Archive of SID.ir

فصـــــلنامه بیـــن المللـــــی قـــانـــون یـــار
License Number: 78864 Article Cod:Y6SH27A633538 ISSN-P: 2538-3701

نقش و تاثیر قواعد و اصول فقهی در اعمال حق فسخ در عقود با استناد به خیارات

(تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۲/۰۴/۱۰)

حجت الاسلام والمسلمین دکتر احمد مرادخانی[۱]
دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی قم، ایران
ابوالفضل کمردیلمی
دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی قم، ایران

چکیده

فسخ که به آن انحلال ارادی قرار داد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرار داد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث. این حق یا در صورت توافق طرفین ایجاد میشود یا به وسیله حکم مستقیم قانون بر طرفین بار می شود. که در هر دو حالت این حق میتواند برای احدی از طرفین یا شخص ثالث باشد. در بسیاری از موارد ماهیت اعمال و وقایع حقوقی همچون حق فسخ در قانون تعریف شده است. ولیکن در بسیاری از موارد، ماهیت، تعریف و ذات یک عمل حقوقی در قانون تعریف نشده است از این جهت است که بهترین تعاریف در کتب دکترین حقوقی ذکر گردیده است. در این مقاله قصد داریم به نقش و تاثیر قواعد و اصول فقهی در اعمال حق فسخ در عقود با استناد به خیارات بپردازیم. روش تحقیق از نوع تحلیل-توصیفی بوده و ابزار گردآوری اطلاعات و داده ها فیش برداری می باشد.

واژگان کلیدی: حق فسخ، قاعده لاضرر، انحلال عقد، اصول فقهی، خیارات، مبنای اعمال فسخ، عقد

---

۱ نویسنده مسئول Ah. mor@iau. ac. ir

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بخش اول: اصل لزوم قراردادها در قانون مدنی ایران و منبع آن

فقها با استناد به دلایل پیش گفته اصل لزوم قراردادها را ثابت نموده‌اند. در این بخش از مقاله باید دید آیا اصل لزوم در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است یا خیر؟ به بیان دیگر باید دید آیا قانونگذار ماده یا موادی را به اصل لزوم اختصاص داده است یا خیر؟ و اگر چنین است قانونگذار این اصل را از کدام یک از دو منبع خود، فقه یا قانون مدنی فرانسه، اقتباس نموده است؟

بند اول: اصل لزوم قراردادها در قانون مدنی ایران

اکثر نویسندگان حقوق مدنی معتقدند که اصل لزوم در ماده ۲۹۰ قانون مدنی پذیرفته شده و این ماده بیانگر اصل لزوم قراردادهاست. حتی برخی در اثبات این اصل به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز استناد نموده‌اند. اما برخی نیز معتقدند که اصل لزوم قراردادها نه در ماده ۲۱۹ قانون مدنی و نه در هیچ ماده دیگری پیش‌بینی نشده و به بیان دیگر این اصل در قانون مدنی ایران پذیرفته نشده است. واقعیت آن است که ماده ۱۰ قانون مدنی بر اصل لزوم قراردادها دلالت نمی‌کند، چه این ماده که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است»، با توجه به پیشینه و سابقه تاریخی آن حاوی اصل آزادی قراردادهاست و در حقیقت به حکومت اراده دامنه گسترده ای بخشیده و آن را از حصار عقود معین خارج می‌کند.[1] و نظر به اعتبار عقود نامعین در حقوق ایران دارد، از این رو ادعای دلالت این ماده بر اصل لزوم قراردادها پذیرفتنی نیست. اما ماده ۲۱۹ قانون مدنی که می‌گوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه برضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود» را بی‌گمان باید ناظر بر اصل لزوم قراردادها دانست. البته برخلاف نظر برخی که منظور از عقود در جمله نخست ماده (مستثنامنه) را منحصراً عقود لازم دانسته و جمله استثنا را صرفاً ناظر به موارد منحل ساختن عقد لازم می‌دانند و واژه «لازم‌الاتباع» را قرینه این معنی در نظر گرفته‌اند، ما معتقدیم که جمله نخست ماده همه عقود هم لازم و هم جایز را شامل شده و منظور از لازم‌الاتباع بودن صرفاً عقود لازم نیست، بلکه منظور همه عقود از لازم و جایز است، یعنی همه عقود لازم‌الاتباع

۱- کاتوزیان: ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۳۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

است و باید اجرا شود مگر این که به علت قانونی فسخ گردد.[۱] اگر برای عقدی علت فسخ در قانون ذکر نشده باشد، آن عقد لازم‌الاتباع باقی می‌ماند که معنی لازم‌الاتباع باقی ماندن، لازم بودن عقد است. بنابراین اصل این است که هر عقدی را باید اجرا کرد مگر این که اقاله شود یا علت قانونی برای فسخ آن موجود باشد. مثلاً عقد قرض که لزوم و جواز آن معلوم نیست، باید اجرا شود و چون قانون علت فسخی برای آن مقرر نکرده، پس قابل فسخ یکطرفه نیست، یعنی از عقود لازم است. بنابر آنچه گفته شد از ماده ۲۱۹ قانون مدنی در می‌یابیم که هر عقدی که برای فسخ آن در قانون علت و موجبی مقرر نشده باشد، همچنان لازم‌الاتباع است و این معنی همان اصل لزوم عقد است.

بند دوم: منبع اصل لزوم قراردادها

در اینکه قانونگذار این اصل را از کدام یک از دو منبع خود یعنی فقه و یا قانون مدنی فرانسه اقتباس نموده است، ما معتقدیم که این اصل از هر دو منبع اقتباس شده است. به بیان دیگر نویسندگان قانون مدنی در نگارش و انشای اصل لزوم قراردادها هم به فقه امامیه و هم به قانون مدنی فرانسه نظر داشته‌اند، چه از یک سو همان‌طور که دیدیم اصل لزوم قراردادها توسط بسیاری از فقهای امامیه علی‌الخصوص اعاظم ایشان پذیرفته شده و از سوی دیگر ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران مطابق ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه تنظیم شده است. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «قراردادهایی که مطابق قانون منعقد شده نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در حکم قانون است. آن قراردادها قابل انحلال نیستند مگر با توافق طرفین یا به علتی که قانون اجازه داده است آنها باید با حسن نیت اجرا شوند».

بخش دوم: بررسی و شناخت ماهیت خیار فسخ

اختیار فسخ قرارداد در زمره حقوق مالی است. امتیازی است که قانون به صاحب آن می‌دهد تا به دلخواه استفاده کند و مانند همه حقوق مالی دیگر قابل انتقال و اسقاط می‌باشد.[۲]

۱- در تأیید این نظر رجوع کنید به: شهیدی: مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، صص ۲۷۲ و ۲۷۳.

۲- کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۰۴؛ شهیدی: مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، ص ۷۱.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بند اول: انتقال خیار

همان‌گونه که گفته شد خیار حقی است مالی و از جمله ویژگی‌های حقوق مالی قابلیت انتقال آن است. انتقال خیار ممکن است اختیاری باشد یا قهری. در انتقال اختیاری صاحب خیار می‌تواند حق خود را به کسی که بتواند از آن فایده‌ای ببرد انتقال دهد. شخصی که می‌تواند از انتقال خیار فایده برد طرف معامله صاحب خیار یا من علیه‌الخیار است. بنابراین من علیه‌الخیار عموماً ذینفع در خیار است، یعنی صاحب حق می‌تواند آن را به من علیه‌الخیار منتقل کند. در این صورت، حق فسخ صاحب اصلی خیار، از بین می‌رود و من علیه‌الخیار، به جای او صاحب حق فسخ خواهد شد. با وجود این، در مواردی که خیار برای شخص ثالث شرط می‌شود، این انتقال امکان ندارد، خواه انتقال گیرنده یکی از دو طرف قرارداد باشد یا شخص خارجی. زیرا، برخلاف طرفین که ذینفع اصلی در استقرار و زوال عقد هستند، شخص ثالث در واقع داور آنان در تمیز شرایط فسخ و لزوم اجرای آن است؛ نفع اقدام او به دو طرف می‌رسد و تنها می‌تواند از اجرای عدالت خشنود گردد. پس اختیاری که برای شخص خارجی در عقد شرط می‌شود، صلاحیت داوری و حکومت است و نباید آن را حق او شمرد.[1] انتقال موضوع قرارداد به دیگران باعث واگذاردن تبعی خیار فسخ نمی‌شود و گاه نشانه اسقاط آن است. زیرا خیار از توابع عقد است نه مال، مثلاً هرگاه شخصی مالی را خریداری کند که معیوب بوده و به این طریق صاحب خیار عیب شده باشد و صاحب خیار، مبیع را به شخص دیگری بفروشد، این حق خیار، به تبع مورد معامله، به خریدار جدید منتقل نمی‌شود، زیرا انحلال عقد به وسیله اعمال خیار اثری برای منتقل‌الیه که دخالتی در تشکیل عقد نداشته است، ایجاد نمی‌کند. او در برابر فروشنده به خود خیار عیب دارد و استفاده از اختیار فسخ به عقد پیش از آن صدمه نمی‌زند. در انتقال قهری مطابق ماده ۴۴۵ قانون مدنی هریک از اختیارات پس از فوت صاحب خیار به ورثه او منتقل می‌شود که ایشان خواهند توانست، به جای مورث، معامله را فسخ کنند یا نگهدارند. در مورد انتقال قهری خیار و نحوه استفاده از آن به وسیله وراث من له الخیار عقاید متفاوتی ابراز گردیده است. برخی[2] عقیده دارند که هریک از وارثان حق مستقل برای

۱- کاتوزیان: ناصر، همان، ص ۱۰۴.

