



مرکز مدیریت حوزه علمیه خراسان

مدرسه علمیه عالی نواب

پایان نامه سطح سه

رشته تخصصی فقه و اصول

عنوان:

بررسی تطبیقی نظریه فقهاء

در جریان خیار تأخیر و حیوان در بیوع کلی فی الذمه

استاد راهنما:

حجت الاسلام محمد جواد انصاریان

استاد مشاور:

حجت الاسلام سید موسی صدر

تدوین:

حسین ریحانی

سال تحصیلی:

۱۴۰۰-۱۳۹۹

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدیم:

«اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى فَاطِمَةَ وَآبِهَا وَبَعْلِهَا وَبَنِيهَا وَ سِرِّ الْمُسْتَوْدَعِ فِيهَا بَعْدَ مَا أَحَاطَ بِهِ عِلْمُكَ»

تقدیم به پیشگاه سرور جهانیان حضرت فاطمه زهرا E و اولاد پاک و طاهرینش که واسطه خلق و تنها

راه رسیدن انسان به سعادت و کمال و تنها راهنما برای انسان‌های عالم می‌باشند.

همچنین تقدیم به: پدر و مادر عزیز و مهربانم

که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی همواره یآوری دلسوز و فداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن

برایم بوده‌اند.

در پایان نیز تقدیم به: همسر، به پاس قدردانی از قلبی آکنده از عشق و معرفت که محیطی سرشار از

سلامت و امنیت و آرامش و آسایش برای من فراهم آورده است.

تشکر و تقدیر:

به مصداق روایت «مَنْ لَمْ يَشْكُرِ الْمُنْعِمَ مِنَ الْمَخْلُوقِينَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ»^۱ بسی شایسته

است، از تمام کسانی که برای پیشرفت علمی این جانب تلاش نموده‌اند؛ به‌ویژه از استاد فاضل و

ارجمند **حجت‌الاسلام والمسلمین محمد جواد انصاریان** به‌عنوان استاد راهنما که همواره

نگارنده را مورد لطف و محبت خود قرار داده‌اند، کمال تشکر را دارم؛

همچنین از استاد گرامی **حجت‌الاسلام والمسلمین سید موسی صدر** که در تدوین این پایان‌نامه

با مشاوره‌های سازنده خود که بسیاری از سختی‌ها را برایم آسان‌تر نمودند و مرا یاری رساندند، تقدیر

و تشکر می‌نمایم.

به امید اینکه خداوند رحمان و رحیم، به ما توفیق خدمتی سرشار از شور و نشاط و همراه و همسو با

علم و دانش و پژوهش جهت رشد و شکوفایی ایران کهن سال عنایت بفرماید. (انشاء الله)

^۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۶، باب ۱۸، حدیث ۱۵.

چکیده:

از جمله فعالیت‌های اقتصادی که فراوان صورت می‌پذیرد، معامله بیع است. بیع از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، به همین جهت در کتب فقهی، بیشترین مباحث را به خود اختصاص داده است. بیع به اعتبارات مختلف، تقسیماتی دارد. تقسیم بیع به اعتبار مبیع، شخصی و کلی است و غالب معاملاتی که در سطح کلان بین تجار صورت می‌پذیرد، به شکل کلی در ذمه است و نسبت به جریان خیار تأخیر و حیوان در بیع کلی در ذمه، دو دیدگاه وجود دارد.

برخی از فقیهان معتقدند خیار تأخیر و حیوان در بیع کلی در ذمه جاری نمی‌شود، به خلاف این نظریه، برخی خیار را ثابت دانسته‌اند. فقیهانی که موافق عدم جریان خیار تأخیر در بیع کلی‌اند، به‌طور کلی یا دلیلی بر این مدعا اقامه نکرده‌اند، یا تمامی ادله را ذکر نکرده‌اند و بعضی مانند شیخ انصاری⁸ از بررسی کلمات فقیهان و بررسی قاعده لا ضرر از یکسو و بررسی نصوص از سوی دیگر نسبت به خیار تأخیر فرموده: تأمل در ادله و کلمات فقها «**یشرف الفقیه علی اعتبار کون المبیع معیناً**» و همچنین نسبت به خیار حیوان فرموده: موضوع در روایات خیار حیوان، اگرچه ظهور ابتدایی آن شامل جمیع اقسام حیوان از جزئی و کلی می‌شود، ولی با دقت نظر در ادله، روشن می‌شود که مراد از حیوان، حیوان جزئی و ادله انصراف به جزئی دارد.

