

دوگانگی یا وحدت خیار رؤیت و تخلف از وصف

با تأکید بر دیدگاه امام خمینی رحمته الله علیه

سیدعلی رضوی^۱

سیدمحمد رضوی^۲

چکیده

در فقه امامیه و حقوق ایران در خصوص وحدت یا دوگانگی خیار رؤیت و خیار تخلف از وصف، اختلاف نظر وجود دارد. قانون مدنی نیز در این خصوص موضع روشنی اتخاذ نکرده و با ذکر این دو خیار در بند ۵ ماده ۳۹۶ باعث ایجاد این تصور شده که دو خیار مزبور حقیقت واحدی دارند. امام خمینی رحمته الله علیه در کتاب تحریر الوسیله عنوان کلی خیار رؤیت را برای چهار مصداق استعمال کرده‌اند که سه مورد آن از مصادیق تخلف و وصف است؛ اما در کتاب البیع صراحتاً بیان داشته‌اند که دو خیار مزبور دارای ماهیت جداگانه و منفک از هم می‌باشند. در این مقاله که به شیوه توصیفی تحلیلی به رشته تحریر درآمده، با بررسی دلایل ارائه شده توسط قائلان به دوگانگی و وحدت دو خیار، دیدگاه منتخب و مصرح حضرت امام در کتاب البیع، یعنی دوگانگی دو خیار مذکور، بر اساس مبانی موجود، تقویت شده و مورد قبول قرار گرفته است. بر این اساس خیار تخلف و وصف، مربوط به زمانی است که کالا با توصیف در متن عقد، معامله شود؛ اما زمانی که با وصف خارج از عقد، یا تبانی طرفین بر وجود اوصاف قبل از عقد، یا رؤیت سابق میبع و یا انجام عقد بر اساس جزئی از میبع، قیاس باقی موضوع به همان جزء و مبتنی بر وجود صفت موجود در جزء، معامله صورت گیرد، مصداق خیار رؤیت خواهد بود.

واژگان کلیدی: خیار رؤیت، خیار تخلف از وصف، وحدت، دوگانگی.

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)، razavi1213@birjand.ac.ir

۲. عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بیرجند و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه بیرجند، razavi1515@gmail.com

مقدمه

پس از انعقاد عقد، وفای به مفاد آن لازم بوده (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۲۳/۳؛ خمینی، ۱۴۲۰ق: ۲۱۱) و طرفین عقد ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود هستند. با وجود این در فقه امامیه و حقوق ایران در موارد معینی به طرفین عقد یا یکی از ایشان اجازه داده شده به استناد وجود خیار، عقد مزبور را با رعایت شرایط مقرر، فسخ کنند.

خیار از منظر لغوی اسم مصدر اختیار است. (فتح الله، ۱۴۱۵ق: ۱۰۲) اختیار مصدر باب افتعال و به معنای اصطفاء و انتخاب است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۹/۴) خیار در لغت به معنای برگزیدن بهترین راه حل از میان فسخ و ابقای عقد است. (جزری، بی تا: ۹۱/۲؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۳۷۹/۶) به عقیده برخی نیز خیار، طلب خیر یکی از دو امر است؛ یعنی اگر فسخ بهتر است فسخ را برگزیند و اگر امضا بهتر است، امضا را انتخاب کند. (جزیری، ۱۳۹۲ق: ۱۸۱/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۵۷/۴؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۲۴۱/۱۱؛ جوهری، ۱۹۸۷: ۶۵۲/۲)

در اصطلاح فقهی نیز تعریف‌های متعددی از خیار ارائه شده است. به عقیده برخی، «الخیار ملک فسخ العقد»؛ یعنی خیار عبارت است از مالکیت و قدرت بر فسخ عقد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۲/۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ۴۸۲/۱) آن گونه که شیخ انصاری بیان داشته اگر مراد از ملک، قدرت و سلطنت باشد، این تعریف جامع و مانع نیست، چراکه اموری داخل در تعریف می‌شود که اصطلاحاً خیار نامیده نمی‌شوند؛ اما اگر مراد از ملک در تعریف مزبور، حق باشد، یعنی خیار، حقی است که با این حق انسان مسلط بر فسخ عقد می‌شود، پس کلمه حق داخل در تعریف است و بنابراین مواردی از قبیل مالکیت فسخ عقود جایزه از تعریف خارج می‌شود؛ زیرا در همه آن موارد جواز فسخ، از سنخ حکم است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۱/۵) به عقیده امام خمینی رحمته الله علیه چنین تعریفی از معنای لغوی خیار بسیار دور است و نمی‌توان آن را پذیرفت. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱۱/۴)

برخی از فقیهان خیار را «ملک اقرار العقد و ازالته» می‌دانند. (نجفی، ۱۳۶۷ق: ۳/۲۳) این تعریف نیز توسط محققین رد شده است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۲/۵) گروه دیگر در تعریف خیار می‌گویند: «خیار عبارت است از قدرت بر فسخ عقد به این معنا که صاحب حق، خیار

قدرت و اختیار برهم زدن معامله را داشته باشد.» (قاروبی تبریزی، ۱۳۸۰ق، ۱۰/۱۲)

به نظر می‌رسد آن‌گونه که امام خمینی رحمته الله علیه فرموده‌اند برای فرار از اشکالات متعددی که بر تعریف‌های ارائه شده توسط فقیهان بیان شده، بهتر است در تعریف خیار بگوییم: خیار عبارت است از «حق اصطفاء الفسخ». در این صورت علاوه بر عدم مواجهه با اشکالاتی که برخی از آن‌ها بیان شد، معنای مزبور با معنای لغوی آن نیز تناسب خواهد داشت. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱۲/۴)

برخی از حقوق‌دان‌ها خیار را به «تسلط بر ازاله اثر حاصل از عقد» تعریف کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۶۶) برخی نیز بر این عقیده‌اند که واژه خیار اسم مصدر از اختیار یا مصدری است به معنی اختیار و مقصود؛ اختیاری است که شخص در فسخ معامله دارد. به همین جهت گاه همراه با کلمه فسخ می‌آید و می‌گویند: خیار فسخ. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۳۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۲/۵) عده‌ای دیگر معتقدند در اصطلاح حقوقی خیار، حقی است برای متباین یا یکی از آن‌ها که می‌توانند عقد لازم را بر هم بزنند. (امامی، بی تا: ۴۵۷/۱)

قانون مدنی در ماده ۳۹۶ خود به بیان اقسام خیارات جاری در عقد بیع پرداخته، در ضمن ۱۰ بند، خیارات را برشمرده و در بند ۵، خیار رؤیت و خیار تخلف وصف را در کنار هم و ذیل یک شماره بیان کرده است که باعث ایجاد این تصور می‌شود که خیارات مزبور در حقیقت یک خیار بوده و تنها، عبارتی که برای بیان آن به کار گرفته شده، متفاوت است.

این قانون در مواد ۴۱۰ تا ۴۱۶ به بررسی مقررات و ضوابط حاکم بر این دو خیار پرداخته و به همان شیوه پیشین تفکیکی بین دو خیار قائل نشده و در مواد مختلف نیز تصریحی به وحدت یا دوگانگی دو خیار مزبور نکرده است. در فقه امامیه نیز در این خصوص رویکرد واحدی وجود ندارد و به عقیده برخی از فقیهان همانند حضرت امام خمینی رحمته الله علیه در کتاب البیع این دو خیار دارای ماهیتی جدای از یکدیگر بوده و مستقل از هم است. برخی دیگر از فقیهان نیز اشاره‌ای به خیار تخلف از وصف نداشته، در مقام شمارش خیارات تنها خیار رؤیت را به‌عنوان یکی از اقسام خیار بیان کرده و احکام آن را بررسی کرده‌اند.

