

مبانی فسخ قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران

مصطفی‌السان*

لیلا نجفی‌زاده**

میرمهدی حسینی اشلقی***

حسین صبوری****

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۷/۰۳

چکیده

انواع مختلف اختیارات اقتضا می‌کند که برای عوامل مختلف فسخ قرارداد مبانی متناسبی وجود داشته باشد. در خصوص مبانی قابل طرح برای فسخ عمل حقوقی، مبانی حاکمیت اراده، قاعده لاضرر و نظریه تقابل تعهدات از همه بیشتر کارآیی دارند. این نوشتار به بررسی فقهی و حقوقی این موضوع می‌پردازد که انواع مختلف اختیارات در نظام حقوقی کشورمان بر چه مبناهایی استوار می‌باشند. این بررسی از جمله نشان خواهد داد که آیا با برطرف شدن مبنای اختیار، حق فسخ ناشی از آن نیز از بین می‌رود یا پابرجا می‌ماند و در این راستا مواد مرتبط در قانون مدنی نیز مورد نقد و بحث قرار خواهند گرفت. در مورد آن دسته از اختیاراتی که مبتنی بر لاضرر می‌باشند، این بحث مطرح می‌شود که آیا با دفع ضرر، اختیار ساقط می‌گردد یا همچنان باقی است. موضع قانون مدنی به تبعیت از فقه در مورد چنین اختیاراتی همواره یکسان نیست. مقاله حاضر به بررسی رابطه لاضرر و دفع زیان با بقا یا سقوط اختیار نیز خواهد پرداخت.

واژگان کلیدی: حاکمیت اراده، لاضرر، تقابل تعهدات، فسخ، مبانی، فقه و حقوق.

*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسؤل).

m_elsan@sbu.ac.ir

**دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی.

najafizadehleila@gmail.com

***کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال.

mir.mehdi.hosseini22@gmail.com

****کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان.

sabouri145@gmail.com

مقدمه

قرارداد، یکی از بهترین نتایج اقدام ارادی حداقل دو شخص است که در نتیجه آن، آثار حقوقی به وجود می‌آید. قرارداد از آن جهت از سایر اعمال ارادی متمایز می‌شود که بدون این که در عالم ماده اتفاقی روی داده باشد ممکن است اثر اراده طرفین نمود خارجی و عینی پیدا کند. از این رو، در دنیای حقوق حاکم بر قراردادهای قول، فعل و یا اشاره است که نهادی را به وجود می‌آورد و موجب تحوّل یا تغییر در بسیاری از روابط و امور شهروندان می‌شود.

از گذشته دور، نهاد قرارداد به عنوان صلح‌آمیزترین طریق قابل تصوّر برای ایجاد رابطه میان مردم و دخل و تصرف توافقی آنها در امور و اموال یکدیگر بوده است. کارایی این نهاد و نقش عمده‌ای که در همزیستی مسالمت‌آمیز داشته، بشر را به سوی تنوع عقود و راه‌های اجرای تعهدات ناشی از آن کشانیده است، به گونه‌ای که امروزه می‌توان از انواع مختلفی از قراردادهای با تعهدات یک یا دو یا چند طرفه، قالب‌های مختلف و آثار گوناگون سخن به میان آورد.

اما همه تعهدات پس از توافق به مرحله اجرا نمی‌رسند. در حقیقت، موارد نسبتاً نادری وجود دارد که در آنها به هر دلیل، اجرای عقد با اختلال روبه‌رو شده و در نتیجه، قرارداد پیش از اجرا یا در حین آن منحل می‌شود. انحلال عقد ممکن است ناشی از توافق طرفین آن، اراده یا اختیار قانونی یکی از طرفین و یا به حکم منحصر قانون و بدون اراده طرفین باشد. در میان عوامل انحلال، آنچه که در این تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرد، «فسخ» می‌باشد که در مفهوم عام و خاص دارای معانی نسبتاً متفاوتی است. لذا این نوشتار، پس از بیان کلیات، به تحلیل فسخ بر مبنای حاکمیت اراده، تحلیل فسخ بر مبنای قاعده لاضرر و تحلیل فسخ بر مبنای نظریه تقابل تعهدات خواهد پرداخت.

۱. مفاهیم و تعاریف

فسخ، نتیجه استفاده‌ی ذی‌حق از حقی است که شخص فسخ‌کننده دارای آن بوده است. بنابراین، برای تحقق هر فسخی، پیش‌زمینه‌ای به نام «حق فسخ» متصوّر است، بدین معنا که تنها کسی می‌تواند عقد را فسخ کند که چنین حقی به وی اعطا شده باشد. چنین حقی با توجه به این که منشأ اعطای آن چه کسی باشد می‌تواند بر مبنای متفاوتی استوار شود.

برای مثال، حق فسخ قانونی با حق فسخی که با توافق طرفین به وجود می‌آید، از حیث چرایی تفاوت دارد. اما پیش از ورود به بحث باید دید که مقصود از حق فسخ، فسخ و عقود قابل فسخ چه می‌باشد.