نگارنده با بررسی این مسئله به روش تطبیقی، با مطالعه و استقصاء در کتب فقهی قدماء، متأخرین و معاصرین امامیه به این نتایج دست یافته که عبارت‌اند از: ۱. اصل اختلاف بین نظریات، بازگشت به استظهار از روایات دارد. ۲. اکثر فقیهان، کلامشان مطلق است و تفصیل بین مبیع (شخصی و کلی) نداده‌اند. ۳. ادعای اجماع نسبت به اختصاص خیار تأخیر به مبیع شخصی، درست نیست، چون تا قبل از شیخ طوسی فقهی تصریح به مبیع شخصی نکرده و فقیهانی که مبیع شخصی را شرط دانسته‌اند، مستندشان کلام شیخ طوسی است و شهید اول شرط مبیع معین را، فقط به شیخ طوسی نسبت داده. ۴. در بعضی روایات خیار تأخیر عنوان الشیء والبیع (مبیع) ذکر شده، این دو عنوان عمومیت دارند و شامل مبیع کلی در ذمه می‌شوند. ۵. با توجه به اینکه ادله خیار حیوان مطلق است، دلیلی بر ادعای انصراف به حیوان شخصی وجود ندارد، خصوصاً با ملاحظه اینکه خیار حیوان در بعضی احادیث همراه خیار مجلس که در بیع کلی در ذمه جاری است، ذکر شده. ۶. فقیهانی که خیار تأخیر و حیوان را مختص به اعیان شخصی و معین دانسته‌اند، دقت عقلی در نصوص کرده‌اند و تصور کردند، چون کلی در ذمه در خارج بالفعل موجود نیست، بر آن شیء اطلاق نمی‌شود، حال آنکه وجود هر شیء‌ای به حسب خودش است، کلی در ذمه در ظرف خودش یک نوع وجود اعتباری دارد و در صحت بیع کلی، تحقق مصداق فعلی شرط نیست، بنابراین نظریه تعمیم خیار به حق نزدیک‌تر است.

کلیدواژگان: بیع، کلی فی الذمه، خیار تأخیر، خیار حیوان

فهرست مطالب

بخش اول:
کلیات و مفاهیم
فصل اول:
۱-۱- پیشگفتار:
۱-۲- تبیین مسئله:
۱-۳- ضرورت تحقیق:
۱-۴- سؤالات اصلی تحقیق
۱-۵- سؤالات فرعی تحقیق
۱-۶- پیشینه تحقیق:
۱-۷- فرضیه‌ها:
۱-۸- روش تحقیق:
فصل دوم: مفاهیم
۲-۱- عقد:
۱- در لغت:
۲- در اصطلاح:
۲-۱- تعریف اول:
۲-۲- تعریف دوم:
۲-۳- تعریف سوم:
۲-۲- بیع:
۱- در لغت:

..... ۲- در اصطلاح:

..... ۲-۱- تعریف اول:

..... ۲-۲- تعریف دوم:

..... ۲-۳- تعریف سوم:

..... ۲-۴- تعریف چهارم:

..... ۲-۵- تعریف پنجم:

..... ۲-۶- تعریف ششم:

..... ۲-۳- خیار:

..... ۱- در لغت:

..... ۲- در اصطلاح:

..... ۳-۱- تعریف اول:

..... ۳-۲- تعریف دوم:

..... ۳-۳- تعریف سوم:

..... ۳-۴- تعریف چهارم:

..... ۲-۴- تقسیم خیار:

..... ۲-۵- تعریف خیار تأخیر:

..... ۲-۶- تعریف خیار حیوان:

..... بخش دوم:

..... خیار تأخیر

..... فصل اول: بررسی اصاله اللزوم و بیع کلی فی الذمه

..... ۲-۱-۱- اصالة اللزوم:

..... ۱-۱- ادله اصاله اللزوم:

- ۱-۱-آیات:
- ۱-۲-روایات:
- ۱-۳-بنای عقلا:
- ۱-۴-استصحاب:
- ۲-۱-۲-اعتبار بیع کلی فی الذمه:
- ۲-۱-۲-حکم بیع کلی در ذمه:
- ۲-۲-اشکالات بیع کلی فی الذمه:
- اشکال اول:
- پاسخ اشکال اول:
- اشکال دوم:
- پاسخ اشکال دوم:
- اشکال سوم:
- پاسخ اشکال سوم:
- فصل دوم: دیدگاه‌ها در جریان خیار تأخیر در مبیع کلی فی الذمه:
- ۲-۲-۱-دیدگاه اول: عدم جریان خیار تأخیر.....
- ۱-۲-ادله دیدگاه اول: (مبیع عین خارجی یا کلی فی المعین باشد).....
- ۱-۱-اجماع:
- ۱-۲-حدیث لا ضرر:
- ۱-۳-روایات:
- ۲-۱-۲-دیدگاه دوم: جریان خیار تأخیر.....
- ۲-۱-قائلین دیدگاه دوم:.....

- ۲-۲-۲-دلیل دیدگاه دوم:.....
- 1-اطلاق روایات:.....
- ۲-اطلاق عبارات فقیهان:.....
- ۳-۱-۲-دیدگاه سوم:.....
- ۱-۳-قائلین دیدگاه سوم:.....
- ۲-۳-ادله دیدگاه سوم:.....
- ۲-۲-بررسی ادله دیدگاه اول توسط بعضی فقیهان:.....
- فصل سوم:.....
- ۱-۳-ارزیابی نظریات و نظریه منتخب:.....
- ۱-۱-۳-ارزیابی دیدگاه سوم (بطلان بیع):.....
- ۱-۱-تأیید نظریه بطلان بیع:.....
- ۱-۱-دلیل اول:.....
- ۲-۱-اشکال دلیل اول:.....
- ۳-۱-دلیل دوم:.....
- ۴-۱-اشکال دلیل دوم:.....
- ۵-۱-دلیل سوم:.....
- ۶-۱-اشکال دلیل سوم:.....
- ۷-۱-دلیل چهارم:.....
- ۸-۱-اشکال دلیل چهارم:.....
- ۲-۱-نقد نظریه بطلان بیع:.....
- ۳-۱-نظریه منتخب در بیع:.....
- ۲-۱-۳-نظریه منتخب در جریان خیار تأخیر:.....

- شرایط خیار تأخیر:
۱. عدم قبض مبیع
۲. عدم قبض مجموع ثمن
۳. عدم شرط تأخیر (ثمن یا مثن) در متن عقد
۴. مبیع شخصی
- ۱-۲- بررسی ادله شرط چهارم (مبیع شخصی)
- قاعده لا ضرر:
- پاسخ دلیل لا ضرر:
- اجماع:
- پاسخ اجماع:
- روایات:
- پاسخ روایات:
- بخش سوم:
- خیار حیوان
- فصل اول:
- خیار حیوان:
- ۱-۱- موضوع خیار حیوان:
- ۱-۲- نظریه منتخب در موضوع خیار حیوان:
- ۱-۳- ادله ثبوت خیار حیوان:
- ۱-۴- اعتبار خیار حیوان:
- ۱-۱- قائلین دیدگاه اول:

- ۲-۱- ادله دیدگاه اول:.....
- ۱- اجماع:.....
- ۲-عمومات آیات:.....
- ۳-عمومات ادله خیار مجلس:.....
- ۴- روایات خیار حیوان:.....
- ۲-۴- دیدگاه دوم: اعتبار خیار حیوان برای متعاقدين.....
- ۱-۲- قائل دیدگاه دوم:.....
- ۲-۲- ادله دیدگاه دوم:.....
- ۱- اجماع منقول.....
- ۲- استصحاب جواز:.....
- ۳-۴- دیدگاه سوم: صاحب حیوان چه بایع و چه مشتری.....
- ۱-۳- دلیل دیدگاه سوم:.....
- ۴-۴- بررسی روایات باب خیار حیوان نسبت به اعتبار خیار حیوان:.....
- ۱-۴- دیدگاه اول در کیفیت دلالت روایات باب خیار حیوان:.....
- ۲-۴- دیدگاه دوم در کیفیت دلالت روایات باب خیار حیوان:.....
- فصل دوم: دیدگاه ها در جریان خیار حیوان در مبيع کلی فی الذمه.....
- ۱-۲- دیدگاه اول: عدم جریان خیار حیوان در مبيع کلی فی الذمه.....
- ۱-۱- ادله دیدگاه اول:.....
- ۱- انصراف روایات:.....
- ۲- حکمت اعتبار خیار حیوان:.....
- ۲-۲- دیدگاه دوم: جریان خیار حیوان در مبيع کلی فی الذمه.....
- ۱-۲- ادله دیدگاه دوم:.....

