

## بررسی فقهی و حقوقی خیار تأخیر ثمن؛ لزوم بازنگری در مقررات قانون مدنی

دکتر سید مرتضی قاسم زاده\*

### چکیده

در حقوق ایران، اصولاً تأخیر در پرداخت ثمن برای بایع حق فسخ ایجاد نمی کند ولی از آن جا که در عقود معوض، دو مورد معامله باهم مبادله می شوند، منطقی است که فروشنده بتواند خریدار را به طور مستقیم به تسلیم ثمن، اجبار (بند ۴ ماده ۳۶۲ و ماده ۳۷۶ ق.م.) یا با استفاده از حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م.) به طور غیر مستقیم او را به تسلیم مورد تملیک و تعهد خویش الزام کند؛ چنان که خریدار نیز حق دارد فروشنده را به تسلیم مبیع اجبار (بند ۳ ماده ۳۶۲ و ماده ۳۷۶ ق.م.) یا از حق حبس خود استفاده کند؛ با وجود این، قانونگذار با شرایطی برای بایع در عقد بیع، خیار تأخیر ثمن نیز قرارداد داده است. گرچه این خیار، به ظاهر، در عقد بیع جاری است و به بایع تعلق دارد (مواد ۴۰۲ و ۴۵۶ ق.م.)، ولی اختصاص آن به عقد بیع و شخص بایع قابل انتقاد است، زیرا به نظر می رسد که عقد بیع نماد یک عقد معوض و محور مباحث بنیادی حقوق قراردادهای و خیار تأخیر از قواعد عمومی است و در تمام عقود معوض راه دارد. بر همین مبنا، هرگاه ثمن، عین معین و مبیع عین کلی باشد، خریدار خیار تأخیر خواهد داشت. بنابراین جایگزینی «خیار تأخیر» به جای «خیار تأخیر ثمن» و اصلاح مواد مذکور، پیشنهاد می شود.

**کلید واژه ها:** خیار تأخیر، خیار تأخیر ثمن، عین معین، کلی در معین.

## ۱- مقدمه

«خیار» در اصطلاح حقوقی، به اختیار فسخ عقد لازم، گفته می‌شود. فقیهان در تعداد و انواع خیار اختلاف نظر دارند و از هفت تا چهارده نوع خیار برشمرده‌اند (۱، ص ۲۱۶)، ولی به گفته قانونگذار: «خیارات از قرار ذیلند: ۱- خیار مجلس، ۲- خیار حیوان، ۳- خیار شرط، ۴- خیار تأخیر ثمن، ۵- خیار رؤیت و تخلف و صف، ۶- خیار غبن، ۷- خیار عیب ۸- خیار تدلیس، ۹- خیار تبعض صَفقه، و ۱۰- خیار تخلف شرط». (ماده ۳۹۶ ق.م.ق).

شارحان قانون مدنی، خیار تفلیس (ماده ۳۸۰ ق.م.ق) و خیار تعدّر تسلیم را نیز بر خیارات مذکور افزوده‌اند (۲، ص ۳۱۱) و برخی از آنها از خیارات دیگری مانند خیار کذب و امهال نیز سخن گفته‌اند (۳، ص ۲۸۲).

گرچه بر طبق ماده ۴۵۶ ق.م. «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص عقد بیع است»، ولی برخی از خیارات در تمام عقود راه ندارد، بلکه به عقود خاصی اختصاص دارد، چنان که خیار تبعض صَفقه ویژه عقود معوّض است و در قراردادهای رایگان ایجاد نمی‌شود (۴، ج ۵، ش ۱۰۴۹) و خیار غبن در عقود مبتنی بر احسان و همچنین خیار شرط در نکاح (۱، ص ۲۳۳) و وقف و ضمان راه ندارد (۴، ج ۵، صص ۹۱۸ و ۹۲۳). مقصود قانونگذار از خیار تأخیر ثمن، این است که «هر گاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می‌شود» (ماده ۴۰۲ ق.م.ق). بنابراین، خیار تأخیر یا خیار تأخیر ثمن جزو یکی از سه خیار ویژه عقد بیع است و به بایع اختصاص دارد (ماده ۴۵۶ و مواد ۴۰۲ به بعد ق.م.ق)؛ این خیار دارای پاره‌ای احکام ویژه و اختلافی است که به ترتیب ذیل در این مقاله مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲- تعریف

قانونگذار ایران بدون این که خیار تأخیر را تعریف کند، به معرفی شرایط تحقق آن پرداخته است (مواد ۴۰۲ به بعد ق.م.ق)؛ ولی با استفاده از مواد مذکور می‌توان گفت:

اختیار قانونی بایع در فسخ عقد بیع حال (عین خارجی یا در حکم آن) در صورت عدم تسلیم تمام مبیع و ثمن با انقضای سه روز از تاریخ عقد خیار تأخیر ثمن نام دارد. برابر این تعریف، خیار تأخیر ثمن، مخصوص بایع است و هرگاه ثمن، عین معین و مبیع، عین کلی باشد، برای خریدار، خیار تأخیر مبیع، ایجاد نمی شود و نیز چنان که گفته شد این خیار ویژه عقد بیع است و در عقود دیگر راه ندارد (مواد ۴۰۲ و ۴۵۶ ق.م.).

شرایط و محدودیت‌های خیار تأخیر، از فقه اسلامی اقتباس شده است، به طوری که می‌توان متن ماده ۴۰۲ ق.م. را ترجمه پاره‌ای از متون فقهی دانست، چنان که برخی از فقیهان امامیه در این باره، چنین گفته‌اند<sup>۱</sup> (۵، ج ۲۳، ص ۵۱).

هر گاه کسی چیزی را بفروشد، بدون این که ثمن را قبض و مبیع را تسلیم کند و شرط تاخیر ثمن و ثمن هر چند برای یک ساعت نکرده باشد، عقد بیع تا سه روز لازم است. پس اگر در این سه روز، مشتری ثمن را آورد، نسبت به مبیع استحقاق دارد (ص ۳۲۷) و اگر نه بایع نسبت به مبیع سزاوارتر است؛ یعنی می‌تواند عقد را فسخ کند (ص ۳۷۴) و مبیع را به ملکیت خود برگرداند، زیرا بیع در لزوم خود باقی نمی ماند و بایع می‌تواند آن را فسخ و مبیع را پس بگیرد، اگر چه مشتری به آن راضی نباشد<sup>۲</sup> (ص ۳۲۷).

در تحریر الوسیله نیز خیار تاخیر مانند آن چه مشهور قائل به آنست، تعریف شده است<sup>۳</sup> (۸، ج ۱، ص ۵۲۷). این تعریف تقریباً مشابه تعریفی است که به نقل از تذکره علامه (ره)، شیخ انصاری (ره) از خیار تأخیر دارد<sup>۴</sup> (۱، ص ۲۴۴). شیخ طوسی نیز در تعریف این خیار گفته است: «اگر کسی شیء معینی را بخرد بدون این که مبیع را قبض کند و ثمن

<sup>۱</sup> - من باع و لم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن - ولو ساعه و لا تأخير قبض المثلث - فالبيع لازم ثلاثه ایام فان جاء المشتري بالثمن - فيها استحق - و الا كان البایع اولی بالمبیع.

<sup>۱</sup> - ان البيع لا یبقی علی لزومه بل یجوز للبائع ان یسترد سلعته و ان لم یرض به المشتري.

<sup>۳</sup> - و هو فیما باع و لم یقبض تمام الثمن و لم یسلم المبیع الی المشتري و لم یشرط تأخیر تسلیم احد العوضین، فحینئذ یلزم البیع ثلاثه ایام، فان جاء المشتري بالثمن فهو احق بالسلعه و الا فللبائع فسخ المعامله.

<sup>۴</sup> - من باع شیئاً و لم یسلمه الی المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخیره ولو ساعه لزم البیع ثلاثه ایام فان جاء المشتري بالثمن فی هذه الثلثه فهو احق بالعین و ان مضت الثلثه و لم یأت بالثمن تخیر البایع بین فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا اجمع.

را به بایع بدهد و مفارقت نماید یعنی مجلس عقد را به هم بزنند، در این صورت خریدار در صورتی که ثمن معامله را تا سه روز آورد، نسبت به مبیع از بایع سزاوارتر است و اگر این مدت گذشت و ثمن را نیاورد، بایع خیار فسخ دارد (۹، ج ۲، ص ۱۲؛ ۱۰، ص ۲۵۵).

### ۳- شرایط تحقق خیار تأخیر

خیار تأخیر ثمن با تحقق شرایط ذیل به وجود می‌آید:

#### ۱-۳) حال بودن عقد بیع

مقصود از حال یا نقد بودن بیع این است که برای تأدیه ثمن یا برای تسلیم مبیع اجلی مقرر نشده باشد. به گفته صاحب جواهر، مستند لزوم حال بودن بعد از اجماع، اصلی است که منساق و معیار نصوص با آن تعارض ندارد. به علاوه باید به شرط آجل عمل شود و رعایت اجل چه کوتاه باشد و چه طولانی، لازم است و با انقضای سه روز، خیار تأخیر ایجاد نمی‌شود، زیرا ثبوت خیار تأخیر بدون مراعات شرط حال بودن بیع از ظاهر فتوی و دلیل خارج است. بنابراین اگر در بعض بیع، شرط اجل شده باشد و آن قسمت مؤجل بعداً به قبض درآید، قول نزدیکتر به قواعد و اصول آنست که خیار تأخیر ساقط می‌شود (۵، ج ۲۳، ص ۵۴؛ ۱، ص ۲۴۹).

به علاوه؛ سیاق روایات و نصوص (۱۱، ج ۱۳، ص ۵۳) حاکی از این است که خیار تأخیر در بیعی جاری می‌شود که حال باشد و نه مؤجل. بنابراین، هر گاه ضمن عقد بیع، شرط اجل شده باشد، خیار تأخیر ایجاد نمی‌شود (۵، همان). از شرایع و جواهرالکلام و از تحریر علامه برمی‌آید که در فاصله سه روز از حین عقد و در صورت اشتراط، خیار بایع منتفی است، مؤید این مطلب اصلی است که به آن اشاره شد زیرا تأخیر آن از این فاصله یعنی فاصله منصوص ایجاد ضرر می‌کند و ظاهر نصوص (همان) و فتاوی هم بر لزوم بیع در مدت سه روز دلالت دارد، بنابراین خیار در این فرض مطلقاً منتفی است. با وجود این گفته شده است که منظور از آن نفی خیار مخصوص نیست؛ زیرا اصل خیار با تأخیر ثابت می‌شود و حکم با سبب مقید نمی‌شود، اگر چه در مورد اخیر چنین است. در این باره از علامه حلی و فخرالمحققین نقل شده است که اشتراط خالی بودن اجل به طور مطلق یا در خصوص مشتری این گونه است و دلیل آن اصل مذکور است. شرط خیار به منزله اشتراط تأخیر است و تأخیر مشتری با داشتن حق خیار، نافی خیار بایع است زیرا با

اطلاق ادله و لزوم بیع منافات دارد. از نص و فتوی نیز مستفاد می‌شود که خیار برای بایع است (۹، ج ۲، ص ۱۲؛ ۵، ج ۲۳، ص ۵۱؛ ۷، ج ۱، ص ۳۷۴؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷؛ ۶، ص ۳۲۷)، نه برای مشتری (۱۲، ج ۲، ص ۵).

