

«شرط ضمنی عرفی» به مثابه مبنای واحد خيارات

سیدامراه حسینی • دانشیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، ایران.
s.a.hoseini@isr.ikiu.ac.ir

چکیده

اصل در عقود بر لزوم است و طرفین عقد باید به مفاد آن پای‌بند باشند؛ انحلال عقد دلیل می‌خواهد؛ گاه طرفین بر انحلال عقد توافق دارند که در اقاله متصور است؛ در غیر این صورت، فسخ عقد نیازمند دلیلی از سوی شارع است، این ادله تحت عنوان «خيارات» در فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته‌اند. خيار ممکن است ریشه قراردادی داشته باشد، که در خيار شرط تحقق می‌یابد، و ممکن است دلیل صریح از شرع داشته باشد، که در خيار مجلس و خيار حیوان مفروض است؛ ولی در اغلب عناوین دیگر خيار مثل خيار تأخیر، رؤیت، عیب، غبن، تبعض صفقه، تعذر تسلیم و غیره، دلیل و مبنای آن از کتاب، سنت، اجماع و بنای عقلاء، همواره مورد بحث و اختلاف نظر فقیهان بوده است. نوشتار حاضر در صدد پاسخ بدین سوال است که آیا سایر انواع خيارات، می‌تواند همانند خيار شرط ریشه در قرارداد داشته باشد؟ به این معنا که به صورت شرط در ضمن عقد وارد شود؟ پژوهش پیش‌رو با روش استقراء در اقوال فقیهان به این نتیجه رسیده است که می‌توان مبنای همه خيارات را قراردادی و شرط ضمنی در نظر گرفت؛ با این تفاوت که در ضمن عقد به خيار شرط تصریح می‌شود ولی در سایر موارد به صورت شرط ضمنی عرفی چنین توافقی وجود دارد.

واژگان کلیدی: اصل لزوم قراردادها، خيارات، شرط ضمنی، شرط ارتکازی.

مقدمه

اصل در بیع لزوم است یعنی عقد شرعا و عرفا بر لزوم بناء شده و براساس آن مالک نسبت به ملک خود مانند بیگانه می شود و حق تصرف در آن را ندارد و «خیار» حق خارجی و قابل سقوط است که برای هریک از طرفین قراردادده می شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۴)، برای آنکه شخص فرصت تأمل و تدبر در مورد معامله را داشته باشد و آنچه را که برای او مصلحت دارد انتخاب کند. خيارات تحت عناوینی چون «مجلس»، «حیوان»، «تأخیر ثمن»، «شرط»، «رؤیت»، «غبن»، «عیب»، «تدلیس»، «تبعض صفقه»، «تخلف شرط» و... در فقه و حقوق شمرده شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۵، ماده ۳۹۶ ق.م) از این میان دو قسم نخست از مجعولات شرعی بوده و دلیل خاص روایی دارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۳۸۹) خیار شرط نیز ریشه قراردادی دارد و مشمول ادله شروط قرار می گیرد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۴۷۵)، در مورد ادله سایر خيارات همواره اختلاف نظر وجود داشته است، برخی ادله عام و خاص از کتاب و سنت و سیره و بناء عقلاء ذکر کرده اند که مورد مناقشه قرار گرفته است، ولی برخی از فقیهان بزرگ بر این باورند که غالب خيارات ریشه در تخلف از شرط ضمنی دارد (خوئی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۲۳ و ج ۴، ص ۳۵۶)، اما اینکه شرط ضمنی چیست و تأثیر آن در فسخ چگونه است؟ پرسشی است که پژوهش حاضر به دنبال پاسخ بدان است.

پیشینه تحقیق:

این مسأله تا آنجا که ما می دانیم به طور مستقل موضوع پژوهش قرارنگرفته و پیشینه قابل ذکری ندارد، ریشه بحث از شرط ضمنی در آثار فقهای گذشته از جمله علامه حلی است که از مقتضیات اطلاق عقد سخن گفته اند ولی بحث از شرط ضمنی به معنای اصطلاحی و در موضوع خيارات را در آثار سید یزدی و بعد بویژه در آثار محقق نایینی و شاگردان ایشان از جمله محقق خوئی و متأخر از ایشان نظیر شهید صدر و سید حکیم و... می توان

جستجو کرد، برخی چون امام خمینی نیز به طور معمول منکر شرط ضمنی به عنوان مبنا و دلیلی برای خیارات هستند که ظاهراً مقصود شرط ضمنی ارتکازی بوده و اشتراک در لفظ است، و اما در میان مقالات تنها به اثری از ابراهیمی قائنی (۱۴۰۱) برخوردیم که «دلاله شرط ضمنی تساوی عوضین بر خیار غبن حادث در قرارداد اجاره» را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده است که مهم ترین دلیل خیار غبن شرط ضمنی عرفی بر تساوی عوضین است، در این پژوهش شرط ضمنی به عنوان مبنای اغلب خیارات از جمله خیار تأخیر، رؤیت، غبن، عیب، تبعض صفقه، تفلیس و تعذر تسلیم مطرح شده است. در ادامه ابتدا از مفهوم و اقسام شرط ضمنی و بیان قاعده و سپس از تأثیر آن در انحلال قرارداد سخن گفته می شود.

مبحث نخست - شرط ضمنی

در این مبحث ابتدا مفهوم شرط، و سپس از صورت بندی شرط ضمنی و مصادیق آن مورد بحث قرار می گیرد.

گفتار اول - مفهوم شرط و اقسام آن:

شرط در لغت به معنای مطلق الزام و التزام است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۶، طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۷)، که ممکن است به صورت ابتدایی و یک طرفه و بدون ذکر در عقدی از عقود معین صورت بگیرد که آن را «شرط ابتدایی» می گویند، مشهور فقیهان شرط ابتدایی را الزام آور نمی دانند و التزام در ضمن عقد را شرط پای بندی به تعهد می دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۵۵، نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲۳، اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۱۶۶)، و اما شرط به معنای الزام و التزام در ضمن عقد خود اقسامی دارد: ۱- گاه به صورت گفتگوهای پیش از عقد است که عقد متبانیاً بر آن واقع می شود و آن را «شرط بنایی» می گویند، برخی آن را بی اثر می دانند مگر اینکه از شرایط صحت عقد باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۵۹، نایینی، ۱۳۷۳ش، ج ۱، ص ۶۹ و ج ۲، ص ۱۲۴، اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۰) ولی برخی آن را صحیح و لازم الاجرا می دانند (نجفی، بی تا، ج ۲۳، ص ۱۹۸، طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۸، همدانی، ۱۴۲۰ق، ص ۴۷۵).

قانون مدنی از قول دوم پیروی کرده و در مواد ۴۱۰-۴۱۵ و ماده ۱۱۲۸، شرط بنایی را معتبر دانسته است.

۲- همچنین گاه پس از وقوع عقد اصلی برای تعیین چگونگی اجرای قرارداد اصلی و روشن کردن نقاط ابهام بین طرفین توافقاتی می شود که «شرط الحاقی» نامیده می شود که البته قرارداد جداگانه ای محسوب می شود (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۴۸۹).

۳- گاه شرط در ضمن عقد و به صورت صریح ذکر می شود مثل اینکه در ضمن عقد بیع مشتری شرط کند که بایع مبیع را در محل خاص تسلیم کند یا کاری غیر مرتبط با عقد مثل خیاطی برای او انجام دهد، طبق نظر مشهور فقهاء شرط در ضمن عقد اگر صحیح باشد لازم الوفاء است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۳)، و دلیل آن اصل حاکمیت و آزادی اراده و نیز حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (کرکی، ۱۴۱۲، ج ۱۳، ص ۳۱) و نیز عمومات وفاء به عقد می باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۶۲)، تخلف از مفاد شرط ضمن عقد برای مشروط له حق فسخ می آورد که از آن به «خیار اشتراط» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۴)، یا «خیار تخلف شرط» (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۹۴)، یاد می شود که مستند آن بناء عقلاء است مبنی بر اینکه لزوم عقد بدون شرط ضرر است (طباطبایی یزدی، ق ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۸).