- ۱- اطلاق ادله:
- ۲- تقارن خیار حیوان و مجلس:
- فصل سوم:
- ۳-۱- ارزیابی دیدگاه اول:
- ۱-۱- پاسخ دلیل اول (انصراف):
- ۱-۲- حکمت خیار حیوان:
- ۲-۱- تعریف حکمت:
- ۲-۲- خصوصیات حکمت حکم:
- ۲-۳- دیدگاه‌ها نسبت به حکمت (معمم و مخصص):
- ۲-۴- پاسخ دلیل دوم (حکمت):
- فصل چهارم: فروع خیار حیوان
- ۴-۱- زمان انتقال مالکیت در بیع حیوان کلی در ذمه:
- ۱-۱- دیدگاه اول (مشهور):
- ۱-۲- ادله دیدگاه اول:
- ۱- عمومات آیات شریفه:
- ۲- سیره:
- ۳- روایات باب خیار حیوان:
- ۱-۲- دیدگاه دوم:
- ۲-۱- ادله دیدگاه دوم:
- ۴-۲- حکم ضمان مبیع (حیوان کلی) بعد القبض:
- ۲-۱- قاعده:
- ۲-۲- عبارات فقهاء:

نتیجه گیری:

منابع و مأخذ



بخش اول:
کلیات و مفاهیم



فصل اول:

1-1- پیشگفتار: دادوستد، از کهن ترین ارکان تمدن بشری است و بیع تنها ناظر به بخشی از دامنه دادوستد

است.

درباره عقد بیع در دادوستدهای رایج میان عرب پیش از اسلام، باید گفت که قدیم ترین نمونه های قوانین مربوط به بیع، در برخی نوشته های برجای مانده از ملوک سبا و مارب در حدود ۳۰۰ سال پیش از ظهور اسلام به چشم می خورد. نظر در موضوعات جزئی و دقیق مورد بحث، همچون وظایف خریدار و فروشنده، حکم حیوان تلف شده پیش از قبض، اختیارات و مانند آن، به خوبی گویاست که چه اندازه موضوع احکام بیع در معاملات آن عصر شایان اهمیت بوده است.^۲

علم فقه از آغاز ظهور و گسترش اسلام و تعالیم آن، از نخستین علمی بوده که مورد توجه اندیشمندان قرار گرفته است. فقه اسلامی به مرور زمان دامن خود را گسترده تر کرد و موضوعات مختلفی را در حیطه مباحث علمی به خود گرفت و به تدریج از وسیع ترین علوم اسلامی گردید که همواره مورد تحصیل و تدریس بوده است. فقه در این ادوار تاریخی برابر با نیازهایی که جامعه خود را به فقه عرضه می کرد، یا فقه بر جامعه عرضه می شد تطوراتی داشت. آنچه فعلاً مرسوم است و در حوزه های علمی مطرح است، روشی است که در طی این چند قرن، محقق حلی صاحب شرایع تدوین کرده است. محقق حلی، کتاب شرایع را در قالب چهار باب: عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تدوین کرده.

در مجموعه تعالیم مدون فقهی، بیع در مبحث معاملات و عقود جای گرفت و همواره زمینه ساز گسترش احکام جزئی مربوط به عقود بود.

بیع از جهات گوناگون قابل تقسیم است. در میان عقود، عقد بیع بیشترین تقسیمات را دارا است. در فقه اسلامی عقد بیع بر چهار رکن استوار است که هر یک دارای شرایط خاصی است که نبود هر یک، سبب خواهد شد که عقد بیع برقرار نگردد. ۱. ایجاب و قبول. ۲. متبایعین. ۳. مبیع. ۴. ثمن

۲. علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص: ۶۱۴.

