

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۳۱-۵۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۴/۰۵

بررسی فقهی و حقوقی اختیار صاحب خیار عیب در فسخ و مطالبه ارش در مذاهب اسلامی

حمیدرضا بهروزی زاد^۱

نجداعلی الماسی^۲

چکیده

در طولی و عرضی بودن اختیارات مشتری در خیار عیب بین فقهای مذاهب اسلامی اختلاف نظر مبنایی وجود دارد. بر اساس یک نظر چون ارش خلاف اصل است و در مقابل وصف از ثمن قرار دارد، ارش نیز طولی خواهد بود. بنابه دیدگاه دیگر چون ارش مطابق با قاعده است و جزئی از ثمن است در این صورت تخییر مشتری هم عرضی خواهد بود. ولی ما در این مقاله کوشیده‌ایم ضمن بیان دیدگاه‌های مذاهب اسلامی و حقوق ایران در این خصوص بر پایه نظریه عمومی ارش در قراردادهای تحلیلی را ارائه نماییم که بر اساس آن وصف سلامت در میان همه اوصاف برجستگی خاصی دارد که باعث می‌شود شارع مقدس فقط در خیار عیب معتقد به تخییر شود. دلیل این ویژگی خاص هم این است که شارع مقدس و قانون‌گذار در قانون مدنی فقط در خیار عیب که ارتباط مستقیمی با وصف سلامت دارد قائل به دریافت ارش شده است. بنابراین ویژگی خاص این وصف باعث می‌شود که اگر فروشنده به این تعهد خود عمل نکند و کالایی مطابق با قرارداد تسلیم ننماید، خود او باید جبران خسارت کند که همان نظریه عمومی ارش است و البته این حق فروشنده است که بر اساس تخییر عرضی فسخ یا مطالبه ارش را انتخاب نماید.

واژگان کلیدی: تخییر، خیار عیب، مذاهب اسلامی، نظریه عمومی ارش.

behroozi_hamidreza@yahoo.com

nalmasi@ut.ac.ir

۱. استادیار مؤسسه آموزش عالی غیرانتقاعی مازیار (نویسنده مسئول)

۲. استاد دانشگاه تهران، تهران - ایران

مقدمه

فقه‌های مذاهب اسلامی در اینکه در اثر عیب در مبیع و حتی ثمن برای مشتری یا بایع اختیار فسخ معامله یا اخذ ارش پیدا می‌کنند اتفاق نظر دارند، اما در چگونگی اعمال این حق تخییری اختلاف‌های جدی در مذاهب اسلامی و حتی در داخل خود یک مذهب وجود دارد. ریشه این اختلاف هم بر می‌گردد به اینکه اعمال تخییر باید طولی باشد یا عرضی؟ بر اساس این مبنا نظریات مختلفی ارائه شده است که باید به بررسی این اقوال و انتخاب قول مختار پرداخت.

روش تحقیق نیز کتابخانه‌ای بوده و به منابع داخلی و خارجی موجود با تأکید بر منابع فقهی مراجعه شده است.

نتایجی که از این تحقیق به دست می‌آید این است که تخییر به نحو عرضی بوده، مشتری می‌تواند یا به استناد عیب خیار فسخ خود را اعمال کند و یا مطالبه ارش نماید. این امر مورد تأکید مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی ایران نیز بوده، در میان فقهای عامه هم طرف‌دار دارد، اما شیوه اثبات بر اساس نظریه عمومی ارش خواهد بود که در بحث تعیین قول مختار به طور کامل منقح خواهد شد.

۱. طولی یا عرضی بودن خیار عیب در فقه امامیه

در فقه امامیه فقها همگی متفق‌اند در اینکه ظهور عیب مقتضی جواز رد یا اخذ ارش است. آنچه محل تنازع عقاید مختلف بین فقها شده این است که آیا تخییر ابتدائاً بین ثبوت ارش و رد وجود داشته یا ارش مختص به صورت عدم امکان رد به سبب تصرف مانع یا تلف عین یا حدوث عیب یا سایر مسقطات رد است؟

منشأ این نزاع هم در فقدان دلیل معتبر بر تخییر بین ارش و رد در اخبار معتبر و تام‌السند است.

۱.۱. رابطه عرضی فسخ معامله یا اخذ ارش

از لحاظ تاریخی قول مشهور در فقه معتقد به تخییر (رابطه عرضی) بوده و قائل به عدم

اشتراط أخذ ارش به یأس از رد است؛ حتی عدم خلاف در مسئله را نفی و ادعای اجماع در مسئله کردند (حسینی عاملی، بی تا، ۶۱۴).

شاید مستند نظر مشهور عبارتی در فقه رضوی است؛ به این نحو که «اگر کالایی معیوب شود و مشتری علم پیدا کند خیار دارد و می تواند نگه دارد و اگر بخواهد أخذ می کند یا به او قیمت با ارش عیب را رد می کند» (ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، ۲۵۳).

ظاهر عبارت فقه الرضا تخییر بین رد و امضای مجانی یا امضا همراه با ارش است. البته برخی از فقها احتمال دادند که لفظ «او» مندرج در عبارت منسوب به امام رضا که دلالت بر تخییر می کند «او» باشد که در این صورت مراد حضرت فقط رد و امضا و ارش است. به نظر می رسد این عبارت مستند نظر متقدمین فقه امامیه بوده است؛ اگرچه در پاره ای از عبارات متأخرین نیز دیده می شود (بحرانی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۹، ص ۶۴ و ۱۰۹ و ۱۱۰).

۲.۱. رابطه طولی فسخ معامله یا أخذ ارش

شاید اولین کسی که در قول مشهور مبنی بر تخییر (رابطه عرضی) مناقشه کرد، مقدس اردبیلی بود. وی معتقد بود دلیلی بر اختیار بین رد و قبول با ارش بعد از ظهور عیب وجود ندارد، بلکه از اخبار مستفاد می شود که ارش مختص به تصرف مشتری در مبیع یا حادث شدن عیب پس از قبض است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵ق، ۴۵۰). همچنین فقهایی مانند سید عاملی، نجفی، آیت الله خوئی و امام خمینی هستند که به صراحت با حکم تخییر مخالفت کردند (حسینی عاملی، بی تا، ۶۱۴؛ نجفی، ۱۳۶۷، ۲۳۶؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۰ و ۱۰۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ۸ و ۹).