۲- نجفی: شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۳، ص ۷۶.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

فسخ تمام عقد دارد. پس، برای انحلال عقد کافی است که یکی تصمیم به فسخ بگیرد، هر چند دیگران با آن مخالف باشند. دسته دیگری از نویسندگان[1] معتقدند که هریک از ورثه می‌تواند معامله را فقط نسبت به آن قسمت از مورد معامله که سهم‌الارث او است به هم بزند و نسبت به سهام سایر وراث اختیاری ندارد. به عبارت دیگر حق هر وارث به اندازه سهم او از میراث است اما برخی دیگر از نویسندگان[2] عقیده دارند که هیچ یک از ورثه به تنهایی نمی‌تواند، معامله را نه نسبت به تمام آن و نه نسبت به سهم خود فسخ کند. بر مبنای این نظر، چون حق خیار بسیط و تجزیه‌ناپذیر است، در مقام تقسیم نمی‌توان هر بخش آن را به یکی از وارثان اختصاص داد. پس شرکت همه آنان در حق بطور جمعی امکان دارد؛ حق به مجموع تعلق می‌یابد و زمانی قابل استفاده است که وارثان در این راه به توافق رسند. به بیان دیگر هر حقی که مورث در زمان حیات خود داشته، منتقل به وراث او خواهد شد و بیش از آن چیزی به ورثه منتقل نمی‌شود و با توجه به آن که مورث فقط حق فسخ، نسبت به تمام مورد معامله، داشته و منحصراً می‌توانسته است یا تمام معامله را به هم بزند یا تمام آن را نگه دارد و نمی‌توانسته است معامله را نسبت به قسمتی از مورد معامله منحل کند و نسبت به قسمت دیگر نگه دارد، این حق به عینه به ورثه منتقل می‌شود و مفهوم آن این است که ورثه می‌توانند یا معامله را نسبت به تمام مورد آن فسخ کنند که این امر محتاج توافق همه ایشان است و یا در غیر این صورت تمام معامله به حال خود باقی می‌ماند. وانگهی تجزیه خیار و به تبع آن تجزیه مورد معامله، مستلزم ضرری برای من علیه‌الخیار خواهد بود. نظریه سوم، با قواعد حقوقی و تحلیل ماهیت خیار، سازگارتر به نظر می‌رسد؛ در قوانین کنونی نیز احکامی دیده می‌شود که از ظاهر آنها می‌توان به تأیید این نتیجه رسید. ماده ۴۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که در یک عقد بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود یکی از مشتری‌ها نمی‌تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد مگر با رضای بایع و بنابراین اگر در رد مبیع اتفاق نکردند فقط هریک از آنها حق ارش خواهد داشت». در بند ۴

۱- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۳۰۹؛ نائینی میرزا محمدحسین، منیه الطالب، ج۲، ص ۱۵۸.

۲- انصاری: شیخ مرتضی، همان، صص ۲۱۳ و ۲۱۴؛ امامی: سید حسن، همان، ص ۵۱۴؛ شهیدی: مهدی، همان، ص۷۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ نیز آمده است: «در صورت فوت مستأجر در اثناء مدت اجاره و درخواست فسخ اجاره از طرف کلیه ورثه» می‌توان صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه تقاضا کرد.

بند دوم: اسقاط خیار

ماده ۴۴۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود». این شرط در مواردی که خیار در نتیجه عقد به وجود می‌آید و سبب تام آن در تراضی نهفته است، به معنی اسقاط حق خیار موجود است، مانند اینکه دو طرف خیار غبن یا تدلیس را ضمن عقد اسقاط کنند. ولی در مورد خیارهایی که بعد از عقد ایجاد می‌شود و در هنگام وقوع عقد موجود نیست مانند خیار تأخیر ثمن و خیار تخلف از شرط به مفهوم اسقاط مقتضی ایجاد خیار[۱] یا حذف بی‌درنگ و خود به خودی آن پس از پیدایش است.[۲] همچنین می‌توان پس از عقد، حق فسخ را اسقاط کرد. اسقاط حق فسخ یک عمل حقوقی یک طرفه، یعنی ایقاع است. اسقاط خیار ممکن است صریح باشد (مانند اینکه خریدار در سندی از غبن خود در قرارداد بگذرد) یا ضمنی (مانند اینکه خریدار کالای معیوب با علم به وجود عیب آن را به دیگری بفروشد).

بخش سوم: تحلیل اصول و مبانی نظری فسخ در عقود

بند اول: قاعده لاضرر و مدارک و مستندات قاعده لاضرر

در این بخش از مقاله مدارک و مستندات قاعده لاضرر را مورد مطالعه قرار داده و از منظر کتاب یعنی قرآن کریم، احادیث، اجماع و عقل این قاعده را بررسی می‌کنیم؛ هر چند قاعده لاضرر همچنان‌که گفته شد از قواعد عقلیه محسوب می‌شود، لیکن با آن همه تلاش و تکاپوی فقهای عظام در این خصوص نمی توان چراغ نقل را که فرا راه عقل قرار داده شده نادیده گرفت.

۱- کاتوزیان: ناصر، همان، ص ۱۳۰.

۲- امامی: سید حسن، همان، ص ۵۲۰.

فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار – دوره هفتم – شماره ۲۶ – تابستان ۱۴۰۲ – دبیرخانه مرکزی ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۱- قاعده لاضرر براساس آیات قرآن کریم

در قرآن کریم آیات متعددی خصوصاً در قسمت‌های مربوط به بیان احکام وجود دارد، که یا مستقیماً بر نهی و منع از اضرار دلالت و تأکید دارند و یا آنکه غیرمستقیم از مفهوم آیات می‌توان این معنی را استنباط کرد. که ذیلاً به توضیح آنان خواهیم پرداخت.

الف) «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده و علی الوارث مثل ذلک. . . ».[۱]

در ترجمه و تفسیر آیه فوق دو احتمال مد نظر مفسرین قرار گرفته است.

بر مبنای احتمال اول چنانچه فعل «لاتضار» به صورت فعل معلوم در نظر گرفته شود و با زاید دانستن با در «بولدها»، آیه مزبور پدر و مادر را از زیان رساندن به فرزندانشان نهی می‌کند به عبارت دیگر هیچ یک از پدر و مادر حق نخواهند داشت سلامتی و آرامش کودک خویش را ملعبه و وسیله مشاجره و تنازع خویش قرار دهند و از این طریق به او زیان رسانند. بر مبنای احتمال دوم چنانچه فعل «لاتضار» به صورت مجهول پنداشته شود و با در «بولده» و «بولدها» به عنوان باء سببیّت تلقی گردد، و پدر و مادر از نظر دستور زبان عربی در این جمله نایب فاعل تلقی شوند ترجمه و معنای آیه تقریباً چنین خواهد بود که «به پدر و مادر نباید به سبب فرزند زیان و ضرر وارد آید و وارث پدر و مادر یا فرزند نیز همین وظیفه و تکلیف را بر عهده دارند». می‌توان گفت تفسیر و مفهوم آیه این است که در فرض مثال اگر پدری بخواهد فرزند شیرخوار خود را به دایه بسپارد، قطعاً مادر به دلیل انس و الفت و عشق و علاقه‌ای که به کودک شیرخوار خویش دارد روانش رنجور و دچار تشویش و اضطراب خواهد شد و نتیجتاً از این امر متضرر خواهد گشت که منهی قرآن کریم است و یا بالعکس چنانچه مادر به منظور ایذاء و آزار پدر کودک، از شیر دادن به طفل شیرخوار خویش خودداری نماید قهراً در این صورت پدر دچار آسیب و آزار خواهد شد که این عمل نیز از نظر آیه شریفه مذموم و منهی است. به هر تقدیر چنانچه فعل «لاتضار» خواه به صورت فعل معلوم انگاشته شود و یا به شکل فعل مجهول پنداشته گردد، هر چند تلفظ آن در هر دو صورت یکسان است ویژگی و خصوصیتی در منع و نهی در اضرار پدر و مادر به یکدیگر و یا فرزند وجود نداشته، و در هر

۱- سوره بقره، آیه ۲۳۳.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

دو صورت حرام است و بدین لحاظ به سبب فقدان خصوصیت در این حکم این نهی حقیقت در حرمت اضرار به طور کلی دارد.

ب) «. . . و لا تضاروهُن لتضیقوا علیهن[1]».

ترجمه و معنای آیه را مترجمین و مفسرین اینگونه دانسته‌اند که «با سخت‌گیری و تحت فشار و تنگنا قرار دادن زنان مطلقه به آنان زیان نرسانید».

در حقیقت خداوند از اینکه در مدت عده با امتناع از پرداخت هزینه زندگی زنان مطلقه بر آنان سخت گرفته شود نهی کرده است.

ج) «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لاتمسکوهن ضراراً لتعتدوا من فعل ذلک فقد ظلم نفسه[2]».

«هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده آنان به سر آمد یا از راه نیکی و رضا و رغبت به آنان رجوع کنید یا آنان را به نیکی رها سازید به منظور اضرار و تعدی به ایشان رجوع نکنید و کسی که چنین کند به خود ظلم کرده است». در این آیه صراحتاً از رجوع به زنان مطلقه رجعیه به منظور اضرار به آنان نهی شده است یعنی رجوعی که از روی رضا و رغبت نبوده بلکه فقط به قصد آزار و ایذاء زن صورت می‌گیرد.

د) «. . . من بعد وصیه یوصی بها او دین غیر مضار و وصیه من الله و الله علیکم حکیم[3]».