۱-۱. حق فسخ

وجود حق، پشتوانه عمل قانونی اختیاری می‌باشد؛ به عبارت دیگر، وجود حق است که انجام عمل را توجیه می‌کند. بنابراین، ابتدا باید حقی وجود داشته باشد تا بر اساس آن و در صورت وجود شرایط بتوان فسخی را انجام داد. حق فسخ در مفهوم عام عبارت از حقی است که به موجب قانون یا توافق به یکی از طرفین قرارداد داده می‌شود تا در صورتی که بخواهد از آن استفاده کند و از تاریخ فسخ به قراردادی که صحیحاً منعقد کرده است خاتمه دهد. بنابراین، حق فسخ دارای شرایطی به شرح زیر است:

اولاً، به دلیل تفاوت فسخ و اقاله، حق فسخ به‌طور مستقل به هر یک از طرفین تعلق می‌گیرد؛ چراکه حق فسخ عبارت از حق یک طرف یا شخص ثالث (به نمایندگی از همان طرف) برای پایان دادن به قرارداد است. در صورتی که طرفین با توافق خویش به عقد پایان دهند، به جای فسخ باید از «اقاله» سخن گفت که البته دارای تمام آثار فسخ می‌باشد.

ثانیاً، حق فسخ ممکن است برای هر دو طرف قرارداد و یا شخص ثالثی که از سوی ایشان معرفی شده است وجود داشته باشد. دخالت ثالث نیز ممکن است در قالب «خیار شرط»، حسب مورد به شرط «مشورت»^۱ یا اقدام مستقل شخص ثالث باشد.

۱-۲. فسخ

«فسخ» در اصطلاح حقوقی عبارت است از «پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث» (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۹۵). بنابراین، «فسخ» یکی از عواملی است که منجر به سقوط تعهدات ناشی از قرارداد می‌شود. برای انجام فسخ، وجود قرارداد مقدم، شرط لازم می‌باشد؛ زیرا چنانکه گفته شد، با فسخ، هستی حقوقی یک قرارداد خاتمه می‌یابد؛ پس لازمه آن وجود قرارداد می‌باشد. لذا اگرچه این امر مورد بررسی

۱. شهید ثانی در این خصوص از اصطلاح «مؤامره» به معنای «مشاوره» استفاده کرده است (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۴، ق).

قرار گرفته است که آیا فسخ به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات به طور کامل به شمار می‌آید یا خیر، اما در این مورد نباید تردید داشت که فسخ به هیچ وجه عامل سقوط تعهدات در مفهوم کلی آن به نحوی که منحصر به قراردادها نباشد نیست. در فقه اسلامی به جای حق فسخ از واژه «خیار» استفاده می‌شود.^۱ خیار در لغت، مصدر ثلاثی مزید عربی از ریشه «خیر» و از باب مفاعله (مخایره) است و از آن به اختیار فسخ معامله تعبیر می‌شود. از فسخ به عنوان «حق» یاد می‌شود؛ لذا دارنده می‌تواند آن را اعمال کرده یا از اعمال آن صرف‌نظر نماید.

۱-۳. عقود قابل فسخ

تشخیص عقودی که بحث «فسخ» به مفهوم اصطلاحی در خصوص آنها مطرح می‌شود مستلزم شناسایی عقود جایز و عقود لازم است؛ چراکه در عقود جایز - مطابق تعریف ماده ۱۸۶ ق.م - هر یک از طرفین می‌تواند آن را به هم بزند.^۲ لذا مفهوم فسخ اصطلاحی که شرایط خاصی برای تحقق آن مطرح باشد در مورد عقود جایز وجود ندارد؛ در حالی که ماده ۱۸۵ ق.م در تعریف عقد لازم می‌گوید: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». همچنین، ماده ۲۱۹ این قانون در تکمیل آثار عقد لازم و التزام عقود مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود»، هرچند که ماده مذکور، از حیث این که قراردادها ایجاد التزام می‌کنند، به عقود لازم اختصاص ندارد و تمامی عقود را دربر می‌گیرد.

بنابراین، در مورد عقود جایز، از آن جهت که هر یک از طرفین در هر زمان که بخواهد می‌تواند آن را به هم بزند، نیازی به استناد به خیار خاص برای فسخ عقد وجود ندارد. در نتیجه، اگر برای مثال موکل در عقد وکالت دچار تدلیس از ناحیه وکیل شده باشد می‌تواند عقد را بدون استناد به خیار تدلیس، به دلیل جایز بودن ماهیت آن برهم بزند؛ زیرا استناد به خیار خاص در شرایطی که امکان عمومی انحلال عقد جایز وجود دارد صرفاً «تحصیل

۱. یکی از مشهورترین کتب فقهی راجع به معاملات که بخش عمده‌ای از آن به طور خاص به اختیارات اختصاص یافته، کتاب «المکاسب» مرحوم شیخ انصاری است (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۲۲ق).

۲. ماده ۱۸۶ ق.م بیان می‌دارد: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند».

حاصل» محسوب می‌شود.

در عین حال، اگر عقد جایز در قالب شرطی در ضمن عقد لازم قید شده باشد می‌توان برای برهم زدن آن به یکی از انواع مختلف اختیارات استناد کرد؛ زیرا حق فسخ قرارداد اصلی، لوازم و ملحقات و شروط ضمن آن را شامل می‌شود و خیار نسبت به عقد اصلی، عقد ضمن آن را نیز بی‌اعتبار می‌سازد.