از لحاظ استدلالی می توان گفت روایاتی که دلالت بر رد دارد، اعم از رد مبیع یا ارش است. در نتیجه مراد روایات رد بیع فی الجملة است؛ اعم از اینکه در نتیجه فسخ به تمام ثمن رجوع شود یا رجوع به ارش در نتیجه أخذ ارش، رد مبیع نیز فی الجملة باقی باشد، زیرا در نتیجه أخذ ارش دیگر مبیع در مقابل تمام ثمن باقی نمی ماند و این همان معنای رد فی الجملة است. عبارت طباطبایی یزدی این است: «اقول بان یدعی ان المراد من الرد فی الاخبار رد البیع فی الجملة اعم من ان یکون بالرجوع بتمام الثمن بان یفسخ او بالرجوع

بالارش فان اخذ الارش ایضا رد للبیع فی الجملة حیث لم یبقه علی حاله من مقابله المبیع بتمام الثمن» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ۸۱ و ۸۲).

این استدلال در صورتی تام است که ارش را جزئی از ثمن بدانیم. در نتیجه اخذ ارش و نیز رد بیع در بعضی از مقتضاهای آن است. همچنین با اینکه مقتضای بیع عدم دریافت ارش است، منافی با این مقتضی است و در نتیجه رد به این اعتبار رد شمرده خواهد شد.

اما اگر قائل باشیم که ارش جزئی از مبیع است، استدلال یادشده را صعب (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ۲۷۶) یا مخالف فهم عرفی خواهیم دانست (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ۹).

فقیه دیگری نیز در مقام انتقاد از این قول می‌نویسد: «التزام به این قول بنا به دو تقدیر صحیح است: ۱- اینکه اوصاف مقابل ثمن است به حیثی که جزئی از آن به ازاء وصف آن است، پس اگر تخلف شد برای مشتری است که آنچه از ثمن در مقابل جزئی از آن تخلف شده است را اخذ کند. و ما سابقاً به عدم صحت این التزام اشاره کردیم و اینکه وصف مقابل ثمن قرار نمی‌گیرد و ۲- التزام به اینکه مقتضای بیع عدم ارش به حیث اینکه ثبوت ارش منافی مقتضای آن است، پس اخذ ارش به این لحاظ رد مبیع است. و لکن این التزام غیر صحیح است، زیرا بیع از جهت ارش نه اقتضایی دارد و همچنین مقتضای عدم ارش نیز نیست، و ارش به ملاحظه بعضی از جهات مانند تدارک خسارت ثابت است» (روحانی، ۱۳۷۸ق، ج ۲، ۵۰).

بر اساس این نظر، ارش نیز تدارک خسارت و جبران خسارت است که در این صورت بسیار نزدیک به نظریه عمومی ارش خواهد بود که در آینده منقح خواهیم کرد. در این صورت امری مطابق با قاعده خواهد بود بدون اینکه نیاز باشد ارش را جزئی از ثمن بدانیم؟

درواقع به نظر می‌رسد این اختلاف مبنایی و ناشی از این باشد که آیا ارش مطابق با قاعده است یا مخالف آن.

برای پاسخگویی در خصوص ماهیت ارش باید این بحث را مطرح کرد که آیا ارش در مقابل جزئی از وصف است یا مقابل وصفی از اوصاف؟ دو قول در مسئله وجود دارد.

وحید بهبانی در حاشیه خود بر مجمع الفائدة (۱۴۲۱ق، ۲۷۳، ۲۷۵ و ۲۷۹) و طباطبایی یزدی (۱۴۲۳ق، ۸۶، ۸۷، ۲۲۳ و ۲۲۴) در حاشیه بر مکاسب به دو بیان مختلف به این قول تمایل پیدا کرده‌اند. رگه‌هایی از این قول در عبارات بعضی از متقدمان نیز دیده می‌شود (شهید اول، بی تا، ج ۲، ۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ۳۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ۱۹۲، ۳۳۵؛ شهید ثانی ۱۴۰۳ق، ج ۳، ۴۷۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۸، ۴۲۶).

در واقع اینان معتقدند وصف صحت مقابل جزئی از ثمن است. اگر وصف صحت به منزله جزء باشد هر کدام از عوضین عرفاً یا شرعاً مقابل جزء دیگر است؛ در این صورت، ثبوت ارش بر طبق قاعده خواهد بود. پس همان طور که در تخلف جزئی از مبیع به آنچه که مقابل آن ثمن است رجوع می‌شود، در تخلف وصف هم به آن مقداری که تخلف شده است از جزء رجوع می‌شود.

در مقابل در فقه امامیه بیشتر محققان (نجفی، بی تا، ۲۳ و ۲۳۶؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ۲۷۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۱۱؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ۱۰۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ۱۲۹؛ محقق اصفهانی، بی تا، ج ۴، ۴۳۶) بر این قول هستند. مبنای منتخب در بحث نظریه منتخب بیان خواهد شد.

۲. طولی یا عرضی بودن خیار عیب در مذاهب اهل سنت

در فقه اهل سنت سه نظریه در خصوص اختیارات مشتری در صورت اعمال خیار عیب از سوی فقهای عامی مذهب بیان شده است:

۱.۲. تخییر بین رد یا نگه‌داشتن مبیع بدون أخذ ارش

برخی از فقها معتقدند تخییری که در اینجا مشتری دارد، رد یا امساک مبیع بدون أخذ ارش است. به عبارت دیگر، تخییر مشتری بین دو امر است:

الف) عقد را فسخ و مبیع معیوب را رد کند و ثمن را استرداد نماید.

ب) مشتری حق رد بدون دریافت ارش را دارد.

بر اساس این نظر مشتری حق امساک مبیع و دریافت ارش نقصان مبیع معیوب را جز در موارد تعذر رد ندارد. فقط در موارد تعذر رد است که حق امساک با ارش را دارد که اثبات شود حق دریافت ارش امری خلاف قاعده و به دلیل عدم امکان رد به نحو طاری است.

این نظر در بین فقهای حنفی و شافعی اهل سنت است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ۱۰۳؛ ابن همام، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ۱۵۲؛ ابن نجیم المصری، بی تا، ج ۶، ۳۹؛ بلخی، بی تا، ج ۳، ۶۶). در بین علمای شیعه نیز این قول پذیرفته شده است که در جای خود به تفصیل بیان خواهد شد. شیرازی از علمای شافعی مذهب در تعلیل این نظر معتقد است که طرفین به جمیع مبیع در مقابل جمیع ثمن تراضی کردند؛ بنابراین نمی توان آن ها را به امساک و نگه داری مبیع معیوب در مقابل بعض ثمن مجبور کرد (النووی، بی تا، ج ۱۲، ۱۶۵).

