

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۶ (۳) فقه، پاییز و زمستان ۸۳، ص ۱۶۵-۱۸۵

خيار تعذر تسليم در فقه اماميه

عبدالحسين شيروى^۱

چکیده

شهيد اول در لمعه «خيار تعذر تسليم» را براي اولين بار در عداد ساير خيارات و به عنوان دوازدهمين خيار مطرح کرده است. فقهای بعدی از این ابتکار شهيد آنچنان که باید استقبال نکردند و این خيار همچنان مهجور باقی ماند و مانند ساير خيارات به طور مستقل مورد بررسی و تحليل قرار نگرفت، با این حال استناد به آن در موارد پراکنده ادامه پیدا کرد. این مقاله درصدد است بیان نماید که در چه مواردی در فقه اماميه به خيار تعذر تسليم استناد شده است؟ چرا تأثیر تعذر تسليم باعث ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر شده و به انفساخ عقد منجر نمی شود؟ و آیا خيار تعذر تسليم یک خيار مستقل در عرض ساير خيارات است یا اینکه خيار تعذر تسليم به ساير خيارات برمی گردد؟

کلید واژه ها خيار تعذر تسليم، فسخ، فقه اماميه، خيار تخلف شرط، خيار اشتراط، خيار عدم وفا به عقد.

طرح مسأله

حق فسخ به استناد تعذر تسليم در کتب قدما به صورت پراکنده دیده می شود ولی برای اولين بار در فقه اماميه شهيد اول در لمعه «خيار تعذر تسليم» را در عداد ساير خيارات و به عنوان دوازدهمين خيار مطرح کرد. با این وجود، فقهای بعدی از این ابتکار شهيد آنچنان که باید استقبال نکردند و این خيار به طور مستقل مورد بررسی و تحليل

۱. دانشيار دانشگاه تهران (مجمع آموزش عالی قم)

قرار نگرفت، ولی استناد به تعذر تسلیم در موارد پراکنده ادامه پیدا کرد. حتی انصاری در مکاسب که به تفصیل خيارات را مورد بررسی قرار داده، از بیان تفصیلی این خيار خودداری کرده و به تبعیت از فقهای مانند علامه حلی و محقق حلی تنها هفت خيار را مطرح کرده است.^۱

از طرف دیگر عبارت «خيار تعذر تسليم» در بردارنده يك معنای متضادی است زیرا وقتی تسليم مبيع يا ثمن متعذر شود ادامه و بقای عقد غير منطقی و غير عقلايی می شود، در حالی که قائل شدن به خيار مستلزم اين امر است که ادامه و بقای عقد منطقی و عقلايی است ولی طرف ديگر می تواند به دليل عدم دستيابی به عوض یا معوض عقد را فسخ کند. شاید همین معنای متضاد باعث شده که این خيار مهجور باقی بماند.

برای روشن شدن مفاد خيار تعذر تسليم ابتدا لازم است مهمترين مواردی که در فقه امامیه به این خيار استناد شده است مورد بررسی قرار گیرد. سپس تأثیر تعذر تسليم بر انفساخ عقد یا ایجاد حق فسخ مورد بحث و بررسی قرار می گیرد. در آخر استقلال خيار تعذر تسليم در قبال ساير خيارات بررسی می شود.

موارد استناد به خيار تعذر تسليم

مهمترین موارد استناد به خيار تعذر تسليم در فقه امامیه مورد بررسی قرار می گیرد.

الف) تلف مورد معامله قبل از قبض

زمانی که مورد معامله (مثل مبيع) قبل از قبض تلف می شود، طبیعی است که تسليم آن متعذر می شود. فقهاء تلف مبيع قبل از قبض را به چهار حالت تقسیم کرده است. چنانچه مبيع به آفت سماوی تلف شود، بيع منفسخ می شود زیرا امکان تسليم مبيع وجود ندارد و موضوع مشمول قاعده تلف مبيع قبل از قبض خواهد بود. این نظریه مورد قبول اکثریت فقهای امامیه قرار گرفته است (نک: آل بحر العلوم، ۱/۱۴۷-۲۰۶؛ بجنوردی، ۲/۷۷-۱۰۰).

در صورتی که مبيع توسط شخص ثالث تلف شود، اکثریت فقهاء معتقدند که معامله منفسخ نمی شود بلکه مشتری اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. زیرا از یک طرف

۱. این خيارات عبارتند از: خيار مجلس، خيار حيوان، خيار شرط، خيار غبن، خيار تأخير و خيار عيب.

خيار تعذر تسليم در فقه اماميه / ۱۶۷

تسليم مبيع امکان پذير نيست و از طرف ديگر امکان مراجعه به شخص ثالث براي مطالبه مثل يا قيمت مبيع تلف شده وجود دارد. در چنين مواردی مشتری می تواند به استناد تعذر تسليم معامله را فسخ کند و ثمن خود را مسترد نمايد يا از فسخ معامله خودداری، و برای مطالبه مثل يا قيمت به شخص ثالث مراجعه کند که در اين حالت پرداخت مثل يا قيمت جایگزین تسليم مبيع خواهد شد.

در صورتی که مبيع توسط بايع تلف شود، میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. گروهی همانند شيخ طوسی (۱۱۷/۲)، علامه حلی (تحریر الاحکام، ۱/۱۶۸)، محقق حلی (۳۰۸/۲)، صاحب جواهر (نجفی، جواهر الکلام، ۸۷/۲۴) اعتقاد دارند که در صورت تلف مبيع توسط بايع عقد منفسخ می شود، زیرا دلايل تلف مبيع قبل از قبض شامل مواردی می شود که مبيع توسط بايع تلف می شود. گروه ديگر معتقدند که مشتری مخير است عقد را به دليل تعذر تسليم فسخ کند و ثمن را مسترد نمايد يا به بايع مراجعه، و مثل يا قيمت مبيع را مطالبه نمايد. اين نظر مورد قبول گروه کثیری از جمله علامه حلی (قواعد الاحکام، ۸۷-۸۸/۲، تذکره الفقهاء، ۵۰۸/۱)، شهيد اول (الدروس، ۳/۲۷۱)، محقق کرکی (۱۶۸/۴)، شهيد ثانی (المسالک، ۳/۳۶۱) و انصاری (۲۷۶/۶) قرار گرفته است. اقلیتی نیز معتقدند که نتیجه بيع تمليک مبيع به مشتری است، چنانچه بايع ملک مشتری را تلف کند، ضامن مثل يا قيمت آن خواهد بود و بنابراین مشتری می تواند برای مطالبه مثل يا قيمت مبيع به بايع مراجعه نمايد. زیرا اين مورد منصرف از قاعده تلف مبيع، و داخل در قاعده اتلاف است و در اين حالت حق فسخ برای مشتری وجود نخواهد داشت.