۴ و ۵- گاه نیز شرط در ضمن عقد به صورت ضمنی عرفی و یا در ارتکاز متعاملین وجود دارد که در ادامه از مفهوم و تطبیقات آن بحث می شود:

گفتار دوم- شرط ضمنی و ضمانت اجرای آن:

و اما «شرط ضمنی عرفی» که به اختصار از آن به «شرط ضمنی» یاد می شود چنانکه برخی از فقیهان گفته اند عبارت است از مدلول عرفی و التزامی الفاظ عقود خواه متعاقدين قصد آن را کرده باشند یا قصد آن را نکرده باشند و یا اساسا بدان التفاتی نداشته باشند (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲۴). برخی از آن به «شرط ارتکازی» تعبیر کرده اند و گفته اند شرط ارتکازی که عقد بر آن بنا شده است نیاز به ذکر در معامله ندارد بلکه الغای آن نیاز به تصریح در معامله دارد (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۶، ص ۹۹)، در حالی که بین آن دو تفاوت

است از این جهت که در شرط ارتكازی مفاد شرط در ذهن طرفین معلوم است و عقد را با توجه به آن ارتكاز ذهنی منعقد کرده اند و ممکن است همان ارتكاز ذهنی داعی و انگیزه برای اقدام به عقد بوده باشد (سند، ۱۴۲۸ق، ص ۱۶۹)، ولذا وقتی قابل مطالبه و الزام است که احراز گردد میان طرفین معلوم بوده است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴)، لذا برخی گفته اند در مورد خيارات دلیل بوجود چنین شرطی نداریم (خمینی، ۱۳۹۲ش، ج ۵، ص ۱۴ و ۱۷ و ۹۵ و ۱۹۴ و ۵۷۱)، ظاهراً مراد ایشان شرط ضمنی ارتكازی است زیرا می فرماید در ذهن عقلاء حین معامله چنین التزام ضمنی وجود ندارد (خمینی، ۱۳۹۲ش، ج ۵، ص ۵۷۷). در حالی که شرط ضمنی از مدالیل عرفی و مقتضیات اطلاق عقد است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۱۲)، که وجود آن مفروض است، و نیاز به توافق طرفین و تصریح آن در عقد ندارد، عرف و عادت وجود چنین توافقی را مسلم فرض می کند مادام که توافق طرفین بر خلاف آن به اثبات نرسد (تبریزی، ۱۳۸۹ش، ج ۶، ص ۹۹)، در واقع مبنای اعتبار عرف در این موارد دلالت آن بر اراده مشترک طرفین است، اجباری بودن لوازم عرفی قرارداد مبتنی بر اراده ضمنی طرفین است و لازمه عرفی قرارداد توافق ضمنی و به منزله تصریح در قرارداد به شمار می رود، در واقع شرط ضمنی که بنای نوعی عرف و عادت است مدلول التزامی عقد است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۴۰۷)، و چنانکه می دانیم دلالت التزامی در وجود و عدم تابع دلالت مطابقی است (خوئی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص ۴۹۱) لازمه عرفی قرارداد به دلالت التزامی وارد در عقد شده است مثلاً در عقد بنای نوعی عرف این است که تساوی در عوضین رعایت شود، یا مال معیوب نباشد، و یا تسلیم و تسلّم در مقابل هم باشد، معامله نقد باشد، ثمن به نقد رایج بلد باشد، و این به منزله انشاء و تصریح در عقد است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۵۸). در قانون مدنی نیز آمده است که اگر تعهد عرفاً به منزله تصریح در عقد باشد در صورت تخلف متعهد مسئول خسارت متعهد له است (ماده ۲۲۱ ق.م) و نیز آمده است متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که بدون تصریح

عقد منصرف بدان باشد به منزله ذکر در عقد است (ماده ۲۲۵ ق.م)، در واقع در این موارد لوازم عرفی به عنوان قاعده عرفی بر طرفین تحمیل می شود و البته غالب موارد با قصد مشترک طرفین موافق است لذا به عنوان توافق ضمنی قابل اجراست مگر آنکه خلاف آن را اراده کرده باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۹ الف، ص ۱۶۲). برخی از آن به «غرض نوعی» تعبیر کرده اند در مقابل غرض شخصی یا جهت که بدون ذکر در عقد اثری ندارد، غرض نوعی یا لازمه عرفی عقد به منزله تصریح در عقد است، مثلاً تساوی در مالیت غرض نوعی از معامله است و تخلف از این شرط خیار غبن در پی دارد، شاهد اینکه عرف غابن را مورد مذمت قرار می دهد در حالی که اگر بناء معاوضات بر تساوی در مالیت نبود وجهی برای ذم وجود نداشت (اصفهانى، ۱۴۲۷ ق، ج ۴، ص ۲۳۷). بنابراین شرط ضمنی همانند شرط صریح مشمول ادله شروط و ادله عمومات وفاء به عقد از جمله آیه کریمه «أوفوا بالعقود» می شود، زیرا شرط اعم از صریح و ضمنی از توابع و ضمائى عقد محسوب می شود و لذا دلیلی که عقد را معتبر می سازد، پیوست های آن را نیز شامل می شود (خوئی، ۱۳۶۸، ج ۷، ص ۳۴۴)، و بلکه برخی گفته اند ممکن است شمول این ادله را نسبت به شرط صریح نپذیریم ولی شمول آن نسبت به شرط ضمنی قابل تردید نیست زیرا شرط ضمنی در مرحله شکل گیری عقد وجود داشته و لذا توافق طرفین بر آن شکل گرفته است، زیرا «أوفوا بالعقود» دلالت دارد بر لزوم وفاء به التزام و تعهد حاصل از عقد، و در مواردی که شرط ضمنی متصور است مثل شرط ضمنی بر تساوی عوضین در مالیت، موجب می شود عقد از ابتدا با این تعهد همراه باشد و در صورت فقدان شرط، التزام به عقد اصلاً وجود ندارد و خیار تخلف شرط ثابت می شود (بجنوردی، ۱۳۷۷ ش، ج ۵، ص ۲۱۲ و ۲۲۸، محقق داماد، ۱۳۸۸ ش، ص ۲۸۸)، در واقع شرط ضمنی که مقتضای اطلاق عقد است خود از جهتی عموم و اطلاق عقد را از بین می برد، مثلاً اطلاق عقد اقتضا دارد ثمن به نقد رایج باشد و نه هر پولی، یا مبیع در محل عقد تسلیم شود نه هرجایی، یا تسلیم در مقابل تسلیم باشد و.. و لذا تعهد از ابتدا مقید و مشروط است و اگر مثلاً مشتری ثمن را

به غیر نقد رایج بلد بدهد و بایع هم بپذیرد عقد بر آن واقع نشده و ثمن محسوب نمی شود بلکه معامله دیگری محسوب می شود (خویی، ۱۳۶۸ ش، ج ۷، ص ۳۳۸)، از طرفی شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد نیز جایز است و لذا طرفین می توانند در ضمن عقد شرط کنند که مثلاً ثمن چیزی غیر از نقد رایج بلد باشد و...

گفتار سوم- کاربرد شرط ضمنی در تبیین مبنای مسائل حقوقی:

شرط ضمنی می تواند مبنای توجیه بسیاری از مسائل فقهی و حقوقی باشد که دلیل آن مورد اختلاف نظر است و خلاف ظاهر به نظر می رسد، در ادامه به چند نمونه اشاره می شود و سپس به مسأله مورد بحث یعنی اختیارات پرداخته می شود:

۱- در عقود معاوضی هریک از طرفین «حق حبس» دارد یعنی می تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری نماید، فقهاء در دلیل آن گفته اند چون بنای عقود معاوضی بر تملیک در قبال تملیک است و متعاملین به صورت شرط ضمنی بر این مبادله ملتزم شده اند، بنابراین حق امتناع در واقع مقتضای اطلاق عقد و تخلف از شرط ضمنی است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۶، ص ۲۶۳)، تسلیم مبیع در خارج از التزامات ضمنی معاوضه است و لذا هرگاه بایع نتواند مبیع را تسلیم کند معاوضه از بین می رود یعنی مشتری هم می تواند ثمن را تأدیه نکند (نایینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۱، ص ۱۶۳-۱۶۴). لذا در بیع نسبه که ثمن مؤجل است و نیز در مواردی که ثمن قبض شده یا به نحوی تضمین شده است حق حبس وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۱۱۱، عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۴، ص ۶۹۲ و ۷۱۷، اردبیلی، ۱۴۱۸ ق، ج ۸، ص ۵۰۴).