«پس از خارج کردن آنچه به آن وصیت شده و دینی که به قصد اضرار نبوده سهم ورثه را بدهید این توصیه‌ای از جانب خداوند است و خداوند دانای حکیم است».

لازم است در توضیح و تفسیر این آیه گفته شود که از منظر دین مبین اسلام به هر فرد مسلمانی اجازه داده شده است که بخشی از ثروت و دارایی خویش یعنی ثلث آن را برای هر فردی یا هر موردی که خواسته باشد برای بعد از مرگش وصیت کند که به آن فرد داده شود یا در مورد مذکور مصرف گردد این حق در این حد برای آن داده شده است که شخص به منظور عملی کردن کینه و نفرت خویش از بعض یا تمام ورثه کاری نکند که آنان از ارث محروم

۱- سوره طلاق، آیه ۶.

۲- سوره بقره، آیه ۲۳۱.

۳- سوره نساء، آیه ۱۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

شوند یا مثلاً اقرار به دینی کند که حقیقتاً وجود نداشته و ذمه او به این دین مشغول نبوده است و صرفاً به منظور اضرار بر ورثه این اقرار صورت گرفته باشد.

هـ) «. . . و لا یضار کاتب و لا شهید. . . »[1].

آیه فوق بخشی از طولانی‌ترین آیه قرآن سوره بقره است که مفسرین در تفسیر آیه فوق نیز دو احتمال را مد نظر قرار داده‌اند. بر مبنای احتمال اول چنانچه کاتب و شهید در آیه نایب فاعل تلقی شوند، معنای آیه این خواهد بود که بر نویسنده به خاطر سندی که برای دین نوشته یا شاهدی که در این باره شهادتی داده، نباید ضرر و زیان رسانیده شود و بر مبنای احتمال دوم در صورتی که کاتب و شهید در آیه فاعل تلقی شوند، ترجمه و توضیح آیه این است که کاتب دین نباید چیزی را که نگفته‌اند بنویسد و شاهد نیز نباید چیزی را که ندیده است شهادت دهد که البته در هر حال منظور، نفی ضرر زدن است.

۲-روایات و احادیث مربوط به قاعده لاضرر

فقهاء، اعم از فقها عامه و امامیه در بحث مربوط به قاعده لاضرر به ندرت به آیات قرآنی استناد نموده‌اند و عمدتاً استناد آنان به روایات زیادی است که در این خصوص وجود دارد و از طرق مختلف نقل شده و در کتب فریقین به صورت متواتر آمده است و در همه این روایات عبارت «لاضرر و لاضرار» ذکر شده است. علت آنکه مستندات و مدارک قاعده لاضرر مانند بیشتر ابواب فقه سنت است آنستکه حقیقتاً سنت تحقق و تعیّن کتاب یعنی قرآن کریم در عمل پیغمبر (ص) خصوصاً و سایر معصومین علیهم‌السلام است وقتی که هجرت پیامبر(ص) از مکه به مدینه صورت گرفت اقدام به برپایی حکومت فرمودند هر جا که مردم در روابط معاملی و مالی و سیاسی و اجتماعی و. . . خویش بلاتکلیف و سرگردان بوده و با مشکل مواجه می‌شدند با مراجعه به خدمت پیامبر (ص) حکم آنها را از رسول گرامی (ص) خواستار می‌شدند که احکام مربوط توسط ایشان بیان و در بسیاری از موارد در عمل نیز پیاده می‌شد بدین ترتیب می‌توان گفت اصولاً فقه و حقوق اسلامی عمدتاً ملهم و منبعث از سنت بوده و روایات در آن نقش پایه و زیربنایی دارد. از برخی از محققین حکایت شده است که ادعا نموده‌اند اخبار مربوط به موضوع «لاضرر و لاضرار» به سر حد تواتر رسیده است. بعضی از محققین تواتر

۱- سوره بقره، آیه ۲۸۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

لفظی و تواتر معنوی را در مورد این اخبار درست ندانسته‌اند. چنانچه قائل به این امر شویم که این اخبار به سر حد تواتر نرسیده است می‌توان گفت بدون شک به سر حد استفاضه رسیده است که ذیلاً به ذکر چند مورد مهم و توضیح پیرامون آنها می‌پردازیم.

الف) روایت مربوط به داستان سُمره بن جندب و مرد انصاری که از جمله مرحوم کلینی، در کتاب کافی آورده است به این صورت که زراره از امام باقر (ع) روایت کرده که فرموده است «سمره بن جندب» درخت خرمایی در باغ یکی از انصار داشت، منزل آن مرد انصاری در مدخل و محل ورودی باغ بود سمره مرتباً برای رفتن به طرف درخت خود از منزل انصاری عبور می‌کرد و اجازه نمی‌گرفت مرد انصاری از او خواست که وقتی برای سرکشی درخت خرمای خود می‌رود اجازه بگیرد ولی سُمره از قبول این درخواست امتناع کرد لذا مرد انصاری شکایت نزد پیامبر (ص) برد پیامبر (ص) سمره را احضار و شکایت مرد انصاری را به اطلاع او رسانید و از او خواست وقتی که قصد دارد وارد باغ شود اجازه بگیرد و سمره مجدداً امتناع کرد وقتی پیامبر (ص) چنین دید از او خواست تا درخت خرمایش را بفروشد و قیمت آن را الی ماشاءالله بالا برد باز سُمره نپذیرفت پیامبر(ص) فرمود در برابر آن درختی در بهشت بگیر سُمره قبول نکرد پیامبر (ص) به مرد انصاری فرمود: برو درخت او را بکن و پیش او بینداز زیرا «لاضرر و لاضرار» پیغمبر به سمره فرمود: «انّک رجل مضار و لاضرر و لاضرار». [1]

ب) روایت دیگری را کلینی در کتاب کافی کتاب‌المعیشه باب اضرار روایت ۸ از امام باقر (ع) شبیه روایت فوق را ذکر کرده است.

ج) همچنین مرحوم صدوق در «من لایحضرهُ الفقیه» روایتی شبیه روایت فوق را در باب حکم حریم از امام باقر (ع) نقل کرده است.

با بررسی هر سه روایت مشخص می‌شود که مفاد هر سه روایت صراحت در حرمت اضرار به دیگری داشته و دلالت مطابقی بر قاعده لاضرر دارد.

د) در کتاب کافی از امام محمدباقر (ع) روایتی در خصوص حق شفعه آمده است که ترجمه آن چنین است: «پیامبر بین شرکاء و زمین‌ها و مساکن قضاوت به شفعه کرد و فرمود «لاضرر و

۱- کلینی: محمد ابن یعقوب، کافی، ج ۵، ص ۲۹۴.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

لاضرار» ضرر و ضرار وجود ندارد و فرمود وقتی که تقسیم انجام گرفت و حدود مشخص شد دیگر حق شفعه نیست». [۱]

هـ) در کتاب کافی از امام صادق (ع) روایت شده که پیامبر (ص) بین اهل مدینه در آبیاری درختان خرما قضاوت کرد و فرمود که باید از باقیمانده آب ممانعت نشود و بین اهل بادیه، قضاوت نمود و گفت از باقیمانده آب جلوگیری نشود چون از باقیمانده گیاهان جلوگیری می‌گردد و فرمود «لاضرر و لاضرار». [۲]

و) در مستدرک محدث نوری از امام صادق (ع) نقل شده است که «از آن حضرت درباره دیواری سوال شد که متعلق به فردی است و حد فاصل بین ملک او و همسایه می‌باشد، اگر این دیوار خراب شود و صاحب آن از درست کردن آن امتناع نماید تکلیف چیست؟

امام (ع) فرمود: صاحب دیوار را نمی‌توان مجبور کرد که دوباره آن را بنا کند، مگر در صورتی که تجدید بنای این دیوار در رابطه با اصل ملک برای همسایه به عنوان حق یا شرط ضمن عقد از قبل وجود داشته باشد ولی به صاحب منزل گفته می‌شود اگر مایلی می‌توانی در ملک خودت دیواری بکشی، به امام گفته شد اگر دیوار خراب نشود ولی صاحب آن بدون نیاز و به قصد اضرار همسایه دیوار مزبور را خراب کند و یا بخواهد خراب نماید تکلیف چیست؟ امام (ع) فرمود: به او چنین اجازه‌ای داده نمی‌شود: زیرا پیامبر (ص) فرمود لاضرر و لاضرار، بنابراین اگر صاحب دیوار آن را خراب کند او را ملزم می‌کنند تا دوباره بسازد».

روایات زیادی نیز نقل شده است که ذکر آنها از حوصله و حدود این مقاله خارج است ولی نکته‌ای که نباید ناگفته ماند اینست که این حدیث در روایات رسیده به سه نحو خوانده شده است.

«لاضرر و لاضرار»

«لاضرر و لاضرار فی الاسلام»

«لاضرر و لاضرار علی مؤمن»

۱- قضی رسول الله (ص) بالشفعه بین الشرکاء فی الارضین و المساکن و قال: لا ضرر و لا ضرار. و قال: اذا ارفت الارف وحددت الحدود فلا شفعه.

۲- کلینی: محمد بن یعقوب، همان، ص ۲۹۴.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

از طرفی گفته شده است آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک است نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده است.