قانون مدنی با توجه به اختلاف موجود میان فقیهان، با بیان دو خیار مزبور در ضمن یک

بند در تلاش بوده تا از ورود به مباحث اختلافی خودداری نموده و راه را برای تفسیر قانون و انتخاب یکی از دو دیدگاه باز بگذارد. بر این اساس در میان حقوق‌دان‌ها نیز اختلاف نظر به وجود آمده و برخی دو خیار مزبور را دارای ماهیت واحد دانسته‌اند. با وجود اینکه بحث مزبور در متون فقهی، سابقه داشته و فقیهان در خلال مباحث خیارات، به طرح و اظهار نظر در خصوص آن پرداخته‌اند، نگارندگان، هیچ اثری که به صورت اختصاصی به بررسی این موضوع پرداخته باشد، نیافته‌اند. شاید دلیل این امر این باشد که از دید نویسندگان، بحث مزبور، بحث نظری صرف بوده و ثمره عملی ندارد. با وجود این باید دانست که مسئله وحدت یا دوگانگی خیارهای رؤیت و تخلف وصف صرفاً جنبه نظری ندارد، بلکه در عمل نیز می‌تواند کارساز باشد.

به عنوان نمونه در فرض اینکه در قراردادی، یکی از طرفین به استناد هر دو خیار رؤیت و تخلف وصف، امکان فسخ معامله را داشته باشد و در ضمن عقد یا پس از آن، یکی از این دو قسم خیار را اسقاط کرده باشد: اگر قائل به وحدت این دو خیار باشیم، باید قائل به اسقاط هر دو آن‌ها شویم؛ در حالی که در صورتی که همانند برخی فقیهان، نظریه دوگانگی این دو خیار را برگزینیم، باید گفت: با اسقاط خیار رؤیت یا تخلف وصف، خیار دیگر ساقط نشده و همچنان ذوالخیار حق فسخ معامله به استناد آن را خواهد داشت. از این رو مسئله مزبور نیز خالی از ثمره نبوده و شایسته بررسی خواهد بود. در این مقاله به بررسی هریک از دیدگاه‌های مزبور خواهیم پرداخت و به استناد مبانی فقهی، دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه را تقویت خواهیم کرد.

۱- مفهوم خیار رؤیت

فقیهان خیار رؤیت را در موردی استعمال کرده‌اند که هریک از بایع یا مشتری معامله‌ای را بر عین شخصی غائب انجام دهد، بر اساس رؤیت سابقی که رافع جهالت و غرر است؛ اما پس از معامله و در هنگام قبض و اقباض مبیع و ثمن، مشخص شود که مبیع فاقد یکی از اوصاف مزبور است. بر این اساس در صورتی که اوصاف مزبور در مبیع موجود نباشد، مشتری و در صورتی که وصف مزبور بیش از آنچه باشد که در عقد مقرر شده، بایع حق

خواهد داشت که عقد مزبور را به استناد خیار رؤیت فسخ کند. (مشکینی، بی تا: ۲۳۸) به عقیده برخی دیگر از فقیهان، «ثبوت حق فسخ برای هر یک از بایع و مشتری در نتیجه کشف فقدان یا زیادتی یکی از اوصاف مقرر در مبیع» خیار رؤیت نام دارد، (مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۷۹) خواه این اوصاف نتیجه دیدن باشد یا بوئیدن، شنیدن، چشیدن و لمس کردن. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۱۶)

برخی نیز این خیار را خیار می دانند که در معامله عین شخصی غائب ثابت است که بر اساس رؤیت سابق صورت گرفته و پس از رؤیت، فاقد اوصاف مقرر در آمده است. (ابوغده، ۱۹۸۵: ۴۹۳) حکمت جعل خیار مزبور این است که شخصی که مالی را بر اساس رؤیت سابق خریداری کرده، این حق را داشته باشد تا در صورت کشف خلاف، اندکی در خصوص سرنوشت قرارداد بیندیشد و در صورتی که اوصاف مذکور را مفقود دید، بتواند قرارداد را فسخ کند. (ابوغده، ۱۹۸۵: ۴۹۴)

برخی حقوق دان‌ها نیز در خصوص خیار رؤیت این گونه اظهار عقیده کرده‌اند: «هرگاه مبیع شخصی در جلسه عقد بیع حاضر نباشد ولی مشتری یا بایع قبل از بیع، آن را دیده باشند و به اعتماد رؤیت سابق، وارد بیع شوند و آنگاه مال را رؤیت کنند و معلوم شود که مال در زمان بیع، پاره‌ای از اوصاف مورد رؤیت را از دست داده است، متضرر از تخلف به شرحی که در ماده ۴۱۳ قانون مدنی بیان شده، خیار فسخ خواهد داشت.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۱۵) ماده ۴۱۳ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته است: «هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شد که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد، اختیار فسخ خواهد داشت.» بر اساس این، برای ثبوت خیار رؤیت، می‌بایست شروط زیر محقق شود:

۱. خریدار نباید مورد معامله را در هنگام انعقاد عقد دیده باشد؛ زیرا فرض بر این است که با مشاهده در زمان عقد، از آن رفع ابهام می‌شود و اگر تردیدی در این باره احساس کند، می‌تواند اوصاف مورد نظر را در عقد شرط کند؛ پس باشد مال مزبور را بر اساس رؤیت سابق خریداری نماید.

۲. پس از آنکه قرارداد بر اساس رؤیت سابق صورت گرفت، باید پس از رؤیت و تحویل مال به مشتری، اوصاف مذکور و معهود بین طرفین در مال مزبور موجود نباشد. مراد از این اوصاف، اوصافی است که رغبت مشتری نسبت به خرید کالا را کاهش می‌دهد و فقدان این اوصاف منجر به بطلان عقد نخواهد شد، بلکه به مشتری یا بایع حق فسخ خواهد داد و آن گونه که در قانون مدنی آمده: «مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۵/۵)

۳. مورد معامله باید عین معین یا در حکم معین باشد. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق: ۴۶۳/۳) در قراردادی که نسبت به مال کلی بسته می‌شود، بر اساس دیدگاه مشهور، خیار رؤیت وجود ندارد، بلکه بایع ملزم به تحویل فردی مطابق با اوصاف مقرر در عقد خواهد شد. (خمینی، بی تا: ۵۲۸/۱؛ اراکی، ۱۴۱۴ق: ۲۸۷؛ گلپایگانی، ۱۳۹۰ق: ۱۲۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۷۷/۱۷؛ خویی، بی تا: ۶۰/۷)

۲- ارتباط خیار رؤیت با تخلف از وصف

در خصوص اینکه خیار رؤیت و تخلف وصف، که در ماده ۳۹۶ قانون مدنی در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند، دو خیار جداگانه هستند یا یک خیار به شمار می‌روند، در میان فقیهان و حقوق دان‌ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این عقیده‌اند که این دو خیار آن گونه که از قانون مدنی برمی‌آید، دو مفهوم جداگانه بوده و بر این اساس باید آن دو را جدا بررسی کرد. به عقیده ایشان با توجه به عنوان و تعریفی که در ماده «۴۱۰» و ماده «۴۱۳» قانون مدنی ارائه شده، می‌توان خیار رؤیت را غیر از خیار تخلف وصف دانست. (امامی، بی تا: ۴۹۲/۱)