بنابراین هیچ مانعی نیست که با فراهم آمدن اسباب خیار، بایع خیار داشته باشد. البته مقتضای کلام علامه این است که خیار تأخیر در حیوان مطلقاً به وجود نمی‌آید حال آن که این ادعا با عموم ادله‌ای که فساد آن را می‌رساند و از محقق حلی نیز نقل شده است، منافات دارد. زیرا فرقی بین طرف اصلی عقد بیع و مشروط له نیست و شهید (ره) در دروس می‌فرماید: «احتمال دارد که خیار مطلقاً ثابت باشد پس اگر مشتری فسخ بایع را بعد از سه روز شرط کرده باشد و اگر هر دو شرط کرده باشند و خیار را خارج کرده باشند نیز همین طور است» (۵، ج ۲۳، ص ۵۱). به هر حال خیار تأخیر در بیع حال جاری است و اگر برای تسلیم مبیع یا برای تأدیه ثمن اجلی معین شده باشد، خیار تأخیر جاری نمی‌شود و همچنین است اگر برای تسلیم بعض مبیع یا برای تأدیه بعض ثمن، اجل معین شود، خیار تأخیر جاری نمی‌شود. علت عدم جریان خیار تأخیر ضرری است که از تبعض در بیع اعم از تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن برای مشتری حاصل خواهد شد، زیرا بایع می‌تواند از خیار تأخیر استفاده کند؛ بنابراین در این صورت نیز خیار تأخیر جاری نمی‌شود.

گفته شد که خیار تأخیر در بیع نقد است و اگر مشتری در تأدیه ثمن به بایع تأخیر داشته باشد، خواه مقصر باشد یا عذر موجهی داشته باشد، خواه شخص بایع، ثمن را مطالبه کند خواه چنین درخواستی را از او نکرده باشد، خیار تأخیر به وجود می‌آید زیرا با انعقاد عقد بیع، مشتری موظف است ثمن را به بایع تأدیه کند، چنان که بایع ملزم به تحویل مبیع به مشتری است (بند ۴۰۳ ماده ۳۶۲ ق.م.)؛ بنابراین اگر مشتری برای پرداخت ثمن، ضامن معرفی کند یا آن را به دیگری حواله دهد و محال علیه قبول کند یا این که بایع، ثمن را به شخص ثالثی حواله دهد، پس از قبول محال علیه و تحقق حواله، خیار تأخیر ساقط می‌گردد زیرا «بعد از این که ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود» (ماده ۶۹۸ ق.م.) و همچنین پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده، بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود» (ماده ۷۳۰ ق.م.). بنابراین، پذیرش عقد ضمان از طرف بایع و تحقق حواله، به منزله قبض ثمن است و موجب سقوط خیار تأخیر بایع می‌شود.

### ۲-۳) انقضای مدت سه روز از تاریخ عقد

در قانون مدنی برای ایجاد خیار تأخیر انقضای سه روز یا کم تر از آن، در مورد کالاهایی که در کمتر از سه روز فاسد می شوند، شرط شده است ( مواد ۴۰۲، ۴۰۴ و ۴۰۹ ق. م. ). این مبنا که از فقه امامیه گرفته شده است (۱، صص ۲۴۴ و ۲۴۵) با طبیعت هر کالایی متناسب و حسب مورد متفاوت است. شیخ صدوق به استناد روایت علی بن یقطين که در آن از امام رضا (ع) می پرسد، تکلیف مردی که جاریه ای خرید و به بايع گفت ثمن را برای تو می آورم، چیست؟ امام (ع) فرمود اگر تا یک ماه از هنگام خرید ثمن را آورد چه بهتر و گرنه برای او بیعی نیست؛ این مدت را در بیع جاریه یک ماه از تاریخ عقد دانسته است (همان ص ۲۴۷). ولی آن را به علت مخالفت با نظر مشهور (همان، ص ۲۴۵)، غیر از خیار تأخیر (خیار شرط) دانسته یا روایت را به استحباب صبر بايع و عدم فسخ تا یک ماه حمل کرده اند (همان).

به نظر می رسد که مدت سه روز یا کم تر یا یک ماه حاکی از آن است که در روایات مطابق عرف، حسب طبیعت هر کالایی که مورد خرید و فروش قرار می گیرد، مدت تعیین شده است و اگر مناط اعتبار مدت ها، تراضی طرفین بر مبنای عرف و طبیعت مبیع باشد، باید ضابطه ی سه روز را بر طبق تراضی نیز بتوان تغییر داد. به علاوه مبنای خیار تأخیر می تواند خیار شرط نیز باشد.

بنابراین؛ عدم انقضای این مدت ها مانع ایجاد خیار خواهد شد. مقصود از سه روز، سه شبانه روز است، بنابراین هرگاه دو شب در وسط قرار بگیرد، شامل آن ها نیز می شود. بر همین مبنا، هرگاه بیع در اول روز واقع شود، آخر سه روز عبارت است از غروب روز سوم. آری اگر بیع در شب واقع شود، شب اول یا بعض آن در مدت سه روز داخل می شود. ظاهر این است که مدت (سه روز) باید تلفیق و جبران شود، بنابراین هر گاه بیع به هنگام زوال روز بسته شود، آغاز خیار، زوال روز چهارم خواهد بود و در فرض های دیگر نیز سه روز به همین ترتیب محاسبه و تعیین می شود (۸، ج ۱، ص ۵۲۷). این قول با نظر علامه و فرزندش فخرالمحققین هم موافق است (۱۵، ج ۱، ص ۴۸۶). به علاوه با اصلی که با نصوص و روایات هم تعارض ندارد، هماهنگ است، زیرا اصل، عدم ثبوت خیار مجلس، خیار تأخیر و دیگر اختیارات است و مقتضای لزوم عقود نیز همین است.

### ۳-۳) عدم پرداخت تمام ثمن

در صورتی خیار تأخیر ایجاد می شود که پس از انعقاد عقد بیع، تمام ثمن معامله به بایع تسلیم نشده باشد (۵، ج ۲۳، ص ۵۳؛ ۷، ج ۱، ص ۳۷۴؛ ۱، ص ۲۴۴؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷). تأدیه بعض ثمن از طرف مشتری به بایع مانع پیدایش خیار نیست، زیرا با قبض بعض ثمن می توان گفت که ثمن (کل ثمن) قبض نشده و قبض بعض مانند عدم قبض است (همان). البته اگر ثمن معیّب، قبض شده باشد، خیار بایع ساقط (یا به تعبیر دقیق تر مانع ایجاد خیار) می شود (همان). زیرا تسلیم و اقباض ثمن معیّب نیز تأدیه ثمن محسوب می شود و صحت این امر را عرف هم تأیید می کند. صاحب جواهر به دنبال بیان شرط مذکور می فرماید: «شرطه عدم قبض الثمن و الحلول...» (۵، ج ۲۳، ص ۵۳).

این شرط منصوص و از نظر فتوی، مُجمَع علیه است. چنان که گفته اند، قبض بعض ثمن هم مانند عدم قبض است، به دلیل اخبار وارده که مؤید خبر مذکور از استنباط ابی بکر بن عیاش در روایت ابن الحجاج است (۱۱، باب ۹، حدیث ۵؛ ۴، ج ۱۳، ص ۵۳؛ ۱۲، ج ۲، ص ۱۲؛ ۱۳، ج ۴، ص ۱۱۶). به علاوه در قبض ثمن، اذن بایع هم شرط است. به گفته صاحب جواهر گروهی از فقها به این امر تصریح و دیگران هم به آن اشاره کرده اند (۵، ج ۲۳، ص ۵۳؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷). ظاهراً این استدلال به تبع آن چه علامه (ره) در تذکره در این خصوص نوشته، شکل گرفته است. با وجود این، این نظر مبنی بر بی اثر بودن قبض ثمن بدون اذن بایع، با در نظر گرفتن این مدعا که اخبار چنین ظهوری ندارند و اصل در بیع، لزوم است، با اشکال برخورد می کند، زیرا ضمان مبیع و ضرر آن، با عدم وصول ثمن، بر عهده بایع است (کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه)، بنابراین نمی توان هر دو ضرر را از آن بایع دانست. آری اگر چنین ادنی داده شود، اشکال مذکور برطرف خواهد شد (۱، ص ۲۴۵؛ ۵، ج ۲۳، ص ۵۳؛ ۷، ص ۳۷۴؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷). همچنین هر گاه مشتری، ثمن را به بایع دهد ولی او عدواناً از اخذ آن امتناع ورزد، بایع را خیار تأخیر نیست (۱، ص ۲۴۴؛ ۱۴، ش ۴/۶، ص ۱۱۴).

### ۳-۴) عدم تسلیم تمام مبیع به مشتری

خیار تأخیر در صورتی محقق می شود که تمام مبیع تا سه روز از تاریخ تشکیل عقد بیع به مشتری تسلیم نشود (۱، ص ۲۴۵؛ ۷، ج ۱، ص ۳۷۴؛ ۱۰، ص ۲۵۵). بنابراین هر

گاه بایع تا سه روز از حین عقد، مبیع را به قبض مشتری بدهد خیار تأخیر و حق فسخ ندارد. صاحب جواهر این شرط را صریحاً ذکر کرده و عبارت «... عدم اقباض المبیع» را پس از شرط اول آورده است. مقصود از اقباض، تسلیم تمام مبیع است نه بعض و قسمتی از آن. بنابراین با تسلیم بعض مبیع نیز شرط عدم تسلیم مبیع محقق و خیار تأخیر ایجاد می گردد؛ زیرا قبول نفس تبعیض، ضرر روشنی است که با فلسفه جعل خیار، سازگاری ندارد. پس در صورت تسلیم بعض مبیع، بایع بین قبول و امضاء تمام بیع یا فسخ آن، مؤخیر است و نمی تواند از خیار تأخیر نسبت به بعض مبیع، استفاده کند.