کاسانی از علمای حنفی مذهب نیز می نویسد: «اگر مشتری بگوید: من عین معیوب را نگه می دارم و نقصان آن را أخذ می کنم برای او حق أخذ ارش نیست، زیرا قول مشتری این بوده است: عین معیوب را نگه می دارم و همین قول دلالت رضای او به عیب است و همین رضا مانع رجوع به نقصان است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ۲۸۸ و ۲۸۹).

عدنڈ نیز معتقد است: «علت عدم ثبوت ارش این است که حق رجوع به نقصان مانند خلف از رد است، قدرت بر اصل رد، مانع جریان یافتن خلف آن (ثبوت ارش) می شود» (رملی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ۲۴).

۲.۲. تخییر بین رد و امساک با ارش

این دسته از فقها نیز به تخییر بین دو امر معتقدند، اما طرفین تخییر عبارت اند از:

الف) رد - همان طور که پیش تر گذشت -.

ب) امساک با ارش حتی اگر رد مبیع متعذر نباشد و همچنین خواه بایع به پرداخت ارش راضی باشد یا نباشد. در این نظر فقهی هیچ جایگاهی برای امساک بدون ارش وجود ندارد و ارش از لوازم امساک شمرده می شود.

این نظر مذهب احمدبن حنبل و اسحاق بن راهویه است.

حنابله فقط موردی را که امساک با ارش مستلزم ربا باشد از این حکم کلی خارج کردند و در این مورد قائل به تخییر بین رد و امساک مجانی هستند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۴، ۱۰۹ و ۱۱۱؛ سیوطی و شطی، ۱۳۸۱ق، ج ۳، ۱۱۲؛ بهوتی، بی تا، ج ۳، ۲۱۸؛ ابن النجار، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ۳۶۲).

سبب این اختلاف مبنایی به توصیف ماهیت ارش بر می‌گردد که آیا ارش مابه‌التفاوت جزء معیوب مورد معامله است یا نقص وصف مورد معامله؟ علمای حنفی و شافعی و مالکی در عیب کثیر ارش را جبران نقص وصف می‌دانند و بنابراین قائل به رد و امساک بدون ارش هستند. حنابله ارش را مابه‌التفاوت نقص جزئی از مبیع می‌دانند و لذا به رد و امساک با پرداخت ارش معتقدند (الموسوعه، ۱۴۲۰، ج ۲۰، ۱۳۰).

۳.۲. تفاوت بین عیب کثیر و عیب یسیر

برخی از فقهای عامی‌مذهب بین عیب کثیر و عیب یسیر فرق قائل شده‌اند و البته اغلب از آن با عنوان عیب قلیل و عیب متوسط یاد کرده‌اند. گرچه در مورد عیبی که بسیار قلیل است به نحوی که نمی‌توان از مبیع جدا نمود، قائل هستند که به اعتقاد ابن رشد، حکم خیار اصلاً جاری نمی‌شود.

فقهای اهل سنت عمدتاً در مورد مثال‌ها و مصادیق عیب کثیر و یسیر بحث کردند. می‌توان گفت عیب کثیر آن مقدار عیبی است که عرفاً قابل مسامحه و گذشت نباشد؛ در حالی که در عیب یسیر مقدار معیوب عرفاً قابل مسامحه است (برای مطالعه بیشتر، ر.ک. ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ۱۹۵).

در مورد عیب کثیر (در مقدار عیب کثیر بین عامیون اختلاف نظر وجود دارد؛ ابن رشد ترجیحاً میزان آن را ده صدم یا یک دهم مبیع (ابن رشد الجد، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۹۹) و بقیه یک سوم از مبیع می‌دانند (حطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ۴۳۵) اختلافی بین مذهب مالکی با مذهب حنفی و شافعی وجود ندارد و اصحاب مالکی معتقد به قول اول و تخییر مشتری بین رد و امساک مجانی بدون ارش هستند و این حکم را در مورد عیب کثیر به تعبیر ابن جزئی «عیب رد» می‌نامند.

اما در عیب متوسط، مشهور بین اموال غیرمنقول و اموال منقول تفاوت قائل شده‌اند. در مورد اموال غیرمنقول قائل‌اند که مشتری حق ردّ مبیع را به علت عیب متوسط ندارد، بلکه برای او فقط حق تعیینی دریافت ارش وجود دارد.

در مورد کالاها، ظاهر روایات در مدونه این است که حق رد، خواه عیب متوسط یا کثیر باشد، وجود دارد. درمقابل گفته شده است اموال منقول نیز مانند اموال غیرمنقول هستند و در عیب متوسط حق رد وجود ندارد و فقط حق دریافت ارش وجود دارد (ابن رشد الجدد، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۱۰۰؛ ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ۱۹۴ و ۱۹۵).

ابن رشد الجدد ذکر کرده است که شیخ فقیه او، ابابکر بن رزق، ظاهر روایات را بر یکسان دانستن اموال منقول و غیرمنقول حمل کرده و معتقد است که حکم آن‌ها ارش و رجوع به قیمت در عیب متوسط است. ابن رشد برای تأویل این نظر روایت زیادی از مالک در ثیاب را مؤید آورده است (ابن رشد الجدد، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۱۰۱) و به همین دلیل بعضی از شیوخ مانند ابن یونس به این روایت استناد کرده و ثیاب را هم مانند ملک غیرمنقول دانسته‌اند (الخرشی، بی تا، ج ۵، ۱۳۲؛ الدسوقی، بی تا، ج ۳، ۱۱۴).

۳. قانون مدنی ایران

خیار عیب یکی از خيارات مصرح در قانون مدنی بر اساس ماده ۳۹۶ است. حقوق دانان تعاریف متعددی از عیب بیان داشته‌اند. بروجردی عبده تحت تأثیر تعریف مشهور فقها (نجفی، ۱۳۶۵ق، ج ۳۷، ۲۵۸) عیب را خروج شیء از مجرا و خلقت اصلی می‌داند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ۱۹۷). تعریف مهدی شهیدی از عیب نیز از این قرار است: «عیب عبارت است از وضعیتی در مورد معامله که برخلاف وضعیت عادی و در حال سلامت آن می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۸۲، ۶۱). در تعریف کامل‌تر ناصر کاتوزیان معتقد بود: «عیب، نقصی است که از بهای کالا یا انتفاع متعارف از آن بکاهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۸۰-۲۷۹).