یکی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز ضمن تأیید این دیدگاه می‌نویسد: «خیار رؤیت و تخلف وصف از جهتی با هم فرق دارند، چنان که در تعریف خیار رؤیت گفته شد: «هرگاه یکی از متباین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور، اوصاف سابقه را ندارد، اختیار فسخ خواهد داشت» و در تعریف خیار تخلف وصف گفته شده است: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد

از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید» (طاهری، ۱۴۱۸ق: ۱۳۵/۴)

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز خیار رؤیت و تخلف وصف را دو خیار متفاوت دانسته و بر این عقیده‌اند که تفاوت دو خیار مزبور در این است که در خیار رؤیت، تخلف از رؤیت سابق موجب ایجاد خیار شده، اما در خیار تخلف وصف، رؤیتی در کار نبوده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۱۵)

۲-۱- وحدت خیار رؤیت و تخلف از وصف

این دیدگاه در فقه امامیه طرفدارانی دارد. از برخی عبارات شیخ انصاری و برخی از حاشیه‌نویسان مکاسب این گونه برداشت می‌شود که ایشان خیار رؤیت و تخلف وصف را یک خیار واحد می‌دانند. به‌عنوان نمونه مرحوم کلاتر در حاشیه مکاسب می‌فرماید: «المراد بخیار الرؤیة هو الخیار المسبب عن رؤیة المبیع علی خلاف ما اشترط فیہ المتبایعان بمعنی تخلف الوصف الذی وقع الشراء علیه، سواء أكان الوصف من قبل البائع صریحاً، أم بسبق رؤیة المبیع». ایشان در بیان مراد از خیار رؤیت صراحتاً می‌فرماید: «خیار رؤیت، خیار ناشی از تخلف از وصفی است که خرید و فروش بر اساس آن انجام شده است، چه وصف مزبور توسط بایع صراحتاً بیان شده باشد و چه بر اساس رؤیت سابق اقدام به معامله کرده باشند.» (انصاری، ۱۴۱۰ق: ۱۱۹/۱۶)

امام خمینی رحمته‌الله نیز در کتاب تحریر الوسیله و کتاب البیع به بحث از خیار رؤیت پرداخته‌اند. ایشان در تحریر الوسیله به بحث استدلالی در خصوص این خیار پرداخته و صرفاً مصادیق آن را بر شمرده‌اند. مصادیق خیار رؤیت در کلام امام خمینی رحمته‌الله در تحریر عبارت است از:

۱. زمانی که شیئی را با توصیف و بدون مشاهده خریداری کند و سپس آن را برخلاف اوصاف ذکر شده بیابد؛

۲. زمانی که مبیع یا ثمن برخلاف رؤیت سابق باشد؛

۳. زمانی که کالایی را با توصیف شخص ثالث بفروشد و سپس آن را زائد بر توصیف

بیابد؛

۴. زمانی که ثمن را برخلاف وصف ذکر شده بیابد. (خمینی، ۱۳۸۴: ۴۱۲)

در میان این مصادیق فقط قسم دوم، انصراف به خیار رؤیت دارد و در صورتی می‌توان سه قسم دیگر را از اقسام خیار رؤیت دانست که خیار رؤیت و تخلف از وصف، یک خیار باشد. حتی کسانی که منکر خیار رؤیت هستند در قسم اول و دوم احتمال خیار غبن، در قسم سوم احتمال خیار تخلف وصف و غبن و در قسم چهارم احتمال خیار عیب و غبن را مطرح کرده‌اند. (خمینی، بی تا: ۲۵۶/۲)

برخی از حقوق‌دان‌ها بر این عقیده‌اند که قانون مدنی، نظریه وحدت دو خیار رؤیت و تخلف وصف را تأیید کرده، چرا که این قانون در مقام احصای انواع خيارات جاری در عقود لازم، دو خیار مزبور را در کنار یکدیگر بیان کرده و اشاره‌ای به تفکیک آن دو از هم نکرده است؛ آن‌هم در جایی که در مقام بیان اقسام خيارات و تفکیک آن‌ها از یکدیگر بوده است. بر این اساس باید گفت، دو عنوان مزبور برای بیان یک مفهوم به کار برده شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸۲/۵) به عقیده این دسته از حقوق‌دان‌ها برای داوری در این خصوص باید به فقه که خواستگاه این نوع خیار است نیز توجه کرد. بر این اساس باید توجه کرد که برخی از فقیهان آن‌گونه که از عبارت‌های ایشان برداشت می‌شود خیار رؤیت را از توابع خیار تخلف از شرط می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۴۵/۵؛ خمینی، بی تا: ۲۵۵/۲) بنابراین بعید است که بتوان ادعای اختصاص مقررات ماده ۴۱۳ قانون مدنی به خیار رؤیت و ارتباط ماده ۴۱۰ با خیار تخلف از وصف را به نویسندگان قانون مدنی نسبت داد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸۲/۵)

طرفداران این دیدگاه برخی قرائن را به‌عنوان مؤید نظریه خود بر شمرده‌اند:

۱. در ماده ۴۱۴ قانون مدنی، قانون‌گذار پس از بیان هر دو قسم مورد ادعا این‌گونه مقرر داشته است: «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.» این ماده بی‌گمان به مفاد ماده ۴۱۰ نیز نظر دارد، در حالی که اگر قائل به تفکیک دو خیار مزبور باشیم، باید خیار تخلف از وصف را مشمول حکم مقرر در این ماده ندانیم. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸۳/۵) برخی طرفداران نظریه تفکیک دو خیار نیز به این نتیجه توجه داشته و این‌گونه در پی توجیه دیدگاه خود برآمده‌اند که «عدم ذکر کلمه

تخلف وصف در ماده ۴۱۴ و اکتفا به کلمه خیار رؤیت، با آنکه قانون مدنی آن دو را در یک فصل بیان نموده، مسامحه است و گرنه حکم ماده فوق اختصاص به خیار رؤیت ندارد و ممکن است از نظر آن باشد که خیار رؤیت بر خیار تخلف وصف نیز صدق می‌نماید.» (امامی، بی تا: ۴۹۶/۱)

۲. اگر ویژگی «ندیده خریدن» از خیار تخلف از وصف گرفته شود، دیگر اصالتی ندارد تا مستقل از خیار تخلف از شرط مطالعه شود؛ زیرا اوصافی که در عقد می‌آید و متعلق قصد مشترک قرار می‌گیرد، در واقع از شروط مربوط به اوصاف موضوع معامله است، دو طرف کم‌وبیش التزام خود را مشروط به آن می‌سازند و گاه آن وصف را قید تراضی قرار می‌دهند. بر این اساس به نظر می‌رسد مجموع عنوان «خیار رؤیت و تخلف از وصف» برای بیان احکام است که به اختصار، خیار رؤیت نامیده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۴/۵)

به نظر می‌رسد اگر مبنای مشروعیت خیار رؤیت، تخلف از اراده متعاملین باشد، خیار رؤیت و تخلف از وصف، متحد خواهد بود، زیرا در این صورت زمانی خیار رؤیت ایجاد می‌شود که از اراده ضمنی موجود بین متعاملین تخلفی صورت گیرد و اراده ضمنی نیز تنها از طریق ذکر اوصاف یا شروط محقق می‌شود. بر همین اساس به برخی از فقیهان نسبت داده شده (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۱۶) که خیار رؤیت شبه شرط یا شرط برای موضوع عقد است و از باب خیار شرط است.