دلیل دیگر که صاحب جواهر نیز آن را متذکر شده، عدم صدق تسلیم مبیع به تسلیم بعض آن به مشتری است. به گفته وی، در این صورت قبض منتفی است و خیار نیز بدون هیچ گونه اختلاف نظری باقی می ماند و خبر ابن حجاج (۱۱)، باب ۹، حدیث ۴، ج ۵؛ ج ۲۳، ص ۵۳؛ ۱۲، ج ۲، ص ۱۲؛ ۱۳، ج ۴، ص ۱۱۶) هم دلالت بر آن دارد. همچنین است در صورتی که مشتری مبیع را قبض کند و پس از آن روشن شود که تمام یا بعض مبیع به او تعلق دارد و از زمان گذشته، مالک مبیع بوده و به سبب عقد بیع، مالکیت آن را به دست نیاورده است. در این صورت نیز قبض، صوری و ظاهری و مانند عدم قبض است.

هرگاه قبض مبیع به صورت معیّب انجام شود، خیار بایع ساقط می شود (۵، ج ۲۳، ص ۵۳؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷)، یا به تعبیر دقیق تر تسلیم مبیع معیّب نیز مانع ایجاد خیار تأخیر می شود؛ زیرا به ظاهر در این صورت نیز از دید عرف تمام مبیع تسلیم شده محسوب می شود؛ در صورتی که در قبض بعض مبیع، چنین ظهوری وجود ندارد. گفته شده است که در ثمن، مطلق قبض کفایت می کند ولی در مبیع، مطلق قبض کافی نیست. علت این که قبض ثمن نیاز به رضایت بایع دارد، این است که این عمل، فعل بایع است مانند اقباض مبیع که آن نیز فعل بایع است که اگر رضایت در این دو صورت حاصل شود، حق بایع نسبت به هر دو مورد ساقط می شود. اما قبض مشتری فعل بایع تلقی نمی شود، بنابراین حق بایع با وقوع و حدوث فعل دیگری، ساقط نمی شود. صاحب جواهر می فرماید که این استدلال پسندیده و نیکو است زیرا سقوط حق صاحب حق با قبض مأذون فیه، تحقق پیدا می کند و دادن اذن هم دلالت بر این امر دارد. اما اگر قبض با رضایت بایع انجام نشود بلکه صرفاً با تغییر و تغیر ظاهر و صورت انجام شود، خیار باقی



است و اصل لزوم هم مؤید این معنی است. بنابراین، نصوص و روایات در اینجا دلالت دارد که قبض ثمن باید با اذن صورت پذیرد (۱، ص ۲۴۵). در خصوص قبض مُثْمَن چنین دلیلی در دست نیست و اگر گفته شود که نصوص چنین دلالتی بر مدعا ندارد و اذن بایع ضرورتی ندارد، می‌توان گفت که در قبض ثمن غالباً از نظر عرف چنین اذنی لازم است. مقصود از اذن، شرطیت آن است و شرطیت اذن در إقباض ثمن است نه در قبض آن. بلکه قبض بدون اذن هم تحقق پیدا می‌کند، زیرا قبض ثمن و إقباض مُثْمَن در کلمات فقها، مطلق است و اذن در آن قید یا شرط نشده است یا این که در پاره‌ای از موارد اذن را در إقباض مبیع (مُثْمَن) معتبر دانسته‌اند بدون این که در إقباض ثْمَن آن را معتبر بدانند و این معنی از قسمتی از بیانات فقها در باب قبض استنباط می‌شود. لکن با وجود این، به طور کلی اعتبار اذن در قبض در کتاب (الروضه البهیة) مطلق گذاشته شده است (۵، ج ۲۳، ۵۴). ولی به گفته شهید ثانی، اذن مالک در قبض، مانع از ثبوت و تحقق خیار است و گر نه قبض بدون اذن، فاقد اثر حقوقی مورد نظر است (۲، ج ۱، ص ۳۷۴). به گفته شیخ مرتضی انصاری، برخی از فقیهان، عدم تسلیم مبیع بر اثر علت خارجی را نیز مانع تحقق خیار تأخیر دانسته‌اند (۱، ص ۱۱۵).

### ۳-۵) لزوم عین خارجی یا کلی در معین بودن مبیع و عدم لزوم وجود این اوصاف در ثمن

در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد، خیار تأخیر ایجاد می‌شود. مقصود از مبیع در حکم عین معین همان کلی در معین است. یعنی مقدار معین به طور کلی از مالی که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است. (ماده ۳۵۰ ق.م.ب)؛ برای مثال اگر صد کیلو گندم از خرمنی به طور کلی فروخته شود، گفته می‌شود که مبیع در حکم عین خارجی یا «کلی در معین» است (۲، ص ۲۹۹).

به گفته صاحب جواهر، عین معین بودن ثمن به طور قطعی شرط نیست؛ در صورتی که مبیع باید عین خارجی باشد تا خیار تأخیر ایجاد شود. این معنا از مفاد کلام ابن عباس و صیمری و از ظاهر مبسوط و مراسم و وسیله و تحریر، مستفاد می‌شود (۵، ج ۲۳، ص ۵۵؛ ۹، ج ۲، ص ۱۲)؛ چنان که از انتصار سید مرتضی و خلاف شیخ طوسی نیز شرط بودن تعیین مبیع برای تحقق خیار تأخیر ثمن برمی‌آید؛ بنابراین خیار تأخیر در بیعی ایجاد می‌شود که مبیع در آن عین معین باشد. ولی از ظاهر کلام فقیهان استفاده می‌شود که از

نسیه و امثال آن احتراز شده است بلکه از کتب مزبور نیز همین احتمال استنباط می شود که خیار تأخیر در موردی که مبیع کلی فی الذمه است جاری نمی شود (۱، صص ۲۴۵، ۲۴۶ و ۲۴۹).

بر عکس هیچ خصوصیت ویژه‌ای در ثمن ملحوظ نیست و اگر ثمن معامله‌ای، عین معین یا کلی در معین یا کلی فی الذمه باشد، خیار تأخیر با تحقق دیگر شرایط، ایجاد خواهد شد.

### ۳-۶) حیوان و جاریه نبودن مبیع

برخی از فقیهان به استناد پاره ای از روایات (روایت علی بن یقطین)، حیوان و به ویژه جاریه نبودن مبیع را نیز از شرایط تحقق خیار دانسته اند (۱، صص ۲۴۶). ولی این شرط در قانون مدنی برای تحقق خیار تأخیر لازم نیست.

### ۴- دلیل و مبنای خیار تأخیر

برای خیار تأخیر چندین مبنا و دلیل نقلی و عقلی، به ترتیب ذیل، ذکر کرده

اند:

#### ۴-۱) دلیل و مبنای نقلی

گفته شد که این خیار با تحقق شرایطی ثابت می شود؛ مبنای و دلیل های نقلی

ثبوت آن به ترتیب ذیل قابل ارایه و تقسیم است:

**الف) وجود اجماع؛** برای اثبات خیار تأخیر به اجماع نیز استناد شده است و در این باره

گفته اند: روایات به اندازه‌ای است که می توان از وجود آن ها نقل اجماع را استفاده

کرد، ولی اجماع مبتنی بر روایات یا اجماع مدرکی بین فقیهان اعتباری ندارد. به

گفته شیخ انصاری، سید مرتضی علم الهدی درانتصار، شیخ طوسی در خلاف و

قاضی در جواهر و دیگران، ادعای اجماع کرده اند. ولی مستند این اجماع، روایات و

اخبار مستفیضه منقول است (۱، صص ۲۴۴).

## ب) وجود اخبار

۱) برای اثبات این خیار به حدیث لا ضرر و لا خیار به حدیث لا ضرر و اخبار مخصوص استناد کرده اند؛ ۱) بر مبنای این حدیث «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، از پیامبر اکرم (ص)» ضرر با بیع نفی شده، بلکه ضرر ناشی از تأخیر در تأدیه ثمن از ضرر مغبون شدید تر است (۱، ص ۲۴۴).

۲) دیگر اخبار مخصوصی که مفید معنای ثبوت این خیار است. خبر علی بن یقظین<sup>۵</sup> از امام ابوالحسن الرضا (ع)، خبر زراره<sup>۶</sup> از حضرت ابی جعفر امام باقر (ع) و خبر اسحاق بن عمار<sup>۷</sup> از حضرت عبد صالح امام موسی کاظم (ع) همگی مؤید مدعاست و در زمره اخبار مخصوص خیار تأخیر قرار دارند (۶، ص ۳۲۷ به بعد). با وجود این درک مفهوم دقیق روایات و تعیین حکم عقد بیع با توجه به عبارت «لا بیع له؛ لا بیع بینهما» که در احادیث مذکور به چشم می خورد، با مشکل مواجه شده است؛ از شیخ طوسی در مبسوط (۱، ص ۲۴۴) و میرزای قمی در جامع الشتات نقل شده است که ایشان به استناد بخشی از عبارت این روایات که در نفی بیع (لا بیع له؛ لا بیع بینهما) ظهور دارند، بطلان بیع را استنباط کرده است نه خیار تأخیر ثمن را (۱۴، ص ۱۱۶ و ۱۱۷). از محدث بحرانی نیز عقیده جازم داشتن بر انفساخ عقد بیع، نقل شده است (۵، ج ۲۳، ص ۵۲). برخی از حقوقدانان با تفکیک بین فقه نظری (که بر مبنای آن، مفهوم عبارت اخبار، بطلان بیع است) و فقه عملی (که بر مبنای آن، مفهوم عبارت اخبار، نفی تعهد تسلیم از بیع است)، احادیث خیار تأخیر را بر نفی تسلیم مبیع حمل کرده اند و نه بر الغای ماهیت بیع نظری (همان). ولی چنان که گفته اند، این روایت، لزوم عقد بیع را نفی می کند، نه وجود آن را (۵، ج ۲۳، ص ۵۳).

چنان که گفته شد، مبنای نقلی خیار تأخیر، روایات و دکتترین فقیهان (اجماع) است (۱۴، ش ۶/۶، ص ۱۱۵ و ۱۱۶). چند نمونه از روایات خیار تأخیر به ترتیب ذیل مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد:

<sup>۵</sup> - عن ابی الحسن عن الرجل یبوع و لم یقبض الثمن قال الاجل بینها ثلاثه ایام فان قبض بیعه و الا فلا بیع بینهما.

<sup>۶</sup> - عن ابی جعفر (ع) (قال قلت له الرجل اشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده فیقول اتیتک بتمنک قال ان جاء بتمنه فیما بین و بینة ثلثة ایام و الا فلا بیع له.

<sup>۷</sup> - من اشتری بیعاً فمضت ثلاثه ایام و لم یجئ فلا بیع له.