۳- اجماع

در بسیاری از موارد فقهاء با مفروض دانستن قاعده لاضرر به آن استدلال و تمسک نموده‌اند و در حقیقت شهرت عملی ایجاد شده است؛ در کتاب خلاف آمده است: «دلیلنا ما روی عن النبی (ع) انه قال: لاضرر و لاضرار»، [۱] ابن زهره در بحث خیار عیب می‌گوید: و یحتج علی المخالف بقوله «لاضرر و لاضرار: یعنی دلیل ما برای رد قول مخالف حدیث لاضرر است» صاحب عناوین قاعده لاضرر را از اصول منبعث از شریعت دانسته [۲] و بیش از بیست مسئله را مشمول قاعده می‌داند. [۳] نه تنها فقهای امامیه بلکه فقهای عامه نیز بر حجیت این قاعده اتفاق و اجماع دارند؛ در مسند احمد بن حنبل آمده است عن رسول الله (ص) «و قضی ان لاضرر و لاضرار»، البته این اجماع به معنای مصطلح اصولی آن نمی‌باشد زیرا اجماع مذکور با توجه به ادله مربوطه مدرکی است و ارزش و اعتبار فقهی و حقوقی ندارد.

٤- قاعده لاضرر از منظر عقل مستقل

دلیل عقلی به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) مستقلات عقلیه ب) استلزامات عقلیه یا غیر مستقلات عقلیه

الف) دلیل عقلی یا مستقلات عقلیه آن دسته از احکام عقلی است که عقل مستقلاً و بدون دخالت شرع به آن می‌رسد مثل خوبی عدل و بدی ظلم که در این موارد برای رسیدن به حکم شرعی تنها یک استدلال منطقی لازم است در اینجا چون صغری و کبرای قیاس هر دو عقلی هستند یعنی حکم عقل را صغری قرار می‌دهیم سپس کبری کلی «کلما حکم به العقل حکم به الشرع: هر چه عقل به آن حکم کند شرع نیز به آن حکم خواهد کرد» را نیز به آن اضافه می‌کنیم و حکم شرعی را بدست می‌آوریم یعنی تنها عنصر عقل برای کشف حکم شرعی دخالت دارد و در غیر مستقلات عقلیه یعنی استلزامات عقلی وضع بدین‌گونه نیست یعنی برای

۱- شیخ طوسی: ابی جعفر محمد بن حسن، خلاف، ج ۲، ص ۱۹، مسئله ۶۰ از اصل بیع (خیار غبن)

۲- مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۱، ص ۳۰۴.

۳- مراغی، میر عبدالفتاح، همان، ص ۳۰۵.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بدست آمدن حکم شرعی تنها عقل مؤثر نیست، بلکه عقل پس از دریافت حکم شرع وارد عمل می‌شود. مثال برای دلیل عقلی مسئله تزاحم احکام است که عقل حکم می‌کند بر تخییر در صورتی که هیچ یک ترجیحی بر دیگری نداشته باشد مثلاً هرگاه شخصی موظف به نگهداری دو نفر باشد و ببیند که هر دو دچار سیل یا طوفان شده و در معرض هلاکت و آسیب جانی هستند و برای او فقط نجات جان یکی از آنها ممکن باشد، عقل حاکم است بر اینکه این شخص در نجات هریک از آنها مخیر است در این صورت حکم عقلی دلیل حکم شرعی است. در اصول قاعده‌ای است که می‌گوید «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل» دلیل عقلی لاضرر با توجه به اینکه حفظ نظام زندگی و روابط سالم اجتماعی به حکم عقل واجب است جلوگیری از ضرر و جبران آن یکی از راه‌های حفظ نظام زندگی در روابط سالم بین افراد است. عقل به لزوم حکومت قاعده مذکور حکم می‌کند بنا به فرض که کتاب و سنت هم درباره قبح و منع ضرر به دیگری و جبران آن در صورت وقوع ساکت بود با وجود ادله فراوانی که عقل سلیم را حجت خدادادی معرفی می‌کند، و یکی از منابع چهارگانه فقه اسلامی است که آن را به عنوان یک قاعده اساسی که بدون آن حیات اجتماعی امکان‌پذیر نخواهد بود می‌پذیرد.

بخش چهارم: بررسی و تشریح حقوقی نفی حکم ضرری

بر طبق این نظر، مفهوم و مفاد قاعده لاضرر این است که از سوی شارع اسلام هیچ حکم ضرری وضع نگردیده است. خواه ضرر، از خود عمل حقوقی ناشی شود، مثل لزوم عقد غبنی یا سایر احکام وضعی، و خواه ضرر به اعتبار متعلق حکم باشد مثل وضو یا حج ضرری و خواه حکم تکلیفی باشد و خواه حکم وضعی. از میان نظرهایی که در خصوص مفهوم قاعده لاضرر مطرح شده بسیاری از بزرگان فقها همانند مرحوم نراقی و مرحوم شیخ انصاری این نظر را ترجیح داده‌اند. به نظر مرحوم شیخ مرتضی انصاری، چون ضرر واقعاً در خارج وجود دارد، بنابراین لازم می‌آید که «لا» در جمله لاضرر و لاضرار، «لای» نفی جنس حقیقی نباشد. پس اقتضای کلام حضرت رسول(ص) ایجاب می‌کند که واژه «حکم» را بعد از حرف لا در تقدیر گرفته بگوییم منظور و مقصود آن حضرت «لا حکم ضرری فی الاسلام» بوده است،

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

یعنی حکم ضرری در اسلام نیست. حال اگر چنانچه حکمی از ناحیه شارع صادر گردد یا از اجزای حکمی در موردی ضرر ایجاد شود براساس «قاعده لاضرر» آن حکم غیرقابل اجرا بوده و مرفوع است یا بهتر است گفته شود حکم ضرری حقیقتاً از صحنه و صفحه تشریع برداشته شده و اصولاً شارع حکمی ضرری جعل و تشریع نکرده است؛ چنانچه در داستان سمره و مرد انصاری آنگونه که واقع شده است سمره بدون اذن و اجازه خود را مجاز و مختار می‌دانست که برای سرکشی درخت خویش وارد حیاط مرد انصاری شود، قهراً موجب آزار او و خانواده وی می‌گردید، چنین حکمی در عالم تشریع اعتبار نشده است. شیخ انصاری برای توضیح و تشریح دیدگاه خویش از این بعد نیز به بیان نظر خویش می‌پردازد و آن اینکه مثلاً در امور عبادی مانند وجوب وضو برای کسی که آب برای وی مضر است مرتفع و حکم وجوب ساقط می‌شود یا در امور معاملی چنانچه احد از طرفین بالفرض در بیع مغبون واقع شود، حکم لزوم بیع در چنین معامله غبنی قطعاً باعث ضرر برای مغبون خواهد شد لذا برای جلوگیری از زیان وی این حکم منتفی می‌شود و شخص مغبون خیار فسخ خواهد داشت، بالنتیجه در اسلام حکم ضرری وجود ندارد چرا که اگر حکم ضرری وجود داشته باشد، این حکم سبب برای ضرر است و ضرر در این جا مسبّب است و حال وقتی که حکم یعنی سبب وجود ندارد، پس مسبّب (ضرر) هم تحقق پیدا نخواهد کرد و به تعبیر اصولی و فقهی در روایت مسبّب ذکر شده ولی سبب اراده شده است.[1] پاره‌ای از نویسندگان معتقدند که مؤسس و آورنده این نظر مرحوم شیخ انصاری نبوده بلکه قبل از او نیز بعضی از فقها این نظر را ابراز کرده‌اند. از جمله مرحوم ملا احمد نراقی استاد شیخ انصاری است که در کتاب عوائد الایام نظر خود را بیان داشته است.[2]

۱- محمدی: ابوالحسن، قواعد فقه، ص ۱۴۵.

۲- بهرامی احمدی: حمید، سوء استفاده از حق، ص ۳۹.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بند اول: نفی حکم به لسان نفی موضوع

مرحوم آخوند خراسانی[1] شاگرد مرحوم شیخ انصاری درباره مفهوم قاعده لاضرر نظر دیگری دارد، براساس دیدگاه ایشان مقصود در حدیث لاضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع است. به عبارت دیگر نفی ضرر (موضوع) کنایه از نفی حکم ضرری است. وقتی می‌گوییم وضو واجب است، در اینجا وضو (موضوع) و وجوب (حکم) است یا هنگامی که گفته می‌شود بیع لازم است، بیع (موضوع) و لزوم (حکم) است. مرحوم آخوند خراسانی در این خصوص می‌افزاید موضوعاتی مانند بیع و وضو احکامی دارند مانند لزوم و وجوب که این احکام به صورت اولیه اگر موجب ضرر باشد احکام آن برداشته می‌شود، نتیجتاً اگر بیع باعث ضرر شود حکمش که لزوم است برداشته می‌شود و اگر وضو سبب ضرر شود حکمش که وجوب است برداشته می‌شود. صاحب کفایه معتقد است واژه «لا» در ابتدای حدیث لاضرر برای نفی حقیقت یعنی نفی جنس است و دربرگیرنده همه انواع ضررها می‌شود که چنانچه نفی به این شکل و شیوه در نظر گرفته شود به دو صورت متصور است. اول اینکه به صورت حقیقی و واقعی صورت گرفته باشد، دیگر آنکه به شکل ادعائی یعنی نفی صورت گرفته حالت کنایی یعنی کنایه از نفی آثار باشد و از لحاظ علم بلاغت لزوماً حق این است که گوینده در کلام خود اگرچه به صورت ادعایی حقیقت را در نظر داشته باشد. مانند روایت: «لا صلوه لجار المسجد الا فی المسجد ـ برای همسایه مسجد جز در مسجد نمازی نیست». در این جمله نیز نفی حقیقت منظور است ولی حقیقت ادعایی به این معنا که گوینده ادعا می‌کند که نمازی که همسایه مسجد در خانه خود می‌گذارد در واقع نماز نیست یعنی آثار نماز کامل را ندارد. همچنین است فرمایش امام علی (ع) که فرمود: «یا اشباه الرجال و لا رجال ـ ای کسانی که شبیه مردان هستید ولی مرد نیستید».[2] به گفته آخوند خراسانی در اینجا امام در واقع مدعی است که حقیقت مردانگی در شجاعت است و چون شما شجاعت ندارید پس مرد نیستید. النهایه صاحب کفایه نتیجه‌گیری می‌کند که در «لاضرر و لا ضرار» نفی، نفی حقیقت است و چون شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد، لذا معنی و مفهوم حدیث این است که: «موضوع

۱- آخوند خراسانی: ملا محمدکاظم، کفایه‌الاصول، ج ۲، صص ۲۶۷ و به بعد.