۲-۲- دوگانگی خیار رؤیت و تخلف وصف

از برخی از عبارات امام خمینی رحمته‌الله ممکن است این گونه برداشت شود که از دید ایشان دو خیار رؤیت و تخلف وصف یکی است؛ زیرا ایشان در عبارتی این گونه می‌فرمایند: «خیار الرؤیة، و هو فیما اذا اشتری شیئاً موصوفاً غیر مشاهد ثم وجده علی خلاف ذلک الوصف و کذا إذا وجده علی خلاف ما رآه سابقاً، فیکون له خیار الفسخ». (خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۴۶) آن گونه که می‌بینیم در بخش اول عبارت مزبور، خرید شیئی بر اساس توصیف شخص و در جمله دوم، خرید بر اساس رؤیت سابق، هر دو مصداق خیار رؤیت تلقی شده است.

با وجود این امام خمینی رحمته‌الله در کتاب البیع و در بحث خیار رؤیت در این خصوص

به صراحت اظهار عقیده کرده و می‌فرماید: «و هو خيار مستقل، غير خيار تخلف الشرط، و تخلف الوصف». (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۱/۴) امام خمینی رحمته الله علیه در اینجا صراحتاً دیدگاه طرفداران وحدت خیار رؤیت و تخلف وصف و تخلف از شرط صفت را نمی‌پذیرند. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۱/۴)

بر این اساس برای توجیه دیدگاه کسانی که خیار رؤیت را به خیار تخلف وصف برمی‌گردانند، می‌فرمایند: «اگر آن‌گونه که برخی فقیهان گفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۴۵/۵) خیار مزبور را ناشی از «رؤیت مبیع برخلاف آنچه در ضمن عقد بیع شرط شده» یا «فقدان اوصافی که بایع در توصیف خود از مبیع بیان داشته» بدانیم، باید بپذیریم مراد از توصیف و اشتراط مزبور، توصیف یا اشتراطی است که تخلف از آن ایجاد خیار نمی‌کند، مثل وصفی که خارج از معامله قید شده (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۳۰۰) یا شرطی که از متعلقات مبیع بوده، نه از شروط ضمن عقد، زیرا در غیر این صورت، تخلف از شرط ضمن عقد یا وصفی که در ضمن عقد بیان شده، خود موجب ثبوت خیار بوده و نیازی به خیار رؤیت نخواهد بود. احتمال دیگر این است که بگوییم تخلف مبیع از توصیف یا شرط مزبور در هنگام رؤیت، عام بوده و توصیف در ضمن عقد و خارج از عقد را شامل می‌شود. در این صورت اگر وصف مدنظر خریدار یا فروشنده در ضمن عقد نیز بیان شده باشد علاوه بر خیار رؤیت، خیار تخلف شرط یا تخلف از وصف هم خواهد داشت. اما در صورتی که وصف مزبور در ضمن عقد بیان نشده باشد، او تنها خیار رؤیت خواهد داشت.» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۱/۴)

بر این اساس از دید حضرت امام رحمته الله علیه آوردن قید «علی خلاف ما اشترط فیہ المتبایعان» که از جانب برخی از فقیهان به دلیل رفع غرر در تعریف خیار رؤیت گنجانده شده، پذیرفتنی نیست؛ زیرا تنها راه رفع غرر، اشتراط نیست و ممکن است با مشاهده یا توصیف غیر بایع و نیز توصیف در غیر بیع نیز جهالت و غرر ناشی از آن برطرف شود. به علاوه، غرری نبودن از شروط صحت بیع به شمار می‌رود، نه از شروط ثبوت خیار رؤیت. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۲/۴)

برخی شاگردان امام خمینی رحمته الله علیه نیز به پیروی از دیدگاه ایشان، با تقسیم اوصاف مورد معامله به دو قسم، رویکرد شیخ انصاری در مستقل نداشتن خیار رؤیت را قبول نکرده و این‌گونه

اظهار عقیده کرده‌اند که: «صفات مبیع بر دو قسم است؛ برخی از صفات مزبور که مالیت مبیع وابسته به آن است، در ایجاد رغبت نوع خریداران به کالای مزبور دخیل است و عدم ذکر آن موجب غرری شدن معامله خواهد بود، به نحوی است که در صورت فقدان آن، علاوه بر خیار رؤیت، ممکن است خیار تخلف وصف و تخلف شرط نیز به وجود آید. (جوادی آملی، ۱۳۹۶: ۵۳۶/۱) قسم دوم صفاتی است که در مالیت مبیع و تعلق غرض نوع خریداران دخالتی نداشته و تنها برای خریدار، وجود آن اهمیت داشته است و به استناد وجود آن، اقدام به خرید کالای مزبور کرده است. چنین شرطی در صورتی که به نحو شرط در ضمن عقد بیاید، تخلف از آن موجب ایجاد خیار تخلف شرط صفت خواهد شد. (جوادی آملی، ۱۳۹۶: ۵۳۶/۱) ولی در صورتی که شخص مال مزبور را بر اساس رؤیت سابق خریداری کرده و وثوقی که موجب رفع غرر از معامله می‌شود به این وسیله حاصل شده باشد و شخص تصور کند که مال مزبور واجد صفت مورد اشاره است، اما بعداً خلاف آن ظاهر شود، حق خواهد داشت به استناد خیار رؤیت معامله مزبور را فسخ نماید. بدیهی است در صورت عدم کشف خلاف، عقد مزبور الزام آور بوده و هیچ نوع خیاری وجود نخواهد داشت.» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۱/۴؛ جوادی آملی، ۱۳۹۶: ۵۳۷/۱)

از برخی عبارات صاحب جواهر نیز می‌توان این دیدگاه را برداشت کرد. وی در مقام بیان نوع خیاری که شخص در صورت تخلف از وصف مورد نظر در عقد بیع خواهد داشت، ضمن اشاره به خیار تخلف از وصف، شرایط و ضوابط حاکم بر خیار رؤیت را در خیار تخلف وصف نیز جاری می‌داند و می‌فرماید: «و يعتبر فيه ما اعتبرناه في بيع خيار الرؤية» (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۳۶/۲۲) از این کلام صاحب جواهر که احکام و شرایط بیان شده در خیار رؤیت را در خیار تخلف از وصف نیز جاری می‌داند، روشن می‌شود که از دید وی این دو خیار، منفک از یکدیگر است؛ چرا که در صورت اعتقاد به وحدت دو خیار نیازی به طرح مباحث خیار تخلف از وصف پس از خیار رؤیت نبود.

یکی از علل دوگانه‌انگاری خیار رؤیت و خیار تخلف وصف، انتخاب مبنای مشروعیت آن است. در ادامه این مبنای را بررسی می‌کنیم.