۱- زراره از امام باقر علیه‌السلام چنین نقل می‌کند: شخصی متاعی را از دیگری خرید، سپس آن را نزد فروشنده گذاشت و به او گفت که مبیع پیش تو باشد تا ثمن را بیاورم. امام (ع) فرمود: اگر مشتری بر طبق قراردادی که بین بایع و مشتری منعقد شده تا سه روز ثمن معامله را آورد و به بایع داد، بیع منعقد می‌گردد و گر نه بیع، به نفع مشتری، منعقد نشده است (۵، همان).

۲- علی بن یقطین از ابی الحسن [امام رضا (ع)] در یک روایت صحیح‌های چنین نقل می‌کند: شخصی کالایی را می‌فروشد در صورتی که نه مبیع را به مشتری تسلیم می‌کند و نه ثمن معامله را قبض می‌کند. امام (ع) در این باره می‌فرماید: اجل و مدت بین آن دو (متبايعين) سه روز است، پس اگر در این مدت آمد به بیع خود مأخوذ می‌شود و گر نه هیچ بیعی بین آن دو محقق نگردیده است. در خبر موثقه اسحاق بن عمار از حضرت عبد صالح (ع) نقل شده است: اگر کسی کالایی را بخرد و تا انقضای سه روز رجوع نکند، بیعی به نفع او منعقد نگردیده است (۵، همان).

۳- عبدالرحمن بن حجاج گوید: «کجاوه‌ای را خریدم و قسمتی از ثمن را پرداخت کردم و آن را پیش فروشنده گذاشتم، سپس چند روزی بازداشت شدم، بعد از آن به فروشنده رجوع کردم تا آن را بگیرم گفت آن را فروختم! خندیدم و به او گفتم به خدا قسم بر علیه تو مدعی هستم و اقامه دعوی می‌کنم، به من گفت آیا به قضاء ابی بکر بن عیاش راضی هستی؟ گفتم بلی! رفتیم و ماوقع را نزد او حکایت کردیم، ابوبکر گفت: مطابق گفته چه کسی بین شما داوری کنم، به گفته مولایت یا دیگری؟ در جواب گفتم: مطابق نظر مولایم. پس گفت چنین شنیدم که فرمود: کسی که چیزی را بخرد و تا سه روز ثمن معامله را تأدیه کند، عقد منعقد می‌شود و گر نه بیعی به نفع او نیست (۵، ج ۲۳، ص ۵۲).

به گفته برخی از فقیهان چنین توهم شده است که از ظاهر این نصوص مخصوصاً صحیح‌های علی بن یقطین انفساخ قهری برمی‌آید و انفساخ قهری به نفی حقیقت بیع، از نفی لزوم، نزدیک تر است. شیخ صدوق به لفظ انفساخ از آن تعبیر نموده و اسکافی و شیخ طوسی در مبسوط، ظرف زمانی را ترک کرده اند. به گفته شیخ طوسی از فقهای شیعه: اگر کسی شیء معینی را با ثمن معلوم بخرد و به فروشنده بگوید، ثمن را خواهیم آورد، اگر پس از عقد، تا مدت سه روز ثمن را آورد، بیع به نفع او منعقد می‌شود و اگر در

طول این مدت ثمن را نیاورد، بیع باطل است. ایشان می‌افزاید: ممکن است به قرینه کلام شیخ طوسی در دیگر کتابهایش، به ویژه با در نظر گرفتن قول مخالفی که حق خیار را به اجماع فقهای شیعه و اخباری که از آنها نقل گردید، نسبت داده است، زوال لزوم (عقد) اراده شده باشد. چنان که ممکن است این معنی (ثبوت خیار نه بطلان بیع) را از نصوص موجود ولو به کمک شهرت و اجماع مستفیض یا متواتر اراده کرده باشد. البته اصل صحت نیز مؤید (وقوع بیع و عدم بطلان) آن است و هرگاه در حدوث مبطل (و بطلان بیع) تردید شود، اصل عدم آن است که بر وجود حق خیار برای بایع دلالت دارد، نه بطلان بیع. به علاوه (ثبوت حق خیار) به جهت ارفاق و کمک به فروشنده، مناسب‌تر از بطلان بیع است زیرا چه بسا به دلیل پائین آمدن قیمت در طول این مدت ممکن است به وی ضرر وارد شود که در این صورت از خیار خود استفاده نمی‌کند و گرنه هرگاه بیع باطل باشد، بدون شک متضرر خواهد شد که با فلسفه جعل خیار منافات دارد. بلکه می‌توان ادعا کرد که اطلاق ثبوت خیار ولو به قرینه مقابله در شرطیت، به شخص بایع منصرف است. علاوه بر این، ظاهر از قید آوردن ثمن در ظرف زمانی (سه روز) این است که بیع برای بایع ثابت می‌گردد و لزوم بر خلاف صحت، قابل تبعیض است؛ یعنی صحت بیع را نمی‌توان با صفت بعضی، مقید نمود و بیع را برای یکی از متعاقبین صحیح و برای دیگری باطل دانست؛ در صورتی که لزوم، تبعیض بردار است. بنابراین صحیحاً این یقین مذکور با صدق نفی لزوم بین متبایعین، اگر چه نفی لزوم از طرف بایع باشد، منافات ندارد.

به گفته صاحب جواهر، بسیار بعید است که نظر محدث بحرانی (ره) به طور جزم و یقین بر انفساخ باشد (۵، ج ۲۳، ص ۵۲). چنان که شهید ثانی، خیار تأخیر را چنین تعریف می‌کند: «خیار التأخیر ای تأخیر اقباض الثمن و المثلث (عن ثلاثه) ایام (فیمن باع و لا قبض) و (لا اقباض) المبیع (ولا شرط تأخیر) ای تأخیر الاقباض و القبض فللبایع الخیار بعد الثلاثه فی الفسخ» (۷، ج ۱، ص ۳۷۴؛ ۱، ص ۲۴۴ و ۲۴۵؛ ۶، ص ۳۲۷).

#### ۲-۴) دلیل و مبنای عقلی

مبنای عقلی خیار تأخیر قاعده معاوضه و بنای متعاملین و هدف آن، حمایت از فروشنده ای است که مال شخصی (عین معین) یا کلی در معین خود را به دیگری در برابر

ثمن کلی تملیک، ولی تأخیر خریدار در دادن ثمن او را متضرر می‌کند. این مبنا اقتضا دارد که خیار تأخیر تنها مخصوص عقد بیع و بایع نباشد. با وجود این، در فقه و به پیروی از آن، در حقوق ایران، خیار تأخیر را ویژه عقد بیع و آن را مختص به بایع شناخته‌اند. چنان که ماده ۴۵۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «... خیار تأخیر ثمن مخصوص بیع است» و «خیار تأخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع، این اختیار نمی‌باشد» (ماده ۴۰۶ ق.م.).

### ۵- فور و تراخی در خیار تأخیر - مدت اعتبار خیار

در این که آیا خیار تأخیر فوری است یا نه و ذوالخیار (بایع) می‌تواند اجرای آن را تا هر وقت که بخواهد به تأخیر بیندازد و عقد بیع را هر زمان که بخواهد فسخ کند، قانون مدنی ساکت است و حکمی در این باره ندارد. به گفته برخی از حقوقدانان «چون قانون مدنی تصریح به فوریت خیار تأخیر ثمن ننموده، به این جهت نمی‌توان با گذشتن مدتی که بتوان از حق فسخ استفاده نمود خیار تأخیر را ساقط دانست، مگر آن که گذشتن مدت مزبور را بتوان با اوضاع و احوال خارج، کاشف از التزام بایع به بیع دانست» (۱۶، ج ۱، ص ۴۸۴؛ ۲۰، ش ۱۵۳، صص ۲۱۵ و ۲۱۶).

به گفته صاحب جواهر (۵، ج ۲۳، ص ۵۷؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷؛ ۱، ص ۲۴۷)، قول به تراخی اولی‌تر است. از کتاب قواعد شهید تصریح به تراخی نقل شده و ظاهر بیان علامه در تذکره نیز به دلیل اطلاق ادله، به آن دلالت دارد. صاحب جواهر گفته است که از فقها کسی را که به فوری بودن این خیار قایل باشد نیافته است، اگر چه احتمال دارد در غیر خیار تأخیر، تعلیل به فوریت شده باشد، زیرا در صورت تعارض خیار با اصل لزوم بیع، باید به قدر متیقن که فوری بودن حق استفاده از خیار است، اکتفا کرد. آری محقق کرکی با این که در خیاز غبن و رؤیت، به طور جزم جانب فوریت را انتخاب کرده ولی در فوریت خیار تأخیر تردید کرده است. منشاء تردید دلیل‌هایی است که اطلاق آنها خیار تأخیر را هم در بر می‌گیرد؛ نه استصحاب لزوم بیع و اصل لزوم و مانند آن..

### ۶- مسقطات خیار تأخیر

مسقطات خیار تأخیر به ترتیب ذیل مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرند:

### ۱-۶) اشتراط سقوط خيار ضمن عقد لازم

صاحب جواهر درباره این مسقط خيار تأخیر گفته است: «... يسقط باشتراط السقوط كما عن الشهيد و غيره النص عليه، عملاً بالشرط» (۵، ج ۲۳، ص ۵۷؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷). بر مبنای این نظر، دلیل سقوط خيار با اشتراط سقوط آن ضمن عقد، عمل به مقتضای شرط است. ولی بعضی از بزرگان گفته‌اند که خيار، ساقط نمی شود زیرا به هنگام تشکیل عقد، حق ایجاد و ثابت نشده و إسقاط مآلم یَجِب هم باطل است. در پاسخ به این ایراد گفته اند که چون سبب حصول و اثبات حق انعقاد عقد است و آن نیز منعقد شده است، به اعتبار ایجاد سبب، شرط سقوط آن بلا اشکال خواهد بود (۱، ص ۲۴۷).

بنابراین فروشنده و خریدار می‌توانند ضمن عقد، شرط سقوط خيار تأخیر را بگنجانند؛ چنان که می‌توانند شرط سقوط دیگر خيارات را در آن قرار دهند (ماده ۴۴۸ ق.م.ا). در عرف نیز شرط سقوط خيار بین متعاقدين رایج و متداول است؛ به طوری که در هنگام تنظیم اسناد اعم از رسمی و عادی عبارت «إسقاط کافه خيارات»، در اغلب قراردادها بویژه ضمن عقد بیع گنجانده می‌شود. به نظر می‌رسد که دو طرف می‌توانند عقد را بر مبنای شرط اسقاط خيار، که پیش از عقد درباره آن به توافق رسیده‌اند، واقع سازند. با وجود این، از نظر ماهیت، این شرط مانع ایجاد خيار می‌شود نه سبب سقوط آن؛ گرچه شرط مذکور می‌تواند سبب إسقاط خيار به محض ایجاد آن نیز محسوب شود. بنابراین، خيار تأخیر با اشتراط سقوط آن، همان گونه که از شهید و دیگران نقل شده، ساقط می‌شود (۱، ص ۲۴۷)، زیرا مقتضای عمل به شرط، همین است.