۲- مطابق روایتی از پیغمبر اکرم (ص) تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع محسوب می شود (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ ق، ج ۳، ص ۲۱۲) اما چرا؟ مگر نه این است که در اثر بیع مبیع به ملکیت مشتری در آمده است و اصل این است که تلف مال باید از کیسه مالک باشد؟ در توجیه این حکم برخی از فقیهان گفته اند مبنای آن شرط ضمنی است مبنی بر اینکه اقتضای معاوضه تسلیم و دستیابی مشتری به مبیع است (نایینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۱، ص ۶۸). براین اساس اختصاص به مبیع ندارد و قابل تسری به ثمن (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۶، ص ۲۷۸)

و دیگر عقود معاوضی از قبیل اجاره نیز می باشد (نجفی، بی تا، ج ۲۷، ص ۲۷۷، نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۸۷).

۳- همین نظر در بحث از «ضمان درک» یعنی جایی که مبیع مستحقاً للغیر در آمده است مطرح است که بایع باید ثمن را به مشتری مسترد بدارد، قانون مدنی این حکم را در زمره آثار عقد صحیح و در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ آورده است، برخی گفته اند ضمان درک اثر عقد فاسد است نه صحیح و قانون مدنی در این ترتیب اشتباه کرده است زیرا در صورت مستحقاً للغیر بودن مبیع عقد فاسد است و عقد فاسد اثری در تملک ندارد و ثمن بدون استحقاق نزد بایع مانده و باید آن را پس بدهد و لذا مبنای آن ضمان قهری است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۲۲۲)، ولی شعبه چهار دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۹۱۴ مورخ ۱۳۱۸/۸/۱۸ ضمان درک را مقتضای اطلاق عقد شمرده است (متین دفتری، ۱۳۸۱، ص ۷۲). در فقه امامیه می توان ضمان درک را بر مبنای شرط ضمنی یعنی همان مقتضای اطلاق عقد توجیه کرد، زیرا گفته اند مشتری می تواند برای درک مبیع مطالبه ضمان کند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۳۳)، و این وقتی صحیح است که ضمان در ضمن عقد وجود داشته باشد و گرنه ضمان مالم یجب و باطل خواهد بود زیرا برای دینی که هنوز به وجود نیامده است نمی توان ضامن مطالبه کرد (ماده ۶۹۱ ق.م)، پس باید گفت بایع به سبب خود عقد ضامن درک مبیع شده است و لذا ضمان دوم که ضمان عقدی است تأکید بر ضمان نخست که می باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۲۴). که مقتضای شرط ضمنی است زیرا طرفین به شرط ضمنی متعهد شده اند که هرگاه مبیع از آن دیگری باشد ثمن بازگردانده شود (رک: نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۷ و ج ۲، ص ۵۳ و ص ۱۶۸ و ص ۱۷۸) و شاید به همین دلیل قانون مدنی آن را در زمره آثار بیع صحیح آورده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۲۳۲).

۴- در برخی موارد بروز حوادث پیش بینی نشده تعادل اقتصادی مفروض در حین عقد را از بین می برد و اجرای تعهد را دشوار می گرداند مثلاً در اثر وقوع جنگ، تورم و گرانی و... پیمانکار نمی تواند با قیمت قبلی به کار ادامه دهد عمل به مفاد عقد متعذر و متعسر می شود، در این صورت طرفین می توانند قرارداد را تعدیل کنند، برخی این حکم

را بر نظریه شرط ضمنی مبتنی دانسته اند به این بیان که فرض بر این است که قرارداد در شرایط متعارف الزام آور است و مفاد قرارداد در شرایط تغییر یافته الزام آور نیست مگر اینکه شروط و مقررات آن با اوضاع و احوال جدید متناسب و منطبق شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۵۱۹). به بیان فقهی در ارتکاز عقلاء امکان وفاء به مقتضای عقد برای موضوع عقد حیثیت تقییدیه دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۴۴، ص ۵۳۸).

مبحث دوم- اثر شرط ضمنی در انحلال عقد (خيارات):

گفتیم اصل در عقود لزوم است و فسخ یکجانبه آن تنها از طریق اعمال خيارات ممکن است، خيارات اقسام متعدد دارد که معمولاً از دلیل و مشروعیت آن در کتب فقهی بحث می شود، برخی خيارات دلیل خاص شرعی دارند مثل خيار مجلس (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۶) و خيار حيوان (همان، ص ۱۱)، برخی نیز مبنی بر شرط صریح ضمن عقد اند مثل خيار شرط، در دلیل سایر خيارات همواره اختلاف نظر وجود داشته است، برخی براین باورند که دلیل غالب خيارات قاعده لاضرر است (مامقانی، بی تا، ص ۱۹۶)، ولی برخی بر این باورند که در بسیاری از خيارات ضرر ناشی از خود عقد است نه دلیل لزوم که با قاعده لاضرر نفی شود به عبارت دیگر صحت عقد موجب ضرر است نه لزوم آن و اگر بخواهیم به لاضرر استناد کنیم باید بگوییم عقد باطل است، آن چه به عنوان دلیل برای اغلب خيارات مطرح می شود «شرط ضمنی» است نه دلیل ضرر (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۳۸ و ۳۷۹، خوئی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۳۵۶، تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۷، ص ۴۳۶)، در واقع مطابق این مدعی خيار -در غیر مجلس و حيوان- اثر تخلف از شرط ضمنی است، و دلیل آن این است که در این موارد دلیل لزوم عقد یعنی آیه «أوفوا بالعقود» از ابتدا شامل عقد نمی شود، زیرا آیه دلالت دارد بر لزوم وفاء به التزام و تعهد، در حالی که التزام و تعهد از ابتدا مشروط و مقید بوده است، مثلاً شرط ضمنی بر تساوی عوضین در مالیت التزام به عقد را مشروط و مقید به وجود این شرط کرده است و در صورت فقدان شرط التزام به عقد اصلاً وجود ندارد تا لازم الوفاء باشد در حالی که در مورد خيارات شرعی مثل مجلس و حيوان التزام به عقد از ابتدا مطلق است و مشمول آیه می شود و دلیل خيار عموم آیه را

تخصیص می زند (بجنوردی ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۲۱۲)، در ادامه تطبیق نظریه شرط ضمنی در
خيارات مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار اول - خيار تأخير ثمن

هر گاه مبيع عين خارجی باشد و برای تسليم ثمن یا مبيع مدتی معین نشده باشد و مشتری
تا سه روز ثمن را تأدیه نکند بايع اختيار فسخ معامله را پیدا می کند (ماده ۴۰۲ ق.م.) که
از آن به «خيار تأخير ثمن» تعبیر می شود، این حکم اجماعی است (نجفی، بی تا، ج ۲۳،
ص ۵۱)، در روایت نیز آمده است که «جاءَ فيما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له» (حرعاملی،
۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۲) که احتمال دلالت بر بطلان بيع می
رود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۸۷)، برخی مبنای آن را قاعده لاضرر دانسته اند به این بیان که
صبر بايع برای وصول ثمن مستلزم ضرر است که در روایت نفی شده است (علامه حلی،
۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۷۱)، زیرا مبيع در این حالت در ضمان بايع است و اگر تلف شود از
مال او رفته است در حالی که او حق تصرف در آن را هم ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵،
ص ۲۱۸)، ولی محقق نایینی اشکال کرده است که مجرد صبر برای ثمن، ضرر به شمار
نمی رود و اینکه مبيع در ضمان بايع است نیز نمی تواند موجب خيار باشد زیرا ضرر
فعلی نیست، بلکه خيار مستند به اراده طرفین و مقتضای عقد است، زیرا مقتضای اراده
طرفین و اطلاق عقد این است که تسليم و تسلیم به نظر عرف همزمان و بدون تأخير و
مسامحه باشد، اما از آنجا که این امر در عرف منضبط نیست و ممکن است موجب
اختلاف و تنازع شود شارع مقدس زمان آن را سه روز تعیین کرده است، بنابراین بازگشت
خيار تأخير به شرط ضمنی و تخلف از آن می باشد (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۹۳). شاهد
اینکه اگر مبيع کلی باشد، یا تأخير در تسليم عوض شرط شده باشد، خيار ثابت
نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۲۴-۲۲۸). ثمره بحث در این است که اگر ملاک خيار
روایت باشد اختصاص به بايع دارد و نیز اگر دليل خيار را لاضرر بدانیم در جایی که بايع
تأخير کرده است اختصاص به جهل مشتری دارد ولی اگر دليل خيار را شرط ضمنی

بدانیم و بایع در تسلیم مبیع تأخیر کند مشتری ولو با علم به اینکه تفکیک مبیع در زمان نخست ممکن نیست اقدام به معامله کرده باشد باز اختیار فسخ معامله را دارد (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۷، ص ۴۳۶).