در حقوق ایران مباحثی که در لسان فقها وجود دارد در قانون مدنی به چشم نمی‌خورد و قانون مدنی به صراحت، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوق دانان نیز در تألیفات خود به این نکته مهم نپرداخته‌اند و این وضع در بین شارحان قانون مدنی نیز از ابتدا تاکنون دیده می‌شود.

در ماده ۴۲۲ قانون مدنی حقوق مشتری در صورت معیوب بودن مبیع بیان شده است. مشتری در صورت معیوب بودن مبیع دو حق دارد: اول، حق فسخ معامله و دوم، حق مطالبه ارش.

به عبارت دیگر بر اساس ماده یادشده مشتری مختار است که یکی از سه راه حل زیر را انتخاب کند:

الف) عقد بیع را به صورت یک‌جانبه منحل کرده، تمام ثمن پرداخت شده به فروشنده را مسترد دارد.

ب) عقد را منحل ساخته، کالای معیوب را برای خود نگه دارد و از فروشنده به لحاظ وجود عیب موجود، تفاوت قیمت صحیح و معیوب کالا را به عنوان ارش مطالبه کند.

ج) عقد منعقد را به انگیزه شرافتمندانه یا غیر آن منحل ساخته، بدون مطالبه ارش به تملک کالای ایتبای راضی شود و عملاً حق فسخ و نیز أخذ ارش را اسقاط کرده، بیع را مجانی امضا نماید. البته این اختیار از مفهوم ماده ۴۲۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود.

مهدی شهیدی اصطلاح خیار در قانون مدنی را صرفاً به معنای حق فسخ دانسته، حق مطالبه ارش را داخل در حق پذیرش یا رد قرارداد نمی‌داند و به تعبیر دیگر حقی مستقل و هم‌عرض در کنار حق فسخ قائل است (شهیدی، ۱۳۸۲، ۶۵).

به نظر می‌رسد نوع مسئولیت بایع در مقابل مشتری به دلیل تسلیم مبیع معیوب، مسئولیت قراردادی باشد. توضیح بیشتر آنکه در حوزه حقوق خصوصی، دو مبنای اصلی در خصوص مسئولیت وجود دارد: مسئولیت قراردادی که به دلیل نقض تعهدات ناشی از قرارداد معتبر و لازم‌الاجرا، سبب ایجاد حق برای متعهدله می‌شود و در این صورت او می‌تواند با مطالبه حقوق قانونی خود، انتظارات قراردادی خود را در حد مقدر مطالبه نماید. اما مسئولیت خارج از قرارداد، مسئولیتی است که آثار آن، نتیجه اراده طرفین و یا توافق آنان نیست. این شکل از مسئولیت محدوده بسیار گسترده‌ای دارد و به طور مفصل در کتاب‌ها و منابع حقوقی از آن بحث شده است (برای مطالعه بیشتر، ر.ک. طاهری، ۲۳۵ - ۲۰۵).

در خصوص اینکه آیا ارش در حقوق ایران جزئی از ثمن است یا نه، ظاهر ماده ۴۲۷ قانون مدنی این است که ارش جزئی از ثمن است و باید از عین ثمن به مشتری مسترد شود. در حقوق ایران بروجردی عبده و جعفری لنگرودی معتقد به این قول هستند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۲۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۱۲).

در مقابل ناصر کاتوزیان معتقد است که در تفسیر ماده ۴۲۷ باید از ظاهر آن دست شست و به این مسئله توجه کرد که این ماده صرفاً در مقام تعیین شیوه محاسبه ارش است و در مقام تبیین ماهیت ارش نیست. ماهیت ارش غرامت و جبران زیانی است که از عیب مبیع به مشتری وارد می‌شود و می‌تواند از هر چیزی پرداخت گردد که اغلب شیوه پرداخت از طریق وجه نقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳۱۳). در مبنای منتخب در مورد نظریه اتخاذی به بیان مبنای منتخب خواهیم پرداخت.

۴. مبنای منتخب

با بررسی اقوال فقهای عامه و امامی‌مذهب مشخص شد که در همه مذاهب اسلامی اختلاف در طولی یا عرضی بودن تخییر به مسئله توصیف ارش بر می‌گردد که آیا مطابق با قاعده است یا خلاف قاعده. ما معتقدیم اگر قائل به نظریه عمومی ارش باشیم در این صورت بدون هیچ شک و شبهه‌ای به عرضی بودن اختیار مشتری در اعمال خیار یا مطالبه ارش خواهیم رسید. در واقع به نظر می‌رسد از عقاید پراکنده فقهای امامیه در این خصوص می‌توان به تحلیلی دیگر دست یافت و آن این است که ارش مطابق با قاعده است ولی جزئی از ثمن محسوب نمی‌شود، بلکه ماهیت آن جنبه غرامت (از نظر فقها) و خسارت قراردادی (از دیدگاه حقوق دانان) دارد. نگاهی دوباره به ادله این باب می‌تواند استدلال ما را تقویت کند. توضیح آنکه در اثر قرارداد تعهداتی برعهده طرفین مستقر می‌شود. یکی از این تعهدات مهم در عقود معاوضی این است که طرف قرارداد کالایی را تسلیم نماید که مطابق اوصاف مقرر در قرارداد باشد. عدم انجام این تعهد خود تخلف قراردادی است و باعث می‌شود که طرف قرارداد مسئولیت داشته باشد. این نوع مسئولیت چون ناشی از قرارداد است مسئولیت قراردادی نام دارد و طرف قرارداد باید خسارت یا غرامت عدم انجام تعهد خود را پرداخت نماید. اشکال قابل طرح اینست که گفته شود در نهایت حق خریدار تخییر بین نگه‌داشتن مبیع و مطالبه ارش و یا رد مبیع است و این دو قابل جمع با همدیگر نیستند.