بدین ترتیب هرگاه به دليل از بين رفتن مبيع تسليم آن به طور دائمی متعذر گردد، در موارد اتلاف ثالث بسیاری از فقهاء برای مشتری حق فسخ قائل شده اند، زیرا از یک طرف تداوم عقد امری منطقی و عقلايی است و از اين رو مشتری می تواند به ثالث مراجعه، و مثل يا قيمت مبيع را از وی مطالبه نمايد. از طرف ديگر چون تسليم مبيع توسط بايع متعذر است، مشتری اختيار فسخ معامله را خواهد داشت. برخی از فقهاء همین حکم را به موردی تسری داده اند که مبيع قبل از تسليم توسط بايع تلف شده است.

ب) نایاب شدن مبیع یا ثمن در زمان تحویل

چنانچه در زمان انعقاد عقد تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن به حسب متعارف امکان پذیر باشد، معامله صحیح خواهد بود. در چنین مواردی چنانچه بعداً تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن متعذر گردد، بسیاری از فقهاء معتقدند که طرف دیگر حق فسخ معامله را خواهد داشت. علامه حلی بیان کرده است که چنانچه در زمان انعقاد عقد مسلم، اِبه طور متعارف | مسلم فیه در موعد مقرر یافت می شده ولی به دلیل عارضه و آفتی مسلم فیه در سال موعود نایاب گردد، در این صورت عقد منفسخ نمی شود زیرا عقد به طور صحیح واقع شده و اِمتعاقباً | تسلیم متعذر شده است. شبیه اینکه کسی برده ای را خریداری می کند و برده مزبور از دست بایع فرار نماید. به اضافه اینکه مسلم فیه کلی بوده و به ذمه تعلق می گیرد و همانند موردی است که مشتری پس از انعقاد عقد مقلس شده و قادر نیست ثمن معامله را پرداخت نماید. ولی نظر دوم شافعی بر اینست که عقد منفسخ می شود زیرا سلم برای آن سال مشخص بوده و با نابودی محصول در آن سال عقد منفسخ می شود نظیر اینکه مقدار مشخصی از یک کپه محصول فروخته می شود و آن کپه محصول اقبل از قبض از بین می رود (تذکره الفقهاء، ۱/۵۵۵).

همچنین علامه حلی متذکر شده است که چنانچه وقت محصولی بگذرد و در آن مدت مبیع قابل تسلیم یافت نشود، عقد منفسخ نمی گردد بلکه مشتری اختیار دارد که عقد را فسخ کند یا تا زمان امکان تسلیم صبر نماید. چنانچه در روایت عبدالله بن بکیر از امام صادق سؤال شد که فردی نسبت به محصولی که به طور معمول موضوع سلم واقع می شود عقد سلم منعقد می کند و وقت محصول می گذرد و فرد مبیع را دریافت نمی کند، امام صادق (ع) فرمود: مشتری می تواند ثمن خود را پس بگیرد یا منتظر باشد^۱ (همانجا). در چنین موردی راه حل سومی نیز مطرح شده است و آن اینکه علاوه بر حق فسخ، مشتری اختیار داشته باشد که قیمت روز مسلم فیه را از بایع مطالبه نماید. شهید اول این نظریه را به استاد خود سید عمید نسبت داده (نجفی، جواهر الکلام، ۲۴/۳۳۸) که مورد تحسین شهید ثانی نیز قرار گرفته است (المسالک، ۳/۴۳۱).

۱. انه سأل عن رجل اسلف في شئ من سلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها و لم يستوف سلفه قال فليأخذ رأس ماله ان لينظره (حر عاملي، ۳۰۹/۱۸، حدیث ۱۴).

در خصوص ثمن، علامه حلی بیان کرده است که چنانچه ثمن معامله پولی باشد که گردش آن در دست مردم متوقف گردد، معامله باطل [منفسخ] می شود زیرا مشتری قادر نیست ثمن معامله را پرداخت نماید ولی اگر هنوز در گردش باشد ولی تسلیم آن متعذر گردد در این صورت بایع حق فسخ خواهد داشت (نهایة الاحکام، ۴۹۸/۲).

علامه حلی همچنین در تذکره این مسأله را مطرح کرده است که چنانچه مشتری قبل از تأدیة ثمن فراری شود در حالی که معسر است، در این صورت دو احتمال وجود دارد. احتمال اول اینکه بایع بلافاصله حق فسخ معامله را خواهد داشت زیرا تأدیة ثمن متعذر است و احتمال دوم اینکه مطابق با روایت^۱ بایع باید تا سه روز صبر کند و سپس اگر ثمن تأدیة نشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت. وی پس از این دو احتمال بیان می دارد که نظریة اول اقوی است زیرا روایت مذکور در موردی صادر شده، که مشتری توانایی پرداخت ثمن را دارد و شامل موردی نیست که مشتری فراری و معسر است (۴۷۳/۱)^۲.

ج) تعذر در اجاره

در صورتی که در عقد اجاره مستأجر به دلائل شخصی نتواند از عین مستأجره یا اجیر استفاده کند، این امر خللی به عقد اجاره وارد نمی کند و مستأجر موظف است اجاره بها را مطابق با عقد به موجر پرداخت کند. بدین جهت دو شهید متذکر شده اند که «(و عذر المستأجر لا يبطلها) و ان بلغ حدا يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو استأجر حانوتا فسرق متاعه) و لا يقدر على ابداله، لأن العين تامه صالحه للانتفاع بها فيستصحب اللزوم»^۳ (شهید ثانی، روضة البهیه، ۳۲۹/۴). اما چنانچه به دلیل بروز حوادث قهری مثل سیل، زلزله و... و یا بروز موانع شرعی (مثل بروز حیض در موردی که زنی برای نظافت مسجد اجیر شده باشد) نتوان از عین مستأجره یا اجیر منتفع شد، یا نتوان عین مستأجره یا اجیر را در اختیار قرار داد، در این صورت میان فقهاء اختلاف بروز کرده است که آیا اجاره به

۱. قال زواره للمباقر (ع) الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، يقول: حتى آتيك بثمانه؟ قال (ع) ان جاء بثمانه فيما بينه وبين ثلاثه ايام و الا فلا بيع له (شيخ كليني، ۱۷۱/۵، حديث ۱۱).

۲. «لو هرب المشتري قبل وزن الثمن و هو معسر مع عدم الاقباض احتمل ان تملك البايع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن و الصبر ثلاثه ايام للروايه و الاول اقوى لورودها في الباذل».

۳. كلمات داخل پراتنز از شهيد اول در لمعه و ساير كلمات از شهيد ثانی در شرح لمعه است.

دلیل تعذر خود به خود منفسخ می شود یا دو طرف می توانند عقد اجاره را فسخ نمایند. دو شهید در این خصوص به حق فسخ قائلند: «(و أما لو عم العذر كالتلج المانع من قطع الطريق) الذي استأجر الدابة لسوکه مثلا (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما)، لتعذر استيفاء المنفعة المقصوده حسا فلو لم يجبر بالخيار لزم الضرر المنفی، و مثله ما لو عرض مانع شرعی كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذ، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين ينقضی مده العذر» (همان، ۳۳۰). در این عبارت به استناد قاعدة لاضرر برای دو طرف حق فسخ مقرر شده است.