گفتار دوم-خيار رؤیت:

خيار رؤیت در نظر فقهاء اختصاص دارد به مورد بیع و شراء با توصیف که پس از معامله خلاف آن با رؤیت ثابت شود و رؤیت لاحق سبب ایجاد خيار است که همین تصویر مورد نظر فقهاء است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۸ و علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۵۸)، برخی گفته اند این خيار از افراد خيار تخلف شرط است زیرا فرض می شود متبایعان شرط کرده اند کالا با وصف مذکور باشد و رؤیت خلاف آن را نشان داده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۴۵). زیرا صفاتی که عقد بر آن بنا می شود عرفاً به مثابه شرط ضمن عقد است که تخلف از آن موجب خيار است (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۲۱۰). در این صورت می توان گفت دلیل آن تخلف از شرط ضمنی ارتكازی است. ولی برخی گفته اند مجرد عدم رؤیت سبب خيار است نه تخلف شرط، زیرا خریدار با اعتقاد به اینکه مبیع وصف خاصی دارد به گونه ای که غرر مرتفع شود بدون آنکه آن را شرط کند اقدام به معامله کرده و بعد از رؤیت خلاف آن ظاهر شده است، و اساساً بیع با اعتقاد به وصفی که رافع غرر باشد صحیح است و تخلف از آن موجب خيار است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۷). در این صورت باید به دنبال دلیل دیگری برای آن بود:

۱- برخی به دلیل لاضرر استناد کرده اند با این بیان که لزوم عقد و الزام طرف به آن با وجود تخلف وصف ضرر است که با لاضرر نفی می شود، و تنها راه جبران آن فسخ و رد است، زیرا در اینجا دلیلی برگرفتن «أرش» وجود ندارد (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۲۹۲، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۴۵)، به این دلیل اشکال شده است که ضرر در اینجا ناشی از اصل لزوم نیست که با حدیث ضرر برداشته شود بلکه ضرر مثلاً نقصان مال، ناشی از خود بیع است و لذا اثبات خيار با آن ممکن نیست (خوئی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۳۵۶).

۲- برخی به روایات استناد کرده اند از جمله روایت جمیل بن دراج از امام صادق(ع) که در مورد کسی که ۹۹ قطعه زمین را دیده و یک قطعه را ندیده می فرماید خیار رؤیت دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۲۸) یا صحیح زید شحام از امام صادق(ع) که در مورد کسی که سهم دو قصاب را قبل از خروج آن می خرد می فرماید تا قبل از خروج سهم آن را خریداری مکن وگرنه در صورت ظهور خلاف خیار ثابت است (همان، ص ۲۹).

۳- برخی با اشکال به دلالت روایات مذکور گفته اند دلیل این خیار نیز تخلف از شرط ضمنی است؛ «فالصحيح أن يستدل له بالشرط الضمني» (خوئی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۳۵۶). به این بیان که در روایت نخست اگر مراد این است که مشتری به فقدان جزء جاهل بوده است بیع غرری و باطل است و مراد از خیار رؤیت اختیار بیع است که معامله ای جدید است و اگر مراد عدم رؤیت است معلوم است که عدم رؤیت موجب خیار نیست و تعبیر به خیار رؤیت مسامحه است، و اگر مراد از عدم رؤیت عدم وجود است مورد خیار تبعض صفقه است و روایت دلالت ندارد که مراد عدم رؤیت وصفی است که با اعتقاد به آن به معامله اقدام کرده است بنابراین استدلال به این روایت برای خیار رؤیت به معنای تخلف وصف و شرط ممکن نیست، در مورد روایت دوم نیز عدم دلالت آن بر خیار رؤیت واضح است، بنابراین راهی باقی نمی ماند جز اینکه بگوییم دلیل خیار رؤیت شرط ضمنی است، و در این صورت خیار اختصاص به مشتری هم ندارد بلکه تابع شرط ضمنی است درحالی که اگر دلیل را روایات بدانیم، خیار اختصاص به مشتری دارد (خویی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۳۵۸-۳۵۹). برخی گفته اند ذکر اوصاف به تنهایی برای علم به وجود اوصاف کافی نیست بلکه علم و اطمینان به صدق مخبر لازم است و ملاک در ثبوت خیار مخالفت رؤیت با اوصاف مذکور نیست بلکه ملاک بنای بر سلامت کالا و اعتقاد به وجود وصفی است که فقدان آن آشکار می شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۸).

گفتار سوم - خیار غبن:

غبن یعنی معامله به غیر قیمت واقعی (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۶۳)، خرید به قیمت بیشتر و فروش به قیمت کمتر (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۷). در این صورت اگر تفاوت قیمت فاحش و مغبون جاهل بدان باشد خیار غبن برای او ثابت می شود (ماده ۴۱۶ ق.م.د).

ثبوت خیار غبن بین فقیهان بحثی نیست برخی ادعای اجماع بر آن کرده اند (ابن زهره، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۲۴)، ولی در مدرک و دلیل آن اختلاف نظر بسیار وجود دارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۷):

۱- برخی به آیه تجارت عن تراض (نساء/۲۹) استناد کرده اند به این بیان که آیه می فرماید تجارت باید از روی رضایت باشد «أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و مغبون به تفاوت قیمت فاحش رضایت ندارد بنابراین معامله او تجارت عن تراض نیست (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۸)، اشکال شده است که آنچه برای عقد لازم است رضای معاملی است نه رضای قلبی، و در عقد غبنی رضای معاملی وجود دارد، تجارت فردی از افراد تراضی معاملی است و تجارت عن تراض خبر بعد از خبر است یعنی اکل مال به تجارت و به رضای معاملی جایز است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۶، ص ۹۹)، به بیان دیگر وصف مالیت در اراده خریدار وارد نشده تا فقدان آن موجب عدم رضای او باشد، اگر هم مقصود باشد تا در عقد ذکر نشود اثری ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۹) و به فرض هم وصف مالیت شرط باشد خیار تخلف وصف ثابت است نه خیار غبن، وانگهی در صورت فقدان رضا عقد بی اثر می شود و با الحاق رضا بدان مؤثر می شود مثل عقد فضولی و مجالی برای ثبوت خیار غبن نیست (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۴۰۷).

۲- عده بیشتری براین باورند که غبن ضرر است و با وجود آن لزوم معامله بر مغبون مستلزم ضرر است که به حدیث لا ضرر نفی می شود (ابن همزه، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۲۴، طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۴۲، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۸، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۶۵، فاضل مقداد، بی تا، ج ۲، ص ۴۷، طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۱۹۰، حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۵۷۰، نجفی، بی تا، ج ۲۳، ص ۴۲). اشکال شده است که ضرر را می توان از طریق دیگری غیر از خیار جبران کرد، مثلاً اگر مشتری مغبون شده بایع زیادی ثمن را به او برگرداند و اگر بایع مغبون شده مشتری مقدار باقیمانده ثمن را به او بدهد، نهایت اینکه خیار تنها در صورتی ثابت است که غابن از بذل تفاوت امتناع کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۱).

۳- روایاتی که غبن را سحت و حرام می شمارد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۳۲)، نیز به عنوان مستند خیار غبن ذکر شده است، ولی اشکال شده است که این روایات دلالت بر حرمت خیانت می کند نه ثبوت خیار، و احتمال دارد مراد از غابن کسی باشد که با خدعه مال دیگری را می گیرد و لذا مستحق عقاب است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۵). و نیز روایاتی که از تلقی رکبان (استقبال کاروان) و خرید از آنها به غیر قیمت بازار نهی کرده و می فرماید فروشنده اگر وارد بازار شود و ببیند که قیمت متفاوت بوده خیار دارد «فَإِنْ تَلَقَّى مُتَلَقٍّ فَصَاحِبِ السِّلْعَةَ بِالْخِيَارِ إِذَا وَرَدَ السُّوقُ» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۳، ص ۲۸۰)، در این روایت غبن سبب خیار قرارداد داده شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۴) زیرا اگر قیمت برابر باشد فروشنده انگیزه ای برای فسخ معامله ندارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۴۲۶). اما در مورد این روایت هم گفته اند سند آن مجهول است و در کتب حدیث وارد نشده است و ادعای انجبار آن به شهرت (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۸۹) و عمل اصحاب بدان نیز پذیرفته نیست، زیرا عمل اصحاب وقتی جابر ضعف سند است که روایت در کتب اربعه حدیث آمده باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۰) و یا در مقام افتا بدان استناد کرده باشند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۲۲۵).

۴- شیخ انصاری پس از نقد و بررسی ادله، دلیل عمده در این مسأله را اجماع و شهرت می داند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۵).