۲. تحلیل فسخ بر مبنای حاکمیت اراده

چنانکه برخی از حقوقدانان گفته‌اند، «فسخ» انشای یک طرفه انحلال قرارداد و تعهد و در حقیقت مانند ابراء و اعراض، نوعی ایقاع می‌باشد (ر.ک: شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۹۶). بنابراین، به هنگام اعمال حق فسخ، شخص با اراده خویشتن عقد لازمی را که یکی از طرفین آن بوده است و یا به عنوان ثالث و با توافق طرفین، از یکی از طرفین عقد اختیار دارد، بر هم زند. با توجه به آنچه گفته شد، اشکال عمده در آن نیست که ذو الخیار چگونه حق فسخ خود را اعمال می‌کند، بلکه پرسش آنجا است که چرا برای شخص، حق فسخ عقدی به وجود می‌آید که لازم‌الاتباع و اصولاً غیر قابل انحلال است؟ پاسخ به این پرسش، تعیین‌کننده یکی از مبانی مهم قابل طرح در خصوص مبنای فسخ خواهد بود.

۱-۲. مفهوم اصل حاکمیت اراده

به موجب این اصل - که از قرن نوزدهم و از اوایل قرن بیستم به عنوان یکی از مبانی مطرح برای بازسازی یا بازبینی روابط اجتماعی مد نظر قرار گرفته است - شهروندان باید در انعقاد یا عدم انعقاد هر نوع عقدی، آزاد گذاشته شوند و قانون نباید انعقاد عقد خاصی را به ایشان تحمیل نماید. این اصل، پشتوانه محکمی برای اصل لزوم قراردادهای به شمار می‌آید. به عنوان مثال، وقتی که در بند ۱ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه گفته می‌شود «توافق‌هایی که به نحو مشروع شکل گرفته‌اند، در حکم قانون است»، علت التزام آن است که دو یا چند طرف با اراده خود قصد التزام حقوقی داشته‌اند و لذا قانون نمی‌تواند چنین التزامی را به ایشان تحمیل نماید.

اصل حاکمیت اراده متضمن آثار و احکام عمده‌ای از جمله «اصل آزادی قراردادی» می‌باشد. البته آزادی طرفین در انعقاد قرارداد و محتوای آن به شدت تحت تأثیر قواعد آمره قرار دارد (Barry, 1992, p.32)؛ چراکه برای مثال، فسخ قراردادهایی که به‌طور

غیرمنصفانه^۱ منعقد شده‌اند یا قراردادهایی که اجرای آنها با حقوق مصرف‌کننده^۲ تعارض دارد، در حقوق انگلیس به موجب قوانین خاص^۳ به رسمیت شناخته شده‌اند و در این موارد، حق فسخ قرارداد یا امکان ابطال آن، بدون این که ریشه^۴ توافقی و ارادی داشته باشد، ناشی از حکم قانون است.

۲-۲. حاکمیت اراده در فسخ

بوجود آمدن حق فسخ قرارداد، در بسیاری از موارد ناشی از اراده طرفین آن می‌باشد؛ به عبارت دیگر، علی‌رغم لازم بودن عقد، طرفین توافقی می‌کنند که در صورت اثبات وجود یا فقدان وضعیت معینی در خود عقد یا شرایط ضمن آن و یا موضوع مورد معامله، شخصی که از این وضعیت متضرر می‌شود حق فسخ آن را داشته باشد. در اثبات این امر شاید بتوان به ماده ۲۸۳ ق.م.ا استناد کرد که مقرر می‌دارد: «بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند».

حدود التزام طرفین، در اصل به موجب عقد تعیین می‌شود و البته عرف تا حدودی که خلاف آن توافق نشده و مرتبط با مفاد تراضی باشد جزئی از عقد طرفین است.^۵ بنابراین، اهمیت توافق به عنوان مدار و مبنای تعیین‌کننده^۶ حدود رابطه طرفین عقد، این اختیار را به طرفین می‌دهد که حدود و مرزهای رابطه خود را تعیین نمایند و در صورت تخلف یکی از طرفین از آن حدود، طرف دیگر حق فسخ عقد را داشته باشد. به علاوه، تقریباً در تمامی عقود، نسبت به برخی از شرایط و وضعیت‌ها توافق صریحی صورت نمی‌گیرد و در عین حال، ضرورت وجود آن شرایط و تحقق آن وضعیت‌ها جزئی از قرارداد به شمار می‌آید. برای مثال، هدف خریدار از خرید یک باب منزل مسکونی، استفاده از آن برای سکونت یا منافع متعارف دیگری همچون اجاره است و اگر پس از عقد و حتی مدتی بعد مشخص شود که خانه مذکور غیر قانونی و در محلی که تمام یا بخشی از آن به فضای سبز یا

1. Unfair Contracts.

2. Consumer Right.

3. See: Unfair Contract Terms Act.1977; Supply of Goods and Services Act.1982 and Consumer Protection Act.1978.

۴. به همین جهت ماده ۲۲۰ ق.م.ب بیان می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند» و ماده ۲۲۴ همین قانون مقرر داشته است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

خیابان تعلق دارد ساخته شده است خریدار حق فسخ معامله را دارد و نیازی به تصریح چنین حق فسخی در عقد برای تحقق آن وجود ندارد.

در تحلیل نحوه ارتباط حق فسخ با حاکمیت اراده و تراضی صریح یا ضمنی طرفین قرارداد می‌توان گفت که از یک سو، التزام طرفین می‌تواند محدود به حدود مورد توافق یا متعارف بوده و در نتیجه، تعدی از آن حدود موجب حق فسخ باشد. از سوی دیگر، اگر قرار باشد که بر هم خوردن التزام قراردادی، ناشی از عاملی غیر از اراده باشد، در آن صورت میان تأثیر اراده و تأثیر عوامل دیگر نوعی تداخل به وجود می‌آید؛ حال آن که اصل بر عدم چنین وضعیتی است.