علامه حلی حکم به انفساخ داده است: «و لو كانت السن وجعه او اليد متأکله صحت، فان زال الالم قبل القلع، انفسخت الاجاره» (قواعد الاحکام، ۲/۲۸۸). در جامع المقاصد در شرح این عبارت بیان شده است که عقد اجاره در چنین مواردی منفسخ می گردد زیرا انجام کار در این موارد از دیدگاه شرع متعذر، و همانند جایی است که تسلیم غیر مقدور است (محقق کرکی، ۱۳۷/۷). شهید ثانی در شرح لمعه انفساخ را محتمل دانسته و دلیل آن را مشابهت این موارد با تلف مبیع قبل از قبض خوانده است که به انفساخ عقد بیع منجر می گردد (روضه البیہ، ۴/۳۳۰). همین نظریه مورد تأیید صاحب جواهر نیز قرار گرفته است (نجفی، جواهر الکلام، ۳۱۱/۲۷).

در صورتی که عین مستأجره قبل از تسلیم توسط غاصبی تصرف شود و تسلیم عین مستأجره توسط موجر متعذر گردد، در اینجا نیز علامه حلی قائل به حق فسخ برای مستأجر شده است که یا اجاره را فسخ کند و اجاره بهای خود را مسترد دارد یا اجاره را فسخ نکند و اجرت المثل آن را از غاصب مطالبه نماید (قواعد الاحکام، ۲/۲۸۹). محقق کرکی در تشریح این کلام بیان کرده است که در اینجا دو عنوان جمع می شود: تعذر تسلیم عوض که مستلزم حق فسخ است و اتلاف مال غیر که مستلزم ضمان ید و پرداخت اجرت المثل توسط غاصب است (۱۴۴/۷).

د) تعذر شرط ضمن عقد

چنانچه شرط فعلی در عقد گنجانده شود و مشروط علیه از انجام شرط خودداری نماید، بسیاری از فقهای امامیه اعتقاد دارند که ابتدا باید مشروط علیه به انجام شرط الزام گردد و در صورت تعذر الزام، مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. «يجب

الوفاء بالشرط ولا يتسلط المشروط له على الفسخ الا مع تعذر وصوله الى شرطه لعموم الامر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله، فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن اجباره، رفع امره الى الحاكم ليجبره عليه ان كان مذهبه ذلك، فان تعذر فسخ حينئذ ان شاء» (شهيد ثاني، روضة البهية، ۵۰۶/۳). اين نظريه مورد قبول صاحب جواهر (نجفی، جواهر الكلام، ۲۳/۲۱۹)، انصاری (۷۱/۶) و بسیاری از فقهای عصر حاضر است (طباطبایی، عروة الوثقى مع تعليق عدله من الفقهاء، ۴۶/۵). حتى محقق نراقی بیان نموده که در کتاب سرائر و غنیه این نظر به اجماع فقهاء نسبت داده شده است (ص ۴۴).

(و) سایر موارد تعذر تسليم

شهيد اول خيار تعذر تسليم را در عداد ساير خيارات مطرح کرده است: «خيار تعذر التسليم، فلو اشترى شيئاً ظناً امكان تسليمه ثم عجز بعد تخير المشتري» (اللمعة الدمشقية، ۱۱۰). شهيد ثاني در تشریح این کلام متذکر شده است مثل اینکه پرنده‌ای که عادت به برگشت داشته یا چارپایی که رها بوده فروخته شود ولی [اتفاقاً] پرنده برنگردد یا چارپا فرار کند، که در این موارد بیع همانند تلف مبیع قبل از قبض منفسخ نمی‌شود زیرا امکان انتفاع از چنین عقد بیعی وجود دارد و تعذر تسليم مبیع از طریق جعل خيار برای مشتری جبران می‌گردد (الروضة البهية، ۵۰۹/۳). ابن فهد حلی متذکر می‌شود که دو چیز عقود معاوضات محض را از عقودی مثل نکاح جدا می‌کند: حق حبس و دیگری حق فسخ در زمان تعذر تسليم (۴۱۴/۳). در باب اجاره نیز، زمانی که موجر از تسليم عين مستأجره امتناع می‌کند، گروهی از فقهاء اعتقاد دارند که ابتدا باید موجر را به تسليم عين مستأجره الزام کرد و در صورت تعذر تسليم، مستأجر حق خواهد داشت که معامله را فسخ کند. «اذا امتنع الموجر من تسليم العين المستأجرة يجبره عليه و ان لم يمكن اجباره للمستأجر فسخ الاجاره و الرجوع بالاجرة و له الابقاء و مطالبه عوض المنفعة الفائتة و كذا ان اخذها منه بعد التسليم بلا فصل او في اثناء المده و مع الفسخ في الاثناء يرجع بما يقابل المتخلف من الاجرة» (طباطبایی، عروة الوثقى، ۵۶۹-۵۷۰). همین نظریه توسط حکیم پذیرفته شده است که «لان مبنی المعاوضات علی التسليم، فمع تعذره يثبت الخيار» (۵۵/۱۲). «لو بذل المستأجر الاجرة او كان له حق ان يؤخرها بموجب

الشرط و امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجره يجبر عليه، و ان لم يكن اجباره، فللمستأجر فسخ الاجارة و الرجوع الى الاجرة» (امام خمینی، تحریر الوسیلة، ۱/۵۷۶).
 «لو ... امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجره يجبر عليه، و ان لم يكن اجباره، فللمستأجر فسخ الاجارة و الرجوع الى الاجرة (گلپایگانی، هدایه العباد، ۱/۴۲۰). «فان امتنع الموجر عن التسليم و لم يمكن اجباره عليه كان المستأجر بالخيار بين فسخ الاجاره و الرجوع بالاجرة دفعا للضرر و بين ان يبقى على الاجارة و يطالب المؤجر بعوض المنفعة و بدلها» (مغنیه، ۴/۲۷۳).

عده ای معتقدند که اگر در عقد مساقات عامل فرار کند، پس اگر فردی حاضر باشد عمل را به جای عامل انجام دهد یا حاکم شرع حاضر باشد که هزینه نگهداری و آبیاری درختان را از بیت المال پرداخت نماید، در این صورت مالک حق فسخ ندارد ولی اگر کسی نباشد که به جای عامل عمل را انجام دهد و حاکم شرع نیز صلاح نبیند که هزینه را از بیت المال تأمین نماید، در این صورت مالک می تواند به دلیل تغذیر انجام عمل، عقد مساقات را فسخ نماید. «و لو هرب العامل، فان تبرع بالعمل عنه احد او بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلا خيار و الا فللمالك الفسخ» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۳۲۲). مشابه این نظریه را محقق حلی بیان کرده است که «اذا هرب العامل، لم تبطل المساقاة فان بذل العمل عنه باذل او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه، فلا خيار، و ان تعذر ذلك، كان له الفسخ لتعذر العمل» (۲/۱۵۹).