۳- مبانی مشروعیت خیار رؤیت

۳-۱- روایات

فقیهان برای اثبات مشروعیت این خیار به روایات منقول از معصومین استناد کرده‌اند که در اینجا به برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف) معتبره (خمینی، بی تا: ۲/۲۵۴) یا صحیححه جمیل بن دراج از امام صادق (علیه السلام):
 «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقبله. فقال أبو عبد الله (عليه السلام): انه لو قلب منها و نظر الى تسعة و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية» (صدوق، ۱۴۱۳ق: ۳/۲۷۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷/۲۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۲۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق: ۱۰/۵۰۹؛ بروجردی، ۱۴۲۹ق: ۲۳/۳۹۴)

بر اساس این روایت در صورتی که شخصی مالی را خریداری کند و بخشی از مال مزبور را مشاهده کند، اما بخش دیگر را بر اساس توصیف خریداری کرده باشد، حتی اگر در یک بخش از صد بخش مال هم اوصاف مذکور موجود نباشد، می‌تواند اعمال خیار کرده و معامله مزبور را فسخ نماید.

فقیهانی نظیر امام خمینی (رحمته الله علیه) که ظاهر روایت را منصرف از ذکر وصف یا شرط می‌دانند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ۴/۶۳۲) خیار رؤیت را نیز خیاری غیر از خیار تخلف وصف یا شرط می‌شمارند. به عقیده ایشان در این روایت اولاً خیار را برای مشتری ثابت دانسته، ثانیاً اصلاً ذکری از توصیف بایع یا شرط ضمن عقد نیز نیامده، ثالثاً مشتری قبل از بیع، مبیع را رؤیت کرده، زیرا بنا بر متن روایت در آن ورود و خروج و رفت و آمد داشته است.

برخی فقیهان نیز در عین اینکه می‌گویند خیار رؤیت چیزی متفاوت از خیار تخلف شرط یا وصف نیست، صحیححه ذکر شده را بر خیار عیب حمل می‌کنند و با توجه به اینکه این روایت، تنها روایت مذکور در این باب است، تأسیس خیاری جدید، به نام خیار رؤیت را به وسیله آن بعید می‌شمارند. (خمینی، بی تا: ۲/۲۵۵)

احتمال استفاده بطلان بیع نیز از این روایت مطرح شده است؛ زیرا عدم رؤیت بعضی از

مبیع موجب تحقق غرر در معامله بوده و غرر نیز عقد را باطل می‌کند. در این صورت عبارت «کان له خيار الرؤية» به معنای اختیار در خرید یا عدم خرید و یا اختیار در قبول و عدم قبول بیع در فرض صحت قبول انشائی که به مجهول تعلق بگیرد، خواهد بود. امام خمینی رحمته الله علیه این احتمال را نمی‌پذیرند و در رد آن می‌فرماید: «اولاً این گونه دقت‌ها در باب غرر، خصوصاً در مسئله زمین، اعتبار ندارد و اطلاع حاصل به وسیله دیدن کفایت می‌کند، ثانیاً این سخن که «مشتري خيار رؤیت دارد» با احتمال مذکور مخالفت دارد.» (خمینی، بی تا: ۲/۲۵۵)

برخی فقیهان در مصداق مذکور برای مشتری دو اختیار ثابت دانسته‌اند: در بخشی که به رؤیت مشتری نرسیده، خيار رؤیت و در بخشی که رؤیت شده خيار تبعض صفقه. این نظر هم مورد تأیید امام نیست و ایشان صرفاً همان خيار رؤیت را برای مشتری می‌پذیرند؛ زیرا تبعیض در مبیع قبل از اعمال خيار وجود ندارد. حتی می‌گویند: اگر قرار بر ثبوت خيار تبعض صفقه باشد، این خيار باید برای بایع به وجود آید؛ (خمینی، بی تا: ۲/۶۳۵) زیرا اگر مشتری در مقداری که به رؤیت وی نرسیده اعمال خيار رؤیت کند، در ناحیه بایع، تبعیض به وجود می‌آید.

(ب) «عَنْهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى سِهَامَ الْفَصَّابِينَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُخْرَجَ السَّهْمُ فَقَالَ: لَا يَشْتَرِي شَيْئاً حَتَّى يَعْلَمَ أَيْنَ يُخْرَجُ السَّهْمُ فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئاً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا خَرَجَ.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷۹/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۹/۱۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق: ۵۷/۱۱)

برخی از فقیهان برای اثبات خيار رؤیت و تخلف وصف به این روایت استناد کرده‌اند. (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۵۷/۱۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۴۶۹/۱؛ بحرانی، ۱۴۲۱ق: ۵۱۵) اما برخی از بزرگان فقها (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۱۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۴۵/۵؛ خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۵/۴) نیز با وجود احتمالات فراوانی که در روایت است، استدلال به این روایت برای اثبات خيار تخلف وصف را قبول نکرده و آن را ناظر به بیع مال مشاعی دانسته‌اند که میزان آن معین نبوده و مجهول است. (خویی، بی تا: ۵۸/۷) عبارت «فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا خَرَجَ» به معنای اختیار شخص در انجام اصل معامله بعد از مشخص شدن سهام است.

۲-۳- قاعده «لاضرر»

یکی از مهم‌ترین مستندات خیار رؤیت، قاعده لاضرر است. (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۱۶) علاوه بر عقل (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ۱/۱۳۱) که به موازات ادله و مدارک دیگر بر حاکمیت و اعتبار قاعده لاضرر گواهی می‌دهد، این قاعده مستند به آیات (بقره/۲۳۱؛ توبه/۱۰۷) و روایات متعددی (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵/۲۹۴) نیز است. (راوندی، ۱۴۰۵ق: ۱/۱۵۹) به‌طور خلاصه می‌توان گفت: از حکم پیامبر در قضیه سمره بن جندب، به دست می‌آید: در صورتی که عمل یا حکمی شرعی موجب ورود ضرر به دیگری شود، شارع حکم مزبور را برنرفته و آن را نفی می‌کند.

در اینجا نیز غرض خریدار از خرید کالای مزبور، دستیابی به کالایی با اوصاف معین بوده است و در صورتی که وی را ملزم به پایبندی به چنین قراردادی به استناد اصل لزوم بدانیم، چنین حکمی بر اساس مفاد قاعده لاضرر، شرعی تلقی نخواهد شد. بر این اساس شارع مقدس این امکان را به وی داده که در مدتی متعارف در خصوص قرارداد خود بیندیشد و در صورتی که صلاح خود را در فسخ عقد دید، برای جبران ضرر، عقد مزبور را فسخ نماید. بسیاری از فقیهان نیز این دیدگاه را پذیرفته و قاعده لاضرر را سبب مشروعیت این خیار دانسته‌اند. (مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۸۰؛ خوانساری، بی تا: ۱۷۶؛ لاری، ۱۴۱۸ق: ۲/۳۵۹) شیخ انصاری در این خصوص این‌گونه اظهار نظر می‌کند: «و یدلّ علیه قبل الإجماع المحقق و المستفیض، حدیث نفی الضرر.» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵/۲۴۵)

با وجود این برخی از فقیهان استدلال به لاضرر برای اثبات مشروعیت خیار رؤیت را قبول نمی‌کنند. به عقیده برخی از آنجا که لاضرر نمی‌تواند مثبت حکم شرعی باشد، نمی‌تواند در بیع یا سایر عقود نیز تصرفی داشته و خیار بی‌نفع شخص متضرر ایجاد کند؛ زیرا ایجاد خیار، خود نوعی اثبات حکم شرعی است که از توان لاضرر خارج است. (روحانی، ۱۴۲۹ق: ۴۷/۶) برخی دیگر نیز به این دلیل که اصلاً در فرض مذکور ضرری متوجه شخص نیست استناد به لاضرر را برای ثبوت خیار منتفی دانسته‌اند. در واقع از دید ایشان قاعده لاضرر تنها در جایی می‌تواند اعمال شود که ضرری متوجه شخص شود، در حالی که در اینجا نهایت امر این است که شخص به غرض شخصی خود یا صفتی که برای شخص وی مهم بوده و دخلی