در خصوص نحوه توجیه خیاراتی همچون عیب و تدلیس در ارتباط با اراده طرفین نیز می‌توان گفت که طرفین به‌طور ضمنی بر این امر توافق کرده‌اند که موضوع معامله سالم بوده و هیچ‌گونه فریبی در میان نباشد. لذا با بروز هر عیب یا تدلیسی در حین عقد و یا حتی مدت‌ها پس از انعقاد و اجرای آن، شخص زیان‌دیده، از زمان علم به عیب یا تدلیس تا مدت متعارف، حق فسخ قرارداد را پیدا می‌کند. بنابراین، باز هم اراده طرفین است که مشخص می‌کند که در چه مواردی حق فسخ عقد وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۵۹، ش ۸۷۷). از این رو، ماده ۴۲۲ ق.م.ب.ا می‌دارد: «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله؛ زیرا هدف مشتری، خریداری مبیع سالم بوده و به حکم ماده ۴۲۳ ق.م.ب.ا که مقرر داشته است، «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد»، لذا از آن جهت که از قلمرو تراضی طرفین تخلف شده است باید برای مشتری حق فسخ عقد را به رسمیت شناخت.

امکان اسقاط خیار نیز می‌تواند دلیل دیگری برای این تحلیل باشد که حق فسخ، با اراده طرفین به وجود می‌آید؛ زیرا چیزی را که منشأ ارادی نداشته و ناشی از قواعد آمره باشد، نه حین عقد و نه پس از آن نمی‌توان اسقاط کرد. شرط سقوط یا اسقاط یک جانبه خیار (حق فسخ) می‌تواند به عنوان دلیل عمده‌ای برای حاکمیت تام اراده در تعیین آن محسوب گردد. در تأیید این ادعا می‌توان به ماده ۴۴۸ ق.م.ب.ا استناد کرد که مقرر می‌دارد: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

در مورد برخی از خیارات، علم به وجود مشکل یا مسئله‌ای که حق فسخ ایجاد می‌کند،

عملاً موجب سقوط خیار است. در این موارد می‌توان چنین تحلیل کرد که اراده صریح یا ضمنی شخصی که از آن وضعیت زیان می‌بیند، بر عدم خیار و در واقع اقدام بر علیه خودش تلقی گردیده است. این موضوع در مورد خیاراتی مانند غبن، تدلیس و عیب مصداق دارد، به نحوی که اگر شخص حین معامله آگاه به عیب یا غبن یا فریب طرف باشد و در عین حال، بر قرارداد گردن نهد نمی‌تواند مدعی خیار شود و این آگاهی می‌تواند ضمنی باشد، کما این که در رویه قضایی نیز مورد تأکید قرار گرفته است.^۱

۲-۳. نقد حاکمیت اراده در فسخ

این دیدگاه که حق فسخ، ناشی از اراده طرفین قرارداد به‌طور صریح یا ضمنی باشد در مورد پاره‌ای از خیارات همچون خیار شرط و اشتراط صحیح به نظر می‌رسد، اما اعمال آن به عنوان قاعده‌ای عمومی با اشکالات عمده‌ای روبرو خواهد بود. برای مثال، این که گفته شود که با عیب مبیع یا تفلیس مشتری پیش از تسلیم ثمن، این شرط ضمنی میان طرفین وجود دارد که زیان‌دیده حق فسخ عقد را پیدا کند چندان صحیح نیست؛ زیرا از یک سو، بازگرداندن همهٔ خیارها به مفاد تراضی، کاری دشوار و نامتعارف است و از سوی دیگر، «اگر سلامت کالا و برابری دو عوض و مانند این شرایط و اوصاف، پایه و قید تراضی باشد، باید تخلف از آن رضا را از آغاز بی‌اثر سازد و عقد غیر نافذ یا باطل باشد، در حالی که خیار امکان فسخ عقد نسبت به آینده است» (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۶۰، ش ۸۷۷).

از این رو، در برخی از موارد همچون عیب یا فقدان برخی از اوصاف غیر اساسی مورد توافق در مبیع، سخن گفتن از حق فسخ مبتنی بر تراضی با این ایراد مواجه است که چنین حقی یا به وجود نمی‌آید و یا ناشی از عاملی غیر از اراده بوده و در واقع، از موارد عیب اراده محسوب می‌شود. بنابراین به عنوان مثال، نمی‌توان برای توجیه علت وجودی خیار غبن، به تخلف از تجارت مبتنی بر تراضی استناد کرد؛ زیرا لازمهٔ آن بطلان بیع است نه ایجاد خیار فسخ (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۰؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۶۱، زیرنویس ۲).

۱. به عنوان مثال، در رأی شماره ۴۳۹ - ۸/۴۳۸ مورخ ۱۳۷۲/۹/۲۵ صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور آمده است: «خرید ملک از طرف تجدیدنظرخواه و فروش آن در فاصله کم به تجدیدنظرخوانده و سکونت تجدیدنظرخواه در تهران و اوضاع و احوال موجود در پرونده حاکی است که تجدیدنظرخواه حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده فرضاً مغبون در معامله باشد، طبق ماده ۴۱۸ قانون مدنی حق فسخ نخواهد داشت» (ر.ک: بازگیر، ۱۳۷۹).