دسته دیگری معتقدند که در صورت فرار عامل، حاکم شرع علیه عامل حکم صادر خواهد کرد و هزینه نگهداری و آبیاری درختان را از اموال مالک برمی دارد و اگر مالی نداشته باشد، در این صورت باید دید کسی حاضر است تبرعاً عمل را به جای عامل انجام دهد. در صورتی که کسی نباشد، در این صورت حاکم شرع می تواند به مالک اجازه دهد که به هزینه مالک برای نگهداری و آبیاری کسی را اجیر نماید و هزینه آن را به عنوان قرض برای عامل منظور نماید و در غیر این صورت مالک می تواند عقد را فسخ نماید. «و اذا هرب العامل او مات في المزارعه او المساقاة، حكم الحاكم عليه، و اخذ من ماله للعمل، لان لم يكن له مال و تطوع عنه بالعمل، و الا فللحاكم ان يأذن له في اراضه و ان لم يفعل و لم تكن الثمرة ظاهر جاز له الفسخ لتعذر العمل» (یحیی حلی، ۳۰۰).

طباطبایی موضوع تسليم احد العوضين را مطرح کرده و معتقد است که تسليم از متممات معاوضه، و مثل اينست که در عقد شرط شده است. در صورت امتناع از تسليم، طرف ديگر حق دارد که معامله را فسخ يا اجبار طرف را به انجام آن از حاکم شرع مطالبه نمايد. «ان التسليم عندهم من تتمات المعاوضه فکانه شرط فيها فيكون خيار تعذر التسليم ايضا بمقتضى القاعدة لا من باب الضرر و مقتضى هذا انه لو امتنع من التسليم جاز للاخر الاجبار و الفسخ مخيرا بينهما لا تعيين الاجبار و مع عدمه الرجوع الى الخيار و الالتزام به لا مانع منه» (حاشيه المكاسب، ۱۲۸/۲). سپس ضمن رد نظر کسانی که معتقدند تسليم عوضين ارتباطی به عقد ندارد، متذکر می شود که «و الانصاف ما ذکرنا من كونه من تتمات المعاوضه فيكون بمنزله الشرط و يكون الخيار فيه بمقتضى القاعدة» (همانجا). در اين اظهار نظر، تلاش شده که با اين استدلال که تسليم احد العوضين به منزله شرط ضمن عقد است، حق فسخ را برای مشروط له ايجاد کند.

«و لو امتنع احدهما او كلاهما و لم يمكن الاجبار... يَحتمل ثبوت الخيار و هو الأرجح و ليس الخيار للشرط الضمني بل هو خيار آخر ثابت عند العقلاء» (امام خميني، كتاب البيع، ۳۷۲/۵). در اين نظريه امکان فسخ قرارداد در صورت امتناع از تسليم احد العوضين پيش بينی شده است ولى مبنای آن تلقی عرفی در نزد عقلاء است که انتظار دارند چنانچه انجام تعهدات اصلى قرارداد توسط يکى از دو طرف انجام نشود، طرف ديگر بتواند عقد را فسخ و خود را از تعهدات آن رها نمايد.

تأثير تعذر تسليم بر عقد

وقتی عقد معوضی منعقد می شود تعهدات ناشی از آن به دو دسته اصلى قابل تقسيم است. گروه اول تعهدات اصلى ناشی از خود عقد است مثل تسليم مبيع يا ثمن در عقد بيع و دسته دوم تعهدات ناشی از شروط ضمن آنست که مشروط عليه را به انجام يا ترک فعلی ملزم می نمايد. در اين گفتار تأثير تعذر تسليم در اين دو گروه مورد بحث و بررسی قرار می گيرد که آیا تعذر تسليم منجر به انفساخ عقد می شود و يا به ايجاد حق فسخ برای متعهد له. بنابراین ابتدا تعذر تسليم نسبت به تعهدات اصلى مورد بحث و بررسی قرار گرفته و سپس تعذر در انجام شروط ضمن عقد تبیین خواهد شد.

الف) تعذر در انجام تعهدات اصلی عقد

چنانچه در عقود معوض انجام تعهدات اصلی ناشی از عقد متعذر گردد، مثل اینکه مبیع قبل از قبض تلف شود یا اجیر قبل از انجام عمل مورد اجاره بمیرد، آیا در چنین مواردی هنوز عقد باقی است تا برای جبران ضرر وارده به طرف دیگر قائل به حق فسخ برای وی شد یا اینکه با تعذر تسلیم عقد خود به خود منفسخ می‌شود؟ در تلف مبیع قبل از قبض اکثریت فقهای امامیه قائلند که چنانچه این تلف به آفت سماوی باشد، بیع منفسخ می‌شود. ولی در صورتی که این تلف ناشی از تعدی و تفریط بایع یا مستند به فعل ثالث باشد، در این صورت بسیاری قائلند که مشتری حق فسخ پیدا می‌کند.

به طور مسلم حق فسخ در صورتی مطرح می‌شود که عقد به صورت منعقد شده و با تعذر تسلیم تداوم عقد جنبه عقلایی و منطقی داشته باشد. با این حال اینکه در چه مواردی تداوم عقد جنبه عقلایی و منطقی دارد اختلاف نظر وجود دارد. شهید اول به طور کلی بیان می‌دارد که «فلو اشتري شيئا ظنا امكان تسليمه ثم عجز بعد تخير المشتري» (لمعه، ۱۱۰). مطابق با این کلام کلی، هرگاه به هر دلیلی تسلیم مبیع متعذر گردد، مشتری حق فسخ خواهد داشت. شهید ثانی در شرح این عبارت متوجه این مطلب شده که کلیت مسأله اشکال دارد زیرا در برخی از مواقع تداوم عقد جنبه عقلایی و منطقی ندارد و در چنین مواردی عقد منفسخ می‌شود و محلی برای فسخ باقی نخواهد ماند بدین جهت کلام شهید اول را به نحو زیر توجیه می‌کند که «لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع ولما لم ينزل ذلك منزله التلف، لا مكان الانتفاع به على بعض الوجوه جبر بالتخيير» (الروضه البهية، ۳/۵۰۹).

بر این اساس، اگر کالایی فروخته شود و تسلیم مبیع فعلاً متعذر گردد ولی امکان تسلیم یا تسلیم به طور متعارف برای آینده وجود داشته باشد، در این صورت حق فسخ مناسب‌ترین شیوه برخورد با تعذر تسلیم است. ولی اگر امکان تسلیم به طور متعارف وجود نداشته باشد، ولی به نحوی بتوان از مبیع متمتع شد، مثل اینکه مبیع برده‌ای باشد که فراری شده و امکان تسلیم آن وجود نداشته باشد، ولی امکان آزاد سازی آن به عنوان کفاره ممکن است، در این صورت نیز تعذر تسلیم می‌تواند به اختیار فسخ برای مشتری منجر گردد.