درحالی که مطلوب این بود که ادله بر قابل جمع بودن این دو راه حل اقامه شود؛ یعنی خریدار هم حق ردّ مبیع و هم حق مطالبه اّرش یا خسارات قراردادی را داشته باشد. این استدلال در ابتدا بسیار موجه به نظر می‌رسد، اما ایراد بزرگ این نظریه این است که در حقوق قراردادهای اصلی به نام لزوم وفای به عهد داریم که از امهات حقوق قراردادهای در همه نظام‌های حقوقی است. در واقع نظریه عمومی اّرش به دلالت التزامی از قاعده لزوم وفای به عهد - که یک اصل اخلاقی مسلم در حوزه زندگی بشر است - انتزاع می‌شود. به تعبیر علامه طباطبایی: «حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ۲۵۹). در فقه امامیه نیز هماهنگ با این اصل فطری اصل بر لزوم و انجام تعهدات است. بنابراین در التزام به حسن وفای به عقد معتقدند وفای به عهد و شرط به دلیل عموماتی چون «وفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» بر متعهد واجب است و متعهدله باید ابتدائاً او را الزام به انجام تعهد نماید (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ۶۲). بر مبنای همین الزام اخلاقی است که می‌توان به نظریه عمومی اّرش رسید. درست است که وجوب جنبه تکلیفی و اّرش جنبه وضعی دارد، اما تردیدی نیست که حکم وضعی چه به نحو مستقل و چه به نحو واحد از سوی فقها در باب قاعده لزوم وفای به عقد بیان شده است (برای مطالعه بیشتر، ر.ک. انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۵، ۱۹) که می‌گوید: ان لیس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکماً وضعیاً؛ بنابراین اثبات نظریه عمومی اّرش می‌تواند از باب التزام اخلاقی به عقود و پیمان‌ها نیز تفسیر شود. با این توضیح که ماهیت اّرش خسارت و غرامتی است که در نتیجه نقض قرارداد و عدم انجام صحیح قرارداد از سوی ناقض قرارداد باید پرداخت شود و در این صورت مطابق با قاعده خواهد بود. چراکه قاعده این است هر وقت قرارداد نقض شد، ناقض قرارداد باید خسارت نقض خود را بپردازد و چون بنای حقوق قراردادهای بر حفظ قرارداد است، حفظ قرارداد بر فسخ آن اولویت دارد. نظریه عمومی اّرش برای جبران خسارت طرف زیان‌دیده خواهد بود. شاید بتوان به رگه‌هایی از این نظریه در کلام برخی از فقهای معاصر دست یافت: «اّرش از امور تعبدیه نیست تا اینکه محتاج به بیان آن در بیان شارع باشد، و نه از موضوعاتی که نیاز به استنباط فقیه داشته باشد تا او اعمال فکر و اجتهاد در ادله کند، بلکه اّرش از امور عرفی بین تجار، متعاملین و اهل بازار است، و لازم است به اهل خبره از میان تجار رجوع شود، و اگر به سواد مردم و اهل بازار مراجعه کنید خواهند گفت: اّرش همان

ارزش مالی است که بخشی از ثمن در ازای شرط سلامت مبیع پرداخت می‌شود در نتیجه ارزش غرامتی خارج از ذات عوضین است... همچنین ضمان معاملی عبارت از تعهد به شیء در معامله ولو در عالم لب (بنابر دیدگاه سید یزدی) و یا در عالم واقع است و از عهده‌اش ضمان معاملی خارج نمی‌شود مگر زمانی که خسارات و ارزش را تدارک کند. و بایع در مقابل مشتری التزام می‌شود و آنچه را که مستحق بر زاید عین است أخذ می‌کند. در نتیجه حتی اگر عدم وصف بودن سلامت مبیع آشکار شد و قایل بودیم وصف سلامت وصف مبیع است نه جزء آن واجب است از عهده فروشنده به دفع عوض آن در اینصورت پرداخت ارزش به حسب بناء معاملی و مرتکبات ناس مطابق با قاعده است» (سبزواری، ۱۳۱۷ق، ج ۱۷، ۲۰۰).

اینکه محقق سبزواری تأکید بر مطابق با قاعده بودن ارزش دارد، به معنای نظریه عمومی ارزش در قراردادهاست که قطعاً یکی از مبانی آن لزوم وفای به تعهدات خواهد بود. حال اگر طرف دیگر قرارداد اختیار جمع بین ضمانت اجراهای قراردادی را داشته باشد وفا و لزوم که از لوازم وفای به عهد است سست شده، قراردادها با کوچک‌ترین نقضی در معرض فروپاشی قرار خواهند گرفت؛ امری که مطلوب شارع و قانون‌گذار نخواهد بود. بنابراین به نظر می‌رسد تخییر به‌نحو عرضی بر قابل جمع بودن ضمانت اجراهای قراردادی ترجیح دارد و با مبانی حقوق قراردادهای سازگارتر است.

۱.۴. ادله نظریه عمومی ارزش

۱.۱.۴. بررسی روایات^۱

در روایت حمادبن عیسی (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۲، ۴۱۵) و روایت عبدالملک (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۲، ۴۱۶، ۲) که می‌گویند: «له ارزش العیب»؛ یعنی مشتری حق دارد

۱. اخبار داله بر خیار عیب کثیر است:

۱- مرسله جمیل عن احدهما(ع) فی الرجل یشتری الثوب او المتاع فیجد فیه عیبا، فقال: «ان كان الشیء قائما بعینه رده علی صاحبه و اخذ الثمن، و ان كان الثوب قد قطع او خیط او صبغ یرجع بنقصان العیب» (الوسائل، ج ۱۸، ۳۰، ب ۱۶ من الخیار ح ۳).

۲- روایت زراره عن ابی جعفر(ع) قال: «ایما رجل اشتری شیئا و به عیب و عوار لم یتیرا الیه ولم یبین له فاحدث فیه بعد قبضه شیئا ثم علم بذلک العوار و بذلک الداء، انه یمضی علیه البیع و یرد علیه بقدر ما نقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به» (همان، ح ۲) و غیر از این روایات، نک: وسائل، ج ۱۸، ۲۹، ب ۱۶ من الخیار.

۳- روایات دال بر اینکه اگر در کنیز عیبی غیر از حمل بعد از وطی ظاهر شود، رد نمی‌شود، بلکه ارزش ثابت می‌شود و روایات دال بر این است که جاریه از باب احداث سنه رد می‌شود. نک: الوسائل، ج ۱۸، ۹۸، ۱۰۲، ب ۲ و ۴ از احکام عیوب. این روایات بر آنچه که مشهور اعتقاد دارند البته دلالت ندارد.