این که طرفین می‌توانند از حق فسخ خود بگذرند و آن را اسقاط نمایند دلیل بر آن نیست که حق فسخ، وجهه و منشأیی کاملاً ارادی داشته باشد؛ چراکه خیار - صرف نظر از منشأ و مبنای آن - چیزی بیش از «حق فسخ» برای ذو الخیار ایجاد نمی‌کند و همین وصف «حق» بودن، متضمن این حق برای دارنده است که بتواند آن را اسقاط نماید، از آن جهت که اسقاط حق بر فسخ، مانند اسقاط سایر حقوق نیازمند اراده انشایی می‌باشد؛ زیرا اولاً، ایقاع محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۹۷، ش ۱۵۰). ثانیاً، به نحوی باید ابراز گردد و ثالثاً، حق اعمال فسخ و به طریق اولی حق اسقاط آن، مانند سایر حقوق به طور ارادی یا قهری منتقل می‌شود مگر این که اراده طرفین یا قانون، معنی را در این خصوص ایجاد کرده باشد.^۱

۳. تحلیل فسخ بر مبنای قاعده لاضرر

یکی از مهمترین قواعدی که می‌توان آن را به عنوان مبنای فسخ مطرح کرد قاعده فقهی «لاضرر» می‌باشد که مبتنی بر حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» است.^۲ به موجب این قاعده - که البته در تحلیل مفاد آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد -^۳ نباید به شخصی ضرر وارد ساخت و اگر زبانی وارد شود باید جبران گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ش ۴۳ به بعد).

قاعده لاضرر را به عنوان مبنای عمومی یا خاص حق فسخ می‌توان مورد توجه قرار داد که به ترتیب به هر کدام پرداخته می‌شود.

۳-۱. لاضرر به عنوان مبنای عمومی فسخ

چنانکه برخی از حقوقدانان نیز اعتقاد دارند، به نظر می‌رسد که مهمترین مبنا و حکمت تأسیس خیارات، قاعده لاضرر است (وکیل‌زاده و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۱۷۱). در این تحلیل، مبنای

۱. در این خصوص ماده ۴۴۶ ق.م بیان داشته است: «خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروط له قرار داده شود در این صورت منتقل به وارث نخواهد شد» و در ماده ۴۴۷ ق.م مقرر گردیده است: «هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد».

۲. این روایت به «تواتر معنوی» رسیده است؛ یعنی این که با عبارات دیگری نیز نقل شده و در عین حال تعداد راویان آن به حدی است که احتمال کذب بودن آن وجود ندارد. برای مثال، با عبارت «لاضرر و لاضرار علی المؤمن» نقل شده است (ر.ک: فیض، ۱۳۷۳ و محمدی، ۱۳۸۱).

۳. ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۲۲ق، الجزء الرابع (خيارات)، رساله فی ضرر و ضرار.

فسخ قرارداد، حاکمیت اراده و توافق صریح یا ضمنی طرفین قرارداد نیست بلکه در تمامی انواع مختلف خیارات، اجتناب از ضرر نامتعارف و غیر عادلانه به یکی از طرفین قرارداد یا هر دو (حسب مورد) است که به ایشان حق فسخ عقد را می‌دهد. بنابراین، در خصوص اصل لزوم عقود و ضرورت التزام طرفین عقد به اجرای آن و تداخل آن با قاعده لاضرر، قاعده اخیرالذکر تقدّم و به اصطلاح اصولی «حکومت»^۱ دارد (شیخ انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۲۶۹). به طور کلی، تقدّم قاعده لاضرر و حکومت آن بر تمام قواعد فقهی از جمله «تسلیط»، مورد پذیرش مشهور فقها قرار گرفته است.

در جهت رفع این اشکال که چگونه می‌توان قاعده لاضرر را مبنایی برای تحلیل خیار شرط یا اشتراط (شروط ضمن عقد) قرار داد، گفته شده است که در خیار شرط که طرفین یا یکی از آنها یا شخص ثالث از سوی یکی از ایشان حق فسخ عقد را برای مدت معینی پیدا می‌کند^۲ فرض بر این است که در صورت قائل نبودن چنین حقی ممکن است در نتیجه التزام به عقد، ذوالخیار یا ثالث مد نظر یکی از طرفین عقد، متحمل زیان قابل توجهی شود که منشأیی برای جبران آن پیش‌بینی نشده است. لذا برای دفع ضرر از شخص در معرض زیان اقتضا دارد که برای وی حق فسخ عقد به رسمیت شناخته شود.

همچنین، در خصوص شروط ضمن عقد، تخلف از شرط، مشروطه را در معرض زیان پیش‌بینی نشده‌ای قرار می‌دهد که باید وسیله‌ای برای دفع آن وجود داشته باشد و این وسیله همانا وجود حق فسخ برای وی می‌باشد. موادی از قانون مدنی نیز به صراحت حق فسخ قرارداد را از سوی یکی از طرفین بر مبنای قاعده لاضرر بیان کرده‌اند؛ برای مثال، ماده ۴۷۸ ق.م.تصریح دارد که «هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد» و ماده ۴۷۹ همین قانون در شرح عیبی که حق فسخ را بوجود می‌آورد مقرر داشته است: «عیبی که موجب فسخ اجاره می‌شود عیبی است که موجب

۱. در اصول فقه، به تقدّم یک قاعده یا اصل بر قاعده‌ای دیگر با دلیل شرعی، «حکومت» گفته شده است (ر.ک: سبحانی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۱).

۲. در این خصوص ماده ۳۹۹ ق.م.مقرر داشته است: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد».

نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد» یا ماده ۵۲۷ این قانون به صراحت، خارج شدن مال از قابلیت انتفاع را از عوامل انحلال عقد دانسته و اعلام داشته است: «هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می‌شود».