۲- خطبه ۲۷ نهج‌البلاغه.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ضرری در اسلام حکم ندارد». مثلاً بیع غبنی یک موضوع ضرری است که در اسلام هیچ حکمی ندارد؛ و برخلاف شیخ انصاری که عقیده دارد در بیع غبنی لزوم عقد (حکم) نفی شده و مغبون اختیار فسخ عقد را خواهد داشت، معتقد است که در معامله غبنی آنچه برداشته می‌شود وجوب وفا به معامله غبنی است و رفع وجوب وفا به معامله مستلزم جواز معامله است و البته مستلزم ثبوت خیار حقی نیست. در حقیقت منظور مرحوم آخوند خراسانی این است که عقد جایز می‌شود ولی مسئله خیار، منتفی است. به عبارت دیگر طبق نظر مرحوم آخوند خراسانی، وقتی عقد غبنی به علت غبنی بودن حکم ندارد، اظهار عقیده می‌کند که لزوم عقد از بین می‌رود و تبدیل به عقد جایز می‌شود که هریک از طرفین در اجرا یا عدم اجرای مفاد آن آزاد است.

بند دوم: نظریه برگزیده

از میان نظراتی که در خصوص مفهوم قاعده لاضرر ارائه شده، به عقیده نگارنده، نظریه نفی حکم ضرری بر دیگر نظرات برتری دارد و مورد اختیار ماست. نظری که هم به لحاظ علمی قابل توجیه بوده و هم آثار و نتایج عملی قابل توجهی دارد و مخصوصاً در مسائل فقهی ـ حقوقی راهگاشت. در حقیقت مطابق این نظر ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و نفی شده است و عدم مشروعیت ضرر هم شامل مرحله قانونگذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون. یعنی همان‌طور که رسول اکرم (ص) با جمله «لا ضرر و لا ضرار» وجود ضرر را در محیط تشریع و قانونگذاری معدوم اعلام کرده، در مرحله اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر نیز چنانچه عملی موجب ضرر دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت. وانگهی ما معتقدیم که نظریه نفی حکم ضرری جامع نظرهای اراده نهی از نفی و نفی ضرر غیرمتدارک نیز هست. چه از یک سو همانند نظریه اراده نهی از نفی، حکم تکلیفی یعنی ممنوع و حرام بودن اضرار از نظریه نفی حکم هم قابل استنباط است. و از سوی دیگر همانند نظریه نفی ضرر غیرمتدارک، نظریه نفی حکم ضرری، علاوه بر نفی حکم، اثبات حکم نیز می‌کند. به عبارت دیگر ضرر در تمام موارد ناشی از وجود حکم نیست بلکه در پاره‌ای موارد فقدان حکم نیز مستلزم و موجب ضرر است که در اینجا بر شارع واجب است که حکمی را در این خصوص منظور نموده و بوجود آورد تا دفع ضرر شود. مرحوم شیخ انصاری می‌گوید مثلاً

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

چنانچه از کسی تفویت منفعت شود و از این بابت زیانی به کسی وارد آید و فرضاً در این خصوص حکمی برای جبران ضرر و زیان وارده وجود نداشته باشد زیان دیده هرگز نمی‌تواند به زیان زننده مراجعه کند، چرا که مراجعه و مطالبه ضرر به سبب فقدان حکم خود امری حرام است. حرمت مراجعه و مطالبه خود حکم وجودی است که در این صورت مستلزم ضرر است که در این حالت نیز چنین حکمی از لحاظ شرع و اسلام نفی شده است، که شیخ انصاری با اشاره به داستان سمره معتقد است چنانچه تصرف در مال سمره یعنی درخت او از ناحیه مرد انصاری قبل از مراجعه به پیغمبر (ص) حرام بود، فقدان حکم در این زمینه مستلزم ضرر برای وی بود شارع این ضرر را بدون جبران نگذاشت و پیامبر (ص) با حکم وجودی یعنی دستور کندن نخل و تسلیط مرد انصاری آن ضرر را جبران نمود. بنابراین همان‌طور که گفتیم نظریه نفی حکم ضرری جامع نظرهای اراده نهی از نفی و نفی ضرر غیرمتدارک بوده و بسیاری از احکام و مقررات فقهی و حقوقی از جمله خیارات براساس آن قابل توجیه می‌باشد.

بخش پنجم: رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام

در بسیاری از موارد چنانچه احکام شرعی به نحو عام یا علی‌الاطلاق اجرا گردیده و گستره و دامنه تاثیر آنان حد و مرزی نشناسد، خود موجب و موجد ضرر گشته، منشا بسیاری از تنگناها و مشکلات خواهد شد. مثلاً از دلایلی که به عنوان مبنای اصاله اللزوم یعنی لزوم قراردادها و عقود می‌باشد آیه شریفه اوفوا بالعقود است، چنانچه عقدی محقق شود به نحوی که غبنی بوده و متضمن زیان غیرقابل مسامحه مغبون باشد، با در نظر گرفتن مبنای فوق لازم و غیرقابل فسخ تلقی گردیده بدیهی است ضرر زیان دیده هرگز مرتفع نخواهد شد یا چنانچه حوزه و حدودی برای اصل تسلیط در نظر گرفته شود، بدیهی است این اقتدار و اختیار بی‌حد و حصر برای مالک زیان و خسرانی متوجه دیگران خواهد کرد، که هرگز مطلوب شارع نبوده و خلاف عدالت و از مصادیق ظلم خواهد بود. در این گونه موارد نقش قاعده لاضرر محدود کردن این حقوق و اختیارات و دامنه و دایره تأثیر این ادله می‌باشد. چگونگی برخورد و تعامل قاعده لاضرر در این گونه موارد و شکل و شیوه و راه‌حلی که در این خصوص در نظر گرفته شده است متفاوت می‌باشد. در این رابطه فقها احکام را به دو دسته تقسیم می‌کنند:[1]

۱- شهابی: محمود، همان، ص ۳۸.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

الف) احکام تشریعی که براساس طبع خود نوعی ضرر مادی را برای مکلفین ایجاد می‌کنند و لازمه وجودی آنها اینگونه هزینه‌ها و خسارات است. مانند حج و خمس و زکات. در اینگونه موارد نقش قاعده لاضرر با ادله این احکام وقتی جلوه خواهد کرد که ضرر و زیان بیش از اقتضا و طبع آن احکام به منصه ظهور برسد. چون اینگونه احکام علی‌الاصول از مباحث مربوط به عبادات است از مقوله و موضوع بحث ما خارجند.

ب) احکام دیگری که بر مبنای ذات و طبع خود مقتضی و مستلزم ضرر و زیان نمی‌باشند، بلکه بواسطه امری خارجی و یا در موارد خاص ممکن است ضرری از این احکام ناشی شود. آنچه موضوع و محل بحث ما در رابطه با قاعده لاضرر است، در خصوص این احکام و کمیت و کیفیت برخورد قاعده لاضرر با آن است. در مورد نحوه تعامل و برخورد قاعده لاضرر با احکام اخیرالذکر و کیفیت جریان قاعده لاضرر در آن اقوال و عقاید مختلفی وجود داشته که مختصراً به ذکر بخش مهمی از آنها پرداخته و در پایان نظر مطلوب گفته خواهد شد.

بند اول: حکومت قاعده لاضرر بر دیگر ادله احکام

مرحوم شیخ انصاری که بسیاری از فقهای دیگر نیز موافق با نظر ایشان هستند معتقد است که رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام رابطه حکومت است. به این صورت که قاعده لاضرر حاکم و ناظر است بر دیگر ادله احکام و ادله احکام محکوم تلقی می‌شوند. حکومت از لحاظ اصطلاح اصولی و علم اصول به این معنی است که «هرگاه دو دلیل نسبت به هم چنان باشند که یکی در دیگری تصرفی کند که موضوع حکم یا متعلق حکم یا خود حکم آن دلیل را مورد تعرض قرار دهد خواه این تصرف موجب توسعه دلیل دیگر شود یا تضییق آن به این عمل حکومت و به دلیل تصرف‌کننده حاکم می‌گویند». حکومت با تخصیص متفاوت است. تخصیص اخراج عده‌ای افراد از حکم عام است در حالی که حکومت تفسیر و بیانی لفظی برای دلیل عام و توضیح می‌دهد که منظور از گفتن جمله عام چیست. مثلاً اگر دلیل بگوید بیع لازم‌الوفاست، بعد دلیل دیگر بگوید بیع معاطاه معامله و نتیجتاً بیع است، دلیل دوم موضوع دلیل اول را موردتصرف قرار داده و دایره موضوع و متعلق و حکم دلیل او را وسیع‌تر ساخته است. اگر دلیل اول فرضاً به این صورت باشد، وفا به تمام معاملات

