

مبانی فقهی - حقوقی خيار ناشی از تجزیه تعهد قراردادی و کارکردهای آن*

□ احمد مرتاضی^۱
□ مهدی صفرخانی^۲

چکیده

یکی از مباحثی که در کتاب‌های فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته، خيار ناشی از تجزیه قرارداد می‌باشد که قانون مدنی ایران هم در مواد ۴۴۱، ۴۴۲ و ۴۴۳ بدان پرداخته است. در این میان، مسئله مهم بررسی مبانی فقهی و حقوقی اثبات کننده این خيار است. به اختصار می‌توان گفت خيار تبعض صفة در جایی است که مثلاً عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد. در این صورت مشتری می‌تواند بیع را فسخ نماید یا به آن راضی باشد و ثمن را نسبت به بخش باطل بیع پس بگیرد. البته باید توجه داشت که این خيار مختص بیع بوده، در تمامی عقود معاوضی جاری است. خيار تبعض صفة دارای دو شرط اساسی می‌باشد. یکی بطلان قسمتی از مبیع و دیگری جهل مشتری به بطلان مذکور در حین معامله. گرچه مبانی متعدد فقهی - حقوقی برای خيار تبعض صفة مطرح

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. استادیار دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول) (a.mortazi@tabrizu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی (m.safarkhani777@gmail.com).

گردیده است، ولی به لحاظ تحقیقی و اثباتی تنها می‌توان از «نظریه عدالت معاوضی» و «نظریه خطر» به عنوان مبانی حقوقی خیار تبعض صفقه و از «مصدق عیب بودن تبعض صفقه»، «مصدق تخلف از شرط ضمنی بودن تبعض صفقه»، «قاعده نفی غرر» و «قاعده لاضرر» نیز به عنوان مبانی فقهی این نوع خیار یاد کرد.

واژگان کلیدی: مبانی، خیار، تبعض صفقه، انحلال، تجزیه قرارداد، فقه امامیه، حقوقی.

۱. مقدمه

اصل در همه تعهدات و عقود این است که طرفین آن به مفادش عمل نمایند و هر تعهد و عقدی به طور ضمنی دربردارنده یک قوه درونی است که طرفین آن را به احترام و پایبندی بدان ملزم می‌سازد؛ به طوری که هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون جلب رضای طرف دیگر، خللی در اجرای آن به وجود آورد و در غیر این صورت، مسئول خواهد بود (علوی عبدلوی، ۲۰۰۰: ۱۰۱/۲). حال اگر خواسته یا ناخواسته به هر دلیلی، تعهد ناشی از قرارداد دچار تجزیه گردیده و بخشی از آن قابل اجرا نباشد، موجب ایجاد حق فسخ برای متعهدله خواهد شد. در واقع، تبعض و تجزیه صفقه از لحظه ظهور موجب تزلزل قرارداد می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۱/۶). در لغت تبعض در اصل از ریشه بعض اخذ شده که به معنای تکه‌تکه شدن آمده است (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۰۶۷/۳؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۵۷۶/۱) و منظور در بحث حاضر، جزء جزء شدن مورد معامله است که منجر به انحلال و تعدد عقد می‌شود. صفقه نیز از ماده صفق است که در اصطلاح به معنای دست به هم زدن است که در معاملات به معنای دست دادن می‌باشد که کنایه از استحکام بیع است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۲۷۲/۵؛ زمخشری، ۱۴۱۷: ۳۳/۳). در اصطلاح نیز تبعض صفقه یعنی اینکه چیزی مورد معامله قرار گیرد، بعد معلوم شود که بعض آن را مستحق است و بعضی دیگر را به جهتی از جهات مستحق نیست و بیع نسبت به بعض باطل می‌باشد (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۸). بنابراین خیار ناشی از تجزیه تعهد و قرارداد در مواردی حاصل می‌شود که بخشی از معامله باطل می‌شود و التزام به رعایت بخش دیگر فرو می‌ریزد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۶/۵).

فقه‌های عامه اعم از شافعیه، حنبلیه، حنفیه و مالکیه نیز این خيار را در شمار خيارات پذیرفته و مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند (زحیلی، بی تا: ۱۹۷/۵). قانون‌گذار ایران نیز در ماده ۴۴۱ ق.م. و در تشریح مجرای خيار تبعض صفقه اظهار می‌دارد:

«خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد. در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است، قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است، ثمن را استرداد کند».

اما باید توجه داشت که بر خلاف ظاهر این ماده، خيار تبعض صفقه ویژه بطلان عقد نسبت به بعض مبیع نیست و در هر مورد که عقد نسبت به بعض منحل شود، قابل اجراست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۵-۳۱۶/۵؛ صفایی، ۱۳۸۴: ۲۹۶)؛ مثلاً وقتی کتاب متعلق به خود را به همراه کتاب دیگری و بدون اذن او بفروشد و مالک معامله فضولی وی را تنفیذ نماید، در این فرض، معامله نسبت به بخشی از مبیع باطل می‌شود.

به هر روی باید توجه داشت که خيار تبعض صفقه مخصوص معاملات معوض می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۴) و فقهای امامیه نیز قائلند که خيار تبعض صفقه در تمامی معاملات معوض اعم از بیع و اجاره و غیره جریان دارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۸۹/۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۱۴۱/۷). در این میان، مسئله مهم واکاوی مبانی نظریه تجزیه قرارداد و عدم بطلان کل معامله به استناد بطلان بخشی از آن و ثبوت حق خيار برای متعهدله از نگاه فقهاء و حقوق‌دانان است که در همین راستا، مورد طرح و بررسی قرار می‌گیرد.

۲. مبانی فقهی ثبوت خيار ناشی از تبعض و تجزیه قرارداد

۱-۲. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر به عنوان مهم‌ترین و پرکاربردترین قاعده، در بسیاری از مسائل فقهی و حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد. این قاعده، جزء قواعد مسلم فقهی و مورد اتفاق فقیهان شیعه (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۰۹/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۸/۱) و سنی (سیوطی، ۱۴۱۱: ۸۳؛ زرقاء، ۱۹۳۸: ۱۶۵) بوده و برگرفته از حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار» می‌باشد که در

جوامع روایی فریقین آمده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۹۲/۵؛ حاکم نیشابوری، ۱۹۹۰: ۶۶/۲). افزون بر روایات، برخی از اندیشمندان اسلامی به آیات قرآنی و دلیل عقلی نیز جهت اثبات حجیت آن استناد جسته‌اند (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰: ۱۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱). در اعتبار و حجیت این قاعده مناقشه‌ای نبوده، اما با توجه به وجود برداشت‌ها و قرائت‌های مختلف می‌بایست مفاد و گستره دلالتی آن مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

در همین راستا باید گفت: معروف‌ترین روایتی که برای این قاعده مورد استناد قرار می‌گیرد، روایت سمرة بن جندب می‌باشد که در ذیل آن جمله «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» دیده می‌شود. در این روایت، زرار از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که فرمودند: سمرة بن جندب در حیاط یک مرد انصاری نخلی داشت و محل سکونت انصاری نیز در کنار درب ورودی بوستان وی بود. سمرة به بهانه سرکشی به نخل خود، هر بار سرزده و بی‌آنکه اذن ورود بگیرد، وارد آنجا می‌شد. انصاری بارها لزوم اذن‌گیری را به وی متذکر شد، اما سمرة نپذیرفت. انصاری نیز وقتی چنین دید، نزد رسول خدا صلی الله علیه و آله آمده، ماجرا را به ایشان تعریف کرد و از او شکایت نمود. حضرت نیز کسی را در پی سمرة فرستاد و او را احضار نمود و شکایت انصاری را به وی بازگفت و به او فرمود: از این پس هر وقت می‌خواهی وارد بوستان شوی، از انصاری اجازه بگیر، اما سمرة همچنان خودداری کرد. حضرت رسول صلی الله علیه و آله این بار پیشنهاد خرید نخل را به سمرة داد و هر چه بهای آن را نیز بالا برد، او نپذیرفت. حتی به او فرمود: نخلی در بهشت به تو می‌دهم، باز او نپذیرفت. پیامبر صلی الله علیه و آله در نهایت به انصاری فرمود: «اذهب فאלعها و ارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار» (کلینی، ۱۳۸۸: ۲۹۲/۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷/۷)؛ برو نخل را بکن و به سوی او بینداز؛ زیرا ضرر و ضراری نیست.

فقیهان شیعه و سنی قرائت‌های مختلفی از این حدیث و قاعده دارند که به چهار برداشت و قرائت رایج اشاره می‌گردد:

۱-۲. مشهور فقهای امامیه از جمله شیخ انصاری بر این باورند که منظور از این قاعده، آن است که حکم ضرری در دین اسلام وجود ندارد. به عبارت دیگر، هر حکم تکلیفی و وضعی که از ناحیه شارع صادر می‌گردد، اگر مستلزم ضرر باشد، آن حکم برداشته شده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۵؛ انصاری، ۱۴۱۶: ۵۳۴/۲). مطابق این قرائت از قاعده

لاضرر در بیع و دیگر معاملات معاوضی منجر به تجزیه و تبعض، حکم وضعی لزوم به عنوان اصل اولی در قراردادها برداشته شده و پابندی به مفاد آن الزامی نخواهد بود؛ چرا که اساساً حدوث تبعض و تجزیه، مصداق نقص بوده (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۹/۵)، بلکه اتمّ مصادیق آن است و به اذعان لغت‌دانان، نقص معنای موضوع‌له ضرر می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۷/۷؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۲۲/۷). اما مسئله مهم این است که آیا با استفاده از این قرائت می‌توان حکم به ثبوت خیار تبعض صفقه برای طرف متضرر از تبعض نمود؟ در فرایند تجزیه قرارداد، اتفاقی که می‌افتد این است که بخشی از موضوع قرارداد، از متعلق عقد بودن خارج می‌گردد و در پی آن، تقلیل ثمن نسبت به بخش خارج شده، به صورت قهری رخ می‌دهد. اما مطابق قاعده انحلال (مراغی، ۱۴۱۷: ۷۰/۲)، پابندی به قسمت باقی‌مانده از معامله لازم است. حال باید توجه داشت که چون این حکم وضعی لزوم، مستلزم تحمل ضرر است، از این رو باید به استناد قاعده لاضرر برداشته شود و وقتی لزوم پابندی بدان برداشته شود، فرد متضرر، حق فسخ بخش باقی‌مانده از کل قرارداد را پیدا می‌نماید؛ یعنی خیار ناشی از تجزیه قرارداد است. اما باید دانست که علم و آگاهی اولیه فرد به تبعض و منتهی شدن قرارداد به تجزیه و انحلال، حق فسخ و خیار ناشی از تبعض صفقه را برای طرف آگاه به دنبال نخواهد داشت (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۲۷/۹؛ امامی، ۱۳۳۴: ۵۱۹/۱). قانون مدنی در ماده ۴۴۳ به این امر تصریح کرده است:

«تبعض صفقه وقتی موجب خیار است که مشتری در حین معامله عالم به آن نباشد، ولی در هر حال، ثمن تقسیط می‌شود».

به هر روی، تبعض موجب نقص، و نقص عامل ضرر، و ضرر نیز سبب رفع لزوم و به دیگر سخن، ثبوت خیار می‌باشد و بدین ترتیب قاعده لاضرر با قرائت مشهور فقیهان می‌تواند مبنای ثبوت خیار ناشی از تبعض و تجزیه قرارداد به شمار آید.

۲-۱. محقق خراسانی معتقد است که در جمله لاضرر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع که نظایر آن در اخبار به وفور دیده می‌شود. بر اساس این نظریه، وقتی موضوع ضرری نبوده، بلکه فقط حکم ضرری باشد، در این صورت، قاعده لاضرر شامل آن نخواهد شد؛ چرا که در فرض مسئله، موضوع منشأ ضرر نیست تا

حکمش برداشته شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱) و با توجه به اینکه در معامله منجر به تبعض، خود معامله به عنوان موضوع، منشأ ضرر نبوده بلکه حکم وضعی لزوم و دستور شارع به پایبندی بدان، سبب ضرر است. از این رو، قاعده لاضرر با رویکرد صاحب کفایه نمی‌تواند مبنای خیار تبعض صفقه قلمداد گردد.

۲-۱-۳. مراغی و شریعت اصفهانی معنای «لا» را در جمله «لا ضرر ولا ضرار»، نفی حقیقی ماهیت و طبیعت شیء گرفته و بر این اعتقادند که «لا» در اینجا مجازاً به معنای نهی است و مفاد آن، نهی از اضرار به غیر می‌باشد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۱/۱؛ شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۶). طبق این برداشت از قاعده، اضرار به غیر به هر نحوی که باشد، حرام و مورد نهی است و قاعده لاضرر فقط اثباتگر حکم تکلیفی بوده و هیچ حکم وضعی را در پی ندارد و با عنایت به اینکه ثبوت خیار، جزء احکام وضعی است، قاعده لاضرر با این قرائت نیز نمی‌تواند مبنای ثبوت خیار تبعض صفقه گردد.

۲-۱-۴. طبق نظریه فاضل تونی، ضرر به معنای ضرر غیر متدارک استعمال شده و به عبارت دیگر، قاعده بیانگر آن است که ضرر غیر متدارک و جبران‌نشده در اسلام وجود ندارد. ایشان قائلند که شارع مقدس با حدیث لاضرر، افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۱۹۴). تبعض معامله، چه از جهت وقوع شراکت قهری و یا به لحاظ حاصل نشدن مطلوب و غرض متعاملین از معامله دستیابی به مجموع عوض، باعث ضرر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۵) و از سوی دیگر، هر ضرری باید جبران و تدارک شود. بهترین راه برای جبران این ضرر وارده، اعطای حق فسخ قرارداد و فرار از تحمل ضرر یادشده است که به معنای ثبوت خیار تبعض صفقه می‌باشد.

شایان ذکر است که فقهای عامه، دیدگاهی مرکب از نظریه شیخ‌الشریعه و فاضل تونی را برگزیده‌اند؛ بدین معنا که معنای حدیث لاضرر را «نهی تحریمی از اضرار» و «لزوم جبران در صورت زیان‌رسانی» می‌دانند و از این رو، همگی این قاعده را با عنوان «الضرر یزال» مطرح نموده (سبکی، ۱۴۱۱: ۵۱/۱؛ سیوطی، ۱۴۱۱: ۸۳) و به استناد حدیث لاضرر و این قاعده مستخرج از آن، ایراد ضرر به دیگری را به لحاظ تکلیفی حرام، و به لحاظ وضعی، سبب ضمان می‌دانند. سیوطی، فقیه شافعی قرن دهم، در این رابطه می‌نویسد:

«بسیاری از ابواب فقهی بر این قاعده مبتنی است؛ از جمله رد به خاطر عیب، همهٔ خيارات اعم از خيار ناشی از تخلف وصف، فریب، افلاس و نظایر آن... قصاص، حدود، كفارات، ضمان متلف و...» (سیوطی، ۱۴۱۱: ۸۴).

۲-۲. قاعده انحلال

طبق نظر فقها، این قاعده مختص عقود نبوده و ایقاعات را نیز شامل می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷: ۷۰/۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۶۵/۳). مفاد قاعدهٔ انحلال این است که یک عقد واحد به یک عقد صحیح و یک عقد باطل یا یک عقد صحیح و یک عقد غیر نافذ تبدیل می‌گردد که این نوع دوم نیز در نهایت با عدم تجویز و تنفیذ مالک اصلی باطل می‌شود. برای نمونه، چنانچه فردی خانه‌ای را بفروشند، اما بعد معلوم شود که قسمتی از آن، ملک خود فروشنده نبوده و صاحب آن قسمت معامله را تنفیذ نکند، در این صورت معامله نسبت به سهم فروشنده صحیح و لازم شده و نسبت به سهم غیر، باطل می‌گردد و بدین ترتیب مورد معامله، تبعض می‌یابد (مراغی، ۱۴۱۷: ۷۰/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۸۳/۲). باید توجه داشت که موضوع معامله باید دارای دو یا چند جزء باشد. اما اگر مورد معامله، مشترک نباشد؛ یعنی مال یک فرد واحد باشد و مالک اصلی هم معامله را تنفیذ نکند، معامله کلاً باطل گردیده و قاعده انحلال شکل پیدا نمی‌کند (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۵۹/۱).

دکتر امامی در این رابطه می‌نویسد:

«از نظر تحلیلی، عقد واحد به اعتبار مورد، ممکن است قابل انحلال به عقود متعدده باشد و آن در دو مورد است: یکی آنکه مبیع در خارج متعدد باشد چنان که هر گاه کسی خانه و باغی را به دیگری بفروشد و خانه متعلق به غیر درآید و دیگر آنکه مبیع در خارج، واحد است ولی از نظر حقوقی قابل تجزیه می‌باشد و چنان که کسی خانه‌ای را بفروشد و نصف مشاع آن متعلق به غیر درآید» (۱۳۳۴: ۵۱۷/۱-۵۱۸).

از اینجا نیز روشن می‌گردد که علت انحلال و تبعیض، منحصر به مورد خاصی نبوده و حتی تلف جزء مبیع نیز می‌تواند عامل تجزیه تعهد و قرارداد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۶/۵).

با این توضیح روشن گردید که مفاد قاعدهٔ فقهی انحلال، با نظریهٔ حقوقی

(تجزیه‌پذیری تعهد) همسو می‌باشد؛ چرا که حقوق دانان نظریه تجزیه‌پذیری عقد و تعهد را به «عدم سرایت بطلان جزئی از قرارداد و تعهد به کل، و بقای جزء صحیح بر لزوم خود» تعریف کرده‌اند (انور سلیم، ۱۹۹۴: ۱۰؛ دلیمی، ۱۹۹۸: ۱۳۵). نظریه حقوقی تجزیه‌پذیری تعهد، مورد پذیرش کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ (مصوب ۱۹۸۰) نیز می‌باشد و این رویکرد با دقت در مواد ۵۱ و ۷۳ آن آشکار می‌گردد. طبق این کنوانسیون، تبعض و تجزیه در تعهد قراردادی، موجب بطلان کل قرارداد نشده، بلکه برای متعهدله ایجاد حق فسخ می‌نماید؛ با این تفاوت که این اختیار فسخ نسبت به همان بخش عمل نشده و منتج به تجزیه، قابل اعمال است؛ بر خلاف فقه و حقوق اسلامی، طرف زیان‌دیده این حق را نسبت به کل قرارداد خواهد داشت ولی به هر حال، هم فقه و حقوق اسلامی و هم کنوانسیون یادشده، قابلیت تجزیه تعهد و قرارداد و انحلال آن به دو تعهد را پذیرفته‌اند. بند اول ماده ۷۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مقرر می‌دارد:

«۱- در مورد قرارداد تسلیم کالا به نحو اقساط به دفعات، چنانچه قصور یکی از طرفین نسبت به اجرای هر قسط، متضمن نقض اساسی قرارداد در رابطه با آن قسط باشد، طرف دیگر در رابطه با آن قسط اختیار اعلام فسخ دارد».^۲

بر این اساس، در قراردادهایی که تعهد طرف قرارداد به طور پی‌درپی و به دفعات متعدد اجرا می‌گردد، اگر طرف متعهد مرتکب نقض اساسی در اجرای یکی از این تعهدات خود شود، طرف مقابل حق خواهد داشت که قرارداد را در بخش مربوط به آن تعهد فسخ نماید. به دیگر سخن، ارتکاب نقض اساسی توسط طرف متعهد در اجرای یکی از مراحل، به طرف متضرر حق خواهد داد نسبت به آن بخش از تعهد نقض شده، قرارداد را فسخ نماید (صفایی، ۱۳۸۴: ۲۶۳). بند ۱ ماده ۵۱ کنوانسیون فوق نیز اظهار می‌دارد:

1. CISG.
2. (1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

«در صورتی که بائع تنها قسمتی از کالا را تسلیم کند یا تنها قسمتی از کالای تسلیم شده، مطابق قرارداد باشد، مواد ۴۶ تا ۵۰ نسبت به بخشی که تسلیم نشده یا منطبق با قرارداد نیست، اعمال خواهد شد»^۱.

تعهد در دو صورت از قابلیت تجزیه و تبعیض برخوردار نیست. برخی از حقوق دانان دیگر کشورهای اسلامی نیز به تجزیه ناپذیری این دو قسم از تعهدات و التزامات اذعان کرده و می نویسند:

«اسباب عدم قابلیت تجزیه تعهد عبارتند از اینکه: الف) طبیعت موضوع، قابلیت تجزیه نداشته باشد؛ ب) از هدفی که طرفین بدان اشاره می کنند، آشکار گردد که اجرای تعهد به صورت متجزی مدنظر نمی باشد تا قصد طرفین به آن انصراف داشته باشد» (سنهوری، ۲۰۰۹: ۳/۳۶۱-۳۶۲).

حال، برخی از محققان به صراحت خيار تبعض صفقه را اثر (قاعده انحلال) دانسته (لطفی، ۱۳۹۳: ۹۱) و به ظاهر معتقدند که «قاعده انحلال»، منشأ خيار تبعض صفقه می باشد. در واقع «انحلال»، علت تبعض صفقه بوده و به اجماع فقیهان به خاطر اینکه رضای طرفین، به معاوضه مجموع با مجموع تعلق یافته بود، در موارد وقوع انحلال در عقد، خيار تبعض صفقه برای جبران عدم حصول مطلوب طرفین جریان پیدا می کند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳/۱۷۴-۱۷۵). اما این بدان معنا نیست که مبنای ثبوت خيار تبعض صفقه، قاعده انحلال است؛ چرا که مقتضای قاعده نامبرده، تنها این است که در صورت وقوع انحلال و تبعض، عقد و ایقاع رخ داده نسبت به قسمت صحیح، لازم الاتباع بوده و بطلان قسمت دیگر، به قسمت صحیح سریان نمی یابد تا موجب بطلان آن نیز بگردد. فراتر از این، بعضی از فقیهان ضمن مخالفت با حجیت قاعده انحلال، بر این اعتقادند که «لازمه حقیقی انحلال، عدم ثبوت خيار تبعض صفقه است» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۹۷). امام خمینی در جای دیگر می نویسند:

«حق این است که خيار تبعض صفقه، یک خيار عقلایی و مستقل بوده و در مقابل

1. (1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.

خیار شرط و همانند آن قرار دارد؛ نه اینکه به تعدد عقود بازگشت داشته و مبتنی بر انحلال باشد» (همان: ۳۶۷/۴).

بنابراین قاعده انحلال اثباتگر خیار تبعض صفقه نمی‌باشد.

۲-۳. مصداق عیب بودن تبعض صفقه

از دیگر مبانی فقهی مطرح برای اثبات و ایجاد خیار تبعض صفقه، مصداق عیب بودن تبعض صفقه می‌باشد. برخی از فقها خیار تبعض صفقه را خیار مستقلاً نمی‌دانند، بلکه عنوان دیگری از خیار عیب است که به دلیل صدق عیب بر تبعض صفقه و تجزیه قرارداد ایجاد می‌گردد. از جمله شیخ انصاری نه تنها باب مجزایی برای خیار تبعض صفقه نگشوده، بلکه با صراحت تمام، تبعض صفقه بر بایع را جزء عیب‌های حادث می‌داند که مانع از فسخ قرارداد به استناد عیب قدیم می‌گردد (۱۴۱۵: ۳۰۸/۵). محقق کرکی در مسئله تعذر موقتی تسلیم بعض مبیع در بیع سلم، و در شرح علت مخیر بودن مشتری بین سه گزینه «فسخ کل» و «فسخ جزء متعذر» و «صبر تا رفع عذر» می‌نویسد:

«علت جواز فسخ کل این است که تبعض صفقه، عیب می‌باشد و با اینکه مبیع در بیع سلم مذکور، مجموع بوده، اما تحویل مجموع متعذر گردیده است» (۱۴۱۴: ۲۳۷/۴).

شهید ثانی نیز در ذیل همان مسئله می‌نویسد:

«علت حق فسخ کل، این است که مشتری بتواند از تبعض صفقه که نوعی عیب است، فرار کند؛ چرا که موضوع سلم، مجموع بوده و فرض بر این است که تسلیم آن متعذر گشته است» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۳۲/۳).

برخی از فقیهان عامه نیز از تبعض و تفرق صفقه، با عیب تعبیر کرده‌اند (ابن عابدین

حنفی، ۱۴۲۱: ۱۴/۸). دکتر وهبه زحیلی راه میانه‌ای را انتخاب نموده و می‌نویسد:

«مال غیر درآمدن بعض مبیع، گاه عیب به حساب آمده و موجب معیوب شدن بخش باقی‌مانده می‌شود؛ مانند اینکه ماشینی را از فردی خریداری کرده، ولی معلوم شود که بخشی از آن، متعلق به دیگری است. اما در برخی مواقع، موجب معیوب قلمداد شدن بعض باقی‌مانده نمی‌شود؛ مثل اینکه دو ماشین را از یک فردی خریداری کند و

سپس یکی از آن دو، مستحق للغیر درآید» (بی تا: ۴۳۹۶/۶).

کاتوزیان نیز گرچه نهایتاً به غیریت خیار تبعض صفقه از خیار عیب قائل شده است که ارتباط دو خیار عیب و تبعض صفقه انکارناپذیر است (۱۳۸۷: ۳۲۹/۵).

اکثر فقها در مورد تعریف و ماهیت عیب چنین بیان گفته‌اند:

«عیب به معنای نقص از مرتبه صحت بوده و صحت، حد واسط بین نقص و کمال می‌باشد» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۱۳/۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۱۷۳/۲).

حقوق دانان نیز برای عیب، تعاریفی بیان کرده‌اند؛ از جمله:

«عیب، نقصی است که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف آن بکاهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۹/۵).

هر کالایی فایده و مصرفی دارد که به منظور استفاده از آن، مورد معامله قرار می‌گیرد و از این رو، نقصی که فایده مطلوب کالا را از بین ببرد یا از آن فایده بکاهد، به گونه‌ای که اگر خریدار آگاه می‌شد، از معامله صرف نظر می‌کرد یا بهای کمتری می‌پرداخت. عیب به حساب می‌آید. شیخ انصاری با تأیید تعریف علامه حلی از عیب (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۲/۲)، بهترین تعریف را چنین ارائه می‌کند:

«عیب عبارت است از هر گونه نقصان یا زیادتی در عین که در عادت تجار و بازرگانان، موجب نقصان مالیت و ارزش آن می‌شود» (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۶۳/۵).

اینک باید اسباب وقوع تجزیه در قرارداد را مورد طرح و بررسی قرار داد تا با تطبیق آنها بر معنای عیب، صحت یا نادرستی نظریه عیب بودن تبعض اثبات گردد. اسباب وقوع تجزیه در قرارداد عبارتند از: «مستحق للغیر درآمدن» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۴۸/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۲۸)، «منفعت عقلایی نداشتن» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۰/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۷/۳؛ امامی، ۱۳۳۴: ۱۷۲/۱)، «نامشروع بودن» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۷۸/۲) و «متعذر بودن تسلیم» بعض مبیع (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۵۶/۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۹۲/۴). قانون مدنی نیز در ماده ۲۱۵ مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مالیت

داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» و در ماده ۳۴۸ نیز تصریح می‌کند:

«بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت



عقلایی ندارد یا چیزی که با بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است؛ مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد».

بنا بر ماده مزبور، مورد معامله باید منفعتی داشته باشد که جامعه و عقلا آن را بپذیرند؛ گرچه آن منفعت ناچیز باشد و تفاوتی نمی‌کند که متعهدله بتواند از آن منتفع شود و یا نتواند (امامی، ۱۳۳۴: ۱/۲۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۹۵). حال باید گفت: واضح است که حذف شدن قهری قسمتی از مورد قرارداد، منجر به وقوع نقص در موضوع معامله گردیده و نتیجه «نقصان» نیز حدوث «عیب» در متعلق معامله است. به دیگر سخن، وقتی فردی معامله‌ای می‌کند، انتظار دارد مبیع را به همان نحو که در معامله در مقابل ثمن قرار گرفته، تحویل بگیرد؛ در صورتی که این اتفاق نیفتاده است. بنابراین می‌توان گفت صرف تبعض یافتن مبیع، خود در معاملات عیب محسوب می‌شود؛ چرا که موجب نقص در منفعت می‌شود؛ به این بیان که خریدار، قصد استفاده از منفعت تمام مبیع را کرده بود، حال آنکه این غرض، حاصل نشده و نقصان در منفعت اتفاق افتاده است. پس بی‌تردید به لحاظ موضوع شناختی، تبعض و تجزیه قرارداد عیب است؛ اما تفاوت‌های بنیادین عیب و تبعض صفقه و خيار ناشی از آنها باعث شده است تا خيار تبعض صفقه به عنوان حق فسخ مستقلی مطرح شوند؛ چرا که عیب در تبعض صفقه اعتباری بوده و از طرفی فرد نمی‌تواند مانند خيار عیب اگر خواست کل مبیع را نگه دارد و ارش بگیرد؛ چون تبعض مبیع کلاً از دست رفته است و در حکم تلف به حساب می‌آید. بنابراین اگرچه مصداق عیب بودن تبعض صفقه درست باشد، باید در مقام ثبوت خيار، نقص‌های مادی و اعتباری را از عیوب متعارف در خيار عیب جدا کرد؛ چرا که این دو دارای آثار متفاوتی مانند نافذ بودن تمام عقد در خيار عیب و نافذ نبودن بخش باطل عقد در خيار تبعض صفقه می‌باشند که این امر در قانون مدنی مراعات شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵/۳۳۰). در واقع نقصی که مؤثر در مصرف و انتفاع باشد، عیب محسوب می‌شود؛ اگرچه مقصود از عیب، آن عیب مصطلح در خيار عیب نباشد، اما عرف نقص در مصرف و انتفاع را نیز از مصادیق عیب به حساب می‌آورد. بنابراین یکی از مبانی خيار تبعض صفقه، مصداق عیب بودن آن می‌باشد که از جهت «نقص وصفی» نشئت می‌گیرد.

۴-۲. قاعده نفی غرر

یکی دیگر از مبانی فقهی که برای خیار تبعض صفت ادعا شده، غرری بودن تبعض یافتن مورد معامله می‌باشد. بر این پایه، قاعده نفی غرر می‌تواند مبنای ثبوت خیار تبعض صفت قلمداد گردد. محقق تبریزی پس از دسته‌بندی خیارات به دو نوع «شرعی» و «امضایی» و برشماری خیار تبعض صفت در زمره خیارات امضایی، جهت ثبوت این خیار را رفع غرر اعلام داشته‌اند (۱۴۱۶: ۲۷۷/۳). عمید زنجانی نیز در این رابطه می‌نویسد:

«حکم به خیار تبعض صفت به خاطر آن است که ظاهر عقد، آن بوده که عاقد، تمام متعلق عقد را می‌پردازد و هنگامی که خلاف آن ظاهر شد، موجب نوعی غرر است که این غرر با خیار فسخ جبران می‌گردد. حکم به خیار تبعض صفت به لحاظ ارتباط اجزای متعلق نبوده است؛ وگرنه می‌بایست حکم به بطلان می‌گردید» (۱۳۹۲: ۱/۳۱۵).

در مقابل، برخی بر این باورند که چون ثبوت خیار در یک معامله، به حکم شارع بوده و به اصطلاح، حکم شرعی است، بنابراین ثبوت خیار به هیچ وجه نفعی در برداشته شدن غرر و رفع موضوع غرر ندارد؛ چه اینکه موضوعات خارجی (مثل غرر) با حکم شرعی (مثل خیار) برداشته نمی‌شوند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۴/۵).

بسیاری از فقها و حقوق‌دانان برای اثبات برخی از احکام مربوط به عقود، بدین قاعده استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۵/۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۸۳/۲ و ۱۸۷: ۱۳۳۴: ۱۱/۲). شایان ذکر است که اکثر لغت‌شناسان، خود واژه «غرر» را به معنای «خطر»، و غرر به معنای مصدری‌اش را که در زبان فارسی به صورت «غرری» آورده می‌شود، به معنای «در معرض تباهی و هلاکت قرار گرفتن» آورده‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۴۵/۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۴/۵). بنابراین از نظر لغوی، غرر به چیزی گفته می‌شود که خطری در آن وجود داشته باشد. بر این مبنا، بیع غرری نیز عبارت از بیعی می‌شود که در آن، یکی از عوضین در خطر بوده؛ یعنی در شرف هلاکت و در معرض تلف باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۸۹). ناگفته نماند که غرر در برخی موارد، ناشی از جهل است؛ اما این بدان معنا نیست که جهل و غرر همیشه ملازم یکدیگرند (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۲۷/۳) و صرف اینکه غرر در بعضی مصادیق، ملازم با جهل است، موجب

نمی‌شود که آن دو عنوان را یکی دانسته (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۹۷/۳) یا تحقق غرر بدون وجود جهل را ناممکن قلمداد نمود. از بیع غرری به بیع خطری یا بیع ضرری هم نام می‌برند (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۶۸/۲). بنابراین بیع غرری در اصطلاح فقه عبارت است از اینکه مبیع یا ثمن در موضع خطر باشد؛ یعنی در شرایطی قرار بگیرد که عرفاً و عادتاً احتمال تلف آن می‌رود (نراقی، ۱۴۱۷: ۹۳). البته این بدان معنا نیست که مطلق خطر و ضرر، مصداق غرر در معامله است، بلکه غرری شدن بیع وقتی رخ می‌دهد که ضرر و خطر، ناشی از خود معامله باشد؛ نه از سوی امر خارجی مثل تهدید و ضرب و شتم یکی از طرفین، و در یک کلام، از آن به «ضرر معاملی» تعبیر می‌شود (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۶۸/۲).

نکته قابل توجه دیگر اینکه غرر بر دو نوع است: مسامحی و غیر مسامحی، و از میان این دو، تنها غرر غیر مسامحی و غیر قابل گذشت است که موجب اخلال در قرارداد می‌شود (عاملی، بی‌تا: ۱۳۸/۲). خود غرر غیر مسامحی نیز بر دو نوع است:

نخست، غرر ناپایدار و قابل رفع که با اختیار برداشته می‌شود؛ برای مثال، گرچه جهل به قیمت با وجود علم به اوصاف ذاتی و اساسی عین، فی‌الجمله موجب غرر است، اما این غرر، با اختیار غبن برداشته و جبران می‌شود (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۰۳؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۳۸۵ و ۳۹۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۵/۳) و به اذعان برخی، اساساً تنها دلیل ثبوت خیار غبن، نفی غرر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۶/۲) و علاوه بر این، رفع غرر مبنای ثبوت خیار رؤیت و تخلف وصف نیز اعلام شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۱/۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ۷۲/۳).

دوم، غرر پایدار که ناشی از عدم علم به «وجود موضوع معامله» یا «وصف ذاتی و اساسی آن» یا ناشی از «عدم قدرت بر تسلیم» بوده و موجب بطلان قرارداد می‌شود و به همین سبب از آن به «غرر مبطل» (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۴۷/۲) نیز یاد می‌کنند. بدین ترتیب ملاک در ناپایدار و غیر مبطل بودن غرر، آن است که با وجود غیر مسامحی بودنش، موجب «جهل به عین» نشود (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۵/۳) و در مقابل، مناط پایدار و مبطل بودن غرر نیز این است که موجب «جهل نسبت به عین» شود (همان) و به عبارت دقیق‌تر، برخلاف یکی از سه اصل: لزوم «علم به وجود عوضین»، «قدرت بر تسلیم و تسلیم» و «علم به مقدار، جنس و وصف عوضین» باشد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰/۲؛ همدانی، ۱۴۲۰:

۳۹۰). البته این امر غالباً ناشی از جهل به اوصاف ذاتی عوضین است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۵/۳) و از این روست که گفته می‌شود:

«علم به اوصاف ذاتی و اساسی موضوع تعهد، شرط صحت عقد است؛ منتها گاه این وصف، "جنس مورد معامله" است و گاه در چهره "وصف" یا "مقدار آن" جلوه‌گر می‌شود... و باید معلوم شود تا "غرر" از بین برود» (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۸۴/۲ و ۱۸۷).

صاحب *انوار الفقاهه* ضمن ایجاد مترادف بین غرر و ضرر معتقد است که عقد غرری و ضرری بر دو نوع است؛ با این توضیح که اگر ضرر و غرر به (ذات عقد) بازگشت نماید، موجب بطلان آن شده و چنانچه به «وصف لزوم عقد» وارد گردد، تنها سبب بطلان آن صفت لزوم شده و با ثبوت خیار، مثل خیار غبن و شرکت جبران می‌گردد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲۸-۱۲۹).

به هر روی، آنچه در این بین باید مورد دقت قرار بگیرد این است که اولاً: مراد اندیشمندان اسلامی از قاعده نفی غرر، قاعده ناظر بر هر دو غرر مبطل و غیر مبطل می‌باشد و صحت این ادعا از استنادهای ایشان به قاعده یادشده، در بحث مبنای خیار غبن (اراک، ۱۴۱۵: ۱۴۶/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۶/۲) و شروط عوضین در بیع (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۹/۴) و سایر مسائل متعدد روشن می‌گردد. ثانیاً: بدیهی است که مراد مدعیان مبنا بودن قاعده نفی غرر برای ثبوت خیار تبعض صفقه، قاعده ناظر بر غرر مبطل نیست، بلکه مقصود ایشان غرری است که غیر مبطل و موجب ثبوت خیار باشد. از این رو، نیازی به مقارنه و تطبیق بین «اثر تبعض صفقه» با سه اصل یادشده نیست؛ چرا که نتیجه اثبات تخالف تبعض صفقه با هر کدام از اصول سه‌گانه فوق، «وقوع غرر مبطل» و در نهایت، حکم به «بطلان قرارداد تجزیه‌شده و منجر به تبعض» خواهد شد که این هم خلاف مطلوب مدعیان مبنا بودن قاعده نفی غرر برای ثبوت خیار تبعض صفقه را ثابت خواهد کرد. پس آنچه باقی می‌ماند بررسی این مسئله است که آیا ملاک در غرر ناپایدار منجر به ثبوت خیار، در تبعض صفقه نیز وجود دارد یا نه؟

بی‌تردید داور در تعیین مصادیق خطر و غرر و در معرض خطر قرار گرفتن موضوع معامله، عرف عقلاء است و به اذعان عرف، تبعض و تجزیه قرارداد هم از مصادیق مسلّم در معرض خطر و غرر قرار دادن مورد معامله می‌باشد. شاهد این مدعا علاوه بر

وجدان، اختصاص مواد ۵۱ و ۷۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰)، به ثبوت خیار ناشی از تبعض و تجزیه قرارداد است که با حضور نمایندگان ۶۲ کشور با نظام‌های اقتصادی، سیاسی و حقوقی مختلف به تصویب رسیده است. اما با توجه به اینکه این غرر و خطر ایجاد شده، به ذات عقد بازگشت ندارد، مبطل کل آن نبوده بلکه تنها حق فسخ را برای فرد متعهدله به دنبال می‌آورد تا با استفاده از آن، خطر و غرر به بارآمده را از خود دور ساخته و رفع نماید. حاصل سخن اینکه اگر خیار همچون خیار مجلس و حیوان، جزء اختیارات شرعی و مجعول شارع باشد، نمی‌تواند در ثبوت یا سقوط غرر نقشی داشته باشد، اما اگر در زمره اختیارات غیر تأسیسی و به جعل غیر شارع باشد، در رفع غرر مؤثر خواهد بود، مگر اینکه همانند جعل خیار شرط در بیع عین مجهول، در موردش اجماع بر خلاف وجود داشته باشد (رشتی گیلانی، ۱۴۰۷: ۶۰۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۷۷/۳). بنابراین با توجه به اینکه خیار تبعض صفقه، جزء اختیارات امضایی و غیر شرعی بوده (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۷۷/۳) و به داوری عرف، تبعض و تجزیه قرارداد هم از مصادیق مسلم در معرض خطر و غرر قرار دادن موضوع معامله است، بنابراین رفع غرر حاصل از تبعض، مبنایی برای ثبوت خیار تبعض صفقه خواهد بود.

۲-۵. مصادق تخلف از شرط ضمنی بودن تبعض صفقه

محقق نائینی و پیروان وی، مبنای ثبوت خیار تبعض صفقه را تخلف از شرط ضمنی «انضمام» دانسته و معتقدند که چون طرفین بیع، به صورت ضمنی شرط می‌کنند که کل مبیع به وصف اجتماع و انضمام، در مقابل مجموع ثمن قرار می‌گیرد، لذا در صورت وقوع تجزیه در قرارداد، طرف معامله، خیار تبعض صفقه که عبارت دیگری از خیار تخلف شرط است، خواهد داشت (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۴-۵۵؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۹۴/۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۳/۲). در مقابل، آن‌چنان که پیشتر گذشت، برخی حقوق‌دانان تصریح به قابلیت تجزیه و تبعض را لازم ندانسته و در جایی که موضوع تعهد، نقل حق عینی باشد، اصل را بر تجزیه‌پذیری گذارده و معتقدند که طرفین می‌توانند بر تجزیه‌ناپذیری تعهد و به عبارت دیگر، عدم امکان تبعض و تجزیه توافق نمایند و از آن با عنوان «عدم

تجزیه‌پذیری توافقی یا قراردادی» نام می‌برند (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۳/۳۶۵). به هر روی، شهید سیدمحمدباقر صدر، ارجاع همهٔ اختیارات از جمله خیار تبعض صفت را به «خیار تخلف شرط» و ارجاع این خیار به «شرط خیار» را مبنای مکتب نائینی در اختیارات معرفی می‌نماید (صدر، ۱۴۰۸: ۴/۵۷۹-۵۸۰).

مطابق این نظریه، هر بیعی دارای یک شرط ضمنی و غیر مصرح است و آن عبارت است از «لزوم حفظ مقدار مالیت» (همان: ۴/۵۸۰) و با توجه به اینکه خیار تخلف از شرط، جزء اختیارات پایه و مسلم است، از این رو چنانچه به نحوی نسبت به این شرط ضمنی، تخلف صورت پذیرد، معاملهٔ واقع شده به استناد خیار تخلف شرط، قابل فسخ خواهد شد. بر این مبنا، با توجه به اینکه عقد واقع بر مجموع، به صورت ضمنی دارای چنین شرطی است: «این قرارداد، به شرط انضمام یک جزء از این کل به جزء دیگر منعقد می‌گردد»، در نتیجه، هر گاه بنا بر دلیلی مثل مستحق‌الغیر درآمدن یک جزء یا نداشتن مالیت شرعی، بخشی از موضوع معامله، مورد نقض و تخلف قرار بگیرد، عملاً تخلف از شرط رخ داده و فرد متعهدله خیار تخلف شرط پیدا می‌نماید و از این رو گفته می‌شود که مرجع خیار تبعض صفت، خیار تخلف از شرط است (حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۱/۲۶۶).

محقق خوبی در این رابطه می‌نویسد:

«هر گاه فردی دو من گندم بفروشد و معلوم شود که یک من از آن خاک است، به نحوی که به یکی از آن دو، عنوان خاک و بر دومی، عنوان گندم صدق نماید، صحت کل بیع وجهی نخواهد داشت و مشتری "خیار تخلف از شرط انضمام" و "تبعض صفت" خواهد داشت؛ به ویژه در جایی که هیئت اجتماع و انضمام، در مالیت مبیع یا غرض مشتری دخیل و مؤثر باشد» (موسوی خوبی، بی‌تا: ۷/۱۹۴).

۳. مبانی حقوقی ثبوت خیار ناشی از تبعض و تجزیه قرارداد

۱-۳. اصل عدالت معاوضی

عدالت معاوضی جزء مبانی حقوقی ادعاشده برای ثبوت حق فسخ در نتیجهٔ تبعض و تجزیهٔ صفت می‌باشد. دکتر حیاتی در این رابطه می‌نویسد:

«مبنای خیار تبعض صفقه، اصل عدالت معاوضی در قراردادهای و قاعده‌ی لاضرر است» (۱۳۹۲: ۴۸۴).

کاتوزیان نیز در این باره می‌نویسد:

«می‌دانیم که پاره پاره شدن عقد در هیچ عقد معاوضی روا نیست و حفظ تعادل اقتصادی قرارداد ایجاب می‌کند که در مجموعه مورد نظر اخلاص نشود» (۱۳۸۷: ۳۲۳/۵).

وی در ادامه و در شرح مبنای خیار تبعض صفقه می‌نویسد:

«دلیل عمده خیار، جلوگیری از ضرر ناروای طرفی است که معامله به زیان او پاره پاره شده است؛ برای این است که تعادل اقتصادی دو عوض بر هم نخورد و هدف از تراضی بیهوده و عاطل نماند» (همان: ۳۲۴/۵).

در اینجا لازم می‌نماید که عدالت معاوضی به عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی حقوقی ایجاد خیار تبعض صفقه مورد بررسی قرار داده می‌شود تا رابطه خیار تبعض صفقه با عدالت معاوضی و چگونگی مبنا بودن بر خیار تبعض صفقه آشکار شود. در همین راستا باید گفت: عدالت در اصل از ماده عدل می‌باشد که لغت‌شناسان برای آن معانی مختلفی بیان کرده‌اند که مهم‌ترین و بارزترین آن معانی، تساوی بین دو شیء است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۴۶/۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۳۲/۱۱؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۱۷۶۱/۵؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۴۴۱/۵). معاوضه نیز مصدر باب مفاعله است و از کلمه عوض گرفته شده که به معنای بدل و عوض شیء بیان شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۹۲/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۸۸/۴) و معنای خود کلمه معاوضه، تقابل دو شیء به نحو عوض و معوض می‌باشد. با توجه به این مباحث، در اصطلاح نیز به رعایت عدالت و مساوات در قراردادهای معاوضی و برابری ارکان آن نسبت به طرفین قرارداد، عدالت معاوضی گویند.

در ماده ۴۴۱ قانون مدنی «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد. در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است، قبول کند و به نسبت قسمتی که بیع باطل بوده است، ثمن را استرداد کند». می‌بینیم که قانون این خیار را در بیع جاری دانسته است؛ هرچند می‌توان گفت که در دیگر عقود معوض نیز

جریان دارد اما با توجه به شرایط بیان شده و تقسیط ثمن که به خاطر دفع ضرر هست باید حکم بر جریان خیار تبعض صفقه در عقود معوض کرد؛ چرا که فلسفه اصل وجود اختیارات و خیار تبعض صفقه بر مبنای ورود ضرر می باشد (امامی، ۱۳۳۴: ۵۱۷/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۳: ۶/۶۷). پس با اینکه قانون مدنی خیار تبعض صفقه را از قواعد عمومی همه قراردادهای شمرده است (ماده ۴۵۶ ق.م.ا)، طبع آن به گونه ای است که تنها با مفاد قراردادهای معوض سازگار است و در عقود رایگان راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۴/۵).

حال باید گفت با توجه به اینکه اصل در معاملات، لزوم آن ها می باشد، گاهی باقی ماندن عقد بر لزوم، مستلزم تضرر یکی از طرفین و بر هم خوردن موازنه حقوق در عقد معاوضی می باشد. در این گونه موارد، اختیارات پا به عرصه قرارداد گذاشته و اختیار فسخ قرارداد را به فرد متضرر می دهند. بسیاری از فقها و حقوق دانان بر این باورند که مبنای اختیارات، قاعده لاضرر است. اما باید اذعان کرد که یکی از مهم ترین مبانی که برای اثبات اختیارات می توان نام برد، لزوم تعادل بین دو عوض است (خاکباز، ۱۳۹۳: ۶۲).

در خیار تبعض صفقه نیز این امر مشهود است؛ چون وقتی مبیع و مورد معامله تبعض باید، موجب می شود که تعادل و توازن در معامله به هم بخورد و این با عدالت در معاملات سازگار نمی باشد. بنابراین برای حفظ توازن در معامله و تعادل در عوضین و برقراری عدالت بین طرفین معامله باید حکم به ثبوت خیار تبعض صفقه نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۴/۵). رعایت تعادل در حقوق قراردادی اقتضای این را دارد که هر عوضی با معوض خود برابری عرفی داشته باشد و نقص در عوضین قرارداد در ارکان این موازنه خلل وارد می کند. در این صورت برای جبران خلل وارده بر معامله و توازن، دو راهکار وجود دارد که عدالت معاوضی آن را اقتضا می کند: راه اول، اختیار فسخ معامله برای طرف مقابل؛ راه دوم، مطالبه تفاوت قیمت و استرداد ثمن نسبت به قسمت باطل.

با بررسی موارد منجر به تبعض مبیع و معاملات درمی یابیم که بازگشت همه آن ها به از هم پاشیدن شیرازه و توازن معاملات است و بر هم خوردن توازن و تعادل بین ثمن و مثنی، موجب از بین رفتن توازن و تعادل در عقود می شود و این امر نیز منجر می شود به رعایت نشدن عدالت معاوضی که اقتضاء می کند مشتری در قبال ثمنی که به بایع

تحویل می‌دهد، مورد معامله را مجموعاً بدون کمی و کاستی تحویل بگیرد که با تبعض یافتن مورد معامله، این امر اتفاق نیفتاده است و از طرفی نیز در معاملات در بسیاری از موارد، مبیع مرکب منظور خریدار بوده است و ممکن است جزء مبیع اصلاً مورد اراده خریدار نباشد. به همین خاطر، عدالت معاوضی اقتضا دارد که قانون‌گذار برای خریدار، حق فسخی برای جبران ضرر وارده قائل شود تا در صورت عدم تمایل به بعض مبیع بتواند کل معامله را فسخ کند که هر دو امر می‌تواند با ثبوت خیار تبعض صفقه حاصل شود. بنابراین عدالت معاوضی اقتضا دارد که به خاطر برهم خوردن توازن معامله و به خاطر رعایت نشدن عدالت معاوضی در عقد، حق خیار تحت عنوان خیار تبعض صفقه برای دور ساختن ضرر از زیان‌دیده و بازگرداندن توازن به عقد ایجاد شود.

۲-۳. اصل حاکمیت اراده

از نظر تحلیلی، اراده یک سلسله اعمال دماغی است که یکی پس از دیگری به وجود می‌آید و امری را ایجاد می‌کند (امامی، ۱۳۳۴: ۲۰/۴). اصل حاکمیت اراده به این معناست که آزادی و اراده طرفین، محدود به انتخاب نوع قرارداد نیست و علاوه بر آن در تعیین برخی شرایط نیز در متن قراردادها آزاد می‌باشد و این امر مادامی که مخالف نظم عمومی و مصلحت جامعه نباشد، یک اصل مهم و محترم در قراردادهای افراد به حساب می‌آید. فلاسفه قرن هجدهم، اراده را منبع هر حق و تکلیفی می‌دانستند و برای آن ارزش اخلاقی نیز قائل بودند؛ چون افراد مساوی و آزادند و قراردادهایی که آزادانه منعقد می‌کنند ضرورتاً منصفانه و عادلانه است و هر مانعی که در راه اجرای اراده افراد به وسیله قانون‌گذار به وجود آید، غیر عادلانه خواهد بود (صفایی، ۱۳۹۲: ۵۴/۲). پیروان این اصل بر آنند که اراده در پیدایش عقد و آثار آن سهم بزرگی دارد؛ بلکه در تمامی روابط حقوقی، حتی این نقش بسزاست، اگرچه روابط غیر قراردادی باشند (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۱۴۱/۱). می‌توان از آزادی در عقد قراردادها، محترم شمردن اراده طرفین، عدم تشریفات لازم و عدم دخالت شخص ثالث، به عنوان آثار و نتایج اصل حاکمیت اراده در حقوق تعهدات و قراردادها یاد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۶/۱-۱۴۷؛ صفایی، ۱۳۹۳: ۴۸/۲).

نکته شایان توجه اینکه بسیاری از حقوق دانان، اصل حاکمیت اراده را برای اختیارات از جمله خیار تبعض صفقه، به عنوان مبنا بیان کرده‌اند. دکتر کاتوزیان در این رابطه می‌نویسد:

«همه خیارهای فسخ در عقد لازم به خواست صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد بازمی‌گردد و حاکمیت اراده، مبنای واقعی التزام به عقد و حدود آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷).

دکتر شهیدی نیز در این باره می‌گوید:

«از اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی، آزادی شخص در انشای عمل حقوقی و اینکه مبادرت به تشکیل عقد یا ایقاع بکند یا نکند و نیز در انتخاب نوع عقد و ایقاع و طرف عقد و تعیین حدود آثار آن و شروط مندرج ضمن عقد و نیز منحل ساختن قراردادها در موارد مجاز نتیجه می‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۵).

برخی بر این باورند که خیار در واقع به خاطر جبران عیب و اشتباهی است که در اراده و رضایت طرفین حاصل شده و اختیار باقی گذاردن یا فسخ عقد به ناراضی امکان می‌دهد که یا با دادن رضایت به آنچه رخ داده است، عمل انجام‌شده را کامل سازد و یا با فسخ عقد، خود را برهاند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۰). ولی این امر با اشکال روبه‌روست؛ چرا که اگر در معاملات قصد و رضای طرفین دچار مشکل شود، در واقع آن عقد صحت خود را از دست می‌دهد و در تبعض یافتن مورد معامله نمی‌توان گفت که با تبعض مورد معامله، اراده و تراضی طرفین بر مبیع نیز تبعض یافته است. در معاملات وقتی دو کالا در یک معامله به فروش می‌رسد، در اینجا قصد و رضای طرفین برای معامله فراهم بوده است. اما مال غیر درآمدن یکی از دو کالای مورد معامله، نشانگر این است که قصد فرد از خریدن آن کالای دوم صورت نمی‌پذیرد و به دلیل مانعی نمی‌تواند آن کالا را مالک شود. پس در واقع اصل حاکمیت اراده در اختیارات به معنای امکان ایجاد حق فسخ با شرط برای طرفین است؛ نه اینکه علت به وجود آمدن تمامی اختیارات از اراده نشئت می‌گیرد. البته شاید بتوان گفت در معاملاتی که دو کالا به عنوان مبیع واحد به فروش می‌رسد، در اینجا مقصود فرد به دو کالا در عقد واحد تعلق گرفته است، اما در صورتی که مورد معامله تبعض یابد به هر دلیل اینجا قصد و

هدف فرد متزلزل شده و این تزلزل قصد باعث می‌شود تا هدف و غرض فرد از خرید دو کالا حاصل نشود که در این صورت باید به خاطر این عدم حصول در غرض و اراده، حق فسخی برایش قائل شویم.

گرچه یکی از موارد عیوب اراده را اشتباه در اراده نام برده‌اند و اشتباه به معنای تصور خلاف واقع از یک چیز مادی یا معنوی است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۰۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۴۵)، اما با توجه به اینکه خیار تبعض صفتقه زمانی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل شود (شهیدی، ۱۳۹۳: ۶۷/۶)، از این رو به نظر می‌رسد که خیار تبعض صفتقه را نتوان از جهت اشتباه در اراده ثابت دانست؛ چون در تبعض صفتقه معامله به طور صحیح واقع شده است و بعد از معامله مشخص می‌شود که مبیع به خاطر عللی تبعض می‌یابد هرچند این تبعض در مبیع موجب تزلزل اراده می‌شود اما نمی‌توان با آن خیار تبعض صفتقه را ثابت کرد بلکه نهایتاً می‌شود با استناد به عدم حصول غرض و هدف، حکم به رد قیمت بعض باطله کرد اما خیار می‌تواند به خاطر عدم تعلق قصد خریدار به جزء مبیع ثابت شود. اما این امر نیز با فلسفه اصل حاکمیت اراده سازگار نمی‌باشد و نمی‌توان گفت که چون اصل حاکمیت اراده در عقد رعایت نشده پس حق فسخ ثابت می‌شود.

۳-۳. نظریه خطر

نظریه خطر از مبانی مهم در علم حقوق به حساب می‌آید که حقوق دانان در این نظریه تلاش دارند تا با استناد به آن، صرف ایجاد زیان و ضرر را برای مسئولیت و ضمانت کافی بدانند (علوی عبدلوی، ۲۰۰۰: ۱۲۲/۲). طبق این مبنا، هر شخص همیشه نسبت به اعمالی که زبانی را به غیر وارد ساخته، مسئول و ضامن خواهد بود (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۶۷) و خسارات باید بدون توجه به هر گونه تقصیر جبران شود (ژوردن، ۱۳۹۱: ۶۴) و ارتکاب تقصیر، شرط مسئولیت مدنی نیست (تقی‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۴).

مهم‌ترین عامل مؤثر در تکوین و تحقق نظریه خطر، عبارت است از مشکل بودن اثبات تقصیر از جانب زیان‌دیده که این امر باعث شده تا حقوق دانان مبنایی را پیدا کنند تا عنصر تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی به منظور تسهیل اثبات مسئولیت و

سهولت در امر جبران خسارت برداشته شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۲۸) و مینا و ملاک دیگری را برای تحقق مسئولیت مدنی بپذیرند که عبارت از پاسخگویی شخص در قبال اعمال خویش است (باریکلو، ۱۳۹۳: ۵۱).

در فقه امامیه، نظریه خطر به روشنی قابل رؤیت می‌باشد و قاعده‌ای کاملاً شبیه این نظریه در فقه تحت عنوان «من له الغنم فعلیه الغرم» مطرح است و خود حقوق دانان نیز به این امر اذعان کرده‌اند؛ از جمله کاتوزیان می‌نویسد:

«سرمایه‌داران بزرگ از محیط خطرناکی که به وجود آورده‌اند، سود می‌برند، ولی در پناه پیچ و خم قوانین، از جبران زیان‌هایی که به بار آورده‌اند، معاف می‌شوند، در حالی که همه این قاعده‌عادلانه را پذیرفته‌اند که هر کسی که سود کاری را می‌برد زیان‌های آن را نیز باید تحمل کند (من له الغنم فعلیه الغرم)» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۲۵).

با توجه به دلالت و مفاد قاعده مذکور، منظور از «غنم» در قاعده مذکور، منفعت و سود است و ترجمه قاعده چنین می‌شود: «برای هر کسی که سود منفعت باشد، خسارت و ضمانت نیز برای اوست». با توجه به توضیحات فوق باید گفت که فقها از این قاعده نوعی تلازم بین خسارت و منفعت را استنباط می‌کنند. برخی نیز این تلازم را به تلازم بین نماند و درک گرفته‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۳۸/۵). با دقت در مطالب فوق درمی‌یابیم که قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» همان نظریه خطر می‌باشد؛ چرا که مفاد هر دوی آنها یکی است؛ به این بیان که هر کسی که دارای منافعی باشد، در صورتی که از فعالیت وی و توسط عوامل او ضرری بر دیگران وارد شود، در مقابل زیان‌دیده ضامن خواهد بود.

باید توجه داشت که در مورد خيارات و نظریه خطر، یک امر مورد اتفاق است و آن اینکه مواردی که موجب ثبوت خیار برای طرفین می‌شود، احتمال ورود ضرر می‌باشد؛ چرا که وقتی فردی معامله‌ای می‌کند و دو کالا را در عقد واحد خریداری می‌کند و بعد در حین قبض می‌بیند که یکی از کالاها تلف شده یا مال غیر بوده، در اینجا برای مشتری ایجاد ضرر می‌کند؛ چرا که ممکن بوده برای وی آن کالایی که مال غیر درآمده، اهمیت داشته باشد و از طرفی موجب می‌شود که فرد ثمن را در مقابل یکی از کالاها داده باشد که این ضرر و خطری قطعی برای مشتری به حساب می‌آید و خطاب

«خطر» به «تبعض و تجزیه قرارداد» درست خواهد بود. دکتر کاتوزیان در چنین خطابی می‌نویسد:

«خطر تبعض در معامله نه تنها باعث ایجاد خیار فسخ می‌شود، از اعمال حق که به آن منتهی شود، جلوگیری می‌کند و نقش بازدارنده نیز دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۷/۵).

بنابراین با این اوصاف، نظریه خطر با ایجاد و ورود ضرر تلازم دارد و در این باب باید ضرری را که به خاطر تبعض معامله بر فرد وارد شده، دفع کند و بهترین راه برای دفع ضرر وارده، ثبوت حق خیار تبعض صفقه است؛ چرا که اعطای حق فسخ به متعهدله در موارد تجزیه تعهد قراردادی، از مصادیق «جبران عینی» است و به اذعان اندیشمندان، جبران به مثل یا همان جبران عینی، مناسب‌ترین شیوه جبران خسارت است؛ زیرا هدف آن، محو کامل خسارت می‌باشد (ژوردن، ۱۳۹۱: ۲۱۵).

توضیح مطلب اینکه پیروان نظریه خطر، دو راه را برای جبران خطر و خسارت وارده مطرح ساخته‌اند که عبارتند از: «جبران عینی یا جبران به مثل» و «جبران به معادل» (همان؛ صفایی، ۱۳۹۳: ۲۳۹). از این میان، جبران به مثل به معنای آن است که وضعیت به همان شکل پیش از خسارت بازگردانده شود (علوی عبدالوی، ۲۰۰۰: ۱۹۳/۲)؛ مانند انجام مجدد کاری که نادرست انجام شده، تعمیر یا بازسازی مال معیوب یا خراب‌شده، فراهم کردن چیز مشابه با آنچه خراب شده، تخریب مال یا بستن مؤسسه‌ای که منبع خسارت است، ابطال عمل حقوقی غیر قانونی و انتشار حکم قضایی (ژوردن، ۱۳۹۱: ۲۱۵). بنابراین روشن می‌گردد که «ابطال عمل حقوقی» از طریق اعطای حق فسخ می‌تواند یکی از راههای جبران عینی خطر ایجادشده برای متعهدله قلمداد گردد؛ زیرا با انحلال بخش درست، دیگر چیزی از عقد باقی نمی‌ماند و وضع اقتصادی دو طرف به حال نخستین باز می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۱/۵). از این رو می‌توان گفت بر مبنای نظریه خطر وقتی که در صورت تجزیه یافتن تعهد قراردادی و مورد معامله، ضرر و خطری بر طرف قرارداد وارد شود، می‌توان با ثبوت خیار تبعض صفقه به نفع طرف زیان‌دیده، خطر وارده را از او دور ساخت.

نتیجه‌گیری

به لحاظ ثبوتی می‌توان قواعد فقهی لاضرر، انحلال، نفی غرر و نیز مصداق عیب بودن تبعض را به عنوان مبانی فقهی، و نظریه خطر، عدالت معاوضی و اصل حاکمیت اراده را نیز به عنوان مبانی حقوقی خیار تبعض صفقه مطرح ساخت. اما به لحاظ اثباتی، فقط می‌توان «قاعده لاضرر»، آن هم با قرائت مشهور فقیهان و نیز با برداشت فاضل تونی از مفاد آن، «مصداق عیب بودن تبعض»، «قاعده نفی غرر» و نیز «مصداق تخلف از شرط ضمنی» را مبانی فقهی خیار ناشی از تجزیه تعهد قراردادی قلمداد کرد؛ چرا که تساوی عوضین یکی از شروطی است که عرف آن را در معاملات به صورت ضمنی به حساب می‌آورد و تخلف از آن موجب ثبوت حق فسخ برای افراد می‌شود. «نظریه خطر» و «عدالت معاوضی» نیز به عنوان مبانی حقوقی خیار تبعض صفقه محسوب می‌گردد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن عابدین حنفی، علاء‌الدین محمد، *حاشیة رد المختار*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۱ ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقائیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۵. اراکی، محمدعلی، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، ۱۳۳۴ ش.
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، چاپ پنجم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۸. همو، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۹. انور سلیم، عصام، *عدم تجزئة العقد فی الشریعة الاسلامیة و القانون*، اسکندریه، منشأة المعارف، ۱۹۹۴ م.
۱۰. باریکولو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقہیة*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدعلی هاشمی، *مسئولیت مدنی (ضمان قهری)*، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله، *المستدرک علی الصحیحین*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۹۹۰ م.
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمد، *المرتقی الی الفقه الارقی - کتاب الخیارات*، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی)، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. حکمت‌نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
۲۱. حیاتی، علی عباس، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۲. خاکباز، محمد، *عدالت معاوضی در حقوق موضوعه و رویه قضایی*، قم، حقوق امروز، ۱۳۹۳ ش.
۲۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۴. دلیمی، محمد عبدالله، *مصادر الالتزام*، طرابلس، الجامعة المفتوحة، ۱۹۹۸ م.
۲۵. رشتی گیلانی، میرزاحبیب‌الله، *فقه الامامیة - قسم الخیارات*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۲۶. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، سوریه، دار الفکر، بی تا.
۲۷. زرقاء، احمد بن محمد، *شرح القواعد الفقہیة*، چاپ دوم، بیروت، دار الفکر، ۱۹۳۸ م.
۲۸. زمخشری، ابوالقاسم محمود بن عمر، *الفاقی فی غریب الحدیث*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۷ ق.
۲۹. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه مجید ادیب، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.

۳۰. سبکی، عبد الوهاب، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۳۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۹ م.
۳۲. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۳۳. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۳۴. همو، *حقوق مدنی*، چاپ هفدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۳۵. شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله، *قاعده لا ضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. صاحب بن عباد، کافی الکفاة اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. صدر، سیدمحمدباقر، *القواعد الفقهیه (مباحث الاصول)*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۰۸ ق.
۳۸. صفایی، سیدحسین، *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۳۹. همو، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، چاپ شانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *حاشیه المکاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۴. همو، *القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
۴۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۶. علوی عبداللوی، ادیس، *النظرية العامة للالتزام*، مغرب، بی تا، ۲۰۰۰ م.
۴۷. فاضل تونی، عبدالله بن محمد، *الوافیه فی اصول الفقه*، چاپ دوم، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۴۸. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۹. فیض کاشانی، محمدمحسن، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۱ ق.
۵۰. قاسم زاده، مرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۵۱. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۳. لطفی، اسدالله، *قواعد فقه (حقوقی و جزایی)*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳ ش.
۵۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۵. محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۶. مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۷. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۵۸. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۹. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الانهوان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶۰. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۶۱. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۶۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، بی تا.
۶۳. نائینی، میرزاحمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المکتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ش.
۶۴. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۵. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، انوار الفقاهة - کتاب المکاسب، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۶۶. نراقی، مولی احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۶۷. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الاحکام، چاپ دوم، قم، کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ ق.
۶۸. واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۶۹. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، حاشیة کتاب المکاسب، قم، نشر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.