

## حق فسخ عقد در صورت خودداری از تسلیم عوض در فقه امامیه

عبدالحسین شیروی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۴/۷/۲۶

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۵/۲/۲۰

### چکیده

چنانچه در عقود معوض یکی از طرفین از تسلیم عوض یا معوض خودداری کند، این موضوع مطرح می‌شود که آیا طرف دیگر می‌تواند صرفاً به دلیل عدم تسلیم عوض، عقد مزبور را فسخ کند؟ بیشتر فقهای امامیه یا متعرض این مسأله نشده‌اند یا تنها الزام طرف به تسلیم را مطرح کرده‌اند. فقهای قائل به حق فسخ به دو گروه عمده تقسیم می‌شوند: گروهی که حق فسخ را تنها پس از تعذر الزام پذیرفته‌اند و گروهی دیگر که حق فسخ و الزام را در ردیف یکدیگر قرار داده و به طرف اجازه داده‌اند متعهد را به تسلیم الزام یا عقد را فسخ کند. در این مقاله ضمن بیان دیدگاه‌های فقهای امامیه درباره حق فسخ در صورت امتناع از تسلیم، در عقود مانند بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و صلح، به این موضوع پرداخته شده که تا چه حد امکان فسخ به عنوان یک قاعده مدنظر بوده است.

**کلید واژه‌ها** فسخ، عقود معوض، فقه امامیه، خودداری از تسلیم و عدم پرداخت ثمن.

### طرح مسأله

در صورتی که در عقود معوض یکی از طرفین از تسلیم عوض یا معوض خودداری کند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا طرف دیگر می‌تواند عقد مزبور را به سبب عدم تسلیم فسخ کند؟ این مسأله به طور مشخص در عقد بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و صلح مطرح می‌شود.

در عقد بیع، تسلیم مبیع توسط بایع و تأدیه ثمن توسط مشتری از تعهدات اصلی عقد بیع است. سؤال این است که در صورت خودداری بایع از تسلیم مبیع، آیا مشتری می‌تواند عقد بیع را فسخ و کالای مورد نیاز خود را از سایر منابع تهیه کند و همچنین در صورت خودداری مشتری از تأدیه ثمن، آیا بایع می‌تواند عقد بیع را فسخ کند و مبیع را به شخص دیگری بفروشد؟

در اجاره نیز که تسلیم عین مستأجره توسط موجر و پرداخت مال الاجاره توسط مستأجر از تعهدات اصلی عقد اجاره محسوب می‌شود سؤال این است که در صورت امتناع موجر از تحویل عین مستأجره، آیا مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند؟ یا در صورت امتناع مستأجر از پرداخت اجاره‌بها، آیا موجر می‌تواند عقد اجاره را فسخ کند و مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد؟

همچنین در عقد مزارعه نیز که مالک متعهد است زمین را در اختیار عامل (کشاورز) قرار دهد و عامل نیز متقابلاً متعهد است که در آن زمین زراعت کند می‌توان پرسید که در صورت خودداری مالک از تحویل زمین به عامل، آیا عامل می‌تواند عقد مزارعه را فسخ و با فرد دیگری مزارعه کند؟ یا اگر زارع در ابتدای عمل یا در اثنای آن زراعت را رها کند، آیا مالک می‌تواند مزارعه را فسخ و زمین را برای کشت به فرد دیگری واگذار کند؟ نظیر همین سؤال در خصوص عقد مساقات نیز مطرح می‌شود که اگر مالک از تسلیم درختان به عامل خودداری کند یا عامل در ابتدای عمل یا در اثنای آن مراقبت و آبیاری از درختان را رها کند، آیا طرف دیگر می‌تواند عقد مساقات را فسخ کند؟ چنانچه صلح در مقام معاوضه باشد، مثل این که کسی خانه خود را در قبال پرداخت مبلغی پول به دیگری صلح کند، آیا در صورت امتناع یکی از طرفین از تسلیم خانه یا پرداخت عوض، طرف دیگر می‌تواند عقد صلح را فسخ کند؟

در این مقاله سؤالات فوق تحت عنوان یک مسأله کلی مطرح شده‌اند که آیا از دیدگاه فقهای امامیه، فسخ عقد معوض توسط یکی از طرفین در صورت امتناع از تسلیم توسط طرف دیگر امکان‌پذیر است یا نه؟ با توجه به این که بیشتر فقهای امامیه متذکر این قاعده کلی نشده‌اند، ابتدا ضروری است آرای آنان در بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و صلح بررسی شود و سپس مسأله به طور کلی مورد تجزیه و تحلیل قرارگیرد.

## ۱. عقد بیع

آیا در صورت امتناع بایع از تسلیم مبیع، یا امتناع مشتری از تأدیه ثمن، طرف دیگر می‌تواند عقد بیع را فسخ کند؟ برای ملاحظه دیدگاه فقهای امامیه در خصوص این موضوع، مسأله در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد: امتناع از تسلیم مبیع و خودداری از پرداخت ثمن.

### الف - امتناع از تسلیم مبیع

به عقیده بیشتر فقهای امامیه، در صورت عدم تسلیم مبیع، مشتری نمی‌تواند عقد بیع را فسخ کند، بلکه تنها می‌تواند الزام بایع را به تسلیم مبیع از حاکم شرع تقاضا کند. البته این دسته بزرگ از فقها معتقدند که در صورت امتناع بایع از تسلیم مبیع، مشتری می‌تواند از حق حبس استفاده کرده و متقابلاً از پرداخت ثمن خودداری کند مگر این که، تسلیم مبیع مؤجل باشد که در این صورت، مشتری باید ثمن را به بایع بپردازد. مهمترین استدلالی که برای این نظر مطرح شده، این است که عقد بیع تملیکی است و به محض انعقاد عقد، مبیع، ملک مشتری و ثمن، ملک بایع می‌شود. بنابراین، عدم تسلیم مبیع باعث تخلف از مفاد عقد نمی‌شود تا برای مشتری حق فسخ به وجود آید. شیخ انصاری ضمن رد مقایسه تسلیم احد العوضین با شرط فعل که به مشروط له حق فسخ می‌دهد، آن را با شرط نتیجه مقایسه کرده که به محض وقوع عقد محقق شده و تخلف از آن بی‌معنا می‌باشد تا جهت جبران آن حق فسخ مقرر گردد: «و هذا الكلام لايجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز لآخر فسخ العقد، لان كلا منهما قد ملك ما في يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم في جبران على ذلك بخلاف الشرط فان المشروط حيث فرض فعلا كالاتفاق فلامعنى لملكه، فاذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له ايضا نقضه» (مکاسب، ۲۸۵).

فقها موضوع عدم تسلیم را بیشتر در بیع سلم مطرح کرده‌اند. در بیع سلم، مبیع کلی فی الذمه بوده و برای تسلیم آن اجل مقرر شده است. بایع متعهد است مبیع را مطابق با شرایط مقرر در عقد در موعد مقرر به مشتری تحویل دهد. در صورت تأخیر بایع در تحویل مبیع، برخی از فقها به صراحت متذکر شده‌اند که مشتری حق فسخ معامله را دارد. محقق حلی در شرایط چنین گفته است: «اذا حل الاجل و تأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و بين الصبر»

(۵۵۷/۲-۵۵۸). شهید ثانی در مسالک در شرح این عبارت آورده است که کلام محقق حلی شامل مواردی می‌شود که تأخیر به دلخواه بائع انجام می‌گیرد و سپس بلافاصله بیان می‌کند که حکم صحیح در مسأله نیز همین است که در صورت امتناع بائع از تسلیم مبیع، مشتری حق داشته باشد که معامله را فسخ کند، همان‌طور که، اگر به دلایلی خارج از اراده بائع، تسلیم غیرممکن شود، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت (نک: ۴۳۰/۳-۴۳۱). محقق سبزواری بر نظر شهید ثانی صحه گذاشته و تصریح کرده که «و ان كان تأخر التسليم لعراض او من قبل البائع ثبت الخيار للمشتري بين الصبر و الفسخ» (کفایه الاحکام، ۱۰۳).