در مالیت و میزان ارزش کالا نداشته، دست نیافته است که این امر ضرر محسوب نمی‌شود و نمی‌توان برای رفع آن به لاضرر استناد کرد. (روحانی، ۱۴۲۹ق: ۴۷/۶)

برخی از فقیهان در این خصوص دیدگاه میانه را برگزیده و بر این عقیده‌اند که قاعده لاضرر نمی‌تواند دلیلی برای اثبات تمامی مصادیق خیار رؤیت به شمار رود، بلکه در مواردی که فقدان وصف مزبور، ضرر به شمار می‌رود می‌توان به این قاعده استناد کرد؛ اما در صورتی که فقدان وصفی که ببع کالا بر اساس آن صورت گرفته، موجب ورود ضرر و نقص قیمت مال نشود و قیمت پرداختی با ارزش کالای فاقد وصف مزبور، مساوی باشد، امکان استناد به لاضرر برای اثبات خیار مذکور وجود نخواهد داشت. (اراک، ۱۴۱۴ق: ۲۸۶)

برخی از فقیهان نیز با این استدلال که بخشی از ثمن در برابر اوصاف موردنظر طرفین قرارداد قرار دارد و در حقیقت ثمن علاوه بر خود موضوع معامله به اوصاف آن نیز تعلق گرفته و وصف نیز در تعیین قیمت مبیع دخالت داشته است و در نتیجه فقدان آن موجب ورود ضرر به شخص شده و این ضرر باید به‌طریقی جبران شود، برای جبران آن به قاعده لاضرر استناد کرده و خیار را برای زیان‌دیده ثابت دانسته‌اند. (ایروانی، ۱۴۰۶ق: ۴۷/۲)

۳-۳- ارتکاز عقلا

ارتکاز عقلا نوعی ادراک و شعور ناخودآگاه نسبت به معلوماتی است که به عمق ذهن عقلا رسوخ کرده است، به گونه‌ای که منشأ پیدایش آن برای آنان به تحقیق روشن نیست؛ چه طبق آن، در خارج سلوک عملی تحقق یافته باشد و چه تحقق نیافته باشد. به بیان دیگر، ارتکاز عقلا علم به معلوماتی است که در ذهن آنان انباشته گشته و به آن توجه نمی‌شود و چه بسا این علم و شعور ناخودآگاه منشأ بسیاری از اعمال در نزد عقلا می‌شود که علت آن برای خودشان هم روشن نیست؛ برای مثال، کسی که در منطقه‌ای عرب‌زبان زندگی می‌کند، وقتی با لفظی عربی مورد خطاب قرار می‌گیرد، بلافاصله معنای آن لفظ به ذهنش خطور می‌کند و این به سبب همان علم ارتکازی او است. این ارتکاز عقلایی منشأ سیره عقلایی بوده و حجیت آن منوط به امضای شارع و یا عدم منع وی است. مرتکرات عقلایی ممکن است از فطرت یکسان انسان‌ها، یا از دین واحد، یا از مناسبات اجتماعی، فرهنگی و منطقه‌ای واحد ناشی شده باشد. (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۱۴۵)

به عقیده برخی فقیهان از آنجا که اساس تجارت، جز در موارد نادری که اعتنا نمی‌شود، بر انتفاع از عوضین استوار است، عدم وجود فریب کاری و تعابن در عقد، یکی از امور مطلوب برای طرفین قرارداد به شمار می‌رود که بایع و مشتری نسبت به آن توجه کافی دارند؛ بنابراین افراد پس از پرس و جو و دیدن کالاهای مختلف اقدام به خرید از فروشنده می‌کنند. بر این اساس از دید عقلا شرط نبود فریب در عقد یکی از شروط ارتکازی در هر قراردادی است. هرچند شرط مزبور در ضمن عقد بیان نشده، اما از آنجا که ارتکاز عقلای عالم بر چنین چیزی ثابت است، نیازی به ذکر اوصافی که موجب ایجاد رغبت در خریدار برای خرید کالای مزبور می‌شود نیز احساس نمی‌شود و عقلا در هنگام عقد بدون گفتن نیز به اوصاف مزبور توجه دارند. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۲۱۱) به عقیده برخی محکم‌ترین دلیلی که می‌توان به آن برای اثبات خیار رؤیت استناد کرد، بنای عقلا و شرط ارتکازی عقلانی است؛ چرا که این امر به‌وضوح در معاملات روزمره اشخاص حقیقی و حقوقی دیده می‌شود. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۲۱۱)

امام خمینی رحمته‌الله علی‌رغم عدم قبول استناد به ارتکاز عقلا برای اثبات خیار رؤیت، در این خصوص می‌فرماید: «اگر آن‌گونه که برخی از فقیهان از جمله شیخ انصاری گفته‌اند، ملاک ثبوت خیار در اینجا کشف فقدان اوصاف شرط شده در مبیع یا فقدان اوصاف مذکور توسط بایع در مبیع باشد، اعطای حق خیار مزبور امری عقلانی و مطابق با قواعد حاکم بر ابواب معاملات خواهد بود و از اقامه دلیل لفظی برای اثبات مشروعیت آن بی‌نیازیم. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۳۷/۴) ایشان این مسئله را نپذیرفته‌اند؛ اما می‌گویند: متفاهم عرفی از ثبوت خیار رؤیت در فرضی است که مبیع بعد از رؤیت، برخلاف تصور مشتری ظاهر شود، در این صورت بین مبیع معین، کلی در معین و مشاع تفاوتی نخواهد بود. همچنین طبق این مبنا خیار رؤیت متفاوت از خیار تخلف وصف خواهد بود.

۳-۴- حکم عرف

عرف، متضاد «نکر» بوده و عبارت از چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد و به آن خو گیرد و آرامش یابد. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۳۹/۹) همچنین عرف، عادت جاری بین

مردم است؛ اما عادت جاری نزد افراد خاص را عرف نمی‌گویند. (عبدالرحمان، بی تا: ۴۹۳) به عقیده برخی عرف در اصطلاح فقهی عبارت است از: «آنچه نفوس از نظر عقل به آن استقرار می‌یابند و وجدان، آن را قبول می‌کند.» (عبدالرحمان، بی تا: ۴۹۳) اما به نظر می‌رسد این تعریف کامل و همه‌جانبه نباشد؛ زیرا آوردن «شهادت عقل و وجدان سالم» در تعریف عرف از دو جهت نادرست است؛ عرف در زمان و مکان تغییر می‌یابد و چیزی که عقل یا وجدان سالم بدان شهادت دهند، قابل تغییر نخواهد بود؛ همچنین عرف به دو قسم صحیح و فاسد تقسیم می‌شود، ولی چیزی که وجدان سلیم بر آن شهادت دهد، فاسد نمی‌شود. (حکیم، ۱۴۱۸ق: ۴۰۸-۴۰۵)