بر عقد بیع، آثار متعددی مترتب می‌شود. نخستین اثر بیع، تبدیل در مالکیت است. مشتری مالک مبیع و نمائات و منافع آن و بایع مالک ثمن می‌شود؛ به نحوی که می‌تواند بر اساس قاعده تسلیط، هرگونه تصرفی در آن‌ها داشته باشند. از جمله این تصرف‌ها، انتقال به غیر یا معاوضه و فروش آن‌هاست؛ حتی اگر قبض و اقباض یا تسلیم مبیع به خریدار صورت نگرفته باشد.

اقباض یا تسلیم نیز همان است که بایع، مبیع را به تصرف مشتری درآورد، به نحوی که بتواند در آن هرگونه تصرف و انتفاع داشته باشد. تسلیم زمانی تام و تمام است که در زمان و مکان مقرر در عقد و مطابق شرایط از پیش تعیین شده باشد.

اثر دیگر عقد بیع، تعهداتی است که برای هر یک از طرفین در ضمانت جنس مورد معامله و بهای آن ایجاد می‌گردد. چنانچه پس از عقد بیع و قبض ثمن معلوم شود که همه مبیع یا جزئی از آن متعلق به غیر بوده است، پس از رد مالک و اخذ مبیع، مشتری حق دارد به بایع رجوع کرده، ثمن را از وی بستاند. در صورتی که به فساد بیع جاهل باشد، بایع باید از عهده خسارت‌هایی که از این ناحیه به مشتری وارد آمده است، برآید. در صورتی که ثمن نیز مال غیر بوده، همین قاعده حاکم است. تعهد بایع بر ارائه مبیع بنا بر شرط‌های مورد توافق و تعهد مشتری بر تأدیة ثمن، یکی دیگر از آثار بیع است. به واسطه آن، هر یک از بایع و مشتری می‌توانند یکدیگر را به ایفاء تعهد بر اساس آنچه در ضمن عقد مقرر شده است، وادار نمایند.^۳

افزون بر شرایطی که متبایعین خود می‌توانند ضمن عقد تعیین کنند، برخی شرایط دیگر نیز در فقه اسلامی مقرر شده است که به اقتضای آن، هر یک از متبایعین از حق فسخ معامله برخوردار می‌شود.

حق فسخ توانایی شخص برای از بین بردن اثر عقد است، به گونه‌ای که از زمان اعمال آن، مبیع به مالک قبلی یعنی بایع و ثمن به مشتری بازگردد. در صورتی که حق خیار برای کسی در میان نباشد، عقد بیع، لازم خواهد بود. لزوم عقد بیع برخاسته از قاعده اصالة اللزوم در عقود است.

بنابراین بیع، از بین جمیع فعالیت‌های اقتصادی، از نقش و جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، همان‌طور که خود بیع بسیار مهم هست، احکام آن هم بسیار مهم است. یکی از احکام بیع، مسئله خیار است.

^۳. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، ص: ۱۹۵.

بحث خیار از مهم‌ترین مباحث بیع است، چون از جایگاه وسیعی برای تحقیق و دقت و اقامه دلیل برخوردار است، به همین جهت بعضی از فقیهان امامیه در زمینه خیارات، کتاب مستقلی تألیف نموده‌اند.

۲-۱- تبیین مسئله:

از جمله احکام بیع، حق فسخ است. خیار در فقه اسلامی گاهی به صورت تأسیسی و گاهی به صورت تأییدی و امضایی است. خیارهای تأسیسی نظیر خیار مجلس، تأخیر، حیوان، در بین مردم قبل از شریعت اسلام سابقه‌ای نداشته که حق فسخ معامله اختصاصی داشته باشد به بیع حیوان یا درحالی که طرفین در مجلس معامله هستند خیار داشته باشند، این‌ها جزء ابداعات شارع مقدس است؛ اما خیار غبن، خیار رؤیت، خیار عیب، خیار شرط، خیارهای تأییدی و امضایی هستند.

خیار تأخیر ثمن و حیوان از جمله خیارات تأسیسی شارع مقدس است.

خیار تأخیر و حیوان در مبیع شخصی قطعاً جاری است، ولی آیا مخصوص مبیع شخصی است یا عمومیت دارد و مبیع کلی فی الذمه را هم شامل می‌شود؟ دو نظریه وجود دارد. اصل اختلاف بین دو نظریه بازگشت به برداشت از روایات دارد. شیخ انصاری و پیروانش استظهار کرده‌اند که خیار حیوان و تأخیر ثمن مختص موردی است که مبیع عین شخصی و معین باشد و شامل مبیع کلی نمی‌شود در مقابل این نظریه، برخی همانند مرحوم آقای خوئی، قائل به جریان خیار تأخیر و حیوان در مبیع کلی در ذمه شدند.