علامه حلی در *ارشاد الازهان* عبارتی مشابه عبارت محقق حلی دارد که: «و لو اخر التسليم فللمشتري الفسخ او الالزام» (۳۷۲/۱)، یعنی در صورت تأخیر بائع در تحویل مبیع، مشتری می‌تواند الزام بائع را به تسلیم مبیع تقاضا یا بیع سلم را فسخ کند. محقق کرکی در *تعلیقه بر عبارت فوق*، کلیت حق فسخ را برای مشتری حتی در صورتی که مورد سلم موجود بوده و امکان تسلیم آن فراهم باشد مورد اشکال قرار داده و متذکر می‌شود: «ظاهر العبارة مشکل، لان تأخر التسليم اما ان يكون مع وجود المسلم فيه و امکان تسلیمه فليس للمشتري فسخ، بل له الزامه بالتسليم او مع انقطاعه و تعذر تسلیمه و حينئذ يتخير بين الفسخ و اخذ الثمن» (نقل از نجفی، ۳۳۹/۲۴). لازم به توضیح است که محقق کرکی در *جامع المقاصد* تصریح کرده که اگر بائع از تسلیم مورد سلم (مبیع) کوتاهی کند، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت (نک: ۲۳۶/۴). محقق اردبیلی نیز در شرح کلام علامه، کلیت حق فسخ را برای مشتری به نحوی که شامل مواردی گردد که با امکان تسلیم، بائع از تسلیم مبیع امتناع می‌کند، مورد اشکال قرار داده است (نک: ۳۶۵/۸).

مطالب بالا نشان می‌دهد که تلاش محدود برخی از فقها برای شناسایی حق فسخ در صورت عدم تسلیم مبیع (یا مسلم فيه) با انتقاد سایر فقها روبرو شده است و آنها تلاش کرده‌اند اطلاق آن عبارات را به نحوی تفسیر کنند که این حق فسخ، صرفاً شامل تعذر تسلیم باشد و مواردی که تسلیم مبیع یا مسلم فيه امکان‌پذیر بوده و با وجود این بائع از تسلیم امتناع کند، را شامل نشود.

## ب - امتناع از تأدیه ثمن

به عقیده بیشتر فقهای امامیه، در صورت امتناع مشتری از تأدیه ثمن در عقد بیع، بائع نمی‌تواند عقد را فسخ کند مگر این که شرایط خیار تأخیر ثمن یا خیار تفلیس وجود داشته باشد که در این صورت، بائع به استناد این اختیارات می‌تواند عقد را فسخ کند. شرایط این دو خیار به اختصار در اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

– **خیار تأخیر ثمن:** نظریه رایج در فقه امامیه اینست که چنانچه در عقد بیع برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن اجلی مقرر نشده باشد و ظرف سه روز از زمان انعقاد عقد، نه بائع کل مبیع را به مشتری تسلیم کرده و نه مشتری کل ثمن را به بائع پرداخت کرده باشد، بائع می‌تواند پس از انقضای این سه روز بیع را فسخ کند. این مدت سه روزه برای کالاهای فاسد شدنی تا زمان مشرف شدن کالا به فساد کاهش پیدا می‌کند (نک: انصاری، ۲۴۴-۲۴۸).

بنابراین، خیار تأخیر ثمن یکی از اختیاراتی است که به استناد آن می‌توان با عدم پرداخت ثمن توسط مشتری مقابله کرد و به بائع حق داد که معامله را فسخ کند. با وجود این، خیار مزبور نمی‌تواند کلیه مواردی را پوشش دهد که مشتری از پرداخت ثمن خودداری می‌کند، زیرا برای استناد به این خیار شرایطی لازم است که استفاده از آن را محدود می‌کند. عمده‌ترین این شرایط عبارتند از این که اولاً نباید در عقد برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن اجلی مقرر شده باشد و در صورتی که برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن اجلی، حتی کوتاه مدت، مقرر شده باشد، خیار تأخیر ثمن وجود نخواهد داشت. ثانیاً: برای استفاده از این خیار، بائع باید سه روز صبر کند و حق ندارد قبل از سه روز عقد را فسخ و مبیع را به دیگری بفروشد یا تصرفات ناقله دیگری انجام دهد. ثالثاً: بائع مبیع را به مشتری تسلیم نکرده باشد و گرنه خیار تأخیر وجود نخواهد داشت و رابعاً: نظر مشهور فقها بر این است که خیار تأخیر مختص به عقد بیع بوده و در سایر عقود قابل استناد نیست.

از شرایط فوق این نتیجه به دست می‌آید که چنانچه برای تأدیه ثمن اجلی مقرر شده باشد و مشتری در مدت مقرر از تأدیه ثمن خودداری کند، بائع نمی‌تواند به استناد خیار تأخیر ثمن عقد بیع را فسخ و مبیع را مسترد کند. همچنین اگر بائع مبیع را به مشتری تسلیم کرده باشد و مشتری از پرداخت ثمن خودداری کند، بائع

نمی‌تواند به استناد خیار تأخیر، بیع را فسخ و مبیع را مسترد کند. علاوه بر آن، این خیار مختص به عقد بیع بوده و در سایر عقود معوض مثل اجاره، مزارعه، مساقات و صلح معوض قابل استناد نیست.

- **خیار تفلیس:** دومین خیاری که می‌تواند در مانحن فیه مورد استناد قرار گیرد، خیاری است که در لسان فقهی به 'خیار تفلیس' شهرت پیدا کرده است (نک: شهید ثانی، شرح لمعه، ۵۱۱/۳). چنانچه در عقد بیع، مشتری قبل از پرداخت ثمن مفلس شود و مبیع به مشتری تحویل نشده باشد یا اگر تحویل شده، همچنان نزد وی موجود باشد، در این صورت بایع می‌تواند بیع را فسخ و از تسلیم مبیع خودداری و در صورت تسلیم آن را مسترد کند.

در این خیار نیز بایع در مقابل عدم پرداخت ثمن، مورد حمایت قرار گرفته و به بایع حق داده شده که بتواند به دلیل عدم دستیابی به ثمن، بیع را فسخ کند. برای استناد به این خیار، لازم است حکم افلاس مشتری صادر شده باشد. بنابراین، اگر حکم افلاس مشتری صادر نشده باشد یا این که مشتری مفلس نبوده، ولی از تأدیه ثمن خودداری کند، بایع حق ندارد بیع را به دلیل عدم تأدیه ثمن فسخ کند.

علامه حلی در تذکره (نک: ۵۶۴/۱) و تحریر (نک: ۳۳۴/۲) آورده است که اگر مشتری از پرداخت ثمن امتناع کند سه حالت متصور خواهد بود: حالت اول این که مشتری معسر باشد و افلاس آن نزد حاکم شرع ثابت شود که در این صورت بایع حق فسخ خواهد داشت. حالت دوم وقتی است که مشتری معسر نباشد که در این صورت به پرداخت ثمن الزام می‌شود. حالت سوم نیز وقتی است که مشتری قبل از پرداخت ثمن غایب شود که در این صورت اگر افلاس مشتری ثابت شود، بایع حق فسخ دارد و اگر بایع غایب مفلس نباشد، ثمن معامله از اموال مشتری استیفا می‌گردد. لازم به توضیح است که بسیاری از فقها خیار تفلیس را مختص به بیع ندانسته و در سایر عقود معوض نیز مثل اجاره جاری دانسته‌اند مورد بحث قرار خواهد گرفت.

- **سایر موارد:** در صورتی که شرایط خیار تأخیر ثمن یا خیار تفلیس وجود نداشته باشد و مشتری از پرداخت ثمن امتناع کند، نظریه رایج در فقه امامیه این است که بایع نمی‌تواند بیع را فسخ کند. با وجود این برخی از فقها تلاش کرده‌اند مبنایی برای فسخ بایع ایجاد کنند که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود.