ارش عیب را از بایع بگیرد، اما در روایت مشخص نشده است که از چه مالی بگیرد. هردو روایت اطلاق دارد که جنبه غرامت و خسارت دارد. اما مطابق قاعده بودن را نیز می‌توان از اطلاق این روایت به دست آورد، زیرا شارع مقدس با استثمام فهم عرف از معاملات دریافته است که بنای عقلا و اهل عرف به وصف سلامت بیشتر از سایر اوصاف اهمیت می‌دهد و اگر در این اوصاف ارش پیش‌بینی شده نه از باب این بوده که خلاف قاعده و تعبد است، بلکه تحلیل جامع به ما می‌رساند که این اخبار ارشادی است بر فهم عرف از وصف سلامت.

در تعبیری که شیخ انصاری در مقام تحلیل روایات مطرح کرده است نیز می‌توان تحلیلی را که ارائه شد مشاهده کرد. وی در مقابل استناد گروه دوم به برخی از روایات، می‌گوید: «بایع باید تفاوت صحیح و معیب را به مشتری رد کند و یا تفاضل و زیادی را رد کند» (شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۳۹۶ و ۳۹۷). ظاهر این روایت این است که باید آن مقداری که رد می‌کند از همان چیزی باشد که قبلاً از مشتری گرفته است و از عین ثمن باشد. انصاری می‌فرماید: «تعبیر مزبور از باب این است که غالباً در معاملات ثمن به دست بایع رسیده و قبض و اقباض حاصل شده چون نقدی معامله می‌کنند و غالباً هم ثمن از نقدین یعنی درهم و دینار یا پول رایج بلد است و حکم به رد تفاوت یا تفاضل و... به اعتبار نوع است. به عبارت دیگر باید از همین نقد رایج بلد باید بدهد نه به لحاظ شخص که از عین ثمن مقداری پردازد. و این معنی با دقت و تأمل تام و تمام در مفاد روایت حاصل می‌شود.

ضمناً از پاسخ روایات مذکور، پاسخ روایت دیگر هم داده می‌شود و آن روایت ابن سنان است که می‌گوید: اگر پول را هنوز مشتری به بایع نداده فهمید که مبیع معیوب است می‌تواند به مقدار عیب از خود ثمن کسر کند و بقیه را به بایع بدهد و پاسخ این است که باز غالباً ثمن در معامله کلی است و وقتی کلی شد به ذمه مشتری می‌آید و وقتی به سبب عیب در مبیع، بایع مشغول الذمه شد به ارش، مشتری می‌تواند عوض عیب را از پول دیگر از او بگیرد، یا اگر مقروض است از بابت قرض خود حساب کند و یا از همین ثمن که به ذمه‌اش آمده حساب کند و مقداری را بردارد و بقیه را بدهد» (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ۳۹۶).

ملاحظه می‌شود که از این تعبیر استفاده شده که ماهیت ارش غرامتی است که به واسطه عقد متحمل می‌شود و این همان اصلی است که دنبال اثبات آنیم و ارش را

خسارتی می‌دانیم که در نتیجه قرارداد و ضمان معاوضی بر بایع تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، ارش غرامت و خسارت قراردادی ضمان معاوضی در عقود معاوضی است. حتی برخی از فقها و استادان معاصر (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ۴۲۷) در تفسیری موسع بر این باورند که ارش بر اجزا و صفات صحیحه و کمالیه مطلقاً و هرآنچه که موجب کثرت رغبت و بذل ثمن زائدی که طرفین آن را انشا می‌کنند یا بناثا معامله بر آن انجام می‌شود تقسیط می‌شود.

از نظر ایشان «فرق واضحی بین مقام ما و آنچه که حکم به انفساخ از اول مثل جایی که بیع ما می‌ملک و ما لایملک به کالای واحد باشد وجود دارد زیرا فقها در آنجا حکم به صحت ما می‌ملک و بطلان ما لایملک دادند. این حکم به خلاف تخلف وصف و جزئی است که مشابه تخلف وصف است در اینجا دو طریق است: یکی از آنها ردّ معامله از ابتدا است و فسخ معامله است، و دیگری قبول معامله و انحلال آن در جزء و وصف است، و به این خاطر است که حکم به انفساخ در این مورد نکردند زیرا امر دائر بین فسخ کل یا خصوص جزء و وصف است» (همان).

در واقع حتی اگر با کلام ایشان موافق نباشیم که ارش جزئی از ثمن است، در نتیجه‌گیری ایشان که ارش پرداختی مطابق با قاعده است، اتفاق داریم. حتی اگر در توصیف آن دچار اختلاف شویم و آن را بر طبق مبنای آیت‌الله سبحانی بخشی از ثمن و بر طبق مبنای اتخاذی غرامت و خسارت بدانیم، مشکلی در اصل مسئله نخواهد بود.

۲.۱.۴. بنای عقلا

بنای عقلا هم تأیید می‌کند که پرداخت ارش خسارت است و مطابق با قاعده محسوب می‌شود. در واقع در تعریف بنای عقلا گفته شده است که بنای عقلا «استمرار عمل و روش توده عقلا در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی بدون در نظر گرفتن کیش، آیین و ملت آنها است». از نظر برخی از فقها مراد از بنای عقلا همان استمرار عقل عقلا بما هو عقلا است» (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ۱۹۲؛ بروجردی، بی‌تا، ۱۳۷؛ صدر ۱۴۰۵ق، ج ۱، ۱۱۱؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۳، ۷۶۰ به بعد). عقلا بما هو عقلا نیز پرداخت غرامت را تجویز می‌کنند. در نتیجه ارش امری مطابق با بنای عقلا و مطابق با اصل است و شارع

مقدس نه تنها ردعی ننموده، بلکه بازنگری در روایات دال بر این است که بنای عقلا را تنفیذ نیز کرده است.

۳.۱.۴. نظریه جزئیت

تحلیل رابطه میان شرط و عقد بر اساس احیای نظریه جزئیت نیز می‌تواند اثباتگر نظریه عمومی ارش باشد. بر پایه این نظریه، شرط جزئی از عوضین است. عبارت مشهور در این خصوص در لسان فقها عبارت «للشروط قسط من الثمن» است که بر این اساس، وجود یا نبود شرط باعث تأثیر در ثمن معامله می‌شود و اگر شرط باطل باشد، مابه‌ازای آن از ثمن نیز باطل است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ۳۲۱).

همان طوری که برخی از نویسندگان به درستی یادآور شده‌اند: «لازمه این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط‌علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است به طرف مقابل برگرداند. امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر برخلاف فهم عرفی از مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد» (عبدی‌پور و ثقفی، ۱۳۸۷، ۶۶ و ۶۷).