پس می‌توان عرف را عبارت دانست از: «آنچه عادت مردم در خرید و فروش، اجاره و سایر معاملات بر آن قرار گرفته و متکلم می‌تواند کلام خود را با اعتماد بر آن، مطلق بیاورد.» (مغنیه، ۱۴۲۱ق: ۱۱۶/۶) برخی نیز عرف را «آنچه مردم به آن عادت دارند و بر آن سیر می‌کنند، از افعال یا اقوالی که بین آن‌ها شیوع دارد»، دانسته‌اند. (سبحانی، ۱۴۱۹ق: ۱۸۹) امام خمینی رحمته‌الله گاه از عرف عام با واژگانی مانند بنای عقلا، طرق عقلانی، امارات عقلانی و سیره عقلان نام می‌برند و در تعریف آن می‌نویسند: «امارات عقلانی آن چیزهایی هستند که عقلا در دادوستدها، تصمیم‌گیری‌ها و همه امور مربوط به خویش به آن‌ها عمل می‌کنند، به گونه‌ای که اگر شارع از عمل به آن‌ها ردع و منع کند، نظام جامعه از هم می‌پاشد و چرخه حیات اجتماعی متوقف می‌شود.» (خمینی، بی تا: ۱۰۵/۱)

عرف، پدیده‌ای است که فقهای شیعی از دیرباز با آن آشنا بوده و در کتاب‌های خود آن را به کار بسته و با واژه‌هایی از قبیل: اهل بلد، عادت قوم (مفید، ۱۴۱۳ق: ۶۱۶)، عادة الناس، عادة البلد (ابن براج، ۱۴۰۶ق: ۳۶۳/۱) و عرف (مفید، ۱۴۱۴ق: ۳۹) از آن یاد کرده‌اند. گروهی تأثیر زمان و مکان و عرف در زندگی انسان را امری روشن دانسته‌اند، به گونه‌ای که در تصمیم‌گیری‌ها و عملکردهای او نقش انکارناپذیری دارد و کمتر فقهی را می‌توان یافت که عرف در آرای فقهی وی تأثیر نداشته باشد. ایشان تغییر حکم را با تغییر عرف و عادت جایز دانسته، آن را با عنوان قاعده فقهی «العاده (تغییر الاحکام بتغییر العادات)» مطرح کرده‌اند.

(شهید اول، بی تا: ۱۵۱/۱)

«اگر کسی فتوهای فقها را با یکدیگر مقایسه کند و ضمناً به احوال شخصیه و طرز تفکر آنها در مسائل زندگی توجه کند، می بیند که چگونه سوابق ذهنی یک فقیه و اطلاعات خارجی او از دنیای خارج در فتوهایش تأثیر داشته، به طوری که فتوای عرب بوی عرب می دهد و فتوای عجم بوی عجم؛ فتوای دهاتی بوی دهاتی می دهد و فتوای شهری بوی شهری.» (مطهری، بی تا: ۱۸۱/۲)

حال که به صورت موجه جزئیة ثابت شد که عرف در فقه دخیل است و فقیهان در فرایند استنباط احکام شرعی به عرف توجه دارند، باید گفت که به عقیده برخی از فقیهان، اثبات خیار رؤیت نیازی به حکم شرعی و دلیل تعبدی ندارد، بلکه خیار مزبور، امری متعارف است و عرف به تنهایی می تواند دلیلی برای اثبات مشروعیت آن به شمار رود. (اراکی، ۱۴۱۴ق: ۲۸۶) بر این اساس در فرضی که مشتری بعضی از مبیع مثلی را ببیند و بر همان اساس معامله کند و باقی مبیع با آن بعض، منطبق نباشد، در باقی، خیار رؤیت خواهد داشت.

۳-۵- اجماع فقیهان

یکی از دلایلی که فقیهان در بیان مبانی این خیار رؤیت بیان کرده و برای اثبات مشروعیتش به آن تمسک کرده اند، اجماع یا تسالم فقیهان بر مشروعیت این خیار است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۵/۵؛ روحانی، ۱۴۲۹ق: ۴۷/۶؛ قمی، ۱۴۱۳ق: ۴۶۰/۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق: ۲۶۶/۱۷؛ قمی، ۱۴۰۰ق: ۲۷۸/۴؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۱۶-۱۳۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۸۰)

اجماع ادعائی مزبور از دو منظر مورد انتقاد فقیهان قرار گرفته است: اولاً برخی از فقیهان نسبت به اصل تحقق اجماع محصل در این خصوص اظهار تردید کرده اند (قمی، ۱۴۱۳ق، ۴۶۰/۳) و ثانیاً بر فرض ثبوت اجماع، آن گونه که برخی از فقیهان نیز بیان کرده اند، چنین اجماعی به دلیل مدرکی بودن، از درجه اعتبار ساقط است و نمی توان برای اثبات خیار رؤیت به آن استناد کرد. (روحانی، ۱۴۲۹ق: ۴۶/۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ق: ۲۶۶/۱۷) اجماع ادعایی این دسته از فقیهان نیز مستند به روایات، ارتکاز عقلا، قاعده لاضرر و... است و مدرکی یا محتمل المدرک بوده و از درجه اعتبار ساقط است.

نتیجه‌گیری

با بررسی دیدگاه‌های مطرح‌شده در خصوص ماهیت و احکام خیار رؤیت و تخلف و صف، می‌توان به این نتیجه دست یافت که دیدگاه فقیهانی چون حضرت امام علیه السلام که این دو خیار را جدای از هم و دارای دو ماهیت جداگانه می‌دانند، بر اساس مبانی، به واقعیت نزدیک‌تر است. چراکه اگر مبنای مشروعیت خیار رؤیت، تخلف از اراده متعاملین باشد خیار رؤیت و تخلف از وصف متحد خواهد بود؛ زیرا در این صورت زمانی خیار رؤیت ایجاد می‌شود که از اراده ضمنی موجود بین متعاملین تخلفی صورت گیرد و اراده ضمنی نیز تنها از طریق ذکر اوصاف یا شروط محقق می‌شود؛ اما اگر آن‌گونه که در این مقاله اثبات کردیم، مبنای مشروعیت آن، روایات، لاضرر و ارتکاز عقلا باشد، خیار تخلف شرط متفاوت از خیار رؤیت به حساب خواهد آمد.

بر این اساس در مقام جمع‌بندی و ارائه دیدگاه منتخب در تبیین مجرای هر یک از این دو خیار، باید گفت: خیار تخلف و صف مربوط به زمانی است که کالا با توصیف در متن عقد مورد معامله قرار گیرد؛ اما زمانی که با وصف خارج از عقد، یا تبانی طرفین بر وجود اوصاف قبل از عقد، یا رؤیت سابق مبیع و یا انجام عقد بر اساس جزئی از مبیع و قیاس باقی موضوع به همان جزء و انجام عقد مبتنی بر وجود صفت موجود در جزء، معامله صورت گیرد، مصداق خیار رؤیت خواهد بود و دیگر خیار تخلف از وصف جریان نخواهد داشت.

آنچه باعث شده قانون مدنی، دو خیار مزبور را در کنار هم و در یک بند ذکر کند، تشابه و همانندی زیادی است که در احکام و آثار این دو نوع خیار وجود دارد و این تشابه به حدی است که در فقه نیز بسیاری از فقیهان، عنوان مستقلی را به خیار تخلف و صف اختصاص نداده و احکام و آثار آن را در مبحث مربوط به خیار رؤیت بررسی کرده‌اند. بحث مزبور نه تنها از منظر علمی مفید و حائز اهمیت است، بلکه ثمره عملی نیز دارد؛ به‌عنوان نمونه در صورتی که شخصی در ضمن عقد، خیار تخلف و صف خود را ساقط کرده باشد، بر اساس دیدگاه منتخب ما نمی‌توان وی را از حق اعمال خیار رؤیت، منع کرد، در حالی که در فرض پذیرش نظریه وحدت دو خیار، باید قائل به سقوط هر دو قسم خیار مزبور با اسقاط یکی از آن‌ها در ضمن عقد شویم.