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

واجب است، بعد دلیل دیگری وارد شود بگوید: «بیع کالی به کالی معامله نیست» دلیل دوم موضوع دلیل اول را مورد تصرف قرار داده و دایره آن را ضیق کرده است. شیخ انصاری معتقد است که سیره فقهای پیش از او نیز در مقام استدلال در مقامات مختلف نیز به همین نحو جاری شده است؛ از این بیان مرحوم شیخ استفاده می‌شود که فقهای متقدم عقیده بر این امر داشته‌اند که مفهوم قاعده لاضرر «نفی حکم ضرری» است و به حکومت قاعده لاضرر بر ادله احکام معتقد بوده‌اند. [1]

بند دوم: قاعده لاضرر مبنای فسخ قرارداد

همان‌طور که گفته شد قاعده لاضرر یکی از مهم‌ترین قواعد فقه اسلامی است که در همه ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات مورد استناد قرار گرفته است. قاعده‌ای که علاوه بر دلایل نقلی به عقیده برخی مهم‌ترین دلیل اعتبار آن حکم عقل و بنای عقلا است. چه آنکه بی‌تردید بنای عقلا بر این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، اولاً ضرر زدن به دیگران نفی شده و کسی نباید به دیگری زیان برساند، ثانیاً ضرر زننده در برابر زیان دیده مسئول جبران خسارت است. [2] جبران خسارت نیز شکل واحد و یگانه‌ای ندارد بلکه با توجه به اوضاع و احوال قضیه مشخص می‌گردد. گاهی جبران ضرر با پرداخت پول، گاهی با عذرخواهی و اعاده حیثیت از طرف زیان‌دیده، گاهی با حق شفعه و گاهی با خیار فسخ عملی می‌شود. بسیاری از فقها و نویسندگان حقوقی در توجیه و اثبات خیار فسخ به این قاعده استناد کرده‌اند. نگارنده نیز معتقد است که به استثنای خیار شرط که متکی بر اصل حاکمیت اراده است و چهره قراردادی دارد و خیار مجلس و خیار حیوان که بیشتر بر نفوذ رسوم و سنن تاریخی مربوط است تا به منطق حقوقی، [3] باقی خیارات بر پایه قاعده محکم و استواری به نام لاضرر قابل توجیه می‌باشند. مطابق این نظر از آنجایی که مفهوم قاعده لاضرر نفی حکم ضرری است، چنانچه قراردادی منعقد شود که لزوم قرارداد به نحوی باعث ضرر برای یکی از متعاملین گردد، قاعده لاضرر با برداشتن و نفی حکم لزوم و ایجاد خیار فسخ این حکم ضرری

۱- انصاری: شیخ مرتضی، همان، صص ۴۳۳ و ۴۳۴.

۲- محقق داماد: سید مصطفی، همان، ص ۱۵۱.

۳- با این حال دفع ضرر ناخواسته متبایعین نیز می‌تواند در جعل خیار مجلس و حیوان مؤثر باشد.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

را از میان بر می‌دارد. با این استدلال مبنای خیار تخلف شرط، خیار رؤیت و تخلف وصف، خیار تأخیر ثمن، خیار غبن، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار تبعض صفقه و خیار تفلیس قاعده لاضرر است. مثلاً چنانچه شرطی ضمن یک عقد درج گردد، از آنجایی که از جمله شرایط صحت شرط داشتن نفع و فایده است، با تخلف از شرط معهود حکم به وفای عقد (لزوم عقد) حکم ضرری خواهد بود که قاعده لاضرر آن را مرتفع می‌سازد.[1] همچنین است اگر مورد معامله معیوب بوده یا عوضین تعادل مالی نداشته باشند یا در پرداخت ثمن معامله در بیع نقد تأخیر شود و. . . .

بر این نظریه ایراداتی به شرح ذیل وارد شده است که البته به عقیده ما هیچکدام از این ایرادات چندان قاطع نیست که از قوت این نظر در توجیه خیار بکاهد.

۱- برخی از فقها عقیده دارند که لاضرر مثبت حکم نمی‌باشد و تنها حکم ضرری را نفی می‌کند و چون ایجاد خیار نوعی جعل حکم است، لذا لاضرر نمی‌تواند مبنای خیار فسخ باشد.[2]

به عقیده ما این ایراد وارد نیست؛ زیرا همان‌طور که گفتیم قاعده لاضرر علاوه بر نفی حکم ضرری مثبت حکم نیز می‌باشد، وانگهی حتی اگر لاضرر را مثبت حکم هم ندانیم باز هم می‌تواند مبنای خیار فسخ باشد، چرا که قاعده لاضرر حکم لزوم قرارداد را که حکمی موجود و ضرری است بر می‌دارد و نتیجه رفع لزوم خیار فسخ است. به عبارت دیگر قاعده لاضرر نه از باب جعل، بلکه از باب رفع نیز باعث ایجاد خیار می‌گردد.

۲- همچنین ایراد شده که قاعده لاضرر احکام ضرری شرع را نفی می‌کند در حالی که صحت و لزوم احکام شرعی و مجعولات الهی نیستند. احکام عقلائیه‌ای هستند که شارع ارشاداً و از باب تأیید آنها را ذکر می‌کند.[3]

در خصوص این ایراد نیز می‌توان گفت که تأیید شارع نیز نوعی حکم شارع است. دلالت لاضرر اعم از احکام تأسیسی و امضائی است و منحصر کردن آن به احکام تأسیسی دلیل

۱- حائری شاه باغ: سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۱۰۵، کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، صص ۱۹۹ و به بعد، محقق داماد: سید مصطفی، نظریه عمومی شرط و التزامات در حقوق اسلامی، ص ۲۴۳.

۲- خمینی: امام روحا. . .، کتاب البیع، ج ۴، ص ۴۰۳.

۳- خمینی: امام روحا. . .، همان، ص ۴۰۶.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

می‌خواهد. وانگهی همان‌طور که در مدارک و مستندات قاعده لاضرر گفتیم، لاضرر نیز قاعده‌ای مبتنی بر عقل و بنای عقلا است و لزوم جبران ضرر یک اصل و قاعده بدیهی و جهانی می‌باشد.

۳- ایراد دیگری که به نظریه لاضرر وارد شده این است که اگر قرار باشد به لاضرر استناد شود باید حکم به بطلان معامله کرد و نه حکم به خیار فسخ، چرا که حکم صحت معامله موجب ضرر می‌شود و حکم لزوم معامله صرفاً باعث لزوم ضرر می‌شود و نه ایجاد آن. بنابراین، لاضرر باید صحت را که یک حکم ضرری است نفی کند و البته چنین نتیجه‌ای مورد قبول اجماع نمی‌باشد. وانگهی قاعده لاضرر از باب لطف و امتنان است و بطلان خلاف لطف و امتنان می‌باشد.[۱] در خصوص این اشکال باید بین حکم ضرری و معامله ضرری تفکیک قائل شد. در حقیقت آنچه که به موجب قاعده لاضرر نفی می‌گردد حکم ضرری است نه معامله ضرری. کما اینکه هبه، اعراض، ابراء، اسقاط، صلح غیر معوض و. . . همه ضرری هستند، اما هیچ یک نفی نگردیده‌اند. آن چه نفی شده حکم ضرری است و آن لزوم عقد است و التزام به آن. سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، شارح بزرگ مکاسب نیز در پاسخ به این اشکال بیانات جالبی دارد. به اعتقاد ایشان چنانچه موضوع خاص، حکم واحدی داشته باشد که از آن حکم ضرر حاصل شود، همان حکم رفع می‌شود. اما اگر دو حکم یا احکام متعددی باشند که با رفع یکی از آنها ضرر منتفی شود، چنانچه بین آن احکام ترتیب وجود داشته باشد، حکم متأخر نفی می‌شود و الا یکی از آنها بدون تعیین. حال در مورد بحث ما نیز دو حکم صحت و لزوم وجود دارد که هریک ضرری محسوب شده و با نفی یکی از آن دو ضرر منتفی خواهد شد. اما چون لزوم طبعاً متأخر از صحت است و حکم صحت تقدم منطقی بر حکم لزوم دارد، بنابراین باید قائل به نفی حکم لزوم شد. ایشان برای اثبات این ادعا و نیز پاسخ به این اشکال که چرا حکم صحت نفی نمی‌شود در حالی که صحت اولی به نفی است، چون منبع و منشأ اصلی ضرر، حکم صحت می‌باشد، چنین می‌فرماید که قاعده این است که هر حکمی ثابت و معتبر باقی بماند تا اینکه به حد ضرر برسد. در این صورت حکم اخیری که منجر به ضرر شده نفی

۱- خمینی: امام روح‌ا. . .، همان، ص ۴۰۸؛ خویی: سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۶، صص ۳۰۱ و ۳۰۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

می‌شود. مخصوصاً توجه می‌دهد که منشأ ضرر، صحت قرارداد نیست، بلکه می‌توان عقب‌تر رفته منشأ ضرر را ایجاب انشایی معرفی نمود. [1]

شاید فرمایش این فقیه بزرگ را بتوان این گونه نیز تبیین نمود که «الجمع مهما امکن اولی من الطرح». نفی حکم صحت ضرورتاً حکم لزوم را هم از بین می‌برد. چون لزوم فرع بر صحت است. اما می‌توان ضمن اعتقاد به صحت قرارداد، لزوم را نفی نمود و بدین ترتیب به نحو شایسته‌تری بین قواعد جمع نمود.