در واقع یا قائل به نظریه جزئیت رابطه شرط با عقد هستیم که در این صورت قطعاً موافق أخذ ارش در قراردادها به عنوان نظریه عمومی خواهیم بود. بر فرض اینکه حتی قائل به نظریه جزئیت نباشیم و معتقد باشیم که فقهای متأخر برخلاف فقهای متقدم قائل به نظریه جزئیت نیستند، در این صورت نیز عدم انجام شرط باعث خواهد شد که به عنوان ضمانت اجرا طرف ناقض قرارداد را به جبران خسارت وادار سازیم، زیرا ارش فقط در قراردادهای عین معین اعمال می‌شود؛ بنابراین ضمانت اجرای طولی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ در مورد آن کارایی نخواهد داشت. طبیعی است الزام به انجام تعهد در مورد عین معین معیوب معنی ندارد و به طریق اولی نیز ثالث نمی‌تواند الزام متعهد را انجام دهد. بنابراین فقط ارش ثابت خواهد شد که به نظر می‌رسد امری مطابق با قاعده خواهد بود، زیرا در هر صورت متعهد شده بود که مبیع را سالم تحویل دهد و به این تعهد قراردادی خود عمل نکرده است؛ بنابراین باید خسارت نقض تعهد قراردادی خود را جبران نماید.

در بیانی مشابه، سید مصطفی محقق داماد نیز می‌نویسد: «شرط بهرحال دارای ارزش است و در فرض تخلف باید به نحوی منظور و جبران گردد و به هیچ وجه قائل شدن به حق خیار جبران زیان مشروطه را نمی‌کند. بنابراین، هرچند می‌پذیریم که شرط دقیقاً جزئی از عوضین نیست، ولی در حکم آن است و لذا جبران آن از طریق چیزی شبیه ارش با مشکلی مواجه نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۵، ۳۵۰).

شاید بیان شود که نظر وی مبتنی بر این است که اثر شرط تعهد مالی ایجاد کرده، لذا شرط فعل قابل تخلف نیست. ولی دیدگاه ایشان اثبات نشده است، بنابراین نمی‌توان به‌عنوان مبنای نظریه عمومی ارش استفاده شود. پاسخ این اشکال این است که قدر متیقن اینست در مورد مبیع معیوب شرط سلامت دارای ارزش مالی است و همین قدر متیقن کفایت می‌کند که قائل به جبران خسارت باشیم؛ حال چه در قالب نقض تعهد قراردادی و چه در قالب غرامات شرعیه. بنابراین در هر صورت پرداخت خسارت قابل توجیه است. اما به‌نظر می‌رسد نظریه مختار قوی‌تر باشد، زیرا نقض تعهد قراردادی مستلزم جبران خسارت است؛ چه شرط فی‌نفسه دارای مالیت باشد و چه نباشد، نقض تعهد قراردادی باید جبران شود. بنابراین در بدبینانه‌ترین حالت دیدگاه محقق داماد می‌تواند به‌عنوان مؤید نظریه عمومی ارش تلقی شود.

۲.۴. تحلیل رابطه عرضی بر مبنای نظریه عمومی ارش

به‌نظر می‌رسد ادله کسانی که ارش را ناظر به تعذر از رد می‌دانند بدون توجه به مسئله بنای عقلا و عرف در معاملات است و نگاه فلسفی به روایات دارند. اگر از منظر عرف به این روایات بنگریم، تخییر در أخذ ارش و فسخ معامله به‌صراحت قابل اثبات است.

بنابراین اثبات نظریه عمومی ارش باعث خواهد شد که در صورت نقض تعهد از سوی فروشنده در تحویل کالای مطابق با قرارداد، خریدار مختار خواهد بود که برای جبران ضرر وارده به خود یا انتخاب نماید که قرارداد را فسخ کند یا بابت نقض تعهد قراردادی فروشنده ارش را مطالبه نماید؛ امری که مطابق عرف و عادت است، زیرا عرفاً مردم بین وصف سلامت و سایر اوصاف تفاوت قائل می‌شوند. بنابراین اثر چنین تفاوتی، تفاوت در ضمانت اجرا خواهد بود.

نتیجه

با بررسی عقاید مختلف فقهای عامی‌مذهب و امامی‌مذهب دیدیم که همگی در اینکه در اثر خیار عیب برای مشتری تخییر در اعمال حق به وجود خواهد آمد، اتفاق نظر دارند. اما در چگونگی اعمال این حق تخییری اختلاف نظر وجود دارد. صرف‌نظر از قولی از فقهای عامه که قائل به تفاوت بین عیب کثیر و یسیر بود و مبنایی جز ظاهر روایات نداشت، دو نگاه عمده در توصیف این تخییر وجود دارد؛ گروهی از فقها قائل هستند به اینکه ارش مابه‌التفاوت جزئی از ثمن است که در مقابل مبیع معیوب قرار دارد؛ بنابراین تخییر را تخییر عرضی معرفی می‌کنند و به این ترتیب، خریدار را مخیر در اعمال حق فسخ یا مطالبه ارش می‌دانند. درمقابل، فقهای معتقدند صحت فقط وصف است. آن‌ها بر این باورند که ارش فقط نوعی غرامت شرعی است که با دلیل خاص ثابت شده است؛ بنابراین موارد پرداخت ارش مضیق به موردی است که رد غیرممکن باشد و به این ترتیب، قائل به تخییر طولی‌اند.

به نظر می‌رسد تحلیل سومی نیز بر اساس نظریه عمومی ارش می‌توان ارائه داد و آن این است که با توجه به اهمیت وصف سلامت در نزد شارع مقدس و قانون‌گذار عرفی می‌توان قائل بود که ارش ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات قراردادی فروشنده است که باعث می‌شود خسارت عدم انجام قرارداد را پردازد و این در کنار ضمانت اجرای سایر خيارات که فسخ قرارداد است، می‌باشد. بنابراین می‌توان گفت ارش مابه‌التفاوت وصف سلامت بوده، اما باعث تخییر عرضی است.

اگر این تفسیر را بپذیریم، مطالبه ارش به عیب اختصاص ندارد و در هر صورت که مبیع مطابق اوصاف مقرر تسلیم نشود، در کنار حق فسخ، من له الحق حق مطالبه خسارات قراردادی بر اساس عدم تسلیم مطابق با اوصاف مقرر کیفیت را خواهد داشت. در این صورت ارش مطابق با قاعده خواهد بود و به بیع اختصاص نخواهد داشت. این تحلیل با نگاه اقتصادی به حقوق قراردادها هم تناسب دارد که نگارندگان در مقاله دیگری به تحلیل اقتصادی آن پرداخته‌اند. به نظر می‌رسد که ارش قابلیت آن را دارد که به‌عنوان نظریه عمومی مطرح شود. اگر ارش نظریه عمومی باشد، هم موافق عدالت معاوضی و هم تحلیل اقتصادی قرارداد است.

منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، *حائسیه مکاسب*، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۲. ابن بابویه (۱۴۰۶ق)، *فقه الرضا*، مشهد: الفقه الرضوی الموتر العالمی للامام الرضا.
۳. ابن رشد الجد القرطبی، ابوالولید (۱۴۰۸ق)، *المقدمات للمهدات*، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دارالعرب الاسلامی
۴. ابن رشد الحفید القرطبی، ابوالولید احمد بن رشد (۱۴۲۵ق)، *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، جلد سوم، دمشق: دارالکتب العلمیه.
۵. ابن قدامه، ابو محمد (۱۳۸۸ق)، *المعنی ابن قدامه*، جلد چهارم، مکتبه القاهره.
۶. ابن نجیم المصری، زین العابدین بن ابراهیم بن محمد (بی تا)، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، جلد ششم، دارالکتاب الاسلامی
۷. ابن همام، کمال الدین (۱۴۲۴ق)، *شرح فتح القدير على الهدایه شرح بدایه المبتدی*، جلد پنجم.
۸. السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الاثمه (۱۴۱۴ق)، *المبسوط*، جلد سیزدهم.
۹. النووی، ابو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف (بی تا)، *المجموع شرح المهذب*، جلد دوازدهم، دمشق: دار الفکر.
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق)، *المکاسب*، جلد پنجم و ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۱. بحرانی، یوسف (۱۴۰۸ق)، *الحدائق الناظره*، جلد نوزدهم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۲. بروجردی، محمدتقی (۱۴۰۸ق)، *تقرير بحثهای آقا ضیاء عراقی، نهایه الافکار*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی
۱۳. بلخی، شیخ نظام الدین (بی تا)، *الفتاوی الهندیه*، جلد سوم، قاهره: دارالکتب العلمیه.
۱۴. بهوتی، منصور بن یونس (بی تا)، *کشف القناع عن متن الاقناع*، جلد سوم، قاهره: دارالکتب العلمیه.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *فرهنگ عناصر شناسی*، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۶. حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی تا)، *مفتاح الکرامه*، جلد چهارم، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۱۷. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۰ق)، *وسائل الشیعه*، جلد دوازدهم، قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۱۸. خطاب الرعینی المالکی، عبدالرحمن طرابلسی المغربی (بی تا)، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر الخلیل*، جلد چهارم.
۱۹. الخرسی المالکی، محمدبن عبدالله (بی تا)، *شرح مختصر*، جلد پنجم.
۲۰. الدسوقی، محمدبن احمدبن عرفه (بی تا)، *حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر*، جلد سوم، دمشق: انتشارات دارالفکر
۲۱. ذهنی تهرانی، محمدجواد (۱۳۸۸)، *بیان المراد شرح فارسی بر اصول الفقه مرحوم مظفر*، جلد سوم، گنجینه ذهنی.
۲۲. روحانی، سید محمد (۱۳۷۸)، *المرتقی الی الفقه الارقی*، جلد دوم، تهران: دارالجلی.
۲۳. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق)، *المختار فی احکام الخیار، دراسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد والنسیه و القبض*، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
۲۴. سیوطی، مصطفی و الشطی، حسن (۱۳۸۱ق)، *مطالب اولی النهی فی شرح غایه المنتهی*، جلد سوم.
۲۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، *حقوق مدنی*، جلد ششم، تهران: انتشارات مجد.
۲۶. صدر، محمدباقر (۱۴۰۵ق)، *دروس فی علم الاصول*، جلد اول، بیروت: دارالمنتظر.
۲۷. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۷۴)، *ترجمه المیزان*، جلد پنجم، مترجم: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: نشر جامعه مدرسین.
۲۸. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳ق)، *حاشیه المکاسب*، جلد سوم، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث.
۲۹. عاملی (شهید اول) محمدبن مکی (بی تا)، *القواعد والفوائد*، جلد دوم، قم: مکتبه المفید.
۳۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین علی (۱۴۰۳ق)، *الروضه البهیة*، جلد سوم، مؤسسه دارالعالم الاسلامی.
۳۱. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
۳۲. عبدی پور، ابراهیم و ثقفی، علی (۱۳۸۷)، «*ارثش شرط*»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۹.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، *ارشاد الاذهان*، جلد اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳۵. فتوحی حنبلی ابن نجار، تقی الدین (۱۴۱۹ق)، *متمهی الارادات*، جلد دوم، چاپ اول، عربستان: مؤسسه الرساله.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۷. کاسانی حنفی، علاالدین، ابوبکر بن مسعود بن احمد (۱۴۰۶ق)، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، چاپ دوم، دمشق: دارالکتب العلمیه
۳۸. کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۸ق)، *تقریرات بحث خارج اصول میرزای نائینی، فوائد الاصول*، جلد چهارم، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۳۹. مجموعه من المؤلفین (۱۴۲۰ق)، *الموسوعه الفقهیه الکوئتیبه*، جلد بیستم، کویت: دارالسلاسل.
۴۰. محقق اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۰ق)، *حاشیه المکاسب*، جلد چهارم، قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چاپ چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۲. محقق کرکی (ثانی)، علی بن الحسین (۱۴۰۸ق)، *جامع المقاصد*، جلد چهارم، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.
۴۳. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۰۵ق)، *مجمع الفائده و البرهان*، جلد هشتم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۴. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۶ق)، *تحریر الوسیله*، جلد اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۵. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، *البیع*، جلد پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، *مصباح الفقاهه*، به قلم محمدعلی توحیدی، جلد سوم و هفتم، قم: مؤسسه انصاریان.
۴۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، *جواهر الکلام*، جلد ۳۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۸. وحید بهبانی، محمد باقر (۱۴۲۱ق)، *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*، قم: مؤسسه علامه مجدد وحید بهبانی.