طلبکاری خیار ایجاد شود.

۴. اجماع

شیخ طوسی در کتاب *خلاف*، دلیل اختصاص عین انتقال داده شده به طلبکار (بایع) را اجماع می‌داند (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳/ ۲۶۴). به نظر می‌رسد اجماع نمی‌تواند دلیل مستقلاً برای اثبات خیار طلبکار میت تلقی گردد؛ زیرا اجماع به طور مستقل و صرف نظر از سنت و رأی معصوم (ع) جزء دلایل فقه امامیه محسوب نمی‌شود بلکه در صورتی به عنوان دلیل مطرح می‌گردد که دلیل نقلی برای رأی اجماع کنندگان وجود نداشته باشد و از آن اجماع، به طور قطعی، نظر معصوم (ع) کشف گردد.

به عبارت دیگر، «آن که در راه استدلال درست گام می‌زند نباید تسلیم هر دعوی اجماع شود بلکه باید تأمل تام کند شاید بتواند مستند اجماع را بیابد و در صورتی که به مستندی برخورد کند که معلوم یا محتمل باشد منبع آن اجماع است، آن اجماع حجت نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۵۵ و ۲۵۴). در رابطه با خیار طلبکار میت نیز روایاتی وجود دارد که ممکن است مستند اجماع ادعا شده باشد.

نتیجه‌گیری:

خيار طلبكار ميت در قانون مدنی و كتب مشهور حقوقدانان ايران مسكوت مانده است. با وجود اين، در فقه اماميه به استناد برخی روايات، قاعده لاضرر و اجماع دارای طرفداران سرشناسی است.

در مقام نقد و توجیه ادله خيار طلبكار ميت اين نتیجه حاصل می‌شود که تنها دليل معتبر خيار طلبكار ميت از دیدگاه مشهور فقیهان، صحیحه /بی‌ولاد است که سند آن صحیح است و مشهور فقیهان به آن عمل کرده‌اند. در حقوق کنونی صحیحه /بی‌ولاد را باید در پرتو قانون مدنی و اصول حقوقی و سایر قواعد بررسی کرد. بر این بنیاد، به نظر می‌رسد نتوان به صحیحه /بی‌ولاد در رابطه با خيار طلبكار ميت عمل کرد؛ زیرا مفاد این صحیحه برخلاف اصول حقوقی، روح قانون و مقررات مربوط به خيار تفلیس و تعذر تسلیم است: در رابطه با مخالفت آن با اصول حقوقی می‌توان گفت که در صورتی که ترکه برای تأدیه دیون کافی نباشد، محرومیت طلبكار از حق فسخ برخلاف اصل موازنه تسلیم در تسلیم است که این اصل زیر بنای بسیاری از مقررات قانون مدنی است و منشأ این اصل می‌تواند تراضی طرفین قرارداد باشد (تجاره عن تراض) پس این صحیحه برخلاف مهم‌ترین منبع فقه یعنی قرآن است. محرومیت طلبكار از حق فسخ در فرض عدم کفایت ترکه به استناد منطوق صحیحه مزبور به معنای نفی خيار تفلیس و تعذر تسلیم نیز هست که این امر برخلاف عموم و اطلاق مقررات قانون مدنی و مفهوم و منطوق روايات ناظر به این دو خيار است (ماده ۳۸۰ و ۴۸۲ قانون مدنی).

عمل به صحیحه /بی‌ولاد برخلاف روح مقررات مربوط به خيارات - که نفی ضرر است - می‌باشد. همچنین مفاد صحیحه /بی‌ولاد با صحیحه عمر بن یزید نیز در تعارض است. برخلاف نظر مشهور نمی‌توان با مفاد صحیحه /بی‌ولاد، اطلاق صحیحه عمر بن یزید را مقید کرد (حمل مطلق بر مقید)؛ زیرا صحیحه /بی‌ولاد برخلاف قواعد و اصول اولیه مانند اصل موازنه تسلیم در تسلیم - که در واقع مخالف کتاب است - می‌باشد و از این جهت تاب معارضه با صحیحه عمر بن یزید را ندارد. در نتیجه، خياری تحت عنوان خيار طلبكار ميت و مستقل از سایر خيارات مذکور در قانون

مدنی و جاهت شرعی و قانونی ندارد و در مقام تردید در ثبوت چنین خیاری باید به اصل لزوم تمسک کرد. این نظر موافق اصل استحکام معاملات و عدالت نیز هست و باید آن را ارج نهاد. چنین نظری را می‌توان به نویسندگان قانون مدنی نیز نسبت داد؛ زیرا اطلاع آنها از دیدگاه فقیهان و صحیح‌ه ابی‌ولاد مفروض است و سکوت آنها نسبت به این خیار در قانون مدنی را می‌توان به معنای رد ضمنی این خیار دانست.