۳-۱- ضرورت تحقیق:

از آنجایی که غالب معاملات و خرید و فروش که در سطح کلان بین تجار صورت می‌گیرد به‌طور کلی در ذمه است و بین فقیهان در احکام خیارات آن اختلاف نظر وجود دارد، به همین جهت بسیار مناسب است که احکام خیارات و فسخ آن بررسی شود.

چه کاربردهایی از انجام این تحقیق متصور است؟

یک. اگر نظریه تعمیم خیار حیوان و خیار تأخیر ثابت شود، معاملات کلی فی الذمه که در سطح کلان بین تجار و مردم عادی صورت می‌گیرد، قابلیت فسخ و اعمال حق را دارد و این حق قانونی و شرعی است و در صورتی که معامله به مصلحت افراد نباشد، می‌توانند با رعایت شرایط هر یک از خیار حیوان و تأخیر آن را فسخ کنند....

دو. بازننگری و اصلاح در ماده ۳۹۸ و ۴۰۲ قانون مدنی که مربوط به خیار حیوان و تأخیر ثمن است.

۴-۱-سؤالات اصلی تحقیق

۱. ادله خیار حیوان اختصاص به مبیع شخصی دارد یا شامل مبیع کلی فی الذمه هم می شود؟
۲. ادله خیار تأخیر اختصاص به مبیع شخصی دارد یا شامل مبیع کلی فی الذمه هم می شود؟

۵-۱-سؤالات فرعی تحقیق

۱. آیا بیع کلی فی الذمه مورد تأیید شارع مقدس است؟
۲. خیار حیوان اختصاص به مشتری دارد، همانطور که نظر مشهور است یا شامل صاحب حیوان یا المتبایعان می شود؟
۳. زمان انتقال مالکیت در مبیع کلی در ذمه، به مجرد عقد است یا بعد قبض یا زمان اتمام خیار است؟

۶-۱-پیشینه تحقیق:

خیار حیوان و تأخیر از جمله خیارات تأسیسی شارع مقدس است و قبل از شریعت اسلام، سابقه ای بین مردم نداشته است.

فقه از جمله شیخ مفید در کتاب (المقنعه) به نحو مختصر بیان فرموده و سید مرتضی در کتاب الانتصار فرموده این دو خیار از مختصات امامیه است و دلیل آن را اجماع دانسته و اشاره ای به جریان یا عدم جریان خیار نسبت به مبیع کلی در ذمه نکردند.

فقیهان دیگر به تبع این دو فقیه در کتب فقهی خودشان، غالباً بعد از ورود به بحث بیع به بررسی احکام خیار پرداخته اند.

شیخ انصاری نسبت به خیار تأخیر فرمودند: «تأمل فی أدلّة المسألة و فتاوی الأوصحاب یُشرف الفقیه علی القطع باختصاص الحکم بالمعین»^۴.

شیخ انصاری ذکر کردند با تأمل در ادله خیار تأخیر و فتاوا برای فقیه قطع حاصل می شود که خیار تأخیر، اختصاص به مبیع معین دارد.

^۴. انصاری، مرتضی، المکاسب ج ۵، ص: ۲۴۶.

و نسبت به مسئله جریان خیار حیوان در مبیع کلی در ذمه می‌فرمایند: «هل يختصّ هذا الخيار بالبيع المعین كما هو المنساق فی النظر من الإطلاقات و مع الاستدلال له فی بعض معاهد الإجماع» كما فی التذکره^۵ بالحکمه الغیر الجاریه فی الکلی الثابت فی الذمه أو یعمّ الکلی كما هو المتراءى من النصّ و الفتوی؟^۶

شیخ انصاری نسبت به جریان خیار حیوان در مبیع کلی در ذمه به دو نظریه اشاره کرده و می‌فرمایند: نظریه اول: اختصاص خیار حیوان به مبیع شخصی و معین و این نظریه با تأمل و نظر در ادله به دست می‌آید. نظریه دوم: نظر ابتدائی به روایات و فتاوا، نظریه تعمیم خیار حیوان نسبت به مبیع کلی را ثابت می‌کند، چون اطلاق دارند.