### ۲-۶) مطالبه ثمن و سقوط خيار

اصولاً خيار تأخیر با مطالبه ثمن ساقط نمی‌شود؛ زیرا مطالبه ثمن از طرف بايع، اعم از رضای او به سقوط خيار و لزوم عقد است، یعنی مطالبه ثمن رضایت به عقد و غیر آن را در بر می‌گیرد. و گر نه هر گاه از مطالبه ثمن رضای بايع ولو به قرینه احراز شود، سقوط خيار موجه‌تر است، چنان که در دیگر خيارات نیز مانند خيار مجلس و حیوان نصوص به آن اشاره دارند (۱۱، باب ۲ و ۳؛ ۵، ج ۲۳، ص ۵۷). ولی گرچه با مطالبه ثمن احتمال عدم سقوط این خيار وجود دارد، استناد به استصحاب با توجه به لزوم عقد بیع

توجهی ندارد و شاید بتوان این معنی را بر نظرات شیخ طوسی، مفید، دیلمی و حلی (ره) مبنی بر این که این خیار با مطالبه، ساقط می‌شود، حمل کرد. یعنی صاحب حق بتواند آن را در صورت تمایل به طور صریح یا ضمنی ساقط کند. قانون گذار یکی از موارد اسقاط ضمنی خیار تأخیر را در ماده ۴۰۳ ق.م.به ترتیب ذیل پیش بینی و مقرر کرده است: «اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قراین معلوم گردد که مقصود التزام بوده است، خیار او ساقط خواهد شد». بنابراین؛ صرف درخواست ثمن از مشتری دلیل سقوط خیار نیست.

### ۳-۶) اسقاط خیار پس از ایجاد آن

خیار تأخیر با انقضای سه روز از تاریخ تشکیل عقد بیع و استقرار آن نیز قابل اسقاط است؛ زیرا دارنده خیار (بایع) می‌تواند، مانند دیگر خیارات، حق خود را از روی اختیار ساقط کند. به گفته صاحب کتاب الاختیار لتعلیل المختار که از فقیهان و مدرسان حنفی مذهب است؛ خیار را می‌توان بطور صریح اسقاط نمود؛ برای مثال هرگاه بایع بگوید: اسقطت الخیار او ابطلته او اجرت البیع یا فعل و عملی را انجام دهد که دلالت بر اسقاط خیار بکند، خیار او ساقط می‌شود؛ چنان که هرگاه چهارپا را سوار شود یا در منزل سکونت نماید یا مبیع را رهن بگذارد و آنرا بفروشد (۵، ج ۲۳، ص ۵۷؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷) خیارش ساقط می‌شود.

..به گفته فقیهان امامیه بایع مخیر است که از حق خود استفاده و عقد را فسخ کند یا از آن منصرف شود. این معنی از انتصار و غنیه و مختصر النافع و قواعد، تحریر و تذکره علامه و لمعه و دروس و مسالک و جامع المقاصد و ریاض و نهاییه، بلکه به گفته شهید در دروس: از ظاهر عبارت اکثر فقیهان امامیه این معنی استفاده می‌شود (۶، ص ۳۲۸). بنابراین پس از انقضای سه روز و تحقق خیار می‌توان آن را، بطور صریح یا ضمنی، اسقاط کرد، چنان که صلاحیت و شأن هر حقی از حقوق همین است که بتوان آن را پس از ایجاد، ساقط کرد.



#### ۴-۶) تأدیة ثمن یا تسلیم مبیع در خلال سه روز از تاریخ انعقاد عقد بیع

هر گاه بایع مبیع را به مشتری تسلیم کند یا مشتری ثمن را به بایع تأدیة نماید، خیار تأخیر ایجاد نمی شود و موضوعاً منتفی است. ذکر این شرط به عنوان یکی از مسقطات خیار تأخیر از باب تسامح است زیرا إسقاط خیار زمانی ممکن است که تحقق خیار قطعی باشد؛ با وجود این، چنان که گفته شد در صورتی که سبب ایجاد خیار به وجود آمده باشد، شرط إسقاط آن نیز ضمن عقد بلا اشکال است و از باب إسقاط مالم یجب نیست. سخن ما نیز به این صورت است که اگر عقد بیعی منعقد شود در صورت انقضاء سه روز از تاریخ بیع و جمع دیگر شرایط خیار تأخیر به وجود می آید، حال اگر، قبل انقضاء، سه روز، فروشنده مبیع را به خریدار تسلیم کند یا خریدار ثمن را در اختیار بایع بگذارد، خیار تأخیر ایجاد نمی شود و موضوعاً منتفی است.

#### ۵-۶) اثر تأدیة ثمن پیش از فسخ عقد بیع

هرگاه مشتری پس از انقضای سه روز و قبل از فسخ بایع، آمادگی خود را برای تأدیة ثمن اعلام کند، در سقوط خیار تأخیر، دو احتمال وجود دارد: اول آن که خیار به اعتبار خود باقی است زیرا خیار تأخیر با گذشت سه روز ثابت و مستقر شده است و در صورت شک، یقین سابق استصحاب و به شک حاصل از تأدیة ثمن بعد از استقرار خیار، توجهی نمی شود. احتمال دوم این است که خیار ساقط است زیرا فلسفه و حکمت جعل این خیار، جلوگیری از ضرر احتمالی است که به واسطه عدم تأدیة ثمن، ممکن است به بایع وارد شود، هنگامی که مشتری ثمن را تأدیة می کند، ضرر منتفی می شود و وجهی برای بقای خیار تأخیر باقی نمی ماند. این دو احتمال را شهید ثانی پیش بینی کرده است، بدون این که یکی از آنها را بر دیگری ترجیح دهد (۷، ج ۱، ص ۳۷۴).

به نظر می رسد که قول اول (بقای خیار) چنان که صاحب جواهر فرموده با قواعد و اصول سازگارتر است زیرا بقای حق استصحاب می شود. همچنین اطلاق ادله مؤید عدم سقوط خیار است (۵، ج ۲۳، ص ۵۷؛ ۷، ج ۱، ص ۳۷۴؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷). بنابراین هرگاه خیار تأخیر ایجاد شود و مشتری ثمن را قبل از فسخ بایع برای تأدیة آماده کند، خیار بایع ساقط نخواهد شد، ولی اگر بایع بعد از سه روز از مشتری ثمن را مطالبه کند، اگر چه این مطالبه ممکن است قرینه ای بر رضایت بایع به عقد محسوب شود، اما چون به

طور قطع مفید علم نیست خیار او را ساقط نمی‌کند. از طرف دیگر می‌توان در تأیید قول اول از عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» نیز استفاده کرد، بدین معنی که از اطلاق آیه شریفه و حدیث نبوی، فقط صورت عدم امضاء بایع، خارج می‌شود و چون دلیلی بر امضاء بایع در دست نیست، لذا مطلق تحت اطلاق آیه شریفه و حدیث نبوی قرار می‌گیرد. بنابراین چون اصل، لزوم بیع است و با انقضای سه روز برای تأدیه ثمن، فرصتی باقی نمی‌ماند و با عدم تأدیه آن، خیار برای بایع ثابت می‌شود. در صورت شک نیز می‌توان بقای خیار را استصحاب کرد، ولی اگر مشتری ثمن را پس از مدت مذکور آورد و بایع آن را تحویل گرفت، می‌توان رضایت فعلی او را علامت إسقاط خیار تأخیر دانست (۱، ص ۲۴۷) که تأیید عرفی نیز دارد؛ ولی خیار با مطالبه ثمن پس از سه روز، ساقط نمی‌شود زیرا مطالبه اعم از رضا به لزوم عقد است (۵، ج ۲۳، ص ۲۴۷) و تأدیه ثمن هم خیار بایع را که ثابت شده از بین نمی‌برد ولی تحویل گرفتن ثمن از مشتری قرینه‌ای است بر این که بایع خیار خود را إسقاط کرده است. گفته شد که صرف مطالبه ثمن إسقاط ضمنی خیار محسوب نمی‌شود مگر این که به قراین، معلوم گردد که مقصود بایع التزام به بیع بوده است (مستفاد از ماده ی ۴۰۳ ق.م). با وجود این، چنان که گفته اند، هر حق مبنا و هدفی دارد که تنها در حدود آن قابل اجرا است. فروشنده اکنون هیچ ضرری را با فسخ عقد از بین نمی‌برد و فقط حربه‌ای به دست آورده تا عقد را به هم زند (۲۰، ج ۱، ش ۱۵۴، صص ۲۱۶-۲۱۷). گروهی از فقیهان امامیه نیز به دلیل فعلی نبودن ضرر در این فرض و انصراف اختیار به صورتی که بایع بالفعل متضرر باشد، سقوط خیار را ترجیح داده اند (۱، ص ۲۴۷؛ ۱۹، ج ۴، ص ۵۸۱؛ ۲۱، ج ۷، ص ۳۱).

#### ۷- تلف مبیع قبل از قبض و خیار تأخیر

تلف مبیع قبل از قبض، از مال بایع است و موجب انفساخ عقد بیع خواهد بود. ماده ۳۷۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد ...». بنابراین اگر عقد بیع پیش از ایجاد خیار تأخیر منفسخ شود دیگر امکان به وجود آمدن خیار تأخیر که متأخر از انفساخ عقد بیع از نظر رتبه زمانی است، نخواهد بود؛ همچنین است هرگاه مبیع بعد از

ایجاد خیار، تلف و منفسخ شود. به هر حال تلف مبیع قبل از قبض بر عهده بایع است و از این جهت فرقی نیست که مبیع در مدت سه روز تلف شود یا بعد از آن از بین برود. به گفته صاحب جواهر در این زمینه اجماع مستفیض یا متواتر حکایت شده است و همچنین قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» که در روایت آمده است به صراحت، دلالت بر مدعی دارد (۱۱، باب ۶، حدیث ۲۰۱؛ ۵، ج ۲۳، ص ۵۸؛ ۸، ج ۱، ص ۵۲۷).

گفتنی است که قاعده «التلف فی مده الخیار ممن لایخیر له» در اینجا جاری نمی‌شود زیرا این قاعده بنابر قول اتفاقی متأخرین از فقیهان امامیه به بعد از قبض اختصاص دارد و شیخ طوسی در کتاب خلاف بر آن ادعای اجماع کرده است (۵، ج ۲۳، ص ۵۸؛ ۱۳، ج ۴، ص ۳۹؛ ۱۷، ص ۱۲؛ ج ۲، ص ۵).