شهادت اول در لعمه و شهادت ثانی در شرح لعمه معتقدند که چنانچه در بیع نقد، تعجیل در پرداخت ثمن شرط شود این شرط صرفاً تأکید محسوب می‌شود، زیرا اطلاق به نقد بودن منصرف است، ولی چنانچه شرط تعجیل همراه با قید زمان باشد، مثل این که شرط شود که ثمن باید امروز پرداخت شود، در این صورت اگر مشتری به شرط عمل نکند، بایع می‌تواند عقد بیع را فسخ کند. شهادت ثانی متذکر می‌شود که صرف شرط تعجیل ولو بدون قید زمان این فایده را به همراه خواهد داشت که در صورت عدم پرداخت ثمن، بایع حق فسخ معامله را خواهد داشت. عبارت شهیدین به این شرح است: «(و اطلاق البیع یقتضی کون الثمن حالا و ان شرط تعجیل) فی متن العقد (اکده)، لحصوله بدون الشرط، (فان وقت التعجیل) بان شرط تعجیل فی هذا الیوم مثلاً (تخیر) البایع (لو لم یحصل) الثمن (فی الوقت) المعین، و لو لم یعین له زمانا لم یفد سوی التآکید، فی المشهور، و لو قیل بثبوته مع الاطلاق ایضاً لو اخل به عن اول وقته کان حسناً للاخلال بالشرط».<sup>۱</sup> همین نظریه در ریاض نیز مورد تأیید قرار گرفته است (نک: طباطبایی، ۵۲۹/۱).

با این که استدلال فوق در مورد بیع نسبه نیز قابل اجرا است - زیرا پرداخت ثمن در موعد مقرر در عقد شرط می‌شود - به عقیده بیشتر فقها اگر مشتری در موعد مقرر از پرداخت ثمن خودداری کند، بایع حق فسخ بیع و استرداد مبیع را ندارد. در این باره در جامع‌الاشتات سؤالی مطرح شده که: شخصی حیوانی را به نسبه و به موعد معین به دیگری فروخت و مشتری قبل از انقضای مدت غایب شد و نیامد تا مدت منقضی شد، آیا بایع خیار فسخ دارد یا نه؟ محقق قمی در جواب بیان کرده است که: در اینجا خیار فسخ نیست و در ادامه متذکر شده که جواب آن [سؤال] این است که اگر [بایع] متضرر نمی‌شود، صبر کند تا غایب بیاید و اگر به سبب طول زمان غیبت متضرر می‌شود، باید با رجوع به حاکم شرع و به اذن او طلب خود را استیفا کند و اگر استیفای آن به اعانت حاکم به سبب نبودن حاکم، یا به سبب عجز از اثبات، ممکن نباشد در آن وقت می‌تواند حق خود را از مال او تقاص کند. آن حیوان هم از جمله مال اوست، پس گمان نکنند که می‌تواند حیوان را بردارد هر چند قیمت آن مضاعف شده باشد، بلکه باید به اندازه طلب خود بردارد (نک: ۱۹۱/۲-۱۹۲).

۱. کلمات داخل پرانتز از شهادت اول از لعمه و سایر کلمات از شهادت ثانی است.

محقق قمی پس از ذکر کلام شهیدین (که قبلاً بیان شد) متذکر شده که چنین حق فسخی به سبب تخلف شرط ایجاد شده است، ولی چنانچه تخلف از مقتضای اصل بیع باشد، خیار به وجود نمی‌آید. به عقیده او جواز مطالبه قیمت در بیع نقد در اول زمان و در بیع نسبه در زمان انقضای اجل و لزوم وفا بر مشتری، این هر دو از مقتضیات اصل بیع‌اند و این داخل شرط نیست (نک: همانجا).

## ۲. عقد اجاره

دیدگاه‌های فقهی در خصوص عدم انجام تعهدات اصلی در عقد اجاره در دو قسمت به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### الف - امتناع از تسلیم عین مستأجره

اگر در مواردی که استفاده مستأجر به تصرف در عین مستأجره منوط باشد، موجر از تسلیم عین مستأجره امتناع کند، بنا بر فقه امامیه سه نظریه را می‌توان مطرح کرد. نظریه اول این که اجاره نسبت به مدتی که تسلیم نشده منفسخ شده و چنانچه تا پایان مدت اجاره این تسلیم تحقق پیدا نکند، اجاره در کل منفسخ خواهد شد و در نتیجه چنانچه مال الاجاره پرداخت نشده باشد، مستأجر موظف به پرداخت آن نیست و چنانچه پرداخت شده باشد، مستأجر می‌تواند مال الاجاره را عیناً مسترد کند، ولی حق فسخ اجاره را نخواهد داشت.

شیخ طوسی با مقایسه این مسأله با تلف قبل از قبض، بر آن است که اجاره در مدتی که تسلیم نشده منفسخ می‌شود، زیرا منافع از قبل تلف شده است. او حق خیار برای مستأجر را به برخی از فقهای عامه نسبت داده است: «و اما اذا لم یسلمه الیه و مضی بعض المده فی یده، فقد انفسخ العقد فی ذلک القدر الذی مضی، لانه معقود علیه تلف قبل القبض و یكون الحكم فی الباقي صحیحا و فی الناس من قال لایصح فیما بقی و منهم من قال یصح فیما بقی و له الخیار» (المبسوط، ۳/۲۳۰). این نظریه را علامه حلی نیز پذیرفته است: «و لو منعه الموجر من العین او هلكت قبل القبض بطلت» (تبصرة المتعلمین، ۱۳۴).

نظریه دوم که در فقه امامیه رایج‌تر است، این است که مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ و اجاره بهای خود را عیناً مسترد کند یا فسخ نکرده و موجر را به تسلیم عین



مستأجره الزام و اجرت المثل زمان امتناع را از موجد مطالبه کند. علامه حلی در *قواعد* آورده است که: «و لو منعه الموجد من التصرف فی العین تخیره بین الفسخ فیطالب بالمسمى و بین الامضاء فیطالب باجرة المثل» (۲۸۹/۲). نظریه دوم مورد قبول محقق حلی (نک: *شرايع الاسلام*، ۱۷۶/۲)، شهید ثانی (نک: *مسالك*، ۲۱۶/۵-۲۱۷) و صاحب *جواهر* (نک: ۳۰۸-۳۰۷/۲۷) نیز قرار گرفته است.

علامه حلی در تذکره بین نظریه انفساخ اجاره و حق خیار جمع کرده و معتقد است که: به صرف عدم تسلیم، اجاره خود به خود منفسخ نخواهد شد، بلکه مستأجر حق دارد اجاره را فسخ یا از فسخ آن خودداری کند. در صورتی که اجاره را فسخ نکند، با گذشت زمان روز به روز اجاره نسبت به مدتی که تسلیم نشده منفسخ می‌شود و چنانچه در طول مدت اجاره تسلیم انجام نشود، اجاره در کل منفسخ خواهد شد و اگر این عدم تسلیم به دلیل قصور موجد بوده باشد مستأجر می‌تواند اجرت المثل را از موجد مطالبه کند (نک: ۳۲۶/۲).