بنابراین، باید بر این اعتقاد بود که اولاً، تمامی خيارات با هر عنوانی که باشند، بر مبنای قاعده لاضرر قابل توجیه می‌باشند و ثانیاً، «ضرر ناروای ناشی از عقد باعث می‌شود که حکم لزوم برداشته شود و ... زیان دیده بتواند عقد را فسخ کند» (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۶۳ ش ۸۷۸). این امر به عنوان قاعده‌ای عمومی در تمامی عقود لازم اجرا می‌شود و به نوع خاصی از خيار محدود نمی‌باشد (ر.ک: شیروی، ۱۳۷۷، صص ۷۱-۴۹).

۲-۳. قاعده لاضرر به عنوان مبنای خيارات مشخص

به موجب این تحلیل، نمی‌توان قاعده لاضرر را به عنوان مبنای تمامی مواردی محسوب داشت که قانون به شخص حق فسخ عقد را می‌دهد بلکه تنها برخی از خيارات بر مبنای لاضرر قابل توجیه‌اند و در مورد سایر خيارات باید از تحلیل‌های دیگری استفاده کرد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۹۷، ش ۱۵۰).

این تحلیل که تنها برخی از خيارات بر مبنای لاضرر قابل توجیه باشند طرفداران زیادی در حقوق ایران و فقه شیعه دارد (ر.ک: امامی، ۱۳۷۸، ص ۴۹۹ و شیخ انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص ۲۲۱). به عنوان یک مورد عینی و مشهود، فقها و حقوقدانان برای تحلیل «خيار غبن» به قاعده لاضرر استناد کرده و بر این اعتقادند که تفاوت فاحش قیمت مورد معامله با قیمت متعارف، در فرض جهل شخص مغبون و در راستای دفع ضرر نامتعارف از وی، برای او حق فسخ ایجاد می‌کند؛ چراکه عدم پذیرش چنین حقی مستلزم زیان نامتعارف به مغبون از یک سو و دارا شدن بدون دلیل غابن از سوی دیگر می‌باشد (بروجردی عبده، ۱۳۳۹، ص ۲۴۶).

در مورد خيار عیب یا تدلیس نیز می‌توان این تحلیل را ارائه داد که هدف از عقد، دست‌یافتن به مورد معامله سالم در محیطی مبتنی بر اعتماد و راستگویی است. بنابراین، اگر بدون اطلاع یا توافق، نیرنگی در میان باشد یا کالای معیوبی فروخته شود، شخصی که از این وضعیت متضرر شده است به حکم قانون (مواد ۴۳۹-۴۲۲ ق.م)، حق فسخ عقد را پیدا می‌کند.

در تحلیل قاعده لاضرر به عنوان مبنای برخی از اختیارات، پاره‌ای از موارد فسخ به هیچ‌وجه بر مبنای لاضرر قابل توجیه نیستند یا حداقل مبنای بهتر یا نزدیک‌تری نسبت به لاضرر در خصوص آنها می‌توان ارائه داد. برای مثال، خیار حیوان یا خیار تبعض صفقه اساساً مبتنی بر توجیه‌های متفاوتی هستند و منطبق حکم می‌کند که در تحلیل آنها به لاضرر استناد نشود.

قاعده لاضرر را در برخی از موارد می‌توان در راستای پیشگیری از سوء استفاده از حق خیار مورد استفاده قرار داد، بدین معنا که دارنده خیار نمی‌تواند حق خود را بدون محدودیت، ادعا یا اعمال نماید و از این طریق به طرف عقد خسارت وارد سازد. عدم تعیین مدت در مورد اختیارات مقید به مدت را می‌توان از مصادیقی دانست که خیار موجب غرری شدن معامله و بی‌اعتباری آن می‌شود، چنانکه در رویه قضایی نیز مقرر شده است که اگر در قرارداد، حق پشیمانی بدون مدت برای طرفین پیش‌بینی شده باشد، طبق ماده ۴۰۱ ق.م.هم شرط خیار و هم بیع باطل است.^۱

مصدق دیگر دفع ضرر به عنوان مبنای سقوط خیار را می‌توان در خیار تأخیر ثمن یافت؛ چراکه هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع، تمام مبیع را تسلیم مشتری کند یا مشتری، ثمن را به بایع بدهد دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود.^۲

۳-۳. نقد قاعده لاضرر به عنوان مبنای فسخ

در این مورد تردیدی نیست که لاضرر یکی از بهترین مبانی برای تحلیل اختیاراتی همچون غبن و عیب می‌باشد. با این حال، در نظر گرفتن آن به عنوان مبنای عمومی، با اشکالات عمده‌ای به شرح زیر مواجه خواهد بود:

۱) در رابطه با قرارداد، تحلیل‌های مطرح باید تا حد امکان مبتنی بر مدار قرار دادن «اراده» باشد. فرض بر این است که طرفین عقد قصد زیان رساندن به یکدیگر را ندارند و در محیطی آزاد و برابر، به محتوای آنچه که برای ایشان ایجاد التزام خواهد کرد پایبند می‌شوند. استفاده از قاعده لاضرر موجب تداعی این امر می‌شود که زیان ناروایی به یکی از طرفین وارد شده که ناشی از عمد یا قصد ضرر طرف دیگر بوده

۱. ر.ک: رأی شماره ۱۸/۱۱۲/۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۲/۲۹ صادره از شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور (بازگیر، ۱۳۷۹).

۲. ر.ک: رأی شماره ۲۳/۳۴۹ مورخ ۱۳۶۹/۶/۱۵ صادره از شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور (www.ghavanin.ir).