به گفته صاحب جواهر: شیخ مفید، سید مرتضی و سید رضی به حکایت از سلاّر، تلف در زمان خیار بر عهده مشتری است و چه بسا که شهید نیز به این نظر تمایل دارد بلکه سید مرتضی در انتصار و صاحب غنیه نسبت به آن ادعای اجماع کرده اند. زیرا مبیع ملک مشتری است و تقصیری هم از بایع سرزده است و هیچ راهی هم برای بایع نسبت به فسخ کردن بیع، باقی نمانده و به همین علت است که تلف مبیع قبل و بعد از قبض با هم فرق دارد، زیرا نماء مبیع از آن مشتری است، پس باید ضمان آن هم برعهده او باشد. چنان که از پاره ای نصوص، خیار شرط استفاده می‌شود (۱۱، باب ۶، حدیث ۲۰۱؛ ۵، ج ۲۳، ص ۵۸). شهید اول در لمعه و شهید ثانی در شرح آن، تلف مبیع قبل از قبض را مطلقاً از مال بایع دانسته و معتقدند که تلف به ضرر او تمام می‌شود (۷، ج ۱، ص ۳۷۴). به این بیان که تلف مبیع چه در اثنای سه روز و چه بعد از آن، در صورتی که مبیع به قبض مشتری درنیامده باشد، بر عهده بایع است زیرا حکم قاعده همین است که مقرر می‌دارد «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»؛ یعنی هر مبیعی که قبل از قبض آن تلف شود از مال بایع محسوب می‌شود. چنان که گفته شد غرض از عبارت «مطلقاً» در کلام شهید اول (ره) این است که ضمان مبیعی که تلف شده بر عهده بایع است، خواه مبیع ضمن مدت سه روز از تاریخ انعقاد بیع، تلف شود یا بعد از آن، زیرا به گفته صاحب جواهر این قاعده از طریق نص و اجماع ثابت شده است (۱۱، همان). شافعی از فقه‌های عامه در این باره می‌گوید که ضمان مبیع قبل از قبض بر عهده بایع است (۱۷، ص ۸۲؛ ۱۳، ج ۴، ص ۱۱۷). به گفته شافعیان و حنفیان، مشتری اگر قبل از اقدام بایع و پس از

گذشت مدت مزبور، مبیع را بفروشد، از بیع های فاسد است، ولی مالکیان و حنبلیان آن را درست می دانند (۱۸، ج ۲، ص ۲۳۷-۲۳۳).

به گفته شیخ طوسی تلف مبیع در مدت سه روز از مال مشتری و تلف پس از آن از مال بایع است \*\*\* (۱۲، ج ۲، ص ۵). البته در این مورد فقهاء اختلاف نظر دارند. اما آنان که چنین نظری دارند، عمده دلیل صحت رأی خود را اجماع فقهاء و اخبار وارده در خصوص مورد، ذکر کرده اند (۹، ج ۲، ص ۱۲). بنابراین در مجموع و به عنوان نتیجه می توان گفت که اطلاق حدیث نبوی (کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه)، نسبت به مورد خیار تأخیر نیز سرایت دارد، بنابراین؛ هر گاه مبیع قبل از قبض و در زمان خیار تأخیر ثمن بدون تقصیر بایع تلف شود، از مال بایع بوده و ضمان آن نیز به عهده وی است؛ یعنی چنان که برخی از شارحان قانون مدنی نیز گفته اند: بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد (۲۲، ص ۲۶۰).

#### ۸- وضع خیار تأخیر در صورت بطلان، فسخ، انفساخ یا اقاله عقد بیع

هر گاه عقد بیع باطل باشد یا بطلان آن کشف شود یا در مواردی که یک طرف حق تنفیذ و رد دارد، عقد بیع را رد کند، زمینه برای خیار تأخیر فراهم نمی شود. به علاوه؛ به نظر می رسد که هر گاه به هر دلیلی عقد بیع بعد از تحقق خیار تأخیر، فسخ شود، خواه فسخ از طرف بایع باشد خواه از طرف مشتری، نوبت به اجرای خیار تأخیر نمی رسد. فسخ، انفساخ و اقاله عقد بیع، پیش از فرا رسیدن سه روز یا کمتر از آن نیز، مانع پیدایش خیار تأخیر خواهد شد. چنان که هر گاه در متن عقد شرط شده باشد که هر گاه مشتری تا سه روز ثمن را ندهد، بیع به طور شرط نتیجه منحل شود، در این صورت به اجرای خیار تأخیر نوبت نمی رسد و با احراز عدم تأدیه ثمن و تحقق شرط فسخ، عقد بیع خود به خود منحل می شود (۱۴، ش ۶/۴، ص ۱۱۵).

#### ۹- خیار مایفسد لیومه

اگر مبیع از کالاهایی باشد که با انقضای سه روز از تاریخ انعقاد عقد بیع، فاسد می شود یا تنزل قیمت پیدا می کند، مثل گوشت و برخی از میوه ها و سبزیجات، با توجه

به طبیعت مبیع، مبدأ ثبوت خیار از زمانی محسوب می‌شود که مبیع مورد نظر، مشرف به فساد یا تنزل شدید قیمت یا از بین رفتن رواج بازاری آن، می‌شود (ج ۲۱، ص ۷، ج ۵۳).  
 به گفته صاحب جواهر، اگر شخصی کالایی را که در یک روز خراب و فاسد می‌شود، بخرد و آن را در نزد بایع بگذارد تا ثمن را تهیه و برای تأدیه به فروشنده رجوع کند، محمد بن ابی حمزه، ضمن روایت مرسله‌ای از امام صادق (ع) و از حضرت ابی‌الحسن (ع) نقل می‌کند که اگر ثمن را از تاریخ انعقاد عقد تا شب هنگام، یعنی قبل از شروع شب آورد، بیع تمام شده و کالایش را مسترد می‌دارد و با خود می‌برد و گرنه هر گاه نتواند یا نخواهد ثمن را بیاورد، بیعی وجود ندارد (۱۱، باب ۱۱، حدیث ۱؛ ج ۵، ص ۲۳، ج ۵۹).<sup>۸</sup> به گفته مصنف، مرسل بودن روایت، بعد از این که با مطلب ذیل روایت مرسل ابن رباط تقویت و تأیید می‌گردد، هیچ گونه ضرری به مدعا نمی‌زند. مرسله اخیر که از امام صادق (ع) نقل می‌کند، بدین قرار است: «والعهده فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل» (۱۱، باب ۱۱، حدیث ۲؛ ج ۵، ص ۲۳، ج ۵۹)؛ یعنی تعهد بایع بر تأدیه مبیع در اشیائی که یک روزه خراب و فاسد می‌گردند، مانند سبزیجات، خربزه و میوه‌جات، یک روز است تا شب هنگام. البته ارسال و ضعف روایت هم به عمل اصحاب، جبران گردیده (و در اصطلاح منجبر به عمل اصحاب) است. به علاوه با اعتبار حدیث ضرار (۱۱، باب ۱۷، حدیث ۳، ج ۴، ص ۵۴) هم موافقت دارد. آری، عبارات فقیهان در بیان مقصود، بعد از این که آن را «تا شب» محدود کرده‌اند، اختلاف دارد زیرا بر طبق متن، خیار تا شب ادامه دارد ولی آغاز آن تعیین نشده است. ولی این اشکال وارد به نظر نمی‌رسد زیرا در این موارد مبدأ، تاریخ انعقاد بیع است. در عبارت دیگر، زمان یا «روز» تعیین شده و در پاره ای از عبارات، خیار «تا هنگام شب» قرار داده شده است. اما آن چه که با نص منافات دارد و در اکثر عبارات هم آمده است، مبدأ است نه منتها. پس برگرداندن کالا به مشتری لازم است اگر چه مدت آن طولانی باشد که این مطلب بعد از توضیح مراد، آسان می‌نماید. آری حکمی که از متن حدیث و فتاوی بر می‌آید، از این نظر مشکل است زیرا مقصود از خیار و جعل آن، دفع ضرر قبل از فساد مبیع است (۸، ج ۱، ص ۵۲۸) و اگر بنا به فرض، مبیع از جمله چیزهایی باشد که در یک روز فاسد می‌شود (مما یفسد لیومه)، واجب و

<sup>۸</sup> در باره مفهوم عبارت: «لابیع له» و این که آیا عقد بیع در این وضعیت منفسخ یا باطل است یا بایع حق فسخ دارد، به نیل لیل و مبنای خیار تأخیر (ش) رجوع شود.

لازم است که هنگام خیار و استفاده آن برای شخص ذوالخیار، قبل از حلول شب باشد تا بائع بتواند بیع را فسخ و بدین وسیله از خود دفع ضرر کند. از طرف دیگر بیع ممکن است در آغاز و پایان روز و همچنین در اثنای آن واقع شود، حتی بعید نیست که شب هنگام منعقد گردد، لذا محدود کردن آن به طور کلی یا به طور جزئی به روز، خروج از ظاهر نص و فتوی است.

به همین دلیل است که شهید در کتاب دروس، نص را به «علی مایفسده المبیته» حمل کرده است (۵، ج ۲۳، ص ۶۰). البته دلیل شهید نیز «غلبه» است، زیرا در غالب موارد که مبیع از سبزیجات، میوه‌ها، گوشت‌ها یا شیر است، در این مدت فاسد می‌شود، به علاوه استعمال «یوم» در «شب» نیز شایع است. برای مثال هرگاه به کسی گفته شود که برای تأدیه بدهی یک روز به شما مهلت داده می‌شود، مقصود یک شبانه‌روز است، نه یک روز بدون شب (معادل ۱۲ ساعت). بنابراین در چنین صورتی، خیار چنان که گفته شد، ثابت می‌شود.

اقتضای اصل این است که «خیار مایفسد لیومه» است و حدیث ضرار و همچنین دلالت ایماء و اشاره هم مؤید این نظر است که یک روز باید در نظر گرفته شود. به گفته مصنف، محقق کرکی با این نظر موافق است و شهید ثانی و دیگران نیز به این نظر تمایل دارند. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه درباره ثبوت خیار تأخیر که در ذیل خیار رؤیت آورده است، می‌گوید: «این خیار بعد از دخول شب ثابت می‌شود» (۷، ج، ص ۳۴۷). این حکم با مدلول روایتی که در این مورد، وارد شده نیز سازگار و موافق است (۱۱، باب ۱۱، حدیث ۲؛ ج ۲۳، ص ۵۹؛ ۱۱، ج ۱۲، صص ۳۵۸ و ۳۵۹).