سؤالى كه مطرح مى شود اينست كه در كليۀ صور تعذر تسليم، تداوم عقد مى تواند توجيه داشته باشد زيرا در نهايت مثل يا قيمت جاىگزين خواهد شد. براى نمونه اگر بايع يا شخص ثالث مبيع را قبل از قبض تلف نمايد، در اين صورت بقاى عقد منطقي است زيرا مى توان بايع يا شخص ثالث را به پرداخت مثل يا قيمت ملزم كرد. در چنين مواردى مشتري حق فسخ خواهد داشت كه معامله را فسخ كند و يا مثل يا قيمت را از اتلاف كننده تقاضا نمايد. اين گرايش در برخى از كلمات فقهاء ديده مى شود. براى نمونه در اتلاف ثالث اكثريت فقهاء به اين سمت ميل پيدا کرده، ولى در اتلاف بايع تعداد كمتري به اين نظريه قائل شده اند. در حالى كه در تعذر تسليم مسلم فيه تنها تعداد بسيار اندكى به اين نظريه گرايش پيدا کرده كه در صورت تعذر مسلم فيه، مثل يا قيمت آن بايد به خريدار پرداخت گردد.

تعدادى از فقهاى اخير به اين امر گرايش پيدا کرده اند كه چنانچه تسليم مبيع، تأديه ثمن يا انجام ساير تعهدات اصلى متعذر گردد، عقد منفسخ مى شود و بنا بر اين محلى براى خيار تعذر تسليم باقى نخواهد ماند. براى مثال وقتى مبيع قبل از تسليم تلف مى شود، معامله منفسخ مى شود هر چند كه اين تلف به استناد فعل بايع، ثالث و يا به آفت سماوى باشد.

مير فتاح قاعده اى مطرح کرده، به نام «تعذر ايفائى عقد باعث بطلان آن مى شود»^۱ كه به بحث تعذر تسليم مربوط است. وى ذيل اين قاعده مى آورد كه چنانچه ايفائى تعهد متعذر گردد، مثل اينكه عوض معينى قبل از تسليم تلف شود، در اين صورت تداوم عقد باطل مى شود (يعنى عقد منفسخ مى شود). چنانچه فقهاء متذكر شده اند كه چنانچه منفعت در سكتى، حبس، اجاره، عاربه و صلح منافع، معين باشد و تلف شود، عقد مزبور باطل مى شود و همچنين در عقد بيع تلف مبيع يا ثمن معين باعث بطلان خواهد شد. دليل آن در كليۀ اين موارد اينست كه انجام تعهدات ناشى از عقد متعذر است در حالى كه غرض اصلى از انعقاد اين عقود رسيدن به مقتضى عقد است كه متعذر، و الزام تعهد به انجام آن تكليف خارج از طاقت است. مير فتاح پس از بيان اين قاعده كلي متذكر

۱. «تعذر الوفاء بالعقد مبطل له»

می شود که چنانچه تسلیم متعذر گردد ولی بتوان به دلیل قاعده اتلاف یا تسبیب کسی را مسؤول و ضامن آن تلقی کرد، در این صورت عقد باطل نشده و طرف دیگر می تواند معامله را به دلیل تعذر تسلیم فسخ نماید و یا فسخ نکند و برای جبران خسارت به اتلاف کننده مراجعه نماید. اما در مواردی که تعذر در ضمان کسی نیست، مثل اینکه ملک مورد مزارعه را آب گرفته و امکان زرع وجود نداشته باشد، در این صورت عقد باطل می شود (۳۹۹-۴۰۵/۲).

در بلغة الفقیة آمده است که انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض مطابق با قاعده است و بنابراین اولاً منحصر به تلف مبیع نیست و در نتیجه به اتلاف بایع یا ثالث نیز تسری پیدا می کند و ثانیاً اختصاصی به عقد بیع ندارد و در سایر عقود معاوضی نیز تسری پیدا می کند. دلیل این امر اینست که «مقتضی العقد هو تسلیط کل من المتعاقدين صاحبه علی ما کان مسلطاً علیه من تبدیل سلطنه بسلطنه فی المتعلق الموجب لحصول الربط بین العوضین ربط البدلیه، بحيث یقوم کل منهما مقام الآخر فی تعلق السلطنه الفعلیه به و حیث کان مفاد العقد ذلک وجب علی کل من المتعاقدين ایجاد ما هو علیه بعد العقد من التمکین الذی هو بمنزله الجزء الاخیر من العله التامه لحصول التسلیط الفعلی، و حیثذ فوجوب القبض و التسلیم انما هو من شؤون العقد و مقتضیاته، و لذا جاز لكل منهما الامتناع عن التسلیم حتی یحصل التقابض، و لو بالرجوع الی الحاکم عند التشاح. و علیه فبالتلف یتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بتمام مقتضی العقد» (آل بحرالعلوم، ۱۵۶-۱۵۷/۱).

در این استدلال که مورد قبول برخی دیگر از فقهاء نیز بوده است به تقابل بین عوضین توجه شده است.^۱ بر این اساس، مقتضای عقود معاوض ایجاد التزام دو جانبه در دو طرف عقد است، به نحوی که تعهد و التزام هر طرف به تعهد و التزام طرف دیگر گره

۱. ابن فهد حلی در المذهب البارع به تقابل عوضین توجه نموده است: «قد امتازت المعاوضه بأمر ... ففی المعاوضه المحضه لكل من المتعاضین المنع من تسلیم عوضه حتی یقبض العوض الآخر و له الفسخ عند تعذر التسلیم ... كما تمنع البایع من تسلیم السلعه حتی یقبض الثمن ... تقابل كل واحد من العوضین بكل العوض الآخر فی المعاوضه و ان فی المعاوضه لو تلف أحد العوضین قبل قبضه بطلت المعاوضه و انفسخ العقد» (۴۱۴/۳).

خورده است. بر همین اساس، در عقود معاوضی برای دو طرف حق حبس به وجود می آید و به رغم تملیکی بودن عقد بیع و تملیک آن به مشتری، بایع می تواند تسلیم مبیع را به تأدیة ثمن منوط نماید و مشتری نیز به طور متقابل می تواند تأدیة ثمن را به تسلیم مبیع محول نماید. بنابراین چنانچه تسلیم عوض یا معوض متعذر گردد و این تعذر دائمی باشد، در این صورت تداوم عقد از بین می رود. به عبارت دیگر چون عقد یک گره تلقی می شود، با تعذر تسلیم عوض یا معوض یک سر این گره باز شده است و در نتیجه گره دیگر باقی نمی ماند. خوبی در این رابطه مطرح می کند که «الدائر بین الناس بل ما یجری علیه بناهم أن التسلیم والتسالم فی المعاملات من مکملات المملکة بحیث أن العرف یری اجمالاً عدم حصول المملکة قبل التسلیم والتسالم ولذا یعبر عن ذلك فی الفارسیه بلفظ «داد وستد» و نعم التعبير هو و علی هذا فاذا تلف المبیع قبل التسلیم والتسلم یكون التلف من البایع فان ملکة مشتری لم تتم بعد علی العین وان كان مملوکاً له فی الجملة. و بعبارة أخرى ان البیع یفید المملکة والتسلم لیس شرطاً فیه و لكن السیرة قائمه علی کون التسلیم من مکملات البیع بمعنی أنه ینحل بدون التسلیم... بل نقول أن السیرة قائمه علی أن مشتری لا یلزم بدفع الثمن قبل دفع البایع المضمن الیه، بل یقول ما اعطیت لی شیئاً حتی اعطیک الثمن والا فالملکة حاصله حتی لو لم تکن هذه السیرة لکان التلف من مشتری لانه ماله» (مصباح الفقاهه، ۷/ ۶۰۱-۶۰۰).^۱ بنابراین قصد دو طرف در عقود معاوضی تسلط بر عوض و دسترسی به آنست و از این رو چنانچه این تسلط برای همیشه متعذر شود، تداوم عقد از بین خواهد رفت.