۵- واما محقق نایینی و شاگردانش به شرط ضمنی استناد کرده اند و گفته اند کامل ترین مدرک برای خیار غبن تخلف از شرط ضمنی است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۷)، به این معنا که مساوات در قیمت شرط ضمنی عقلائی در معامله است (خوئی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص ۲۳۴)، مناط ثبوت خیار غبن شرط مرتکز در عرف عام است (سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۱۴)، ارتکاز در عرف عام همان شرط ضمنی است نه شرط ارتکازی که ارتکاز در ذهن متعاملین است. شرط ضمنی به این معناست که مدلول التزامی الفاظ عقود دلالت بر تساوی عوضین در مالیت دارد و گویی متعاملین ضمن عقد بر این معنا توافق کرده اند و با اعتقاد به تساوی عوضین در مالیت اقدام به معامله کرده اند، ولو بدان التفات ندارند و آن را قصد نکرده اند مثلاً مشتری با این اعتقاد وارد معامله شده است که قیمت مبیع معادل با ثمن است و

این یعنی به طور ضمنی بر طرف دیگر شرط کرده است که خرید یا فروش بر اساس قیمت بازاری باشد، تخلف از این بناء موجب عدم تراضی به معامله می شود، ولی شرط تساوی در مالیت به نحو تقیید نیست که فقدان آن موجب بطلان معامله شود و به نحو داعی هم نیست که تخلف از آن اثری نداشته باشد بلکه به نحو شرط ضمنی است، این بناء عرفی و نوعی است و نه شخصی ولذا به منزله انشاء صریح در متن عقد بوده و تخلف از آن موجب خیار است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۸، طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۴ و ۳۸). امام خمینی اشکال کرده اند که چنین بنائی در عرف ثابت نیست، و به فرض ثابت باشد بازگشت آن به خیار تخلف شرط است نه خیار غبن (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۴۱۱). و خود ایشان ایشان بناء عقلاء را دلیل خیار غبن می دانند (همان، ص ۴۳۰)، ولی توضیح نداده اند که معنای بناء عقلاء چیست؟ آیا چیزی غیر از همین تبانی بر تساوی در مالیت است؟ معنای شرط ضمنی این است که غرض نوعی عقلاء در معاملات معاوضی تبدیل مالیت است و مبادله عوضین در واقع وسیله تبادل مالیت است، و لذا معامله بما هی معاوضه و مبادله مبنی براین غرض واقع می شود، و این مانند اغراض شخصی نیست که بدون ذکر در متن عقد معتبر نباشد، شاهد اینکه عرف فروشنده غابن را مذمت می کند و اگر بناء معاوضات بر مساوات در مالیت نبود وجهی برای ذم وجود نداشت، زیرا اگر تساوی در مالیت غرض نوعی عقلائی از عقود معاوضی نبود عدم تساوی خدعه محسوب نمی شد تا موجب ذم باشد (اصفهانی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۲۳۷). بناء متعاملین در خرید و فروش بر قیمت عادلانه است و تخلف از این بناء موجب خیار برای مغبون است (شریعت اصفهانی، بی تا، ص ۳۰). برخی از حقوقدانان نیز همین نظر را پذیرفته اند و در داوری بین قاعده لاضرر و شرط ضمنی گفته اند استناد به قاعده لاضرر یک حکم ثانوی است و با وجود حکم اولی نوبت به اجرای آن نمی رسد، توافق ضمنی طرفین در تعادل ارزش و مالیت برای جبران زیان مغبون کفایت می کند و موردی برای استناد به حکم ثانوی لاضرر باقی نمی ماند (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ب ص ۸۹). شاهد آنکه شرط خیار غبن جهل مغبون به قیمت بازاری است، و اگر کسی با علم به قیمت و بر اثر اضطرار یا شتاب ملک خود را ارزانتر از قیمت واقعی بفروشد یا ملکی را گرانتر از قیمت واقعی بخرد خیار

ندارد، و این حکم با شرط ضمنی بهتر قابل فهم است، مشهور بنا بر دلیل لاضرر گفته اند چون مغبون در صورت علم به واقع به زیان خود اقدام نموده است ضرر او ناشی از حکم شارع به لزوم نبوده تا شارع به حکم لاضرر لزوم را بردارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۶). ولی مطابق نظریه شرط ضمنی اصلاً ضرری وجود ندارد تا جبران شود، زیرا ضرر یعنی فقدان چیزی که متضرر واجد آن بود، در حالی که اقدام مغبون به معامله با علم به نقصان مالیت به معنای عدم اشتراط تساوی در مالیت است و لذا واجد چیزی نبوده تا فاقد آن باشد پس اصلاً متضرر نشده تا با خیار جبران شود، و گرنه اگر تساوی در مالیت به شرط ضمنی را نپذیریم مجرد ضرر حتی در صورت جهل هم موجب رفع لزوم و ثبوت خیار نیست چه رسد به حالت علم، زیرا اگر شرط تساوی نباشد مغبون حین معامله واجد چیزی نبوده که فقدان آن ضرر باشد یعنی اقدام به معامله کرده است به هر صورت که باشد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۱۷).

گفتار چهارم - خیار عیب

در معامله عین معین اگر مورد معامله معیوب باشد طرف مقابل می تواند معامله را فسخ یا آن را امضا کرده و آرش بگیرد، این اختیار را «خیار عیب» می نامند (ماده ۴۲۲ ق.م)، فقیهان امامیه بر ثبوت خیار و تخییر بین رد و آرش در صورت ظهور عیب اتفاق نظر و بلکه اجماع دارند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۳۳، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۸۱، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۷۶، نجفی، بی تا، ج ۲۳، ص ۲۳۶). ولی در دلیل آن اختلاف نظر است، برخی روایات بر آن ذکر شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۳۰ و فقه المنسوب الی الرضا (ع)، ص ۲۵۳) که خالی از اشکال نیست و فقهاء در جای خود بدان پرداخته اند، ولی برخی به تخلف از شرط ضمنی استناد کرده اند به این بیان که:

در عقود معاوضی بنای طرفین بر تعادل و سلامت عوضین است، این شرط ضمنی در هر معامله معاوضی وجود دارد که موضوع آن باید سالم و بی عیب باشد و متعاملان عیوب پنهانی کالا را تضمین کرده اند و این امر به طور ضمنی مراد طرفین است، و شرط ضمنی واجب الوفاء است، و اهتمام بایع و مشتری بر مبیع سالم به اندازه ای است که نیازی به شرط آن نمی بینند و عدم ذکر این شرط در عقد اعتماد بر همین اصل است و ذکر آن هم

فایده ای جز تأکید ندارد، اقدام مشتری به معامله مبنی بر ظن غالب به سلامت مبیع است که مستند به اصل سلامت است، ولذا اگر عیبی در مبیع پیدا شود باید با خیار جبران شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲ ص ۲۹، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱ ص ۸۰ و ۱۹۰، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۷۱، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۸۲ و ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۸۲، بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۹، ص ۷۹).

اشکال شده است که خیار عیب در جایی است که شخص با اعتقاد به صحت کالا (جهل مرکب) اقدام به معامله کرده است، اما در جایی که جهل بسیط دارد معامله به سبب غرر باطل است نه متزلزل، زیرا علم به اوصاف عوضین و از جمله وصف صحت شرط صحت معامله است (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۵۱)، در پاسخ گفته می شود اطلاق عقد اقتضا دارد اشتراط ضمنی ارتکازی را و همین رافع غرر است، بنابراین بیع بدون ذکر وصف صحت هم صحیح است و غرری و باطل نیست و فقیهان نیز وصف صحت را جزو اوصاف لازم الذکر در عقد ندانسته اند و این نیست مگر بنا بر اعتماد بر اصل سلامت (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۷۱). در مورد این بیان ملاحظاتی وجود دارد:

نخست اینکه اطلاق عقد انصراف به فرد صحیح دارد، زیرا در مقام اعطاء عوض غرض متعاملین نوعاً فرد صحیح است، مثلاً اگر بایع می گوید گندم موجود در فلان مکان را فروختم، انصراف به فرد صحیح از آن دارد و مثل این است که بگوید گندم سالم در آن مکان را فروختم و حال انصراف حال توصیف است از باب تعدد مطلوب نه تقیید، یعنی مثلاً گندم شامل همه افراد آن می شود ولی از آنجا که غلبه وجود با افراد سالم است به همان انصراف دارد، لذا اگر کسی چیزی را با علم به سلامت آن بخرد وصف صحت داعی بر معامله است نه التزام شرطی، و داعی قید مطلوب و غرض نیست، نهایت اینکه اصل صحت مفید ظن به وصف صحت است، بنابراین خیار عیب با خیار اشتراط تفاوت دارد، انصراف مستلزم شرط ضمنی ارتکازی قلبی است نه شرط فعلی، شرط فعلی نیازمند التزام فعلی انشائی است، البته غالب موارد چنین است ولی مادام که این شرط مورد توجه فعلی طرفین نباشد اعتباری ندارد و ادله شروط شامل آن نمی شود، انصراف از باب تعدد مطلوب است یعنی هم ذات کالا و هم وصف صحت مقصود است ولی نه به معنای التزام

به آن بلکه به معنای بیان واقع و رفع غرر، لذا فرد معیوب هم میبایع است و انشاء بیع شامل آن هم می شود ولی اطلاق عقد انصراف به فرد صحیح دارد به خاطر غلبه وجود ولی لازمه آن اشتراط نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۵-۶۶).