کتابنامه

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، ۱۴۰۶ق، المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن منظور، ابی الفضل محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، چ ۳، بیروت: دار الفکر.
۳. ابو غده، عبدالستار، ۱۹۸۵، الخيار و اثره فی العقود، کویت: مطبع مقهوی.
۴. اراکی، محمدعلی، ۱۴۱۴ق، الخیارات، قم: مؤسسه در راه حق.
۵. امامی، سیدحسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران: اسلامیہ.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۰ق، کتاب المکاسب (المحشی)، چ ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
۸. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، ۱۴۰۶ق، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. بحرانی، حسین بن محمد، ۱۴۲۱ق، سداد العباد و رشاد العباد، قم: کتاب فروشی محلاتی.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. جزری، ابن اثیر مبارک بن محمد، بی تا، النهاية فی غریب الحدیث و الاثر، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۲. جزیری، عبدالرحمن، ۱۳۹۲ق، الفقه علی مذاهب الاربعه، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۲، ترمینولوژی حقوق، تهران: احمدی.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱، تنوری موازنه، تهران: گنج دانش.
۱۵. جوادی آملی، عبدالله، ۱۳۹۶، کتاب الخیارات، قم: دارالاسراء للنشر.

١٦. حرّ عاملى، محمد بن حسن، ١٤٠٩ق، وسائل الشيعة، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
١٧. حسيني روحانى، سيدصادق، ١٤٢٩ق، منهاج الفقاهة، ج ٥، قم: انوار الهدى.
١٨. حسيني روحانى، سيدصادق، ١٤١٢ق، فقه الصادق عليه السلام، قم: مدرسه امام صادق عليه السلام.
١٩. حكيم، سيدمحمدتقى، ١٤١٨ق، اصول العامه للفقّه المقارن، ج ٣، قم: مجمع جهانى
اهل البيت عليه السلام.
٢٠. خمينى، سيدروح الله، ١٤١٠ق، كتاب البيع، قم: مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان.
٢١. خمينى، سيدروح الله، ١٤٢١ق، كتاب البيع، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار
امام خمينى رحمته الله عليه.
٢٢. خمينى، سيدروح الله، بى تا، انوار الهدايه فى التعليقه على الكفايه، تهران: مؤسسه تنظيم
و نشر آثار امام خمينى رحمته الله عليه.
٢٣. خمينى، سيدروح الله، بى تا، تحرير الوسيله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
٢٤. خمينى، سيدروح الله، ١٤٢٠ق، الرسائل العشره، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار
امام خمينى رحمته الله عليه.
٢٥. خمينى، سيدمصطفى، بى تا، مستند تحرير الوسيله، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار
امام خمينى رحمته الله عليه.
٢٦. خوانسارى، سيداحمد بن يوسف، ١٤٠٥ق، جامع المدارك فى شرح مختصر النافع،
ج ٢، قم: مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان.
٢٧. خوانسارى، محمد، بى تا، الحاشية الأولى على المكاسب، بى جا: بى نا.
٢٨. راوندى، قطب الدين سعيد بن عبدالله، ١٤٠٥ق، فقه القرآن، ج ٢، قم: كتابخانه آيت الله
مرعشى نجفى.
٢٩. سبحانى، جعفر، ١٤١٤ق، المختار فى أحكام الخيار، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٣٠. سبحانى، جعفر، ١٤١٩ق، مصادر الفقه الاسلامى و منابعه، بيروت: دار الاضواء.
٣١. سبزوارى، سيدعبدالأعلى، ١٤١٣ق، مهذب الأحكام، ج ٤، قم: مؤسسه المنار.

۳۲. سزوارى، محمدباقر بن محمد مؤمن، ۱۴۲۳ق، كفاية الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۳۳. صدوق، محمد بن على، ۱۴۱۳ق، من لا يحضره الفقيه، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۳۴. طاهرى، حبيب الله، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنى، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۳۵. طباطبايى بروجردى، سيد حسين، ۱۴۲۹ق، جامع أحاديث الشيعة، تهران: فرهنگ سبز.
۳۶. طباطبايى قمى، سيد تقى، ۱۴۱۳ق، عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب، قم: كتاب فروشى محلاتى.
۳۷. طباطبايى قمى، سيد تقى، ۱۴۰۰ق، دراساتنا من الفقه الجعفرى، قم: مطبعة الخيام.
۳۸. طوسى، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، تهذيب الأحكام، ج ۴، تهران: دار الكتب الإسلامية.
۳۹. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، ۱۴۱۰ق، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية المحشى - كلانتر، قم: كتاب فروشى داورى.
۴۰. عاملى (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين، بى تا، القواعد و الفوائد، قم: كتاب فروشى مفيد.
۴۱. عاملى (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين، ۱۴۱۰ق، اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية، بيروت: دار التراث.
۴۲. عبدالرحمان، محمود، بى تا، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بى جا: بى نا.
۴۳. فتح الله، احمد، ۱۴۱۵ق، معجم الفاظ الفقه الجعفرى، بى جا: بى نا.
۴۴. فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف، ۱۳۸۷ق، إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، قم: المطبعة العلمية.
۴۵. قاروبى تبريزى، شيخ حسن، ۱۳۸۰، النصيد فى شرح روضة الشهيد، قم: داورى.
۴۶. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومى قراردادها، تهران: چاپخانه بهمن.
۴۷. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۷۱، دوره مقدماتى حقوق مدنى، تهران: شركت انتشار با

همکاری بهمن برنا.

۴۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.

۴۹. کاشف الغطاء، علی بن جعفر، ۱۴۲۲ق، شرح خيارات اللمعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامية.

۵۱. لاری، سیدعبدالحسین، ۱۴۱۸ق، التعلیقة علی المكاسب، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

۵۲. مجلسی (دوم)، محمدباقر، ۱۴۰۶ق، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

۵۳. محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۵۴. مرکز اطلاعات و مدارك اسلامی، ۱۳۸۹، فرهنگ نامه اصول فقه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۵۵. مشکینی، میرزاعلی، بی تا، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا.

۵۶. مصطفوی، سیدمحمد کاظم، ۱۴۲۳ق، فقه المعاملات، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۷. مطهری، مرتضی، بی تا، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، قم: صدرا.

۵۸. مغنیه، محمدجواد، ۱۴۲۱ق، فقه الامام الصادق علیه السلام چ ۲، قم: مؤسسه انصاریان.

۵۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، ۱۴۱۳ق، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

۶۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، ۱۴۱۴ق، التذكرة باصول الفقه، چ ۲، بیروت: دار المفید.

۶۱. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهة، بی جا: بی نا.

۶۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، ۱۳۹۰ق، مختصر الأحكام، قم: دار القرآن الکریم.
۶۳. نجفی، شیخ محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۶۴. نجفی، شیخ محمدحسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۶۵. واسطی زبیدی، محب‌الدین، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر.
۶۶. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، ۱۴۲۶ق، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).