بجنوردی در قواعد الفقهیه به قاعده مهمی اشاره می کند تحت عنوان «بطلان کل عقد یتعذر الوفاء بمضمونه» که مشابه قاعده «تعذر الوفاء بالعقد مبطل له» است که در عناوین مطرح شده است و برخلاف آن، در قواعد الفقهیه به موضوع کلیت بیشتری داده شده است. در خصوص مفهوم این قاعده متذکر شده است که «أن المتعاقدين والمتعاملین اذا تعاقدا و تعاهدا و التزما مثلاً فی باب البیع بأن تكون هذه العین التي لاحدهما ملکاً للآخر بعوض ثمن المسمى من الآخر لصاحب تلك العین و مالکة، فالوفاء بهذه المعاهده عبارة

۱. کتاب مصباح الفقاهه تقریرات مرحوم خوبی است که توسط محمد علی توحیدی تقریر شده است.

عن أن صاحب العين يسلم تلك العين الى مالك الثمن، وكذلك الامر من طرف مالك الثمن. ففأؤه بهذه المعاملة معناه تسليم الثمن الى مالك تلك العين، و تسلم العين منه فاذا تعذر الوفاء بالمعنى المذكور تعذرا دائما، يكون مثل هذه المعاهده لغوا باطلا عند العقلاء، و لافرق بين أن يكون تعذر الوفاء من طرف واحد أو من طرفين، و فى كلتا صورتين تكون المعاملة باطله لان المعاهده من الطرفين و العقد قائم بكلا المتعاقدين فعجز أحدهما فى بطلان تلك المعاملة مثل عجز الطرفين و هذا الامر يجرى فى جميع العقود والمعاملات» (بجنوردى، ۲۶۵/۵). سپس مثالهای زیادی از بابهای گوناگون فقهی مطرح می‌کند که با تعذر وفا به آن عقود، عقد منفسخ می‌گردد.

نائینی این سؤال را مطرح می‌کند که آیا تعذر تسلیم موجب انفساخ عقد می‌گردد یا برای طرف دیگر حق فسخ به وجود می‌آورد. در جواب می‌آورد که تعذر تسلیم به دو نحو است: «ان قلت: تعذر التسليم لا يقتضى البطلان غايته ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري. قلت: لو بقى المال على قابليه التسليم غايه الأمر تعذر لعارض - كالأباق أو السرقة المرجو عوده، أو امتنع البائع عنه - نلتزم بالخيار. و أما لو لم يبق على صلاحية التسليم - كالتلف و ما فى حكمه - فلا معنى لخيار تخلف الشرط، لأنه بطل العوضيه و امتنع الوفاء بالالتزام الضمنى» (نجفی خوانساری، ۱۸۸/۲).

بنابراین اختیار تعذر تسلیم اصولاً باید محدود به مواردی گردد که تسلیم فعلاً متعذر است ولى به طور متعارف انتظار می‌رود که این تعذر بر طرف خواهد شد یا بايع از تسلیم خودداری می‌کند و اجبار وی به تسلیم امکان پذیر نیست. در چنین مواردی طرف دیگر می‌تواند معامله را به دلیل تعذر تسلیم فسخ کند یا معامله را فسخ نکرده و صبر نماید تا تعذر بر طرف شده و تسلیم انجام گیرد. در بلغة الفقیة آمده است که «لا يقال تعذر التسليم لا يقتضى الانفساخ بل غايته الخيار و التسلط على الفسخ. لانا نقول انما يتجه الخيار مع امکان التسليم وكون تعذره عارضا يمكن زواله كالأباق و السرقة مع رجاء العود. أما مع عدم بقای صلاحية التسليم للتلف و ما هو بمنزله فلا معنى للخيار مع بطلان العوضيه و امتناع الوفاء بما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامى من تسليم ما وقع العقد عليه» (آل بحر العلوم، ۱۷۲/۱). همچنین در کلام این فقیه سرقت، گم شدن یا غصبی که باعث گردد که تسلیم مبیع به صورت متعارف ممکن نباشد مثل تلف است: «يلحق بالتلف الظاهر فى

الهلكه، ما كان بحكمه مما يوجب تعذر التسليم كالسرقة و الضياع والغصب المتعذر استخلاصه من الغاصب على المختار، لوجود المناط الموجب لحل العقد وانفساخه من عدم تماميه مقتضاه» (همان، ۱/۱۸۰).

ب) تعذر در انجام شروط ضمن عقد

چنانچه شرط فعلی در عقد گنجانده شود این شرط انجام نگیرد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا مشروط له بلافاصله حق فسخ عقد را خواهد داشت یا اینکه تنها پس از الزام مشروط علیه و تعذر اجبار وی، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ نماید. فقهای امامیه به سه گروه عمده تقسیم شده‌اند. برخی معتقدند که نتیجه گنجاندن شرط در عقد ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر در صورت تخلف است و بنابراین مشروط له می‌تواند عقد را فسخ نماید، یا از انجام شرط صرف نظر نماید ولی نمی‌تواند اجبار مشروط علیه به انجام شرط را تقاضا نماید. این نظریه مورد قبول شیخ طوسی (المبسوط، ۲/۱۵۱)^۱، علامه حلی (تحریر الاحکام، ۱/۱۸۰)^۲ و شهید اول (الدروس، ۳/۲۱۴)^۳ قرار گرفته است.

گروه دوم اعتقاد دارند که گنجاندن شرط در عقد لازم موجب می‌شود که مشروط علیه به انجام شرط ملزم گردد و بنابراین چنانچه الزام مشروط علیه ممکن نباشد، در این صورت متعهد له حق دارد که معامله را فسخ نماید. «اذا تعذر الشرط [کما اذا شرط تسليم الثمن في يوم معين و لم يؤده في ذلك اليوم فظاهرهم [فقهاء] في مسائل البيع تخيير المشروط له بين فسخ العقد و امضائه» (محقق نراقی، ۴۵).