است؛ حال آن که در بسیاری از خيارات همچون مجلس، تأخیر ثمن، تبعض صفت، تفلیس یا تعذر تسلیم، در اکثر موارد اساساً هیچ‌یک از طرفین، تقصیر و تأثیری در وضعیتی که حق فسخ را ایجاد می‌کند ندارند. از این رو، نمی‌توان از قاعده لاضرر به عنوان مبنای عمومی تمامی خيارات سخن گفت.

۲) در برخی از خيارات، هدف از اعطای خيار جبران خسارت نیست بلکه پیشگیری از ورود زیان است. برای مثال، تأخیر در تسلیم ثمن یا مبیع، حقوقی همچون «حبس» و خياراتی همچون تأخیر ثمن یا تعذر تسلیم را ایجاد می‌کند تا در نتیجه آن به طرف دیگر خسارت وارد نشود. به علاوه، در برخی از موارد همچون «خيار شرط»، اعمال خيار اساساً منجر به دفع ضرر از ذو الخيار نمی‌شود و در اکثر موارد، زبانی قابل تصور نمی‌باشد که برای دفع آن به اعمال خيار نیاز باشد.

۳) در مورد خياراتی که بر مبنای اراده طرفین یا لاضرر، هر دو قابل تحلیل می‌باشند، تحلیل بر اساس حاکمیت اراده اولویت دارد؛ زیرا چنانکه گفته شد، عقد رابطه‌ای ارادی است و حق فسخ آن نیز تا حد امکان باید حقی بر مبنای اراده محسوب گردد. این تحلیل، از جمله توجیه امکان اسقاط خيار پیش از تحقق آن یا علم ذو الخيار بدان را تسهیل می‌کند؛ زیرا اگر قاعده لاضرر مبنای عمل قرار گیرد - با توجه به عبارات فقها - ذی‌نفع نمی‌تواند حق خود را نسبت به ضرری که ورود آن محرز نیست اسقاط نماید، حال آن که مطابق ماده ۴۴۸ ق.م: «سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

۴. تحلیل فسخ بر مبنای نظریه تقابل تعهدات

به موجب تئوری تقابل (همبستگی) تعهدات،^۱ در عقود معوض غیر مسامحه همچون بیع و اجاره، از آن جهت که تعهد هر شخص در مقابل دیگری با هدف دست‌یافتن به آن چیزی صورت می‌گیرد که طرف مقابل آن را تعهد می‌نماید لذا حقوق و تکالیف طرفین باید هنگام انعقاد قرارداد معلوم باشد و میان دو عوض تعادل عرفی وجود داشته باشد (See: Brousseau & Glachant, 2002). فقدان این تعادل یا برهم خوردن آن پس از انعقاد

1. Theory of Interdependence of Obligations.

قرارداد، حسب زمان و میزان از دست رفتن تعادل ممکن است از موارد بطلان، انفساخ یا فسخ قرارداد محسوب گردد. برای مثال، تقابل تعهدات طرفین اقتضا دارد تا در صورت امتناع مشتری از انجام تعهد اصلی خویش، طرف دیگر نیز حق داشته باشد تا با فرض عدم امکان الزام وی به اجرای قرارداد، عقد فیما بین را فسخ نماید. به موجب این نظریه، در عقود لازم و معوض، «همبستگی دو عوض محدود به زمان تراضی نیست. دو طرف به اجرای تعهدهای خویش می‌اندیشند و انعقاد پیمان را مقدمه مقصود نهایی می‌بینند» (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۴، ص ۸۴، ش ۷۲۴).

در تحلیل نظریه فوق اعتقاد بر آن است که در تمامی عقود که در آنها طرفین در مقابل هم تعهدات متقابلی را می‌پذیرند این شرط ضمنی وجود دارد که عدم اجرای تعهد از سوی یک طرف، دیگری را نیز در عدول از قرارداد و فسخ آن مختار سازد (Wohidul Islam, 1998, p.341). تئوری تقابل تعهدات یا همبستگی آنها، یکی از بهترین مبانی برای تحلیل خیار تعذر تسلیم به شمار می‌آید (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، کتاب المتاجر-خيارات و شیروی، ۱۳۸۳، صص ۱۸۵-۱۶۵).

بنابراین، در مواردی که علی‌رغم توافق متعادل طرفین، به دلیل تخلف یکی از طرفین یا به هر دلیلی که باعث شود عوضی که باید از سوی وی تأدیه شود شرایط مورد توافق را نداشته یا در زمان مد نظر تسلیم نگردد، طرف دیگر حق خواهد داشت که از انجام تعهد خویش خودداری کند و در واقع، عقد را یک‌جانبه فسخ نماید. این تحلیل قطعاً به عنوان مبانی خیار عیب (به‌ویژه نقص مبیع)، تبعض صفتقه، تفلیس، تلف مبیع قبل از قبض، امتناع متعهد از انجام تعهد خود و تعذر تسلیم کارایی دارد؛ حتی با کمی مسامحه می‌توان آن را برای توجیه خیار غبن مورد استفاده قرار داد؛ اما قطعاً در مورد خیار شرکت، مجلس و حیوان به هیچ‌وجه نمی‌توان از آن بهره گرفت.