دلایلی که برای حق فسخ مستأجر بیان شده، قابل توجه است. بنابر نظر شهید ثانی در *مسالك* مستأجر حق فسخ دارد، زیرا استفاده از عین مستأجره مورد نظر متعذر است (نک: ۲۱۷/۵). به عقیده محقق کرکی چون مستأجر به عوض مال خود نرسیده، می‌تواند عقد اجاره را فسخ و مال الاجاره خود را مسترد کند (نک: *جامع المقاصد*، ۱۴۳/۷) در *جواهر الکلام* استدلال شده که: «لما كانت الاجاره من عقود المعاوضه التي تقتضى عوضیه ملک بملک و قبضاً بقبض، الا ان الثانی منهما لما كان غیر معتبر فی الصحه يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار ما لم یکن تلقاً سماویاً كما لا یخفی علی من اعتبر ذلك فی جمیع عقود المعاوضه» (۳۰۹/۲۷). در این کلام تسلیم عوض و معوض از مقتضیات عقود معاوضی تلقی شده و چون از شرایط صحت عقد محسوب نمی‌شود، در صورت تخلف، شارع به طرف دیگر اجازه داده که عقد را فسخ کند. در کلامی دیگر این حق فسخ منبث از قاعده لاضرر تلقی نشده، بلکه ناشی از شرط ضمنی است که مستند به بنای عقلاً مبنی بر تسلیم عوضین است: «و له [مستأجر] ذلك [فسخ] من جهة خيار تخلف الشرط، و المراد به الشرط الضمنی الذی علیه بناء العقلاء فی المعاملات و هو تسلیم العوضین و لیس ذلك بمناط رفع الضرر حتی یقال انه یندفع بالتدارک» (روحانی، *فقه الصادق*، ۱۱۴/۱۹).

نظریه سوم این است که در صورت عدم تسلیم عین مستأجره، ابتدا باید موجر را به تسلیم عین مستأجره الزام کرد و در صورت تعذر تسلیم، مستأجر حق خواهد داشت که معامله را فسخ کند. در کتاب الاجاره عروه الوثقی آمده که «اذا امتنع الموجر من تسلیم العین المستأجره یجبره علیه و ان لم یکن اجباره للمستأجر فسخ الاجاره و الرجوع بالاجره و له الابقاء و مطالبه عوض المنفعه الفائته و کذا ان اخذها منه بعد التسليم بلا فصل او فی اثناء المده و مع الفسخ فی الاثناء یرجع بما یقابل المتخلف من الاجره» (۵۶۹-۵۷۰). همین نظریه توسط حکیم پذیرفته شده که «لان مبني المعاوذات علی التسليم، فمع تعذره یثبت الخيار» (مستمسک العروه، ۵۵/۱۲). در تحریر الوسيله نیز آمده است که: «لو بذل المستأجر الاجره او کان له حق ان يؤخرها بموجب الشرط و امتنع الموجر من تسلیم العین المستأجره یجبر علیه، و ان لم یکن اجباره، فللمستأجر فسخ الاجاره و الرجوع الی الاجره» (۵۷۶/۱).

#### ب - امتناع از پرداخت مال الاجاره

چنانچه مستأجر از پرداخت اجاره بها امتناع کند، آیا موجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا این که تنها می‌تواند الزام مستأجر به پرداخت اجاره بها را مطالبه کند؟ بیشتر فقهای امامیه موضوع را متعرض نشده و فقط صورتی را مورد بحث قرار داده‌اند که مشتری مفلس شده و پرداخت اجاره بها را قادر نباشد.

محقق حلی بر آن است که: «و لو افلس المستأجر بالاجره، فسخ الموجر ان شاء» (۴۱۵/۲). عین همین عبارت را علامه حلی در تحریر الاحکام (۱۲۷/۳) تکرار کرده است. در سایر کتب فقهی نیز کم و بیش عبارات مشابهی وجود دارد که بر اساس آن، چنانچه حاکم شرع حکم افلاس مستأجر را صادر کند، و مدت اجاره منقضی شده باشد، موجر با سایر طلبکاران شریک خواهد شد و اگر مدت اجاره هنوز منقضی نشده باشد، موجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا با سایر طلبکاران برای وصول اجاره بها مشارکت کند. صاحب عروه الوثقی در این باره گفته است: «اذا افلس المستأجر بالاجره کان للموجر الخيار بین الفسخ و استرداد العین و بین الضرب ا مع الغرماء نظیر ما اذا افلس المشتري بالثمن حیث ان للبايع الخيار اذا وجد عین ماله» (۵۶۷).

برخی از فقها متذکر شده‌اند که اگر انجام عمل توسط اجیر مستلزم اخذ اجاره‌بها باشد، با خودداری مستأجر از پرداخت اجاره‌بها، اجیر می‌تواند اجاره را فسخ کند. این موضوع به خصوص در مسأله حج مطرح شده است که انجام حج توسط اجیر مستلزم پرداخت اجاره‌بها به او است. در این موارد شهید اول گفته است که در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها، اجیر می‌تواند اجاره را فسخ کند: «لو توقف الحج علی الاجرة، فالاقرب جواز فسخ الاجیر» (الدروس الشرعیة، ۱/۳۲۵). همین امر مورد قبول شهید ثانی نیز قرار گرفته است که می‌فرماید: «و لو توقف عمل الاجیر علی دفع الاجره الیه و لم يدفع الیه احتمال جواز فسخه» (مسائل الافهام، ۲/۱۸۴). این نظریه را فاضل هندی (نک: کشف اللثام، ۱/۳۰۱) و صاحب عروة الوثقی (نک: ۵۲۶) نیز پذیرفته‌اند.

از عدم بیان حکم حق فسخ برای موجر توسط اکثر فقهای امامیه می‌توان استنباط کرد که در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها توسط مستأجر، موجر تنها می‌تواند الزام مستأجر به پرداخت اجاره‌بها را تقاضا کند و تنها در صورت اعلام افلاس مستأجر توسط حاکم شرع، موجر می‌تواند اجاره را فسخ کند.

با وجود این، معدودی از فقهای امامیه موضوع را به صورتی کلی‌تر بیان کرده و متعرض مواردی شده‌اند که مستأجر از پرداخت اجاره‌بها خودداری می‌کند و لو این که مفلس نشده باشد. خوبی با بیان حکم موردی که موجر از تسلیم عین مستأجره خودداری می‌کند، متعرض موردی شده که مستأجر از پرداخت اجاره‌بها خودداری می‌کند، پس موجر حق فسخ خواهد داشت: «و کذا الحكم [ای جاز للمؤجر اجباره علی تسلیم الاجره کما جاز له الفسخ] فیما اذا امتنع المستأجر من تسلیم الاجره مع بذل المؤجر للعین المستأجره» (منهاج الصالحین، ۲/۸۶). همچنین در کلمه التقوی (نک: ۲۷۹/۴) نیز به همین امر تصریح شده است.

### ۳. عقد مزارعه

در عقد مزارعه نیز مالک باید زمین را در اختیار عامل (کشاورز) قرار دهد و عامل نیز باید در زمین کشت کند. چنانچه مالک، زمین را در اختیار عامل قرار ندهد یا عامل،

کشت را شروع نکند یا در اثنای عمل آن را رها کند، آیا فقهای امامیه به مالک یا عامل اجازه می‌دهند که مزارعه را فسخ کنند؟ این مسأله در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### الف - امتناع مالک از تسلیم زمین

بیشتر فقهای امامیه به این مسأله متعرض نشده‌اند که در صورت امتناع مالک از تسلیم زمین به عامل، آیا عامل می‌تواند عقد مزارعه را فسخ کند یا نه؟ از این امر استنباط می‌شود که چنانچه مالک از تحویل زمین خودداری کرد، عامل تنها می‌تواند الزام به تسلیم زمین را تقاضا کند و نمی‌تواند عقد مزارعه را فسخ کند.