گروه سوم اعتقاد دارند که گنجاندن شرط در عقد لازم موجب لزوم شروط ضمن آن نیز خواهد شد و بنابراین مشروط له می‌تواند الزام مشروط علیه را به انجام شرط مطالبه نماید یا عقد را فسخ نماید. بنابراین حق فسخ برای مشروط له در عرض الزام مشروط

۱. «احدهما يجبر عليه اذن عتقه قد استحق بالشرط و الثاني لا يجبر عليه لكن يجعل البايع بالخيار. و الثاني أقوى.»

۲. «اذا شرط البايع عتق العبد صح البيع و الشرط فان اعتقه المشتري و الا ففي اجباره و جهان اقربهما عدم الاجبار فيتخير البايع.»

۳. «يجوز اشتراط سائق في عقد البيع، فيلزم الشرط في طرف المشروط، فان خل به فللمشترط الفسخ و هل يملك اجباره عليه؟ فيه نظر.»

علیه به انجام شرط است و نه در طول آن و از این رو صرف تخلف شرط باعث ایجاد حق فسخ می‌گردد. اگرچه الزام مشروط علیه متعذر نباشد. برخی مانند علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۱/۴۹۲) و محقق کرکی (۴/۴۲۲)، بجنوردی (۳/۲۶۸) و خویی (۷/۳۷۴-۳۷۳) به این نظریه قائلند. بجنوردی در این خصوص متذکر شده است که «هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار ام لا؟ فيه قولان... والاقوی هو الاول من جهة ان حق الخيار موضوعه تخلف المشروط علیه عن ایجاده لا عدم امکان وجوده و لو باجباره، فان لم يفعل باختياره فيتحقق موضوع الخيار و يوجد هذا الحق للمشروط له. و السر فی ذلك ما ذكرنا سابقا ان مرجع هذا الخيار - أي خيار تخلف الشرط - هو ان التزام المشروط له بهذه المعاملة فی ظرف ایجاد المشروط علیه ما التزم به فان لم يوجد فلا التزام من طرف الشارط فيكون مخيرا بين الفسخ و انفاذ المعاملة. و لا ينافي وجود هذا الحق مع وجود حق آخر له و هو حق اجباره للمشروط علیه بواسطة الاشتراط» (۳/۲۶۹-۲۶۸).

هر چند بسیاری از فقهاء معتقدند که تنها در صورت تعذر الزام مشروط علیه به انجام شرط مشروط له اختیار فسخ معامله را دارد، ولی بسیاری دیگر نیز اعتقاد دارند که مشروط له می‌تواند بلافاصله پس از تخلف شرط عقد را فسخ نماید و نیازی به طی مرحله الزام نیست هر چند که بسیاری از این گروه اعتقاد دارند که الزام مشروط علیه به انجام شرط در عرض حق فسخ برای مشروط له وجود دارد.

استقلال خيار تعذر تسليم

در اینکه آیا خيار تعذر تسليم یک خيار مستقل در عرض سایر خيارات است یا نه اختلاف نظر وجود دارد. محقق نراقی معتقد است که خيار تعذر تسليم در واقع خيار اشتراط است: «اذا تعذر الشرط كما اذا شرط تسليم الثمن في يوم معين و لم يؤده في ذلك اليوم فظاهرهم في مسائل البيع تخيير المشروط له بين فسخ العقد و امضائه ذلك الذي سموه في جملة الخيارات بخيار الاشتراط» (ص ۴۵). دلیل این گروه اینست که کلیه موارد خيار تعذر تسليم به تخلف شرط برمی‌گردد که در صورت عدم امکان الزام مشروط علیه بر انجام شرط، طرف دیگر حق فسخ پیدا می‌نماید. انصاری در کتاب خيارات به تبعیت از علامه حلی و محقق هفت خيار را مورد بحث قرار می‌دهد و متذکر

می شود که بقیهٔ اختیارات مستحق عنوان مستقلى نیستند (المکاسب، ۲۱۶). خویی به صراحت بیان نموده است که سایر اختیارات به خيار [تخلف] شرط برمی گردد (مصباح الفقاهه، ۵۶/۵).

به نظر می رسد که شهید اول اولین فقیه امامی است که خيار تعذر تسليم را در عرض سایر اختیارات مطرح کرده است (اللمعة الدمشقیه، ۱۱۰). برخی از فقهای معاصر نیز در کتب فتاوی خود خيار تعذر تسليم را به طور مستقل مطرح کرده اند. «خيار تعذر التسليم - فيما لو عجز البائع عن تسليم ما باعه كما اذا باع فرسا فهرب، فللمشتري الخيار في فسخ العقد» (گلیایگانی، مختصر الاحکام، ۱۲۱). «ان لا يتمكن البائع من تسليم المبيع، كما اذا شرد الفرس الذي باعه، فللمشتري فسخ المعاملة و يسمي هذا ب (خيار تعذر التسليم)» (سیستانی، ۲۷۷). همچنین در توضیح المسائل اکثر فقهای معاصر به خيار تعذر تسليم به عنوان یک خيار مستقل در عرض سایر اختیارات اشاره شده است (امام خمینی، توضیح المسائل، ۲۸۴؛ خویی، ۳۶۷؛ بهجت، ۳۹۰؛ منتظری، ۳۶۸).^۱

به نظر می رسد خيار تعذر تسليم در بسیاری از موارد به خيار تخلف شرط (خيار اشتراط) برمی گردد. تنها جایی که ممکن است خيار تعذر تسليم از خيار تخلف شرط دور شود، زمانی است که تسليم یکی از عوضین متعذر شود. چنانچه تعهد به تسليم عوضین ناشی از شرط بنایی و عرفی باشد، در این صورت موارد خيار تعذر تسليم به خيار تخلف شرط برمی گردد. چنانچه طباطبایی در حاشیه المکاسب به این امر نظر داده است که «بل الظاهر ان حکم تعذر التسليم لاحد العوضين ايضا كذلك بمعنى ان التسليم عندهم من تتمات المعاوضه فكأنه شرط فيها» (۱۲۸/۲). همین نظریه در مصباح الفقاهه نیز پذیرفته شده است: «و له ان يفسخ العقد لانه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح انه لو [لم] يتحقق التسليم من البائع بتعذر، فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم (توحیدی، ۶۰۴/۷).

اما اگر تسليم عوضين به شروط ضمن عقد بازگردد، در این صورت خيار تعذر

۱. در اکثر این کتب عبارتی شبیه به این عبارت و بدون توضیح بیشتر آمده است: «فروشنده نتواند جنسی را که فروخته تحویل دهد، مثلاً اسبی را که فروخته فرار نماید که در این صورت مشتری می تواند معامله را به هم بزند (خيار تعذر تسليم)».