دوم اینکه مقصود از این بیان این است که اشتراط ضمنی ارتکازی سبب رفع غرر است چه رسد به اشتراط صریح، ولی ما می گوئیم اشتراط صریح هم رافع غرر نیست چه رسد به اشتراط ضمنی، آنچه رافع غرر است علم به وصف صحت و یا اخبار بایع بدان است، اما اشتراط و لو صریح باشد مستلزم اخبار نیست، اگر مشتری شرط کند میبایع سالم باشد و بایع هم قبول کند این اشتراط و قبول انشاء است نه اخبار، و لذا متصف به صدق و کذب نمی شود بنابراین رافع غرر به معنای جهالت نیست، اصل صحت که به دلیل غلبه از امارات عقلانی است خود رافع غرر است و نیاز به اشتراط و اخبار ضمنی و صریح نیست بنابراین اصلی به نام اشتراط ضمنی در بیع وجود ندارد، در نوع معاملات بالوجدان متعاملین بر وصف صحت تبانی نمی کنند، اگر هم در مورد خاصی چنین باشد برای مشروط له خیار تخلف از شرط ثابت می شود، آنچه اطلاق عقد اقتضا دارد وجود موضوع عقد است بدون لحاظ سلامت و عیب آن، یعنی در متعلق عقد چیزی جز ذات کالا لحاظ نشده، نه به صورت تقیید و نه به صورت توصیف، قصد بایع مبادله کالای خود با ثمن است و نه کالای صحیح، هرچند قصد مشتری خرید کالای صحیح است، ولی بایع ملتزم به سلامت میبایع نیست چنانکه مشتری هم ملتزم به سلامت ثمن نیست، نتیجه اینکه اشتراط صریح تأکید نیست بلکه اشتراط مستقلى است و تخلف از آن موجب خیار است، و ارجاع خیار عیب به تخلف شرط صحیح نیست چه شرط ضمنی که شیخ انصاری قائل بدان است و چه شرط اغلبی که سید یزدی معتقد بدان است (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۰-۱۲).

پاسخ این است که اطلاق عقد اقتضا دارد اعتبار وصف صحت را ولیکن مقصود از اطلاق در مقام اثبات عدم تقیید به وصف صحت نیست بلکه عدم تقیید به تبری از عیوب یا التزام به عیوب است، بدین معنا که عقلاء به طور ارتکازی در مبادله مالیت اشیاء را لحاظ می کنند و وصف صحت را در مالیت اشیاء دخیل می دانند، برخلاف سایر اوصاف که در مالیت دخالت ندارند، بنابراین ترک شرط صریح به اعتماد بر اصل صحت و عدم تقیید

عقد بدان نیست (خوئی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۳۸۵-۳۸۸). برخی از حقوقدانان نیز تصریح کرده اند که اعلام اراده و توافق اراده مبنی بر انعقاد معامله به طور ضمنی اعلام اراده و توافق بر لزوم سلامت عوضین هم می باشد و حق فسخ برای جبران ضرر خریدار ریشه قراردادی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ب، ص ۹۳).

نیز گرفتن آرش در صورت امضای عقد هم مبنی بر همین قاعده است لذا برخی آرش را جزئی از ثمن دانسته اند که در ازای نقص در عین یا وصف مبیع از بایع گرفته می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۷۴). بنا براین نظر آرش مطابق قاعده است (نجفی، بی تا، ج ۲۳، ص ۲۳۶)، و بر فرض هم که وصف صحت جزئی از مبیع نبوده و ثمن در مقابل آن قرار نگرفته است ولی در زیادی قیمت دخالت دارد و لذا به منزله علت برای پرداخت مقدار از ثمن است و لذا وقتی عیب مبیع ظاهر می شود معلوم می شود که پرداخت آن مقدار از ثمن وجه عقلانی نداشته است (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۸). ولی برخی گفته اند آرش امری خلاف اصل است و لذا اختصاص به بیع دارد ولی اصل رد در اثر عیب که مبنای آن شرط ضمنی است در باقی عقود نیز جاری است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۱)، ولی برخی اختیار بین رد و آرش را برای موجد در صورت معیوب درآمدن أجرت (نجفی، بی تا، ج ۲۷، ص ۲۲۲) و نیز برای زوجه در صورت معیوب در آمدن مهر را به دلیل شرط ضمنی ثابت دانسته اند (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۴۰). و گفته اند ذکر مبیع در روایات نیز بیان غالب موارد است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۷۸)، یا از باب مثال است به خصوص با ملاحظه مناط که قرینه عرفی است بر اینکه مراد از مبیع کنایه از عوض در بیع است خواه مبیع باشد یا ثمن (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۰). بنابراین که دلیل خیار عیب شرط ضمنی باشد تبری از عیوب نیز جایز است، زیرا سلامت مبیع از مقتضیات اطلاق عقد یعنی التزامات ضمنی تبعی است که عقد به حسب عرف و عادت متضمن آن است که منصرف به موارد معمول در نوع معامله است و لذا برائت از عیوب این اطلاق را از بین می برد (علامه حلی، ۱۱۴، ج ۱۱، ص ۸۷ و نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۲).

گفتار پنجم - خيار تبعض صفقه:

يکي ديگر از خياراتي که بحث شرط ضمنی در آن مطرح است «خيار تبعض صفقه» است، خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بيع نسبت به بعض مبيع به جهتي از جهات باطل باشد، مثل اینکه پس از عقد معلوم شود بعض از مبيع: مال غير است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۷۷)، یا از جنس مبيع نیست (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۴۱) یا تلف شده است (نجفی، بی تا، ج ۲۳، ص ۱۶۱)، یا مالیت نداشته است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۹) و... در این صورت مشتری حق خواهد داشت بيع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بيع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بيع باطل بوده است ثمن را استرداد کند (ماده ۴۴۱ ق.م).

برخی دلیل آن را تخلف از شرط ضمنی دانسته اند به این معنا که مشتری هر جزئی از مبيع را به شرط انضمام به اجزاء ديگر خريده است و در مجموع خريد یک چیز را اراده کرده است و لذا هرگاه این شرط موجود نباشد و بعض اجزاء مبيع مال غير باشد مشتری خيار تخلف شرط دارد زیرا بعض کالا گاه غرض و مقصود او را محقق نمی سازد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۸۱، خونی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۲۱۱، هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۹۲ و ۲۰۱)، بحث شرط ضمنی بر انضمام تا آنجا مسلم فرض شده که در مورد انتقال خيار به ورثه و حق آنها در فسخ گفته اند توريث حق مانند توريث مال است که ورثه قائم مقام مورث می شود و لازمه آن این است که هر کس به اندازه سهم خود می تواند معامله را اجازه دهد یا فسخ کند، اما از آنجا که میت به شرط ضمنی ملتزم به عدم تبعض صفقه شده است اعمال خيار به طور مستقل نافذ نیست و توافق همه وراث لازم است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۵۸). موضوع خيار، تبعض صفقه است ولی ملاک تبعض صفقه شرط ضمنی است، هر جا این شرط متصور باشد معامله واحد فرض می شود و تبعض موجب خيار است و گرنه معامله ولو در واقع هم واحد باشد تبعض موجب خيار نیست، برای مثال بايع نصف کتاب را به پنج تومان و نصف ديگر را به ده تومان فروخته ولی غرض یک معامله است و شرط ضمنی مبنی بر عدم تبعض در آن وجود دارد، حال اگر مشتری معامله را نسبت به بعض آن رد کرد تبعض محقق شده و خيار جريان می يابد، ولی اگر

قصد بایع فروش یک خرمن گندم معین باشد - فرقی نمی کند یک پیمانۀ یا دو پیمانۀ - ولی مشتری دو پیمانۀ از آن را بخرد، و یک پیمانۀ را به دلیل معیوب بودن رد کند مثل این است که از اول یک پیمانۀ خریده است که بیع حقیقتاً واحد است ولی خیار تبعض جریان ندارد زیرا شرط ضمنی مبنی بر انضمام وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۸۱).