با وجود این برخی از فقها به این مسأله متعرض شده و به عامل حق داده‌اند که مزارعه را فسخ کند. صاحب عروه الوثقی گفته است که در صورت امتناع مالک از تسلیم زمین، عامل می‌تواند مزارعه را فسخ کند (نک: ۶۲۶). برخی دیگر نیز این نظر را پذیرفته و نقل کرده‌اند. دلیلی که حکیم برای چنین حق فسخی بیان کرده این است که هر چند تسلیم زمین جزء ارکان اصلی عقد مزارعه محسوب نشده و امری خارجی از ارکان عقد است، ولی تسلیم زمین یک شرط ارتکازی عرفی است که در صورت تخلف از آن شرط، مشروط له (عامل) حق فسخ خواهد داشت (نک: ۸۴/۱۳). در کلمة التقوی نیز آمده که: «يجب علی صاحب الارض این یدفع ارضه للعامل لیزرعها و یقوم بالعمل الخاص الذی وجب علیه بالعقد بینهما و من الواضح ان ذلک لا یتم الا بتسلیم الارض للعامل و تمکینه من التصرف فیها، فتسلیم الارض له شرط تقتضیه المعامله، و اذا لم تسلّم له الارض کان له فسخ العقد لقوات الشرط» (۲۶۵/۵).

### ب - خودداری عامل از انجام کشت

اکثر فقهای امامیه به این مسأله نیز متعرض نشده‌اند که چنانچه عامل از انجام کشت خودداری یا در اثنای عمل آن را رها کند، آیا مالک می‌تواند عقد مزارعه را فسخ کند یا نه؟ با وجود این در اکثر کتب فقهی به این مسأله پرداخته شده که اگر عامل کشت را از ابتدا شروع نکند یا آن را در اثنای کار رها سازد و مدت مزارعه منقضی شود، آیا عامل مسؤول پرداخت اجرت‌المثل زمین هست یا نه؟ این امر نشان می‌دهد که به نظر بیشتر فقها، حق فسخ برای مالک وجود ندارد و مالک تنها می‌تواند عامل را به

انجام کار ملزم یا صبر کند تا مدت مزارعه تمام شود و آنگاه اجرت‌المثل زمین را دریافت کند.

قابل توجه این که علی‌رغم مشابهت مزارعه و مساقات در بسیاری از احکام، بیشتر فقها در مبحث مساقات مفصلاً مسأله عدم انجام کار توسط عامل را مورد بحث قرار داده‌اند، ولی در باب مزارعه، متعرض آن نشده‌اند. با این حال برخی از فقها به صراحت گفته‌اند که حکم مسأله در مزارعه و مساقات یکسان است. به عنوان نمونه صاحب الجامع للشرایع آورده است که: «و اذا هرب العامل او مات فی المزارعه او المساقاه، حکم الحاکم علیه، و اخذ من ماله للعمل، فان لم یکن له مال و تطوع عنه بالعمل، و الا فلحاکم ان یأذن له فی اقراضه، و ان لم یفعل و لم تکن الثمره ظاهره جاز له الفسخ لتعذر العمل» (۲۹۹).

از کلام صاحب عروة الوثقی که گفته است: «لو ترک الزارع الزرع بعد العقد و تسلیم الارض الیه حتی انقضت ... اذا اطلع المالك علی ترکه للزرع قلم یفسخ المعامله لتدارک استیفاء منفعة ارضه ... اقوال ... و الا وجه الخامس» (همانجا) نیز استنباط می‌شود که مالک چنین حق فسخی را در باب مزارعه خواهد داشت.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

#### ۴. مساقات

در عقد مساقات مالک باید درختان و امثال آن را در اختیار عامل (باغبان) قرار دهد و عامل نسبت به نگهداری و آبیاری درختان مزبور اقدام کند. چنانچه مالک، درختان را در اختیار عامل قرار ندهد یا عامل نسبت به نگهداری یا آبیاری درختان اقدام نکند یا در اثنای عمل آن را رها کند، آیا فقهای امامیه به مالک یا عامل اجازه می‌دهند که مزارعه را فسخ کنند؟ این مسأله به شرح ذیل بررسی می‌شود:

#### الف - امتناع مالک از تسلیم درختان

بیشتر فقهای امامیه این مسأله را نیز متعرض نشده‌اند که چنانچه مالک از تسلیم درختان به عامل خودداری کند، آیا عامل می‌تواند عقد مساقات را فسخ کند یا نه. از این امر استنباط می‌شود که در صورت امتناع مالک از تحویل درختان، عامل تنها می‌تواند متقاضی الزام مالک به تسلیم درختان شود، ولی نمی‌تواند عقد مساقات را فسخ کند.

### ب - امتناع عامل از نگهداری از درختان

در صورتی که عامل در عقد مساقات نسبت به نگهداری از درختان و آبیاری امتناع یا در اثنای مدت، نگهداری و آبیاری را رها کند، آیا مالک می‌تواند عقد مساقات را فسخ کند؟ برخلاف مسأله قبل که فقها به آن متعرض نشده‌اند، بیشتر فقهای امامیه این مسأله را متعرض شده‌اند، ولی به طور عمده صورتی را مطرح کرده‌اند که عامل فرار می‌کند و دسترسی به او امکان ندارد. بنابراین، اگر دسترسی به او امکان داشته باشد، عامل به انجام عمل ملزم می‌شود و جایی برای فسخ مساقات باقی نخواهد ماند، یعنی حتی در صورت فرار عامل، فقها نسبت به شرایط ایجاد حق فسخ برای مالک اختلاف نظر دارند.

عده‌ای از فقها معتقدند که اگر عامل فرار کند، و فرد دیگری بپذیرد عمل را به جای عامل انجام دهد یا حاکم شرع پرداخت هزینه نگهداری و آبیاری درختان را از بیت‌المال قبول کند، 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 بیت‌المال تأمین کند، مالک می‌تواند به دلیل تعذر انجام عمل، عقد مساقات را فسخ کند. محقق حلی گفته است که: «اذا هرب العامل، لم تبطل المساقاه فان بذل العمل عنه بائذ او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه، فلا خيار، و ان تعذر ذلك، كان له الفسخ لتعذر العمل» (شرايع الاسلام، ۱۵۹/۲). مشابه این نظریه در قواعد حلی نیز آمده که: «و لو هرب العامل، فان تبرع بالعمل عنه احد او بذل الحاكم الاجره من بيت المال فلا خيار و الا فللمالك الفسخ» (۳۲۲/۲).

دسته دیگری از فقها معتقدند که در صورت فرار عامل، حاکم شرع علیه عامل حکم صادر خواهد کرد و هزینه نگهداری و آبیاری درختان را از اموال وی برمی‌دارد و اگر مالی نداشته باشد، باید دید آیا کسی حاضر است تبرعاً عمل را به جای عامل انجام دهد یا نه؟ در صورتی که کسی نباشد که عمل را تبرعاً به جای عامل انجام دهد، حاکم شرع می‌تواند به مالک اجازه دهد که برای نگهداری و آبیاری کسی را اجیر و هزینه آن را به عنوان قرض برای عامل منظور کند. در غیر این صورت، مالک می‌تواند عقد را فسخ کند. در الجامع للشرايع چنین آمده که «و اذا هرب العامل او مات في المزارعه او المساقاه، حكم الحاكم عليه، و اخذ من ماله للعمل، لان لم يكن له مال و

تطوع عنه بالعمل، و الا فللحاكم ان يأذن له في اقراضه و ان لم يفعل و لم تكن الثمره ظاهر جاز له الفسخ لتعذر العمل» (۳۰۰).

دسته دیگری از فقها شرایط بیشتری را برای تحقق حق فسخ قائل شده‌اند. مثلاً علامه حلی بر آن است که اگر عامل فرار کند و مالک یا شخص دیگری حاضر نباشد که عمل را تبرعاً از طرف او انجام دهد، مالک می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و عامل را به انجام عمل الزام کند. در صورتی که عامل در دسترس نباشد، ولی اموال وی در دسترس باشد، هزینه نگهداری و آبیاری درختان از اموال وی برداشته می‌شود و اگر مالی از عامل پیدا نشود، هزینه آن از بیت المال پرداخت خواهد شد و در صورت عدم اولویت پرداخت هزینه از بیت المال، هزینه نگهداری از کسی قرض گرفته خواهد شد و اگر اینها کلاً امکان‌پذیر نباشد، در این صورت مالک می‌تواند عقد مساقات را فسخ کند (نک: تذکره الفقهاء، ۲/۳۵۰). مثلاً این نظریه را شهید ثانی نیز در مسالك بیان کرده است (۶۱/۵).