علاوه بر این ایشان می‌فرماید چنانچه امر دائر مدار نفی صحت یا نفی لزوم باشد، باید به کمک اجماع که چنین معاملاتی را صحیح می‌داند، حکم لزوم را نفی نمود. [2]

۴- اما مهم‌ترین اشکالی که بر این نظریه وارد شده این است که اگر لاضرر مبنای خیار باشد باید با جبران ضرر از جانب طرف دیگر حق فسخ هم مرتفع می‌شود، در حالی که در خیار غبن اگر طرف معامله مابه‌التفاوت را به مغبون بدهد، حق فسخ او زائل نمی‌شود (ماده ۴۲۱ ق. م.).

برخی از فقها در پاسخ به این ایراد گفته‌اند مقتضای لاضرر برداشتن حکم ضرری است نه این که ضرر به هر طریق ممکن جبران شود. در مانحن فیه این لزوم عقد است که موجب ضرر می‌شود و لذا با رفع لزوم، مغبون صاحب خیار می‌شود. [3] همچنین گفته شده است که معاوضه بین مجموع دو عوض انجام شده است. پس یا باید معاوضه به طور کامل برهم خورد یا نافذ بماند، استرداد جزیی از عوض با مقتضای معاوضه منافات دارد و ضرری را که به بار آمده است، جبران نمی‌کند. همچنین دادن مال اضافی به مغبون به منزله هبه مستقلی است که طبیعت معامله ناشی از غبن را تغییر نمی‌دهد و بر فرض هم که اعطای غرامت باشد در معامله بی‌اثر است، چرا که صرف طرف معامله شدن با مغبون به تنهایی ایجاد ضمان نمی‌کند تا بگوییم بدین وسیله آن ضمان برطرف می‌شود. [4] اما پاسخ اخیر برای دفع اشکال بقاء خیار با فرض تدارک چندان قاطع نیست، زیرا پذیرش این استدلال که چون معاوضه بین مجموع دو عوض

۱- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، ج ۲، ص ۳۷.

۲- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، همان، ص ۳۷.

۳- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، همان، ص ۳۸.

۴- کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، صص ۲۴۱و ۲۴۲.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

انجام شده، بنابراین یا باید معاوضه به طور کامل برهم خورد یا نافذ بماند، تالی فاسد بـه همـراه دارد. در واقع از راه برهان خلف اگر این کلام را بپذیریم باید برخی از خیارات را نفی کـرد و این پذیرفتنی نیست. توضیح آن که در خیار تبعض صفقه به عنوان مثال با این استدلال می‌توان گفت چون معاوضه بین مجموع دو عوض انجام شده است، پس بایـد معاوضـه بـه طـور کامـل برهم خورد (بطلان) و یا نافذ بماند (فقدان خیار)، نتیجه‌ای که هیچ کس آن را نمـی‌پـذیرد. بـه نظر نگارنده حق این است که با تدارک ضـرر خیـار سـاقط گـردد. حکمـی کـه لـزوم عقـد و پایبندی به مفاد آن را بهتر تأمین می‌کند. در واقع مساله این است که تنها راه رفـع ضـرر ایجـاد خیار نیست. بلکه به طریق جبران خسارت هم می‌شود رفع ضرر کرد. این نظـر در میـان فقهـا و حقوقدانان طرفداران سرشناسی دارد. ظاهراً بحث سقوط خیار با تدارک توسط طـرف مقابـل، اول بار توسط علامه حلی مطرح شده است.[1] شیخ انصاری در این باره می‌فرماید: برای رهـایی از ضرر ممکن است یکی از دو راه‌حل را پیش‌بینی کرد. ممکـن اسـت بگـوییم شـخص زیـان دیده از معامله، مختار است بین اینکه معامله را به همان شکلی که هست بپـذیرد و یـا اینکـه در مقدار زائد، معامله را رد نماید. آن گونـه کـه در معـاملات محاباتی مـریض، وارث مـی‌توانـد معامله را نسبت به مقدار زائد رد کند. البتـه بـه نقـل از علامـه ایـن راه‌کـار را خـلاف مقتضـای معاوضه اعلام کرده و حکم معاملات مریض را اسـتثنایی دانسـته اسـت. احتمـال دوم را چنـین می‌گوید که طرف مقابل شخص زیان دیده مجبور باشد به پـذیرش یکـی از دو امـر، یـا فسـخ توسط زیان‌دیده را بپذیرد یا مافات را تدارک نماید که اگر بذل مابه‌التفاوت ننمود، زیان‌دیـده حق فسخ داشته باشد. یعنی بر مبنای قاعـده لاضـرر قـدر متـیقن ایـن اسـت کـه زیـان دیـده در صورتی می‌تواند عقد را فسخ کند که طرف معامله حاضـر بـه جبـران خسـارت نباشـد.[2] حتـی ایشان در فرضی که قبل از فسخ، به لحاظ افزایش قیمت سوقیه، ضرر مرتفع گردد عدم وجـود خیار را محتمل می‌داند.[3] سید محمدکاظم طباطبایی نیز جبـران ضـرر مغبـون پـیش از فسـخ را سبب سقوط خیار می‌داند.[4] صاحب ریاض نیز نظر مشابه دارد و بـه لحـاظ پـذیرش مبنـا بـودن

۱- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، همان، ص ۳۶: «فانه لم یذکره أحد ممن تقدم علی العلامه».

۲- انصاری: شیخ مرتضی، همان، ص ۵۸.

۳- انصاری: شیخ مرتضی، همان، ص ۶۱.

۴- طباطبایی یزدی: سید محمدکاظم، همان، ص ۳۹.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

قاعده لاضرر استدلال می‌کند، که حکم قانون وابسته به وجود ضرر است و با بذل قیمت از بین می‌رود.[1] برخی از اساتید حقوق نیز همین عقیده را دارند، به نظر ایشان با سقوط خیار در فرض تدارک استواری معاملات بهتر تضمین می‌شود. به ویژه در جایی که غابن نیز از حقیقت آگاه نیست و با دادن تفاوت قیمت حسن نیت خود را ثابت می‌کند، دادن خیار فسخ به مغبون منصفانه به نظر نمی‌رسد.[2] در هر حال به نظر ما باید حکم مقرر در ماده۴۲۱ قانون مدنی را حکمی استثنایی تلقی کرد و در سایر خیارات تدارک ضرر را موجب سقوط خیار دانست. نظری که قانونگذار نیز با وضع ماده ۴۷۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «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»، بر آن صحه گذاشته است.

بند سوم: عیب اراده مبنای فسخ قرارداد

چنانکه گفته شد برخی از حقوق‌دانان تعدادی از خیارات را از مصادیق عیب اراده می‌دانند و معتقدند که مبنای خیار رؤیت و تخلف وصف، خیار عیب، خیار غبن، خیار تبعض صفقه و خیار تدلیس عیب رضا است. ایشان چنین استدلال می‌کنند که در این دسته از خیارات ذوالخیار در حین عقد در اشتباه بوده و تصور باطلی از اوصاف یا صفات اساسی مورد معامله داشته است و به اعتماد این اوصاف یا صفات حاضر به انجام دادن معامله شده، بعد از عقد به این حقیقت پی برده که مورد معامله اوصاف یا صفات مقصود را نداشته، بنابراین رضای او در حین عقد معیوب بوده و خیار فسخ در واقع وسیله جبران عیب رضا و اشتباهی است که در جریان تراضی دچار آن شده است. به عنوان مثال در جایی که طرف قرارداد به تدلیس دست می‌زند تا عیب مورد معامله را پنهان نماید و طرف دیگر را بفریبد، در واقع فریب خورده در اشتباه است. رضای متأثر از غرور و ریا رضای سالم نیست. پس برای جبران این وضع نامطلوب باید به فریب خورده حق داد که معامله را تنفیذ یا رد کند. خیار فسخ ناشی از همین حق است. همچنین در فرضی که مغبون نسبت به بهای واقعی کالای مورد معامله در اشتباه بوده است،

۱- طباطبایی: سید علی، همان، ج ۸، کتاب تجارت (خیار غبن)، صص ۱۹۱ به بعد.

۲- کاتوزیان: ناصر، ضمان قهری، ص ۱۰۱و قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۲۴۴.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

فرض قانون بر جهل او مبتنی است و به همین جهت ماده ۴۱۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادله بوده است خیار فسخ نخواهد داشت». چرا که آگاه از قیمت عادله رضای سالم داشته و بهای گزاف را به رغبت پرداخته است.[۱] به این نظر ایراد شده که اگر خیارات فوق از مصادیق عیب رضا هستند، باید سبب عدم نفوذ عقد گردد نه ایجاد خیار فسخ. اثر فسخ ناظر به آینده است و فرض می‌شود که عقدی نافذ را برهم می‌زند، پس نمی‌تواند ضمانت اجرای عیب رضا باشد. ممکن است انگیزه قانونگذار در انشای حکم قرار گیرد، لیکن از نظر فنی خللی که به رضا وارد آمده چندان نیست که عیب به شمار آید.[۲] در حقوق اروپایی نیز هر جا که سخن از عیب اراده است، تصمیم زیان دیده عقد را از آغاز برهم می‌زند و نتیجه آن ابطال قرارداد است. برخی از حقوق‌دانان[۳] که خیارات فوق را از مصادیق عیب اراده دانسته‌اند در جهت احتراز از این ایراد، ناچار شده‌اند که خیار فسخ را با عدم نفوذ یکسان پندارند. برخی دیگر[۴] نیز در پاسخ به این ایراد گفته‌اند که عیب اراده می‌تواند به سه صورت فقدان قصد، فقدان رضا و عیب رضا باشد. اکراه موجب زوال رضا می‌گردد بنابراین عقد اکراهی غیرنافذ است، اما اشتباه که اعتقاد (پندار یا تصور) نادرست یا غیردقیق از واقعیت در خصوص یکی از عناصر عمل حقوقی است، گاهی به گونه‌ای است که موجب زوال قصد می‌گردد، مانند اشتباه در خود موضوع معامله و اشتباه در شخص طرف معامله در صورتی که شخصیت او علت عمده عقد باشد که اثرش بطلان عقد است. اما گاهی اشتباه به گونه‌ای است که تنها رضا را معلول و معیوب نموده و اثری بر قصد ندارد. مثل اشتباهات موجب خیار، که اثرش نه بطلان عقد است و نه عدم نفوذ آن، بلکه تنها به زیان‌دیده از اشتباه اختیار فسخ عقد را می‌دهد. اما به عقیده نگارنده این پاسخ نیز چندان قاطع به نظر نمی‌رسد، چرا که اولاً اگرچه فقهای امامیه اعتقاد به جدایی قصد و رضا از یکدیگر داشته‌اند، اما عیب رضا را مبنای خیار ندانسته و با مبنای دیگری در صدد اثبات خیار برآمده‌اند. ثانیاً با وجود اینکه حقوق‌دانان ما، مباحث مربوط به اشتباه را از حقوق فرانسه عاریه گرفته‌اند، اما در حقوق فرانسه

۱- کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۶۰.