گفتار ششم - خیار تغلیس:

هر گاه مشتری ورشکسته شود و نتواند ثمن را تأدیه کند و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع می تواند معامله را فسخ کرده و مبیع را بردارد (ماده ۳۸۰ ق.م)، که از آن به خیار تغلیس یاد می شود، خیار تغلیس در واقع صورتی از خیار تأخیر ثمن به شمار می رود، و چنانکه دیدیم مبنای خیار تأخیر ثمن نیز شرط ضمنی است ولی به بیان دیگر نیز می توان آن را تقریر کرد و آن شرط ضمنی مبنی بر قدرت تسلیم ثمن است که عقد بالالتزام دلالت بر آن دارد و هرگاه مشتری از تأدیه آن عاجز شود بایع اختیار فسخ معامله را پیدا می کند، و تخلف از آن موجب خیار است. مثلاً در عقد بیع دو دلالت وجود دارد دلالت مطابقی مبنی بر انتقال ملکیت عوضین و دلالت التزامی مبنی بر التزام هریک از متعاقدان بر انتقال مذکور و تسلیم آن به طرف دیگر لذا عجز از تسلیم موجب خیار برای منتقل الیه است به دلیل مخالفت با شرط ضمنی که مدلول التزامی عقد است (آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۶۵)، برخی این بیان را بهترین وجه برای اثبات خیار در این مورد شمرده اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۶۷). به عبارت دیگر بناء عقلاء در معاوضات بر تسلیم در مقابل تسلیم است، بنابراین هرگاه تسلیم در یک طرف متعذر شود در طرف دیگر خیار ایجاد می شود (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، ص ۱۵۹).

گفتار هفتم - خیار تعذر تسلیم

در عقود معاوضی قدرت بر تسلیم شرط صحت معامله است و بطلان عقدی که قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد اجماعی است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۵۷، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۴۸، نجفی، بی تا، ج ۲۲، ص ۳۸۴، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۵)، ولی این در صورتی است که ناتوانی بر تسلیم مبیع هنگام عقد وجود داشته و از اوصاف مبیع باشد، مثل اسب فراری و... ولی

اگر ناتوانی پس از عقد عارض شود، مشتری می تواند به استناد تعذر تسلیم معامله را فسخ کند که بدان «خیار تعذر تسلیم» گویند (سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۱۶). در این موارد مشتری با پندار امکان تسلیم مبیع اقدام به معامله کرده و سپس عدم آن ظاهر شده است مثلاً پرنده ای که عادت به برگشت دارد یا حیوانی که به چرا فرستاده شده است را به گمان اینکه بر می گردد خریده است، سپس تسلیم آن متعذر شود به اینکه حیوان فرار کند و پرنده بر نگردد و مانند آن (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۹)، ممکن است سبب تعذر تسلیم وضع داخلی بایع باشد مثل حبس، بیماری و ورشکستگی و... (حکیم، بی تا، ج ۱، ص ۳۹۴). بسیاری از فقیهان خیار تعذر تسلیم را به طور مستقل پذیرفته اند و شرایط و احکام آن را ذکر نکرده اند ظاهراً به این دلیل که تعذر تسلیم نوعی عیب است و احکام آن را دارد ولی برخی آن را خیار مستقلاً دانسته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۹، سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۱۶)، قانون مدنی به پیروی از رویه مشهور فقیهان خیار تعذر تسلیم را به طور مستقل مطرح نکرده است، بلکه در چند ماده به طور پراکنده و البته آن هم به پیروی از فقه امامیه از خیار تعذر تسلیم یاد کرده است مثل ماده ۳۸۰ ق.م که برای بایع در صورت تعذر تسلیم ثمن در اثر تفلیس و یا ماده ۲۴۰ ق.م که برای مشروط له در صورت امتناع مشروط علیه از انجام مفاد شرط، یا ماده ۴۷۶ ق.م که برای مستأجر در صورت امتناع از تسلیم عین مستأجره و یا ماده ۵۳۴ ق.م که برای مزارع در صورت امتناع عامل از انجام عمل حق فسخ قائل شده است.

در بحث از دلیل این خیار گفته اند مبیع قبل از قبض مشتری در ضمان و عهده بایع است ولی از آنجایی که عدم امکان تسلیم مبیع به منزله تلف آن نمی باشد و در برخی موارد می توان از آن استفاده کرد با خیار جبران می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۹)، عدم جواز فسخ مستلزم ورود زیان است که به حدیث لا ضرر نفی می شود (همان، ج ۴، ص ۳۲۹)، ولی برخی گفته اند دلیل این خیار نیز شرط ضمنی مبنی بر تسلیم در معاوضات است و لذا خیار تعذر تسلیم علی القاعده است و نه از باب ضرر و مقتضای این شرط آن است که هرگاه یک طرف از تسلیم مفاد خودداری کرد مشروط له حق فسخ داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۸، حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۵۵، هاشمی شاهرودی،

۱۴۲۶ق، ص ۳۳۹)، برخی گفته اند مبنای خیار تعذر تسلیم بناء عقلاء است نه شرط ضمنی (خمینی، ۱۳۹۲ش، ج ۵، ص ۵۷۱ و ۵۹۵)، به نظر می رسد مقصود ایشان از نفی شرط ضمنی، شرط ضمنی ارتکازی باشد وگرنه مفاد بناء عقلاء همان شرط ضمنی است که برخی بدان اشاره کرده اند (خوئی، ۱۳۶۸، ج ۷، ص ۶۰۴)، از استقراء موارد گوناگون در فقه امامیه که با استناد به تعذر تسلیم حکم به فسخ معامله شده است می توان به قاعده کلی در این موضوع دست یافت، از جمله در تلف مبیع قبل از قبض توسط بایع (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۱۷، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۱۵، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۲۶، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۷۷)، نایاب شدن مبیع در بیع سلم (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۲۲)، نایاب شدن ثمن در بیع نقد یا مشتری فرار کند و تسلیم ثمن متعذر شود (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۱۱)، تعذر استیفاء منفعت در اجاره (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۲۹، رشتی، بی تا، ص ۳۰۰)، ترک عمل در مساقات (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۱۴، علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۴۹۱)، تعذر تحصیل شرط در شرط ضمنی صریح (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۶). لذا برخی گفته اند در تحقق خیار تعذر تسلیم شرط نیست بلکه صرف تخلف از شرط موجب خیار است (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۲۲۷) و بر همین اساس خیار تعذر تسلیم را نیز «خیار تخلف تسلیم» نامیده اند (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۷۷).

نتیجه گیری:

اصل در عقود بر لزوم است و فسخ آن دلیل می خواهد و دلیل برای فسخ از سه حالت خارج نیست:

- ۱- یا دلیل شرعی است که در «خیار مجلس» و «خیار حیوان» پذیرفته شده است، البته در خیارات دیگر نیز روایاتی ذکر شده ولی سند و دلالتا مورد مناقشه قرار گرفته است.
- ۲- و یا توافق اراده طرفین به صورت شرط صریح در ضمن عقد است که در «خیار شرط» متصور است، و مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی و عمومات وفاء به عقد و شرط لازم الوفاء بوده و ضمانت اجرایی تخلف از آن خیار اشتراط یا تخلف شرط است، زیرا الزام به عقد بدون مفاد شرط مستلزم ضرر برای مشروط له است که به دلیل لاضرر این حکم از گرده مشروط له برداشته می شود. لذا لاضرر معمولاً به عنوان حکم ثانوی

دلیل خیار است، که آن هم مورد مناقشه است به اینکه در این موارد صحت عقد موجب ضرر است نه لزوم آن، و اگر بخواهیم به لاضرر استناد کنیم باید بگوییم عقد باطل است نه خیاری.