برخی از فقها از ابتدا برای مالک حق فسخ قائلند و معتقدند که طی کردن این مراحل برای ایجاد حق فسخ ضرورتی ندارد. صاحب حدائق در این رابطه متذکر شده است که: «بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق ايضاً، خصوصاً مع عدم البازل و ما نكروه من التكاليف بالرجوع الى الحاكم و ما اوجبوه على الحاكم كله منفي بالاصل و يويده ان حقه ثابت في ذمه العامل، فله ان لا يقبل من غيره و لا يجب عليه تحصيله من غيره و ان امكنه و لان الحصة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا في البيع من ان لاحد المتبايعين الامتناع من حق الاخر على تقدير امتناع ذلك الاخر و كذا الاجاره و يعضده ايضاً ان شرط العمل هنا ليس باقل من الشروط المذكوره في العقود و هم قد صرحوا بان فائده الشرط على تقدير عدم الاتيان به ممن شرط عليه تسلط الاخر على الفسخ» (۲۸۱/۲۱-۲۸۲). ایشان از قیاس اولویت استفاده کرده و معتقد است زمانی که برای تخلف از یک شرط، مشروط له حق فسخ عقد را دارد، چرا در تعهدات اصلی که مهمتر است چنین حقی برای طرف دیگر محفوظ نباشد.

در جواهر الکلام نیز طی این مراحل برای رسیدن به حق فسخ مورد انتقاد قرار گرفته است که چرا مالک نباید حق فسخ داشته باشد و مجبور باشد که این مراحل را

طی کند. به بیان نجفی: «و لکن قد یقال انه منافی لما یرتفع منه فی غیر المقام، کالخیار بعدم الوفاء بالشرط، و کالخیار بتأخیر الثمن، و بالامتناع عن العمل و تسلیم العین المستأجره و نحو ذلك من ثبوت الخیار بمجرد حصول شیء من ذلك من غیر مراجعه الی الحاکم با ظاهرهم انه متى حصل من احد المتعاقدين بعقد لازم ما ینافی استحقاق الاخر علیه من حیث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ و کان العقد فی حقه جائزاً دفعاً لضرره بذلك لقاعده لاضرر و لاضرار. نعم لو لم یختر الفسخ رفع امره الی الحاکم فی تحصیل حقه» (۸۱-۸۰/۲۷). این عبارت صاحب جواهر از مهمترین کلماتی است که در ایجاد حق فسخ به طور کلی برای مالک، نه تنها در عقد مساقات، بلکه در کلیه عقود معوض بیان شده است. لازم به توضیح است که این نظریه از کلام علامه حلی نیز قابل استفاده است که به صرف فراری شدن عامل، مالک می‌تواند عقد را فسخ کند: «اذا هرب العامل، فللمالک الفسخ و البقاء فینفق الحاکم من ماله ان لم یتبرع بالعمل احد» (تحریر الاحکام، ۱۵۱/۳).

همچنین در فقه الامام جعفر الصادق نیز آمده که: «علی العامل ان یقوم بکل ما یلزمه من اعمال، فان اخل، لعذر او لغير عذر، تخیر المالک بین فسخ العقد لتخلف الشرط و بین ان یرتفع عنه من حصته و یشهد علی الاستتجار دفعاً لتنازع و التخاصم» (۱۹۲/۴).

## ۵. صلح

زمانی که عقد صلح در مقام معاوضات مورد استفاده قرار گیرد، این سؤال مطرح می‌شود که اگر یکی از طرفین عقد صلح از اعطای عوض یا معوض امتناع کند، آیا طرف دیگر می‌تواند عقد صلح را فسخ کند؟ اکثر فقها این مسأله را متذکر نشده‌اند. عدم تصریح به حق فسخ برای مصالح یا متصالح به این معنا است که چنین حق فسخی مورد شناسایی قاطبه فقها قرار نگرفته است. این موضوع تنها در کتاب منهاج الصالحین مطرح و حق فسخ برای مصالح یا متصالح پیش‌بینی شده است. در این کتاب آمده که هر چند خیار تأخیر ثمن در صلح جاری نمی‌شود، ولی اگر یکی از



طرفین صلح به نحو غیر متعارفی از تسلیم مورد صلح خودداری کند، طرف دیگر حق فسخ صلح را خواهد داشت: «لایجری خيار الحيوان و لا خيار المجلس و لا خيار التأخير في الصلح. نعم لو اخر تسليم المصالح به عن الحد المتعارف، او اشترط تسليمه نقداً فلم يعمل به، فللاخر ان يفسخ المصالحه» (خویی، ۱۹۴/۲-۱۹۵؛ نیز نک: سیستانی، ۲۲۷/۲ و روحانی، سیدمحمد، ۲۲۰/۲).

### ۶. گرایش به حق فسخ به عنوان قاعده

از تتبع در کتب فقهی و ملاحظه نظرات فقها در ابواب بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و صلح به این نتیجه می‌رسیم که بیشتر فقهای امامیه اعتقاد ندارند که در صورت عدم تسلیم احد العوضین در عقود معوض، طرف دیگر حق داشته باشد عقد را فسخ کند. آنان تنها در موارد استثنایی مثل تحقق شرایط خيار تأخير ثمن یا خيار تفليس، به یک طرف عقد اجازه داده‌اند که عقد را فسخ کند. بنابراین، یک قاعده کلی و عام وجود ندارد که چنانچه یکی از طرفین از انجام تعهدات اصلی عقد خودداری کند، طرف دیگر بتواند عقد را فسخ کند. در چنین مواردی طرف ذینفع می‌تواند الزام طرف دیگر را از حاکم شرع تقاضا کند. البته اگر به دلایل دیگری طرف ذینفع خيار داشته باشد، صاحب خيار می‌تواند مطابق با شرایط آن خيار، معامله را فسخ کند. همان طور که به تفصیل بیان شد، در موارد خاص، فقها در صورت عدم تحقق تسلیم، برای طرف دیگر حق فسخ قائل شده‌اند، ولی دلایل قانع کننده‌ای ارائه نکرده‌اند که چرا چنین حق فسخی به صورت استثنایی باقی مانده و به موارد مشابه تسری داده نشده است.

برخی از فقهای امامیه تلاش کرده‌اند که مبانی یک قاعده کلی و عام را در خصوص امتناع از تسلیم احدالعوضین پایه‌ریزی کرده و به طرف ذینفع حق دهند که عقد را فسخ کند، ولی عمدتاً با انتقادات بعدی روبرو شده‌اند و در نتیجه این مبانی به یک قاعده مورد قبول اکثریت تبدیل نشده است. در اینجا به برخی از این تلاش‌ها اشاره می‌شود:

الف - علامه حلی به صراحت در *ارشاد* متذکر شده که اگر تسلیم مبیع در عقد سلم به تأخیر بیفتد، مشتری حق فسخ عقد را خواهد داشت (نک: ۳۷۲/۱). کلیت

موضوع فوق متعاقباً مورد انتقاد محقق کرکی (نک: نجفی، ۳۳۹/۲۴) و محقق اردبیلی (نک: ۳۶۵/۸) که بر این کتاب شرح نوشته‌اند قرار گرفته است در صورتی که همین کلام علامه می‌توانست مبنایی برای ایجاد قاعده برای ایجاد حق فسخ تلقی گردد.

ب — محقق حلی در شرایط آورده است که: «اذا حل الاجل و تأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و بين الصبر» (۵۵۸-۵۵۷/۲). همان طور که شهید ثانی به درستی از قید «لعارض» فهمیده است، کلام محقق حلی شامل مواردی نیز می‌شود که تأخیر به دلخواه بایع انجام گرفته باشد (نک: مسالك، ۴۳۰/۳-۴۳۱). این برداشت را محقق سبزواری نیز تأکید کرده است (نک: ۱۰۳).