۲- کاتوزیان: ناصر، همان، ص ۶۱.

۳- امیری قائم‌مقامی: عبدالمجید، همان، ص ۳۰۵؛ شایگان: سید علی، حقوق مدنی، صص ۹۰ و ۹۱.

۴- محسنی: سعید، همان، ص ۱۶۳؛ آخوندی: روحا. . .، همان، صص ۳۱۶ و ۳۱۷.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

از یک سو اثر عیب اراده بطلان است نه ایجاد خیار، از سوی دیگر در بین خیارات تنها تدلیس و غبن در برخی موارد از عیوب رضا است. حتی برخی از حقوق‌دانان فرانسه تدلیس و غبن را هم عیب اراده نمی‌دانند. ثالثاً از جمله شرایط تأثیر اشتباه ورود صریح یا ضمنی آن در قلمرو تراضی است. یعنی انگیزه‌های درونی هر طرف وقتی در عقد مؤثر است که به وسیله‌ای بیان شود و در تراضی بیاید و تا زمانی که جنبه خصوصی و شخصی دارد منافع طرف دیگر را به مخاطره نمی‌اندازد. بنابراین، وصف تساوی ارزش عوضین، وصف سلامت مورد معامله، وصف اجتماع و. . . باید به صورت صریح یا ضمنی وارد تراضی شده باشد در غیر این صورت نمی‌توان آنها را به اراده مشترک طرفین منسوب نمود، بلکه صرفاً در حد انگیزه‌های شخصی باقی خواهد ماند که بی‌گمان اشتباه در خصوص آنها هیچ تأثیری بر عقد نخواهد گذاشت. در حقیقت این نظریه نیز همانند نظریه شرط ضمنی با ایراد صوری بودن و تحمیل بر اراده متعاملین مواجه است. به بیان دیگر این نظریه تابع و متأثر از نظریه شرط ضمنی است. رابعاً با پذیرش نظریه عیب اراده به عنوان مبنای خیار بسیاری از خیارات اصالت نداشته و سبب اصلی همه آنها مخدوش شدن رضا خواهد بود؛ در حالی که قانونگذار خیارات را از عیوب اراده جدا کرده و مستقلاً مورد بحث قرار داده و احکام آنها را بیان کرده است. خامساً از حیث اثباتی اگر خیارات را از عیوب اراده تلقی کنیم، شخصی که اراده‌اش معیوب است، برای استفاده از خیار باید در هر مورد عیب اراده خود را ثابت نماید. سادساً متکی ساختن خیار فسخ بر عیب اراده تعبیر فراگیری نیست و شامل همه اقسام خیار نمی‌شود، به ویژه که سبب پاره‌ای از آنها بعد از عقد حادث می‌شود و نمی‌تواند عیب تراضی پیش از آن باشد مانند خیار تأخیر ثمن و خیار تفلیس. بنابراین به عقیده نگارنده با توجه به ایراداتی که ذکر شد، نظریه عیب اراده نمی‌تواند مبنای مناسبی برای خیارات در حقوق ما باشد. و بهترین مبنا برای ایجاد و اعمال خیار همان قاعده لاضرر است که شرح آن به طور مبسوط گذشت.

نتیجه گیری

از آنچه که گفته شد نتیجه می‌گیریم مبنای فسخ قراردادها باید گفت خیارات مقرر در قانون مدنی را نمی‌توان با یک مبنا توجیه کرد. خیار مجلس و خیار حیوان بیشتر بر عادات و سنن تاریخی متکی هستند تا مبنا و منطق حقوقی؛ و خیار شرط نیز بی‌تردید مبتنی بر حاکمیت اراده

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

است و چهره‌ای قراردادی دارد. اما در مورد سایر خیارات از میان نظریه‌های مطرح شده یعنی قاعده لاضرر و لزوم جبران ضرر ناروا، نظریه شرط ضمنی و رعایت مفاد تراضی و بالاخره نظریه عیب اراده به عقیده نگارنده، قاعده لاضرر بهتر از مبانی دیگر می‌تواند ایجاد و اعمال خیار را ثابت نماید. در حقیقت آنچنان که دیدیم مفهوم قاعده لاضرر به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقه اسلامی، نفی حکم ضرری است و هر جا که از وجود حکمی، ضرری برخیزد، قاعده لاضرر آن حکم را مرتفع می‌سازد. خواه ضرر ناشی از اسباب ضمان قهری باشد خواه ناشی از قرارداد. بنابراین در بحث ما که از لزوم قرارداد ضرری متوجه یکی از طرفین آن است قاعده لاضرر با برداشتن حکم لزوم به زیان‌دیده اختیار می‌دهد تا عقد را فسخ نماید. ایراد بقاء خیار با فرض تدارک هم که در خیار غبن مطرح شده چندان قاطع نیست تا بتواند این مبنا را نفی کند. چه همان طور که گفتیم برخی از بزرگان فقه و حقوق عقیده دارند که خیار مختص فرض عدم تدارک بوده و بهتر است با تدارک ضرر از سوی غابن، اختیار فسخ مرتفع گردد، تا استواری معاملات بهتر تضمین شود. وانگهی حکم ماده ۴۲۱ قانون مدنی حکمی استثنایی بوده و در سایر خیارات تدارک ضرر موجب سقوط و انتفاء خیار است. احکام قانون مدنی از جمله حکم ماده ۴۷۸ نیز هماهنگ با این نظر است.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

منابع و مآخذ

قرآن کریم و نهج‌البلاغه

الف) منابع فارسی

۱- امامی: سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۴.

۲- بروجردی عبده: محمد، حقوق مدنی، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰.

۳- بهرامی احمدی: حمید، سوء استفاده از حق، چاپ انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۷.

۴- جعفری لنگرودی: محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰.

۵- جعفری لنگرودی: محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.

۶- دهخدا: علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۳.

۷- ذاکر صالحی: غلامرضا، مبانی قراردادهای نامعین، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸.

۸- شمس: عبدالله، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۳.

۹- شهیدی: مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۶.

۱۰- شهیدی: مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۶.

۱۱- عدل: مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات بحرالعلوم، قزوین، ۱۳۷۳.

۱۲- فاضل هرندی: محی‌الدین، ترجمه و شرح مکاسب، ج ۱۳، مؤسسه بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۷.

۱۳- کاتوزیان: ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۴.

۱۴- کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵.

۱۵- کاتوزیان: ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۰.

۱۶- محسنی: سعید، اشتباه در شخص طرف قرارداد، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ۱۳۹۰.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۱۷- محقق داماد: سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۷.

۱۸- محمدی: ابوالحسن، قواعد فقه، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.

ب) منابع عربی

۱- آخوند خراسانی: ملا محمدکاظم، کفایه‌الاصول، ج ۲، انتشارات علمیه اسلامیه، قم، ۱۳۶۴ هـ ق.

۲- ابن منظور: محمد بن مکرم، لسان‌العرب، ج ۹، نشر ادب الحوزه، قم، ۱۴۰۵ هـ ق.

۳- انصاری: شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۱، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۸۹.

۴- انصاری: شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۲، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۸۹.

۵- حسینی مراغی: میر عبدالفتاح بن علی، العناوین، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ هـ ق.

۶- خمینی: امام روحا. . .، کتاب‌البیع، ج ۴، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۳۷۹.

۷- خوانساری: سید احمد، جامع‌المدارک، ج ۳، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۹۴ هـ ق.

۸- خویی: سید ابوالقاسم، مستند عروةالوثقی، ج ۱، مطبعه الادب، نجف.

۹- خویی: سید ابوالقاسم، مصباح‌الفقاهه، ج ۴، مطبعه سید الشهداء، قم، ۱۳۷۴ هـ ق.

۱۰- خویی: سید ابوالقاسم، مصباح‌الفقاهه، ج ۶، مطبعه سید الشهداء، قم، ۱۳۷۴ هـ ق.

۱۱- طباطبایی: سید علی، ریاض‌المسائل، ج ۸، مؤسسه نشراسلامی، ۱۴۱۹هـ ق.

۱۲- کلینی: محمد ابن یعقوب، کافی، ج ۵، انتشارات دارالمکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۹ هـ ق.

۱۳- موسوی بجنوردی: سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۱.

۱۴- نائینی: میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، مؤسسه نشراسلامی، قم، ۱۳۸۵.

۱۵- نائینی: میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۳، مؤسسه نشراسلامی، قم، ۱۳۸۵.

Archive of SID.ir