شهید ثانی نظر شهید اول (ره) را مورد انتقاد قرار داده و می‌فرماید: خیار برای دفع ضرر جعل شده است. یعنی غایت جعل خیار، دفع ضرر احتمالی است که به ذوالخیار وارد خواهد شد. در صورتی که در ما نحن فیه، مفروض این است که مبیع در طول روز فاسد می‌شود و پس از فاسد شدن آن و دخول شب خیار فایده ای ندارد؛ فایده هنگامی حاصل می‌شود که قبل از فاسد شدن مبیع اختیار فسخ معامله به فروشنده داده شود. به گفته شهید ثانی، شهید اول با در نظر گرفتن همین اشکال، عنوان خیار را به این صورت بیان کرده است: «خیار ما یفسده المبیته» یعنی خیاری که انقضاء و تمام شدن شب، آن را فاسد می‌کند. این بیان، نیکو و قابل قبول است، البته تنها ایراد آن اینست که نباید از

ظاهر نص عدول کرد و از محدوده آن خارج شد. ولی به گفته شهید ثانی، این ایراد را می‌توان با حدیث «لاضرر» جبران کرد. شهید اول نیز در کتاب دروس فرموده است که به احکام و قواعد، نزدیکتر این است که از حکم مسأله یعنی از عدم جواز فسخ قبل از حصول فساد، عدول شود و به هر موردی که چیزی در شرف فساد قرار می‌گیرد، تسری داده شود. یعنی پیش از فرا رسیدن شب، بتوان معامله واقع شده را فسخ کرد. وی درباره ملاک و مناط حصول فساد می‌فرماید که ضابطه در حصول فساد این است که متاع و کالا ناقص شده و رغبت خریداران به آن از بین برود. با وجود این، هرگاه ملاک جعل خیار برای ذوالخیار، فاسد شدن مبیع باشد، در مواردی که متاع فاسد نمی‌شود لکن رواج بازاری آن از دست می‌رود و دیگر خریداری ندارد یا قیمت آن تنزل شدید می‌کند، در این صورت دیگر نمی‌توان معامله را بر هم زد و از ضرر احتمالی (بلکه ضرر کاملاً آشکار) جلوگیری کرد. حال آن که در اینجا نیز می‌توان به حدیث لاضرر استناد کرد (۵، ج ۲۳، ص ۶۰).

اگر مبیع از اشیائی باشد که در مدت دو روز فاسد می‌گردد، خیار از شب اول تا زمانی که خوف فساد وجود دارد به تأخیر می‌افتد که در این صورت ذوالخیار در این فاصله زمانی (۲ روز) می‌تواند از حق خود استفاده کند.

صاحب جواهر به نقل از دیگران در این باره می‌گوید: «فلو كان مما يتسرع اليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل و ... و ان مضى عليه يومان و اكثر». ولی به گفته علامه به احتمال اخیر نباید وقعی گذاشت زیرا در شرع زمان اعمال خیار محدود شده و مورد نص چنان که گذشت «ما يفسد ليومه» است. شهید ثانی درباره اظهارات شهید اول در کتاب دروس گفته است: کلیه مطالبی که مصنف فرموده موجه و پسندیده است و می‌توان آنها را پذیرفت اگر چه از مدلول احادیث وارده خارج بوده و از ظاهر نصوص، تعدی شده است. علت قصور احادیث هم از نظر متن و هم از نظر سندیت آنها است. مضافاً این که حدیث نفی ضرر نیز مؤید مطلب و مدعای شهید اول در دروس است (۷، ج ۱، ص ۳۲۴؛ ۵، ج ۲۳، ص ۶۰).

#### ۱۰- تلف مبیع در خیار مایفسد لیومه

هر گاه در فاصله زمانی ثبوت خیار «ما يفسد ليومه»، مبیع تلف شود، تکلیف چیست و تلف آن بر عهده خریدار است یا بایع؟ به گفته صاحب جواهر این بحث از فروع

بحث خیار تأخیر ثمن است و تمامی مطالبی که درباره خیار تأخیر گفته شد در اینجا نیز صادق است (۵، ج ۲۳، ص ۶۰؛ ۱، ص ۲۴۸) زیرا در هر دو مورد، روش یکی است؛ چنان که بطور صریح در غنیه نسبت به آن ادعای اجماع شده است. و چه بسا احتمال قوی این است که بر عهده بایع باشد زیرا دلیل خاصی مانند «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» در اینجا وارد شده است. اطلاق حدیث، ما نحن فیه را نیز دربر می گیرد و بدون این که بین «خیار تأخیر ثمن» و «خیار مایفسد لیومه» تفاوتی بگذارد، هر دو مورد را شامل می شود.

### ۱۱- اثر تراضی دو طرف و اراده دارنده خیار

چنان که گذشت، با تراضی دو طرف (شرط اسقاط خیار تأخیر) و نیز با اسقاط خیار از طرف بایع پس از تحقق خیار، خیار تأخیر ساقط می شود. حتی تراضی دو طرف می تواند مانع ایجاد خیار شود یا خیار را به محض ایجاد اسقاط کند. به علاوه به نظر می رسد که دو طرف می توانند شرایط تحقق خیار به ویژه ظرف زمانی (سه روز یا کمتر از آن) را نیز تغییر دهند. زیرا چنان که گفته شد، انقضای سه روز شرط زمانی مقطوع غیر قابل تغییری برای ایجاد خیار تأخیر نیست؛ بلکه به طبیعت کالا و تراضی دو طرف نیز بستگی دارد و حسب مورد سه روز، کمتر از سه روز در مورد کلاهای فاسد شدنی یا یک ماه در مورد خرید و فروش جاریه تعیین شده است. قانونگذار نیز برای حمایت از فروشنده، مدت لازم برای تحقق خیار تأخیر را سه روز یا کمتر از سه روز در نظر گرفته (مواد ۴۰۶، ۴۰۲ و ۴۰۹ ق.م.) و داوری درباره خیار کمتر از سه روز را به عرف موکول کرده است. وانگهی دو طرف می توانند ضمن عقد بیع یا ضمن عقد لازم دیگر یا به طور مستقل بر انحلال عقد در صورت عدم تسلیم مبیع یا ثمن توافق کنند و تخلف از اجرای کامل هر یک از تعهدات ناشی از عقد بیع، مانند تسلیم تمام ثمن یا تسلیم تمام مبیع در مدت معین، را شرط فاسخ قرار دهند.

### ۱۲- خیار تأخیر مبیع و امکان استفاده از خیار تأخیر در عقود دیگر

به نظر می رسد، چنان که برخی از استادان گفته اند: «اگر خیار تأخیر ثمن، مطابق قاعده باشد و مشتری ثمن را آماده ولی بایع در تسلیم مبیع تأخیر کند، مشتری



خيار تأخير مبيع دارد» (۱۴، ش ۳/۶، ص ۱۱۳). ولی قانون مدنی آن را نپذیرفته و خيار تأخير را مخصوص بايع در عقد بيع قراردادده است (مواد ۴۰۶ و ۴۵۶ ق.م.). در فقه اسلامی نیز خيار تأخير را تعبدی و مخصوص بايع دانسته‌اند (۱۹، ج ۴، ص ۵۸۰). با وجود اين، توجه به دو نکته در اين باره، ضروری به نظر می‌رسد:

**اولاً:** هر گاه مبنای خيار تأخير، لاضرر باشد، اختصاص به بايع ندارد و برای مشتری نیز در تأخير تسليم مبيع، خيار تأخير مبيع ايجاد می‌شود. زیرا بين مبيع و ثمن تفاوت ماهوی وجود ندارد و هر گاه ثمن معامله نیز عين خارجی يا در حکم آن باشد و مشتری آن را برای تسليم آماده کند ولی بايع در تسليم مبيع تأخير کند، پيدایش خيار تأخير مبيع برای مشتری با منطق و قواعد حقوقی سازگار می‌نماید.

**ثانياً:** هر گاه، چنان که برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «بيع در استعمال شارع در صدر اسلام، اختصاص به بيع مصطلح متشرعه نداشته باشد و شامل صلح در تملك به عوض و مانند آن گردد (۱۴، ج ۶، ص ۱۵۴)، خيار تأخير نیز مخصوص بايع و عقد بيع نخواهد بود و در عقد بيع و هم در عقود معوض ديگر نیز جاری می‌گردد. به علاوه «بيع در لغت تازی از اضرار است هم به فروش گفته می‌شود و هم به خريد، ثمن هم از اضرار است هم به عوض گفته می‌شود و هم به معوض» (همان).

اما بنا به تصريح قانون مدنی ايران (مواد ۴۰۶ و ۴۵۶ ق.م.)، ناگزير بايد خيار تأخير را مخصوص بايع در عقد بيع دانست و برای مشتری خيار تأخير مبيع وجود ندارد. برخی از شارحان نخستين قانون مدنی علت اين حکم را احتراز از توجه ضرر به بايع دانسته و افزوده اند: چون تقريباً «همیشه ثمن کلی است و برای بايع در آن حق عینی ايجاد نمی‌شود؛ برعکس کلی بودن مبيع امری استثنایی است و حکم قانون بايد شامل امور کلی باشد نه موارد استثنایی به علاوه دادن حق فسخ عدول از اصل لزوم بيع است؛ بنابراین در صورت تأخير در تسليم مبيع، مشتری حق فسخ دارد (۲۲، ص ۲۴۳ و ۲۴۴).

### ۱۳- تشریفات اعمال خيار؛ لزوم يا عدم لزوم رجوع به دادگاه

درباره اعمال خيارات، لزوم رجوع به دادگاه، بين حقوقدانان اختلافی است؛ به گفته برخی از آنان «مادام که اجبار ممتنع (به وسیله دادگاه) امکان پذیر است، متعهد له حق فسخ ندارد!» (۱۶، ج ۱، ص ۴۸۵)؛ از اين گفته، لزوم رجوع به دادگاه برای اجرای خيار

را استنباط شده (۱۴، ش ۱۱/۶ تا ۱۵/۶، ص ۱۸ و ۱۱۹).. و در نقد آن گفته اند: «در حقوق اسلام در باب اعمال خیار در رابطه به رجوع به دادگاه سه نظر (دو فتوی) هست؛ یکی رجوع به دادگاه، دیگری عدم رجوع به دادگاه، سومی رجوع به دادگاه در مسایل اجتهادی و نظری، و عدم رجوع به دادگاه در مسایل غیر اجتهادی یا غیر نظری» (همان)؛ ولی با تأیید و تقویت نظر صاحب جواهر، اصل عدم رجوع بایع به دادگاه و فسخ بدون اجازه را، به استناد دلایل ذیل پذیرفته هاند (۱۶، همان):

۱- اخلاق عمومی طرح دعوی را فاجعه می‌داند؛ ۲- دعاوی بار سازمان قضائی کشور را سنگین می‌کند؛ ۳- مردم در معاملات کوچک برای الزام مشتری به تسلیم ثمن به دادگاه نمی‌روند؛ ۴- در طول مدت رجوع به دادگاه، ضمان معاوضی بر عهده بایع است و رفتن به دادگاه و تحمل هزینه‌های دادرسی نیز بار او را سنگین می‌کند؛ ۵- ضرر رجوع به دادگاه در مورد تأخیر مشتری در دادن ثمن، کم نیست لذا مشتری که موازنه در تسلیم را بر هم زده باید به دادگاه برود، نه بایع که در راه اجرای موازنه در تسلیم نیانداخته است؛ ۷- به قرینه عدم لزوم رجوع به دادگاه در مورد تقاص، بایع بدون رجوع به دادگاه می‌تواند با استفاده از خیار تأخیر ثمن، عقد بیع را فسخ و از تسلیم مبیع به مشتری خودداری کند (۱۴، همان).