نتیجه

تئوری تقابل تعهدات - علی‌رغم کارایی آن در تحلیل پاره‌ای از خيارات - به مانند لاضرر و حاکمیت اراده، مبنای جامعی برای فسخ در مفهوم عمومی آن به شمار نمی‌آید. در واقع، همان‌گونه که بررسی شد، هیچ مبنایی در این خصوص نمی‌تواند ادعای جامعیت و کمال را داشته باشد. این امر بیشتر ناشی از آن است که خيارات از دو منشأ کاملاً متفاوت یعنی «اراده محض» و «حکم قانون» ناشی می‌شوند و بررسی مبنایی آنها زیر لوای واحد اساساً امکان‌پذیر نمی‌باشد.

با توضیحاتی که در خصوص مبنای مطرح برای فسخ در حقوق ایران وجود دارد و بر مبنای اصول فقه می‌توان به این نتیجه رسید که تئوری «تقابل تعهدات» در این حوزه، نظریه قابل توجهی می‌باشد که تاکنون در حقوق داخلی به ندرت مورد توجه قرار گرفته است؛ در حالی که می‌توان مبنای و منابع محکمی از کتب اصولی و فقهی برای آن یافت. این تئوری در واقع، مبین همبستگی ارادی موضوع‌های معامله در قراردادهایی است که با دو عوض متعادل منعقد می‌شوند. فقدان، نقص، فریبکارانه یا نامتعارف بودن یکی از دو عوض، به حکم منطق به طرف زیان‌دیده این حق را می‌دهد که عقد را فسخ نماید. بدیهی است که این تئوری نمی‌تواند به عنوان مبنای خيارات در عقود غیر معوض قرار گیرد.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی و عربی

- ۱- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، تهران، ۱۳۷۸.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب (البيع)، صححه و علقه آیه‌الله حاج شیخ احمد پایانی، الجزء الرابع (خيارات)، دار الحکمة، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۲۲ق.
- ۳- بازگیر، یداله؛ قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور (خيارات و احکام راجع به آن)، انتشارات فردوسی، انتشارات دریا، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ۴- سبحانی، جعفر؛ خلاصة الموجز فی اصول الفقه، ترجمه حمید فرجی، انتشارات سلسله، چاپ اول، قم، اردیبهشت ۱۳۸۲.
- ۵- شهیدی، مهدی؛ سقوط تعهدات، انتشارات حقوقدان، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۷.
- ۶- شیروی، عبدالحسین؛ خيار تعذر تسليم در فقه امامیه، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۷۶، دفتر سوّم (فقه)، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، صص ۱۸۵-۱۶۵.
- ۷- شیروی، عبدالحسین؛ فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره اول، زمستان ۱۳۷۷، صص ۷۱-۴۹.
- ۸- طباطبایی، سید محمد کاظم؛ حاشیه مکاسب، جلد دوم، چاپ سربی، بی تا.
- ۹- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية في الشرح اللمعة الدمشقية، الطبعة الأولى، دار الإحياء التراث العربی، قم، ۱۴۱۴ق.
- ۱۰- فیض، علیرضا؛ مبادئ فقه و اصول (مشمتمل بر بخشی از مسائل آن دو علم)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۳.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (الزامات خارج از قرارداد-مسئولیت مدنی)، جلد اول، نشر دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، انتشارات به نشر، چاپ اول، تهران، آذر ۱۳۶۹.
- ۱۳- محمدی، ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پانزدهم، پاییز ۱۳۸۱.

۱۴- وکیل زاده، رحیم؛ رنجبر، رضا و عباسی، مجید؛ تأثیر انتفای مبنای خیار در حق فسخ (مطالعه‌ای تطبیقی در اسناد مهم بین‌المللی و نظام فقهی و حقوقی ایران)، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۹۱.

ب. منابع خارجی

- 15- Barry, Nicholas; *The French Law of Contracts*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- 16- Brousseau, Eric and Glachant, Jean-Michel; *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, 2002.
- 17- www.Ghavanin.ir.
- 18- Wohidul Islam, Muhammad; *Dissolution of Contracts in Islamic law*, Arab Law Quarterly, Vol.13, No.4, 1998.

Bases of Termination of Contract in Iranian Law and Islamic Jurisprudence

Mostafā Elsān *

Leilā Najafizādeh **

Mirmahdi Hosseini Eshlaqi ***

Hossein Sabouri ****

Received: 24/09/2016

Accepted: 09/01/2017

Abstract:

Different types of options to terminate contracts require different bases. There are several bases including autonomy of the will of the parties of contract, the "no harm" rule and theory of mutuality of obligations. The "no harm" rule and theory of mutuality of obligations have very efficiency in the structure and analysis of termination of contracts. In this paper we are discussing the legal and islamic bases of options for termination of irrevocable contracts. This study will show whether the resolution of the contract is available upon the removal of the base of the option. In the meantime, the Iranian Civil Code as well as related materials will be critically reviewed. A question arises in options which based on "no harm" rule that, is payment or nullifying the loss sufficient for aborting the termination right or not? Iranian Civil code based on Islamic jurisprudence has different approaches in different options in such case. Thus this paper is discussing the relation of "no harm" rule with remaining or removal of termination option.

Key words: *Autonomy, "No Harm" Rule, Mutuality of Obligations, Termination, Law and Islamic Jurisprudence.*

*Assistant Professor at Law Faculty of Shahid Beheshti University.

m_elsan@sbu.ac.i

**MA Student of Private Law at Electronic Branch of Islamic Azad University.

najafizadehleila@gmail.com

***MA in Private Law at North Tehran Branch of Islamic Azad University.

mir.mehdi.hosseini22@gmail.com

****MA in Private Law at Zanjān Branch of Islamic Azad University.

sabouri145@gmail.com