ج - شهیدین معتقدند اگر در بیع نقد، تعجیل پرداخت ثمن شرط شود این فایده را به دنبال خواهد داشت که چنانچه مشتری به شرط عمل نکند، بایع می‌تواند عقد بیع را فسخ کند (نک: شرح لمعه، ۵۱۳/۲). توسعه این نظریه می‌تواند در بسیاری از موارد به طرف ذینفع حق دهد که معامله را به دلیل عدم تسلیم احد العوضین فسخ کند، زیرا تسلیم احد العوضین معمولاً با قید و شرط همراه است مثل تحویل در روز جمعه و امثال آن، که در صورت عدم انجام، طرف دیگر می‌تواند معامله را به دلیل وقوع تخلف از شرط مزبور فسخ کند. محقق قمی این نظریه را به عقد نسبه سرایت نداده است (نک: ۱۹۱/۲-۱۹۲). هر چند که، در عقد نسبه پرداخت ثمن در موعدی در آینده شرط می‌شود و چنانچه مشتری در آن زمان ثمن را پرداخت نکند، از شرط مزبور تخلف کرده است.

د - در جواهر الکلام دو عبارت مهم وجود دارد که گرایش آن فقیه را به شناسایی حق فسخ برای طرف دیگر در صورت امتناع از تسلیم احد العوضین به روشنی بیان می‌کند. عبارت اول در کتاب الاجاره، در تعلیل این نکته است که چرا در صورت امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره، مستأجر حق فسخ دارد: «لما كانت الاجاره من عقود المعاوضه التي تقتضى عوضيه ملك بملك و قبضا بقبض، الا ان الثاني منهما لما كان غير معتبر في الصحه يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار ما لم يكن تلفاً سماوياً

كما لا يخفى على من اعتبر ذلك في جميع عقود المعاوضه» (۳۰۹/۲۷). در این کلام اولاً: بیان شده که تسلیم عوض و معوض از مقتضیات عقود معاوضی است. ثانیاً: تسلیم عوضین از شرایط صحت عقد نبوده و در صورت خلل در آن عقد باطل نمی‌شود. ثالثاً: خلل در تسلیم عوضین با جعل خیار برای ذینفع جبران شده است و رابعاً: این حکم منحصر به اجاره نیست و کلیه عقود معاوضی را شامل می‌شود.

ه - عبارت دوم صاحب جوهر در باب مساقات آمده است که از عبارت اول وی (که در بند فوق بیان شد) عمومیت بیشتری داشته و آن را به ظاهر کلمات فقها نسبت می‌دهد. ایشان ضمن انتقاد از طی مراحل گوناگون برای این که مالک بتواند پس از فرار عامل، عقد مساقات را فسخ کند، متذکر شده است که چرا مالک نباید بلافاصله حق فسخ داشته باشد؟ سپس این عبارت کلی را بیان کرده است که: «بل ظاهرهم انه متى حصل من احد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الاخر عليه من حيث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ و كان العقد في حقه جائزاً دفعا لضرره بذلك لقاعده لاضرر و لاضرار» (۸۱-۸۰/۲۷). در این عبارت اولاً: بیان شده که لزوم در معاملات یک حکم شرعی است و مانند سایر احکام شرعی منوط به عدم ضرر است. ثانیاً: هرگاه یکی از طرفین اعمالی انجام دهد که به ضرر طرف دیگر منتهی شود - مثل این که مبیع را تسلیم نکند یا ثمن را تأدیه ننماید - در اینجا حکم شرعی لزوم معامله برای دفع ضرر طرف دیگر عقد برطرف شده و وی می‌تواند آن عقد را فسخ کند. ثالثاً: این حکم در کل عقود معوض قابل اجرا است و اختصاصی به عقد مساقات ندارد و رابعاً: این نظریه از ظاهر کلمات فقها استنباط می‌شود و نظریه‌ای رایج در فقه امامیه است.

این اظهار نظر کلی صاحب جوهر مورد انتقاد حکیم در مستمسک عروه قرار گرفته و بیان شده است که چنین امری قابل تسری به بیع نیست: «اما الكليه التي ذكرها فغير ثابتة ما لم يرجع الي خيار تخلف الشرط، و اما الاستدلال بقاعده الضرر فلا مجال له لتدارك الضرر بالرجوع الى الحاكم الشرعي» (۲۰۸/۱۳).

و - طباطبایی در حاشیه مکاسب موضوع تسلیم احد العوضین را مطرح کرده و معتقد است که تسلیم از متمامات معاوضه و مثل این است که در عقد شرط شده است و در صورت امتناع از تسلیم، طرف دیگر حق دارد که معامله را فسخ یا اجبار طرف را به انجام آن از حاکم شرع مطالبه کند (نک: ۱۲۸/۲). او سپس ضمن رد نظر کسانی که معتقدند تسلیم عوضین ارتباطی به عقد ندارد، متذکر شده است که: «و الانصاف ما نکرنا من کونه من تتمات المعاوضه فیکون بمنزله الشرط و یکون الخيار فیه بمقتضى القاعدة» (همانجا). در این اظهار نظر، تلاش شده که با این استدلال که تسلیم احد العوضین به منزله شرط ضمن عقد است، حق فسخ را برای مشروط له ایجاد کند.

ز - امام خمینی در کتاب *البيع آورده است که: «و لو امتنع احدهما او کلاهما و لم یکن الاجبار ... یحتمل ثبوت الخيار و هو الارجح و لیس الخيار للشرط الضمنى بل هو خيار آخر ثابت عند العقلاء»* (۳۷۲/۵). در این نظریه امکان فسخ قرارداد در صورت امتناع از تسلیم احد العوضین پیش‌بینی شده، ولی مبنای آن تلقی عرفی نزد عقلا است که انتظار دارند چنانچه انجام تعهدات اصلی قرارداد توسط یکی از طرفین انجام نشود، طرف دیگر بتواند عقد را فسخ و خود را از تعهدات آن رها سازد.

ح - مهمترین اظهار نظر فقهی در خصوص امکان فسخ عقد معوض توسط یکی از طرفین در صورت عدم تسلیم احد العوضین در استدلالات فقهی و فتاوی خویی مطرح شده است. در *مصباح الفقاهه آمده است که: «و له ان یفسخ العقد لانه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح انه لو [لم] یتحقق التسليم من البایع بتعذر، فیکون للمشتري خيار تعذر التسليم»* (۶۰۴/۷).<sup>۱</sup> این عبارت بر این نکته تأکید دارد که حق فسخ برای طرف دیگر وجود خواهد داشت و مبنای آن رویه عقلایی است که چنین حقی را برای طرف متضرر مفروض می‌داند. از قید "بتعذر" فهمیده می‌شود که هر نوع تعذر

۱. کتاب *مصباح الفقاهه* تقریرات خویی است که توسط محمدعلی توحیدی در ۷ جلد تقریر شده است.

از تسلیم می‌تواند مبنای این خیار باشد و لازم نیست حتماً ابتدا الزام متعهد بر انجام تعهد مطالبه شود و چنانچه الزام وی متعذر شود، آن گاه متعهدله بتواند عقد را فسخ کند. چنان که خویی در جایی دیگر از تعبیر 'خیار عدم التسليم' استفاده کرده است تا این ابهام کلاً برطرف گردد (نک: کتاب المضاربه، ۱/۳۲۷).<sup>۱</sup> همین فقیه در سایر کتب استدلالی خود نیز بر این نظریه تأکید دارد (نک: کتاب الاجاره، ۱/۱۸۶-۱۸۷).