۳- مطابق نظر برخی از فقیهان که نخستین بار در پژوهش حاضر به روشنی تبیین شد، دلیل اغلب خیارات «شرط ضمنی» است، شرط ضمنی عبارت است از مدلول عرفی و التزامی الفاظ عقود و به عبارت دیگر مقتضای اطلاق عقود که از نظر عرف دلالت بر اراده ضمنی و مشترک طرفین دارد و به منزله تصریح در قرارداد به شمار می رود و از آن جهت که تعهد را از ابتدا مشروط و مقید می کند مشمول عمومات وفای به عقد و شرط می شود، این شرط و اقتضاء چهره های گوناگون دارد و تخلف از هر مورد آن عنوان مستقلی برای انحلال عقد تعریف می کند، مثلاً مقتضای اطلاق عقد و اراده طرفین این است که تسلیم و تسلیم به نظر عرف همزمان وبدون تأخیر و مسامحه بگیرد و تخلف از آن موجب «خیار تأخیر» است. یا در مواردی که کالا با توصیف معامله شود، طرفین با اعتقاد به وجود آن وصف به معامله مبادرت کرده اند و رؤیت خلاف آن سبب «خیار رؤیت» است. همچنین بناء عرفی و نوعی متعاملین بر تساوی عوضین در مالیت به منزله انشاء صریح در عقد بوده و تخلف از آن موجب «خیار غبن» است، و نیز بنای طرفین بر تعادل و سلامت عوضین اقتضا دارد متعاملین عیوب پنهانی کالا را به طور ضمنی تضمین کرده و هرگاه روشن شود که کالا قبل از عقد معیوب بوده «خیار عیب» محقق می شود. همچنین شرط ضمنی مبنی بر خرید اجزاء مبیع به انضمام هم است و اگر معامله نسبت به جزئی از کالا به نحوی باطل شود مشتری نسبت به جزء صحیح «خیار تبعض صفقه» دارد، امکان تسلیم و مبادله کالا نیز از مفاد شرط ضمنی محسوب می شود و لذا هرگاه مثلاً مشتری به دلیل ورشکستگی نتواند ثمن را بدهد بایع «خیار تفلیس» دارد، و یا اگر به دلیل دیگری متعذر شود «خیار تعذر تسلیم» محقق می شود. و از استقراء موارد فوق در مدالیل عرفی الفاظ

عقود و تصریح فقیهان بر آن به به قاعده شرط ضمنی و تأثیر آن در انحلال عقد می توان پی برد.

منابع:

- ۱) آملی، محمد تقی (۱۴۱۳ق)، «المکاسب و البیع»، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- ۲) ابراهیمی، احمد (۱۴۰۱)، «دلالت شرط ضمنی تساوی عوضین بر خیارغبین حادث در قرارداد اجاره»، قم، مدرسه امام محمد باقر (ع)، شماره ۱۱، ص ۱۰۱-۱۲۸.
- ۳) ابن أبی جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۵ق)، «عوالی اللثالی»، قم، دار سید الشهداء، چاپ اول.
- ۴) ابن زهره، حمزه بن علی، (۱۴۱۷)، «غنیة النزوع»، قم، مؤسسه الإمام الصادق، چاپ اول.
- ۵) اراکی، محمد علی (۱۴۱۴)، «الخيارات»، قم، مؤسسه در راه حق
- ۶) اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۱۸)، «مجمع الفائدة و البرهان»، قم، مرکز نشر اسلامی.
- ۷) اصفهانی، محمد حسین (۱۴۲۷)، «حاشیة المکاسب»، قم، ذوی القربی، چاپ اول.
- ۸) انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، «کتاب المکاسب»، قم، کنگره، چاپ اول.
- ۹) ایروانی، علی (۱۳۷۹)، «حاشیة المکاسب»، قم، کتبی نجفی.
- ۱۰) بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۳۶۲)، «بلغة الفقیه»، تهران، مکتبه الصادق، چاپ اول.
- ۱۱) بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، «الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة»، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، اول.
- ۱۲) بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۹۰)، «حقوق تعهدات و قراردادها»، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.

- (۱۳) تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۹)، «إرشاد الطالب»، قم، دار الصديقة الشهيدة.
- (۱۴) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، «وسائل الشيعة»، قم، آل البيت.
- (۱۵) حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، «مفتاح الكرامة»، بیروت، دار إحياء التراث العربی
- (۱۶) حکیم، سید محسن (۱۳۷۴ ش)، «مستمسک العروة الوثقی»، قم، دار التفسیر.
- (۱۷) _____، (بی تا)، «نهج الفقاهة»، قم، ۲۲ بهمن، چ ۱
- (۱۸) خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲ ش)، «کتاب البیع»، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- (۱۹) خمینی، سید مصطفی (۱۳۶۸ ش)، «کتاب الخيارات»، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی .
- (۲۰) خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸ ش)، «مصباح الفقاهة»، بیروت، دار الهادی.
- (۲۱) _____، (۱۴۲۹ ق)، «محاضرات فی الفقه الجعفری»، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی
- (۲۲) _____، (۱۴۱۸ ق)، «موسوعة الإمام الخوئی»، قم، مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی
- (۲۳) رشتی، میرزا حبیب الله، بی تا، «کتاب الإجاره»، بی جا، بی نا
- (۲۴) سند، محمد (۱۴۲۸ ق)، «فقه المصارف والنقود»، قم، محبین
- (۲۵) سیستانی، سید علی (۱۴۲۲ ق)، «المسائل المنتخبة»، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی،
- (۲۶) شریعت اصفهانی، فتح الله (بی تا)، «قاعدة لا ضرر»، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، اول
- (۲۷) شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰ ق)، «الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة»، قم، کتابفروشی داوری
- (۲۸) _____، (۱۴۱۳ ق)، «مسالك الأفهام»، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.

۲۹) طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ق)، «حاشیة المکاسب»، قم، اسماعیلیان، اول.

۳۰) طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۸ق)، «ریاض المسائل»، قم، آل البيت، چاپ اول.

۳۱) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، «المبسوط»، تهران، مکتبه مرتضویه،

۳۲) علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، «تحریر الأحکام»، ج ۱، قم، مؤسسه الإمام الصادق (ع)

۳۳) _____، (۱۴۱۳ق)، «قواعد الأحکام»، قم، دفتر انتشارات اسلامی

۳۴) _____، (۱۴۱۴ق)، «تذکره الفقهاء»، قم، آل البيت،

۳۵) فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (بی تا)، «التنقیح الرائع»، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره)

۳۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹) (الف)، «اعمال حقوقی»، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.

۳۷) _____ (۱۳۹۸)، «عقود معین»، ج ۱، تهران، گنج دانش، چاپ دوم

۳۸) _____ (۱۳۹۹) (ب)، «مسئولیت مدنی»، ج ۱، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.

۳۹) کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲)، «تحریر المجله»، قم، مجمع جهانی تقریب بین مذاهب اسلامی

۴۰) کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۲ق)، «جامع المقاصد»، قم، آل البيت، چاپ دوم.

۴۱) کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ق)، «الکافی»، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ: چهارم،

۴۲) مامقانی، عبدالله (بی تا)، «نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال»، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة

۴۳) متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، «مجموعه رویه قضایی»، تهران، رهام

۴۴) محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، «شرائع الإسلام»، قم، اسماعیلیان.

(۴۵) محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۸)، «نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق

اسلامی»، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

(۴۶) مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹)، «فقه الإمام جعفر الصادق»، قم، انصاریان

(۴۷) موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷)، «القواعد الفقهية»، قم، نشر الهادی، چاپ اول.

(۴۸) نایینی، محمد حسین (۱۳۷۳ق)، «منية الطالب»، تهران، نشر کتابخانه محمدیه، چاپ

اول

(۴۹) نجفی، محمد حسن، (بی تا)، «جواهر الکلام»، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه

اسلامی، ج اول.

(۵۰) نراقی، احمد (۱۴۱۵ق) «مستند الشيعة في أحكام الشريعة»، قم، آل البيت

(۵۱) _____ (۱۳۷۵)، «عوائد الأيام»، قم، دفتر تبلیغات اسلامی،

(۵۲) نوری، حسین (۱۴۰۸ق)، «مستدرک الوسائل»، قم، آل البيت، چاپ اول،

(۵۳) هاشمی شاهرودی سید محمود (۱۴۲۹ق)، «کتاب الإجارة»، ج ۱، قم، دائرة معارف

الفقه الاسلامی.

(۵۴) _____ (۱۴۲۶ق)، «بحوث في الفقه الزراعي»، قم، دائرة المعارف فقه

اسلامی

(۵۵) _____ (۱۴۴۴ق)، «مباحث عامة حول العقد»، قم، مرکز فقهی آیه الله

هاشمی شاهرودی.

(۵۶) همدانی، رضا (۱۴۲۰ق)، «حاشية المكاسب»، قم، انصاری