بنابراین بایع می‌تواند بدون رجوع به دادگاه، بیع را به علت تأخیر مشتری در پرداخت ثمن، فسخ و از تسلیم مبیع خودداری کند. در این صورت خریدار نیز می‌تواند با رجوع به دادگاه، الزام فروشنده به تسلیم مبیع را به علت سوء استفاده از حق یا عدم تحقق شرایط خیار، بخواهد.

#### ۱۴- حقوق خارجی

خیار تأخیر با شرایطی که گفته شد، از ویژگی‌های فقه امامیه و حقوق ایران است و در نظام‌های حقوقی بیگانه در باره تأخیر ثمن، مقرراتی همچون مقررات قانون مدنی ایران به چشم نمی‌خورد. با وجود این، نوعی خیار فسخ برای تأخیر ثمن در پاره‌ای از مقررات خارجی به شرح ذیل وجود دارد:

ماده ۶۱ قانون متحدالشکل بیع بین المللی مصوب ۱۹۶۴ مقرر می‌دارد: «اگر خریدار به پرداخت ثمن براساس قرارداد یا قانون حاضر نشود، فروشنده می‌تواند از وی

درخواست کند که به وظیفه خود عمل کند». به موجب ماده ۶۲ همان قانون: «هرگاه عدم توفیق در پرداخت ثمن در تاریخ تعیین شده به نقض اساسی قرارداد منجر نشود، فروشنده می تواند از خریدار بخواهد که ثمن را بپردازد یا قرارداد را فسخ شده اعلام کند. او باید خریدار را ظرف زمان معمول و معقول از تصمیم خود آگاه سازد وگرنه قرارداد در عمل فسخ شده محسوب می شود» (۲۳، ص ۴۳۶). به موجب ماده (۲) ۶۲ همان قانون: «هنگامی که عدم توفیق پرداخت ثمن در تاریخ تعیین شده به نقض اساسی قرارداد منجر نمی شود، فروشنده می تواند برای خریدار مهلت اضافی معقول قرار دهد. هرگاه خریدار تا پایان مهلت اضافی ثمن را نپردازد، فروشنده می تواند پرداخت ثمن را از فروشنده بخواهد یا قرارداد را فسخ شده اعلام کند، به شرط این که کار را فوری انجام دهد». در ماده (۲) ۶۶ می خوانیم: «وقتی که عدم توفیق در قبض کالا به نقض اساسی قرارداد منجر نمی شود، فروشنده می تواند مهلت اضافی معقول قرار دهد. هر گاه خریدار تا پایان مهلت، کالا را تسلیم نکرد فروشنده می تواند قرارداد را فسخ شده اعلام کند به شرط این که آن را فوری انجام دهد» (۲۳، ص ۴۳۸).

در کنوانسیون بیع بین المللی<sup>۱</sup> ۱۹۸۰ نیز مقررات مشابهی به چشم می خورد. بر طبق ماده ۴۷ و بند ۱ آن، هر گاه فروشنده مبیع را تسلیم نکند، مشتری می تواند به او مهلت بدهد و با انقضای آن، قرارداد را فسخ کند. اگر چه قرارداد نقض اساسی نشده باشد زیرا عدم تسلیم مبیع به طور مطلق، نقض اساسی به شمار می رود ولی تأخیر در تسلیم مبیع وقتی نقض اساسی قرارداد است که زمان تسلیم برای خریدار حیاتی و تسلیم بعد از آن، بی فایده باشد که در این صورت نیز برای خریدار حق فسخ ایجاد می شود. به علاوه خریدار می تواند مطابق بند ۱ ماده ۴۹ به فروشنده مهلت اضافی بدهد و پس از انقضای آن، قرارداد را فسخ کند وگرنه فقط تأخیر قابل ملاحظه در تسلیم، نقض اساسی تلقی می شود.

بنابراین، حق فسخ به سبب تأخیر در کنوانسیون مزبور، جنبه استثنایی دارد و در صورتی ایجاد می شود که تأخیر، نقض اساسی تلقی شود یا خریدار به فروشنده مهلت اضافی بدهد یا فروشنده اعلام کند که تسلیم نخواهد کرد، ولی عدم تسلیم خود به خود نقض

اساسی است، در صورتی که در حقوق ایران تأخیر در تسلیم ثمن، مطلقاً حق فسخ ایجاد می کند .

در حقوق فرانسه بر طبق تفسیری که از ماده های ۱۱۸۴ و ۱۶۱۰ ق.م. آن کشور به عمل آمده، قاضی ملزم به صدور حکم فسخ یا اجرای اجباری قرار داد نیست بلکه دادگاه در صورتی حکم به فسخ می دهد که نقض قرارداد آن قدر شدید باشد که فسخ قرار داد را توجیه کند (۲۴، صص ۴۷۰ و ۴۷۱) ولی در کنوانسیون یادشده، فسخ قرارداد منوط به حکم دادگاه نیست و با اعلام خریدار واقع می شود.

در قرن ۱۹ در کامن لو، فسخ قرارداد چنین توجیه می شد که اجرای تعهد یک طرف قرارداد، شرط ضمنی اجرای تعهد طرف مقابل است ولی بر مبنای برخی از آراء از مواد ۶۰۱-۲ و ۶۰۸-۲۰ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده آمریکا<sup>۱۰</sup> بر می آید که موارد فسخ در آن قانون نیز مانند حقوق انگلیس محدود و منوط به نقض اساسی است. به گفته نویسندگان انگلیسی نقض قرارداد در صورتی برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می کند که اساسی باشد (۲۵، ص ۵۶۳).

## ۱۵- نتیجه و پیشنهاد

### ۱۵-۱) نتیجه

نتایج اساسی مقاله از قرار ذیل است:

- ۱- خیار تأخیر برای حمایت از کسی است که ضمان معاوضی بر عهده اوست و با تلف مورد معامله نه تنها مال خود را از دست می دهد و در برابر چیزی به دست نمی آورد، بلکه منافع آن را نیز از دست می دهد.
- ۲- خیار تأخیر بایع، مانع الزام طرف معامله به تسلیم و استفاده از حق حبس نیست.
- ۳- خیار تأخیر فوری نیست.
- ۴- به نظر می رسد که دادن ثمن بعد از سه روز، ضرر و مبنای خیار بایع را ساقط می کند.

## ۱۵-۲) پیشنهاد

- ۱- برخلاف ظاهر قانون مدنی، به نظر می رسد که خیار تأخیر به عقد بیع اختصاص ندارد و در تمام عقود معوض جاری است.
- ۲- خیار تأخیر به بایع اختصاص ندارد و هرگاه ثمن، عین معین و مبیع کلی باشد، خریدار نیز خیار تأخیر دارد.

## ۱۶ - منابع

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ هـ. ش.
۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی حقوقی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷ هـ. ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی، قانون مدنی، گنج دانش، ۱۳۷۹ هـ. ش.
۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶ هـ. ش.
۵. نجفی شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳ با تحقیق و تعلیق شیخ علی آخوندی، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، چ ۷، بی تا.
۶. طباطبائی، سید محمد مجاهد، المناهل، مؤسسه ی آل البیت بی تا.
۷. العاملی الجبعی، علی بن احمد بن محمد بن جمال الدین تقی الدین بن صالح بن مشرف، معروف به شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، تهران، دو جلدی، افست اسلامیة، ۱۳۸۴ هـ. ق.
۸. الموسوی الخمینی، روح الله، تحریر الوسیله، دو جلدی، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار العلم، چ ۲، بی تا.
۹. الطوسی، ابی جعفر، معروف به شیخ طوسی و شیخ الطائفه، مسائل عامه من کتاب الخلاف، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. الحلّی، یوسف بن علی بن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین به انضمام فقه فارسی به قلم شعرانی، حاج شیخ ابوالحسن، کتابفروشی اسلامیة، بی تا.
۱۱. عاملی، محمد بن الحسن الحر معروف به شیخ حر، وسائل الشیعه، منشورات مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۱۲. الطوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی، کتاب الخلاف، سه مجلد در یک جلد، قم، کاظمینی بروجردی، بی تا.
۱۳. ابن قدامه، موفق الدین ابی محمد بن احمد بن قدامه، شرح الکبیر، شمس الدین ابی عمر، بیروت المنشی، دارالکتب العربی، ۱۳۹۲ هـ. ق.

۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، ثنوری موازنه، گنج دانش، ۱۳۸۱ هـ. ش.
۱۵. الحلّی، شیخ ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۱، بنیاد کوشانیور - مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۳ هـ. ش.
۱۶. امامی سیدحسن، حقوق مننی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۵۶ هـ. ش.
۱۷. شافعی، ابی عبدالله محمدبن ادريس، الام، مختصرالمزنی، بیروت، ۱۹۷۳ م.
۱۸. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۱۹. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه، مؤسسه آل البيت، بی تا.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین(۱)، حقوق مننی، معاملات معوض - عقود تملیکی، (بیع، معاوضه، اجاره، قرض)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱ هـ. ش.
۲۱. الموسوی الخوئی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۷، تقریرات درس به قلم میرزا محمد علی توحیدی، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۲۲. عدل، مصطفی، حقوق مننی به کوشش بندرچی، محمد رضا، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- 23-Honnold (John), Uniform Law for International Sales, under the 1980th United Nations Convention, Second Edition, U.S.A. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- 24-Ghestin (Jacke), et Desché (Bernard), Traité des contracts, La vente, L.G.D.J. Paris, 1990.
- 25- Benjamins Sale of Goods, London, Sweet & Maxwell, 1997.