تسلیم از خیار تخلف شرط جدا می‌شود و یک خیار مستقل تلقی می‌گردد. چنانچه صاحب جواهر کلیت بازگشت کلیه موارد تسلیم عوضین به شروط ضمن عقد را نفی می‌کند: «فانه قد یمنع استفاده الشرطیه من ذلك علی الاطلاق و الاثبت مثله فی النسیئه علی ان المراد من اشتراط الاجل هو عدم استحقاق المطالبه الیه فیعود الاستحقاق الذی هو حاصل من مقتضی العقد» (نجفی، ۳۳۸/۲۴). در جامع الشتات نیز همین مبنا پذیرفته شده است که همواره نمی‌توان تسلیم عوضین را به شروط ضمن عقد ارجاع داد و بنابراین تخلف از پرداخت ثمن در بیع نسیه به شرط ضمن عقد بر نمی‌گردد و تخلف از آن موجب خیار تخلف شرط برای بایع نخواهد شد و بایع تنها می‌تواند برای اخذ ثمن خود به مشتری مراجعه کند و نمی‌تواند معامله را فسخ کرده و مبیع را مسترد نماید (محقق قمی، ۱۹۱/۲-۱۹۲). بر این اساس برخی، مبنای مستقلی برای این خیار قائلند: «فان خیار تعذر التسلیم عقلائی، ولا فرق فیہ بین وجود العین و تلفها» (امام خمینی، کتاب البیع، ۳۸۷/۵). همچنین در مصباح الفقاهة آمده است که «وله أن یفسخ العقد لانه ثبت له خیار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمناً و هو تحقق التسلیم و التسلم و من الواضح أنه لو یتحقق التسلیم من البایع بتعذر فیکون للمشتري خیار تعذر التسلیم» (توحیدی، ۶۰۴/۷).

نتیجه

از دیرباز در کلمات فقها به استناد تعذر تسلیم برای طرف مقابل حق فسخ قائل شده‌اند. مهمترین مسأله‌ای که خیار تعذر تسلیم با آن درگیر است اینست که چرا تعذر تسلیم به انفساخ عقد منجر نشده و تنها باعث ایجاد حق فسخ می‌شود. اختیار فسخ عقد اصولاً در مواردی مطرح می‌شود که تداوم غیر منطقی و عقلایی است و به دلیل عدم دسترسی فعلی طرف مقابل به عوض برای وی حق فسخ جعل می‌گردد. مثل اینکه اسبی فروخته شود و بعد از فروش مشخص گردد که تسلیم آن فعلاً متعذر است ولی به طور متعارف این انتظار وجود دارد که تسلیم آن ممکن گردد. در این موارد می‌توان به استناد خیار تعذر تسلیم برای مشتری حق فسخ قائل شد. اما زمانی که مبیع به طور دائمی و برای همیشه متعذر می‌گردد - مثل تلف - یا تحقق تسلیم عرفاً غیر ممکن یا غیر عقلایی می‌نماید، در

این موارد حکم به تداوم عقد وجهی ندارد و عقد به دلیل تعذر تسليم منفسخ می شود. نکته مهم دیگر مطرح در خيار تعذر تسليم اينست که آیا این، خيار مستقلی است، در عرض سایر خيارات، یا اینکه خيار به سایر خيارات برمی گردد. به نظر می رسد اولین فقيه امامی که خيار تعذر تسليم را به طور مستقل و در عرض سایر خيارات مطرح کرده، شهيد اول در لمعه است. اکثریت فقهای بعدی هر چند در گوشه و کنار به استناد تعذر تسليم حکم به فسخ داده اند از ذکر و تشریح خيار مستقلی به نام خيار تعذر تسليم خودداری کرده اند. عده ای صریح تر بیان کرده اند که خيار تعذر تسليم در واقع همان خيار تخلف شرط یا خيار اشتراط است و لایق عنوان مستقلی نیست. این گروه برای ادعای خود تسليم و تسلیم عوضین را نیز به منزله شرط بنایی یا عرفی محسوب کرده و تخلف از آن را به معنای تخلف از شرط ضمن عقد تلقی کرده اند.

امروزه در کلام برخی از فقهاء از «خيار تخلف تسليم» صحبت به میان آمده است (خمينی، ۱۷۸/۲) که براساس آن صرف عدم تسليم عوضین باعث حق فسخ برای طرف دیگر خواهد شد، هر چند که اجبار طرف به تسليم ممکن باشد. به عبارت دیگر خيار تعذر تسليم شامل مواردی می شود که بايع از تسليم امتناع می کند هر چند که تسليم امکان پذیر است.

کتابشناسی

- آل بحر العلوم، سيد محمد، بلغة الفقيه، تهران، مكتبة الصادق، ۱۳۶۲ ش.
- ابن فهد الحلبي، المهذب البارع، قم، جامعة المدرسين، ۱۴۱۳ ق.
- امام خميني، سيد روح اله، تحرير الوسيلة، قم، دارالكتب العلمية، بی تا.
- همو، كتاب البيع، قم، مؤسسه اسماعيليان، بی تا.
- همو، توضیح المسائل، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- انصاری، شيخ مرتضی، المكاسب، تبریز، مطبعة اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
- بجنوردی، سيد محمد حسين، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادي، ۱۴۱۹ ق.
- بهجت، محمد تقی، توضیح المسائل، قم، شفق، بی تا.
- توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، قم، وجدانی، ۱۳۶۸ ش.

- حر عاملی، وسایل الشیعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۱۰۴ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة، قم، مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۴ق.
- خمینی، سید مصطفی، خبیرات، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خوبی، سید ابوالقاسم، کتاب الاجاره، قم، لطفی، ۱۳۶۵ش.
- همو، منہاج الصالحین، بیروت، دارالزهراء، بی تا.
- همو، توضیح المسائل، قم، مهر، ۱۴۱۲ق.
- همو، مصباح الفقاهه، نک: توحیدی، مصباح الفقاهه.
- سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبه، قم، مهر، ۱۴۱۴ق.
- شہید اول، الدروس الشرعیہ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- همو، اللمعة دمشقیة، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- شہید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، قم، جامعة النجف الدینیة، ۱۳۹۶ق.
- همو، مسالک الافہام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- شیخ طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، تہران، المکتبه المرتضویة، ۱۳۵۱ش.
- شیخ کلینی، الکافی، تہران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۷ش.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی، سید محمد کاظم یزدی، العروة الوثقی، تعلیقہ امام خمینی، قم، مکتبه الوجدانی، بی تا.
- همو، العروة الوثقی مع تعلیق عدہ من الفقہاء، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- همو، حاشیة مکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.
- علامہ حلی، نہایہ الاحکام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- همو، تحریر الاحکام، قم، مؤسسه آل البیت، بی تا.
- همو، تذکرۃ الفقہاء، تہران، مکتبه الرضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
- همو، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، مختصر الاحکام، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۴ق.
- همو، ہدایۃ العباد، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
- محقق حلی، شرایع الاسلام، تہران، منشورات الاعلمی، ۱۳۸۹ق.

- محقق قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
- محقق کرکی، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق.
- محقق نراقی، عوائد الايام، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، قم، قدس محمدی، ۱۴۰۲ق.
- منتظری، حسینعلی، توضیح المسائل، قم، تفکر، ۱۳۷۷ش.
- میر فتاح، العناوين الفقهية، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
- نجفی خوانساری، موسی، منية الطالب (تقریرات النائینی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- یحیی بن سعید الحلّی، الجامع للشرایع، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵ق.