

تحلیل فقهی - حقوقی کاستن اختیاری از مفاد عقد غیر نافذ در هنگام تنفیذ

البرز محقق گرفمی

دانش آموخته کارشناسی ارشد گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

mohaghegh.gr@gmail.com

چکیده

برخی از عقود در شمار عقود غیر نافذ قرار دارند که با تنفیذ، آثار حقوقی بر آنها مترتب می‌شود. یکی از فروع فقهی مربوط به این عقود، حکم عدم تطابق تنفیذ با مفاد عقد اولیه است. عدم تطابق به نحو تباین کلی و مخالفت جزئی متصور است. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی و با بهره از منابع استنادی در پی پاسخ به این پرسش است که آیا تطابق تام تنفیذ با عقد غیر نافذ، برای حکم به صحت این عقود لازم است یا خیر؟ دامنه پژوهش تنها به عدم تطابق به نحو مخالفت جزئی با کاستن از مفاد عقد منحصر است. برای دستیابی به پاسخ پرسش پیشین، حکم کاستن از مفاد عقد غیر نافذ در دوره اجزاء و شرایط عقد اولیه، بررسی شده است. دیدگاه‌های ادعایی و احتمالی درباره کاستن از اجزاء عبارتند از: جواز به نحو مطلق، عدم جواز و مجاز بودن به شرط دیدگاه عرف بر تجزیه‌پذیری عقد. درباره تنفیذ با کاستن از شرایط نیز، چهار دیدگاه ذیل قابل ارزیابی است: بطلان، جواز به نحو مطلق، تفصیل میان شروط به نفع تنفیذ کننده یا اصیل و جواز به شرط حکم عرف بر تفکیک میان عقد و شرط. پس از نقد و تبیین کاستی‌های هر یک از این هفت رویکرد، دیدگاه برگزیده با تکیه بر اصل مؤثر بودن اراده شخصی طرفین درباره موضوع مورد معامله، سامان یافته است.

واژگان کلیدی: تنفیذ، جزء، شرط، عدم تطابق با عقد غیر نافذ.

آدمیان به سبب زیست جمعی، ناگزیر از برقرار نمودن انواع پیوندهای عاطفی، خانوادگی، اجتماعی و اقتصادی هستند. یکی از روابط مهم میان انسان‌ها مربوط به داد و ستدهاست. به سبب این اهمیت، هر مجموعه‌ای از انسان‌ها، قوانین و ضوابطی را برای کنش‌گری اقتصادی تعریف نموده‌اند. در دین اسلام نیز به روابط تجاری میان افراد توجه ویژه‌ای شده تا آنها را در مسیری هدفمند و به دور از تنش‌های جانکاه هدایت نماید. قرآن مجید به مؤلفه وجود رضایت در پیوندهای معاملی انسان اشاره داشته است.^۱ بالتبع، معصومان (ع) نیز به این مؤلفه در قامت یکی از ارکان عقود توجه داده‌اند. برای نمونه مرحوم شیخ صدوق در حدیث معتبری توفیق امام زمان (عج) به محمد بن عثمان را نقل کرده که در فرازی از آن چنین آمده است: «فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ».^۲ با این حال شماری از عقود را می‌توان یافت که در زمان انعقاد، با وجود فقدان مؤلفه رضای معتبر، در شمار عقود باطل قرار ندارند.

در فقه اسلامی، عقودی که فاقد این مؤلفه بوده یا اخلال به حقوق شخص ثالث در آنها محتمل است، عقود غیر نافذ نامیده می‌شوند. این عقود را نمی‌توان به عقود باطل ملحق دانست، چرا که با ایجاد مؤلفه مورد نظر یا تأدیه حقوق افراد ثالث، صحیح خواهند بود. از این رو می‌توان آنها را عقود ناقصی دانست که در انتظار تحصیل مؤلفه‌ای خاص یا زدوده شدن مانعی هستند. برخی از نمونه‌های عقود غیر نافذ عبارتند از: عقد فضولی، معاملات اکراهی، معامله شخص سفیه و صغیر ممیز، وصیت افزون بر ثلث، بیع میراث توسط ورثه قبل از ادای دیون، تصرفات مریض در مرض مشرف به موت، تصرفات تاجر ور شکسته، معاملات معارض با حق شفعه، وقف به نیت اضرار به دیان و هرگونه معامله معارض با مفاد قولنامه.

در قوانین مدنی نیز، عبارت «عقد غیر نافذ» به شکل صریحی بیان نشده است اما مفاهیمی چون «موقوف به اجازه»، «عدم نفوذ» و «نافذ نیست» در موادی از قانون مدنی به چشم می‌خورد. با دقت در مواد و عبارات قانون مدنی، نمی‌توان تعریف آشکار حدی و رسمی برای عقد غیر نافذ یافت. حتی تعریف شرح الاسمی دقیقی نیز از مفاهیمی چون «تنفیذ» و «عدم تنفیذ» در قانون مدنی ارائه نشده است. درباره اینکه تنفیذ در شمار اعمال حقوقی قرار دارد یا وقایع حقوقی نیز نظریه آشکاری در متون قانونی به چشم نمی‌خورد.

فقیهان مسلمان درباره عقود غیر نافذ و تعریف دقیق حدی و رسمی آن، باب مستقلی نگشوده‌اند. عدم تعریف مناسب از مفهوم عدم نفوذ و تعیین دقیق مصادیق آن، سبب شده که برخی فروع فقهی مربوط به چنین معاملاتی مانند مفهوم تنفیذ، انواع عدم نفوذ و حکم عدم تطابق تنفیذ با عقد غیر نافذ به شایستگی مورد توجه قرار نگیرد. به ویژه موضوع اخیر که تنها در باب بیع فضولی و نکاح به نحو اجمالی از آن بحث شده است. این دیدگاه نیز وجود دارد که در قوانین مدنی نیز تفکیک آشکاری میان دو مفهوم عدم نفوذ و بطلان ترسیم نشده است و در پاره‌ای موارد، عدم نفوذ به معنای بطلان دانسته شده است.^۳ برای نمونه در ماده ۲۱۲ چنین مقرر شده است: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت باطل است». و در ماده ۲۱۳ چنین آمده است:

^۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء: ۲۹).

^۲. ابن بابویه، کمال الدین و تمام النعمه، ۲ / ۵۲۱.

^۳. شریفی فر، تاثیر اشتباه و اکراه بر اراده، ۷۶.

«معامله با محجورین نافذ نیست». با توجه به اینکه حجر را نه می‌توان عاملی پایدار برای حکم به بطلان دانست نه عاملی پایدار برای حکم به عدم نفوذ، این نتیجه گرفته می‌شود که قانونگذار در تعبیر به عدم نفوذ یا بطلان در این ماده یا به بخشی از معاملات محجورین در هر ماده توجه داشته است یا دو مفهوم عدم نفوذ و بطلان را یکسان گرفته است. چرا که نه می‌توان تمامی معاملات محجوران را باطل دانست نه می‌توان تمامی آنها را غیر نافذ پنداشت.

ممکن است این باور وجود داشته باشد که به نحو مطلق، عدم مطابقت تامّ تنفیذ با عقد، موجب بطلان خواهد بود، چون میان عقد تنفیذ شده با اراده طرفین در هنگام انعقاد عقد، تطابق وجود ندارد. و از آنجا که عقد، کلّ واحدی است که تراضی نسبت به مجموع آن انجام شده است، پس تفاوت تنفیذ با مفاد عقد، اساساً مبطل خواهد بود. در سوی مقابل نیز این دیدگاه محتمل است که عقد بر روی عوضین انجام می‌پذیرد و شرط یا جزء تابع این دو عوض هستند و در تراضی محوریت ندارند. بر اساس این دیدگاه، قهراً تفاوت تنفیذ با عقد غیر نافذ، سبب بطلان نخواهد بود. نهایتاً خیار تبعض صفقه برای سوی دیگر عقد^۱ وجود دارد. برخی از فقیهان نیز به هنگام بحث از بیع فضولی، کاستن از اجزاء عقد را بلا مانع دانسته ولی کاستن از شرایط را به معنای بطلان عقد دانسته اند.^۲

جستار حاضر با درک این دیدگاه‌های احتمالی و نیز با توجه به کاستی وجود نداشتن باب مستقلی درباره تنفیذ، در پی آن است که حکم کاستن از مفاد عقد غیر نافذ در هنگام تنفیذ را به کف آورد. روش پژوهش، تحلیلی- توصیفی و منابع آن، اسنادی هستند. برای دست‌یابی به هدف پیش‌گفته، پس از تبیین دو مفهوم تنفیذ و عدم نفوذ، کاستن اختیاری از مفاد عقد در دو رده اجزاء عقد و شرایط آن به بحث گذارده شده است. مراد از ناسازگاری اختیاری تنفیذ با عقد، آن است که تنفیذ کننده از روی آگاهی به مفاد عقد و اراده واقعی، مفاد عقد را به گونه‌ای تنفیذ کند که با عقد غیر نافذ پیشین مغایرت به نحو تباین جزئی داشته باشد. بر اساس این تعریف، تنفیذهایی که از روی اشتباه یا اکراه انجام می‌شود از موضوع مورد پژوهش، خارج خواهند بود. نیک هویداست در مواردی که تنفیذ با مفاد عقد تباین کلی دارد، باطل خواهند بود. چون تطابقی میان ایجاب و قبول وجود ندارد.^۳

۲. پیشینه

فقیهان به مناسبت بحث‌های گوناگون درباره عقود غیر صحیحی که قابلیت تنفیذ دارند از مفهوم عدم نفوذ و تصحیح‌پذیری برخی عقود سخن گفته‌اند. اما نمی‌توان باب مستقلی را در فقه مرسوم یافت که پیرامون مفهوم عدم نفوذ، اقسام آن، معاملاتی با این وصف و آثار آن سخن گفته باشد. عقد فضولی، معروف ترین نوع عقود غیر نافذ است که در کتابهای فقه استدلالی معاملات از فروع آن سخن رفته است. درباره موضوع تطابق تنفیذ با محتوای عقد غیر نافذ نیز مبحث مستقلی در فقه گشوده نشده است. تنها در بحث شرائط اجازه در بیع فضولی، تنبیهی به موضوع تطابق اجازه با عقد، قابل مشاهده است. حسب جستجوی نگارنده، در میان مقالات، پژوهش‌های ذیل بیشترین ارتباط را با جستار حاضر دارند:

^۱ در فقه اسلامی، چنین شخصی را «اصیل» می‌نماید و در ادامه این مقاله از همین اصطلاح بهره برده شده است.

^۲ انصاری، المکاسب، ۲/ ۲۲-۲۳؛ جزایری، هدی الطالب، ۵/ ۲۱۴؛ شهیدی، هدایه الطالب، ۲/ ۲۹۶.

^۳ برای نمونه اگر موضوع عقد غیر نافذ، فروش خودرو باشد و تنفیذ کننده فروش خانه را اجازه دهد، تنفیذ را نمی‌توان مطابق با عقد دانست.

در مقاله «بررسی صحت یا بطلان عقد مکره» (۱۳۸۰) به قلم احمد رضا رفیعی، پس از بیان مقدمات نسبتاً طولانی درباره تعریف عقد و ادله نیاز یا عدم نیاز عقد به لفظ کوشیده شده است تا دلایل بطلان عقد مکره را با تکیه بر غیر قاصد بودن وی به اثبات برسد. مقاله «بطلان عقد مکره و نقد نظریه عدم نفوذ با رویکرد اصلاح مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ قانون مدنی» (۱۳۹۷) به کوشش احمد باقری وزهره نیک عمل؛ که در آن تلاش شده تا بطلان عقد مکره به نحو مطلق به اثبات برسد. نویسندگان با نقدهایی به ادله باورمندان به امکان پذیری تنفیذ عقد مکره کوشیده اند تا نظریه خویش را به اثبات برسانند و در نهایت مواد قانونی پیش گفته را نادرست ارزیابی نموده اند. محمد حسین خادمی آراسته و همکاران نیز در مقاله «اثر حقوقی اشتباه در تنفیذ یا ردّ معامله فضولی» (۱۳۹۹)، پس از اثبات اینکه تنفیذ، واقعه ای حقوقی است، اشتباه در تنفیذ را به دو دسته مؤثر و غیر مؤثر تقسیم نموده است. عباس کریمی هادی شعبانی کندی در مقاله «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ» (۱۳۹۶) در صددند تا مستقل بودن عقود مراعی را نسبت به عقود غیر نافذ به اثبات برسانند که البته این پژوهش تنها در تعریف عقود غیر نافذ با پژوهش حاضر اشتراک دارد. در این پژوهش تنها عقود موقوف به معنای عقود غیر نافذ ترسیم شده اند و عقود مراعی عقود دیگری غیر از عقود غیر نافذ شمرده شده اند.

همانگونه که هویداست این پژوهش ها، تمرکز خود را بر عدم تطابق تنفیذ با مفاد عقد غیر نافذ به جهت رخ دادن اشتباه با اکراه قرار داده اند که طبیعتاً غیر اختیاری هستند. اما پژوهشی که به شکل مستقل به عدم تطابق اختیاری تنفیذ با مفاد عقد غیر نافذ پرداخته باشد، یافت نمی شود. در پژوهش حاضر کوشش شده است تا ادله ادعایی و احتمالی برای اثبات حکم هر یک از دو بخش کاستن از اجزاء عقد در هنگام تنفیذ و کاستن از شرایط آن، به دقت تبیین و بررسی گردند. پس از نقد هر یک از این ادله، در پایان نیز دیدگاه برگزیده این نوشتار تبیین شده است. ارائه این دیدگاه جدید را می توان یکی از نوآوری های این نوشتار ارزیابی نمود.

۳. مفاهیم بنیادین

بایسته می نماید که پیش از تبیین رویکردهای احتمالی در مواجهه با موضوع مورد پژوهش، مفاهیم پر بسامد نوشتار به دقت تبیین گردند. در این بخش به تبیین دو مفهوم تنفیذ و عقد غیر نافذ پرداخته می شود.

۳-۱. تنفیذ

تنفیذ مصدري است از ریشه «نَفَذَ» که در دانش لغت به معنای دریدن، عبور کردن و مستحکم کردن آمده است.^۱ فیومی ذیل ماده «نَفَذَ» چنین می نگارد: «نَفَذَ: السَّهْمُ (نُفُوذاً) مِنْ بَابِ فَعَدَ وَ (نَفَاذاً) خَرَقَ الرَّمِيَّةَ وَ خَرَجَ مِنْهَا».^۲ نفوذ و نفاذ به معنای سوراخ کردن و خارج شدن از طرف دیگر است. امر نفاذ نیز به معنای امر مورد مورد پذیرش است.^۳ اصطلاح تنفیذ در دانش فقه در موارد ذیل به کار می رود:

(۱) تأیید مواردی مانند عقد فضولی، توسط کسی که اجازه او لازم است.

^۱. فراهیدی، کتاب العین، ۱۹۰/۸؛ ازهری، تهذیب اللغة، ۳۱۴/۱۶؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۵۸/۵.

^۲. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ۶۱۶.

^۳. جوهری، الصحاح، ۵۷۲/۲.

۲) تنفیذ حکم حاکم (یا قاضی) به معنای نهایى کردن حکم قضایى.

۳) اجراء. مانند تنفیذ وصیت و تنفیذ حکم حاکم در مواردی مانند اجرای حد، قصاص، طلاق زوجه و مانند آن.^۱ مراد از تنفیذ در این نوشتار همان معنای اول است و معنای دیگر آن مد نظر نمی باشد. در این کاربرست، تنفیذ به معنای اعتبار بخشی به عمل حقوقی قابل ابطال است. در لسان فقهی مفاهیمی چون «امضاء»، «اجازه» و «تأیید» گاهی به جای تنفیذ به کار رفته اند.^۲ سزآمد یادکرد است که تنفیذ، شرط اثر گذاری عقد است نه عنصر سازنده آن. قصد انشاء سبب نضج گرفتن عقد می گردد ولی برای جریان آثار قانونی باید طرفین اعلام رضایت نمایند.^۳ در تنفیذ نیز ابراز رضا از سوی مالک یا کسی که مالکیت یا حق بالقوه ای دارد، رخ می نماید.

۲-۳. عقد غیر نافذ

در فقه اسلامی، تعریف آشکار حدی و رسمی درباره عقود غیر نافذ ارائه نشده است. اما برخی از حقوق دانان معاصر عقد غیر نافذ را چنین تعریف نموده اند: «عقدی که دارای اثر حقوقی که قانون برای آن عقد می شناسد، نیست ولی با اجازه بعدی می توان آن را از آغاز تنفیذ نمود».^۴ دیگری چنین نگاشته است: «عقد غیر نافذ به معنای عقد موقوفی دانسته شده است که اجازه به آن نفوذ و تحرک می بخشد».^۵ در این تعاریف، عنصر اجازه، مایه تنفیذ عقد غیر نافذ دانسته شده است. اما عنصر اجازه تنها در عقود غیر نافذی مانند بیع فضولی و عقد اکراهی سبب تنفیذ می گردد. در حالیکه می توان عدم نفوذ را دارای معنای عام تری دانست. به نظر می رسد عقد غیر نافذ، عقدی است که دارای ارکان اساسی عقد هست ولی تأثیر آن منوط به کمال علت تامة عقد است. با دقت در علل ایجاد عدم نفوذ عقود، می توان دریافت که تمامی عقود غیر نافذ نسخ واحدی از لحاظ منشاء ایجاد ندارند. بلکه برای با مانعی برای نفوذ مواجهند و برخی دیگر دارای مقتضی لازم برای نفوذ نیستند. بر همین اساس می توان عقود غیر نافذ را به دو دسته «عقود موقوف» و «عقود مراعی» تقسیم نمود. گرچه برخی از عامه عقود غیر نافذ را تنها همان عقود موقوف می دانند.^۶

عقد موقوف، عقدی است که فاقد غیر رضای معتبر باشد.^۷ به دیگر سخن، اگر بر حسب مفاد عقدی، مالکیت بالفعل شخصی، نادیده انگاشته شود، آن عقد در شمار عقود موقوف قرار دارد.^۸ عقود موقوف فاقد شرایط لازم برای اثر گذاری هستند. به دیگر سخن، معلق بودن این عقود به سبب انتظار برای تحصیل شرطی لازم مانند رضاست. برای نمونه بیع فضولی، عقد اکراهی و سفیه در شمار عقود موقوف قرار دارند. چرا که در بیع فضولی و عقد اکراهی، رضایت معتبر لحاظ نشده و با آمدن رضای معتبر در هنگام تنفیذ، می توان عناصر عقد را کامل دانست و برای آن آثار حقوقی در نظر گرفت. در بیع سفیه نیز عدم اهلیت، سبب عدم نفوذ شده است که

^۱ انصاری شوشتری، الموسوعة الفقهية الميسرة و يليها الملحق الاصولی، ۱۰/ ۳۸۲-۳۸۳.

^۲ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲/ ۶۴۳.

^۳ شهیدی، مهدی، تشکیل قرار دادها و تعهدات، ۱/ ۱۷۳-۱۷۴.

^۴ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی؛ رهن و صلح، ۴۷.

^۵ کاتوزیان، قواعد عمومی قرار دادها، ۳/ ۳۴۴.

^۶ کاسانی، بدائع الصنائع، ۵/ ۳۰۶؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ۶/ ۱۱۳؛ داود، ۲/ ۴۴۲.

^۷ ر.ک: حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۵/ ۱۹۹؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۰۲/ ۲۵.

^۸ کریمی، عباس، تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی، ۱۸۰.

با تحصیل رضای شخص صاحب اهلیتی مانند ولی سفیه می‌توان آثار عقد را بر معامله غیر نافذ قبلی محقق دانست. بر این اساس، تنفیذ در عقود موقوف با تحصیل رضای معتبر، محقق می‌شود.

عقود مراعی نیز بخشی از عقود غیر نافذ هستند که شرایط لازم برای اثر بخشی را دارا هستند اما با مانعی برای اثر بخشی مواجهند.^۱ تفاوت این گونه از عقود با عقود غیر نافذ موقوف در آن است که سبب معلق بودن آنها، انتظار برای رفع مانع است.^۲ در واقع علت عدم نفوذ این عقود، حق شخص ثالثی است که به مورد معامله تعلق گرفته است و مانعی برای ترتب آثار عقد یا مانعی برای تداوم آن گشته است. برای نمونه، در بیع عین مرهونه، تعلق حق شخص ثالث (مرتهن)، مانعی از نفوذ عقد است و در بیع حصه فروخته شده مشترک، وجود حق شفعه، مانعی برای تداوم آثار عقد است. در خور توجه است که اگر مفهوم مراعی بودن عقد، به معنای منتظر ماندن عقد به حالتی ویژه دانسته شود که سبب تحقق آثار عقد می‌شود، عقد موقوف را می‌توان گونه‌ای از عقود مراعی دانست که در آن تحصیل شرطی برای تمیم عقد لازم است.

به لحاظ تقسیم منطقی، رابطه عقد صحیح با عقد غیر نافذ، عامین من وجه است. به این بیان که ماده افتراق از سوی عقد غیر نافذ، عدم ترتب آثار حقوقی است و از سوی عقد صحیح، ترتب آثار حقوقی. ماده اشتراک این دو گونه عقد، ساختار رکنی هر دو است که دارای شرایط رکنی هستند. هم چنین، عقد غیر نافذ از جهت عدم نفوذ، شبیه عقد باطل است اما عدم نفوذ آن قابل رفع است.^۳ عقد غیر نافذ فاقد شرایط رکنی عقد نیست. بلکه تمامی این شرایط را داراست و تنها رضای معتبر در آن وجود ندارد که با انضمام این رضا، دارای آثار حقوقی می‌گردد. به دیگر سخن، عقد باطل، نه تنها دارای هیچ اثر حقوقی نیست بلکه اساساً ساختار صحیحی ندارد. اما عقد غیر نافذ دارای ساختار صحیحی است و تنها به سبب عدم تنفیذ دارای اثر حقوقی نیست.

۴. تحلیل حکم ناسازگاری تنفیذ با مفاد عقد غیر نافذ

در این بخش کوشش شده است تا ناسازگاری تنفیذ با مفاد عقد غیر نافذ در دو بخش کاستن از اجزاء و شرایط، از منظر فقهی تحلیل گردد. دیدگاه فقیهان در این باره تنها مربوط به عقد فضولی است اما از آنجا که مناط حکم در این عرصه قابل تسری به سایر عقود غیر نافذ است، می‌توان از ادله آنان برای دست یافتن به حکمی عام، بهره برد.

۴-۱. کاستن از اجزاء

حالتی وجود دارد که در آن تنفیذ کننده از اجزاء یا ارکان عقد بکاهد. دو حکم عمومی جواز و عدم جواز برای این حالت متصور است. حکم جواز نیز به دو رده جواز به نحو مطلق و جواز با قید حکم عرف به تجزیه‌پذیری در این باره متصور است.

^۱. کریمی و کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، ص ۶۸۵.

^۲. ر.ک: جعفری لنگرودی، محمد مهدی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۳۳۰۱/۵.

^۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قرار دادها، ۱/ ۵۴.

مشهور فقیهان بر این باورند که در گستره ارکان و اجزای عقد لزومی بر مطابقت اجازه با محتوای عقد وجود ندارد. از این رو اگر در کالایی عقدی انجام شود، مالک می‌تواند تنها بخشی از آن را تنفیذ نماید.^۱ زیان ناشی از تجزیه کالا با مخیر بودن مشتری میان فسخ یا امضاء، جبران می‌گردد. به دیگر سخن، اگر موضوع عقد، قابل تجزیه باشد، مجیز می‌تواند بخشی را اجازه نموده و بخشی را رد نماید. برای نمونه، مجیز می‌تواند نیمی از مورد معامله را تنفیذ نماید و نیم دیگر را رد نماید. در این حالت، عقد نسبت به قسمت اجازه داده شده، صحیح است و نسبت به قسمت دیگر، باطل است.

باورمندان به جواز چنین تنفیذی، نظریه واحدی درباره همه گونه‌های عقد ندارند. برخی معتقدند که به نحو مطلق این تنفیذ جایز است. چون همه انواع عقدها قابل تجزیه هستند. اما برخی دیگر بر این باورند که تنها عقودی را می‌توان تجزیه پذیر دانست که عقل به امکان انفکاک آن حکم نماید. در ادامه ادله هر دو دیدگاه - در قامت باورمندان به جواز- تبیین می‌گردد.

۴-۱-۱-۱. امکان انحلال پذیری عقد به اجزاء مختلف

برخی از باورمندان به جواز تبعیض در تنفیذ، تنها به مشروط بودن تقسیم عقد به اجزای مختلف اشاره نموده اند و مرجع تشخیص تبعیض پذیر بودن عقد را به گونه آشکاری بیان نکرده‌اند.^۲ ملاک در این دیدگاه آن است که مبیع یا مورد معامله، قابل تجزیه و انفکاک باشد، به نحوی که به ماهیت آن صدمه‌ای وارد نشود. برای نمونه در بیع یک حیوان، مبیع واحد است و نمی‌توان اجزای آن را به نحو مستقل مورد معامله قرار داد. از این رو، مالک حق ندارد که بعضی از اجزای آن را در معامله، تنفیذ نموده و برخی دیگر را رد نماید.

یکی از حقوق دانان معاصر در این باره چنین می‌نگارد: «در هر مورد که امکان تبعیض اجازه وجود دارد، چنانچه قصد خریدار، همه مال مورد معامله بوده است، می‌تواند عقد را نسبت به قسمت صحیح آن فسخ نماید. ولی در فرضی که انتشار ثمن به تناسب جزیی که اجازه داده شده است، امکان ندارد (مانند بخش معینی از یک ظرف چینی قدیمی) یا عقد از نظر اجتماعی و اخلاقی، تجزیه نا پذیر است (مانند اجازه نکاح درباره بعضی از آثار آن)، اجازه بایستی ناظر به تمام عقد باشد».^۳

اما برخی از باورمندان به جواز تنفیذ بخشی از اجزای عقد، بر این باورند که تمامی عقود را نسبت به اجزاء آن می‌توان تفکیک نمود.^۴ محقق اصفهانی در حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری چنین می‌نگارد: «عقد، قراردادی معاملی است و این قرار داد قابل تجزیه به قراردادهای جزیی تری است که مجموع آنها با انشاء واحد بیان می‌شود. اما وحدت انشاء ملاکی برای واحد دانستن وحد موضوع نخواهد بود».^۵ بر این اساس، تمام معاملات را می‌توان از نظر عقلی به چند معامله مستقل تفکیک نمود و هر یک از آنها را به نحو

۱. برای نمونه ر.ک: انصاری، مکاسب، ۲/ ۲۲-۲۳؛ آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، ۷۰؛ حکیم، نهج الفقاهه، ۲۴۸-۲۴۹.

۲. انصاری، ۲/ ۲۲؛ جزایری، هدی الطالب الی شرح مکاسب، ۵/ ۲۱۲.

۳. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی ۴۱۳/۲.

۴. خویی، مصباح الفقاهه، ۴/ ۲۳۰.

۵. اصفهانی، حاشیه مکاسب (اصفهانی)، ۱۹۶/۲.

استقلالی دارای ماهیتی دانست که تنفیذ پذیر باشند. به دیگر سخن، تجزیه پذیری عقد، ملاکی برای مشروع بودن عدم تطابق تنفیذ با مفاد عقد از نظر اجزاء خواهد بود.

۴-۱-۱-۲. شباهت تنفیذ با اجازه ابتدایی

بر اساس دیدگاهی، همانگونه که مالک از ابتدا می تواند بیع برخی از مال خود را اجازه دهد، تنفیذ کننده هم می تواند بخشی از مورد عقد را تنفیذ نماید. چرا که ملاک در اجازه و قبول (یا ایجاب) یکی است.^۱ نگارنده منیه الطالب چنین می نویسد: «حکم الإجازة حکم البیع ابتداء فکما یجوز للمالک بیع بعض ماله ابتداء فکذلک یجوز له إجازة بعضه».^۲ مرحوم سید مصطفی خمینی نیز با بیان چند نمونه چنین معتقد است: «اگر منشاء، عنوان واحدی مانند خانه بود یا در عرف با عنوان واحدی شناخته می شد (مانند احجار کریمه) و مالک تنها نصف آن را تنفیذ نمود، این تنفیذ مانند بیع ابتدایی است. همانگونه که مالک می تواند در اجزا مملوکش در بیع ابتدایی تفکیک قائل شود، در اینجا هم می تواند».^۳

۴-۱-۱-۳. تنظیر به مبیع مشترک

دانشورانی برای استدلال به صحت تنفیذ در بخشی از اجزاء عقد، تنظیری را با عقد منعقد شده بر مبیع مشترک میان چند نفر ترتیب داده اند. به این بیان که اگر مبیعی میان چند نفر مشترک باشد و تنها یکی از آنها اجازه دهد، این اجازه صحیح است. پس، اجازه در بخشی از اجزای عقد هم صحیح خواهد بود.^۴ برای نمونه اگر فضولی، مال چند نفر را بفروشد و تنها یکی از آنها، عقد را اجازه کند، نسبت به همان مقدار، عقد، نافذ خواهد بود.

از جهتی می توان چنین عقدی را به عقد «ما یملک و ما لا یملک» یا «ما یملک و ما لا یملک» نیز تنظیر نمود.^۵ به این بیان که اگر مثلاً فضولی مال خویش را به همراه مال دیگری بفروشد، عقد نسبت به مال او صحیح است و نسبت به مال دیگری نیاز به اجازه مالک دارد. هم چنین فروش برنج و شراب به همراه هم، سبب بطلان کل معامله نیست بلکه تنها نسبت به بیع شراب باطل خواهد بود. در ماده ۲۵۶ قانون مدنی نیز فرض دیگری از انحلال عقد، به اعتبار تعدد مالک و مال مورد معامله بیان شده است: «هرگاه کسی، مال خود و مال غیر را به یک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند، معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر، فضولی است». در همه این موارد، عدم صحت معامله در بخشی از عقد به بخش دیگر آن سرایت نمی کند. این موارد، شواهدی هستند که در فقه اسلامی بر حکم آنها اتفاق نظر وجود دارد. پس در عقود تبعیض پذیر، می توان به صحت تنفیذ در بخشی از معقود علیه، باور پیدا کرد.

۱. خویی، مصباح الفقاهه، ۴/ ۲۳۰؛ ابن عابدین، رد المختار علی در المختار، ۱۱۳/۵.

۲. ناینی، منیه الطالب، ۱۰۱/۲.

۳. خمینی، تحریرات فی الفقه: کتاب البیع، ۲/ ۲۲۸.

۴. جزایری، هدی الطالب الی شرح المکاسب، ۵/ ۲۱۳؛ قزوینی، ینایع الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۵، ۸۰۸؛ امامی، حقوق مدنی،

۳۰۳/۱؛ حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ۲۳۷/۱.

۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲، ۳۰۹.

در مقابل حقِ تنفیذ کننده بر رد بخشی از اجزاء موضوع عقد، برای اخیل نیز حق فسخ وجود دارد.^۱ این حق در لسان فقهی با عبارت «خیار تبعض صفقه» نامبردار است. در ماده ۴۴۱ قانون مدنی نیز همین نظریه پذیرفته شده است.

۴-۱-۱-۴. بررسی و نقد ادله

عقد از اعتبارات عقلایی متعارف است و برای فهم موضوع اعتبارات عقلایی باید به عرف و عقلاء مراجعه نمود. به حکم این دو مرجع، عقد بر موضوعی واحد، قراری واحد است و عرف، عقد واحد را به سبب اجزاء تفکیک نمی‌کند.^۲ به بیان دیگر، کاربست دقت عقلی در تجزیه پذیر بودن مورد معامله، نادرست است. نظیر این مساله را در مساله اصولی «در مقام بیان بودن متکلم» می‌توان جست. گرچه از نظر عقلی، هر جزیی از سخن با معدوم شدن جزء قبلی پدید می‌آید، اما عرف، گوینده‌ای که در حال بیان است را در مقام بیان مفهومی واحد می‌بیند و تجزیه پذیر کلام وی را دلیلی بر انفکاک کلام از کلام پیشینش نمی‌دانند. در عقود نیز این دقت‌های عقلی راه ندارد. برای نمونه اگر بیعی بر انتقال کتابی صد صفحه‌ای واقع شود، در نظر عرف این معامله قابل تجزیه به هر صفحه از کتاب و جلد آن نیست، بلکه همه را در قالب کالایی واحد می‌بیند؛ گرچه از نظر عقلی این کالا قابل تجزیه به صفحات متعدد باشد. این دقت‌های عقلی در امور اعتباری سبب ایجاد خطا می‌گردد.

از دیگر سو، پیوند مجموعی اجزاء عقد، دلیلی است که در بسیاری از عقود، انگیزه برای انعقاد عقد است. گرچه در برخی از عقود که موضوع آنها وزن پذیر یا تعدد پذیر است، می‌توان نظریه قرار داشتن هر جزء از ثمن در مقابل جزیی از مثنی را پذیرفت، اما این رویکرد، به عنوان رویکردی عمومی کارآ نخواهد بود. هم چنین، صحت تنفیذ نسبت به مبیع مشترک را نمی‌توان دست‌مایه یافتن حکم تنفیذ در اجزاء توسط یک مالک قرار دارد. چرا که در مبیع مشترک، هر حصه از مبیع متعلق به مالکی است و به او منتسب است. اما در تنفیذ تنها یک انتساب وجود دارد. کل مبیع به یک مالک متعلق است و تنفیذ قرار است تا انتساب به یک مالک را ثابت کند. تنظیر تنفیذ به ایجاب (یا قبول) نیز صحیح نیست. چرا که تنفیذ و اجازه وابسته به وجود عقد قبلی و متعاملین قبلی است، در حالیکه ایجاب (یا قبول) در عقد، وابسته به این شرائط نیست.^۳

هم چنین خیار تبعض صفقه در مورد عدم تطابق اجزاء ثابت نیست، چرا که این خیار مربوط به مواردی است که در مورد معامله گونه‌ای وحدت وجود داشته باشد، حال آنکه اگر هر جزیی از ثمن در مقابل جزیی از مثنی قرار بگیرد، چنین خیاری قابل تصور نخواهد بود، چون هر جزء، مستقل از جزیی دیگر است.^۴

۱. قدری پاشا، مرشد الحیوان، ۷۳۷/۲.

۲. موسوی خمینی، کتاب البیع، ۳۱۳/۲.

۳. روحانی، منهاج الفقاهه، ۱۲۰/۴.

۴. درس خارج فقه آیه الله شبیری زنجانی، ۱۳۹۳/۱۲/۱۰، پایگاه اینترنتی کتابخانه مدرسه فقاها

۲-۱-۴. جواز تغییر در اجزا به شرط تایید عرف بر انحلال پذیر بودن اجزای عقد

بر اساس دیدگاهی، اگر عقدی از نظر عرف، قابل تفکیک به اجزاء مختلفی باشد، می‌توان جزیی از آن را تنفیذ نمود و جزء دیگر را تنفیذ نکرد.^۱ اما اگر موضوع عقد واحد باشد، تنفیذ کننده یا باید کل عقد را بپذیرد یا کل آن را رد نماید.^۲ به دیگر سخن اگر معقود علیه، مرکب از اجزایی باشد که در نظر عرف معاملی، هر جزء آن موضوع مستقلی باشد، می‌توان تنفیذ در هر بخش را صحیح دانست.^۳ پس همه عقدها قابل تجزیه بر حسب اجزا نیستند.

برای نمونه، اگر مورد معامله، منزل مشخصی باشد، نمی‌توان آن را به اجزاء مختلف، تجزیه پذیر دانست که تنفیذ در بخشی از آنها صحیح باشد. ولی اگر مورد معامله یک فرش و یک لباس باشد، مالک می‌تواند پس از بیع فضولی تنها یکی از آن دو را تنفیذ نماید. به دیگر سخن، اگر تنفیذ به معنای اجازه انشاء بیع فضولی دانسته شود، لازم است که اجازه و مورد معامله یکی باشند ولی اگر اجازه به معنای اجازه دان مُنشاء باشد در این موارد باید به عرف رجوع نمود تا تجزیه پذیری ثابت گردد.

نمونه‌ای دیگر برای اثبات تفکیک ناپذیری برخی از عقود غیر نافذ با حق شفعه نمایان می‌گردد. مشهور فقیهان بر این باورند که شفیع نمی‌تواند حق شفعه را تنها در بخشی از سهم خویش، اعمال کند، بلکه یا باید از تمامی حق خویش، صرف نظر نماید یا حق خود را نسبت به تمامی سهم خود اعمال نماید.^۴ این استدلال مبتنی بر آن است که در نظر عرف حق شفیع نسبت به مال مشخص، حقی واحد دانسته می‌شود. به نظر می‌رسد در میان دو دیدگاه پیش گفته، این دیدگاه با ماهیت عرفی معاملات سازگاری بیشتری دارد.

بررسی و نقد

در خور توجه است که هر معقود علیه تجزیه پذیری را نمی‌توان نسبت به هر جزء، قیمت گذاری نمود. نمونه‌ای از ناروا بودن حکم به صحت تبعیض در تنفیذ را در مثال ذیل می‌توان جست: اگر شخصی ملکی را وقف نماید که یک ششم آن مزروعی و یک ششم آن مسکونی و بقیه آن لم یزرع باشد و این وقف بیش از میزان ثلث اموال و با تیت اضرار به ورثه باشد، صحت وقف او منوط به رضایت ورثه است. در این حالت نمی‌توان گفت اگر ورثه تنها یک ششم از وقف ملک را تنفیذ نماید، تنفیذ صحیح خواهد بود. چون ارزش ملکی با اوصاف پیش گفته نسبت به هر سدس آن متفاوت خواهد بود. بر این اساس، تبعیض پذیری در اجزاء به حکم عرف نیز نمی‌تواند سنجه‌ای عمومی و مشکل گشا برای دریافتن حکم تفاوت تنفیذ با عقد ابتدایی باشد.

^۱. برای نمونه ر.ک: موسوی خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۳۳۴؛ خمینی، تحریرات فی الفقه: کتاب البیع، ۲/ ۲۳۱؛ روحانی، منهاج الفقاهه، ۴/ ۱۲۰؛ معروف الحسنی، نظریه العقد فی الفقه الاسلامی، ۲۷۵.
^۲. حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ۱۲/ ۴۲۶-۴۲۷.
^۳. روحانی، منهاج الفقاهه، ۴/ ۱۲۰.
^۴. برای نمونه ر.ک: علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ۴/ ۵۷۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲/ ۳۱۰؛ محقق سبزواری، کفایه الفقه، ۱/ ۵۴۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۷/ ۳۲۵؛ اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه (گلیایگانی)، ۲/ ۷۸؛ موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ۱/ ۵۹۳.

۴-۱-۳. عدم جواز تغییر در اجزاء

ممکن است به نظر برسد که عدم اجازه مالک در بخشی از عقد، سبب بطلان معامله خواهد شد. چرا که مقصود در عقد، انعقاد پیمان، نسبت به مجموع مورد نظر است نه عقد جزء جزء آن. از لحاظ اینکه، «العقود تابعه للقصود»، باید قصد معامله محقق شود و چون با تبعیز در موضوع عقد، قصد اولیه محقق نمی‌شود، معامله باطل خواهد بود.

بررسی و نقد

باور به اینکه در عقد، اصلاً اجزاء مورد عقد، قصد نمی‌شود، نادرست است. در میان عرف، علت انعقاد تعداد قابل توجهی از معاملات، ویژگی خاصی است که در جزیی از عقد وجود دارد. از دیگر سو، قصد معامله کل، مستلزم معامله جزء نیز هست. از همین رو گفته شده است: «ما لا يقصد بيع جزئه لا يقصد بيع كله»^۱. و اگر مراد این باشد که آن جزء، مبیع باشد یا به این شرط باشد که در ضمن کل مبیع بیاید، نهایتاً معلوم نمی‌شود که آیا برآسه مبیع می‌باشد یا خیر؟ و این امر هیچ ضرری به معامله ندارد.

۴-۲. کاستن از شرایط

در این بخش، کوشش شده است تا حکم کاستن از شرائط عقد غیر نافذ در هنگام تنفیذ تبیین گردد.

۴-۲-۱. بطلان عقد با عدم تنفیذ شرط

بر اساس دیدگاه مشهور، اگر تنفیذ کننده، شروط ضمن عقد را تنفیذ نکند، عقد، باطل خواهد بود.^۲ دلیل عمده این دیدگاه آن است که عقد را نمی‌توان نسبت به شرط، انحلال پذیر دانست، چرا که شرط مانند اجزاء نیست.^۳ به دیگر سخن، نمی‌توان مانند اجزاء، جزیی از ثمن را در مقابل شرطی از شروط عقد قرار داد.^۴ چون شرط، جزء عقلی غیر قابل انفکاک نیست. تراضی طرفین در عقد غیر نافذ بر عقد مشروط واقع شده است و اگر شرط نباشد، مصداق «تجاره عن تراض» نخواهد بود. هم چنین، شرط، بخشی از ثمن معامله را به خود اختصاص می‌دهد، و اگر شرط نباشد، نمی‌توان آن بخش را به نحو دقیق محاسبه نمود، پس عدم تنفیذ شرط سبب جهل به ثمن خواهد شد. به همین سبب، معامله باطل خواهد بود. به دیگر سخن، عقد مشروط، تنفیذ نشده و آنچه تنفیذ شده مطلق است.^۵

بررسی و نقد

برخی از باورمندان به نظریه بطلان تنفیذی که شروط عقد ابتدایی را ندارد، در مباحث مربوط به شروط ضمن عقد دیدگاهی دیگر اتخاذ نموده اند. برای نمونه شیخ انصاری در مباحث مربوط به تعریف اقسام شرط وقتی به بحث تعذر شرط می‌رسد، بر این

^۱. نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ۱۴/۲۹۸.

^۲. برای نمونه ر.ک: انصاری، المکاسب، ۲/ ۲۲-۲۳؛ جزایری، هدی الطالب، ۵/ ۲۱۴؛ شهیدی، هدایه الطالب، ۲/ ۲۹۶؛ داود، احکام العقد فی

الفقه الاسلامی، ۳/ ۹۶؛ حیدر، در الاحکام شرح مجله الاحکام، ۱/ ۳۴۴.

^۳. قزوینی، ینایع الاحکام فی معرف الحلال و الحرام، ۵/ ۸۰۸.

^۴. حسینی حائری، فقه العقود ۲/ ۳۹۱.

^۵. قزوینی، ینایع الاحکام فی معرف الحلال و الحرام، ۵/ ۸۰۸.

باور است که در صورت تعذر شرط، مشروط له می تواند عقد را به دلیل تخلف شرط، فسخ کند یا اجرت آن عمل را مطالبه نماید. وی بر این باور است که شروطی که مالی در مقابل آن نمی توان قرار دارد، چنین است.^۱ نیک هویدا است که این دیدگاه با مبنای ایشان در مورد ابطال عقد به واسطه عدم تطابق تنفیذ با عقد مشروط، ناسازگار است. هم چنین ادعای اینکه بخشی از ثمن در مقابل شرط قرار دارد، پذیرفتنی نیست. چرا که ثمن در مقابل موضوع عقد قرار می گیرد نه در مقابل ماهیتی مرکب از مبیع و شرط که هر کدام نقش استقلالی داشته باشند.

۴-۲-۲. جواز به نحو مطلق

این دیدگاه وجود دارد که عدم تطابق تنفیذ با شرائط مفاد عقد، موجب بطلان آن نخواهد بود.^۲ چرا که ماهیت شرط از ماهیت عقد مستقل است. در این نظریه، شرط، التزام مستقلی در ضمن التزام عقد بوده و می توان موضوع عقد را از شرط تفکیک نمود. عدم تنفیذ یک التزام سبب اخلال در التزام دیگر نمی شود.^۳ این تحلیل توسط برخی فقهاء با کاربست عبارت «التزام فی التزام» در توصیف شرط، بیان شده است. به این بیان که شرط به معنای امری نیست که عقد بر آن معلق باشد، چرا که به اتفاق فقیهان، عقد معلق باطل است. در حقیقت شرط به معنای التزامی در التزام دیگر است. به این بیان که نفس عقد، سبب ایجاد تعهد و التزام نسبت به طرف مقابل می شود و در ذات آن تعلیقی وجود ندارد. با افزودن شرط، این التزام، موضوع التزام دیگری - یعنی عمل به شرط - قرار می گیرد. پس نفی التزام دوم، ضرری به التزام اول - یعنی عقد - وارد نمی سازد.

بررسی و نقد

به نظر می رسد معنای عبارت «التزام فی التزام» این نیست که دو التزام از هم کاملاً مستقل باشند. بلکه این دو التزام به هم مرتبط هستند. اساساً شرط به معنای چیزی است که میان دو شیء یا پدیده ارتباط برقرار می کند. معنای التزام به شرط، آن است که التزام به فسخ نکردن عقد از سوی مقابل، معلق بر تحقق شرط است نه اینکه خود عقد معلق باشد.^۴ به دیگر سخن، عدم فسخ بیع به تحقق شرط وابسته است. اگر بتوان گفت که شرط و عقد، دو التزام مستقل هستند، عمل به هر یک به نحو استقلالی جائز خواهد بود. اما اگر چنین نباشد، نمی توان این دو را منفک از هم دانست. اساساً در عقود، طرفین، زمانی به عقد راضی می شوند که شرط، رعایت شود. اگر بنا بود که شرط، ماهیتی مستقل از عقد داشته باشد، درج آن در متن عقد، لغو می بود.

^۱. انصاری، مکاسب (دار الذخائر)، ۳/ ۴۱-۴۱۲.

^۲. یزدی، حاشیه مکاسب، ۱/ ۱۶۰؛ نایینی، منیه الطالب، ۱/ ۲۵۹؛ حجت کوه کمره ای، کتاب البیع، ص ۴۰۷؛ حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه،

۲۴۹.

^۳. حکیم، عقد الفضولی، ص ۲۳؛ روحانی، منهاج الفقاهه، ۴/ ۱۲۰-۱۲۱؛ قدری پاشا، مرشد الحیوان، ۲/ ۶۳۸.

^۴. خویی، مصباح الفقاهه، ۴/ ۲۳۱.

۳-۲-۴. تفصیل میان شرط به نفع مالک یا اصیل

کسانی از فقیهان بر این باورند که اگر شرط به نفع مالک باشد و مالک آن را تنفیذ نکند، تنفیذ او در مابقی شرایط و اجزاء معامله صحیح است.^۱ ولی اگر شرط به نفع اصیل باشد دو حالت رخ می‌دهد: (۱) یا مالک آن را رد می‌نماید و اصیل با وجود رد مالک، معامله را می‌پذیرد و یا (۲) مالک شرط را رد می‌کند و اصیل، معامله بدون شرط را نمی‌پذیرد. تنها در این حالت است که رد شرط از طرف مالک، سبب عدم تنفیذ معامله به نحو کلی خواهد شد.^۲ به دیگر سخن، اگر شرط، حقی را برگردن مالک ایجاد کرده و به نفع اصیل باشد، عدم تنفیذ شرط توسط مالک، سبب صحت تنفیذ خواهد بود و حق خیار برای اصیل، ثابت است. چرا که این حالت، مانند تعذر شرطی است که در ایجاب و قبول در عقود در نظر گرفته می‌شود. در حالت تعذر شرط، معامله اساساً باطل یا غیر نافذ نخواهد بود، بلکه تنها برای اصیل، خیار وجود دارد.^۳ از همین روست که می‌گویند، شرط فاسد سبب فساد عقد نیست مگر آنکه سبب اختلال در یکی از ارکان عقد گردد.

برخی معتقدند که عدم تنفیذ شرطی که به نفع اصیل است، سبب جریان خیار تخلف از شرط خواهد بود نه به معنای رد عقد غیر نافذ.^۴

نقد و بررسی

تفصیل میان شرط به نفع تنفیذ کننده و اصیل تنها زمانی صحیح است که تنفیذ کننده از روی تفضّل، شرطی که به نفع اوست را نادیده بگیرد. اما حالاتی متصور است که تنفیذ کننده به دلایل دیگری نمی‌خواهد که اصیل، شرط را به جا آورد. یا اینکه اصیل نمی‌پذیرد که به او تفضّل شود. برای نمونه، نمی‌خواهد مالک به مشقت بیفتد. یا تفضّل بر خود را مایه منقصت شخصیتی می‌داند. هم چنین، اسقاط حق زمانی متصور است که حقی برای یکی از طرفین مستقر شده باشد. در معاملات غیر نافذ با شرط به نفع مالک، اگر تنفیذ بدون این شرط باشد، اساساً حقی برای او مستقر نشده که بخواند آن را اسقاط نماید. در این حالات میان تنفیذ و عقد تطابقی وجود نخواهد داشت. از این رو نمی‌توان پذیرفت که همیشه شرط به نفع مالک، قابلیت عدم تنفیذ از سوی وی را دارد.

۴-۲-۴. صحت تنفیذ در صورت حکم عرف به انحلال پذیری شرط از مشروط

شبهه آنچه درباره صحت تنفیذ در اجزاء گفته شده، این دیدگاه وجود دارد که اگر عرف به انحلال پذیری شرط از مشروط حکم نماید، عدم تنفیذ شرط به صحت تنفیذ در مشروط صدمه نخواهد زد.^۵ به دیگر سخن، اگر عرف، شرط را از عناوین مبیع بدانند،

۱. یزدی، حاشیه المکاسب (یزدی)، ۱/ ۱۶۰؛ نایینی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ۲/ ۱۰۲-۱۰۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۳/ ۲۲۰؛ معروف الحسینی، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، ۲۷۵.

۲. میلانی، کتاب البیع، ۴/ ۲۱۵؛ روحانی، منهاج الفقاهه، ۴/ ۱۲۲-۱۲۳؛ سبحانی، احکام البیع فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ۲/ ۳۸؛ محقق داماد، نظریه عمومی عوض در حقوق اسلامی، ۲۱۱.

۳. نایینی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ۲/ ۱۰۳.

۴. روحانی، منهاج الفقاهه، ۴/ ۱۲۱.

۵. موسوی خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۳۱۴؛ خمینی، تحریرات فی الفقه: کتاب البیع، ۲/ ۲۳۲؛ قدری پاشا، مرشد الحیوان، ۷۰۱/۲.

تخلف از آن موجب بطلان عقد غیر نافذ خواهد بود.^۱ برای نمونه، اگر در عقد غیر نافذ شرط شود که برنج ایرانی تحویل مشتری می‌گردد و مالک، ایرانی بودن برنج را نپذیرد، تنفیذ و در نتیجه عقد اولی باطل خواهند بود. در این دیدگاه، ضابطه کلی آن است که اگر عدم پذیرش شرط سبب غرر شود، مالک نمی‌تواند تنها عقد مجرد از شرط را تنفیذ نماید.^۲ به نظر می‌رسد این دیدگاه به دیدگاه تفصیل شرط به نفع مالک یا اصیل نزدیک شده است و مبنای آن همان اصل عدم زیان به اصیل است.

بررسی و نقد

عمل به شرطی که قابل تفکیک از عقد است، به سان عمل به التزامی فرعی در ضمن التزامی اصلی (وجوب وفای به عقد) خواهد بود. به نظر می‌رسد نظریه عرف درباره قابلیت موضوع عقد از شروط آن، سبب کاستن از هرج و مرج در نظام معاملی آدمیان می‌شود. از این نظر، در میان نظریات پیش گفته، نظریه اخیر ترجیح خواهد داشت. اما همان اشکالات پیش گفته درباره کاستن از اجزاء عقد، در این مورد نیز جاری خواهد بود.

۳-۴. دیدگاه برگزیده

بر اساس آنچه گفته شد هر یک از دیدگاهها درباره حکم مغایرت تنفیذ با مفاد عقد دارای اشکالاتی بودند. به نظر می‌رسد که تبعیض پذیری اجزاء را نمی‌توان به نحو تام وابسته به حکم عرف دانست. برای نمونه در وصیت افزون بر ثلث، اگر برخی از ورثه، اجازه دهند و برخی دیگر اجازه ندهند، اجازه برخی سبب تنفیذ در همان حصه خودشان است،^۳ حتی اگر از نظر عرف، مبیع قابل تفکیک نباشد. پس نمی‌توان عرف را داوری پیوستار دانست.

رویکرد دیگری برای تشخیص اوصاف موضوع عقد، قابل تصور است که مبتنی بر همان عقد خارجی است و به ویژگی‌های نوعی توجهی ندارد. در این رویکرد، برای تشخیص اوصاف اساسی موضوع هر معامله باید به قصد طرفین آن رجوع نمود. به دیگر سخن، وصفی را می‌توان وصف اساسی موضوع عقد دانست که دو طرف عقد آن را وصف اساسی بپندارند. در این دیدگاه، خصوصیت مورد نظر طرفین است که در نظر آنان، ماهیت خاص مورد عقد را شکل می‌دهد و موضوع آن را از سایر موضوعات متمایز می‌گرداند.^۴ برای نمونه ممکن است که در خرید یک خودرو، نام تجاری آن مد نظر باشد و در خرید یک فرش دستباف، محل بافت آن در قامت وصف اساسی باشد.

اگر ملاک در تفکیک پذیری عقد، نظریه عرف باشد، تئوری شخصی بودن معامله بر اساس دیدگاه دو سوی آن، مخدوش خواهد بود. توضیح اینکه قصد طرفین برای انعقاد عقد و تراضی آنها برآمده از انگیزه‌های شخصی است و نمی‌توان نظریه عرف را داوری پیوستار درباره قصد طرفین دانست. در موارد فروانی مشاهده می‌شود که مورد معامله قابل تفکیک است اما قصد معامله، نقل

۱. شریف، شرط در آیین فقه و حقوق، ۳۳۷.

۲. موسوی خمینی، کتاب البیع، ۳۱۶/۲.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ۲۷۴/۲۸.

۴. کاتوزیان، اعمال حقوقی، ۹۷.

و انتقال شیء واحدی است. به دیگر سخن، انضمام اجزاء شیء در بیشینه معاملات موضوعیت دارد. لذا نمی توان به نحو مطلق پذیرفت که تنفیذ بخشی از معامله ای که به حکم عرف تجزیه پذیر است، صحیح باشد.

درباره کاستن از اجزاء عقد، دیدگاه برگزیده آن است که اگر عقد بر حسب اراده طرفین عقد غیر نافذ، تفکیک پذیر تلقی شود، تنفیذ بخشی از اجزاء آن صحیح خواهد بود و برای اصیل، خيار تبعض صفقه وجود دارد. و اگر بر اساس اراده طرفین، تفکیک پذیر نبود، تنفیذ و در نتیجه عقد باطل است. نقش آفرینی عنصر اراده را در عدم مخالفت شرط ضمن عقد با مقتضای ذات عقد نیز می توان دید. به این بیان که شروط مورد نظر در معاملات نباید با نتیجه و اثر مستقیمی که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد می کنند مخالف باشد.^۱ در موارد اختلاف طرفین بر تفکیک پذیر بودن عقد باید به نظریه عرفی مراجعه کرد، چرا که در این موارد، نسبت به تفکیک پذیر بودن عقد، میان اراده ها از ابتدا سازگاری وجود نداشته و تنها تصور می شد که سازگاری وجود دارد. بهترین مرجع داوری در این موارد، دیدگاه عرف خواهد بود. از این رو شایسته است با پذیرش نظریه «شخصی بودن مورد معامله بر اساس اراده طرفین» از ابتدا به نظر آنها رجوع نمود و در صورت ناسازگاری دیدگاههای به نظریه عرفی رجوع کرد.

درباره شرائط نیز باید توجه داشت که شروط به دو قسم ذیل قابل افراز هستند:

(۱) شروطی که قیدی برای موضوع عقد هستند و مطلوبیت تحقق آن اولاً و بالذات است. به دیگر سخن، شرط از اوصاف

متحد الوجود عوض و معوض یا از ذاتیات آن دو است. مانند اینکه شرط شود که برنج ایرانی تحویل خریدار گردد

(۲) شروطی که قیدی برای بیع بوده و از قبیل التزام در التزام شمرده می شوند. مانند اینکه خانه ای فروخته شود و شرط گردد که حج نیابتی از طرف مالک آن به جا آورده شود.

در صورت اول، عدم تنفیذ شرط سبب بطلان عقد خواهد شد. چرا که یکی از اهداف مشتری از عقد، تحقق همان شرط است. و نمی توان عقد را به ذات موضوع عقد و شرط آن، تفکیک نمود. اما در صورت دوم، دو التزام مستقل وجود دارد و تخلف در یکی سبب انحلال التزام دیگر نمی شود. بلکه عدم تنفیذ شرط، سبب استقرار خيار تخلف از شرط برای اصیل خواهد بود. پس در عقود که شرط در آنها به عنوان یکی از اغراض شکل گیری قرار داد، شناخته می شود، عدم تنفیذ شرط به معنای ردّ عقد غیر نافذ خواهد بود. ولی در عقود که شرط در آنها قابل تفکیک از موضوع عقد باشد، عدم تنفیذ شرط سبب ردّ عقد به نحو مطلق نخواهد بود. بلکه عقد بدون آن شرط، مورد تأیید تنفیذ کننده است و اگر اصیل آن را بپذیرد، مانعی ندارد و در صورت عدم پذیرش، خيار تخلف از شرط برای او وجود خواهد داشت.

به نظر می رسد که شخصی بودن اوصاف اساسی با واقعیت خارجی گستره عقود رایج تطابق بیشتری دارد. چرا که اگر اشتباه به خاطر معلول ساختن اراده، سبب بطلان عقد می گردد، نمی توان پذیرفت اشتباه در وصفی که برای طرفین کوچکترین اهمیتی ندارد، موجب بطلان شود. هم چنین نمی توان پذیرفت که طرفین عقد، در صفتی که از دیدگاه عرف چندان مهم نیست ولی برای طرفین عقد مهم است، ملزم به عقد باشند. سزایمند یادکرد است که مواردی چون قیمت معامله در شمار اوصاف آن قرار دارند.

^۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۳؛ شاذلی، نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ۲۰۴.

در پایان پیشنهاد می‌شود که مباحث مربوط به افزودن جزء یا شرط از سوی تنفیذ کننده نیز در پژوهشی مستقلی مورد بررسی قرار گیرد. موضوعاتی چون کاشف یا ناقل بودن گونه‌های مختلف تنفیذ، ماهیت‌شناسی تنفیذ از نظر عمل حقوقی یا واقعی حقوقی بودن، نقش اشتباه و اکراه در تنفیذ انواع عقود غیر نافذ و نیز دسته بندی عقود مراعی و عقود موقوف، همچنان نیازمند پژوهش‌های مستقلی هستند.

نتیجه گیری

بر اساس آنچه گفته شد، دستاوردهای نوشتار حاضر به شکل ذیل قابل ارزیابی هستند:

۱. تغییر در اجزاء به سه دلیل احتمالی، مجاز خواهد بود که عبارتند از: امکان پذیری انحلال عقد به عقود متعدد، شباهت تنفیذ به عقد ابتدایی و تنظیر به بیع مشترک. اشکال بنیادین استناد به این ادله آن است که پیوند مجموع اجزاء موضوع عقد در آنها نادیده انگاشته شده است.
۲. تجزیه پذیر بودن عقد به حکم عرف را نمی توان دست مایه حکم به صحت مورد معامله قرار داد. چرا که در برخی عقود غیر نافذ مانند وقف مجموعی از اموال به ضرر دیان، با وجود تجزیه پذیر بدن اموال، حکم به صحت تنفیذ بخشی از اموال توسط بخشی از صاحبان حق، نادرست خواهد بود.
۳. بطلان عقد به سبب عدم تنفیذ شروط آن نیز حکمی نا استوار می‌نماید. چرا که خیار تخلف از شرط در بسیاری از عقود غیر نافذ قابل جریان بوده و صحت آنها را با خللی مواجه نمی‌سازد.
۴. شرط و عقد را نمی توان در همه عقود، دو التزام مستقل از هم در نظر گرفت. چرا که در بسیاری از عقود، انگیزه اصلی از قبول طرفین، تحقق شرط است. از این رو نظریه جواز مطلق عدم تطابق شروط با مفاد عقد غیر نافذ، ناروا ارزیابی می‌گردد.
۵. مهمترین عامل در ایجاد پیوند معاملی، اراده طرفین عقد است. پس اگر در موردی اراده طرفین بر یکپارچه بودن موضوع عقد، انگیزه‌ای برای انعقاد آن باشد، نمی توان در هنگام تنفیذ از این اراده تخلف نمود. تنها در موارد ایجاد اختلاف طرفین عقد غیر نافذ بر تفکیک پذیری عقد از نظر اجزاء شرایط، می توان به داوری عرف مراجعه نمود.

منابع و مأخذ

• قرآن مجید.

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، کمال الدین و تمام النعمه، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۵ق.
۲. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، رد المختار علی در المختار، بیروت، دوم، دار الفکر، ۱۴۱۲ق.
۳. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
۴. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
۵. ازهری، محمد بن احمد، تهذیب اللغة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ق.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه (گلپایگانی)، قم، مهر استوار، ۱۳۹۳.

۷. اصفهانی، محمد حسین، «حاشیه المکاسب (اصفهانی)»، قم، ذوی القربی، ۱۴۲۷ق.
۸. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ۱۳۴۰.
۹. انصاری شوشتری، محمد علی، الموسوعه الفقهيہ الميسره و يليها المعجم الاصولی قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
۱۰. انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ق.
۱۱. ایروانی، علی، «حاشیه المکاسب (ایروانی)»، قم، نجفی، ۱۳۷۹ق.
۱۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب (آخوند)، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۰۶ق.
۱۳. باقری، احمد و زهره نیک عمل، (۱۳۹۷)، «بطلان عقد مکروه و نقد نظریه عدم نفوذ با رویکرد اصلاح مواد ۲۰۹ و ۳۴۶ قانون مدنی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۸، پاییز و زمستان، صص ۸۳-۱۰۲.
۱۴. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب فی شرح المکاسب، قم، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، ۱۳۸۹.
۱۵. جزایری، سید محمد جعفر، هدی الطالب الی شرح المکاسب، قم، طلیعه النور، ۱۴۱۶ق.
۱۶. جزایری، سید محمد، هدی الطالب الی شرح المکاسب، قم، طلیعه النور، ۱۴۱۴ق.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «حقوق مدنی؛ رهن و صلح»، تهران، سوم، گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق: دائره المعارف عمومی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۲۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۳۷۶ق.
۲۱. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
۲۲. حجت کوه کمره ای، محمد، کتاب البیع (حجت)، قم، اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۲۳. حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود: دراسه مقارنه بین الفقه الاسلامی و الفقه الوضعی، قم، چاپ دوم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
۲۴. حسینی عاملی، سید محمد جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط قدیمه)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۵. حکیم، سید عبدالهادی بن سید محسن، عقد الفضولی فی الفقه الاسلامی، قم، دار الذخائر الاسلامیه، ۱۴۴۰ق.
۲۶. حکیم، سید محسن، مستمسک العرف الوثقی، تهران، دار التفسیر، ۱۳۷۴.
۲۷. حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۲۸. حیدر، علی، در الحکام شرح مجله الاحکام، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۲۹. خادمی آراسته، محمد حسین و همکاران، (۱۳۹۹)، «اثر حقوقی اشتباه در تنفیذ یا رد معامله فضولی»، مطالعات حقوقی معاصر، شماره بیستم، بهار و تابستان، صص ۱۴۱-۱۶۷.
۳۰. خمینی، سید مصطفی، تحریرات فی الفقه: کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.

۳۱. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، تقریرات محمد علی توحیدی تبریزی، قم، شیخ مهدی حاجیان، ۱۴۰۳ق.
۳۲. داود، احمد محمد علی، احکام العقد فی الفقه الاسلامی و القانون المدني، بیروت، دار الثقافة، ۱۴۳۲ق.
۳۳. رفیعی، احمد رضا، (۱۳۸۰)، «بررسی صحت یا بطلان عقد مکره»، پژوهشنامه متنی، شماره ۱۰، بهار، صص ۱۳۹-۱۶۶.
۳۴. روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاهه التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
۳۵. سبحانی، جعفر، احکام البیع فی الشریعه الاسلامیه الغزاة، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۳۸۷.
۳۶. شاذلی، حسن علی، نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ریاض، دار کنوز اشبیلیا، ۱۴۳۰ق.
۳۷. شریف، احمد، شرط در آئینه فقه و حقوق، تهران، کمال الملک، ۱۳۸۷.
۳۸. شریفی فر، محمد رضا، تأثیر اشتباه و اکراه بر اراده، تهران، پژوهاک عدالت، ۱۴۰۰.
۳۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک لافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۴۰. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، قم، دار الکتاب، بی تا.
۴۱. شهیدی، مهدی، اصول قرار دادها و تعهدات، تهران، دوم، ۱۳۸۱.
۴۲. شهیدی، میر فتاح، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، قم، دار الکتاب، بی تا.
۴۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
۴۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم، دوم، هجرت، ۱۴۰۹ق.
۴۵. قدری پاشا، محمد، مرشد الحيوان الی معرفه احوال الانسان فی المعاملات الشرعیه، قاهره، دار السلام، ۱۴۳۲ق.
۴۶. قزوینی، علی بن اسماعیل، ینایع الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۴ق.
۴۷. کاسانی، محمد بن مسعود، بدائع الصنائع، بیروت، دوم، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
۴۸. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۴۹. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
۵۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قرار دادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۹.
۵۱. کریمی، عباس، (۱۳۹۱)، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه علمی - پژوهشی دیدگاههای حقوق قضایی، صص ۱۵۷-۱۸۸.
۵۲. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، (۱۳۹۵)، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۴، زمستان، صص ۶۸۳-۷۰۲.
۵۳. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۸۸.

۵۴. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی عوض در حقوق اسلامی، تهران، انتشارات سخن با همکاری مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۲.
۵۵. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایه الفقه، قم، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۳۸۱.
۵۶. معروف الحسنی، هاشم، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب عیه السلام، ۱۴۲۵ق.
۵۸. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳.
۵۹. موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۹۲.
۶۰. موسوی خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵.
۶۱. میلانی، سید محمد هادی، کتاب البیع (میلانی)، قم، مرکز الحقائق الاسلامیه، ۱۴۲۹ق.
۶۲. نایینی، محمد حسین، مکاسب و البیع، تقریرات محمد تقی آملی، قم، جامعه مدرسین فی حوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۶۳. نایینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، جامعه المدرسین فی حوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
۶۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۶.
۶۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ق.
۶۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۹۲.
۶۷. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالله، «حاشیه مکاسب (یزدی)»، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.

منابع اینترنتی

۱. دروس خارج فقه آیه الله شبیری زنجانی، به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۰. پایگاه اینترنتی مدرسه فقاها به آدرس:

<https://eshia.ir/feqh/archive/text/shobeiry/feqh/93/931210>