الف- منابع فارسی:

۱. اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۰)، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ چهاردهم، تهران: سمت.
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ سی و دوم، تهران: اسلامیه.
۳. باریکلو، علیرضا، (۱۳۹۴)، حقوق قراردادها: عقود معین (۱)، چاپ اول، تهران: میزان.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، فن استدلال: منطق حقوق اسلام، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج و دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۲۶ ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۷. خاکباز، محمد، (۱۳۹۳)، عدالت معاوضی در حقوق موضوعه و رویه قضایی، چاپ اول، قم: حقوق امروز.
۸. شهبابی، میرزا محمود، (۱۳۹۰)، قواعد فقه، چاپ پنجم، تهران، نشر دانشگاه تهران.
۹. صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ بیست و دوم، تهران: نشر میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، دوره حقوق مدنی: عقود معین (معاملات معوض- عقود تملیکی)، جلد ۱، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق: منابع حقوق، جلد ۲، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۰)، قواعد فقه، بخش مدنی، جلد ۱، چاپ سی و سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۴. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۹۴)، قواعد فقه، چاپ چهاردهم، تهران: نشر میزان.

۱۵. محمودزاده ابراهیم و باقری اصل حیدر، (۱۳۹۳)، «بررسی فسخ قرارداد با استناد به خیار غریم میت» در فقه امامیه، فصلنامه علمی - پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱۹.

ب- منابع عربی:

۱۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ ق)، المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات، جلد های ۵ و ۶، چاپ اول، قم: نشر کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۱۷. جمعی از مولفان، (بی تا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

۱۸. حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی، (بی تا)، کتاب المناهل، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۱۹. حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی)، (۱۴۰۸ ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۲۰. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، (۱۴۱۳ ق)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۱. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، (۱۴۱۳ ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۵، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۲. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ ق)، من لایحضره الفقیه، جلد ۴، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۴. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد،

جلد ٥، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

٢٥. عاملی، جواد بن محمد حسینی، (١٤١٩ ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، جلد ١٩، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٢٦. عاملی، حر محمد بن حسن، (١٤٠٩ ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، جلدهای ١٨ و ١٩، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٢٧. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (١٤١٣ ق)، مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، جلد ٤، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف الاسلامیة.
٢٨. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (١٤١٠ ق)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة، چاپ اول، بیروت: دارالتراث - الدار الاسلامیة.
٢٩. کاشف الغطاء، محمد حسین، (١٣٥٩ ق)، تحریر المجلة، جلد ٢، چاپ اول، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة.
٣٠. مکارم، ناصر، (١٤١١ ق)، القواعد الفقهیة، جلد ٢، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین.
٣١. نجفی، محمد حسن، (١٤٠٤ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ٢٥، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٣٢. نجفی کاشف الغطاء، احمد، (١٤٢٣ ق)، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، جلد ٣، چاپ اول، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.

Validity of the Right of Option for the Creditor of Deceased in Islamic Jurisprudence and Positive Law

Abbas Karimi¹

Mohammad Nasiri²

Abstract

Where a person transfers its property to another by a bilateral contract, and before receiving his/her consideration, transferee dies, well-known opinion of jurists (Fuqaha) believe a right of option to rescind a contract for the creditor, so called 'The right of option for the creditor of deceased', in case of Sufficiency of assets in the estate to pay debts of the deceased. some of the jurists made this right of option applicable in a case where deceased died in the state of insolvency. After evaluating the views of the jurists and the evidence of aforementioned option, it was concluded that from the well-known jurists' point of view, the main reason for the right of creditor's option is, Sahiha Abi Valad. However, since this Sahiha, to be contra the generality of some of the Qur'anic verses, Sahiha Omar ibn Yazid, the legal principles and the spirit of law, it is not applicable and the option is not considered authentic.

KeyWords: *Debt, Estate, Bilateral contract, Death*

1. Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, (Email: abkarimi@ut.ac.ir)

2. PhD student in Private Law, University of Tehran, (Email: mohammad.nasiri@ut.ac.ir)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