ایشان علاوه بر کتب استدلالی، در بخش‌های مختلف منهاج الصالحین نیز، که کتابی فتوایی است، بر اساس این قاعده فتوی داده و مهمترین آنها در قسمت بیع آمده است که: «اطلاق العقد یقتضی ان یکون تسلیم کل من العوضین فعلیاً، فلو امتنع احد الطرفين عنه اجبر علیه، فان لم یسلم کما للطرف الآخر فسخ العقد بل لا یبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الاجبار ایضاً، و لا یختص هذا الخیار بالبیع بل یجری فی کل معاوضه و یختص البیع بخیار و هو المسمى بخیار التأخیر» (۲/۳۷). در این فتوی تصریح شده که اولاً: خیار تأخیر ثمن مختص عقد بیع است و قابل تسری به سایر عقود نمی‌باشد. ثانیاً: در عقود معوض اگر یکی از طرفین از تسلیم عوض یا معوض خودداری کند، طرف دیگر می‌تواند معامله معوض را فسخ کند و این اختصاص به بیع نداشته و در کلیه عقود معوض تسری پیدا می‌کند و ثالثاً: ضرورتی ندارد که ابتدا متعهد به تسلیم الزام شود و در صورت تعذر الزام، متعهدله بتواند عقد را فسخ کند، بلکه متعهدله می‌تواند به صرف امتناع از تسلیم عقد را فسخ کند.<sup>۲</sup> ایشان مطابق با همین نظریه، در بحث اجاره (نک: همان، ۸۶) و مبحث صلح (نک: همان، ۱۹۵-۱۹۶) نیز در صورت عدم تسلیم احد العوضین برای طرف دیگر حق فسخ قائل شده است.

---

۱. محقق اصفهانی نیز در کتاب الاجاره از تعبیر 'خیار امتناع از تسلیم' استفاده کرده است: «ان امتنع المؤجر من التمکین او التسلیط یجبر علیه و الا فللمستأجر خیار الامتناع من التسليم» (۱۰۹).  
۲. همین نظریه توسط سیدعلی سیستانی (نک: ۵۰/۲)، سیدمحمد روحانی (نک: ۲/۳۹) و سیدمحمدصادق روحانی (نک: منهاج الصالحین، ۲/۴۱) پذیرفته شده است.

## نتیجه

در برخورد با این مسأله که چنانچه در عقود معوض یکی از طرفین از تسلیم عوض یا معوض خودداری کند، آیا طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند یا نه؟ بیشتر فقهای امامیه به آن جواب منفی داده و تنها راه را الزام طرف به تسلیم عنوان کرده‌اند. برخی از فقها امکان فسخ را به تعذر الزام منوط کرده و معتقدند در صورتی که الزام طرف به تسلیم امکان‌پذیر نباشد، می‌توان عقد را فسخ کرد. گروه سوم از فقها معتقدند چنانچه یکی از طرفین از تسلیم امتناع کند، طرف دیگر حق فسخ دارد و لو این که الزام او از طریق حاکم شرع متعذر نباشد.

بعضی از فقها در ایجاد مبنا برای این حق فسخ به شرط ضمنی استناد کرده‌اند. به طوری که، در هر عقد طرفین به طور ضمنی طرفین شرط می‌کنند که عوضین تسلیم گردد. بنابراین، اگر از این شرط تخلف شود، مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت (نک: طباطبایی، حاشیه المکاسب، ۱۲۸/۲). برخی از فقها مبنای این حق فسخ را قیاس اولویت اعلام کرده‌اند که چون تخلف در شروط به حق فسخ برای مشروط له منجر می‌شود، عدم انجام تعهدات اصلی به طریق اولویت چنین حقی را به طرف دیگر می‌دهد (نک: بحرانی، ۳۸۱/۲۱-۳۸۲). برخی دیگر مبنای حق فسخ را شرط ارتكازی عرفی دانسته‌اند که در صورت تخلف از آن شرط، مشروط له حق فسخ خواهد داشت (نک: حکیم، ۸۴/۱۳). تعبیراتی مانند: خيار ثابت عند العقلاء (نک: امام خمینی، کتاب البیع، ۳۷۲/۵)، بحسب بناء العقلاء ضمناً (نک: توحیدی، ۶۰۴/۷) و شرط ضمنی ارتكازی (نک: خویی، کتاب الاجاره، ۱۸۷/۱) بر این واقعیت دلالت دارد که فقها برای قایل شدن به حق فسخ به تلقی عرفی در عقود معوض استناد کرده‌اند. در دیدگاه عرفی تسلیم عوض و معوض به یکدیگر گره خورده است و چنانچه یکی از طرفین از تسلیم امتناع کند و عملاً عقد را اجرا نکند، عرفاً این حق برای طرف دیگر شناخته می‌شود که خود را پای‌بند به عقد تلقی نکرده و بتواند عقد را فسخ کند. این نگاه عرفی به درستی توسط فقهای اخیر شناسایی و بر اساس آن برای عدم تسلیم، حق فسخ مقرر داشته‌اند.

### فهرست منابع

۱. ابن بابویه قمی، ابو جعفر محمد بن علی [شیخ صدوق]، التوحید، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد بن محمد [محقق اردبیلی]، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۳. انصاری، مرتضی، المكاسب، مطبعة اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ هـ. ق.
۴. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۵. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، انتشارات وجدانی، قم، ۱۳۶۸ هـ. ش.
۶. جبعی عاملی، زین الدین [شهید ثانی]، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة [شرح لمعه]، جامعه النجف الدینیة، افست قم، ۱۳۹۶ هـ. ق.
۷. همو، مسالك الافهام الی شرح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۸. جیلانی، ابوالقاسم حسن [میرزای قمی]، جامع الشتات، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۹. حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، مکتبه السید المرعشی، قم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۰. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن [محقق حلی]، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، منشورات اعلمی، تهران، ۱۳۸۹ هـ. ق.
۱۱. حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر [علامه حلی]، ارشاد الازهان، انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱ هـ. ق.
۱۲. همو، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، انتشارات فقیه، قم، ۱۳۶۸.
۱۳. همو، تحریر الاحکام، مؤسسه آل البیت، قم، بی تا.
۱۴. همو، تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، تهران، بی تا.
۱۵. همو، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۶. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، مؤسسه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۵ هـ. ق.

۱۷. روحانی، سیدمحمد، *منهاج الصالحین*، مکتبه الالفین، بی جا، بی تا.
۱۸. روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق*، مؤسسه دارالکتاب، قم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۹. همو، *منهاج الصالحین*، مدینه العلم، قم، ۱۴۱۰ هـ. ق، چاپ بیست و هشتم.
۲۰. زین‌الدین، محمدامین، *کلمه التقوی*، مهر، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق، چاپ سوم.
۲۱. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن [محقق سبزواری]، *کفایه الاحکام*، مدرسه صدر مهدوی، اصفهان، بی تا.
۲۲. سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، مکتب آیه الله سیستانی، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۳. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *حاشیه المکاسب*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
۲۵. همو، *العروه الوثقی*، با تعلیقه امام خمینی، مکتبه وجدانی، قم، بی تا.
۲۶. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، مکتبه مرتضویه، تهران، ۱۳۵۱ هـ. ش.
۲۷. فاضل هندی، *کشف اللثام*، کتابخانه آیه الله مرعشی، قم، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۲۸. کرکی، علی بن حسین [محقق ثانی]، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت، قم، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۲۹. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق*، انتشارات قدس محمدی، قم، ۱۴۰۲ هـ. ق.
۳۰. مکی عاملی، شمس‌الدین محمد بن جمال‌الدین [شاهد اول]، *الدروس الشرعیه فی الفقه الامامیه*، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۳۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله [امام خمینی]، *تحریر الوسیله*، دارالکتب العلمیه، قم، بی تا.
۳۲. همو، *کتاب البیع*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، بی تا.
۳۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *کتاب الاجاره*، لطفی، قم، ۱۳۶۵ هـ. ش.
۳۴. همو، *کتاب المضاربه*، لطفی، قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳۵. همو، *منهاج الصالحین (المعاملات)*، دارالزهراء، بیروت، بی تا.



۳۶. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایه العباد، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۹۴ هـ. ق.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