شیخ انصاری بعد از اشاره به دو نظریه فرموده: قبل از ما، فقیهی به این مسئله اشاره‌ای نکرده و نظریه اختصاص خیار حیوان به مبیع شخصی و معین را قوی تر می‌داند.

همچنین آخرین کتابی که در حال حاضر تألیف شده تحت عنوان المختار فی احکام الخیار (سبحانی، جعفر) نسبت به مبیع کلی فی الذمه، خیار حیوان و تأخیر را ثابت نمی‌داند.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در ماده (۳۹۸ و ۴۰۲) به خیار حیوان و تأخیر پرداخته و در ماده ۴۰۲ برای خیار تأخیر چنین بیان می‌کند: هرگاه مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد...

روشن است که قانون‌گذار تصریح دارد که خیار تأخیر جایی که مبیع عین شخصی یا در حکم آن باشد، ثابت است و ذکری از مبیع کلی در ذمه نشده و در ماده ۳۹۸ نسبت به خیار حیوان بیان می‌کند: اگر مبیع، حیوان باشد، مشتری تا سه روز از حین عقد، اختیار فسخ معامله را دارد. لفظ حیوان اگرچه در قانون مطلق ذکر شده، ولی برداشت حقوقدانان یکسان نیست و بعضی قائل شدند که خیار حیوان در مبیع کلی ثابت نیست؛^۷ برخلاف چنین برداشتی از ماده ۳۹۸ قانون، بعضی از حقوقدانان از اطلاق کلمه حیوان، استفاده نموده‌اند که خیار حیوان در مبیع کلی، در ذمه ثابت است.^۷

۵. همان، ج ۵، ص: ۲۲۴ و ۲۲۵.

۶. کاتوزیان، ناصر، شرح قانون مدنی، ماده ۳۹۸.

۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص: ۴۷۶. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، ج ۴، ص: ۱۲۸.

۷-۱- فرضیه‌ها:

بیع کلی فی الذمه مورد تأیید شارع است.

روایات خیار حیوان اطلاق دارند و شامل مبیع کلی فی الذمه می‌شوند.

خیار تأخیر تعمیم دارد و مختص به عین شخصی نیست.

زمان انتقال مالکیت در مبیع کلی در ذمه، به مجرد عقداست.

۸-۱- روش تحقیق:

تحقیق حاضر، تحقیقی است نظری از نوع تطبیقی که به صورت مقایسه‌ای و تطبیقی، به روش کتابخانه‌ای

بامطالعه و استقصاء در کتب فقهی قداماء، متأخرین و معاصرین امامیه باهدف توصیف مفاهیم و بررسی نظریات و

ادله مسئله، صورت پذیرفته است.

فصل دوم: مفاهیم

۱-۲- عقد:

۱- در لغت: به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است.

«أن الأصل الواحد في المادة: انضمام جزئين أو أجزاء و شدّها في نقطة معيّنة و يقابله الحلّ و هو فكّ العقد، مادياً أو معنوياً»^۸.

اصل و ریشه عقد، انضمام دو جزء یا اجزاء و محکم کردن آن در یک نقطه معین است و مقابل عقد، حل است و آن به معنای باز کردن عقده است و در امور مادی و معنوی به کار می‌رود. و اما مفاهیمی همچون: الأحكام و الإبرام و الشدّة و الغلظة و الوثوق، از آثار و لوازم عقد هستند^۹.

۲- در اصطلاح:

۱-۲- تعریف اول:

«أنّ العقد هو القرار المرتبط بقرار آخر». عقد یعنی: قرار مرتبط به قرار دیگر^{۱۰}.

۲-۲- تعریف دوم:

«شدّ أحد الالتزامين و عقده بالآخر». عقد یعنی: محکم و مرتبط شدن یکی از دو التزام به التزام دیگر (موجب به قابل)^{۱۱}.

۳-۲- تعریف سوم:

مطابق با ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.

^۸. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص: ۱۸۸.

^۹. همان؛ ج ۸، ص: ۱۸۸.

^{۱۰}. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، حاشیة کتاب المکاسب، ج ۴، ص: ۲۴.

^{۱۱}. خوئی، ابوالقاسم، محاضرات ج ۲، ص: ۶۷.